



Università degli Studi di Cagliari

## **DOTTORATO DI RICERCA**

DIRITTO DEI CONTRATTI

Ciclo XXVIII

REGOLE DI VALIDITÀ E REGOLE DI RESPONSABILITÀ  
NEL DIRITTO PRIVATO

IUS/01

Presentata da:	Marianna Rinaldo
Coordinatore Dottorato:	Prof.ssa Valeria Caredda
Tutor:	Prof. Cristiano Cicero

Esame finale anno accademico 2014 – 2015



## ABSTRACT

La tesi è incentrata sul rapporto tra le regole di validità e le regole di responsabilità nell'ambito del diritto privato, di cui si propone una rimediazione sul piano dogmatico, in riferimento ai concetti di «contratto valido» e «contratto giusto».

La prima parte della ricerca mette in evidenza le caratteristiche strutturali e funzionali fra queste due categorie di regole, la cui differenza evoca, in forza di una tradizione giuridica oramai radicata, un *principio di non interferenza* tra le stesse, il quale esclude che dalla violazione di una regola comportamentale possa derivare l'invalidità del contratto, sia che essa si presenti nella forma della nullità che della annullabilità.

Nella seconda parte, ciò che fa da motore alla presente indagine, è la riflessione, in chiave evolutiva, del ruolo della buona fede all'interno della materia contrattuale, in particolare nella fase di formazione del contratto. Ci si chiede in sostanza se una condotta di mala fede, posta in essere durante le trattative, possa invalidare il contratto oppure possa integrare una sola responsabilità risarcitoria.

Nella terza parte, si focalizzerà l'attenzione sul profilo rimediale, ripercorrendo le varie posizioni sostenute in dottrina ed in giurisprudenza, evidenziando anche la casistica che con maggiore frequenza si presenta dinanzi al sindacato dell'interprete. Ne sono un esempio evidente la violazione degli obblighi informativi.

Si vedrà, infine, come le soluzioni prospettate presentano tutte profili da un lato critici ma dall'altra condivisibili, da qui la difficoltà di adottare una soluzione univoca che si impone di bilanciare interessi tra loro in conflitto: la certezza del diritto e la giustizia sostanziale.

The Ph.D. dissertation focuses on the relationship between validity rules (rules of validity) and liability rules under private law, reconsidering it at a dogmatic level, with reference to the concepts of «valid contract» and «fair contract».

The first part of the research highlights the structural and functional characteristics of the two categories of rules mentioned above, whose difference

evokes a principle of non-interference between them by virtue of a now-rooted legal tradition. Following this principle, the invalidity of the contract is not due to the violation of a behavioural rule (rule of conduct), whether it occurs in the form of the nullity or the possibility of annulment.

In the second part, what acts as a motor to the present examination is the reflection, in evolutionary terms, of the role of good faith within the contractual matters, especially during the formation of the contract. The question arises as to whether a bad faith conduct during the negotiations can invalidate the contract or can integrate a single responsibility for damages (and so a compensation).

The third part concentrates on the remedial profile, retracing the various positions taken in the legal literature and in case-law, also highlighting the cases that most often occur before the interpreter's evaluation. The breaches of the disclosure requirements are a clear examples of that.

In conclusion, the analysis shows how the solutions considered are critical but on the other hand sharable; hence the difficulty of adopting a single solution to balance conflictual interests: legal certainty and substantial justice.





## INDICE

### **REGOLE DI VALIDITÀ E REGOLE DI RESPONSABILITÀ NEL DIRITTO PRIVATO**

<i>Abstract</i> .....	3
<i>Introduzione</i> .....	11

#### **CAPITOLO PRIMO**

##### **RAPPORTO TRA REGOLE DI VALIDITÀ E REGOLE DI COMPORTAMENTO NELLA FORMAZIONE DEL CONTRATTO**

1. L'importanza delle regole di validità e delle regole di comportamento nella formazione del contratto.....	19
2. Principio di non interferenza: autonomia delle regole di validità.....	23
3. Nuove prospettive. Rimeditazione sul «contratto valido» e «contratto giusto».....	26

#### **CAPITOLO SECONDO**

##### **LA BUONA FEDE OGGETTIVA NELL'AMBITO DEL CONTRATTO**

1. Origine ed evoluzione storica del concetto di buona fede.....	35
2. La clausola generale di buona fede nell'ordinamento italiano.....	43
3. La clausola generale di buona fede in una visione comparata tra ordinamenti di <i>civil law</i> e di <i>common law</i> .....	47
4. La buona fede come canone di interpretazione del contratto.....	53
5. La buona fede come clausola generale di integrazione del contratto.....	64

6. Integrazione cogente: il precetto imperativo ed inderogabile di buona fede ed i suoi riflessi sulla validità dell'atto .....	72
---	----

### **CAPITOLO TERZO**

#### ***CULPA IN CONTRAHENDO* E (IN)VALIDITÀ DEL CONTRATTO**

##### **SEZIONE PRIMA**

#### **IL RUOLO DELLA BUONA FEDE NELLA RESPONSABILITÀ**

##### **PRECONTRATTUALE**

1. Le trattative e la responsabilità precontrattuale .....	91
2. Le condotte giuridicamente rilevanti nell'ambito dell'art. 1337 c.c.....	102
2.1 La responsabilità precontrattuale per mancata conclusione del contratto.....	106
2.2 La responsabilità precontrattuale per la conclusione di un contratto invalido o inefficace.....	110
2.3 La responsabilità precontrattuale per la conclusione di un contratto valido ed efficace ma sconveniente.....	113
3. Il contenuto della regola di condotta. Concretizzazione della violazione del dovere generale di buona fede: i doveri di informazione, di segretezza e di custodia .....	125
4. La natura della responsabilità precontrattuale .....	134

##### **SEZIONE SECONDA**

#### **IL RIMEDIO DELLA NULLITÀ E DELLA ANNULLABILITÀ DEL CONTRATTO COME CONSEGUENZA DELLA VIOLAZIONE DEL CANONE DI BUONA FEDE NELLA FORMAZIONE DEL CONTRATTO**



## PARTE PRIMA: LA NULLITÀ VIRTUALE

1. Il dovere di informazione: quando l'obbligo di informare è concretamente esigibile.....	149
2. La violazione del dovere di buona fede ed i rimedi esperibili. La nullità virtuale.....	157
3. I contratti di intermediazione finanziaria e l'asimmetria informativa. Il dibattito giurisprudenziale e la posizione adottata dalla Cassazione a Sezioni Unite in merito alla responsabilità degli intermediari finanziari.....	172
4. La violazione del principio di solidarietà sociale <i>ex art. 2 Cost.</i> nella formazione del contratto. La caparra confirmatoria alla luce di una lettura costituzionalmente orientata.....	193

## PARTE SECONDA: L'ANNULLABILITÀ

1. La tipicità dei vizi del consenso. "La teoria dei vizi incompleti".....	201
2. «I vizi incompleti». L'errore (sui motivi) non essenziale ma determinante per il consenso e riconosciuto o riconoscibile all'altra parte.....	213
3. ( <i>Segue</i> ). Il dolo: la reticenza, il silenzio, la menzogna. La colposa induzione in errore .....	217
3.1 ( <i>Segue</i> ). Il <i>dolus bonus</i> .....	227
4. ( <i>Segue</i> ). La violenza: il timore reverenziale e l'approfittamento dell'altrui stato di soggezione.....	231
<i>Conclusioni</i> .....	237
<i>Bibliografia</i> .....	243



*Nonostante l'esuberanza di concetti e di termini, non sembra che dottrina e giurisprudenza tendano a valicare le configurazioni di concetti tradizionali. Così ad esempio un negozio, per vizio del consenso, è impugnabile in quanto sia configurabile errore (spontaneo), dolo (errore provocato), violenza. Certe situazioni per così dire, intermedie, in cui appare difficile rinvenire vero e proprio dolo, finiscono per condurre all'esclusione dell'impugnativa per non esservi gli estremi né di errore provocato né di un errore spontaneo.*

SALVATORE ROMANO, voce *Buona fede*, in *Enciclopedia del Diritto*, V, Milano, 1949, p. 687.

## INTRODUZIONE

La tematica attinente al rapporto tra le regole di validità e le regole di responsabilità rappresenta tutt'oggi un fertile terreno di indagine ed acceso dibattito tra gli studiosi del contratto.

Sulla base della ricostruzione tradizionale, la violazione della prima tipologia di regole espone il negozio alle conseguenze dell'invalidità, assuma essa la forma della nullità ovvero dell'annullabilità; la seconda tipologia di regole, invece, prevede a carico di chi le abbia violate una responsabilità risarcitoria, senza che sia messa in discussione la validità dell'atto negoziale.

Più precisamente autorevole dottrina (Pietrobon) ha affermato che «i due gruppi di norme si trovano sullo stesso piano e si distinguono solamente per la diversa funzione: le regole di validità hanno per fine di garantire la certezza sull'esistenza di fatti giuridici, e solo mediamente, poiché anche la certezza serve a tutelare la buon fede, la giustizia; le regole di risarcimento tendono invece direttamente alla giustizia sostanziale, cioè a distribuire i vantaggi e gli svantaggi prodottisi in occasione del contratto, secondo l'onestà di ogni parte».

Molto si è discusso ed ancora si discute sulla fondatezza di questa distinzione.

La ricerca in oggetto evoca il *principio di non interferenza* tra le regole di comportamento e le regole di validità, il quale esclude che la violazione di una disposizione che prescrive al contraente una certa condotta – per esempio nella

fase antecedente alla stipula del contratto - possa determinare, in mancanza di una specifica previsione di legge, l'invalidità del contratto.

La questione attiene all'influenza del comportamento del soggetto sulla validità dell'atto negoziale

Il principio di non interferenza, forte di una radicata tradizione giuridica e granitico nella giurisprudenza di legittimità, viene oggi messo in discussione da acuta dottrina, che suggerisce agli interpreti di ripensare ai concetti di contratto «valido» e di contratto «giusto», in virtù di un asserito equilibrio contrattuale che diventa valore imprescindibile nel negozio.

Come primo approccio alla materia, si cercherà, di indagare sulle ragioni a sostegno di siffatto principio. Operazione non del tutto semplice. Difatti, da una prima sommaria analisi si rileverà che il principio di non interferenza pare ancorato maggiormente ad una consolidata tradizione giuridica che per taluni aspetti, probabilmente, non è più conforme all'attuale panorama normativo.

Tanto è vero che, accogliere a priori il principio di non interferenza, potrebbe indurre ad una sorta di immobilismo ermeneutico.

Uno sguardo più attento e curioso non può invece trascurare che allo stato attuale sarebbe forse riduttivo ed incoerente con il sistema legislativo vigente non vagliare, perlomeno, altre strade.

La tematica è di notevole attualità se si pensi alla sempre più accentuata influenza della legislazione comunitaria accolta bonariamente dal legislatore interno ed impegnata a garantire e tutelare l'equilibrio negoziale qualora sussistano condizioni di disparità e debolezza tra i contraenti nonché l'attenzione sempre più pregnante a valori costituzionalmente garantiti, volti ad evitare discriminazioni irragionevoli nell'ambito contrattuale (art. 2 e 3 Cost.).

Si assiste così, soprattutto nell'ambito della legislazione speciale, in relazione all'importanza delle tematiche giuridiche trattate, ad una sempre più frequente interferenza tra le regole di validità e le regole di responsabilità. La regola comportamentale da mera regola di valutazione della condotta del contraente diventa precetto in grado di incidere sulla validità dell'atto.

Orbene, la presente indagine non potrebbe volgere ad esaustive e logiche conclusioni – a prescindere poi da quelle che ognuno ritenga più opportuno

accogliere – se non avesse quale filo conduttore il ruolo della *buona fede* nel nostro ordinamento.

Al riguardo si cercherà di segnare i tratti storici salienti ed evolutivi del concetto di buona fede.

Sotto la vigenza dell'abrogato codice civile la buona fede era considerata una clausola generale di interpretazione del contratto ovvero un criterio per avvallare la corrispondenza tra la dichiarazione negoziale e la consapevolezza del contenuto contrattuale da parte di colui che avesse manifestato il consenso. Non esisteva all'epoca, alcuna norma generale che sancisse il contegno di buona nella fase antecedente la conclusione del contratto. Sicché le regole di validità primeggiavano su quelle di comportamento: non si poteva ammettere che un contratto valido potesse dar vita a responsabilità ancor solo risarcitoria. Un contratto valido era implicitamente giusto.

L'esigenza di procedere a delle valutazioni di carattere etico sul giudizio di validità del negozio sorge, invece, con il codice del 1942, il quale introduce una clausola generale di cui all'art. 1337 c.c. ove per la prima volta si riconosce il dovere di buona fede nella fase delle trattative e della formazione del contratto.

La buona fede, intesa in senso oggettivo, è sinonimo di correttezza e di lealtà in tutte le fasi di perfezionamento del contratto. Ed è così che cambia il suo ruolo. Essa non assurge più a solo criterio interpretativo del contratto ma a criterio integrativo del medesimo, pur non essendo espressamente menzionata dalla norma sull'integrazione del contratto di cui all'art. 1374 c.c.. Secondo questa nuova visione, la buona fede consente all'interprete di indagare sull'effettivo contenuto del contratto al fine di accertare se il regolamento negoziale, così come predisposto dalle parti, risponda effettivamente al loro concreto assetto di interessi.

È pur vero, come correttamente sottolineato da Salvatore Romano, che la buona fede richiama una tale gamma di varietà di espressioni, quali la lealtà, la correttezza, l'ignoranza, l'erronea conoscenza, tali da ingrandire enormemente il campo dei comportamenti contrari al diritto.

L'incertezza che discenderebbe, allora, da una così estesa applicazione è sicuramente una delle motivazioni che spingono parte della dottrina a non

distaccarsi dalla visione tradizionale del principio di non interferenza tra regole di validità e responsabilità.

Un ruolo così pregnante della buona fede incide inevitabilmente su più aspetti.

Intanto la buona fede, letta in chiave evolutiva, concorrendo insieme alla volontà privata ad integrare il regolamento contrattuale, va ad incidere sulla struttura stessa dell'atto, ponendosi come limite all'autonomia privata in quanto diventa principio inderogabile che dovrà essere rispettato ed applicato anche in mancanza di una espressa previsione nel regolamento negoziale. La buona fede, si attegga a dovere che sorge indipendentemente dalla volontà delle parti e che preesiste alla formazione del contratto imponendo obblighi specifici di comportamento rilevanti sotto vari profili.

Ne discende come immediato corollario un'erosione del principio di non interferenza poiché la buona fede, intesa nel senso sopra descritto, diventa precetto imperativo in grado di incidere sulla validità dell'atto *ex art. 1418, co. 1, c.c.*.

Ulteriore conseguenza è un ampliamento del sindacato del giudice sull'equità del contratto, tenuto conto però, di un particolare nonché noto rilievo. La legge non vieta *ex ante* la previsione di condizioni negoziali squilibrate, ma disapprova soltanto quell'accordo che, in ragione delle modalità concrete con cui si è formato, non costituisce sufficiente espressione di libertà ed autonomia di uno dei contraenti. Le parti sono libere di determinare le regole dello scambio ma sono vietate specifiche fattispecie di abuso, all'interno delle quali assume rilevanza anche la condotta scorretta, con la quale una parte impone all'altra un regolamento d'interessi significativamente iniquo e sproporzionato.

In questo senso appare esaustivo un passo di autorevole dottrina (Pietrobon) in cui si afferma in maniera condivisibile che «non è pensabile che il diritto riconosca validità ad un contratto quando i suoi effetti tornino sostanzialmente a favore di una persona che si è macchiata di disonestà in occasione della conclusione di esso e a svantaggio di chi, per essersi comportato correttamente, di quella disonestà è rimasto vittima, e, ancor più, che il diritto non

può riconoscere a un negozio effetti favorevoli per una persona e insieme porre a carico di questa in dipendenza del fatto medesimo, una responsabilità».

Che la malafede nel nostro ordinamento abbia una notevole rilevanza normativa è indubbio, basti pensare ai vizi del consenso (errore, violenza e dolo). La malafede in questi casi incide sul volere, sulla libertà di autodeterminazione della persona e come tale è in grado di causare l'annullabilità dell'atto.

Ma l'indagine si rivolge a tutti i casi non specificatamente tipizzati. Si è soliti ritenere che al di fuori dei vizi del volere legislativamente previsti, il comportamento di malafede del contraente non debba essere preso in considerazione ai fini dell'accertamento della validità del contratto. Ma così facendo si rischia di lasciare impunte condotte scorrette che pregiudicano una delle parti contrattuali.

Talvolta si è discusso in proposito di “*vizi incompleti*” a voler indicare tutte quelle ipotesi che pur non integrando la fattispecie astratta del vizio del consenso secondo i requisiti tipici tracciati dal legislatore, sono tali da dar vita ad una condotta scorretta, sleale che ha come conseguenza la formazione di un consenso errato .

Si pensi per esempio al comportamento riconducibile alla c.d. *reticenza*. È lecito ammettere che un soggetto in mala fede, tace consapevolmente su alcune delle circostanze essenziali del negozio, cui l'altro contraente anche usando l'ordinaria diligenza non ha la possibilità di conoscere? Siffatto atteggiamento può incidere sulla validità dell'atto?

In questa circostanza taluni discorrono di *dolo omissivo* o *negativo*, sicché potrà ritenersi integrata la fattispecie del dolo solo se oltre al “silenzio” sussisterà un rapporto causale tra questo e l'induzione in errore della controparte, nel senso che se avesse saputo di quella specifica circostanza taciuta non avrebbe stipulato il contratto.

Si sottolinea, però, che ai fini della nostra ricerca non si farebbe comunque alcun passo avanti poiché, ricondurre la reticenza nella fattispecie di dolo significherebbe interpretare in maniera estensiva una fattispecie tipica – integrante sia il dolo positivo che negativo - senza smuovere di alcunché il principio di autonomia tra regole di validità e di comportamento.

La questione dovrebbe, invece, essere affrontata da altra prospettiva, individuando un dovere generico di informazione scaturente dalla normativa sulla responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c.. Ma il problema maggiore, si vedrà, non sarà tanto quello di attribuire rilevanza giuridica ad una particolare condotta di mala fede ma la difficoltà, nel silenzio della legge, di stabilire il rimedio esperibile.

Lo sforzo ermeneutico sarà dunque quello di indagare sulla possibilità, al di fuori dei casi espressamente stabiliti dalla legge, se il contegno di mala fede posto in essere nella fase antecedente la conclusione del contratto, oltre a determinare la nascita di una responsabilità precontrattuale meramente risarcitoria, possa, incidere sulla validità stessa del negozio.

La giurisprudenza della Cassazione, che si è espressa nel 2007 a Sezioni Unite, è stata inamovibile sul punto, ed ha negato che dalla violazione di una regola comportamentale possa discendere la nullità del contratto. La decisione rimane, pertanto, ancorata alla tradizionale distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità nonché al sistema tipico delle invalidità contrattuali.

L'indagine mostra che le varie soluzioni prospettate non sono pacifiche, in quanto gli interessi in conflitto, quali la necessità di garantire la certezza del diritto, in contrapposizione all'esigenza di garantire la giustizia sostanziale, non sono entrambi trascurabili.

In definitiva, senza presunzione alcuna di esaustività, si procederà ad un'analisi cauta ed attenta alle contrapposte visioni.







## **CAPITOLO PRIMO**

### **RAPPORTO TRA REGOLE DI VALIDITÀ E REGOLE DI COMPORAMENTO NELLA FORMAZIONE DEL CONTRATTO**

**SOMMARIO:** **1.** L'importanza delle regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto - **2.** Principio di non interferenza: autonomia delle regole di validità - **3.** Nuove prospettive. Rimediazione sul «contratto valido» e «contratto giusto»

#### **1. L'importanza delle regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto**

La fase di formazione del contratto, alla quale il legislatore del 1942 ha dedicato diverse norme (artt. 1326-1342 c.c.), rappresenta uno dei momenti più delicati nonché problematici del diritto dei contratti in quanto è mediante tale fase che si realizza il consenso delle parti ai fini della conclusione del contratto.

La conclusione del contratto nasce dall'incontro delle volontà espresse dalle parti contrattuali ovvero delle volontà diversamente manifestate – tacitamente o per mezzo di comportamenti concludenti - purché emergano in maniera chiara ed inequivocabile. In particolare il perfezionamento del contratto può essere il risultato di una fusione immediata ed istantanea delle volontà negoziali, ma può anche essere preceduto da un periodo di tempo, più o meno lungo, in cui le parti negoziano il contenuto del contratto e valutano la bontà e la convenienza dell'affare in ragione delle rispettive esigenze ed interessi economici e personali. In questo ultimo caso la conclusione del contratto sarà il frutto di una trattativa ovvero un graduale e progressivo avvicinamento delle volontà delle parti.

Ebbene la fase di formazione del contratto, proprio perché non si traduce sempre in una immediata manifestazione di volontà ma in più atti, comportamenti e dichiarazioni, può dar vita a risultati incerti e non sempre equilibrati tra le parti. Il consenso espresso dalle stesse alla stipula del contratto può infatti subire dei condizionamenti che vanno ad incidere negativamente sul negozio stipulato. Non

solo. L'organizzazione del mercato odierno impone talvolta la celerità negli scambi commerciali, la semplificazione nel raggiungimento dell'accordo, sicché è oramai consuetudine in moltissimi settori commerciali la standardizzazione dei beni e servizi, tipica di una economia di massa. Questo ha reso indispensabile la creazione di contratti *standard*<sup>1</sup> o altrimenti detti *per adesione*<sup>2</sup>, in cui manca una trattativa tra le parti ed il contratto è il risultato di una predisposizione unilaterale ove la parte che non vi ha partecipato potrà solo esprimere la volontà di aderirvi<sup>3</sup>.

Il fenomeno così descritto ha il vantaggio di assicurare l'uniformità di contenuto dei rapporti contrattuali aventi la medesima natura e posti in essere nei confronti di una massa indefinita di soggetti. Per contro questa tipologia contrattuale ha fatto sorgere non pochi dubbi circa la sua stessa natura giuridica, in quanto minando la libertà negoziale del contraente, nella sostanza determina una disuguaglianza fra le parti. Ciò se si tiene conto che solo una parte ha il potere di definire le condizioni contrattuali, mentre l'altra, che ha necessità di acquistare quel determinato bene o quel servizio, si trova dinanzi ad una sola rigida alternativa: accettare o rifiutare il contratto. Queste perplessità ed in particolare l'assenza di partecipazione alla predisposizione del testo negoziale da parte di uno dei contraenti, ha spinto taluni ad affermare che un contratto *standard* non può definirsi propriamente "contratto" in quanto manca l'accordo sugli elementi essenziali dello stesso<sup>4</sup>. I contraenti, infatti, non hanno definito le condizioni contrattuali in base alle loro reciproche esigenze ma la conclusione del contratto è avvenuta sulla base di regole già imposte. Tuttavia, seppur una parte non si sia espressa nel senso di negoziare l'accordo, quest'ultimo non può dirsi mancante in quanto esiste su un piano formale-legale, dato che il contraente, presa visione del

---

<sup>1</sup> V. in argomento AA.VV., *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Alpa G. – Bessone M. (a cura di), Torino, 1991.

<sup>2</sup> Per completezza espositiva si precisa che i contratti per adesione di cui sopra non hanno nulla a che vedere con i contratti di *adesione o aperti* di cui all'art. 1332 c.c., secondo cui "*ad un contratto possono aderire altre parti*" in un momento successivo. Difatti mentre nel caso dei contratti standard o per adesione, quest'ultima è elemento perfezionativo del contratto, nei contratti aperti l'adesione non è atto di accettazione ovvero a dirsi atto perfezionativo del contratto plurilaterale già posto in essere ma è un negozio giuridico unilaterale a se stante con il quale chi aderisce rende efficace nei propri confronti un negozio già concluso. Vedi DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Milano, 2002, 271-272.

<sup>3</sup> ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, Iudica G. - Zatti P. (a cura di), 2011, 42 e 849.

<sup>4</sup> Tale problematica è stata affrontata in ROPPO V., *Il contratto, cit.*, 43-44.

contratto e purché non sussistano costrizioni esterne, decide comunque di accettarne il contenuto.

Orbene, quanto detto appare premessa essenziale per focalizzare il fulcro della presente ricerca che non attiene a quelle che sono le più svariate modalità di addivenire al perfezionamento di un contratto, ma riguarda tutte quelle ipotesi in cui l'accordo negoziale risulti affetto da anomalie che non è possibile definire a stretto rigore vizi essenziali o strutturali. Al contrario, il riferimento si estende a tutte quelle fattispecie in cui, seppur il consenso di una o più parti non sia stato propriamente viziato secondo le disposizioni di legge di cui agli artt. 1427 ss., c.c., sussiste comunque un'anomalia che si traduce nella violazione di un obbligo comportamentale che altera la volontà delle parti e l'assetto di interessi sotteso al contratto creando uno squilibrio tra i diritti e gli obblighi del regolamento negoziale, sicché ci si chiede se ciò sia di per sé sufficiente ad incidere consequenzialmente sulla validità del negozio.

La nostra tradizione giuridica rammenta che la fase delle trattative e della formazione del contratto è disciplinata da un duplice ordine di regole. Da un lato, le norme di correttezza in materia di responsabilità precontrattuale (artt.1337 e 1338c.c.): si pensi a titolo meramente esemplificativo a una delle fattispecie prevalentemente riscontrabili in sede giurisprudenziale<sup>5</sup>, quale quella del recesso ingiustificato dalle trattative che impone il risarcimento del danno alla controparte che abbia fatto in buona fede affidamento sulla conclusione del contratto<sup>6</sup>. Dall'altro, le norme sulla validità del contratto, ovvero quelle che, tra le altre, disciplinano i vizi del consenso (artt.1427 ss., c.c.) e che determinano l'annullabilità del contratto qualora il consenso sia stato dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo ovvero quelle che sanciscono la nullità del contratto (art. 1418 c.c.).

I due ordini di regole appaiono, *prima facie*, molto diversi nella loro struttura, nella funzione e nella sanzione da cui sono assistiti<sup>7</sup>. Tuttavia, essi, gravando sullo

---

<sup>5</sup> Cass., 26 febbraio 2013, n. 4802.

<sup>6</sup> CAVAJONI C., *Ingiustificato recesso dalle trattative e risarcimento del danno*, in *Contratti*, 2007, 303.

<sup>7</sup> Per un maggiore approfondimento sull'argomento si veda in dottrina D'AMICO G., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.

stesso fenomeno della formazione del vincolo contrattuale, danno luogo a delicati problemi di coordinamento.

Più precisamente quando si discorre di regole di validità ci si riferisce a tutte quelle norme le cui prescrizioni sono rigorosamente tipizzate ed esplicitate dal legislatore<sup>8</sup>. Esse garantiscono la regolarità formale dell'atto giuridico, determinando in caso di loro violazione l'invalidità dello stesso, sia essa assuma la forma dell'annullabilità o della nullità. In tal senso è valido l'atto che rispondendo alle prescrizioni legali risulti essere conforme alla norma giuridica<sup>9</sup>.

Le norme di correttezza invece si presentano con una struttura molto differente rispetto alle prime. Si atteggiavano come clausole generali<sup>10</sup>, il cui contenuto precettivo non è specificatamente individuato dal legislatore. Esse, dunque, esprimono una regola comportamentale posta dall'ordinamento, la cui violazione determina quale unica sanzione quella del risarcimento del danno.

Oltre alla loro struttura, la diversità tra le due categorie di regole emerge anche in riferimento alla loro funzione, sottolineata da autorevole dottrina<sup>11</sup>: «le regole di validità hanno la finalità di garantire la certezza sull'esistenza dei fatti giuridici, e solo mediamente, poiché anche la certezza serve a tutelare la buona fede, la giustizia; le regole di risarcimento tendono invece direttamente alla giustizia sostanziale, cioè a distribuire i vantaggi e gli svantaggi prodottisi in occasione del contratto, secondo l'onestà di ogni parte».

Ebbene, la differenza rimarcata tra i due ordini di regole ci spinge principalmente a riflettere, di qui in avanti, sulla loro (presunta) autonomia al punto da stabilire se ancor oggi sia possibile affermare senza dubbio alcuno che le regole di correttezza non possano influenzare le regole di validità.

---

<sup>8</sup> PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 156-157.

<sup>9</sup> CICERO C., *Voce Regole di validità e responsabilità*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ., Agg.*, IX, Torino, 2014, 539 ss..

<sup>10</sup> BELVEDERE A., *Le clausole generali tra produzione e integrazione di norme*, in *Pol. Dir.*, 1988, 631 ss.; CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1986, 21; DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, *ivi*, 1984, 539; GUARNIERI A., *Voce Clausole generali*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 403 ss; MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *AA.VV., Il principio di buona fede*, Milano, 1987, 10; RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, *ivi*, 609; RESCIGNO P., *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 1.

<sup>11</sup> PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, *op. cit.*, 118 ss..

## 2. Principio di non interferenza: autonomia delle regole di validità

La dottrina tradizionale già a partire dalla vigenza del codice del 1865<sup>12</sup> e fino a non molto tempo fa<sup>13</sup>, ha sostenuto in maniera pressoché unanime il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento. Il principio si fonda sulla netta separazione ed autonomia, presente nel codice civile, tra le norme che governano l'invalidità dell'atto e quelle che hanno ad oggetto i comportamenti contrari al dovere di buona fede tenuti dalle parti nella fase precontrattuale, i quali tuttavia non confluiscono nei vizi del consenso e come tali rimangono irrilevanti sul piano della validità del contratto poi successivamente stipulato. Il principio, dunque, esclude che il sistema delle invalidità, rigorosamente formalizzato dalla legge, possa essere liberamente integrato da ipotesi di invalidità desunte dalla violazione di una regola comportamentale. In altre parole un comportamento contrario a buona fede, posto in essere da uno dei contraenti nella fase di formazione del contratto, non è in grado di incidere sulla validità del contratto, potendo dar vita esclusivamente ad una responsabilità di tipo risarcitorio.

Affermare quanto suddetto non vuol dire escludere che ogniqualvolta si verifichi una ipotesi di invalidità contrattuale non si possa altresì individuare la violazione di un obbligo comportamentale. Al riguardo, basti pensare a tutte le fattispecie di dolo e di violenza morale, in cui il contraente mediante artifici e raggiri ovvero la minaccia di un male ingiusto è indotto ad addivenire alla stipula di un contratto che in assenza del comportamento di mala fede adottato dalla controparte non avrebbe sicuramente stipulato. Ebbene in tali casi alla sanzione risarcitoria si aggiunge anche quella caducatoria del contratto nel senso che quest'ultimo potrà essere, su istanza della parte lesa, invalidato con il rimedio dell'annullabilità. Le ragioni di tale scelta legislativa muovono probabilmente dalla sussistenza di una violazione molto grave dell'obbligo comportamentale che

---

<sup>12</sup> TRABUCCHI A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, 105 ss..

<sup>13</sup> SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, 171. Ancora più di recente v. MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1 ss., in cui si legge che “*in nessun caso comunque, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione della buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per danni*” e più avanti aggiunge che “*la clausola della buona fede non è mai criterio di nullità del contratto o di singole clausole*”.

ha reso preferibile affiancare alla responsabilità precontrattuale anche il rimedio dell'invalidità del contratto, proprio a voler ulteriormente sottolineare la riprovevolezza della mala fede in *contrahendo*<sup>14</sup>.

Se questo è il quadro disposto dal legislatore, nessuno può dubitare del fatto che la mala fede nel nostro ordinamento abbia una rilevanza tale da determinare nei casi specificatamente tipizzati l'invalidità di un contratto.

Quello che preme, contrariamente all'orientamento dominante, è comprendere invece se comportamenti non integranti i tipici vizi del consenso ma giudicati scorretti alla luce della clausola generale di buona fede di cui all' art. 1337 c.c., possano invalidare comunque il contratto. Si tratta nello specifico di stabilire il limite dell'irrelevanza della mala fede ovvero fino a che punto il comportamento scorretto delle parti possa formare oggetto del giudizio di validità dell'atto da parte del giudice. In tal senso, il contratto sottoposto al vaglio giudiziale potrebbe essere considerato nullo o annullabile<sup>15</sup> a prescindere dalla sussistenza di una norma al riguardo e per il sol fatto che vi sia stata l'inosservanza della clausola generale di buona fede da rispettare anche qualora le parti non abbiano stabilito nulla in proposito nelle condizioni contrattuali. Seguendo questa linea è ovvio che la direzione dell'interprete appare subito impervia in quanto ammettere che la violazione della buona fede possa determinare l'invalidità del contratto mina il sistema tipico delle invalidità contrattuali.

La questione, poi, assume connotati ancor più problematici se si ammettesse che le parti all'interno del contratto possano sancire il rimedio dell'invalidità qualora una di esse realizzi un determinato comportamento contrario a correttezza. In questo ultimo caso la mala fede sarebbe già qualificata rilevante dai contraenti mentre ciò che diverrebbe necessario è il sindacato del giudice circa il limite entro cui può estendersi l'autonomia negoziale dei soggetti di diritto.

Autonomia significa letteralmente *dar legge a sé stessi*. Nello specifico, quella negoziale si estrinseca nel potere di disporre della propria sfera giuridico-

---

<sup>14</sup> D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 40.

<sup>15</sup> Nel proseguo della trattazione si distingueranno nello specifico le due ipotesi di invalidità. In questa fase di trattazione preliminare sarà sufficiente il riferimento generico ad entrambe.



patrimoniale e di autoregolamentare i propri interessi<sup>16</sup>. Ebbene, essa è espressamente riconosciuta dal codice civile all'art. 1322 e, addirittura, pur mancando una previsione esplicita nell'ambito della Carta Costituzionale taluno ha sostenuto che trovi tutela nel disposto di cui agli artt. 2 e 3 Cost.<sup>17</sup>. Contrari a questa tesi vi sono coloro che sostengono che l'art. 2 Cost. garantisce in verità non la libertà negoziale ma le concrete manifestazioni della stessa volte a dar vita alle formazioni sociali. Pertanto è preferibile ritenere che l'autonomia privata trovi tutela nel dettato dell'art. 41 Cost. che riconosce la libertà di iniziativa economica privata, oltre che nell'art. 42 Cost. che garantisce il diritto di proprietà, affermandone, nel contempo la funzione sociale<sup>18</sup>.

Il riconoscimento della valenza costituzionale dell'autonomia privata, non è sinonimo di un "potere libero" per i privati. Al contrario essa è vincolata. In letteratura si legge che l'autonomia negoziale non ammette l'esistenza di limiti estrinseci<sup>19</sup> fatta eccezione per le fattispecie legislativamente previste. Lo dimostra l'art. 1322 c.c. ove si afferma che "*le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge*", nonché le norme che impongono ipotesi tassative di invalidità attinenti per esempio ai vizi del consenso ovvero ai vizi strutturali del negozio, che come tali non possono in alcun modo soccombere dinanzi al volere differente dei privati. Ne discende quale corollario specifico che un atto negoziale potrà essere dichiarato invalido solo se non rispettoso delle prescrizioni normative e non certamente in ragione di una scelta convenzionale fra le parti contrattuali.

I profili fino ad ora delineati in realtà non sono attualmente così pacifici<sup>20</sup>, se si tiene conto che il ruolo dell'autonomia privata, così come quello della rilevanza della buona fede, sono sempre più marcati. Tendenza che è frutto della spinta giurisprudenziale e dottrinale - aperte alle nuove emergenze economico-sociali - ed accolta con benevolenza dal legislatore nazionale ed internazionale che in

---

<sup>16</sup> Per un approfondimento sull'argomento v. BIANCA C.M., *Diritto civile. Il contratto*, 3, Milano, 2000, 8 ss. e 16-17; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, 84; MAJELLO U., *Istituzioni di diritto privato*, Bessone M. (a cura di), Torino, 2005, 76 ss..

<sup>17</sup> BIANCA C.M., *Diritto civile. Il contratto*, op. cit., 30; GAZZONI F., op. cit., 767 ss..

<sup>18</sup> Così GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, op. cit., 767 ss..

<sup>19</sup> TRABUCCHI A., op. cit., 105.

<sup>20</sup> CRISCUOLO F., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. Perlingieri*, Napoli, 2008, 3.

specifiche materie ribadisce sempre più l'importanza del contegno reciproco delle parti nella fase di formazione del contratto.

### **3. Nuove prospettive. Rimeditazione sul «contratto valido» e «contratto giusto»**

Il rigore con cui fino ad ora è stata affrontata la questione attinente al rapporto tra le regole di validità e le regole di comportamento ci consente di puntualizzarne alcuni dei loro caratteri fondamentali.

Le norme di validità hanno ad oggetto delle regole che si caratterizzano per un aspetto fortemente statico, dettato da una struttura preminentemente formalizzata<sup>21</sup>. Nella sostanza affinché un regolamento negoziale possa considerarsi valido è necessario che rispecchi lo schema legale. Contrariamente ad esse, le regole di comportamento, in quanto non rigidamente formulate, emergono per il loro carattere spiccatamente dinamico tanto che, in forza di una tecnica di normazione sintetica, si manifestano mediante una clausola generale, la quale fa rinvio a comportamenti che secondo valutazioni sociali o di costume si considerano scorretti<sup>22</sup>. Le suddette valutazioni esprimono un giudizio di riprovazione e indesiderabilità sociale del contegno contrario a buona fede che una delle parti pone in essere nella fase di formazione del contratto al fine di ottenere ingiustificati vantaggi. In questa prospettiva la clausola generale di cui all'art. 1337 c.c. è volta a “moralizzare” il procedimento di formazione del consenso poiché impone alle parti di tenere reciprocamente un comportamento leale e corretto<sup>23</sup>.

È pur vero, però, che un giudizio etico si caratterizza per l'aver dei confini non sempre precisi ed anzi parecchio incerti. Difatti l'etica<sup>24</sup>, utilizzata, nel caso di specie, per valutare se un comportamento risulti essere conforme oppure no alla

---

<sup>21</sup> MANTOVANI M., *“Vizi incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 5.

<sup>22</sup> FEDERICI I., *Giudizio di validità e contratto giusto (riflessioni su un recente orientamento delle Sezioni Unite)*, in *Rass. Dir. civ.*, 2009, 422.

<sup>23</sup> PERLINGIERI G., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, Napoli, 2003, 11 ss..

<sup>24</sup> KANT I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. Gonnelli F., Roma-Bari, 2015; ID., *Critica della ragion pratica*, trad. Capra F., Roma-Bari, 2012.

morale sociale ovvero agli usi che comunemente sono propri delle pratiche commerciali, è soggetta ad evoluzioni in linea con i cambiamenti di valori e costumi delle diverse epoche storiche.

La labilità dei contorni della regola di buona fede, ha reso sempre più difficile smuovere l'impostazione tradizionale dall'escludere che la violazione di essa possa essere usata come parametro di valutazione giudiziale dell'invalidità del contratto. In effetti ammettere ciò, oltre a scardinare il sistema tipico delle invalidità – come già evidenziato - attribuirebbe un potere incontrollabile al giudice che, dinanzi ad una fattispecie concreta ed in mancanza di elementi normativi dettagliati, si troverebbe a dover stabilire se una determinata condotta scorretta possa dar vita non solo ad una responsabilità precontrattuale ma ancor di più all'invalidità del contratto. In tal senso, la parte debole che ha subito la condotta sleale, qualora abbia interesse a mantenere in piedi il contratto potrebbe richiedere il solo risarcimento del danno, diversamente potrebbe cumulativamente agire per far dichiarare l'invalidità dello stesso.

Orbene, se queste sono le premesse che inducono oramai da tempo a ribadire il principio di non interferenza tra le regole di validità e le regole di responsabilità, non possiamo in realtà esimerci dal vagliare altre strade che portino – eventualmente – in direzioni contrarie, perlomeno per comprendere se esse siano quantomeno percorribili.

Questo nuovo atteggiamento non nasce certamente da un puro spirito di contraddizione verso la tradizione giuridica in materia, la quale non può che essere nelle sue linee essenziali condivisibile. È timore di ogni giurista che il distaccarsi dal principio di autonomia dei due ordini di regole possa determinare forti incertezze nell'ordinamento nonché possa attribuire di fatto il potere al giudice di “legiferare”: incertezza del diritto perché i soggetti privati che stipulano un contratto potrebbero successivamente vederlo cadere nel nulla senza poterlo preventivamente prevedere, in quanto non esiste una norma che nello specifico disponga che ad un dato comportamento scorretto corrisponde quale sanzione la nullità o l'annullabilità del contratto; potere del giudice di “legiferare”, nel senso che sarà egli a stabilire se quella particolare condotta in mala fede sia rilevante al

punto da invalidare il contratto. In questo caso il ruolo dell'interprete sarebbe non solo quello di applicare la legge ma nel concreto quello di creare nuovo diritto.

Sebbene queste preoccupazioni siano del tutto lecite, d'altro canto non ci si può sottrarre dal rappresentare l'esistenza di realtà sociali più ampie che non vanno trascurate. Compito dello studioso è infatti quello di analizzare le situazioni in una logica comparata, tenuto conto dei nuovi interventi legislativi sia sul piano nazionale che internazionale e delle nuove pratiche commerciali che implicano la nascita di varie e diverse tipologie contrattuali.

Questo inevitabilmente rende necessaria l'individuazione di forme di tutela nuove per gli stessi contraenti qualora il sistema rimediale vigente non risulti sufficiente a proteggere pienamente i loro diritti. In sostanza, si vuole evitare che l'atteggiamento di chiusura proprio della tradizione giuridica, crei una sorta di immobilismo ermeneutico lesivo della dinamicità del diritto e del sistema giuridico<sup>25</sup>.

Ecco che, allora, interpretare la clausola generale di cui all'art. 1337 c.c. come espressione di una sola responsabilità risarcitoria, qualora l'obbligo di buona fede da essa sancito venga violato, (forse) potrebbe apparire riduttivo.

Il ragionamento, seppur non semplice, va affrontato in questa prospettiva: per quale motivo un ordinamento come il nostro in cui viene garantita costituzionalmente la giustizia non solo formale ma soprattutto sostanziale nei rapporti sociali (art. 3 cost.) – come tale anche quelli negoziali<sup>26</sup> - dovrebbe tollerare che un soggetto in mala fede nella formazione del contratto tragga benefici ingiustificati dal contratto, mentre la controparte ne debba subire gli effetti negativi restando ad esso legata pur non rispecchiando, il regolamento negoziale, i suoi interessi?

Scriveva Pietrobon<sup>27</sup> in tempi ormai lontani, ma il pensiero è ancor oggi attuale, che «non è pensabile che il diritto riconosca validità ad un contratto quando i suoi effetti tornino sostanzialmente a favore di una persona che si è macchiata di disonestà in occasione della conclusione di esso e a svantaggio di

---

<sup>25</sup> PERLINGIERI G., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, op. cit., 19.

<sup>26</sup> In tal senso si veda per tutti PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

<sup>27</sup> PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, op. cit., 106.

chi, per essersi comportato correttamente, di quella disonestà è rimasto vittima e, ancor di più, che il diritto non può riconoscere a un negozio effetti favorevoli per una persona e insieme porre a carico di questa in dipendenza del fatto medesimo, una responsabilità».

Un apparato rimediale non idoneo a tutelare determinate posizioni svantaggiose, non assolve alcuna funzione deterrente verso colui che, nella prospettiva di essere tenuto al solo risarcimento del danno, ricavi un guadagno molto più grande dalla stipula del contratto. Si badi bene che la problematica investe non soltanto piccole realtà economiche. Si pensi, per esempio, ad una grande azienda che al fine di addivenire alla conclusione di un contratto che gli frutterà moltissimo denaro, nel corso delle trattative non assolve pienamente l'obbligo di informare la controparte di tutti i rischi, spese e svantaggi che potrebbero derivare dall'operazione economica. Paradossalmente la parte colposamente in mala fede ha quale interesse primario quello di arrivare alla stipula del contratto in quanto anche qualora dovesse essere chiamata a rispondere di responsabilità precontrattuale, l'ammontare del risarcimento sarebbe probabilmente inferiore rispetto ai guadagni effettivamente conseguiti. Pertanto pur di ottenere il perfezionamento del contratto, il contraente è portato ad adottare condotte sleali, la cui sanzione economica non esclude nel concreto di conseguire comunque un affare vantaggioso. È in tal senso che la regola di correttezza si arricchisce di un nuovo significato e rileva non più soltanto come fonte di obblighi di protezione degli interessi dell'altra parte, che potrebbero essere pregiudicati nello svolgimento del rapporto, ma anche come strumento per correggere asimmetrie informative o di potere contrattuale.

In definitiva uno Stato di Diritto che trascuri di operare un "controllo" sul mercato ed in particolare nei rapporti negoziali, alimenta inevitabilmente comportamenti scorretti in quanto non debitamente sanzionati.

Si parla normalmente di "*giustizia contrattuale*"<sup>28</sup>, locuzione che, peraltro, si presta a svariate ed ampie interpretazioni. Il termine giustizia, infatti, presenta

---

<sup>28</sup> Sulla nozione di giustizia contrattuale v. BRECCIA U., *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 194 ss.; MARINI G., *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 257 ss.; VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21 ss..

negli scritti correnti una forte ambiguità. Esso lo si può intendere come uguaglianza nello scambio; come riequilibrio dell'assetto di interessi disegnato originariamente dalle parti, a seguito del mutamento di circostanze rilevanti successivamente alla conclusione del contratto; come portatrice di valori o come giustizia distributiva delle risorse economiche all'interno del mercato.

La giustizia nel senso che a noi interessa involge la tematica dell'equilibrio contrattuale, intesa, quest'ultima, non solo sotto un profilo strettamente economico – in riferimento ad un principio di proporzionalità delle prestazioni dedotte in contratto<sup>29</sup> – ma anche sotto un profilo normativo ovvero come sintesi delle posizioni normative dei contraenti in ragione di un'equa distribuzione di diritti, obblighi, oneri, responsabilità e rischi<sup>30</sup>.

L'ammettere un controllo pubblicistico sul regolamento negoziale non vuol dire che si debba limitare la libera contrattazione imponendo o vietando determinate clausole o contenuti contrattuali. La legge, infatti, non vieta *ex ante* un determinato regolamento contrattuale ma è giusto che disapprovi invece quell'accordo che, in ragione delle modalità concrete con cui si è formato, non costituisce sufficiente espressione di libertà ed autonomia di uno dei contraenti. È questa la tendenza che sembra oggi caratterizzare il diritto dei contratti, dove le parti sono libere di determinare le regole dello scambio ma sono vietate specifiche fattispecie di abuso, all'interno delle quali assume rilevanza anche la condotta scorretta, con la quale una parte impone all'altra un regolamento d'interessi significativamente squilibrato.

Quanto detto si manifesta espressamente nella disciplina del Codice del Consumo (D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), la cui *ratio* è quella di regolamentare i contratti dei consumatori secondo due obiettivi: la giustizia e l'efficienza. L'art. 2, co. 2, lett. e), cod. cons., eleva la giustizia, nelle sue svariate forme della correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali, a rango di principio generale in quanto indicata tra i diritti fondamentali dei consumatori. Allo stesso modo, favorire le imprese che nel mercato non abusano della propria posizione dominante mediante pratiche commerciali scorrette, crea un mercato efficiente

---

<sup>29</sup> LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, 47 ss..

<sup>30</sup> D'ANGELO A., *Il contratto in generale. La buona fede*, in *Tratt. Dir. Priv.*, Bessone M. (diretto da), Torino, 2004, 89, 97, 165.

che punta su una concorrenza leale fondata sulle qualità dei soggetti. Per questo il legislatore ha demandato al giudice il compito di valutare, alla stregua della buona fede, se il predisponente inserendo una particolare clausola nel contratto, abbia determinato un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti (art. 33, co. 1, cod. cons.)<sup>31</sup>.

Ora questa specifica disciplina altro non è che applicazione del più generale e ampio principio di equità che evoca la giustizia del caso singolo. Essa infatti, applicata al contratto, autorizza il giudice a determinare aspetti del regolamento non contemplati nell'accordo delle parti, né puntualmente definiti da leggi o usi. L'opera di integrazione suppletiva del giudice è dunque quella di trovare soluzioni che siano giuste ed equilibrate alla luce dei programmi e degli assetti d'interessi definiti nel contratto<sup>32</sup>. Secondo questa impostazione l'equità non consente al giudice di andare contro al volere delle parti, che nel concreto può anche essere quella di creare un contratto squilibrato (per es. nessuno può impedire ad un soggetto che voglia liberarsi al più presto di un immobile, di venderlo ad un prezzo notevolmente inferiore a quello di mercato, determinando così una sproporzione tra le prestazioni).

È pur vero però che qualora dall'assetto di interessi si evinca che lo squilibrio contrattuale è dettato non da una scelta consapevole dei contraenti ma da una scelta viziata, allora la sproporzione tra i vantaggi e gli svantaggi contrattuali assume una diversa rilevanza che merita tutela da parte dell'ordinamento. Una volontà viziata, si badi, non è solo quella che influenza in maniera preponderante il consenso ricadendo sull'accordo stesso fino a farlo venir meno nella sostanza (come nei casi di errore, dolo, violenza). La volontà si considera viziata anche qualora la parte che vuole il contratto, accetta non in piena consapevolezza un regolamento contrattuale non corrispondente agli interessi cui l'operazione economica era originariamente preordinata. In tal senso, si pensi al comportamento reticente del contraente che omette d'informare la controparte su elementi fondamentali del contratto; all'approfittamento di un errore, per esempio sui motivi, riconoscibile o riconosciuto dall'altra parte ovvero ad un errore

---

<sup>31</sup> Sul concetto di vessatorietà delle clausole contrattuali nell'ambito dei contratti tra consumatore e professionista v. *infra*, cap. II, § 6.

<sup>32</sup> ROPPO V., *Il contratto*, op. cit., 463 ss..

astrattamente essenziale ma nel concreto non determinante. In questi casi, in cui non possiamo parlare propriamente né di dolo né di errore, possiamo affermare con assoluta certezza che queste anomalie non influiscano sul consenso? Possiamo dire che il rimedio del risarcimento del danno sia in grado di riequilibrare lo svantaggio sofferto dalla vittima a causa del comportamento in mala fede dell'altra parte?

Se questa è la linea da seguire, la rigidità iniziale con la quale abbiamo descritto il principio di autonomia tra regole di validità e comportamento va via via affievolendosi.

La soluzione al problema resta tutt'oggi ancora aperta.

Secondo il dato tradizionale ogni valutazione sugli interessi sottesi al negozio si esaurirebbe nel giudizio di validità. Conseguentemente se non sussistono vizi che si ripercuotono sulla struttura ovvero sugli elementi essenziali dell'atto, nessun sindacato esterno può essere sollevato circa il volere delle parti. Questo determina quale immediato corollario la preclusione a qualunque forma di responsabilità prenegoziale se le trattative hanno avuto esito positivo. Pertanto il giudizio di validità assorbe qualsiasi valutazione sul comportamento, anche scorretto, delle parti. Qualsiasi condotta sleale del contraente fatta di silenzi, reticenze, menzogne, approfittamenti, sfruttamento di stati psichici alterati<sup>33</sup> e più in generale qualsiasi forma di abuso<sup>34</sup> nella fase di formazione del contratto è secondo questa visione irrilevante.

Ebbene se questa impostazione è frutto della tradizione, forse, senza avere la presunzione di esaustività e di addivenire a risposte certe, ci si impone almeno, di qui in avanti, di rimeditare sul concetto di negozio valido e di negozio giusto. Lo scopo della presente ricerca è infatti quello di indagare sui profili evolutivi del rapporto tra regole di validità e regole di correttezza, al fine di comprendere se sia possibile discostarsi dall'orientamento tradizionale che ne sancisce il principio di non interferenza.

---

<sup>33</sup> MANTOVANI M., *"Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio*, op. cit., 2.

<sup>34</sup> Per un approfondimento in materia di abuso contrattuale v. CORSARO L., *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia, 1979; ID., *Raggio, dolo colposo e annullamento del contratto*, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 10 ss.







## CAPITOLO SECONDO

### LA BUONA FEDE OGGETTIVA NELL'AMBITO DEL CONTRATTO

**SOMMARIO:** **1.** Origine ed evoluzione storica del concetto di buona fede - **2.** La clausola generale di buona fede nell'ordinamento italiano - **3.** La clausola generale di buona fede in una visione comparata tra ordinamenti di *civil law* e di *common law* - **4.** La buona fede come canone di interpretazione del contratto - **5.** La buona fede come clausola generale di integrazione del contratto - **6.** Integrazione cogente: il precetto imperativo ed inderogabile di buona fede ed i suoi riflessi sulla validità dell'atto

#### **1. Origine ed evoluzione storica del concetto di buona fede**

La buona fede viene richiamata di frequente nel nostro codice civile come se il legislatore avesse voluto già sottolineare implicitamente la presenza nell'ordinamento di un principio superiore dal quale non si possa in alcun modo prescindere. È pur vero però che la nozione di buona fede utilizzata in riferimento a svariati fenomeni giuridici ha reso complessa l'individuazione del suo effettivo contenuto. Al riguardo dottrina e giurisprudenza si sono impegnate nel tempo al fine di comprendere se la buona fede, all'interno di dettati normativi anche molto differenti tra loro debba essere usata con accezioni diverse, tenuto conto anche della differente rilevanza che la stessa ha assunto nelle varie epoche storiche e culturali.

Tendenzialmente si ritiene di dover escludere l'unicità concettuale del suo significato. Difatti, quando la buona fede viene espressamente richiamata dagli artt. 1147, 1148, 1189, 1445 del codice civile attuale, esprime uno stato intellettuale o soggettivo della coscienza, secondo cui il soggetto è in buona fede quando manca la consapevolezza di ledere l'altrui diritto<sup>35</sup>.

Diverso è invece il concetto di buona fede come criterio di valutazione della condotta dei contraenti nelle varie fasi contrattuali. Si rammenta l'art. 1337 c.c.

---

<sup>35</sup> SACCO R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici*, Torino, 1949, 13. Applicazione diretta di tale nozione, letteralmente citata dall'art. 1147 c.c., si rinviene in diverse norme: l'art. 251, 535, co. 3, 1479.

che, per la prima volta nella codificazione italiana, esplicita la buona fede *in contrahendo*; l'art. 1358 c.c. che, in presenza di un contratto sottoposto a condizione sospensiva, impone al contraente una condotta secondo buona fede, al fine di conservare le ragioni della controparte nel periodo di pendenza della condizione; l'art. 1366 c.c. che dispone l'interpretazione del contratto secondo buona fede; l'art. 1375 c.c. che esprime un dovere di correttezza nell'esecuzione del contratto; l'art. 1460 c.c. che, disciplinando l'eccezione di inadempimento, esclude che il contraente si possa rifiutare di adempiere qualora ciò sia contrario a buona fede. In tutti questi casi si discorre di buona fede in senso oggettivo in quanto essa non attiene, come la buona fede soggettiva, ad uno stato di conoscenza ma assume un valore "precettivo" di condotta socialmente apprezzabile. Il contraente, soggetto ad un obbligo comportamentale, è in buona fede se assume una condotta leale e corretta nei confronti dell'altro contraente già a partire dalla fase di formazione del contratto e per tutta la vita dello stesso<sup>36</sup>.

L'incertezza circa il contenuto della nozione di buona fede ha origini lontane. Nel diritto romano<sup>37</sup> non esisteva propriamente la locuzione buona fede ma quella di *fides*<sup>38</sup>. Essa ne fu probabilmente il predecessore. A quel tempo l'uso della *fides* valeva non solo nei rapporti tra privati ma specialmente nelle relazioni tra i popoli ed evocava un concetto etico-sociale assai ampio e non unitario. Talvolta si estendeva al rispetto dell'impegno preso e della parola data, esprimendo un principio di eguaglianza tra i soggetti<sup>39</sup>; talaltra alla protezione nei confronti del soggetto più debole, implicando un rapporto non egualitario ma di predominanza e potere di un soggetto rispetto ad un altro.

---

<sup>36</sup> GALGANO F. – VISINTINI G., *Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare (artt. 1372-1405), sub art. 1375*, in Scialoja Branca, *Comm. cod. civ.*, Galgano (a cura di), IV, Bologna- Roma, 1993, 94.

<sup>37</sup> Per un maggiore approfondimento circa la nozione di buona fede nel diritto romano v. SENN P.D., Voce *Buona fede nel diritto romano*, in *Dig., Sez. civ., II*, Torino, 1988, 129 ss.; TALAMANCA M., *La bona fides nei giuristi romani: "leerformeln" e valori tutelati dall'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese* (Padova-Venezia-Treviso, 14, 15, 16 giugno 2001), Garofalo (a cura di), Padova, 2003, vol. IV. Tra gli studiosi della tradizione romana si vedano inoltre: SCHERMAIER M. J., *Bona fides in Roman contract law*, in *Good faith in European Contract Law*, Zimmermann R. – Whittaker (a cura di), Cambridge, 2000, 54 ss.; ZIMMERMANN R., *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 703 ss..

<sup>38</sup> PLAUTUS., *Tri*, 271 "...boni sibi haec expetunt, rem, fidem, honorem, gloriam et gratiam: hoc probis paemiumst".

<sup>39</sup> CICERO, *De officiis*, 1.23 "*fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*".

Non sono tutt'oggi chiari i passaggi che condussero i giuristi ad elaborare, a partire da un certo momento storico, il concetto giuridico di *bona fides*, che comunque conservò gli originari connotati religiosi (*fides*) e morali (*bona*) segno di garanzia e di rispetto. Essa venne utilizzata sia in ambito contrattuale (probabilmente già dal III sec. a.C.), sia in quello del possesso (a partire dal I sec. a.C.), creando le prime fondamenta del significato attuale nonché duplice di buona fede oggettiva e soggettiva. Nell'ambito contrattuale, specialmente per il contratto di compravendita, si parlava di *fides del bonus vir*<sup>40</sup> per indicare che il giudice avrebbe dovuto valutare il comportamento che generalmente ci si attende da un uomo normale in un caso specifico<sup>41</sup>. In riferimento al possesso, prese le mosse dall'istituto dell'usucapione per tutelare la posizione di colui che possiede il bene nella convinzione che tale comportamento sia legittimo ed in forza di ciò ne acquista a titolo originario la proprietà.

In età medievale e moderna<sup>42</sup> la *bona fides* si arricchì di significati ed al fine di coglierne l'essenza si fece riferimento ad una serie di parole - «constantia», «veritas», «iustitia», «natura», «conscientia», «aequitas» - a volerne indicare la complessità concettuale e la vastità del proprio ambito applicativo<sup>43</sup>. In tale periodo storico lo sviluppo maggiore della *bona fides* si verificò nell'ambito del

---

<sup>40</sup> CICERO, *De officiis* 3.80.: “*bonus uir qui prodest quibus potest et nocet nemini*”.

<sup>41</sup> La *bona fides*, intesa nel senso di buona fede oggettiva, nasceva sulla base del rapporto di connessione tra *ius civile* e *ius honorarium*, con l'affermarsi dei c.d. *iudicia bonae fidei* che erano giudizi costituiti dai pretori romani in sostituzione ed in alternativa ai tipici procedimenti di diritto civile. Tali giudizi modificavano profondamente il diritto romano dei contratti, introducendo una superiore tutela basata su esigenze socialmente riconosciute, a prescindere dagli elementi sostanziali e formali tipici dello *ius civile*. Di fatto, i *iudicia bona fidei* permettevano di tenere conto di valori etici e sociali, attraverso l'introduzione di regole di correttezza che godevano, per la prima volta, di difesa processuale. Successivamente alla sua comparsa, e fino al VI sec. d.C., l'ambito dell'*actio bona fidei* si ampliò sempre di più e da regola di mero rispetto della parola data diventava una vera e propria regola del rapporto obbligatorio, assumendo la veste di fonte autonoma dell'obbligazione, distinta dal vecchio *ius civile*. SENN P.D., Voce *Buona fede nel diritto romano*, cit., 131 ss.

<sup>42</sup> Per il concetto di buona fede nell'età medievale v. CORTESE E., Voce *Causa (dir. intern.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1961, 542; DE VITA A., *Buona fede e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 251; GORDLEY J., *Good faith in contract law in the medieval ius comune*, in *Good faith in European Contract Law*, cit., 94 ss.; MASSETTO G.P., Voce *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in *Dig.*, Sez. civ., II, 1988, Torino, 133 ss..

<sup>43</sup> Si legge in BARGALIUS, *De dolo*, 702, n. 7-8: “*tertia est fides moralis, sive civilis, quae est dictorum factorumque constantia, et veritas iustitiam praecipue respiciens, cuius recte dicitur fundamentum*” e in SOCINUS M., *Prima pars consiliorum*, cons. 36 n. 9: “*ille recognoscit bonam fides qui iuste distribuit t qui reddit unicuique quod suum est, et agit secundum naturam et bonam conscientiam ita quod nec se nec alium velit cum aliena iactura locupletari*”. Cfr. CICERO, *De officiis*, I, c. 7: “*Fundamentum autem iustitiae est fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*”.

commercio, in particolare quello internazionale, dove divenne criterio valutativo dei comportamenti delle parti a tutti gli effetti. In particolare con il termine *bona fides* si descrivevano tre principali tipologie di condotte: l'obbligo delle parti di tener fede alla parola data; il divieto della parti di trarre vantaggio da propri comportamenti sleali; il dovere delle parti contrattuali di adempiere a quelle obbligazioni che, ancorché non espressamente previste, sarebbero ritenute giuste da una persona onesta e leale. Nacque così la distinzione tra contratti di «buona fede» e contratti «stricti iuris». Con la prima accezione non si voleva certo affermare l'esistenza, in contrapposizione ad essi, di contratti di mala fede posto che qualsiasi negozio doveva essere improntato alla lealtà e alla correttezza delle parti. Con contratto di buona fede si alludeva a tutte quelle ipotesi in cui i contraenti avrebbero dovuto comportarsi secondo l'«*aequitas*» anche se ciò non fosse stato espressamente pattuito, sicché il giudice nel silenzio delle parti o in presenza di previsioni ambigue avrebbe dovuto interpretare il contratto «*ex bono at aequo*»<sup>44</sup>, senza mutare o contraddire la loro volontà<sup>45</sup>. Questa attività veniva invece preclusa nei contratti «stricti iuris» ove il giudice poteva considerare solo quanto indicato nel regolamento contrattuale dalle parti - «*acta et expressa*» - ed offrire un'interpretazione rigorosamente letterale ed aderente alle parole usate.

Il concetto di buona fede soggiunse fino all'età della codificazione, in particolare tra la fine del XIX e XX secolo, sotto l'influenza del pensiero giusnaturalistico e senza ancora chiarezza sul suo effettivo contenuto che continuò ad alternarsi tra un profilo squisitamente psicologico<sup>46</sup>, inteso come l'assenza della consapevolezza di porre in essere un comportamento illegittimo ed uno oggettivo quale fonte ispiratrice della condotta corretta dei contraenti<sup>47</sup>.

Tuttavia, le forti idee individualistiche caratterizzanti le codificazioni moderne generarono un restringimento dell'influenza della buona fede sui sistemi giuridici. Il fenomeno trovò infatti massima espressione nel dogma dell'assolutezza della proprietà privata ed in quello dell'autonomia della volontà dei privati in ambito contrattuale. Esempio di quanto detto lo si rinviene pienamente nel *Code*

---

<sup>44</sup> DE OÑATE P., *De contractibus*, I, 29 n. 120.

<sup>45</sup> OLDENDORPIUS J., *Variarum lectionum libri*, 226 ss.

<sup>46</sup> PUFENDORF S., *De iure naturae et gentium*, III, 359, § 2; *Ibidem*, I, 47-52; §§ X-XVI.

<sup>47</sup> POTHIER R.J., *Traité des obligations*, Oeuvres, I, 11.

Napoléon il quale all'art. 1134 recita “(1) *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.* (2) *Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.* (3) *Elles doivent être exécutées de bonne foi*”. Da queste norme si evince che il legislatore francese ha elevato a principio assoluto l'autonomia contrattuale (art. 1134, co. 1 e 2), relegando la buona fede (art. 1134, co. 3) quasi ad una sorta di eccezione operante nella sola fase di esecuzione del contratto<sup>48</sup>.

Il legislatore italiano con il Codice del 1865 ha in parte seguito l'impostazione individualistica del *Code civil* ma se ne differenzia in quanto tratta la libertà negoziale e la buona fede in un'unica norma (art. 1124 c.c. abr.) creando così una maggiore armonia tra i due principi: “*i contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze, che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano*”.

Taluno ha sostenuto che il Codice Pisanelli ha con questa formula introdotto un valido temperamento alle impostazioni soggettivistiche del tempo, dato che si è attribuita al giudice la facoltà di arricchire il sinallagma contrattuale e se necessario la possibilità di modificarlo a garanzia dell'equità tra le parti<sup>49</sup>. In realtà il codice civile abrogato, così come accadde in Francia, non ampliò l'uso della clausola di buona fede alla fase di formazione del contratto ma consolidò il ruolo della stessa ad operare nella sola fase di esecuzione dello stesso<sup>50</sup>. Non era rinvenibile, dunque, alcun obbligo delle parti di tenere una condotta corretta durante le trattative e ciò lo dimostra oltre che la formula letterale dell'art. 1124 c.c. abr., l'assenza nel codice di qualsiasi altra norma che prevedesse una sanzione contro un comportamento contrario a buona fede nella formazione del contratto<sup>51</sup>. In definitiva, affinché la buona fede assuma un ruolo determinante nella valutazione giudiziale della condotta delle parti durante le trattative, si dovrà

---

<sup>48</sup> MASSETTO G.P., Voce *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, cit., 152.

<sup>49</sup> CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, 87-89.

<sup>50</sup> TRABUCCHI A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, op. cit., 107 e ss.

<sup>51</sup> SOLIDORO MARUOTTI L., *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, 2007, 104. In mancanza di una regola assimilabile all'attuale art. 1337 c.c. la *culpa in contrahendo* di colui che interrompeva ingiustificatamente le trattative o dava colpevolmente causa all'invalidità del contratto veniva configurata facendo ricorso all'art. 1151 c.c. abr., norma corrispondente all'attuale art. 2043 c.c. in tema di responsabilità extracontrattuale.

attendere il codice civile del 1942. In tale occasione il legislatore, con la clausola generale di cui all'art. 1337 c.c., non rivolge più la sua principale attenzione alla volontà delle parti, ai loro interessi strettamente individuali, ma si sposta verso la funzione economico-sociale del contratto e la giustificazione patrimoniale dello scambio. Questa nuova impostazione è certamente frutto di un cambiamento socio-culturale tra le diverse epoche storiche, il quale ha inciso sulla teorica del negozio giuridico<sup>52</sup> e conseguentemente sugli istituti che ruotano intorno ad esso compresa la buona fede contrattuale.

Giova al riguardo precisare che il concetto di negozio giuridico, affonda le sue radici nell'esaltazione della libertà individuale di derivazione illuministica, che si riflette nel riconoscimento del potere della volontà di produrre effetti giuridici. I sostenitori delle teorie volutaristiche del negozio giuridico, difatti, ritengono che quest'ultimo possa produrre i propri effetti solo qualora sussista l'effettiva volontà non viziata dell'agente. La dichiarazione negoziale sarà allora un mero mezzo di manifestazione della volontà con la conseguenza che ogni divergenza tra volontà e dichiarazione (es. errore ostativo per una divergenza involontaria; simulazione per una divergenza volontaria), dovrebbe condurre alla invalidità dell'atto per difetto di volontà. Ebbene, in questo contesto la buona fede contrattuale, non poteva che assumere un ruolo di secondo piano, proprio perché ciò che prevaleva era l'autonomia privata dei soggetti, la loro intenzione di tutelare determinati interessi, prescindendo invece dai comportamenti (scorretti) effettivamente tenuti nella fase di formazione del contratto.

La buona fede acquista invece un maggiore valore quando iniziano a farsi strada le teorie antivoluntaristiche che considerano il negozio giuridico produttivo di effetti non in quanto atto voluto, ma in quanto valutato dall'ordinamento come socialmente utile<sup>53</sup>. Ecco che in questo nuovo contesto il fulcro del contratto non è più il consenso ma la causa dello stesso con la conseguenza che l'eventuale

---

<sup>52</sup> Per uno studio della teoria del negozio giuridico v. CAPPELLINI P., *Voce Negozio giuridico (storia del)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 95; FERRI G.B., *Voce Negozio giuridico*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 74 ss.; FRANZONI, *Il dibattito attuale sul negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 409; GALGANO F., *Voce Negozio giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 932 ss.; IRTI N., *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991; MIRABELLI G., *Voce Negozio giuridico (teoria del)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 1 ss.; VALLE L., *Il dibattito sul negozio giuridico in Italia*, in *Contr. Impr.*, 1993, 566.

<sup>53</sup> V. in tal senso BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952.



divergenza tra dichiarazione negoziale e volontà potrà sortire un effetto invalidante solo se il vizio era percepibile dalla controparte (es. l'errore ostativo determina invalidità solo se riconoscibile).

Ebbene il codice civile attuale sembra accogliere una concezione volontaristica del negozio giuridico ma temperata dal criterio dell'affidamento. Il che rende ancora più rilevante la funzione della buona fede tra le parti contrattuali. Si rammenta in proposito un passaggio importante della Relazione al codice civile del 1942 (n. 623) in cui si afferma che «senza disconoscere il valore dell'elemento volitivo, si può dare, di regola, in caso di conflitto, la prevalenza alla certezza dell'affidamento e all'esigenza della stabilità dei rapporti giuridici, ove, beninteso, l'affidamento si fonda sulla buona fede consapevole del destinatario dell'atto di volontà»<sup>54</sup>. Quanto riportato consente di affermare che il contratto non viene più considerato quale strumento di composizione di interessi individuali ed egoistici, ma quale mezzo di collaborazione economica e di cooperazione delle attività individuali per il raggiungimento di fini sociali. In tale processo assume dunque una particolare valenza la buona fede oggettiva sicché in caso di discrasia tra volontà e dichiarazione prevale quest'ultima tutelandosi l'affidamento che si è venuto a costituire in capo ad un soggetto in seguito ad un determinato comportamento tenuto dalla controparte.

La concreta applicazione della buona fede, meditata secondo il principio di affidamento, avverrà comunque lentamente in forza di un processo di maturazione delle teorie oggettivistiche. Difatti, nel periodo successivo all'emanazione del codice civile ed ancora fino agli anni '70 circa, si risentì ancora del clima storico-culturale che incentrava la materia contrattuale sulla soggettività e sulla volontarietà delle parti, sicché la buona fede venne spesso ricondotta ad una formula retorica, priva di autonomo contenuto. Basti pensare che in pieno regime fascista si cercò di ridurre all'estremo l'interpretazione della regola di buona fede,

---

<sup>54</sup> Per maggiore chiarezza si riportano ulteriori passaggi della Relazione al codice civile: «in luogo del concetto individualistico di signoria della volontà, l'ordine nuovo deve accogliere quello proprio di autonomia del volere. L'autonomia del volere non è sconfinata libertà del potere di ciascuno; ma, se legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'ambito delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa» (n. 603); «contro il pregiudizio incline ad identificare la causa con lo scopo pratico individuale, la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito nel caso concreto, ma è la funzione economico sociale che il diritto riconosce ai suoi fini e che solo giustifica la tutela dell'autonomia privata» (n. 613).

nella convinzione che ciò avrebbe potuto mascherare interventi politici volti a limitare indirettamente l'autonomia privata<sup>55</sup>. Questa impostazione la si rinviene anche nella giurisprudenza del dopoguerra ove si afferma espressamente che la buona fede esecutiva può acquisire rilevanza giuridica solo qualora si concretizzi nella violazione di specifiche norme. In altri termini la violazione dei doveri di lealtà e correttezza non si reputava illegittima o colposa, né poteva essere fonte di responsabilità per danni, in assenza di una legge espressa che ne prevedesse una specifica sanzione<sup>56</sup>.

Alla luce di quanto detto, bene si comprende come il riconoscimento giurisprudenziale della buona fede fu graduale e, seppur con contorni non ancora definiti, avvenne quando essa fu identificata come uno dei principi cardine in materia di obbligazioni<sup>57</sup>, fino ad assumere a partire dagli anni '80 un valore preminente durante tutte le fasi del contratto a partire dallo svolgimento delle trattative<sup>58</sup>, per arrivare all'esecuzione dello stesso<sup>59</sup>, compreso il momento della sua interpretazione<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> Vi era chi addirittura sosteneva che i principi di buona fede e correttezza altro non erano che il risultato di una elaborazione politica fondata sulla solidarietà corporativa, per cui con la caduta del regime, venendo meno tale tipo di collegamento si poteva considerare tacitamente abrogata la norma. Così in FERRI G., *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 412 ss..

<sup>56</sup> Cass., 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro pad.*, 1964, I, c. 1283, con nota di RODOTÀ S., *Appunti sul principio di buona fede*: «I doveri generici di lealtà e correttezza sono entrati nel nostro ordinamento giuridico, specialmente in materia contrattuale, ma la violazione di tali doveri, quando la legge non ne faccia seguire una sanzione autonoma, costituisce solo un criterio di valutazione e quantificazione di un comportamento. Essi non valgono a creare, di per se stessi, un diritto soggettivo tutelato *erga omnes* dall'osservanza del precetto del *neminem laedere* quando tale diritto non sia riconosciuto da un'espressa disposizione di legge; pertanto, un comportamento contrario ai doveri di lealtà, di correttezza e di solidarietà sociale non può essere reputato illegittimo e colposo, né può essere fonte di responsabilità per danni quando non concreti la violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altre norme».

<sup>57</sup> Significativa in tal senso è stata la sentenza Cass., 5 gennaio 1966, n. 89, in *Foro pad.*, 1966, I, c. 524, la quale ha sostenuto che «la buona fede, intesa in senso etico, come requisito della condotta, costituisce uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con proposito doloso di creare pregiudizio, ma anche se il comportamento non sia stato improntato alla schiettezza, alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale che integrano il contenuto della buona fede».

<sup>58</sup> Cass., 22 ottobre 1982, n. 5492, in *Giust. it.*, I, c. 1199, con nota di FUSARO A., *Fondamento e limiti della responsabilità precontrattuale*, riguarda la fattispecie di una trattativa per la conclusione di un contratto di compravendita di bene immobile, ove le parti si erano limitate a definire il prezzo e oggetto della compravendita, senza, però, prevedere nessun altro elemento, quale il versamento di una somma a titolo di anticipo sul prezzo o l'immissione nel possesso. Nel caso di specie la Cassazione ha negato la sussistenza di un "legittimo affidamento" nell'ambito di quelle trattative stabilendo che si incorra in responsabilità precontrattuale nel caso di recesso ingiustificato dalla trattativa, solo qualora siano stati predisposti gli elementi essenziali del futuro

In tale prospettiva le parti contrattuali non possono più esplicitare le loro attività negoziali nel mero rispetto delle regole formali ma dovranno, in base al caso concreto, limitare la propria libertà di autonomia privata in virtù del rispetto del canone di buona fede<sup>61</sup>, la quale si esprime come l'obbligo reciproco di preservare anche gli interessi impliciti della controparte contrattuale<sup>62</sup>.

## 2. La clausola generale di buona fede nell'ordinamento italiano

Fino ad ora, è parso preliminare alla presente ricerca, delineare l'*excursus* storico circa le origini della nozione di buona fede, al fine di comprenderne la sua mutevolezza concettuale in relazione al contesto socio-culturale all'interno del quale si è evoluta. Da qui in avanti si procederà ad una disamina più precisa della

---

contratto, che possono essere presenti anche in una minuta. In altri termini il giudice deve verificare la sussistenza del requisito "dell'affidamento legittimo" che una parte ha ingenerato nell'altra rispetto alla successiva conclusione del contratto. Secondo altra precedente Cass. 17 giugno 1974, n. 1781, in *Foro it.*, 1974, c. 1200, si rileva una responsabilità precontrattuale per violazione del dovere di lealtà, nell'ipotesi in cui «la parte receda dalla trattativa senza giustificato motivo, dopo aver indotto l'altra parte all'assunzione di spese inerenti al futuro contratto». Con questa pronuncia i giudici di legittimità iniziano a mettere in evidenza che la buona fede vuole garantire non tanto il buon esito delle trattative, bensì che le trattative vengano svolte lealmente e correttamente.

<sup>59</sup> La giurisprudenza specifica anche il ruolo della buona fede durante la fase dell'esecuzione del contratto, riconoscendo un generale dovere di cooperazione delle parti tra loro, finalizzato al perseguimento dello scopo contrattuale, affermando a più riprese sia nella giurisprudenza di merito che di legittimità che per una corretta applicazione dell'art. 1375 c.c., al fine di raggiungere lo scopo del contratto, le parti devono modificare il proprio comportamento qualora ciò si renda necessario in base alle circostanze di fatto. Un'interessante applicazione della clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto, si rinviene nell'ambito degli obblighi contrattuali delle società assicurative. Tra le numerose sentenze si cita Cass., 5 marzo 1994, n. 2177, in *Arch. circolaz.*, 1994, 844, secondo cui il comportamento dell'assicuratore viola l'obbligo di correttezza e buona fede, implicito nel contratto di assicurazione, non solo quando, avvalendosi del patto di gestione, gestisca la lite in modo da arrecare pregiudizio all'assicurato, "per eccessiva cura dei propri interessi", ma anche "quando decida, senza motivo, di non aderire ad una vantaggiosa proposta di transizione con il terzo danneggiato"; in tale ipotesi si ritiene che l'assicuratore non esegua il contratto di assicurazione secondo un comportamento in buona fede.

<sup>60</sup> Tra le tante si può riportare Cass., 8 giugno, 1979, n. 3250, in *Foro pad.*, 1979, I, c. 182, la quale affronta la questione relativa alla disdetta di un contratto di assicurazione "entro un termine prefissato". Ci si chiede nello specifico se il termine della disdetta si debba calcolare dal momento della spedizione della lettera raccomandata o dal momento del suo ricevimento. Secondo la Cassazione, ai sensi dell'art. 1366 c.c., «non può che ritenersi in buona fede chi interpreti la clausola nel primo senso (al momento della spedizione della raccomandata di disdetta), essendo ragionevole presumere che, qualora si fosse voluto intendere il secondo significato, lo si sarebbe dovuto chiarire espressamente, perché comportante effetti ben più gravosi per la parte».

<sup>61</sup> MERUZZI G., *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, 106; PIETROBON V., *Voce Affidamento*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 1 e ss.; ID., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, op. cit., 3, ove si evince che l'affidamento ha un ruolo consistente nella realizzazione di una giustizia sostanziale anche nei rapporti fra le parti di un contratto.

<sup>62</sup> Nei successivi §§ approfondiremo il significato attuale della clausola generale di buona fede.

struttura della clausola di buona fede oggettiva, per approdare al suo significato attuale tenendo conto anche di alcuni spunti comparatistici.

Si è fatto cenno di come il codice civile del 1942, mediante i vari referenti normativi, abbia esaltato il valore della buona fede rispetto al passato, attribuendo ad essa il ruolo di principio regolatore delle condotte umane a partire dalla formazione del contratto fino ad arrivare al momento della sua esecuzione. Affinché questa preminente finalità potesse nel concreto realizzarsi, il legislatore si è dovuto affidare ad una tecnica di semplificazione, in quanto sarebbe stato impossibile per la legge disciplinare in maniera dettagliata ogni singola fattispecie concreta e specifica che si fosse verificata nella realtà fattuale, soprattutto quando questa abbia ad oggetto le più svariate condotte (scorrette) che un soggetto può assumere nelle varie fasi del contratto.

Per questa ragione è stata individuata la buona fede come clausola generale che esprime una regola di condotta astratta ed oggettiva all'interno della quale è possibile riassumere i concetti di lealtà, correttezza, solidarietà, rispetto della controparte e della parola data, nonché per taluni anche la diligenza<sup>63</sup>. Non è dato approfondire l'analisi delle tesi, non condivisibili, di coloro che sostengono la diversità concettuale tra la buona fede e la correttezza. Il legislatore, infatti, talvolta parla di buona fede (per es. negli artt. 1337, 1375 c.c.), talaltra discorre di correttezza (es. art. 1175 c.c.), inducendo a sostenere che le stesse abbiano due significati differenti<sup>64</sup>. Si ritiene invece preferibile affermare che la correttezza sia proprio una delle principali espressioni della buona fede contrattuale<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Sulle differenze concettuali dei diversi termini utilizzati talvolta come sinonimi della buona fede v. UDA G.M., *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1992, 184 ss.

<sup>64</sup> Si legge in BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1948, 2 ss., che la buona fede di cui all'art. 1375 c.c., presiederebbe all'attuazione di rapporti obbligatori nascenti da contratto, mentre la correttezza di cui all'art. 1175 c.c. troverebbe la sua fonte in rapporti non aventi origine nel contratto. In BETTI E., *Teoria generale*, op. cit., 68 ss., emerge l'impostazione secondo cui la buona fede presuppone l'esistenza di uno specifico rapporto, mentre la correttezza prescinde da esso. Più precisamente mentre la buona fede è destinata ad intervenire nella fase ermeneutica ed in quella di attuazione del rapporto obbligatorio, imponendo un atteggiamento di cooperazione nell'interesse altrui, la correttezza si traduce in un comportamento di astensione da indebite ingerenze nell'altrui sfera giuridica. Sulla non coincidenza tra il concetto di buona fede e correttezza vedi anche DELL'AQUILA E., *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980. V. *infra*, § 5.

<sup>65</sup> In questo senso BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205; BIGLIAZZI GERI L., *Voce Buona fede nel diritto civile*,

Secondo un'autorevole impostazione<sup>66</sup> è possibile raggruppare le norme attinenti alla buona fede oggettiva in due categorie: da una parte le norme che prevedono la buona fede intesa come comportamento leale e corretto durante la conclusione del contratto; dall'altra le norme che configurano la buona fede come criterio di interpretazione del contratto ovvero come criterio di condotta nell'adempimento delle obbligazioni. In presenza di svariati fenomeni giuridici, la nostra attenzione, per le ragioni espressamente evidenziate nel primo capitolo, si rivolgerà preminentemente alla buona fede nella formazione del contratto, al fine di valutare e comprendere se la violazione di essa possa, contrariamente all'impostazione tradizionale, interferire con le regole di validità contrattuali, determinando per l'appunto l'invalidità del negozio al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge.

Nello specifico ci si vuole riferire alla regola espressa dall'art. 1337 c.c. secondo cui "*le parti, nella formazione del contratto e nello svolgimento delle trattative, devono comportarsi secondo buona fede*". Ebbene, il tenore astratto della norma richiama la struttura di una clausola generale, con tutte le implicazioni positive e negative che conseguono dalla sua applicazione pratica.

Le clausole generali, diversamente dalle norme redatte secondo una tecnica casistica, si caratterizzano per una normazione sintetica la quale consente di sussumere in esse le più svariate fattispecie concrete<sup>67</sup>. Le clausole generali, infatti, è come se fossero delle "norme in bianco" in quanto sono espressione di una regola generale ed astratta in cui manca l'indicazione specifica dei fatti giuridici rilevanti. Il carattere della elasticità ha dunque il vantaggio di consentire al giudice di interpretare la norma in chiave evolutiva, di identificare nuovi divieti e nuovi obblighi in relazione alla varietà e molteplicità delle circostanze fattuali che via via si presentano innovate nelle differenti realtà economiche-sociali, di estendere in definitiva il panorama dei fatti giuridicamente rilevanti. In altri termini, il dovere generale imposto ai contraenti di comportarsi secondo buona fede esprime una semplificazione normativa che ha la funzione di colmare le

---

in *Dig., Sez. civ., II*, 1988, Torino, 169 ss.; GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu A. e Messineo F. (diretto da), Mengoni L. (continuato da), III, Milano, 1988, 433.

<sup>66</sup> MONTEL A., *Buona fede*, in *Noviss. Dig., II*, Torino, 1957, 603.

<sup>67</sup> DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., 539; MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *ivi*, 1986, 5.

lacune legislative, posto che sarebbe impossibile per la legge individuare tassativamente tutte le fattispecie di abuso fra le parti, l'una a danno dell'altra, concretamente realizzabili. La clausola generale di buona fede, pertanto, rappresenta tendenzialmente una norma di «chiusura» necessaria al sistema legislativo, in quanto permette allo stesso di creare una sorta di raccordo tra il diritto e i valori etico-sociali, di evolversi e di adeguarsi alle nuove esigenze economiche mediante l'attività giurisprudenziale di autointegrazione di alcuni vuoti normativi volutamente strutturali<sup>68</sup>.

Le clausole generali, a parte gli indubbi vantaggi poc'anzi evidenziati, non sono, però, scevre di complicazioni pratiche riscontrabili nell'esperienza dei vari ordinamenti continentali. Attribuire elasticità ad una norma, consentirle di adattarsi, modellarsi alle nuove realtà sociali, implica necessariamente nel contempo un ampliamento della discrezionalità dei giudici i quali avranno, dinanzi al caso concreto, un margine di scelta più vasto circa la soluzione applicabile.

In uno stato di diritto come il nostro, secondo il principio di separazione dei poteri, il ruolo del giudice è quello di dare esecuzione alla legge mediante la funzione propria di interpretazione delle norme. Quanto più le norme sono formulate in maniera generica, tanto maggiore sarà il margine di apprezzamento e di valutazione attribuito al giudice. Diversamente, la presenza di norme strutturate in maniera casistica, la discrezionalità dell'interprete è certamente limitata dai confini rigorosi predeterminati dal legislatore. Il timore legittimo è quindi quello che un più ampio potere giudiziale possa minare la certezza del diritto nonché determinare disuguaglianze sociali date dalla varietà delle diverse decisioni assunte dai vari giudici non soggetti a limiti legali stringenti. In realtà, per evitare tali rischi ed escludere che la valutazione del giudice possa sfociare in arbitrio sarà importante che quest'ultimo si affidi alle regole di esperienza e di costume, ai valori socialmente riconosciuti in riferimento alla *ratio legis* sottesa alla clausola generale di interesse.

Nel caso della regola di buona fede si deve, allora, tener conto dei principi di solidarietà, di lealtà e correttezza comunemente richiesti alle parti che si

---

<sup>68</sup> GALGANO F. – VISINTINI G., *Degli effetti del contratto*, op. cit., 95; UDA G.M., *L'esecuzione del contratto*, op. cit., 187.

accingono alla stipulazione di un contratto, in modo da individuare, all'interno dell'esperienza sociale, delle figure sintomatiche e patologiche in grado di violare la regola espressa dalla norma<sup>69</sup>. In questo modo il limite al potere del giudice è rappresentato dai modelli di decisione già precedentemente sperimentati<sup>70</sup>.

### **3. La buona fede in una visione comparata tra ordinamenti di *civil law* e di *common law***

Prima di addentrarci del tutto in una più approfondita analisi circa l'attuale significato del concetto di buona fede, pare opportuno, al fine di una più completa comprensione della questione, offrire al lettore qualche spunto comparatistico dato che, inevitabilmente, i vari ordinamenti, anche laddove siano emerse tra loro sostanziali differenze concettuali, si sono talvolta influenzati reciprocamente nell'affrontare determinate problematiche.

Ebbene, in astratto è possibile preliminarmente affermare che le clausole generali vengono concepite ed utilizzate in maniera assai diversa nei sistemi di *civil law* rispetto a quelli di *common law*<sup>71</sup>.

Come sopra espresso, negli ordinamenti di *civil law*, tra i quali il nostro, esse costituiscono una vera e propria tecnica legislativa alquanto ricorrente, utilizzata per migliorare le potenzialità operative delle altre norme e per conferire maggiore flessibilità alle codificazioni moderne. Pare, invece, che gli ordinamenti di

---

<sup>69</sup> NANNI L., *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Galgano F. (diretto da), Padova, 1988, 1-2.

<sup>70</sup> Al riguardo si pensi per esempio all'ipotesi del recesso ingiustificato dalle trattative in cui emerge una delle massime espressioni della violazione della clausola di correttezza contrattuale socialmente riconosciuta. Difatti, in riferimento a questa circostanza si può affermare che ancor prima dell'attuale art. 1337 c.c. la condotta in esame veniva già ritenuta scorretta dalla giurisprudenza grazie all'influenza delle riflessioni dottrinali (v. in proposito FAGGELLA G., *Il fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. Civ.*, 1909, 128). Si legge in Cass., 6 febbraio 1925, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, 428, che «la parte che senza giustificato motivo receda dalle trattative precontrattuali deve risarcire l'altra parte delle spese incontrate, dovendosi intendere che il consenso a trattare per la conclusione di un contratto importi l'impegno, se non a concludere il contratto definitivo, certo a non recedere senza giustificato motivo».

<sup>71</sup> Una delle più rilevanti differenze tra i due sistemi in esame è costituita dal fatto che, mentre nei sistemi giuridici di *civil law* il punto di partenza è l'analisi e la definizione dei diritti soggettivi, negli ordinamenti di *common law* fondamentale rilevanza viene attribuita ai rimedi (*remedy*) elaborati, nel corso del tempo, dalla due giurisprudenze, di *common law* e di *equity*. Il *remedy* costituisce un concetto cruciale del sistema giuridico anglo-americano, in quanto esso è alla base del riconoscimento di un diritto e non è l'effetto del diritto stesso.

*common law* non accolgano con molto favore le clausole generali in quanto espressione di concetti vaghi tali da rendere le decisioni giurisprudenziali imprevedibili, a discapito della certezza e prevedibilità che si richiede necessariamente nelle transazioni commerciali<sup>72</sup>.

In proposito, è possibile constatare che nel diritto inglese, sotto l'influenza della restante legislazione europea, vi è stato il recepimento del concetto di buona fede (*good faith*<sup>73</sup>) intesa sia nell'accezione soggettiva che oggettiva. Però, mentre tra la buona fede soggettiva e la *good faith* non si rileva alcuna differenza in quanto in entrambi i casi si adottano regole comuni intese a tutelare il possessore e l'acquirente in buona fede, l'accezione di buona fede oggettiva di *civil law* - intesa come criterio oggettivo di valutazione della condotta delle parti contrattuali - appare profondamente diversa dalla *good faith* in senso oggettivo. Ciò discende dalla premessa secondo cui il sistema di *common law* è costituito da casi pratici (*cases*) e su di essi si sviluppa il diritto dei contratti (*law of the contract*). Ora, sebbene i casi pratici a cui si fa riferimento non determinano certamente l'ammissibilità della mala fede, nondimeno sono favorevoli alla formulazione di regole e principi di carattere generale<sup>74</sup>. Questo perché la caratteristica propria degli ordinamenti anglo-americani è quella di distaccarsi dalle logiche formalistiche propendendo, invece, per un intervento ogni volta differente a

---

<sup>72</sup> VETTORI G., *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, 915 ss..

<sup>73</sup> Per quanto concerne l'origine storica della *good faith* è fatta risalire al periodo medioevale inglese, ed in particolare modo, a quel momento storico, politico e culturale che ha determinato la nascita e, successivamente, lo sviluppo, della giurisdizione dell'*equity*, quando negli usi dell'epoca, spettava al re, con l'ausilio di un Cancelliere il compito di preservare la pace e di amministrare la giustizia. Il Cancelliere individuato dal re era un ecclesiastico, quasi sempre un Vescovo, la cui giurisdizione consisteva nell'applicazione del diritto romano e del diritto canonico. In tale contesto alla buona fede un fondamento morale ovvero si riteneva che una promessa potesse essere vincolante per il solo fatto di essere tale per la coscienza dell'uomo; le regole applicate erano prevalentemente quelle della morale cristiana, in virtù delle quali diventava importante mantenere e rispettare la parola data.

<sup>74</sup> Sulle clausole generali nei sistemi di *common law*, v.: AA.VV., *Good faith in European Contract Law*, Zinnermann R. – Whittaker S. (a cura di), cit., 58 e ss.; ALLEN E., *Law in the Making*, Oxford, 1961, 366 e ss.; ANSON A., *Principles of the english law of contracts*, London, 1945; HOLMES G., *The Common Law*, London, 1881, rist. 1963; MATTEI R., *Il modello di Common Law*, in *Sistemi Giuridici Comparati*, Procida Mirabelli Di Lauro A. (a cura di), Torino, 1996; O'CONNOR J. F., *Good faith in English Law*, Aldershot, 1990, 85 e ss.; SIMPSON A.W.B., *A history of the Common Law of the Contract*, Oxford-Clarendon, 1987.; VAN GERVEN W., *Harmonization of Private Law: do We Need it?*, in *Common Market Law Rev.*, n. 41, 2004, 516 e ss..



seconda del singolo caso di specie<sup>75</sup>. Ecco, dunque, che nella giurisdizione di *common law* inglese la *good faith* non ha in alcun modo attecchito come principio generale nell'ambito del *law of the contract*<sup>76</sup>, sicché le parti del contratto sono libere di agire nel modo che esse ritengono opportuno, con l'unico vincolo derivante dalle regole specifiche in materia contrattuale<sup>77</sup>. In altre parole, quanto detto, non deve necessariamente far credere che il concetto di buona fede non esista nel diritto dei contratti inglese ma al contrario esso potrà essere utilizzato solo laddove risulti utile ai fini della risoluzione di determinati *cases*. La disomogeneità della realtà fattuale impone infatti di stabilire regole differenziate caso per caso, soprattutto dinanzi alle diverse tipologie di contratti che le parti hanno interesse a stipulare. In quest'ottica la *good faith* può essere riconosciuta nei contratti caratterizzati da un particolare rapporto di fiducia tra le parti<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> ALPA G., Voce *Responsabilità precontrattuale (Diritto comparato e straniero)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 2 ss..

<sup>76</sup> ALPA G., Voce *Contratto nei sistemi di common law*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, III, Torino, 1989, 344 ss.; BESSONE M., *Principio di buona fede, disciplina del common law e massime di equità*, in *Ann. fac. giur. Univ. Genova*, 1972, 1 ss.; ALPA G. - TEDESCHI V., *Appunti e materiali sul contratto nel diritto nord-americano*, Padova, 1983; DE VITA A., *Buona fede e common law*, cit., 255 ss.; FERRARIS E., *La buona fede negli orientamenti giurisprudenziali inglesi*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, 759 ss.; MATTEI U., *Diritto e rimedio nell'esperienza italiana ed in quella statunitense*, Padova, 1988; PARISI A., *Good faith nell'esecuzione del contratto*, in *Quaderni del Dipartimento dei Rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei dell'Università di Salerno*, P. Stanzone (diretti da), Salerno, 2002; SACCO R., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, Vassalli (diretto da), Torino, 1975; SAPORITO L., *I vizi della volontà*, in *Atlante di diritto privato comparato*, Galgano F. (a cura di), Bologna, 2006, 124 ss.; TEDESCHI V., *Il contratto come promessa anziché come accordo nella dottrina anglo-americana*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 5 ss..

<sup>77</sup> L'impostazione esaminata viene confermata anche dalla emblematica sentenza *Walford v. Miles*, 23 gennaio 1992, 2 A.C. 128, pronunciata dalla *House of Lords*. La pronuncia ha ad oggetto un caso relativo ad un episodio di rottura delle trattative ad opera di una delle parti. Nello specifico le parti si erano accordate ai fini della cessione ed il rispettivo acquisto di una attività, senonché il venditore, dopo l'instaurarsi di una trattativa con il primo acquirente, decise di alienare la stessa attività ad altro soggetto terzo. Sulla base di quanto accaduto la parte lesa (acquirente originario) richiese il risarcimento dei danni non tanto per aver fatto affidamento su un contratto che poi non è stato concluso (interesse negativo) ma per il fatto che sussistendo un principio generale di buona fede nella contrattazione, l'accordo tra le parti di addivenire alla vendita sarebbe sfociato necessariamente nel contratto di cessione se il venditore non avesse violato il dovere di buona fede contrattuale (interesse positivo all'adempimento). La *House of Lords* respinse in modo deciso la richiesta avanzata dall'attore stabilendo l'assenza di un generale ed implicito dovere di buona fede precontrattuale; alla luce di ciò, pertanto, in mancanza di tale dovere implicito, un accordo, che garantisce l'esclusività nelle trattative, non implica assolutamente la certa conclusione del contratto, dal momento che le parti, finché il contratto non è concluso, possono recedere dalle trattative in qualsiasi momento e per qualsiasi ragione (*at any time and for any reason*).

<sup>78</sup> Questo tipo di contratti prendono il nome di contratti *uberrimae fidei*. Un esempio è rappresentato dai contratti di assicurazione, ove sussiste a carico di uno o più soggetti l'obbligo di comunicare (*disclosure*) quei fatti (*material fact*) in grado di influire sulla decisione dell'altra parte di concludere o meno l'accordo. Si pensi a come la *good faith* debba essere interpretata come

Contrariamente dall'impostazione dell'ordinamento inglese, si rammenta che le Corti nord-americane hanno avuto un approccio di apertura verso la clausola di *good faith* sia per quanto concerne la fase di trattativa del contratto<sup>79</sup>, sia con riferimento alla fase di esecuzione dello stesso<sup>80</sup>, tanto da riconoscere in maniera più vicina agli ordinamenti di *civil law*, un implicito principio generale di buona fede alla base della disciplina contrattuale.

A questo punto, non resta che fare un cenno più specifico ad alcune delle codificazioni europee appartenenti al sistema di *civil law* ove viene unanimemente riconosciuto il principio generale di buona fede seppur in maniera non sempre omogenea e con alcune differenze tra le varie fasi contrattuali.

L'ordinamento tedesco è tra quelli che hanno maggiormente esaltato la clausola generale di buona fede, individuando addirittura due termini distinti: per la buona fede soggettiva «*Guter Glaube*» (tra gli altri §§ 922, 955, 957 BGB) e per la buona fede oggettiva «*Treu und Glauben*», la cui norma cardine la si rinviene al § 242 BGB «*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*».

Con questa norma il legislatore tedesco ha previsto che il debitore è obbligato ad eseguire la prestazione secondo buona fede, individuando così la buona fede

---

parametro oggettivo di onestà nel caso dei contratti di assicurazione sulla vita, in cui assume rilevanza l'informazione detenuta dall'assicurato circa le possibili condizioni del proprio stato di salute. V. CRISCUOLI G., *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 136 ss..

<sup>79</sup> In proposito val la pena citare la pronuncia *Borg-Warner Co. V. Anchor Coupling Co.*, (1958) 16 Ill., 2d, 234, in materia di trattative contrattuali. Come appreso già in nota 42, nei sistemi di *common law*, compreso quello nord-americano, tradizionalmente non è ammessa la responsabilità precontrattuale così come invece è concepita negli ordinamenti di *civil law*. Tuttavia le Corti statunitensi con questa sentenza hanno maturato una certa apertura al criterio di *good faith* nell'ambito delle trattative.

<sup>80</sup> *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.*, 263 N.Y. 79, 87, 188 N. E. 163 167 (1933), in cui si è affermato che in ogni contratto vi è un patto implicito in cui nessuna delle parti contrattuali può danneggiare o limitare il diritto dell'altra a ricevere dei vantaggi dal contratto stesso, il che vuol dire che in ogni contratto esiste un patto implicito di buona fede. Sempre per la fase esecutiva del contratto *Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon*, 222 N. Y. 88, 118, N. E. 214 (1917). In questo curioso caso *Lady Duff Gordon*, stilista di moda, aveva concluso un contratto con *Wood* per la concessione del diritto esclusivo di vendita degli articoli da lei firmati, in cambio del 50% dei profitti sui guadagni derivanti dalla vendita. Tuttavia, *Lady Duff Gordon* vendette i suoi articoli di abbigliamento ad altri, violando l'accordo di esclusiva con *Wood*. La stilista si difese adducendo la non vincolatività della sua promessa, in quanto non sorretta da *consideration*. La Corte di Appello di New York non condivise la sua tesi difensiva riconoscendo l'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede.

oggettiva ogni qualvolta vi sia alla base un rapporto giuridico<sup>81</sup>. Ora, sebbene il § 242 BGB espliciti il *Treu und Glauben* solo in riferimento alla fase di esecuzione del contratto, in realtà il concetto di buona fede oggettiva nell'ordinamento tedesco ha una portata più ampia rispetto a quella dell'ordinamento italiano, in quanto va ad incidere direttamente sull'autonomia contrattuale, imponendo al giudice anche un potere di controllo sul contenuto del contratto, al fine di un più equo e conveniente bilanciamento degli interessi delle parti<sup>82</sup>. In questo modo il concetto di buona fede ed equità del contratto finiscono sostanzialmente per coincidere<sup>83</sup>.

A stretto rigore, va ribadito che nel nostro sistema legislativo, la violazione di una norma comportamentale come quella della buona fede è fonte di sola responsabilità risarcitoria in quanto il giudice non ha (avuto) un potere di controllo forte sulla giustizia sostanziale del contratto. La presenza dell'art. 1374 c.c., il quale prescrive un'integrazione del contratto secondo equità, non autorizza l'interprete a sostituirsi al volere delle parti e ad adottare soluzioni contrarie all'assetto di interessi individuato dalle parti. Per questo l'operazione di riequilibrio del contratto secondo giustizia ed equità è suppletiva nel senso che interviene solo in caso di lacune nel regolamento contrattuale<sup>84</sup>.

Di regola, l'impostazione appena espressa è quella che tradizionalmente riscuote maggiori consensi.

---

<sup>81</sup> Nelle ipotesi in cui non sussiste originariamente un rapporto giuridico tra le parti, la condotta dei soggetti viene valutata dall'ordinamento grazie al concetto di *Gute sitten* (buon costume), indicato al § 138 BGB.

<sup>82</sup> Autorevole dottrina, MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 5 ss., ha ritenuto che la giurisprudenza tedesca ha attribuito alla clausola della buona fede non già il «significato di norma che indica al giudice un criterio per la decisione secondo legge di una generalità di casi, bensì il significato di norma che fornisce al giudice un mezzo per scoprire una lacuna legislativa e, al tempo stesso, la possibilità di colmare tale lacuna con una decisione che si rifaccia a giudizi di valore extraspositivi».

<sup>83</sup> Sulla funzione delle clausole generali nell'ordinamento tedesco v. : BASENDOW J., *Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica federale tedesca*, in *Contr. e impr.*, 1985, 455; EBKE-B W.F.- STEINHAUER M., *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, in AA.VV., *Good Faith and Fault in Contract Law*, Beatson J. – Friedmann D. (a cura di), Oxford, 1994, 171; ENGISCH K., *Einführung in das juristische Denken*, trad. ital. *Introduzione al pensiero giuridico*, Baratta A. (a cura di), Milano, 1970; GRUNDMANN S., *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 365 ss.; KRAMER E.A., *Le funzioni dei principi generali del diritto: tentativo di strutturazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 977; NEUMANN F., *The Democratic and the Authoritarian State*, trad. ital. *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Sivini G. (a cura di), Bologna, 1973.

<sup>84</sup> ROPPO V., *Il contratto*, op. cit., 462-464.

Ebbene, come oramai più volte rammentato, quello che ci si propone di verificare in questo percorso di ricerca è se questa impostazione così rigida possa in qualche modo essere scalfita in ragione di una più attenta, oltre che curiosa, rimeditazione del binomio «contratto valido» e «contratto giusto».

Per quanto concerne l'ordinamento francese, già si è evidenziato come il contesto storico-culturale abbia inciso negativamente nell'evoluzione del concetto di buona fede, il quale ha continuato, anche successivamente al *Code Napoléon* a non essere considerato con molto favore dagli studiosi, data la sua inevitabile ingerenza nell'autonomia contrattuale<sup>85</sup>. Questo retaggio storico ha fatto sì che sul principio di buona fede, espresso dall'art. 1134 del *code civil*, il quale ne prevede il rispetto nella fase di esecuzione del contratto, si sviluppassero vari orientamenti contrapposti. Da una parte vi sono coloro che ritengono di poter oggettivizzare i comportamenti che i contraenti debbono assumere nelle varie fasi contrattuali, individuando così delle condotte standard mentre dall'altra vi sono coloro che sostengono che la clausola generale della buona fede rinvia al giudice la formulazione dei criteri che di volta in volta debbano essere utilizzati e che variano in base alla fattispecie concreta<sup>86</sup>. Non solo, si afferma che nell'ambito di un rapporto obbligatorio non esiste solo l'obbligo di adempiere alla prestazione principale, ma ad essa, in forza della buona fede contrattuale, si aggiungono una serie di obblighi ulteriori, quali gli obblighi di informazione, sorveglianza, assistenza, cooperazione<sup>87</sup>. Esiste, ancora, un orientamento che ha sviluppato un approccio ancora più favorevole al ruolo operativo della buona fede, la quale si considera oggetto di un'obbligazione autonoma rispetto a quella principale.

Infine, al variegato panorama normativo, fa da cornice l'ordinamento europeo il quale è solito introdurre nella propria legislazione clausole generali in quanto norme elastiche ed in grado di conformarsi con più facilità alle diverse legislazioni nazionali. Tra queste assume particolare rilievo, per il nostro

---

<sup>85</sup> V. *Supra* § 1.

<sup>86</sup> DEMOGUE R., *Traité des obligations in général*, II, 6, *Effets des obligations*, Paris, 1932, 565 ss., secondo cui «(...) poiché né il contratto né la legge precisano completamente quali devono essere i comportamenti del debitore, è, dunque, il giudice che deve indicare quale condotta questi debba tenere in presenza di circostanze particolari; condotta che, a titolo di direttiva, deve essere conforme a buona fede».

<sup>87</sup> V. sempre DEMOGUE R., *Traité des obligations in général*, cit., 565, in cui si afferma «i contraenti formano una sorta di microcosmo, nell'ambito del quale ognuno deve operare per uno scopo comune, anche se, pur sempre, nell'ambito del raggiungimento di un fine individuale».

interesse, la clausola di buona fede comunitaria, ampiamente riconosciuta, le cui fonti si ravvisano nel diritto privato europeo<sup>88</sup>, nel Codice europeo dei contratti<sup>89</sup> e nei *Principles Unidroit*<sup>90</sup>.

#### 4. La buona fede come canone di interpretazione del contratto

La norma di cui all'art. 1366 c.c. prevede che “*il contratto deve essere interpretato secondo buona fede*”. La regola giuridica esprime un canone guida che l'interprete dovrà seguire ogni qualvolta dovesse insorgere una controversia tra le parti contrattuali circa il regolamento di interessi ed il contenuto del contratto. Si pensi a meri fini esemplificativi, all'ipotesi in cui un *contratto standard o per adesione*<sup>91</sup>, predisposto dunque da una sola parte ed accettato dall'altra, abbia un contenuto ambiguo e quindi sia suscettibile di differenti interpretazioni. Si supponga, inoltre, che al momento del perfezionamento del contratto, l'accettante mostri di intendere il contratto con un certo significato facendo affidamento sul regolamento di interessi come da lui interpretato e che la

---

<sup>88</sup> Per il diritto comunitario ed il diritto privato europeo, si veda: BENACCHIO G., *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2001; MARRELLA F., *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2000, 29 e ss..

<sup>89</sup> Il codice europeo dei contratti consiste in un insieme di principi e regole, istituiti da Commissioni di giuristi europei, il quale si può consultare in ACCADEMIE DE PRIVATISTES EUROPEENS, *Code européen des contrats, Avant-projet*, Milano, 2004. In esso le clausole generali vengono richiamate all'art. 32 (*clausole implicite*), secondo il quale «oltre le clausole espresse rientrano nel contenuto del contratto le clausole che a) (...); b) derivano dal dovere di buona fede; c) devono considerarsi tacitamente volute dalle parti in base a precedenti rapporti di affari, alle trattative, alle circostanze, agli usi generali e locali (...)». Ma è soprattutto nell'art. 39 (*Analisi del testo contrattuale e valutazioni degli elementi extratestuali dell'atto*) che si richiama della buona fede: «in ogni caso l'interpretazione del contratto non deve condurre ad un risultato che sia contrario a buona fede e ragionevolezza». Sull'argomento in generale v. SASSI A., *Il ruolo delle permanenze nella formazione del mercato interno*, in *Diritto privato del mercato*, Palazzo A.-Sassi A. (a cura di), Perugia, 2007, 31 ss.

<sup>90</sup> Per i *Principi di diritto europeo dei contratti* predisposti dalla c.d. Commissione Lando si possono citare tali norme: l'art. 1.106 (*Interpretazione e analogia*) il quale afferma la necessità di promuovere la buona fede e la correttezza; l'art. 5.102 (*Circostanze rilevanti*) il quale prevede, ai fini della interpretazione del contratto, di tener conto di tali circostanze: «a) le circostanze nelle quali è stato concluso il contratto, comprese le trattative; b) il comportamento delle parti anche posteriore alla conclusione del contratto; (...); g) la buona fede e la correttezza». Il richiamo alla buona fede oggettiva è poi significativo nell'art. 4.109 (*Ingiusto profitto e vantaggio iniquo*) in cui si prevede che «il giudice, può, ove il rimedio sia adeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto sarebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza». V. CASTRONOVO C. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Milano, 2001.

<sup>91</sup> V. *supra* Cap. I, § 1.

controparte non smentisca all'atto della stipula tale interpretazione. Dinanzi ad una siffatta circostanza, secondo la regola che ci approntiamo ad analizzare, se il predisponente dovesse far valere in giudizio una differente interpretazione, comunque compatibile al testo contrattuale, ci si chiede se il giudice secondo il canone di interpretazione di buona fede possa avvallare il significato del contratto su cui l'accettante fece affidamento al momento della stipula del contratto in quanto implicitamente accolto anche dalla controparte.

La questione non è di poco conto, in quanto ammettere che il contratto possa essere interpretato a favore della parte che ha posto in essere un comportamento scorretto, seppur non pienamente palesato, significherebbe ammettere che la stessa possa beneficiare dell'ambiguità del contratto volutamente predisposta per trarne un ingiusto vantaggio. Un caso di tal tipo, infatti, non si manifesta nelle forme proprie del dolo contrattuale o incidente, descritte dal legislatore agli artt. 1439 e 1440 c.c., poiché non realizza concretamente la condotta attiva di artifizii e raggiri volti ad indurre in errore la controparte. Quindi, se è vero che non si possa dedurre in giudizio un vizio tipico del consenso, non dovremmo nel contempo accogliere con favore la condotta di colui che in mala fede ha condizionato, mediante l'indeterminatezza e l'oscurità del contratto, la volontà della parte che ha fatto affidamento su un'interpretazione diversa dello stesso.

Nel concreto l'operazione ermeneutica appena descritta non appare di così semplice realizzazione. Questo perché l'interpretazione di buona fede va prima di tutto analizzata con riferimento alle altre norme di interpretazione del contratto (artt. 1362-1371 c.c.) ed in secondo luogo la difficoltà concreta di attribuire un chiaro ed univoco significato concettuale alla buona fede ha di fatto creato non pochi problemi anche in riferimento alla natura giuridica dell'interpretazione di buona fede nonché alla sua specifica funzione all'interno dell'ordinamento. Ne discende l'inevitabile complessità per l'interprete di stabilire quando la mala fede di un contraente possa definirsi giuridicamente rilevante.

Possiamo affermare con certezza che l'"accondiscendenza" del predisponente ad una interpretazione diversa del contratto rispetto a quella da lui effettivamente pensata e voluta (entrambe rientranti nel significato letterale del contratto), possa

qualificarsi come una condotta di mala fede che lede la posizione del contraente che ha fatto affidamento su una regolamentazione di interessi differente?

Tenendo a mente i quesiti sottoposti, la prima questione di rilievo, che ancora sortisce interesse tra gli studiosi, è se l'interpretazione di buona fede del contratto debba essere inquadrata tra le norme di interpretazione soggettiva ovvero quelle di interpretazione oggettiva. Secondo la teoria soggettivistica<sup>92</sup>, l'art. 1366 c.c. consentirebbe all'interprete di indagare sulla comune intenzione delle parti, sicché il contratto dovrebbe essere interpretato secondo quanto il dichiarante ha lasciato intendere alla controparte in forza di un principio di ragionevole affidamento<sup>93</sup>. Quindi l'interpretazione di buona fede imporrebbe di interpretare il contratto per come è stato percepito dal destinatario della dichiarazione. Ebbene, da un'analisi più dettagliata si evidenzia come la teoria soggettiva determini il vantaggio di indagare maggiormente sull'aspetto volutaristico della parte che ha fatto affidamento su una specifica interpretazione apparentemente accolta anche dall'altra, allo scopo di escludere condotte implicitamente scorrette. Per contro, però, un siffatto orientamento rischia in realtà di attribuire rilevanza ad aspetti intrinseci o meramente interiori della persona in quanto in tal caso la tutela del ragionevole affidamento sembra fondarsi sul convincimento psicologico che quel dato contratto dovesse essere interpretato secondo un particolare significato.

Per ovviare tal tipo di problemi, autorevole dottrina ha sostenuto la tesi oggettivistica<sup>94</sup>. Secondo questo orientamento la buona fede è un criterio

---

<sup>92</sup> BIANCA M.C., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1998, 392 ss.; CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 127; MIRABELLI G., *Delle obbligazioni e dei contratti in generale*, sub. artt. 1321-1469, in *Comm. cod. civ.*, IV, II, Torino, 1980, 272; SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, artt. 1321-1351, sub. artt. 1337 e 1338, IV, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca (a cura di), Bologna-Roma, 1970, 184; ID., *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, Grosso G. – Santoro Passarelli F. (diretto da), Milano, 1966, XI, 179; TURCO C., *Note in tema di ermeneutica contrattuale e principio di buona fede ex art.1366 c.c.*, in *Riv. critica dir. privato*, 1991, 305;

<sup>93</sup> Cass., 9 dicembre 2014, n. 25840: «Nell'interpretazione del contratto la regola “*in claris non fit interpretatio*” non è applicabile in presenza di clausole che, pur chiare se riguardate in sé, non siano coerenti con l'intenzione delle parti, per come desumibile dalle altre parti del contratto. Se una delle parti del contratto manifesti la volontà di attribuire un certo significato ad una clausola ambigua, e l'altra presti acquiescenza a tali manifestazioni di volontà, l'interpretazione del contratto secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1366 c.c., impone di ritenere quella interpretazione coerente con la comune volontà delle parti».

<sup>94</sup> Sostengono tale orientamento BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 197; BIGLIAZZI GERI L., *L'interpretazione del contratto*, art. 1366, in *Comm. cod.*

ermeneutico di carattere sussidiario<sup>95</sup> che potrebbe intervenire, al pari degli altri criteri di interpretazione oggettiva, allorquando non sia possibile individuare, mediante le regole soggettive, il senso del contratto o delle singole clausole che risultano ambigue. In questa nuova prospettiva il principio di affidamento assume per l'appunto una veste obiettiva<sup>96</sup> in quanto non rileva la dichiarazione così come meramente percepita dalla parte ma vale la dichiarazione che poteva e doveva essere ragionevolmente intesa da un uomo di ordinaria diligenza<sup>97</sup> secondo la regola di buona fede. In questo modo la buona fede diventa criterio di controllo del contratto secondo i parametri di lealtà, correttezza e ragionevolezza, al fine di equilibrare gli interessi di entrambe le parti, senza che taluna acquisisca indebiti vantaggi a sfavore dell'altra. Difatti, la teoria oggettivistica, in quanto fonte di equilibrio del regolamento negoziale, consente di addivenire ad una interpretazione maggiormente coerente con gli interessi di entrambe le parti secondo parametri obiettivi. Il corretto significato del contratto non può essere frutto del convincimento interiore di una parte, rafforzato da una mera accondiscendenza omissiva dell'altra, ma è quello che in virtù della buona fede emerge come unico significato possibile, in forza di una valutazione complessiva,

---

civ., Schlesinger P. (diretto da), Milano, 1991, 200 ss.; CARRESI F., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu - Messineo (diretto da), Milano, 1987, VIII, 538; COSTANZA M., *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, 32 ss.; GRASSETTI C., *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1938, 199; MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, 356; NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1966, 39; ROPPO V., *Il contratto*, op. cit., 450 ss.; STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 223 ss..

<sup>95</sup> Sul carattere sussidiario delle regole di interpretazione oggettiva in generale v. tra le altre, Cass., 22 ottobre 2014, n. 22343: «In tema di interpretazione del contratto, ai fini della ricerca della comune intenzione dei contraenti, il primo criterio da seguire è rappresentato dal senso letterale della dichiarazione negoziale (art. 1363 c.c.). Il giudice deve poi fare applicazione dei criteri dell'interpretazione funzionale (art. 1369 c.c.) e dell'interpretazione secondo buona fede o correttezza (art. 1366 c.c.) al fine di accertare il significato dell'accordo in coerenza con la relativa ragione pratica o causa concreta, dovendo essere escluse interpretazioni cavillose ed espressioni letterali che si pongano in contrasto e che rendano irrealizzabile il programma contrattuale effettivamente voluto dalle parti». In particolare sulla sussidiarietà della regola di buona fede, inutilizzabile quando la volontà negoziale risulti di per sé chiara alla luce della interpretazione letterale, si vedano già Cass., 17 aprile 1970, n. 1111, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 233; Cass., 21 febbraio 1983, n. 1308, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 2397; Cass., 12 novembre 1992, n. 12165, in *Mass. Giur. it.*, 1992.

<sup>96</sup> Cass., 17 aprile 1970, n. 1111, cit.: «alla dichiarazione di una parte deve attribuirsi, indipendentemente dalla reale volontà che ne è alla base, il significato oggettivo e logicamente riconoscibile dal destinatario, in osservanza al principio di buona fede nell'interpretazione del contratto (art. 1366 c.c.) ed in correlazione ai principi dell'autoresponsabilità e dell'affidamento.

<sup>97</sup> Cass., 8 giugno 1979, n. 3250, *Foro Pad.*, 1978, I, 182, «ai fini dell'applicabilità dell'art. 1366 c.c. rileva solo ciò che l'uomo medio – cioè quello fornito di discernimento, esperienza e diligenza normali – è in grado di comprendere».



improntata ai principi di lealtà, correttezza e di tutte le circostanze capaci di manifestare la comune intenzione delle parti. Questo consente nel concreto di riequilibrare il rapporto negoziale qualora sussista una qualche anomalia data dal comportamento scorretto di una parte. Difatti, se è pur vero che un ordinamento «giusto» non dovrebbe in alcun modo legittimare condotte che alterino il sinallagma contrattuale, è altrettanto indubbio che non ogni alterazione negoziale possa essere meritevole di tutela, soprattutto se essa scaturisce non da ragioni oggettivamente sindacabili ma da convinzioni formatesi eventualmente in una singola persona sia pur senza malizia alcuna. La buona fede nell'interpretazione dei contratti è un criterio che serve ad escludere il ricorso a significati unilaterali, a strumentalizzazioni e speculazioni del principio di affidamento<sup>98</sup>, che si potrebbero verificare qualora si attribuisse giuridica rilevanza ad ogni atteggiamento psicologico dei soggetti di diritto. Si badi, infatti, che lo squilibrio si potrebbe realizzare anche a contrario, ossia a sfavore del predisponente del contratto il quale potrebbe subire un'interpretazione diversa da quella voluta per il sol fatto che la controparte ha inteso diversamente il negozio perché non ha prestato sufficientemente attenzione al suo contenuto o perché volontariamente sta strumentalizzando la regola di buona fede. Ben si comprende, come non sia possibile ammettere una tale circostanza in quanto anche essa determina uno squilibrio. Ecco che la buona fede serve per operare un controllo sulle condotte reciproche, scorrette e non tipizzate ma segna anche il confine tra fatti giuridicamente rilevanti e fatti socialmente non apprezzabili, avendo sempre quale parametro le condotte realizzabili dall'uomo di media diligenza.

Individuate le due principali tesi, per completezza non va dimenticata l'opinione di coloro che, sulla scorta della Relazione del Guardasigilli (n. 622) nonché in ragione della collocazione sistematica dell'art. 1366 c.c. tra le regole di interpretazione soggettiva (artt. 1362-1365 c.c.) e le regole di interpretazione oggettiva (artt. 1367-1371 c.c.), hanno ritenuto l'interpretazione di buona fede un «punto di sutura» tra i due criteri<sup>99</sup>. Questo significa che la buona fede è un

---

<sup>98</sup> Cass., 12 marzo 2014, n. 5782, in tema di interpretazione del contratto la buona fede esclude significati unilaterali o contrastanti con l'affidamento dell'uomo medio. Per tempi meno recenti v. già Cass., 13 dicembre 1978, n. 5939, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 1293.

<sup>99</sup> Per maggiori riferimenti in tal senso v. MAIORCA S., *Il contratto. Profili della disciplina generale*, 1984, 245, nota 20. Tra gli altri, BIGLIAZZI GERI L., *Note in tema di*

criterio autonomo, un precetto generale di lealtà e chiarezza ed in quanto tale deve essere sempre utilizzato allorché si interpreta il contratto, senza alcuna distinzione tra fase soggettiva ed oggettiva<sup>100</sup>.

Ebbene, sulla scia della visione oggettivistica, talvolta ci si è spinti oltre, amplificando oltremodo il ruolo dell'interpretazione di buona fede e confondendo aspetti giuridici che si trovano invece su piani differenti. Si è ritenuto che la buona fede di cui all'art. 1366 c.c. possa assumere la veste di strumento giudiziale di correzione del regolamento negoziale, ogniqualvolta le parti omettano di indicare espressamente aspetti determinanti per il soddisfacimento dei loro interessi ma che è possibile comunque dedurre implicitamente dalla causa concreta del contratto. La finalità della buona fede è anche in tal caso, al pari della tesi oggettivistica, quella di riequilibrare il contratto ma questa volta non in chiave meramente interpretativa ma integrativa<sup>101</sup>. L'intento è certamente nobile ed è

---

*interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, 71; CATAUDELLA A., *L'art. 1366 c.c. ed il commento del Guardasigilli*, in *Quadrimestre*, 1993, 379 ss.; ZICCARDI F., *Voce Interpretazione del negozio giuridico*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, 5 ss..

Si legge in giurisprudenza che la netta divisione delle norme relative all'interpretazione del contratto in due gruppi, espressione di due distinti criteri interpretativi (norme sull'interpretazione soggettiva e norme sull'interpretazione oggettiva) (Cass., 14 gennaio 1983, n. 287.), non deve condurre a parlare di una priorità di uno dei due criteri sull'altro, ma piuttosto di un razionale gradualismo dei mezzi di interpretazione che devono fondersi ed armonizzarsi tra loro, succedendosi nella loro applicazione secondo un ordine precostituito, che li distingue in principali o soggettivi e sussidiari o oggettivi (Cass., 21 novembre 1983, n. 6935; Cass., 26 giugno 1996, n. 5893; Cass., 20 giugno 1987, n. 5437; Cass., 5 aprile 1984, n. 2209).

<sup>100</sup> Cass., 12 novembre 1992, n. 12165, afferma che il criterio di buona fede di cui all'art. 1366 c.c., collocato tra gli strumenti sussidiari di interpretazione oggettiva, corrisponde a regole oggettive di lealtà e correttezza alla cui stregua si deve ricostruire la volontà delle parti. La buona fede oggettiva fungerà, quindi, non da regola di condotta ma da criterio di valutazione (Cass., 14 giugno 1991, n. 6752), al quale il giudice di merito dovrà ricorrere rispettando la gerarchia esistente tra le varie norme interpretative, e la cui violazione sarà deducibile in sede di legittimità.

<sup>101</sup> In dottrina sul punto v. BIGLIAZZI GERI L., *Voce Buona fede nel diritto civile*, cit., 179 ss.. Da alcuna giurisprudenza recente emerge che i criteri oggettivi di interpretazione, tra cui appunto quello di buona fede, vengono identificati come integrativi, seppur possano intervenire solo in via sussidiaria: Cass., 11 marzo 2014, n. 5595, secondo cui «i canoni legali di ermeneutica contrattuale sono governati da un principio di gerarchia - desumibile dal sistema delle stesse regole - in forza del quale i canoni strettamente interpretativi prevalgono su quelli interpretativi-integrativi e ne escludono la concreta operatività, quando l'applicazione degli stessi canoni strettamente interpretativi risulti, da sola, sufficiente per rendere palese la comune intenzione delle parti stipulanti. Nell'ambito dei canoni strettamente interpretativi, poi, risulta prioritario il canone fondato sul significato letterale delle parole»; Cass., 8 novembre 2013, n. 25243, «le regole legali di ermeneutica contrattuale sono governate da un principio di gerarchia, in forza del quale i criteri degli artt. 1362 e 1363 c.c. prevalgono su quelli integrativi degli artt. 1365 - 1371 c.c., posto che la determinazione oggettiva del significato da attribuire alla dichiarazione non ha ragion d'essere quando la ricerca soggettiva conduca ad un utile risultato ovvero escluda da sola che le parti abbiano posto in essere un determinato rapporto giuridico; ne consegue che l'adozione dei predetti criteri integrativi non può portare alla dilatazione del contenuto negoziale mediante

indubbiamente legato a quanto ci approntiamo ad indagare con la presente ricerca. Ovvero, elevando la buona fede a canone integrativo del contratto si vuole evitare il rischio che il debitore non adempia a talune obbligazioni, evidentemente diverse da quella principale, solo perché non specificatamente individuate nel regolamento negoziale ma ciononostante da lui conosciute ed implicitamente accettate. Si vuole sostanzialmente ovviare il pericolo che un comportamento di mala fede, quale quello in particolare di accondiscendere ad una data interpretazione del contratto al fine di arrivare alla stipula, possa alterare gli obiettivi perseguiti della controparte, alterazione che (forse) verrebbe giustificata dalla presenza di un regolamento negoziale che non fa espressa menzione di determinate circostanze. Un siffatto ruolo della buona fede impone al giudice una valutazione degli interessi delle parti e del significato del contenuto negoziale che potrebbe, a seguito dell'operazione interpretativa-integrativa, risultare anche differente rispetto al significato letterale del contratto ma invece maggiormente compatibile con quello a cui una parte ha fatto ragionevolmente affidamento<sup>102</sup>.

L'ambito nel quale la suddetta tesi ha trovato la sua più ampia applicazione è quello della *c.d. presupposizione*<sup>103</sup>. Essa è stata originariamente elaborata dalla pandettistica tedesca della metà '800 (*Voraussetzung*), la cui giustificazione si rinveniva nella volontà implicita delle parti tale da condizionare, pur senza

---

l'individuazione di diritti ed obblighi diversi da quelli contemplati nel contratto o mediante l'eterointegrazione dell'assetto negoziale previsto dai contraenti, neppure se tale adeguamento si presenti, in astratto, idoneo a ben contemperare i loro interessi».

<sup>102</sup> Per la presente tesi v. BIGLIAZZI GERI L., *Voce Buona fede nel diritto civile*, cit., 179 ss.

<sup>103</sup> Diverse sono le pronunce sulla presupposizione in quanto la mancanza di riferimenti normativi certi, ha creato inevitabilmente vari dibattiti anche in riferimento alla sua stessa natura giuridica. Tra le altre per es. Cass., 29 settembre 2004, n. 19563: «la presupposizione, sia che venga inquadrata nella condizione allo stato embrionale, ovvero configurata come un motivo determinante la volontà negoziale, benché non assunto a condizione, o come scopo del negozio, in ogni caso determina l'effetto di subordinare la dichiarazione di volontà negoziale alla previsione del suo verificarsi. Quindi, se una determinata situazione di fatto o di diritto, esterna al contratto - nel senso che non deve corrispondere all'oggetto di un'obbligazione delle parti contraenti - e che queste si sono consapevolmente rappresentate - riconoscendo una parte l'importanza determinante attribuita dall'altra parte alla medesima come fondamento del negozio (principio di buona fede soggettiva), e futura e non sopravviene nel corso del rapporto, il vincolo contrattuale si risolve»; Cass., 25 maggio 2007, n. 12235: «la presupposizione, non attenendo né all'oggetto né alla causa né ai motivi del contratto, consiste in una circostanza ad esso esterna, che pur se non specificamente dedotta come condizione ne costituisce specifico ed oggettivo presupposto di efficacia in base al significato proprio del medesimo, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse, ma con riconoscimento da parte dell'altra, valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale».

esprimerlo, il loro consenso alla stipula del contratto. Nei primi del '900, venne poi identificata in maniera più oggettiva come *Geschäftsgrundlage* ovvero la "base del negozio" il cui venir meno avrebbe determinato la risoluzione dello stesso.

La nostra giurisprudenza, in assenza di un espresso riferimento normativo, ha elaborato la nozione e gli elementi essenziali della presupposizione, affermando che «si ha presupposizione quando un determinato stato di fatto, comune ad entrambi i contraenti, il cui verificarsi sia indipendente dalla loro volontà e che abbia i caratteri dell'obiettività e della certezza, sia sottinteso e deducibile dal contesto del negozio di cui costituisce il presupposto condizionante<sup>104</sup>». In tal senso, affinché ad una circostanza presupposta venga riconosciuto valore determinante, è importante che essa risulti essere imprescindibile per la realizzazione degli interessi di entrambe le parti od anche per una soltanto, purché in tal caso, la controparte sia a conoscenza della sua rilevanza.

Ebbene, i giudici, sia di merito che di legittimità, hanno utilizzato spesso questa categoria giuridica in relazione all'art. 1366 c.c., in ragione del fatto che sarà proprio in sede interpretativa che si renderà necessario accertare l'essenzialità del presupposto implicito di efficacia del contratto e se il mancato verificarsi di esso possa determinare concretamente uno squilibrio contrattuale<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Cass., 22 settembre 1981, n. 5168, in *Arch. Civ.*, 1982, 130. Più di recente, Cass., 12 aprile 2006, n. 8619, continua a sovrapporre i concetti di interpretazione e di integrazione affermando il principio secondo cui «nel sistema giuridico attuale, l'attività interpretativa dei contratti è legalmente guidata, nel senso che essa risulta conforme a diritto non già quando ricostruisce con precisione la volontà delle parti, ma quando si adegua alle regole legali, le quali, in generale, non sono norme integrative, dispositive o suppletive del contenuto del contratto, ma, piuttosto, costituiscono lo strumento di ricostruzione della comune volontà delle parti al momento della stipulazione del contratto e, perciò, della sostanza dell'accordo. Pertanto, la volontà emergente dal consenso delle parti nel suddetto momento non può essere integrata con elementi ad essa estranei, e ciò anche quando sia invocata la buona fede come fattore di interpretazione del contratto, la quale deve intendersi come fattore di integrazione del contratto non già sul piano dell'interpretazione di questo, ma su quello - diverso - della determinazione delle rispettive obbligazioni, come stabilito dall'art. 1375 c.c.». Sulla presupposizione v. in dottrina BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975, 60 ss.; SACCO R., *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 163; SCOGNAMIGLIO C., *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, *ivi*, 1985, II, 130.

<sup>105</sup> Cass., 17 maggio 1976, n. 1738, in *Giust. Civ.*, 1976, I, 977, con nota di DE FINA G.: «Nell'ordinamento vigente deve attribuirsi rilevanza all'istituto della presupposizione, inteso non come elemento integrativo del regolamento pattizio, ma come strumento di ricerca del vero e completo contenuto contrattuale, che permette di realizzare, attraverso un'indagine sulla volontà e soprattutto sulla causa negoziale, alla luce del principio di buona fede, il riequilibrio delle posizioni dei contraenti di fronte all'accertamento di una realtà che sembra sconvolgere quanto espressamente convenuto». Non sembra mutare l'impostazione in tempi più recenti, secondo

In realtà, da un'analisi più accorta delle varie pronunce giudiziali, subito ci si rende conto che l'operazione compiuta non è meramente ermeneutica ma è di vera e propria integrazione del contratto. Infatti, il secondo passaggio compiuto dal giudice è quello di valutare se il mutamento di circostanze può essere fronteggiato attraverso una correzione del regolamento negoziale invocando il principio di buona fede, tale da condurre eventualmente alla caducazione del contratto<sup>106</sup>. Il ruolo della buona fede qui non è quello di attribuire il corretto significato al contratto, ma è fonte di obblighi ulteriori per le parti rispetto a quelli convenzionalmente assunti. Il giudice mediante una sorta di *fictio iuris* utilizza l'art. 1366 c.c. ma in realtà pone in essere una vera e propria attività di integrazione, tra l'altro non suppletiva ma cogente, dato che egli potrà adottare una soluzione antagonista alla stessa autonomia privata e tale da eliminare lo squilibrio negoziale. Ciò non sarebbe possibile con la sola operazione interpretativa anche di carattere oggettivo, laddove il sopravvenire di circostanze tali da sconvolgere l'economia del contratto, renderebbe la stessa insufficiente a colmare le lacune contrattuali.

Probabilmente, l'uso di questa *fictio iuris* da parte della giurisprudenza, discende dal timore di legittimare in maniera evidente un sindacato ed un potere

---

Cass., 24 marzo 2006, n. 633 «la cosiddetta presupposizione deve intendersi come figura giuridica che si avvicina, da un lato, ad una particolare forma di condizione, da considerarsi implicita e, comunque, certamente non espressa nel contenuto del contratto e, dall'altro, alla stessa causa del contratto, intendendosi per causa la funzione tipica e concreta che il contratto è destinato a realizzare; il suo rilievo resta dunque affidato all'interpretazione della volontà contrattuale delle parti, da compiersi in relazione ai termini effettivi del negozio giuridico dalle medesime stipulato. Deve pertanto ritenersi configurabile la presupposizione tutte le volte in cui, dal contenuto del contratto, si evinca che una situazione di fatto, considerata, ma non espressamente enunciata dalle parti in sede di stipulazione del medesimo, quale presupposto imprescindibile della volontà negoziale, venga successivamente mutata dal sopravvenire di circostanze non imputabili alle parti stesse, in modo tale che l'assetto che costoro hanno dato ai loro rispettivi interessi venga a trovarsi a poggiare su una base diversa da quella in forza della quale era stata convenuta l'operazione negoziale, così da comportare la risoluzione del contratto stesso ai sensi dell'art. 1467 c.c.». Nello stesso senso, Cass., 11 marzo 2006, n. 5390; Cass., 14 agosto 2007, n. 17698.

<sup>106</sup> Cass., 24 marzo 1998, n. 3083, in *Giust. civ.*, 1998, I, 3161: «la presupposizione ricorre quando una determinata situazione, di fatto o di diritto, passata, presente o futura, di carattere obiettivo - la cui esistenza, cessazione e verifica sia del tutto indipendente dall'attività e dalla volontà dei contraenti e non costituisca oggetto di una loro specifica obbligazione - possa, pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nelle clausole contrattuali, ritenersi tenuta presente dai contraenti medesimi, nella formazione del loro consenso, come presupposto avente valore determinante a i fini dell'esistenza e del permanere del vincolo contrattuale. La presupposizione, così intesa, assume rilevanza, determinando la invalidità o la risoluzione del contratto, quando la situazione presupposta, passata o presente, in effetti non sia mai esistita e comunque non esista al momento della conclusione del contratto, ovvero quella contemplata come futura (ma certa) non si verifichi».

del giudice troppo forte a discapito dell'autonomia privata e della certezza del diritto, in quanto di fatto un'operazione di questo tipo estende il contenuto del contratto non precedentemente palesato. In sostanza ci si "nasconde" dietro una norma di carattere meramente interpretativo come quella di cui all'art. 1366 c.c. per non manifestare apertamente che il ruolo svolto dal giudice è molto più ampio rispetto a quello a lui attribuito dal nostro ordinamento ovvero quello di solo interprete delle leggi. È evidente che ciò che astrattamente vuole essere evitato, di fatto è già ampiamente riscontrabile nel diritto vivente.

Orbene, l'impostazione che discorre di buona fede interpretativa-integrativa<sup>107</sup>, finisce per creare un'indebita commistione tra due fenomeni giuridici che si trovano su piani concettualmente differenti: l'interpretazione e l'integrazione. Mentre l'interpretazione interviene per attribuire il corretto significato a quanto le parti hanno stabilito nel contratto, l'integrazione presuppone una lacuna volitiva, la mancanza di una parziale regolamentazione che rende necessaria, in conformità a quello che le parti hanno stabilito, l'intervento integrativo del giudice. Quindi anche se concretamente non è sempre così semplice distinguere i confini tra i due fenomeni, posto che nella maggior parte dei casi sono strettamente correlati e susseguenti, a stretto rigore non possiamo affermare che la presupposizione è riferibile all'art. 1366 c.c. ma semmai alle norme che regolano l'integrazione del contratto nonché indirettamente al principio di buona fede di cui all'art. 1375 c.c..

In definitiva, il canone di interpretazione di buona fede è importante per effettuare un controllo sul comportamento dei contraenti che si esaurisce nell'attribuire al contratto quella che tra le interpretazioni possibili è maggiormente conforme agli interessi delle parti. Questa attività non è integrazione poiché il giudice non sta aggiungendo alcunché di nuovo al contratto. Lo diventa se il giudice va oltre, attribuendo al contratto un contenuto diverso rispetto a quello originario. Il giudice mediante le norme di interpretazione si limita ad individuare l'interpretazione più corretta, non in relazione ad un

---

<sup>107</sup> Più precisamente per distinguere l'integrazione dall'interpretazione-integrativa, si è affermato che la prima interviene in riferimento a vere e proprie lacune del contratto, mentre la seconda opererebbe nel senso di rendere esplicito ciò che appartiene già alla logica interna del contratto.

convincimento interiore di una delle parti o ad elementi estranei al contratto, ma in base a ciò che un uomo di media diligenza può attendersi da quel particolare regolamento negoziale. L'attività interpretativa non si riduce ad un mero procedimento conoscitivo dell'intima volontà delle parti ma mira ad indagare sul contenuto sostanziale del contratto. Non si tratta di accertare la volontà delle parti, ma la volontà che dalle parti è stata tradotta in accordo contrattuale, resa conoscibile e rilevante mediante il testo del negozio. Quindi con l'interpretazione si individua il significato del contenuto contrattuale rilevante per l'ordinamento, attraverso l'analisi delle espressioni utilizzate dai contraenti. Ma queste ultime non sempre hanno un significato univoco. Solitamente il lessico utilizzato è suscettibile di significati semantici diversi, il che crea inevitabilmente contrasti. L'interpretazione di buona fede è allora il risultato di uno dei significati possibili del regolamento negoziale, non è un significato nuovo e diverso da ciò che le parti hanno stabilito. Potremmo dire che è il significato "giusto" perché rispettoso di entrambe le posizioni negoziali.

Se la buona fede è criterio di controllo del contratto, nei termini suindicati, un sindacato giudiziale che accerti la scorrettezza di determinati comportamenti, mediante quali rimedi potrebbe reagire?

La risposta non è semplice e non è univoca. *Prima facie*, la presenza di una condotta di mala fede che sfrutti l'ambiguità, l'indeterminatezza del contratto per indurre tacitamente l'altra parte a concluderlo non sembra potersi risolvere, in questo contesto, con la previsione di rimedi invalidanti il contratto in quanto il medesimo può essere riequilibrato mediante l'operazione ermeneutica del giudice secondo la buona fede contrattuale. Appare difficile individuare, in ipotesi di questo tipo, una sorta di interferenza tra le regole di validità e di comportamento in quanto, nel bilanciamento di interessi, la sanzione di invalidità appare eccessiva. Si pensi ad un contraente, mediamente diligente, che fa affidamento su una particolare interpretazione del contratto, rafforzata dalla reticenza, accondiscendenza tacita della controparte. Queste ultime condotte, pur non inquadrabili formalmente nel dolo, sono obiettivamente scorrette in quanto in grado di alterare l'equilibrio del contratto. Il giudizio *ex fide bona* da parte del giudice potrebbe, dunque, essere lo strumento idoneo a riportare l'equilibrio nel

contratto. Ma in che modo? Mediante l'individuazione della corretta interpretazione del contratto secondo buona fede come precedentemente indicato. L'affidamento della parte ad una determinata interpretazione può essere tutelato solo se lo stesso rappresenti concretamente il significato più idoneo da attribuirsi a quella regolamentazione contrattuale, a prescindere dal fatto che alla base della stipula vi sia stato un atteggiamento in mala fede della controparte, perché è quel significato che *l'uomo modello* si sarebbe dovuto attendere. Diversamente ci troveremmo a tutelare qualsiasi circostanza soggettiva, arrivando alla conclusione aberrante che al contratto potrebbe essere attribuita un'interpretazione che cozza totalmente con le dichiarazioni espresse e quindi con il suo contenuto letterale, solo per proteggere colui che ha fatto affidamento su un determinato significato. In concreto, anche in presenza di una condotta contraria a buona fede, il convincimento della parte ad una data interpretazione non può essere avvalorato dal giudice se la corretta interpretazione è deducibile dal contesto del contratto ed è l'unica che il soggetto poteva attendersi secondo l'ordinaria diligenza. Per questo in tal particolare specie, risolvibile mediante la sola attività ermeneutica che esclude l'intervento integrativo, ipotizzare l'invalidità a tutela della parte debole, ma comunque dotata di media diligenza, si dovrebbe ritenere non ammissibile.

Chiedersi, poi, se escluso il rimedio caducatorio, residui perlomeno una responsabilità risarcitoria non è altrettanto scontato, in quanto si apre uno scenario tutt'altro che semplice sulla natura della responsabilità precontrattuale che affronteremo nel successivo capitolo.

## **5. La buona fede come clausola generale di integrazione del contratto**

L'integrazione del contratto è il fenomeno in forza del quale è possibile ricostruire il regolamento negoziale mediante fonti eteronome<sup>108</sup>, che esulano dalle disposizioni convenzionali inserite nel contratto per volontà delle parti. Se è vero, infatti, che i soggetti di diritto ai sensi dell'art. 1322, co. 1, c.c., "*possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge*"

---

<sup>108</sup> ROPPO V., *Il contratto*, cit., 457.



e ad esso restano vincolati, secondo l'art. 1372 c.c., in quanto “*ha forza di legge tra le parti*”, va altresì evidenziato che ai sensi dell'art. 1374 c.c. “*il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità*”.

Autorevole dottrina (Rodotà) colse il ruolo e la funzione dell'integrazione evidenziando che essa «*é fuori del contratto, ma al tempo stesso ne determina l'operare; il contratto é il suo oggetto, ma alla costruzione del proprio oggetto essa non manca di partecipare. Di ciò l'art. 1374 è testimonianza eloquente, nel suo apparente contrapporre due diverse fonti degli obblighi discendenti dal contratto: quanto in esso è espresso, da un canto, e la legge, gli usi e l'equità, dall'altro*<sup>109</sup>». Secondo questa visione l'art. 1374 c.c. è destinato a fare del contratto una struttura normativa aperta, la cui formazione non è attribuita totalmente alla volontà delle parti ma anche ad altre fonti legali (legge ed usi) e giudiziali (equità e buona fede) sottratte alla disponibilità dei contraenti, limitandone così il loro potere di autonomia privata.

Questa linea evolutiva dell'istituto consente di superare l'impostazione tradizionale secondo cui sarebbe possibile fare ricorso all'integrazione solo qualora sussista una lacuna nel programma negoziale<sup>110</sup>: l'art. 1374 c.c. interverrebbe solo come norma *suppletiva* per far fronte alla necessità di colmare una lacuna pattizia, in contrapposizione all'integrazione cogente che prevale invece sulle statuizioni dei privati. L'orientamento tradizionale, infatti, sostiene il principio di intangibilità della volontà contrattuale, in forza del quale l'integrazione deve operare nel rispetto della volontà dei contraenti quale unica

---

<sup>109</sup> RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970, 12.

<sup>110</sup> La possibilità di procedere all'attività di integrazione del contratto in mancanza di una lacuna regolamentare, ha consentito alla dottrina di distinguere l'integrazione dall'analogia. Spesso infatti questi due procedimenti venivano accomunati seppur differissero per il loro oggetto, individuato rispettivamente nel contratto e nella legge. Orbene, mentre per fare ricorso all'analogia è necessaria una lacuna normativa, così non è per l'integrazione posto che il contratto può essere integrato non al fine di colmare una lacuna regolamentare, ma allo scopo di conformare il regolamento contrattuale agli interessi concretamente sottesi al negozio. Ecco che allora si discorre non di autointegrazione ma di eterointegrazione, per evidenziare che quest'ultima aggiunge qualcosa di nuovo al regolamento contrattuale aldilà delle dichiarazioni negoziali e convenzionali delle parti. Sul punto v. RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, op. cit., 2 ss.

fonte costitutiva del rapporto contrattuale, sicché essi potrebbero perfino decidere di rifiutare l'integrazione<sup>111</sup>.

È evidente che la rigidità di una siffatta impostazione non può essere totalmente accolta, basti pensare a tutte le ipotesi d'integrazione cogente presenti nel nostro ordinamento. Invero, che le parti possano non aver previsto ogni evenienza e non abbiano regolato ogni conflitto che eventualmente potrebbe insorgere fra le stesse, non rappresenta una rara eventualità ma è ciò che spesso si verifica al momento della conclusione di un contratto. È dunque logico pensare alle norme di integrazione del contratto come strettamente correlate ad una carenza nel regolamento convenzionale<sup>112</sup>. Ciononostante, la lacuna pattizia non di per sé una regola. È possibile, infatti, rilevare ipotesi di integrazione del contratto in cui non sussiste alcuna carenza contenutistica: si pensi per esempio agli artt. 1339 e 1419 c.c. in forza dei quali si prevede l'inserzione automatica di clausole. Ebbene, il carattere imperativo delle norme impone l'integrazione del negozio anche qualora ciò determini un'antinomia con quanto stabilito dalle parti. Tali norme intervengono non nel silenzio dei contraenti ma in contrasto con le dichiarazioni negoziali degli stessi.

L'intangibilità della volontà contrattuale, a bene vedere, si scontra con la stessa norma che riconosce l'autonomia contrattuale. Difatti, l'art. 1322 c.c., nell'attribuire l'autonomia privata alle parti ne sancisce anche i limiti. L'autonomia privata non possiamo considerarla come un potere smisurato ed arbitrario conferito ai privati. Essa rappresenta, invece, il potere di autoregolamentarsi nel rispetto dei limiti imposti dalla legge.

Pertanto, la norma di cui all'art. 1374 c.c. va applicata indipendentemente dalla presenza di lacune nel programma negoziale ed è inderogabile. Ai contraenti è preclusa la possibilità di inibire il meccanismo integrativo potendo derogare solo singole norme non aventi carattere imperativo. Il regolamento contrattuale potremmo dire che si forma grazie ad una concorrenza paritetica tra fonti di

---

<sup>111</sup> Sull'autonomia privata dei contraenti e sui loro limiti in riferimento all'attività di integrazione del contratto, v. sempre RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, op. cit., 15 ss..

<sup>112</sup> Per un approfondimento sul punto in dottrina v. BELLANTUONO G., *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000.

eterointegrazione e volontà dei contraenti<sup>113</sup>. In altri termini, l'iniziativa di formare un regolamento negoziale è sempre riservata ai privati, ma il loro punto di vista sugli interessi regolati viene, in virtù dei valori solidaristici costituzionalmente garantiti (art. 3 Cost.) sottoposto ad altro punto di vista esterno, predeterminato dalla legge ovvero desunto dall'intervento del giudice, destinato a prevalere in caso di divergenza<sup>114</sup>.

Il dibattito tra l'orientamento tradizionale e quello più aperto, oramai dominante, si è acceso anche su altro fronte, seppur sempre strettamente correlato.

In riferimento all'ambito operativo dell'art. 1374 c.c., ci si è chiesti se l'integrazione riguarda il contenuto del contratto ovvero i suoi effetti. La tesi che limita l'operatività della norma al solo ambito degli effetti, si basa sulla sua collocazione sistematica nel codice al capo V, titolo II, libro IV, dedicato nello specifico agli effetti del contratto. Ciò è coerente con l'impostazione tradizionale in forza della quale solo la volontà delle parti, in conformità al principio di autonomia privata, può essere fonte del contenuto negoziale, dato che la legge e le altre fonti non potrebbero mai contrapporsi al consenso, avendo esse carattere meramente residuale. In senso opposto, si sostiene che la collocazione sistematica scelta dal legislatore non è vincolante, ben potendo l'interprete ritenersi libero di ricostruire il sistema in base ad una visione globale più ampia. Difatti il regolamento negoziale non può essere affidato meramente alla volontà dei soggetti, se solo si tiene conto che nella prassi la maggior parte delle volte i contratti risultano essere incompleti e necessitano inevitabilmente di un intervento normativo.

Ecco che, sulla scorta di tutte le suddette argomentazioni, si sono gettate le prime basi per ammettere l'integrazione del contratto secondo buona fede. Non è stato semplice in quanto la stessa formulazione dell'art. 1374 c.c. ne ha reso più complesso tale riconoscimento. La norma include tra le fonti di integrazione del contratto la legge, gli usi e l'equità senza fare menzione alcuna alla buona fede.

---

<sup>113</sup> RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, op. cit., 76 ss.

<sup>114</sup> BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 68.

L'antecedente storico di questa norma lo si rinviene nell'art. 1124 del codice previgente<sup>115</sup> il quale disponeva che “*i contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze, che secondo l'equità, l'uso e la legge ne derivano*”. Sotto la vigenza di tale norma la buona fede fu svilita, relegandola a mero criterio di interpretazione del contratto<sup>116</sup>, posto che l'unico suo ruolo era quello di accertare la corrispondenza tra la dichiarazione negoziale e la volontà dei soggetti circa il contenuto contrattuale<sup>117</sup>. Le regole di validità, in quanto espressione del dogma della volontà, finirono così con il prevalere rispetto alle regole di correttezza, proprio per la funzione ad esse assegnata di garantire la stabilità dei rapporti giuridici e la certezza degli scambi<sup>118</sup>.

La disposizione di cui all'art. 1124 cod. abrog., con l'avvento del nuovo codice è stata smembrata in due articoli differenti: l'art. 1374 c.c. che indica le fonti del regolamento contrattuale e l'art. 1375 c.c. secondo cui “*il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*”.

L'assenza del concetto di buona fede nell'art. 1374 c.c. ha indotto a sostenere che la stessa non può concorrere a determinare il regolamento negoziale, in quanto l'unica norma sull'integrazione presente nel nostro ordinamento ha natura tassativa<sup>119</sup>. In realtà la formulazione dell'art. 1374 c.c., pur essendo tassativa, non esclude di individuare altre norme di legge che contengano ulteriori indicazioni sull'integrazione come appunto l'art. 1375 c.c.<sup>120</sup>. Il richiamo alla “legge” da parte

---

<sup>115</sup> V. *supra*, § 1 del presente capitolo.

<sup>116</sup> Al fine di meglio comprendere il ruolo della buona fede sotto la vigenza dell'art. 1124 c.c. abrog., cfr., BERIO A., *Buona fede*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, I, Milano, 596; CORTE ENNA G., *La buona fede nei contratti*, in *Filangieri*, 1907, 480 ss.; MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, op. cit., 13; PIOLA G., *Voce Buona fede*, in *Dig. it.*, V, Milano-Roma-Napoli, 1890-1899, 1037.

<sup>117</sup> Cass., 24 giugno 1940, n. 2079, in *Foro it.*, 1941, I, c. 511; Cass., 16 giugno 1934, n. 2147, in *Rep. Foro it.*, 1934, *Voce Obbligazioni e contratti*, n. 175, c. 1250.

<sup>118</sup> MARINI G., *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 305.

<sup>119</sup> MAJELLO U., *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 47.

<sup>120</sup> Per completezza va detto che la presenza dell'art. 1375 c.c. e l'introduzione nel libro “*Delle obbligazioni*” dell'art. 1175 c.c. secondo cui “*Il debitore ed il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*”, ha posto dei problemi di coordinamento sistematico tra le due norme. Da una parte si è sostenuto che l'art. 1175 c.c. acquisterebbe maggiore rilievo nei confronti del creditore, dovendo il debitore comunque attenersi, nell'adempimento dell'obbligazione, al dovere di diligenza *ex art.* 1176 c.c.; viceversa l'art. 1375 c.c. si rivolgerebbe proprio al contraente debitore vincolandolo ad eseguire il contratto secondo buona fede (BRANCA G., *Istituzioni di diritto privato*, Bologna 1959, 323; FALZEA A., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del*

dell'art. 1374 c.c. è come se fosse un tacito rinvio ad altre fonti integrative, in primo luogo all'art. 1375 c.c. ma altresì a tutte le norme che fanno riferimento alla buona fede in ambiti di disciplina più specifici (art. 1175 c.c.; art. 1366 c.c.; ecc.)<sup>121</sup>. Essendo la buona fede un concetto sintetico, enucleato come clausola generale<sup>122</sup>, è evidente che non può operare al pari di dell'integrazione legale secondo puntuali previsioni normative ma implica inevitabilmente l'opera integrativa del giudice secondo criteri desumibili dal contesto normativo al quale la clausola inerisce.

Fino alla seconda metà degli anni '70 gli artt. 1374 e 1375 c.c. si consideravano completamente slegati tra loro. Come accennato, si negava alla buona fede la natura di fonte di integrazione nel contratto, limitandone l'operatività alla fase esecutiva del contratto in quanto regola di valutazione *ex post* delle condotte dei contraenti<sup>123</sup>. Si riteneva, quindi, che la buona fede

---

*debitore*, Milano 1947, 323; GIORGIANNI F., Voce *Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig.*, XI, Torino 1965, 148). Le ragioni che portano a superare questa tesi sono facilmente intuibili. Intanto l'espressione "esecuzione del contratto" non può essere riferita di per sé al solo adempimento dell'obbligo (GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, op. cit., 548); in secondo luogo, a prescindere dalla presenza dell'art. 1176 c.c., non si può certo far finta di non constatare che il legislatore all'art. 1175 c.c. ha imposto un dovere di correttezza non solo al creditore ma anche al debitore. Secondo un altro insegnamento buona fede e correttezza si differenzerebbero sul piano applicativo, nel senso che il criterio della correttezza si riferirebbe esclusivamente alla materia delle obbligazioni e si caratterizzerebbe per una intensità minore rispetto al criterio della buona fede applicabile solo in materia contrattuale (BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 789). In senso contrario si è rilevato che la distinzione non è soddisfacente poiché anche il contratto è fonte di obbligazioni (NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, Cicu e Messineo (diretto da), 1974, 11). Ulteriore dottrina evidenzia una differenza di contenuti tra i due principi. Mentre la correttezza comporterebbe obblighi negativi, racchiudibili nella formula dell'*alterum non laedere* e nell'esigenza di un comportamento che tenga ben presente il rispetto e l'integrità degli interessi altrui, la buona fede imporrebbe più penetranti obblighi positivi in termini di collaborazione attiva alla promozione degli interessi della collettività (BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 63). La teoria non è convincente in quanto insiste su una diversità di contenuti che è invece perlopiù descrittiva (GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, op. cit., 549).

<sup>121</sup> RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, op. cit., 118.

<sup>122</sup> Sulla buona fede come clausola generale, v. *supra*, § 2 del presente capitolo.

<sup>123</sup> NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, op. cit., 124 ss.; BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, 1968, 172 ss.. Per lungo tempo la giurisprudenza di legittimità ha ammesso il ricorso alla buona fede solo in caso di "violazione di un diritto altrui già riconosciuto da altre norme", assegnando così a tale principio una funzione meramente sussidiaria, nei riguardi della violazione di un'obbligazione contrattuale già definita, per cui la buona fede serviva soltanto a qualificare il comportamento di un soggetto inadempiente. Al riguardo è emblematico il principio affermato da Cass., 16 febbraio 1963, n. 357 secondo cui «Il dovere generico di lealtà e correttezza è bensì preso in considerazione nel vigente ordinamento giuridico, specialmente in materia contrattuale, ma la violazione di tale dovere, quando la legge non ne faccia seguire una sanzione autonoma, può costituire solo un criterio di valutazione e di qualificazione di un comportamento. Detto dovere non vale a creare, per se stesso, un diritto

intervenisse in un momento successivo a quello dell'individuazione del contenuto del contratto che, come tale, restava intoccabile<sup>124</sup>.

La concezione che separava nettamente l'integrazione dall'esecuzione del contratto è stata successivamente superata e si è andata affermando la considerazione che la fase di esecuzione del contratto si caratterizza per l'aver propri obblighi, aventi la funzione di rendere giuridicamente doverosi gli atti necessari al soddisfacimento degli interessi dedotti in contratto. L'art. 1375 c.c. diventa così una delle principali fonti di integrazione del contratto, in quanto la clausola di buona fede, letta alla luce del principio costituzionale di solidarietà sociale ai sensi dell'art. 2 Cost.<sup>125</sup>, fa sì che le parti del contratto siano tenute non solo ad eseguire ciò che nel contratto è previsto ed a tenere i comportamenti

---

soggettivo tutelato "erga omnes" dalla osservanza del precetto del "neminem laedere" quando tale diritto non sia riconosciuto da un'espressa disposizione di legge. Pertanto, un comportamento contrario ai doveri di lealtà, di correttezza e di solidarietà non può essere reputato illegittimo e colposo, né può essere fonte di responsabilità per danni quando non concreti la violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altre norme».

<sup>124</sup> La fase di esecuzione del contratto è stata quella in cui il concetto di buona fede ha atechito inizialmente con maggiore rilevanza. Si richiamano in via esemplificativa Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, Cass., 20 luglio 1989 nn. 3385/ 3386/3387, tutte in tema di *fideiussione omnibus* e relative, in particolare, alla clausola convenzionale di esonero dell'istituto di credito dall'onere di richiesta di autorizzazione ex art. 1956 c.c. La Suprema Corte nel confermare la validità di tale clausola in quanto espressione di autonomia negoziale, ha, tuttavia, evidenziato che la banca beneficiaria di detta garanzia non si sottrae ai principi generali di correttezza e buona fede, che devono inderogabilmente presiedere al comportamento delle parti anche nella fase di esecuzione del rapporto, ed ha affermato che l'operatività di quella garanzia fideiussoria, o di quella clausola di dispensa, va esclusa non solo quando la banca abbia agito con il proposito di recare pregiudizio, ma anche quando non abbia osservato canoni di diligenza, schiettezza e solidarietà, violando l'obbligo tassativo di ciascun contraente di salvaguardare gli interessi degli altri, nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico. In senso conforme, Cass., 28 luglio 1999, n. 8176; Cass., 22 maggio 2000, n. 6613; Cass., 24 novembre 2000, n. 15202; Cass., 25 settembre 2003, n. 14234.

<sup>125</sup> Cass., 20 aprile 1994, n. 3775 «il dovere di correttezza (art. 1175 c.c.) (...) si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo, quindi, alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 cod. civ.) e l'esecuzione (art. 1375 cod. civ.), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio». I giudici di legittimità hanno inoltre precisato che «questo è il ruolo della buona fede (in senso oggettivo)» e che essa «quindi, concorre a creare la regola *iuris* del caso concreto, in forza del valore cogente che le norme citate le assegnano». Tra le più recenti v. Cass., 15 febbraio 2007, n. 3462, in cui si afferma che l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica. V. anche Cass., 16 ottobre 2002 n. 14726, in *Danno e resp.* 2003, 174; Cass., 5 novembre 1999 n. 12310, in *Foro pad.* 2000, I, 348; Cass., 18 ottobre 2004 n. 20399, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, f. 10.

imposti in via integrativa dalla legge, dagli usi e dall'equità ma anche a porre in essere tutte quelle condotte che, in base a correttezza, siano necessarie per preservare in modo solidale l'utilità e l'interesse della controparte. In sostanza la buona fede obbliga ciascuna parte «a comportarsi in modo tale da salvaguardare l'interesse di controparte, quando ciò non comporti a suo carico nessun apprezzabile e ingiusto sacrificio»<sup>126</sup>.

Come già evidenziato la buona fede è una clausola generale che, diversamente dalle altre fonti di integrazione, è uno strumento di portata molto più ampia in quanto offre al giudice notevoli margini di azione tali da individuare in concreto i comportamenti esigibili, non preventivamente predeterminabili, in base ai canoni di lealtà e salvaguardia. L'integrazione di buona fede obbliga, allora, il contraente ad eseguire in generale prestazioni non previste<sup>127</sup>; a mettere la controparte nella condizione di rimediare qualora abbia offerto una prestazione affetta da inesattezza; a modificare le proprie prestazioni o tollerare le modificazioni delle prestazioni altrui che non comportano un grande sacrificio e che non incidano significativamente sul proprio interesse; ad adempiere a doveri di avviso e di informazione anche se non assunti espressamente nel contratto<sup>128</sup>. Ebbene, l'ampia discrezionalità del giudice in questo ambito applicativo viene ridimensionata dal fatto che egli opera un'integrazione del contratto secondo le logiche negoziali, in conformità delle scelte che i privati hanno assunto in fase di formazione del contratto, in coerenza con l'economia contrattuale e mai invece sovrapponendosi all'accordo o in contrasto con l'autonomia privata<sup>129</sup>. Quindi pacificamente si riconosce il ruolo integrativo della buona fede ma da un punto di vista gerarchico tra le fonti di integrazione essa ha carattere *suppletivo* rispetto

---

<sup>126</sup> ROPPO V., *Il contratto*, cit., 469.

<sup>127</sup> CARUSI F., Voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 710 ss.

<sup>128</sup> Cass., 15 febbraio 2007, n. 3462. In dottrina BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 211 ss. Questo aspetto della buona fede integrativa, è il mezzo per riconoscere i cd. *obblighi di protezione*, per tali intendendosi quegli obblighi comportamentali che sono finalizzati alla protezione della sfera personale, ovvero di un interesse che è estraneo al nucleo essenziale degli interessi specificamente perseguiti con la stipulazione contrattuale.

<sup>129</sup> In senso contrario v. Cass., sez. lav., 3 febbraio 1994, n. 1091, in cui si afferma che «il dovere di correttezza e buona fede imposto dagli artt. 1175 e 1375 c.c. non crea obbligazioni autonome ma rileva soltanto per verificare il puntuale adempimento di obblighi riconducibili a determinati rapporti».

alla volontà delle parti<sup>130</sup>. Ciò significa che la buona fede può aggiungere qualcosa di “nuovo”, di “non espressamente previsto” nel contratto ma questa addizione non può mai contrastare l’assetto di interessi definito dai contraenti.

## **6. Integrazione cogente: il precetto imperativo ed inderogabile di buona fede ed i suoi riflessi sulla validità dell’atto**

Alla luce di quanto sopra, è evidente che la vicenda evolutiva della buona fede ha inevitabilmente influenzato la stessa complessiva riflessione sul contratto, soprattutto in riferimento ai rapporti tra autonomia privata, la legge ed il ruolo del giudice nella risoluzione delle controversie contrattuali<sup>131</sup>. Il penetrante subingresso della buona fede in ambiti tradizionalmente riservati al programma pattizio appare oggi quasi un treno inarrestabile. Probabilmente per la stretta e sempre più forte influenza della normativa comunitaria attratta dallo stesso legislatore italiano, da cui si evince, come a breve vedremo, la necessità di proteggere il contraente più debole che subisce un contratto stipulato in situazioni di asimmetria negoziale.

---

<sup>130</sup> Si legge, in SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, Sacco R. (diretto da), Torino, 1993, 414, che l’esecuzione del contratto dovendo avvenire secondo buona fede «può presentarsi correttamente come una regola afferente ai nessi fra volontà contrattuale e regolamento contrattuale, alla pari con l’art. 1374; e la buona fede, in quest’ottica, viene ad essere una fonte eteronoma integrativa alla pari dell’equità». Si annoverano applicazioni concrete del principio di correttezza e buona fede. La casistica è ricca in materia di contratto di lavoro: Cass., sez. lav., 6 luglio 2007, n. 15275, secondo cui «il giudice di merito, quand’anche riconosce la nullità di alcune clausole contrattuali collettive, non può operare l’integrazione giudiziale del contratto (attraverso i principi di correttezza e buona fede) introducendo un regolamento di interessi diverso rispetto a quello che le parti sociali hanno raggiunto». Sempre in materia di diritto del lavoro, in riferimento all’espletamento di concorsi (Cass., sez. lav., 9 novembre 2001, n. 13922; Cass., sez. lav., 24 dicembre 1999, n. 14547); alla scelta tra più dipendenti da promuovere o licenziare in caso di licenziamento collettivo (Cass., sez. lav., 9 settembre 2000, n. 11875: «la correttezza evita che la discrezionalità si trasformi in arbitrio e si risolve nella trasparenza ed imparzialità dei criteri di valutazione dei requisiti dei singoli dipendenti, criteri sindacabili dal giudice in termini di ragionevolezza e congruità della motivazione»); in tema di trasferimento, sottoposizione a cassa integrazione, trattamento retributivo e malattia dei dipendenti anche di enti pubblici economici e di aziende municipalizzate (Cass., sez. lav., 7 novembre 2005, n. 21479, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, f. 7/8; Cass., sez. lav., 1 luglio 2005, n. 14046, in *Giust. civ. Mass.* 2005, f. 6.). Si è altresì fatto ricorso ai principi in esame in tema di società di intermediazione Cass., 7 aprile 2006 n. 8229, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 46, f. 22; *leasing* finanziario, Cass., 29 aprile 2004 n. 8218; assegni circolari, Cass., 7 luglio 2003 n. 10695, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, f. 7-8 e Cass., 21 dicembre 2002 n. 18240, *Giust. civ. Mass.* 2002, 2236.

<sup>131</sup> Per una disamina più approfondita della funzione della buona fede in campo contrattuale v. D’ANGELO A., *Il contratto in generale. La buona fede*, op. cit..



Il processo di espansione del ruolo della buona fede ha fatto sì che si estendessero gli stessi confini del suo significato nonché il suo ambito applicativo. Difatti, la buona fede oggettiva, oltre ad essere fonte di integrazione del contratto, in quanto regola di condotta che i contraenti devono seguire, viene oggi analizzata alla luce di una prospettiva molto più ampia.

Le applicazioni della buona fede finora evidenziate hanno quale comune denominatore il fatto che la stessa rappresenta lo strumento per imporre ad entrambi i contraenti comportamenti che, anche non contrattualmente previsti, sono solidaristicamente doverosi per la tutela dell'interesse della controparte o persino di terzi.

Esiste, però, anche una dimensione nuova della buona fede quale clausola volta a limitare funzionalmente le pretese creditorie e, in generale, l'esercizio dei diritti. Invero, un diritto non è mai illimitato, con la conseguenza che la titolarità dello stesso non conferisce in nessun caso un potere incondizionato. Già nel codice civile vi sono norme che richiamano il c.d. *abuso del diritto* in tema per esempio di atti emulativi *ex* art. 833 c.c. e dalle indicazioni più recenti della dottrina e della giurisprudenza si evidenzia, in base ai principi di solidarietà e di buona fede oggettiva, che l'ordinamento nel momento in cui attribuisce un diritto, nel contempo ne stabilisce i propri limiti in funzione della *ratio* sottesa allo stesso: la posizione giuridica riconosciuta da una norma, consentirà, dunque, determinati comportamenti in quanto obbedienti alla ragione che giustifica la costituzione e la tutela della posizione stessa.

In tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase<sup>132</sup>. Ne consegue che la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.).

---

<sup>132</sup> Cass., 5 marzo 2009, n. 5348; Cass., 11 giugno 2008, n. 15476.

Se il titolare di un diritto tiene comportamenti formalmente consentiti dalla legge ma le cui finalità perseguite sono per così dire “eccentriche” rispetto a quelle in funzione delle quali l’ordinamento ha riconosciuto quello stesso diritto (per esempio l’uso delle facoltà che la norma conferisce sia piegato a fini fraudolenti, abietti o capricciosi), l’esercizio del diritto è abusivo e pertanto non meritevole di protezione da parte dell’ordinamento<sup>133</sup>.

In concreto, dunque, si tratta di indagare come queste condotte debbano essere sanzionate, sul piano risarcitorio ovvero di inefficacia dell’atto compiuto. Questo determina che la presenza dell’abuso del diritto come forma di concretizzazione della mala fede contrattuale, imponga eventualmente un giudizio di validità dell’atto in modo da correggere un risultato che altrimenti apparirebbe ingiustificato e non equilibrato rispetto alla natura del rapporto voluto dalle parti. Per questo si è parlato di buona fede come norma di chiusura del sistema, perché esclude il rischio di considerare lecito ogni comportamento che nessuna norma giuridica vieta.

---

<sup>133</sup> Cass., S.U., 15 novembre 2007, n. 23726, ha ritenuto contrario a buona fede e correttezza il frazionamento dell’azione giudiziaria teso all’ottenimento dell’adempimento di un credito in giudizio. «È vero infatti che il creditore ha pieno diritto di agire in giudizio per poter riscuotere il proprio credito in caso di inadempimento da parte del proprio debitore ma è anche vero che egli non può abusare del diritto stesso. La buona fede, infatti, presiede ad ogni fase del rapporto obbligatorio, compresa quella giudiziale, cosicché il creditore anche nella fase patologica non può aggravare la posizione del debitore, alterando il giusto equilibrio degli interessi contrapposti. Infatti il frazionamento dell’azione giudiziale inciderebbe negativamente sul debitore «per il profilo del prolungamento del vincolo coattivo cui egli dovrebbe sottostare per liberarsi della obbligazione nella sua interezza, sia per il profilo dell’aggravio di spese e dell’onere di molteplici opposizioni (per evitare la formazione di un giudicato pregiudizievole) cui il debitore dovrebbe sottostare a fronte della moltiplicazione di (contestuali) iniziative giudiziarie». Nello stesso senso Cass., S.U., 23 ottobre 2008, n. 30055/30056/30057, in materia di elusione fiscale e abuso del diritto. Ancora Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in tema di recesso arbitrario. La Cassazione in questa circostanza ha reputato sindacabile l’esercizio del diritto di recesso riconosciuto dal contratto dovendosi valutare se l’atto di autonomia negoziale con cui si esercita il recesso non sia stato posto in essere con modalità tali da arrecare al destinatario un *vulnus* sproporzionato all’interesse perseguito dal recedente. Nell’ambito dei rapporti bancari è stato più volte riconosciuto che, in ossequio al principio per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (art. 1375 cod. civ.), non può escludersi che il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito, benché pattiziamente consentito anche in difetto di giusta causa, sia da considerarsi illegittimo ove in concreto assuma connotati del tutto imprevisi ed arbitrari. Così in Cass., 21 maggio 1997, n. 4538; Cass., 14 luglio 2000, n. 9321; Cass., 21 febbraio 2003, n. 2642. In ambito societario, la materia dell’abuso del diritto è stata esaminata con riferimento alla qualità di socio ed all’adempimento secondo buona fede delle obbligazioni societarie ai fini della sua esclusione dalla società (Cass., 19 dicembre 2008, n. 29776), ed al fenomeno dell’abuso della personalità giuridica quando essa costituisca uno schermo formale per eludere la più rigida applicazione della legge (Cass., 25 gennaio 2000, n. 804; Cass. 16 maggio 2007, n. 11258).

Autorevole dottrina tempi addietro affermava che i principi della correttezza sono tra quelli «che debbono presiedere in ogni caso all'azione dei soggetti che vivono in uno stesso aggregato sociale<sup>134</sup>», sì che la normativa di correttezza si presenta come «l'intero sistema privato del lecito e dell'illecito e come tale non sembra che si possano segnargli dei confini<sup>135</sup>». L'operatività del principio dunque cambia in riferimento all'ambito legislativo di riferimento e alla fattispecie concreta in cui i soggetti agenti debbono rispettare il principio di buona fede mediante i comportamenti più disparati, attivi od omissivi, in relazione alle circostanze di attuazione del rapporto obbligatorio.

In senso ancora più esteso la buona fede oggettiva sembra operare come limite generale all'esercizio dell'autonomia privata assumendo la funzione di strumento di controllo della ragionevolezza e dell'equilibrio del contenuto contrattuale<sup>136</sup>. Questa visione evolutiva della buona fede si ispira sempre ai valori solidaristici riconosciuti e garantiti dalla costituzione, volti a temperare l'antagonismo tra gli interessi dei contraenti. Però, mentre per lungo tempo si è affermato che la regola di buona fede mai avrebbe potuto scontrarsi con l'autonomia privata nonostante il suo ruolo integrativo, in tal caso il riferimento all'equilibrio contrattuale sembra aprire al giudice la possibilità di proteggere interessi non contrattualizzati anche in pregiudizio di interessi convenzionalmente tipizzati ma contrastanti con il principio di lealtà e correttezza<sup>137</sup>. La buona fede diventa lo strumento principe di controllo per riportare ad equità contratti squilibrati ed ingiusti. Bene si comprende che una tale attività del giudice non è più suppletiva ma sconfina in un'integrazione *cogente*, in quanto prescinde dalla lacuna pattizia e si sovrappone

---

<sup>134</sup> FERRI G., *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 412.

<sup>135</sup> ROMANO S., *Voce Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, 681.

<sup>136</sup> Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, «I principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione e nell'interpretazione dei contratti, di cui agli artt. 1175, 1366 e 1375 c.c., rilevano sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali, sia su quello del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti. Sotto il primo profilo, essi impongono alle parti di adempiere obblighi anche non espressamente previsti dal contratto o dalla legge, ove ciò sia necessario per preservare gli interessi della controparte; sotto il secondo profilo, consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto».

<sup>137</sup> D'ANGELO A. – MONATERI P.G., *Buona fede e giustizia contrattuale*, in *Diritto Privato dei paesi comunitari*, Somma A. (a cura di), Torino, 2005, 7 ss.

all'accordo esistente tra le parti disapprovato dall'ordinamento giuridico in virtù di principi e valori superiori rispetto a quelli strettamente individuali.

È corretto sottolineare, a stretto rigore normativo, che questa forma di integrazione viene riservata dall'ordinamento a strumenti differenti, quali appunto le norme di carattere imperativo, l'ordine pubblico ed il buon costume. In particolare una norma imperativa, intesa come parametro di illiceità del contratto può assolvere diverse funzioni. Una funzione meramente *proibitiva* quando vieta che il contratto non possa avere particolari caratteristiche, con la conseguenza che la violazione della norma determina la totale nullità del contratto (*ex art. 1418, co. 1, c.c.*). Esiste poi una funzione *conformativa* che consente di non travolgere con effetto caducatorio il contratto ma di modificarlo, mediante l'eliminazione dal regolamento contrattuale della clausola non conforme alla legge, che potrebbe in alcuni casi essere sostituita automaticamente con quella prevista dalla norma violata.

Ebbene, anche nel silenzio del legislatore, se da una compiuta analisi del nostro ordinamento la buona fede può essere considerata un principio superiore di natura imprescindibile, trovando applicazione anche qualora le parti non vi abbiano fatto menzione, nonché inderogabile, posto che le parti non vi possono rinunciare, in sostanza l'affermare che essa assume funzione integrativa cogente, ne fa discendere quale immediato corollario che ha carattere *imperativo* e che la sua funzione è quella di portare il contratto alla sua totale o parziale caducazione in caso di violazione, conformandone il suo contenuto in forza dei valori di correttezza e lealtà tra le parti.

In questo senso, il dovere di buona fede costituisce un «precetto rivolto ai singoli in quanto regola di comportamento e al giudice in quanto modello di decisione<sup>138</sup>». L'indeterminatezza del contenuto che fa della buona fede una clausola generale, come più volte specificato, è indispensabile in quanto solo in tal modo il giudice potrà pronunciarsi trovando la soluzione più aderente al conflitto di interessi tra le parti contrattuali. Il dovere generale di buona fede contrattuale ha quindi la funzione di colmare le inevitabili lacune legislative, posto che sarebbe impossibile prevedere casisticamente ogni fattispecie concretamente

---

<sup>138</sup> BESSONE M – D'ANGELO A., Voce *Buona fede*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, 1988, 2 ss..

realizzabile nella realtà fattuale. Esso «realizza (...) la “chiusura” del sistema legislativo, ossia offre i criteri per colmare le lacune che questo può rivelare nella varietà e molteplicità delle situazioni della vita economica e sociale»<sup>139</sup>. In particolare, la buona fede costituisce «lo strumento per integrare, limitare, correggere il contenuto normativo dell’obbligazione, con riferimento alle esigenze poste dallo svolgimento di essa»<sup>140</sup>.

Questa nuova prospettiva ha fatto vacillare quello che fino a non molto tempo fa appariva come un principio inattaccabile e dalle basi solide, ovvero il tradizionale principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento. La netta separazione tra questi due tipi di regole col tempo sarebbe andata incontro ad un «progressivo scolorimento»<sup>141</sup>. In particolare, la rigida dicotomia starebbe sbiadendo a causa di un graduale fenomeno di trascinarsi della correttezza sul terreno del giudizio di validità dell’atto, atteso che la buona fede concorrendo con la volontà privata ad integrare il regolamento contrattuale, inciderebbe in definitiva sulla struttura dell’atto. La clausola generale di buona fede, sulla scia dell’ordinamento tedesco (§242 BGB), non sarebbe solo una fonte di integrazione del contratto idonea ad arricchire il contenuto del contratto incompleto, ma rappresenterebbe un vero e proprio limite dell’autonomia privata, tale da consentire l’adeguamento del regolamento negoziale all’interesse dei contraenti o persino a più generali esigenze di carattere sociale, al punto tale che la sua violazione potrebbe condizionare la stessa validità del negozio. Non si tratta solamente di ristabilire un equilibrio puramente economico tra le prestazioni dedotte in contratto, tra i vantaggi e gli svantaggi distribuiti in maniera sproporzionata tra i contraenti. La buona fede rappresentando il fondamento etico, sociale e solidale dell’ordinamento, per il tramite del giudice, rende il contratto conforme a “giustizia”. L’operazione è tutt’altro che semplice poiché essa si propone di indagare sulla ragione concreta giustificativa del contratto. È un’indagine che consente all’interprete di valutare quelli che sono gli interessi che i contraenti intendono soddisfare ponendo in

---

<sup>139</sup> GALGANO F., *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, II, 1990, 462.

<sup>140</sup> DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 539, ss..

<sup>141</sup> CAFAGGI F., *Voce Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XI, Torino, 1994, p. 492.

essere il negozio. Interessi che, si badi bene, potrebbero per scelta consapevole, cosciente e volontaria essere tra loro iniqui, pur nel rispetto del principio di buona fede, proprio perché frutto di due manifestazioni di volontà non viziate. Diverso, invece, quando per esempio taluno dei contraenti celi informazioni utili all'altra parte per comprendere il reale contenuto del negozio, al fine di ricavarne vantaggi ingiusti. Ecco che in questi casi, la condotta non è tale da integrare le ipotesi tipiche dei vizi del consenso ma è qualificabile come comportamento scorretto che mina comunque la bontà del contratto, il quale certamente non sarà più in grado di realizzare l'interesse che la parte in buona fede si era prefissata originariamente. Il contratto è ingiusto in quanto iniquo e non per scelta condivisa tra i contraenti ma a causa di una condotta scorretta di uno di essi.

A questo punto è lecito chiedersi se un contratto ingiusto nei termini suddetti si possa considerare al contempo valido. Il contratto, che rappresenta lo strumento principe di autoregolamentazione dei propri interessi, può avere validità se nel concreto non è in grado di soddisfarli?

Questo ulteriore passo avanti circa il ruolo della buona fede trova conforto su più fronti normativi.

Intanto l'introduzione dell'art. 1337 nel codice del 1942 ha dato nuovo impulso alla dottrina e alla giurisprudenza che ha rivalutato e meditato in maniera più accorta circa la giustizia contrattuale. La disposizione, affermando che *“le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”*, completa le previsioni legislative sulla buona fede. Per la prima volta il legislatore ha previsto espressamente che le parti devono tenere un comportamento corretto nella fase di formazione del contratto, consentendo così di superare i dubbi sull'art. 1375 c.c., il quale sembrava imporre un contegno secondo buona fede solo nella fase di esecuzione del contratto e quindi solo nel periodo successivo al suo perfezionamento. In particolare la giurisprudenza di legittimità accoglie la tesi secondo cui l'art. 1337 c.c. ha valore di clausola generale ed impone alle parti il dovere di trattare con lealtà, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e mettendo in condizioni la controparte di conoscere ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipula del contratto. La violazione di tale

obbligo di correttezza e buona fede durante le trattative e nella formazione del contratto assume rilevanza non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative ma anche nel caso in cui il contratto concluso, pur essendo valido, risulti pregiudizievole a chi è stato vittima del comportamento di malafede<sup>142</sup>. Nello specifico, poi, l'obbligo di lealtà reciproca imposto dall'art. 1337 c.c. comporta un dovere di completezza informativa sulla reale intenzione di concludere un contratto, sicché non è possibile legittimare la reticenza o la maliziosa omissione di informazioni rilevanti<sup>143</sup>.

L'evoluzione della buona fede è stata suffragata, inoltre, dagli interventi settoriali del legislatore diretti a proteggere la parte contrattuale debole contro l'eccessivo squilibrio delle condizioni negoziali, dando rilevanza alla buona fede e alla giustizia contrattuale ai fini della validità del contratto.

In proposito, si rammentano le norme in tema di diritti dei consumatori (D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206); di usura (L. 7 marzo 1996, n. 108), di subfornitura (L. 18 giugno 1998, n. 192); di interessi di mora nelle transazioni commerciali (art. 7, comma 2, del D.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231); in materia bancaria e creditizia (art. 117, co. 6, del D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385); in materia di intermediazione finanziaria (art. 122, co. 3, del D.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58); in materia di contratti di garanzia finanziaria (art. 8 del D.lgs. 21 maggio 2004 n. 170).

All'interno di queste specifiche discipline, per scelta legislativa, è possibile ravvisare ipotesi di contratto nullo o comunque inefficace qualora il suo contenuto risulti *iniquo ed ingiustificatamente squilibrato* a favore di una parte ed in danno dell'altra, a causa della violazione dell'obbligo di correttezza mediante condotte integranti abuso di una posizione egemone. L'art. 36 del Codice del consumo, ad esempio sanziona, con la *nullità di protezione* le clausole considerate vessatorie, ai sensi degli artt. 33 e 34 cod. cons., qualora creino un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto<sup>144</sup>. Nella specie l'ordinamento

---

<sup>142</sup> Cass., 21 ottobre 2013, n. 23873.

<sup>143</sup> Cass., 26 aprile 2012, n. 6526.

<sup>144</sup> L'art. 33 cod. cons. dispone precisamente: “*nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*”. Ebbene, nonostante l'infelice espressione letterale dell'inciso «malgrado la buona fede», la maggioranza della dottrina l'ha inteso come un rinvio alla buona fede oggettiva, oppure addirittura come un errore materiale per significare “in contrasto con la buona fede”. Cfr.

sanziona la violazione della c.d. *procedural justice*, ovvero l'ingiustizia non del contratto in sé considerato ma in quanto frutto di un abuso perpetrato dalla parte più forte (il professionista) ai danni dell'antagonista più vulnerabile (il consumatore). La sindacabilità di questa operazione economica è la conseguenza di una relazione asimmetrica, in cui, in assenza di una vera trattativa individuale paritetica, si registra un utilizzo distorto della posizione di maggiore forza contrattuale del professionista nei confronti del consumatore<sup>145</sup>. La disciplina

---

per tutti, sulla questione, D'ANGELO A., *Il contratto in generale. La buona fede*, op. cit., 270 ss. e nota. 10; GALLO P., *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, in *Studi in onore di Alberto Burdese*, II, Padova, 2003, 176 e nota 48; PATTI S., *Significato del principio di buona fede e clausole vessatorie: uno sguardo all'Europa*, in ID., *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2007, 59 ss.; SCHIAVONE G., *Approfittamento e lesione infra dimidium*, Napoli, 2004, 176 ss.; UDA G.M., *Malgrado la buona fede*, in Alpa G. - Patti S. (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, I, Milano, 1997, 65 ss. (cfr. anche ID., *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 230 ss.). Sul rapporto tra i requisiti della buona fede e del significativo squilibrio la dottrina è divisa: se per alcuni essi possono essere alternativi (ALPA G., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1993, 635 e 642; SCALFI G., *La direttiva del Consiglio C.E.E. del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 1993, 442), per altri devono invece concorrere (BUSNELLI F. D. - MORELLO U., *La direttiva 93/13 CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, 374; MORELLO U., *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Riv. not.*, 1996, 290). Ma non manca chi trova superfluo il rinvio alla buona fede, posto che la valutazione del giudice si basa sul dato oggettivo dello squilibrio piuttosto che su una valutazione della stessa (DI MAJO A., *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 17; MENGONI L., *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti dei consumatori" nel sistema del codice civile*, in *Studi P. Rescigno*, III.2, Milano, 1998, 540 ss.). La posizione più convincente appare però quella che considera necessario il concorso tra i due criteri, nel senso che il giudice, accertato lo squilibrio, valuterà se esso si giustifichi o no rispetto al parametro della buona fede nel comportamento delle parti (DE NOVA G., *Le clausole vessatorie*, Milano 1996, 16; CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie, cioè abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 33; ROPPO V., *La definizione di clausola "vessatoria" nei contratti dei consumatori*, in *Contratti*, 2000, 83 ss.).

<sup>145</sup> L'autorità giudiziaria investita di una controversia relativa a un contratto concluso da un consumatore ed un professionista, può e deve, su istanza del consumatore o d'ufficio, dichiarare la nullità delle clausole che ritenga vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34 cod. cons., anche se le stesse sono inserite in condizioni generali di contratto, moduli e formulari e siano state approvate per iscritto. Pertanto qualora un contratto sia stato solo parzialmente oggetto di trattativa tra consumatore e professionista, l'esclusione dell'applicazione della disciplina di protezione del consumatore, prevista dagli artt. 33 e ss. cod. cons., è consentita con esclusivo riferimento a quelle clausole che abbiano costituito singolarmente oggetto di una specifica trattativa, seria ed effettiva, laddove invece la restante parte del contratto, che non sia stata negoziata, rimane assoggettata alla disciplina di tutela del consumatore. V. anche Cass., 20 marzo 2010, n. 6802; Cass., 26 settembre 2008, n. 24262. Cass., 20 agosto 2010, n. 18785, in cui si afferma che «la trattativa individuale costituisce, infatti, un *prius* logico rispetto alla verifica della sussistenza del significativo squilibrio in cui riposa l'abusività della clausola o del contratto, sicché spetta al professionista che invochi la relativa inapplicabilità dare la prova del fatto positivo dello svolgimento della trattativa e della relativa idoneità, in quanto caratterizzata dai suindicati imprescindibili requisiti, ad atteggiarsi ad oggettivo presupposto di esclusione dell'applicazione della normativa in argomento». In Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon GSM Zrt*, si evidenzia che il giudice nazionale, anche in mancanza di un'apposita istanza del consumatore, deve esaminare d'ufficio la natura



delle clausole vessatorie<sup>146</sup>, seppur trovi applicazione tra soli consumatori e professionisti (settore comunque molto vasto), ha sicuramente avuto il merito di introdurre per la prima volta nel nostro ordinamento una forma di controllo contenutistico dei contratti per adesione, colmando così la grave lacuna codicistica di cui agli artt. 1341 e 1342 c.c., che impongono un solo controllo formale sul contratto dato dalla doppia sottoscrizione<sup>147</sup>.

Si rammenta, poi, la nuova configurazione dell'usura, introdotta dalla L. n. 108/96, che si è tradotta nella riscrittura dell'art. 1815 c.c. e 644 c.p.. La norma civilistica è contenuta nell'ambito della disciplina del mutuo ma si ritiene generalmente estensibile a tutti i contratti aventi funzione di finanziamento pecuniario. Un mutuo è considerato usurario quando gli interessi superano il tasso soglia determinato in base a rilevazioni periodiche secondo l'art. 2 della stessa L. n. 108/96. L'ordinamento ha abbracciato ormai una nozione meramente oggettiva dell'usura, in cui il negozio viene qualificato come usurario e quindi ingiusto, sol che quantitativamente sia inaccettabile in base ad una soglia stabilita per legge. La sanzione per l'aver convenuto interessi usurari è la nullità della relativa clausola, senza che altro tipo di interesse sia più dovuto.

Si pensi ancora alla disciplina della subfornitura introdotta con L. n. 192/1998<sup>148</sup> che vieta l'abuso di dipendenza economica ovvero *“la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi”* (art. 9, co. 1, L. n.

---

abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine.

<sup>146</sup> Emessa in attuazione della Direttiva 93/13/CE ed inserita originariamente nel corpo del codice civile, capo XIV *bis*, del libro IV, titolo II, agli artt. 1469 *bis* – *sexies*, poi trasfusi, con alcune modifiche nel codice del consumo. In particolare l'art. 1469 *quinquies*, co. 1, c.c., parlava di inefficacia, che una parte della dottrina interpretava come inefficacia in senso stretto: cfr. ALCARO F., *L'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Vita not.*, 1996, 1119; ALPA G., *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova. Giur. Civ. Comm.*, 1996, II, 46; LENER R., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Foro It.*, 1996, V, 156. Per altri autori, già la formulazione dell'art. 1469 *quinquies*, co. 1, c.c. doveva invece essere letta nel senso della nullità: cfr. per tutti GENTILI A., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 415 ss. Sulla questione cfr. in generale anche DI MARZIO F., *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giust. civ.*, 1999, XII, 479 ss.

<sup>147</sup> Sulla vessatorietà delle clausole v. AMADIO G. – MACARIO F. (a cura di), *Parte generale. Le obbligazioni. Il contratto. I fatti illeciti e le altre fonti delle obbligazioni*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti.*, I, Bologna, 2014, 937 ss.

<sup>148</sup> Per un'analisi dettagliata sulla disciplina ed i suoi vari profili problematici v. per tutti MAUGERI M. R., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003.

192/1998). La condotta di abuso viene esemplificata, non in maniera tassativa, dal legislatore “*nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto*” (art. 9, comma 2, L. n. 192/1998). Quello che appare interessante è che anche questa volta, gli abusi realizzati con negozi ed in particolare con patti, danno vita alla sanzione della nullità<sup>149</sup>: “*il patto attraverso il quale si realizza l’abuso di dipendenza economica è nullo*” (art. 9, comma 3, L. n. 192/1998).

Nel D.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, attuativo della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, l’art. 7, co.1, prevede la nullità delle clausole sul termine di pagamento ogniqualvolta risultino “*gravemente inique in danno del creditore*”. In tal caso il sindacato del giudice avviene anche d’ufficio, avuto riguardo “*a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza (...)*” (art. 7, comma 2)<sup>150</sup>.

Altri esempi di questa tendenza sono l’art. 117, co. 6, D.lgs. n. 385/1993 (*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*), che stabilisce la nullità delle “*clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati*”. Ma anche l’art. 122, co. 3, D.lgs. n. 58/1998 (*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*), che dispone la nullità dei patti relativi all’esercizio del diritto di voto nelle società con azioni quotate e nelle società controllanti, che non abbiano ricevuto adeguate forme di pubblicità. L’art. 8 del D.lgs. 21 maggio 2004 n. 170, in materia di contratti di garanzia finanziaria,

---

<sup>149</sup> Il riferimento alla nullità sarebbe «discutibile» per NAVARETTA E., *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 324 ss., che la intende come inefficacia.

<sup>150</sup> PERRONE A., *L’accordo “gravemente iniquo” nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, 65 ss.. Precedentemente al giudice era concesso non solo di dichiarare la nullità d’ufficio, ma anche di applicare i termini legali o addirittura di ricondurre ad equità il contenuto dell’accordo. Difatti, il comma 3, art. 7, prima dell’intervenuta modifica ad opera del D.lgs. 9 novembre 2012, n. 192, così recitava: “*il giudice, anche d’ufficio, dichiara la nullità dell’accordo e, avuto riguardo all’interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell’accordo medesimo*”.

in cui si afferma che in tal tipo di pratiche deve essere rispettato un criterio di ragionevolezza sotto il profilo commerciale.

A fronte di questi casi specifici nei quali la legge sanziona con la nullità la violazione della regola di correttezza e di giustizia contrattuale, viene da chiedersi se queste disposizioni, in quanto dettate dalla legislazione speciale, restino isolate poiché rispondenti ad una specifica esigenza del legislatore oppure la maggiore attenzione a tali profili sia espressione di un principio di portata più generale, con la conseguenza che vanno considerate nulle o perlomeno inesigibili *ex bona fides*, anche quelle clausole o quei contratti che siano palesemente iniqui e fortemente squilibrati. Da questi e da altri indici normativi, difatti, si è preso spunto per costruire una direttiva comune circa i contratti stipulati in situazione di asimmetria di potere negoziale dei contraenti, generalizzando ad essi i criteri di controllo di validità dei contratti, alla stregua della conformità a buona fede dei loro contenuti.

Questa tendenza è altresì alimentata dalla normativa internazionale ed europea come si evince dai *Principi Unidroit* (Principi dei contratti commerciali internazionali) e dal corpo di norme in materia contrattuale, *Principles of European Contract Law*, elaborato dalla Commissione Lando.

Intanto i *Principi Unidroit*, dopo aver sancito il generale principio di buona fede, all'art. 1.7, prevedendo che “*ciascuna parte deve agire in conformità alla buona fede nel commercio internazionale*” e precisando altresì che “*le parti non possono escludere o limitare quest'obbligo*”, all'art. 3.2.7 stabiliscono che, qualora il regolamento pattizio determini ingiustificatamente un eccessivo vantaggio a carico di una parte, l'altra possa impugnare la validità del contratto o di singole clausole. La norma consente al giudice, d'ufficio o su istanza di parte, di adattare il contratto o le singole clausole ai criteri di correttezza propri delle pratiche commerciali, al fine di rimediare allo squilibrio<sup>151</sup>.

---

<sup>151</sup> L'art. 3.2.7, rubricato “*Eccessivo squilibrio*”, così recita: “(1) *Una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. Si devono considerare, tra gli altri fattori, (a) il fatto che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, e (b) la natura e lo scopo del contratto.* (2) *Su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio.* (3) *Il giudice può adattare il contratto o le sue clausole anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato l'avviso di annullamento, purché*

I *Principles of European Contract Law* prevedono un principio generale di buona fede nell'art. 1:102 che sancisce la libertà contrattuale, proprio a voler sottolineare che quest'ultima soccombe dinanzi a valori superiori. Le parti, infatti, sono libere di stipulare un contratto e di determinarne il contenuto, fatti salvi i requisiti di buona fede e della correttezza nonché le norme imperative previste da questi stessi principi<sup>152</sup>. In applicazione della buona fede e correttezza l'art. 4:109 prevede, inoltre, che una parte possa annullare il contratto se, al momento della conclusione, essa si trovasse in uno stato di dissesto economico o di bisogno o di dipendenza rispetto all'altra, ovvero se intrattenesse con questa un rapporto di fiducia e qualora l'altro contraente fosse a conoscenza di tali condizioni e ne abbia approfittato in modo ingiusto o per ricavarne un eccessivo guadagno<sup>153</sup>.

Si evince che entrambi i testi normativi legittimano un sindacato sull'equilibrio tra benefici e sacrifici a carico dei contraenti, prevedendo un intervento giudiziale sul contratto al fine di adattarlo alla correttezza e riconoscendo che, a certe condizioni, lo squilibrio possa costituire causa di invalidità del contratto.

Tutti questi riferimenti normativi danno vita ad una prepotente contaminazione tra regole di comportamento e regole di validità, elevando la buona fede alla soglia di norma imperativa capace di consentire un sindacato

---

*tale parte ne informi l'altra prontamente dopo aver ricevuto l'avviso e prima che quest'ultima abbia agito facendovi affidamento (...)*".

<sup>152</sup> L'art. 1:102, in rubrica "*Freedom of contract*", dispone: "(1) *Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles.* (2) *The parties may exclude the application of any of the Principles or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided by these Principles*".

<sup>153</sup> L'art. 4:109, rubricato "*Excessive benefit or unfair advantage*", così recita: (1) *A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and (b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit.* (2) *Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been followed.* (3) *A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for excessive benefit or unfair advantage, provided that this party informs the party who gave the notice promptly after receiving it and before that party has acted in reliance on it*".

intrinseco e penetrante sull'autonomia negoziale così sfatando il mito della sua insindacabilità<sup>154</sup>.

Sul piano sanzionatorio la violazione del canone di buona fede, nella sua dimensione tradizionale di regola tesa alla valutazione della correttezza comportamentale o all'imposizione di comportamenti doverosi, comporta essenzialmente quale unico rimedio il risarcimento del danno cagionato dal comportamento illecito: se si tiene un comportamento contrario a buona fede si ha la violazione di un obbligo riconducibile alla responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.) o contrattuale (art. 1375 c.c.) a seconda che si tratti di condotta che precede la stipula del contratto o ne viola le prescrizioni successivamente al suo perfezionamento. In tale ultimo caso alla responsabilità si affianca la risoluzione del contratto, qualora il contegno di mala fede abbia determinato inadempimento grave *ex art. 1455 c.c.*.

Nell'intento di ampliare ulteriormente la sfera applicativa della buona fede nel senso sopra descritto, ci si interroga sulla possibile configurabilità di un'ulteriore sanzione tesa ad invalidare la stipulazione del contratto che sia il frutto di condotte poste in essere in mala fede. L'ammissibilità di questo rimedio affiderebbe alla buona fede non più soltanto un ruolo di controllo delle condotte doverose al fine di portare a compimento l'assetto di interessi pattuito dalle parti ma, all'opposto, le attribuirebbe una funzione antagonista rispetto all'autonomia negoziale, in quanto tesa a verificare che quest'ultima non produca risultati iniqui od ingiusti, tenuto conto dell'ambito operativo a cui il contratto specifico afferisce.

Secondo questa nuova visione, la clausola generale di buona fede si atteggierebbe ora come regola di responsabilità, perché la violazione della buona fede nella fase precontrattuale e/o contrattuale darebbe luogo ad un danno da

---

<sup>154</sup> Si legge in MORELLI M., *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2168 ss., «fuori da ogni equivoco, superando ogni residua timidezza di fronte al contenuto assiologico della clausola generale - soprattutto infrangendo quella barriera psicologica che tiene il giudice legato alla logica deduttiva, dissuadendolo dal raccogliere la delega del legislatore a compiere scelte di valori - la Cassazione accetta così ora che il giudice si misuri con la creazione della regola *iuris*, riempiendo di contenuti la clausola di buona fede, anche in funzione correttiva del regolamento negoziale». In tal modo si arriva «al livello apicale di valenza attribuibile al principio di correttezza, come canone inderogabile, collocato nell'area dei fattori normativi di limitazione e conformazione della autonomia negoziale».

risarcire, ora come regola di validità, in quanto, fissando tale norma un generico dovere di correttezza, lealtà e salvaguardia degli altrui interessi, farebbe sì che anche condotte maliziose, speculative, omissive e reticenti assumano rilievo ai fini della validità dell'atto. La sanzione dell'annullamento o addirittura della nullità<sup>155</sup>, in tale ipotesi, sarebbe prevista da un lato per riparare la lesione subita da un contraente in conseguenza del comportamento scorretto dell'altro, ma altresì per garantire la libera formazione del consenso alla stipula del contratto ovvero per adeguare il regolamento negoziale all'interesse dei contraenti o persino a più generali esigenze di carattere sociale, qualora il mero risarcimento del danno non sia in grado di per sé a riportare ad equità il contratto. Difatti, pur riconoscendo il risarcimento del danno, è possibile che quel contratto non sia comunque in grado di soddisfare gli interessi del contraente, il quale potrebbe, a causa dei vizi sottesi, non volerlo mantenere in vita.

Ebbene, la dottrina più innovativa elevando la buona fede a norma imperativa e quindi a regola di validità del contratto, sostiene che la violazione del suo precetto possa determinare nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c..

L'indagine sull'ambito operativo della buona fede e dell'equità, suo complemento, comporta inevitabilmente l'imbattersi nel problema della giustizia contrattuale e dei poteri che la clausola di buona fede accorda al giudice. La questione, seppur analizzata oramai da alcuni decenni è tutt'oggi più che mai di notevole attualità, ma va certamente affrontata con molta cautela proprio perché coinvolge aspetti differenti nonché principi di diritto radicati nella nostra tradizione giuridica. Inoltre la complessità nasce anche dalla difficoltà di rapportare la legislazione codicistica alle varie legislazioni speciali a tutela di particolari settori.

Il terreno di indagine si dimostra quindi insidioso proprio perché vi si concentrano concetti quali l'autonomia contrattuale, esigenze egualitarie, ed il sindacato giudiziale. Taluno scrisse, in proposito dell'autonomia privata ovvero del potere di determinare il contenuto del contratto, che essa costituisce un vero e proprio «dilemma della democrazia liberale»<sup>156</sup>. Essa si inserisce, per quanto a noi

---

<sup>155</sup> Tratteremo a breve in maniera più specifica ed approfondita la tematica dei rimedi dell'annullabilità e nullità in caso di violazione della regola di buona fede.

<sup>156</sup> AMATO G., *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, 8.

interessa analizzare, in un discorso molto più ampio afferente il libero mercato ed i suoi rapporti con le fonti integrative eteronome quale la buona fede contrattuale, che implica inevitabilmente un intervento forte del giudice. Peraltro, i principi costituzionali ed in particolare quelli di solidarietà sociale, espressi dall'art. 2 Cost., impongono di considerare l'autonomia privata non più come un valore in sé ma come uno strumento per il perseguimento di interessi conformi ai valori di fondo cui l'ordinamento si ispira. I principi di correttezza e buona fede intesi in senso costituzionalmente orientato consentono, infatti, al giudice di intervenire sempre più incisivamente sul governo del contratto, sindacando l'assetto degli interessi definito dai contraenti.

Diverse sono le implicazioni pratiche di una siffatta impostazione.

In tale contesto sarebbe riduttivo non porsi dei dubbi: se accogliamo, secondo un principio di ragionevolezza e solidarietà, l'assunto secondo cui un contratto iniquo, sproporzionato, squilibrato, deve essere sanzionato anche nella forma più grave dell'invalidità, proprio per impedire che l'esercizio della libertà contrattuale diventi un pericolo per l'autonomia altrui, come possiamo nel contempo scongiurare il rischio che il potere giudiziale, destinato a tutelare i soggetti più deboli, non travalichi i propri limiti andando a corrodere proprio quelle stesse libertà che dovrebbe proteggere? Come ampiamente evidenziato, la discrezionalità del giudice, si spinge a considerare le pattuizioni concordate dai contraenti non più come il solo nucleo essenziale del contratto, ma come porzione di un più ampio regolamento sul quale egli stesso esercita un particolare potere di intervento. Tale potere si concretizza mediante l'uso di strumenti idonei a regolare fattispecie specifiche quali appunto le clausole generali tra cui quella di buona fede. Ma senza il riferimento ad una determinata realtà fattuale, la buona fede resterebbe una clausola "vuota" solo astrattamente qualificabile. Va, infatti, precisato che l'apprezzamento del giudice non muove dalla presupposizione di regole astratte di correttezza, ma investe la concreta considerazione dei singoli conflitti di interessi ed è connesso, né potrebbe essere altrimenti, all'interpretazione del contratto e alla ricostruzione dell'assetto economico del rapporto che da essa si evince. Per questo, si rileva che l'uso del principio di buona fede come criterio generale di valutazione della validità del contratto

comporta il rischio di attribuire al giudice gli ampi poteri di valutazione e di trattamento degli interessi delle parti che sono, invece, prerogativa esclusiva del legislatore ed altresì si dilata il novero delle ipotesi di nullità, mettendo in crisi il principio di tassatività delle stesse, introducendo gravi incertezze nelle contrattazioni, posto che le parti non potrebbero concretamente individuare preventivamente i comportamenti che, travalicando in scorrettezza giuridicamente rilevante, sarebbero tali da determinare l'invalidità del negozio<sup>157</sup>.

Quando si è parlato di integrazione del contratto<sup>158</sup>, in particolare nella fase successiva alla formazione del contratto, sono stati individuati degli obblighi "aggiuntivi" all'accordo, che devono essere rispettati, anche in assenza di specifica pattuizione, perché rispondenti ad esigenza di lealtà e correttezza contrattuale. Ebbene questi ulteriori vincoli, (es. mettere la controparte nella condizione di rimediare qualora abbia offerto una prestazione affetta da inesattezza rimediabile, modificare le proprie prestazioni o tollerare le modificazioni delle prestazioni altrui che non comportano un grande sacrificio e che non incidano significativamente sul proprio interesse, ecc.) rappresentano solo delle figure sintomatiche che con maggiore frequenza si sono presentate nella prassi giurisprudenziale. Ciò non significa che questi siano gli unici casi giuridicamente rilevanti. Al contrario, la realizzazione di una condotta di mala fede può esprimersi in tutte le fasi del contratto, compresa quella di formazione dello stesso, senza che possa essere preventivamente determinato. Da qui ne discende l'incertezza, in quanto la valutazione giudiziale dovrà essere effettuata alla luce di un comportamento tenutosi *ex ante* al perfezionamento del contratto. Ecco spiegata la ragione secondo cui non si può parlare di buona fede se non in maniera strettamente legata alla situazione fattuale di riferimento, in quanto senza quest'ultima rimane una locuzione astratta.

---

<sup>157</sup> Cass., 28 settembre 2005, n. 18947, annotata da BELVISO F., *Compensazione tra conti correnti diversi e principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006, I, 895.

<sup>158</sup> V. *supra*, § 5.







## CAPITOLO TERZO

### *CULPA IN CONTRAHENDO* E (IN)VALIDITÀ DEL CONTRATTO

#### SEZIONE PRIMA

#### IL RUOLO DELLA BUONA FEDE NELLA RESPONSABILITÀ

#### PRECONTRATTUALE

**SOMMARIO:** **1.** Le trattative e la responsabilità precontrattuale - **2.** Le condotte giuridicamente rilevanti nell'ambito dell'art. 1337 c.c. - **2.1** La responsabilità precontrattuale per mancata conclusione del contratto - **2.2** La responsabilità precontrattuale per la conclusione di un contratto invalido o inefficace - **2.3** La responsabilità precontrattuale per la conclusione di un contratto valido ed efficace ma sconveniente - **3.** Il contenuto della regola di condotta. Concretizzazione della violazione del dovere generale di buona fede: i doveri di informazione, di segretezza e di custodia - **4.** La natura della responsabilità precontrattuale

#### **1. Le trattative e la responsabilità precontrattuale**

Lo svolgimento delle trattative e della formazione del contratto, rappresentano una fase in cui la condotta di buona fede, intesa nella sua accezione oggettiva, trova una delle sue massime espressioni, manifestandosi come regola di correttezza, lealtà, salvaguardia e solidarietà contrattuale.

La stretta connessione della responsabilità precontrattuale con la validità del contratto e tutte le loro relative implicazioni, si riscontrano fin dalla prima elaborazione dell'istituto della *culpa in contrahendo* (prima della conclusione del contratto), grazie al noto nonché discusso saggio di Rudolph Von Jhering<sup>159</sup> ove l'Autore si chiese se un soggetto, avendo colpevolmente dato causa all'invalidità di un contratto, dovesse risarcire il danno per aver l'altra parte confidato senza sua colpa nella validità del contratto stesso. Il quesito non era di poco conto poiché nacque dall'esigenza di tutelare tutte quelle posizioni individuali che, facendo affidamento sulla bontà di un contratto, vedevano successivamente sviliti i loro

---

<sup>159</sup> JHERING R., *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbucher*, 4, 1861.

interessi a causa dell'invalidità del negozio determinata dalla controparte. La dottrina dominante, infatti, escludeva a priori la risarcibilità dei danni cagionati da un errore essenziale e da quello che viene comunemente definito errore ostativo. Muovendo da questa impostazione limitativa della protezione giuridica dei soggetti, Jhering ritenne opportuno dover ravvisare un'azione di risarcimento che consentisse di tutelare la parte che, ignara del vizio dell'errante, dovesse subire l'invalidità contrattuale causata colpevolmente dalla controparte. Egli sostenne come un siffatto atteggiamento fosse contrario al comune senso di giustizia e pertanto sarebbe stato ragionevole individuare un rimedio risarcitorio, volto a ristorare il contraente in buona fede per aver intrapreso trattative inutili, in quanto sfociate nella stipula di un contratto che a causa della sua invalidità non sarebbe stato in grado di produrre i suoi effetti tipici.

Non si trattava di un percorso semplice in quanto secondo le allora vigenti regole romanistiche, al danneggiato non poteva essere concessa né l'*actio doli*, che valeva a sanzionare solo le condotte dolose – come tale riduttiva in quanto avrebbe escluso tutte le condotte colpose - né l'*actio legis Aquiliae*, in quanto presupponeva un danno causato «corpore» ed arrecato «corpori» ovvero una lesione alla persona o alle cose intese nella loro materialità.

Lo spunto maggiore, per la costruzione dogmatica della *culpa in contrahendo*, gli fu offerto da alcuni frammenti del Digesto tra cui il passo «qui nesciens loca sacra vel religiosa pro privatis comparaverit, licet emptio non teneat, ex empto tamen aduersus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius ne deciperetur»<sup>160</sup>, i quali disciplinavano la vendita di un *locus sacer* o *religiosus* o *publicus* senza che il venditore comunicasse all'acquirente il carattere *extra commercium* del bene<sup>161</sup>. Dall'analisi dei testi, l'Autore colse che pur in presenza della nullità della vendita, al contraente di buona fede veniva accordata l'*actio empti* (azione contrattuale)<sup>162</sup> deducendo che la vendita di una *res extra commercium*, pur escludendo l'adempimento, conserva l'obbligo al risarcimento derivante dalla stipula del contratto invalido ed il cui fondamento è la *colpa*. Per

---

<sup>160</sup> MODESTINO: fr. 62, § 1, *de contr. emt.*.

<sup>161</sup> Si veda anche ULPIANUS, 1.8, § 1, *de relig.*.

<sup>162</sup> BENATTI F., Voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1; ID., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 6 ss..

configurare tale obbligo sarà dunque sufficiente che il venditore non abbia usato l'ordinaria diligenza nell'accertare che tutti gli elementi richiesti dalla legge fossero presenti ai fini della sua valida conclusione.

Jhering ritenne che da questo caso specifico si potesse trarre una regola generale secondo cui «la conclusione del contratto non produce semplicemente un obbligo all'adempimento, ma, ove questo effetto sia escluso per qualche ostacolo giuridico, determina in certe circostanze anche il sorgere di un obbligo al risarcimento del danno: l'espressione “nullità” del contratto designa, secondo il linguaggio romano e moderno, soltanto l'assenza di quell'effetto, non in generale di ogni effetto»<sup>163</sup>.

In sostanza se il dovere di risarcimento gravante sul venditore si basa su una colpa commessa prima della conclusione del contratto, allo stesso modo ogniqualevolta ricorra una *culpa in contrahendo* sorgerà il medesimo dovere.

Le ipotesi suscettibili di dar luogo a risarcimento vennero classificate ed ordinate dall'Autore in due gruppi: da una parte vennero compresi i vizi concernenti i soggetti, come le incapacità nonché i casi di inidoneità dell'oggetto, come per esempio la vendita di beni *extra commercium*; dall'altra i vizi della volontà.

In tutte queste ipotesi Jhering individuò la *responsabilità per culpa in contrahendo* alla quale ricollegò l'obbligo di risarcire quello che egli definì “*interesse negativo a non concludere il contratto*”, in contrapposizione all'interesse positivo a concludere il contratto.

La tesi di Jhering ebbe notevole risonanza in ambito dottrinale e giurisprudenziale tanto dall'essere definita una “scoperta giuridica”<sup>164</sup>. Il merito di questa intuizione fu quello di aver affermato che affinché i contraenti avessero un'adeguata tutela non si potesse prescindere da una valutazione concreta dei loro comportamenti nella fase antecedente la conclusione del contratto e che pertanto solo un comportamento corretto e leale delle parti può garantire la giustizia contrattuale.

---

<sup>163</sup> JHERING R., *Culpa in contrahendo*, op. cit., 1 ss..

<sup>164</sup> DOLLE H., *Juristische Entdeckungen*, Tübingen, 1958, 7.

Era facile intuire che il raggio di operatività della *culpa in contrahendo*, a quel punto, sarebbe stato esteso a fattispecie diverse da quelle precedentemente descritte.

La ricostruzione di Jhering faceva scaturire il dovere risarcitorio dallo stesso contratto invalidamente concluso. La dottrina successiva comprese, però, che si trattava di un'evidente forzatura far discendere l'obbligo di risarcire il danno dalla fattispecie contrattuale invalida ed elaborò soluzioni diverse: così si fece ricorso in primis all'*actio legis Aquiliae* o si fece discendere la responsabilità precontrattuale da un negozio di garanzia implicitamente concluso dalle parti al momento della stipulazione del contratto. Già sotto il vigore del codice del 1865, in cui mancava una norma che sancisse un dovere di comportamento di buona fede durante le trattative e la formazione del contratto, la più attenta dottrina<sup>165</sup> rilevò che la rottura ingiustificata delle trattative<sup>166</sup>, la revoca della proposta giunta a notizia dell'altra parte dopo che questa ha iniziato l'esecuzione del contratto, la mancata comunicazione di una causa di invalidità del contratto, l'aver dato colposamente informazioni inesatte, la vendita di cosa altrui, costituivano tutti comportamenti suscettibili di determinare una responsabilità a carico dell'autore, individuandone il fondamento normativo nella norma generale di cui all'art. 1151 c.c. abrog.<sup>167</sup>.

In ogni caso, a prescindere dalle diverse correzioni che si ebbero nel tempo, questa teoria continua a rappresentare, potremmo dire, il punto di partenza di ogni dibattito in materia di responsabilità precontrattuale, tanto che la stessa è stata accolta dalle moderne codificazioni, come è evidente per esempio dai §§ 122, 123,

---

<sup>165</sup> Cfr. COVIELLO L., *Della c.d. culpa in contrahendo*, in *Fil.*, 1900, 721 ss.; PACIFICI MAZZONI E., *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV, Firenze, 1908, 457, ss.; RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 175 ss..

<sup>166</sup> Cass., 6 febbraio 1925, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, 428: «la parte che senza giustificato motivo receda dalle trattative deve risarcire l'altra parte delle spese incontrate dovendosi intendere che il consenso a trattare per la conclusione di un contratto importi l'impegno, se non a concludere il contratto definitivo, certo a non recedere senza giustificato motivo». Così anche Cass., 31 luglio, 1923, in *Foro It.*, 1923, I, 1005. La dottrina italiana prevalente, in realtà, prima dell'entrata in vigore del nuovo codice, respinse questa visione innovativa, sostenendo che il recesso si esprime con una manifestazione della volontà contraria al progetto contrattuale ed essendo un diritto non può dar vita a responsabilità. Così in CARRARA G., *La formazione dei contratti*, Milano, 1915, 12 ss..

<sup>167</sup> L'art. 1151 del cod. abrog., così recitava: “Qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto a risarcire il danno”.

307-309 BGB<sup>168</sup> e, per quanto concerne il nostro attuale ordinamento, dall'art. 1338 c.c.<sup>169</sup> secondo cui *“la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto”*.

Le nuove formulazioni normative del codice vigente (artt. 1337 e 1338 c.c.) dimostrano come all'epoca della sua emanazione, fosse ormai acquisita la consapevolezza della rilevanza giuridica della fase delle trattative e della formazione del contratto.

La norma sulla responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.) nasce da una precisa scelta legislativa volta ad estendere il contegno di buona fede delle parti non solo alla fase di esecuzione del contratto – come già previsto nel codice abrogato (art. 1124 c.c.) – ma altresì al momento antecedente il perfezionamento del contratto.

Attualmente, seppur con tutta una serie di aspetti ancora dibattuti, nessuno dubita che il dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, secondo quanto prescritto dall'art. 1337 c.c., costituisca una regola di condotta precettiva che le parti devono rispettare a prescindere dalle previsioni negoziali<sup>170</sup>.

Più precisamente, è proprio durante le trattative e la formazione del contratto che si realizzano rispettivamente i primi contatti, progetti, avvisi tra le parti, necessari ad avere una cognizione della convenienza e bontà dell'operazione economica che si intende realizzare, nonché l'attuazione delle dichiarazioni tipiche nella forma della proposta ed accettazione (art. 1326 c.c.) ovvero altri

---

<sup>168</sup> Nel § 122 BGB si prevede che il contratto è sempre annullabile quando sussiste l'errore, pur se è previsto l'obbligo al risarcimento laddove dall'annullamento derivi un danno alla controparte o ad un terzo per aver confidato nella dichiarazione di volontà (danno da limitarsi nella misura dell'interesse (negativo) alla validità della dichiarazione. Ciò implica che il danneggiato può chiedere il ristoro dei pregiudizi strettamente riconnessi alla violazione del proprio affidamento nella validità della dichiarazione, c.d. danno da affidamento (*Vertrauensschaden*). Nel § 123 si discorre di correttezza nella formazione del contratto sebbene nell'ordinamento tedesco non sussista una norma di carattere generale pari al nostro art. 1337 c.c.. I §§ 307, 308, 309 colpiscono la violazione di un comportamento scorretto nel procedimento di formazione del contratto, mediante la previsione di clausole vietate.

<sup>169</sup> Per un raffronto tra le più importanti codificazioni europee in materia di responsabilità precontrattuale, v. ALPA G., Voce *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1.

<sup>170</sup> V. *supra*, Cap. II, §§ 5 e 6.

schemi alternativi (artt. 1327 e 1333 c.c.) che consentono di raggiungere concretamente l'accordo. In questa fase caratterizzata ancora da immaturità, che può avvenire in presenza delle parti ovvero anche a distanza fra loro, esse assumono le dovute informazioni, acquisiscono elementi rilevanti e mettono a reciproca disposizione le loro conoscenze. È nella fase preliminare alla stipula del negozio che le parti discutono i termini e le condizioni dell'affare al fine di creare un punto di equilibrio tra le rispettive posizioni di interesse, elaborando un regolamento contrattuale in grado di soddisfare le loro reciproche esigenze.

Al riguardo, la prassi economica e degli affari commerciali mostra, in verità, come la formazione dell'accordo contrattuale, soprattutto se avente ad oggetto un'operazione complessa, non sempre segua le modalità tipiche previste dalla legge ma discenda da trattative più o meno lunghe in cui le parti raggiungono intese parziali allo scopo di fissare alcuni punti del futuro contratto. Questo graduale avvicinamento all'accordo contrattuale identifica una *formazione progressiva del contratto* che include in sé tutte le attività preparatorie consistenti in atti e documenti quali «minute» o «puntuazioni», indicativi degli aspetti già concordati e sui quali ci si propone di non rimetterli in discussione. A stretto rigore il valore giuridico di questo accordo parziale non può certo essere parificato al vero e proprio contratto ma è indiscutibile che, pur non essendo ancora vincolante, esso dimostri uno stadio avanzato della trattativa soprattutto quando già rivesta una precisa forma come accade per le «lettere di intenti»<sup>171</sup>. In tali casi l'eventuale volontà di disattendere l'accordo parziale in forza di circostanze irragionevoli e scorrette, potrebbe già essere fonte di responsabilità precontrattuale. Pertanto con l'uso delle differenti accezioni «trattativa» e «formazione del contratto»<sup>172</sup>, entrambe attratte nell'orbita dell'art. 1337 c.c.,

---

<sup>171</sup> ROPPO V., *Diritto Privato*, Torino, 2010, 385-386; SACCO R., *Il contratto*, op. cit., 670. In tema di lettere di intenti v. anche CANEPA P., *Voce Dichiarazione d'intenti*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., V, 1988, 329- 353; CARRASSI C., *Le lettere di intenti fra prassi e necessità di nuove regole in margine al "caso SME"*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 843-851; MORANO A., *Le lettere di intenti*, in *Riv. not.*, 849-864;

<sup>172</sup> Sulla distinzione tra trattative e fase di formazione del contratto, in giurisprudenza v. Cass., 13 luglio 1968, n. 2521, in *Foro It.*, 1968, I, 2457: «la responsabilità precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 c.c., può concepirsi tanto in relazione al processo formativo del contratto, quanto in rapporto alle semplici trattative, riguardate come qualcosa di diverso da esso, ossia come quella fase anteriore, in cui le parti si limitano a manifestare la loro tendenza verso la stipulazione del contratto, senza ancora porre in essere alcuno di quegli atti di proposta e di accettazione, che integrano il vero e proprio processo formativo». In dottrina, SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in*



aldilà della scomposizione del procedimento formativo, il legislatore del 1942 ha voluto in sostanza rimarcare la rilevanza giuridica di tutti quei comportamenti che, pur non integrando dei veri e propri atti tipici e pur non sussistendo ancora un obbligo di concludere il contratto, assumono ciononostante un autonomo valore, posto che un comportamento di mala fede può essere di per sé tale da incidere in maniera preponderante sulla libertà negoziale di ciascuna parte condizionandone la capacità di autodeterminazione del proprio consenso. Si è affermato in proposito che tutte queste attività preparatorie lungi dall'essere considerate solamente meri "documenti preparatori" dello stadio di avanzamento delle trattative, ben potendo invece arricchire «la disciplina del comportamento delle parti (che) non è più costituita solo dalla clausola di buona fede, ma da manifestazioni di volontà idonee ad integrare, specificare, determinare l'esatta ampiezza degli ambiti di tutela che l'art. 1337 c.c. presidia»<sup>173</sup>.

Da una prima analisi, che sarà oggetto di maggiore approfondimento a breve, va messo immediatamente in luce che la responsabilità precontrattuale non tutela l'interesse all'adempimento, ma l'interesse del soggetto a non essere coinvolto in trattative sterili impiegando inutilmente energie produttive, a non stipulare contratti invalidi o inefficaci, a non subire inganni in ordine agli atti negoziali. Tale interesse è giuridicamente protetto contro comportamenti dolosi o colposi e contrari a buona fede, tali da ledere l'autonomia negoziale di ciascun contraente. Per esempio può configurarsi l'ipotesi di un comportamento meramente colposo,

---

*generale. Artt. 1321-1352 c.c.*, in *Comm. cod. Civ.*, Scialoja A. – Branca G. (a cura di), Bologna-Roma, 1970, 200; SGROI R., *sub Art. 1337 c.c.*, in *Nuova rass. Giurispr. Cod. Civ.*, II, Artt. 1321-1386, SgROI R. – Ruperto C. (a cura di), Milano, 1994, 718. In giurisprudenza Cass., 8 maggio 1963, n. 1142, in *Giust. Civ.*, 1963, I, 2100; Cass. 13 luglio 1968, n. 2521, in *Foro It.*, 1968, I, 2454. Si affermava, al riguardo, che la responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* potesse essere ravvisata nella fase antecedente al procedimento di formazione del contratto (proposta ed accettazione) e quindi in quella delle semplici trattative, solo in presenza di contatti tra le parti tali da provocare, per serietà e concludenza, un ragionevole affidamento nel perfezionarsi del negozio sicché l'ingiustificata interruzione dei medesimi si presenti come comportamento contrario alla buona fede. Al fine poi di segnare il confine tra trattativa e vincolo giuridico derivante dal perfezionamento del contratto, si legge in Cass., S.U., 24 aprile 1970, n. 1179, in *Foro It.*, 1970, I, 1570, si afferma: «ai fini della costituzione del vincolo contrattuale, occorre l'accordo delle parti contrattuali, in quanto l'intesa deve riguardare la portata completa degli obblighi scaturenti dal negozio, cosicché l'accordo su alcuni punti essenziali di un contratto non esaurisce la fase della trattativa e non pone in essere il perfezionamento del contratto stesso, giacché per la costituzione del vincolo contrattuale occorre che sia raggiunto l'accordo su tutti gli elementi sia principali che secondari ed accessori».

<sup>173</sup> REALMONTE F., *Introduzione*, in *Rapporto giuridici preparatori*, Realmonte F. (a cura di), Milano, 1996, XVIII.

ove il soggetto porta avanti le trattative senza verificare la concreta possibilità d'impegnarsi oppure conclude il contratto senza accertare le cause d'invalidità che ricadono sotto il suo controllo, minando così il legittimo affidamento che la controparte ha riposto nella stipulazione del contratto.

Alla base di ognuno di questi interessi tutelati si evince una comune *ratio*<sup>174</sup> ovvero quella di proteggere l'affidamento sorto in ciascuno dei contraenti non solo alla mera stipula del contratto ma anche alla stipula di un contratto che sia valido, proporzionato, ragionevole ed equo. In sostanza l'art. 1337 c.c. sancisce per la prima volta a livello normativo una "moralizzazione" del contratto, una valutazione sulla "giustizia" del contratto in concreto, il cui parametro di valutazione del contenuto negoziale è il comportamento secondo buona fede dei contraenti. Si discorre di giustizia concreta e non astratta proprio a voler evidenziare che laddove si evinca dal regolamento pattizio una sproporzione economica tra le prestazioni o il mancato equilibrio tra i diritti e gli obblighi imposti alle parti ma essa sia frutto di una scelta pienamente consapevole e volontaria delle stesse, nessun sindacato potrà essere sollevato al riguardo. In tale circostanza, infatti, il contratto è iniquo solo da un punto di vista astratto ossia considerando soltanto la formulazione letterale della convenzione. Ma se quest'ultima viene analizzata da un punto di vista concreto, in relazione agli interessi di entrambe le parti e alle loro condotte rispettose del principio di correttezza e lealtà tenute nel corso delle trattative, ben si può comprendere che il contratto – in applicazione del principio di autonomia negoziale - può prevedere una convenzione sproporzionata e che ciononostante risponda comunque alle esigenze sostanziali che le parti intendono soddisfare. Diversa la prospettiva qualora il risultato dell'iniquità discenda, invece, da scelte condizionate dall'altrui comportamento in mala fede, posto che, in questo caso, oltre al generale principio di correttezza, verrebbe lesa la libertà negoziale di ciascun soggetto alla manifestazione di una volontà consapevole alla conclusione del contratto.

Appare immediato rilevare l'ampiezza del campo applicativo dell'art. 1337 c.c. in quanto fonte di responsabilità ogniqualvolta si verifichi la violazione del

---

<sup>174</sup> Per uno studio esaustivo della *ratio* delle norme in tema di responsabilità precontrattuale v. RAVAZZONI A., *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, 51 ss.

generale dovere di buona fede assunto per legge nella fase anteriore al perfezionamento del contratto e quindi anche in assenza di una pattuizione espressa.

Taluno, proprio a voler sottolineare l'importanza ed il valore giuridico delle condotte anteriori alla stipula, sostenne che l'ammissibilità di una *culpa in contrahendo* si potrebbe dedurre dalla logica dell'intero sistema senza che vi fosse la necessità di una specifica previsione legislativa<sup>175</sup>. L'esperienza giuridica delle passate codificazioni, in verità, ci ha insegnato che l'esigenza di avere una norma specifica sulla responsabilità precontrattuale fosse cosa essenziale. Difatti, la sua assenza, determinava una posizione di subordinazione per quelle parti costrette a subire le condotte scorrette dei loro contraenti, senza poter usufruire di tutela alcuna qualora queste si fossero verificate nella fase precedente alla stipula.

Tuttavia, la presenza dell'art. 1337 c.c. non è valso ad eliminare i dubbi e i dibattiti circa le fattispecie a cui esso è concretamente riferibile proprio per la sua ampia formulazione.

Sulla scia della sopracitata teoria di Jhering, invalse inizialmente una visione restrittiva della norma, in virtù della quale si riteneva che sorgesse responsabilità precontrattuale solo laddove la violazione delle regole di correttezza e buona fede nel corso delle trattative avesse determinato la conclusione di un contratto invalido. Secondo questa impostazione la responsabilità precontrattuale veniva, quindi, relegata all'unica ipotesi applicativa descritta dall'art. 1338 c.c., la quale pertanto non veniva considerata una fattispecie di specificazione dell'art. 1337 c.c. ma al contrario ne esauriva l'intera portata<sup>176</sup>.

È inevitabile notare immediatamente che accogliere la tesi esposta, significherebbe svilire completamente il valore dell'art. 1337 c.c., il quale risulterebbe una norma superflua e priva di riscontro pratico-applicativo. Non avrebbe senso, infatti, sancire un obbligo generale di buona fede precontrattuale se poi la sua incidenza nell'ambito fattuale venisse riferita al solo caso di invalidità

---

<sup>175</sup> DOMAT J., *Le lois civiles dans leur ordre naturel*, I, Paris, 1777, tit. I, sect. V, n. 14, 44.

<sup>176</sup> Sulla questione attinente all'applicazione della responsabilità precontrattuale solo in presenza di un contratto invalido, si richiamano le considerazioni di CARRESI F., *Il contratto*, op. cit., 701, nota 24: uno degli aspetti maggiormente controversi è capire se permane responsabilità della parte per i fatti commessi durante le trattative in violazione dell'art. 1337 c.c. qualora il contratto sia stato successivamente concluso. In proposito v. *infra*, Cap. II, § 2.3.

del contratto. Per tutelare questa particolare ipotesi sarebbe bastato, difatti, solo l'art. 1338 c.c..

Successivamente, in giurisprudenza si ebbe un primo ampliamento dell'istituto con il conio della figura del recesso ingiustificato dalle trattative. Per quanto l'instaurazione e lo svolgimento delle trattative non vincolino a contrarre, tuttavia, si è ritenuto contrario a buona fede il comportamento di colui che, avendo ingenerato nella controparte un ragionevole affidamento nella conclusione del contratto, interrompa le trattative ingiustificatamente<sup>177</sup>. Affinché si possa applicare l'art. 1337 c.c. in caso di recesso ingiustificato dalle trattative, occorre che vi sia stato un affidamento illegittimo di una parte nella conclusione del contratto, che deve essere valutato secondo parametri oggettivi, primo fra tutti lo stato di avanzamento delle trattative<sup>178</sup>. Pertanto l'indagine non è volta alla ricerca di una situazione soggettiva di fiducia al perfezionamento del contratto<sup>179</sup>, ma all'individuazione di circostanze idonee ad escludere che vi sia stata, da parte del ricorrente, assunzione del rischio circa le spese sostenute in vista della conclusione del futuro accordo<sup>180</sup>. Ebbene, il recesso ingiustificato dalle trattative, sulla cui rilevanza nessuno dubita, per diverso tempo fu considerato dalla

---

<sup>177</sup> Per un maggiore approfondimento in tema di responsabilità precontrattuale in caso di mancata conclusione del contratto v. *infra*, § 2.1.

<sup>178</sup> Cass. 25 febbraio 1992, n. 2335, in *Foro Pad.*, 1993, I, 149.

<sup>179</sup> Cass., 17 novembre 1997, n. 11394, *Mass. Giur. comm.*, 1997, 2194.

<sup>180</sup> Il principio nella giurisprudenza di merito è evidente in Trib. Napoli, 23 dicembre 1971, in *Dir. e giur.*, 1972, 324 e Trib. Napoli, 15 novembre 1975, in *Temi*, 1978, 243, ove il risarcimento viene negato per insussistenza dell'affidamento legittimo del ricorrente in quanto le parti non avevano ancora determinato il prezzo e l'oggetto di una compravendita immobiliare né sussistevano altri elementi quali per esempio l'immissione nel possesso, il versamento di una somma a titolo di anticipo del prezzo, la redazione di una minuta. In Trib. Catania, 26 febbraio 1971, in *Giur. it.*, 1972, I, 2, c. 382 «lo stadio avanzato raggiunto dalle trattative, in particolare la loro esteriorizzazione e la predisposizione delle misure idonee alla realizzazione del bene oggetto del contratto da concludersi, legittimano l'affidamento nella conclusione dell'accordo ed il risarcimento dei danni, a titolo di responsabilità precontrattuale, qualora le trattative non giungano a conclusione per il recesso ingiustificato di una parte». Sulla stessa linea si è espressa Cass., 22 ottobre 1982, n. 5492, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1199, in cui si afferma che «l'affidamento legittimo nella conclusione del contratto, la cui lesione è fonte di responsabilità precontrattuale nel caso di recesso ingiustificato dalla trattativa, non può invocarsi qualora le parti abbiano omesso la determinazione degli elementi essenziali del futuro contratto, non essendo a tal fine sufficiente l'implicito richiamo alla prassi contrattuale fra esse instauratasi». Prima ancora Cass., 17 giugno 1974, n. 1781 «è responsabile ex art. 1337 c.c. la parte che recede dalla trattativa senza giusto motivo, dopo aver indotto la controparte all'assunzione di spese inerenti al futuro contratto ed aver quindi legittimato l'aspettativa circa la conclusione dell'accordo». Cass., 17 novembre 1997, n. 11394, *Mass. Giur. comm.*, 1997, 2194. «per la sussistenza della responsabilità

giurisprudenza<sup>181</sup> e dalla prevalente dottrina<sup>182</sup> l'unica ipotesi di *culpa in contrahendo* ex art. 1337 c.c., sicché verrebbero esclusi dalla stessa tutti i casi di contratto validamente concluso<sup>183</sup>.

La tesi, tenuto conto della clausola ampia mediante la quale il legislatore ha deciso di formulare l'art. 1337 c.c., appare di per sé fortemente riduttiva. Intanto una visione così ristretta non sembra rispondere alla *ratio* della norma, nata evidentemente per dettare un contegno comportamentale alle parti nella fase di formazione del contratto, il quale non può essere ristretto al solo caso del contratto non concluso. Se così fosse, al legislatore sarebbe stato sufficiente dettare una norma specifica al riguardo. Con molta probabilità, invece, il vero valore dell'art. 1337 c.c. sta proprio nella tecnica legislativa utilizzata (clausola generale) che ne consente l'estensione ad ogni fattispecie in cui sia ravvisabile una condotta contraria a buona fede. Questo consente di dilatare l'ambito applicativo della norma in esame fino a comprendere, contrariamente alla suesposte affermazioni, fattispecie in cui la condotta scorretta non abbia comunque impedito che le trattative sfociassero nella conclusione di un contratto valido, limitandosi ad influire negativamente sul contenuto del medesimo<sup>184</sup>.

L'art. 1337 c.c. secondo questa più evoluta impostazione assurge a norma di chiusura del sistema<sup>185</sup>, cui si può ricorrere ogniqualvolta il legislatore non predisponga un rimedio specifico a tutela della parte che subisca coartazioni o più in generale condizionamenti per effetto degli abusi perpetrati dall'altra parte nella fase di formazione del contratto. La violazione della buona fede, andando a minare la libertà e l'autonomia negoziale di ciascun contraente, fa sorgere

---

<sup>181</sup> Cass., 26 gennaio 1945, n. 46; Cass., 12 agosto 1947, n. 145, in *Foro it.*, 1948, I, c. 708; Cass. 23 dicembre 1950, n. 2820, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, c. 484. Per la giurisprudenza più recente v. anche ALBERICI M., *Il dovere precontrattuale di buona fede, analisi della giurisprudenza*, in *Rass. Dir. civ.*, 1982, 1056, nota 11.

<sup>182</sup> SGROI R., *sub Art. 1337 c.c.*, 716.

<sup>183</sup> In particolare, per una esaustiva guida circa l'evoluzione giurisprudenziale v. NANNI L., *La buona fede contrattuale*, op. cit., 4, ove si legge che «la responsabilità precontrattuale di una parte pur in presenza di un contratto valido è inammissibile per la giurisprudenza, a causa del rilievo assorbente svolto dal recesso ingiustificato dalla trattativa quale unica fattispecie di violazione dell'art. 1337 c.c.».

<sup>184</sup> BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 13. La tesi contraria è sostenuta da GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, 205 ss.; RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, Cicu A. – Messineo F. (diretto da), Milano, 1962, 34, nota 12 *bis* e 639.

<sup>185</sup> Sul significato di questo assunto si v. BENATTI F., *Voce Responsabilità precontrattuale*, cit., 5.

un'esigenza di tutela che, qualora non prevista da norme speciali, la si rinviene nell'art. 1337 c.c..

Nei paragrafi successivi, sulla base di queste precisazioni, si cercherà di tracciare in maniera più specifica quelle che sono le varie ipotesi applicative della norma che si sono evolute nel tempo.

## **2. Le condotte giuridicamente rilevanti nell'ambito dell'art. 1337 c.c.**

Le criticità che emergono in relazione all'ampio contenuto della regola di condotta oggettiva dettata dalla norma di cui all'art. 1337 c.c. e conseguentemente all'individuazione del concreto ambito applicativo della stessa, sono strettamente legate alla sua formulazione legislativa come clausola generale. L'effettiva configurabilità della responsabilità precontrattuale è subordinata, infatti, ad un accertamento demandato al giudice di merito, teso alla verifica della presenza di una serie di elementi, quali il ragionevole affidamento alla conclusione del contratto, l'interruzione delle trattative senza giustificato motivo ad opera della controparte cui si addebita la responsabilità, la presenza di condotte scorrette e sleali quali l'assenza di avvisi, comunicazioni, informazioni necessarie a rendere la parte consapevole delle condizioni contrattuali, ecc.. Come si evince dalla giurisprudenza più recente, i principi di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., sono espressione del «dovere per le parti 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<sup>186</sup>». La buona fede rappresenta in sostanza un utile strumento per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti dato che protegge i soggetti dal rischio di vedere pretermessi i loro interessi e le loro aspettative nascenti dalla contrattazione.

La responsabilità precontrattuale o *culpa in contrahendo*, come ribadito poc'anzi, assurge ad una lesione dell'altrui libertà negoziale realizzata mediante un comportamento doloso o colposo ovvero mediante la violazione della regola generale di buona fede.

---

<sup>186</sup> Cass., 10 gennaio 2013, n. 477.

La sempre maggiore attenzione alla tutela del contraente più debole nella prospettiva di realizzare contrattazioni eque, da parte della dottrina e della giurisprudenza nonché del legislatore in particolari fattispecie normative, ha reso particolarmente evidenti i limiti del concetto di autonomia negoziale. Quest'ultima, infatti, in una evoluta chiave interpretativa, elaborata grazie alle esigenze commerciali e pratiche di affari sempre più complesse, non si esaurisce nel semplice potere di autodeterminarsi mediante l'individuazione del regolamento di interessi più conveniente e maggiormente conforme alle proprie esigenze. Essa va letta in una visione solidaristica in quanto il principio di buona fede dettato dall'art. 1337 c.c. rappresenta il correttivo al potere individuale di autodeterminazione. L'autonomia negoziale non è quindi scevra da qualsivoglia controllo o sindacato<sup>187</sup> e nel contempo la regola di condotta è espressione di un principio etico, che impone a ciascuna parte di attivarsi al fine di salvaguardare l'utilità dell'altra nei limiti di un suo apprezzabile sacrificio. Scriveva tempi addietro attenta dottrina<sup>188</sup> che «il singolo nell'esercizio del diritto soggettivo o dell'autonomia contrattuale, pur intrecciando relazioni con altri soggetti, persegue esclusivamente i propri particolari moventi, nei confronti della cui realizzazione il limite solidale opera esclusivamente quale correttivo all'autodisciplina, sul piano della congruità dell'atto e su quello della liceità del comportamento».

Le attuali e sempre più svariate modalità di contrattazione, mettono in evidenza come comportamenti non rispondenti a lealtà e correttezza possano, infatti, pregiudicare la libertà negoziale dei contraenti sia nel caso in cui il contratto si concluda ma sia in vario modo viziato, sia qualora sfumi la possibilità di concluderlo senza l'esistenza di una giusta causa<sup>189</sup>. Quest'ultimo caso, come abbiamo avuto modo di vedere, è ampiamente riconosciuto.

Ciò che ancora oggi solleva i maggiori problemi sono tutte le altre ipotesi in cui si realizzi, mediante le più svariate condotte, una violazione della buona fede

---

<sup>187</sup> BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Napoli, 1994, 43.

<sup>188</sup> LUCARELLI F., *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, 61.

<sup>189</sup> Cass., 12 agosto 1947, n. 1495, in *Foro it.*, 1948, I, 708; Cass., 17 aprile 1953, n. 1028, in *Giust. Civ.*, 1953, I, 1276; Cass., 27 ottobre 1961, n. 2425, in *Giur. it.*, 1963, I, 1, 404; Cass., 17 aprile 1970, n. 1098, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, 236; Cass., 18 ottobre 1980, n. 5610, in *Arch. Civ.*, 1981, 133; Cass., 22 ottobre 1982, n. 5492, in *Giur. it.*, 1984I, 1, 1199, con nota di FUSARO A., *Fondamento e limiti della responsabilità precontrattuale*; Cass., 21 gennaio, 1985, n. 226, in *Resp. civ. e prev.*, 1985, 757, con nota di MONATERI G., *Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale*.

durante le trattative. Difatti, la regola di condotta sancita dall'art. 1337 c.c. non può riferirsi solo all'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative bensì deve concepirsi come clausola generale alla quale debbono conformarsi le parti in sede di negoziazione precontrattuale. Nel concreto, però, l'esatta individuazione dell'ambito applicativo di questa forma di responsabilità non è cosa semplice. Infatti, sebbene non sussista dubbio alcuno circa l'importanza della buona fede nella fase di formazione del contratto, in quanto principio espressamente riconosciuto dal legislatore, molto più complessa è l'esatta ricerca delle fattispecie rilevanti sul piano giuridico, se si tiene conto dei continui sviluppi in ambito contrattuale dovuti ad un contesto socio-economico in continua evoluzione.

Un consolidato orientamento giurisprudenziale ha per esempio applicato la clausola generale di buona fede di cui all'art. 1337 c.c. anche con riferimento all'attività negoziale posta in essere dalla pubblica amministrazione nell'avvio di trattative con i terzi: in presenza di azioni od omissioni imputabili all'ente pubblico e contrastanti con i principi di correttezza e buona fede, sarà configurabile la responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. anche nei confronti della pubblica amministrazione<sup>190</sup>. Pertanto «se non è configurabile una responsabilità precontrattuale, per violazione del dovere di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. rispetto al procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, essa è configurabile con riguardo alla fase successiva alla scelta, in cui il recesso dalle trattative dell'ente è sindacabile sotto il profilo della violazione del dovere del *neminem laedere*, ove sia venuto meno ai doveri di buona fede,

---

<sup>190</sup> Con la nota sentenza Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500, costituisce oramai principio generale che la responsabilità della Pubblica Amministrazione è configurabile ogni volta in cui l'ente pubblico, nelle trattative e nelle relazioni con i soggetti terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi di correttezza e buona fede, alla cui puntuale osservanza è anch'essa tenuta. Già in tempi meno recenti, nella giurisprudenza di merito (Trib. Roma, 15 maggio 1964, in *Temì*, 1965, 409) si affermava che «l'art. 1337 c.c. sancisce un principio generale il quale informa tutto l'ordinamento giuridico ad al cui impero anche la Pubblica Amministrazione deve sottostare, quando intraprende iniziative di contratti privatistici. (...) Perché si possa affermare la responsabilità *in contrahendo* ex art. 1337 c.c. occorre peraltro la prova che l'amministrazione sia venuta meno al dovere di buona fede nelle trattative: tale accertamento, quando si riferisce alla condotta della Pubblica Amministrazione, va compiuto con estrema cautela e con riferimento all'oggetto e alla natura del contratto che si sarebbe dovuto concludere». Ancora in Cass., S.U., 9 maggio 1983, n. 3152, in *Rass. Avv. Stato*, 1983, I, 863 si legge che «nel caso di interruzione delle trattative contrattuali, la violazione del principio di buona fede e la conseguente responsabilità per colpa *in contrahendo* si concretano quando l'interruzione risulti priva di giustificazione, così da sacrificare arbitrariamente l'affidamento che la controparte abbia ragionevolmente fatto sulla conclusione del contratto».



correttezza, lealtà e diligenza, in rapporto anche all'affidamento ingenerato nel privato circa il perfezionamento del contratto. Spetta al giudice di merito accertare se il comportamento della P.A. abbia ingenerato nei terzi, anche per mera colpa, un ragionevole affidamento, che poi sia andato deluso, in ordine alla conclusione del contratto<sup>191</sup>». Queste valutazioni trovano altresì conferma in una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato<sup>192</sup>, dalla quale si desume che, in materia di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, occorre tener conto della correttezza del comportamento complessivamente tenuto dalla stessa durante il corso dello svolgimento della gara che sia pervenuta alla conclusione ed alla individuazione del contraente, nonché nella fase della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1337 c.c..

Quanto appena evidenziato, in maniera del tutto esemplificativa, trattandosi di una materia che esula dal raggio specifico della nostra ricerca, è uno dei diversi ambiti giuridici in cui la responsabilità precontrattuale può trovare applicazione. L'indagine verte, in sostanza, nel verificare se effettivamente la buona fede nella fase di formazione del contratto possa essere utilizzata al fine di garantire un'adeguata composizione di situazioni di conflitto che trovano origine in comportamenti negoziali posti in essere prima di arrivare alla stipula, così da poter integrare una responsabilità precontrattuale non solo per la mancata conclusione del contratto o a causa della presenza di un contratto invalido o inefficace ma anche nell'ipotesi di contratto valido o inefficace ma sconveniente per le parti.

Appurato, poi, che la violazione della buona fede possa integrare la responsabilità precontrattuale, si dovrà indagare sulla tipologia della sanzione applicabile al fine di stabilire se essa sia comprensiva di una sola forma di ristoro

---

<sup>191</sup> Cass., 10 giugno 2005, n. 12313, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 4, I, 349. Precedentemente in senso conforme Cass., S.U., 6 dicembre 1993, n. 9892. Oramai da tempo si ammette in giurisprudenza l'ammissibilità del sindacato del giudice ordinario sul comportamento tenuto dalla Pubblica Amministrazione che partecipa ad una trattativa di diritto privato. Nello stesso senso, infatti, v. Cass., S.U., 11 gennaio 1977, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 1691, ove si afferma che «la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione è ipotizzabile nel caso in cui gli organi dell'ente pubblico abbiano suscitato nel privato un ragionevole affidamento, in seguito deluso, nella conclusione del contratto, violando il dovere di buona fede imposto alle parti dall'art. 1337 c.c.».

<sup>192</sup> Cons. Stato, 26 settembre 2013, n. 4809.

a favore del danneggiato mediante il risarcimento, oppure la trasgressione della regola di buona fede possa estendersi fino al punto da determinare l'invalidità stessa del contratto.

L'art. 1337 c.c. data la sua ampia formula, sanzionando la violazione della buona fede nelle trattative e nella fase di formazione del contratto, non vuole creare alcuna limitazione di sorta, comprendendo tutta una serie di condotte realizzate dai soggetti con diverse modalità e che possono determinare come conseguenza la mancata stipulazione del contratto, il perfezionamento di un contratto invalido ovvero valido ma iniquo e sconveniente.

Vediamo qui di seguito ognuna di queste specifiche fattispecie.

## **2.1. La responsabilità precontrattuale per mancata conclusione del contratto**

Il recesso ingiustificato dalle trattative risulta essere una delle più ricorrenti ipotesi di responsabilità precontrattuale, un po' perché fino a qualche decennio fa essa rappresentava l'unico caso idoneo a dar titolo ad una violazione della clausola di cui all'art. 1337 c.c., un po' perché nella prassi si è presentata come una fattispecie maggiormente frequente e più facilmente qualificabile per l'interprete.

Nel ricostruire tale fattispecie giova rammentare, in via preliminare, che l'assenza di un generale obbligo a contrarre, all'interno del nostro ordinamento, lo si deduce a contrario dall'art. 1328, co. 1, c.c., ove si evince che la proposta è sempre revocabile, salvo l'obbligo di indennizzo – avente ad oggetto le spese e le perdite subite - a favore dell'accettante che in buona fede abbia intrapreso l'esecuzione prima di aver avuto conoscenza della revoca. Anche l'accettazione è altresì revocabile “*purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione*” (art. 1328, co. 2, c.c.)<sup>193</sup>. Tra l'altro, proprio la previsione di un indennizzo e non di un risarcimento fa pensare ad una ipotesi “*lecita*” ma “*dannosa*”, che comunque rimane estranea alla responsabilità precontrattuale<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> Sull'argomento v. ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, nel *Tratt. diritto privato*, Bessone M. (diretto da), II, Torino, 2000, 268 ss..

<sup>194</sup> CUFFARO V., *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1272.

Il vincolo pattizio, dunque, nasce solo a seguito del perfezionamento del contratto che suggella l'incontro di volontà delle parti. Un obbligo a contrarre farebbe venire meno il senso stesso del procedimento di formazione del contratto, necessario affinché le parti possano serenamente valutare la convenienza di quel dato contratto. Diversamente, ad essere lesa sarebbe la libertà negoziale di ciascuno. Il termine trattativa, infatti, si riferisce al complesso delle attività dirette non al perfezionamento del contratto, bensì all'accertamento dell'opportunità, convenienza e soprattutto idoneità del negozio a soddisfare le rispettive esigenze delle parti<sup>195</sup>.

Tuttavia, la libertà di ciascuna parte di revocare la proposta ed accettazione evitando così la stipula del contratto, va temperata con l'esigenza di ciascun soggetto a non intraprendere trattative inutili a causa di una condotta scorretta della controparte<sup>196</sup>, sicché il diritto potestativo<sup>197</sup> di recedere dalle trattative risulterà lecito nella misura in cui venga esercitato secondo buona fede e non tradisca l'affidamento riposto dalla parte alla conclusione del contratto. In sostanza per la giurisprudenza<sup>198</sup> la rottura delle trattative è ingiustificata e determina l'insorgere di una responsabilità precontrattuale a carico del recedente in presenza di due requisiti: 1) l'esistenza di un legittimo affidamento di una parte alla conclusione del contratto; 2) l'assenza di una giusta causa di recesso<sup>199</sup>.

---

<sup>195</sup> Sul punto v. GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 39 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352 c.c.*, op. cit., 208 ss..

<sup>196</sup> Cass., 21 gennaio 1985, n. 226, in *Resp. civ. prev.*, 1985, 757, ove si legge in motivazione: «la linea di discriminazione più delicata, in tema di responsabilità precontrattuale, è data dalla difficoltà di conciliare l'obbligo risarcitorio per l'interruzione delle trattative con l'autonomia negoziale riconosciuta alle parti, in base alla quale esse non hanno assunto alcun obbligo fino a quando non si è verificato l'incontro dei consensi; una difficoltà, codesta, che è resa ardua dal fatto che l'obbligo di entrambe le parti, o anche di una sola di esse, di concludere un contratto non può sorgere se non con manifestazioni di volontà negoziale, dirette ad assumere l'impegno della stipulazione del contratto futuro. Ma ove non si perda di vista l'ovvio principio che la considerazione delle conseguenze proprie di un'avvenuta conclusione del contratto va tenuta del tutto fuori dall'indagine sulla determinazione dell'area di responsabilità in materia di *culpa in contrahendo*, resta chiaro il corollario per cui colui al quale tale *culpa* è addebitabile non può non rispondere di tutti i danni causati all'altra parte in stretta dipendenza delle trattative e della prospettiva di una futura conclusione del contratto».

<sup>197</sup> FRAGALI V., *Libro delle obbligazioni*, I, in *Comm. cod. civ.*, D'Amelio M. - Finzi E. (a cura di), Firenze, 1948, 368.

<sup>198</sup> Per una più approfondita rassegna giurisprudenziale in materia ALBERICI M., *Il dovere precontrattuale di buona fede, analisi della giurisprudenza*, op. cit., 1056 ss.; NANNI L., *La buona fede contrattuale*, op. cit., 6 ss..

<sup>199</sup> Cass., 13 luglio 1968, n. 2521, in *Foro It.*, 1968, I, 2454: «se lo svolgimento delle trattative è, per serietà e concludenza, tale da determinare un affidamento nella stipulazione del contratto, la parte che ne recede senza giusta causa, violando volontariamente l'obbligo di

Alcune pronunce indicano, quale ulteriore presupposto anche il danno<sup>200</sup> determinato dall'interruzione delle trattative (spese ed occasioni mancate).

Sul primo aspetto, va detto che affinché sussista un legittimo affidamento alla conclusione del contratto, non sarà sufficiente un mero contatto tra le parti ma la trattativa, connotata da serietà, deve aver raggiunto uno stadio avanzato al punto da ingenerare nella controparte l'aspettativa di una effettiva stipulazione negoziale futura. Al riguardo i giudici di legittimità affermano che «per la sussistenza della responsabilità precontrattuale, a norma dell'art. 1337 c.c., l'obbligo della buona fede nelle trattative deve essere inteso in senso oggettivo, sicché non è necessario un particolare comportamento soggettivo di malafede, ma è sufficiente anche il comportamento colposo della parte che, senza giusto motivo, ha interrotto le trattative, eludendo così le aspettative di controparte la quale, confidando nella conclusione del contratto, è stata indotta a sostenere spese o abbia rinunciato ad occasioni più favorevoli»<sup>201</sup>. In sostanza un affidamento legittimo – valutato dal giudice di merito e non censurabile dalla Cassazione se non sotto il profilo del vizio motivazionale - sussiste non in considerazione di un semplice atteggiamento interiore del soggetto che ritiene essere state deluse le proprie aspettative riposte nel perfezionamento del contratto. Correttamente Bianca constatò che «l'inizio di una trattativa non autorizza nessuno a fare assegnamento sul suo esito positivo»<sup>202</sup>. L'affidamento, dunque, per essere valutato sulla base di elementi obiettivi dovrà desumersi, per esempio, dalle qualità e quantità di contatti già intercorsi tra le parti, dalla frequenza dei loro incontri, dall'aver redatto una minuta o una puntazione<sup>203</sup>, dall'aver consegnato la cosa o versato parte del prezzo, ecc. Questo significa che solo il progredire delle trattative può giustificare il convincimento di una parte alla conclusione del contratto e non il mero stato psicologico della stessa.

In dottrina e giurisprudenza si è altresì ritenuto che il recedente incorre in responsabilità per il recesso ingiustificato dalle trattative qualora abbia

---

comportarsi secondo buona fede, è tenuta al risarcimento dei danni nei limiti dell'interesse negativo».

<sup>200</sup> Cass., 11 dicembre 1954, n. 4426, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1954, VI, 489; Cass., 9 dicembre 1957, n. 4619, in *Giust. Civ.*, 1958, I, 686.

<sup>201</sup> Cass., 17 novembre 1997, n. 11394, cit., 2194.

<sup>202</sup> BIANCA M., *Diritto civile, Il contratto*, op. cit., 171, nota 30.

<sup>203</sup> Cass., 8 aprile 1983, n. 2500.

dolosamente o colposamente iniziato o proseguito le trattative. Il soggetto verte in *dolo* quando inizia o prosegue le trattative nella consapevolezza e con l'intenzione di non concludere il contratto mentre c'è *colpa* quando il soggetto non si attiene alla normale prudenza nell'indurre l'altra parte a confidare nella conclusione del contratto, quindi porta avanti le trattative senza aver effettuato un adeguato controllo sulle proprie possibilità di arrivare alla conclusione del contratto<sup>204</sup>. In tali ipotesi non è necessario che sia sorto nella parte l'affidamento alla conclusione del contratto, in quanto il dolo e la colpa nell'instaurazione o protrazione delle trattative sono di per sé sufficienti a violare la buona fede ed a rendere ingiustificato il recesso<sup>205</sup>.

In riferimento poi al secondo requisito, il recesso dalle trattative è titolo idoneo per una responsabilità precontrattuale solo qualora non sussista per il recedente una giusta causa di recesso. Qualora sopravvenga alle trattative una circostanza estranea alla sfera d'azione del recedente ovvero una causa esterna che non dipende da sua colpa, il soggetto potrà ritirarsi dalla contrattazione.

Anche qui, la casistica è ricca: si ritiene giustificato il recesso quando la controparte, in sede di redazione per iscritto del contratto avanza pretese nuove che aveva celato e taciuto in maniera sleale<sup>206</sup>; quando le trattative si siano talmente prolungate da richiedere un adeguamento delle prestazioni alle innovative condizioni di mercato<sup>207</sup>. È indubbio poi che la parte possa recedere legittimamente dal contratto a causa dell'intervenuto comportamento scorretto della controparte: «il contraente che sia indotto alla trattativa dal dolo della controparte legittimamente interrompe la trattativa medesima, senza incorrere in responsabilità precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c., quando acquisti la consapevolezza che tale perfezionamento può pregiudicare diritti già precedentemente acquisiti a favore di altro soggetto riguardo alla stesso bene»<sup>208</sup>.

Infine, per quanto concerne la quantificazione del danno risarcibile nei limiti del solo interesse negativo, l'art. 1337 c.c. nulla dispone al riguardo. In

---

<sup>204</sup> BIANCA M., *Diritto civile, Il contratto*, op. cit., 172.

<sup>205</sup> Cass. 30 agosto 1995, n. 9157.

<sup>206</sup> Cass., 14 aprile 1975, n. 1411; Cass., 17 aprile 1970, n. 1098.

<sup>207</sup> Cass., 15 maggio 1971, n. 1499, in *Foro Pad.*, 1973, I, c. 120.

<sup>208</sup> Cass., 18 aprile, 1983, n. 2651.

proposito, riferisce la giurisprudenza con orientamento costante<sup>209</sup>, che il recedente deve risarcire le spese inutilmente sostenute in previsione del futuro contratto e le perdite subite per la mancata conclusione, con altri eventuali stipulanti, di un contratto avente lo stesso oggetto, altrettanto o più vantaggioso rispetto a quello non concluso<sup>210</sup>.

## **2.2. La responsabilità precontrattuale per la conclusione di un contratto invalido o inefficace**

La fattispecie che ci si appresta ad analizzare è quella prevista espressamente dall'art. 1338 c.c. il quale esprime un dovere di comunicazione specifico avente ad oggetto le cause di invalidità del contratto.

Precisamente la norma dispone che *“la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto”*.

L'art. 1338 c.c. descrive la condotta di colui che, dolosamente o colposamente, omette di comunicare alla controparte l'esistenza di cause di invalidità del contratto. Difatti, il legislatore con il termine *“conoscendo”* vuole per l'appunto indicare un'omissione *dolosa* e quindi intenzionale del soggetto, volta ad indurre in errore la controparte allo scopo di farle concludere il contratto nonostante la presenza di un vizio; quando, invece, usa l'assunto *“dovendo conoscere”* vuole indicare un atteggiamento omissivo colposo in cui la parte incorre poiché non ha provveduto ad accertare in maniera diligente le eventuali cause di invalidità del contratto prima di procedere alla sua stipulazione.

Il fondamento della responsabilità precontrattuale è riferibile, quindi, alla violazione dell'obbligo di informare la controparte sul vizio che inficia il contratto, contrariamente da coloro che hanno sostenuto che l'illecito di questa

---

<sup>209</sup> Cass., 14 giugno 1982, n. 3613, in *Foro it.*, 1983, I, c. 136; Cass., 20 agosto 1980, n. 4942; Cass., S.U., 11 gennaio 1977, n. 93, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 1691.

<sup>210</sup> Per una più approfondita analisi in materia di danno risarcibile v. PATTI G. – PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342 c.c.*, in *Comm. cod. civ.*, Schlesinger P. (diretto da), 1993, Milano, 83.

particolare fattispecie andrebbe individuato nell'invalidità stessa del negozio<sup>211</sup>. Ad essere tutelato è l'affidamento incolpevole riposto sulla validità del contratto: il contratto si conclude ma inutilmente in quanto è invalido.

La giurisprudenza ha precisato, in maniera pressoché unanime, l'inesistenza di una responsabilità precontrattuale quando alla violazione dell'obbligo di informazione si affianchi la colpa dell'altro soggetto, il quale usando l'ordinaria diligenza avrebbe potuto conoscere, anch'egli, della causa di invalidità<sup>212</sup>. Affermazione, questa, condivisibile. Si presuppone che la controparte non debba trovarsi in alcun modo nella condizione di poter venire a conoscenza della causa di invalidità, in quanto sarebbe allora discriminatorio porre a carico di una sola parte l'onere di impegnarsi a conoscere degli eventuali vizi e difetti del futuro contratto. Inoltre l'art. 1338 c.c. dice che la controparte deve avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto. Ebbene tale elemento verrebbe meno – e come tale non verrebbe integrata la responsabilità – se questo stesso soggetto avrebbe potuto, usando maggiore accortezza, rendersi conto dell'invalidità.

Orbene, ancora prima di tracciare le linee essenziali di questa particolare ipotesi di responsabilità precontrattuale, preme rammentare il rapporto sussistente tra l'art. 1337 c.c. e l'art. 1338 c.c., sebbene la tesi sostenuta appare accolta in maniera pressoché prevalente. Al riguardo l'art. 1338 c.c. rappresenta una specificazione rispetto alla più ampia norma generale di cui all'art. 1337 c.c., sì che il dovere di comunicare la causa di invalidità del contratto rappresenta una tipologia particolare del più ampio dovere di informazione attinente a tutte le circostanze rilevanti ed essenziali per la stipula del contratto.

Se questa è la soluzione maggiormente condivisa, anche tenuto conto della posizione sistematica delle norme adottata dal legislatore, va detto che non appare altrettanto logica la previsione di una norma speciale che in realtà sarebbe già ricompresa nell'ambito applicativo di cui all'art. 1337 c.c.. In sostanza l'art. 1338 c.c. non sarebbe altro che una disposizione superflua in quanto il dovere di

---

<sup>211</sup> In BIANCA M., *Diritto civile. Il contratto*, op. cit., 174:, si legge: «il fatto lesivo, occorre aggiungere, non è costituito dalla mancata comunicazione delle cause di invalidità o inefficacia, ma direttamente, dalla stipulazione del contratto invalido o inefficace da parte di chi conosce o dovrebbe conoscere tali cause».

<sup>212</sup> Cass., 10 maggio 1950, n. 1205. in *Foro It.*, 1950, I, 1307.

comunicare le cause di invalidità, fa parte del più ampio dovere generale di informazione espressione del canone di buona fede. Per superare questa contraddizione, vi è chi ha ritenuto che in realtà le due norme non si trovano in una posizione di genere a specie ma l'art. 1338 c.c. è manifestazione di responsabilità contrattuale dato che il contratto è stato concluso<sup>213</sup>.

In realtà il problema è facilmente superabile se si ha riguardo alle ragioni di carattere storico che hanno portato all'introduzione della disposizione all'interno dell'ordinamento. Basti pensare al fatto che tale fattispecie ha rappresentato il punto di partenza del dibattito sull'intera responsabilità precontrattuale. Ma altresì questo particolare dovere di comunicazione è sicuramente tra i più rilevanti, il che ha indotto il legislatore a tipizzarlo al fine di fugare il rischio di una mancata tutela.

In relazione all'ambito applicativo dell'art. 1338 c.c. non sembra sussistano ostacoli avverso la sua applicazione a tutte le ipotesi di invalidità del contratto (nullità e annullabilità)<sup>214</sup>. Il concetto di invalidità va altresì esteso alle ipotesi di eventuale inefficacia del contratto<sup>215</sup>, seppur sussistano opinioni contrarie a tale impostazione<sup>216</sup>.

Un ostacolo sembra sorgere in relazione alla nullità che intercorre per la violazione di una norma imperativa<sup>217</sup>. In tal caso, infatti, interviene il principio dell'*ignorantia legis non excusat*, in forza del quale la conoscenza della legge è onere che incombe a carico di entrambe le parti e come tale la sua mancata cognizione non può essere edotta come causa di giustificazione per richiedere il

---

<sup>213</sup> MESSINEO F., *Il contratto in generale*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, Cicu A. – Messineo F., Milano, 1968, 364.

<sup>214</sup> Per una cognizione più specifica circa tutte le ipotesi di nullità ed annullabilità del contratto v. PATTI G. – PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, op. cit., 166 ss..

<sup>215</sup> In dottrina, BIANCA M., *Diritto civile. Il contratto*, op. cit., 174 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352 c.c.*, op. cit., 222. In giurisprudenza, Cass., 29 agosto 1995, n. 9061, in *Mass. Giuri. Civ.*, 1995, 1550; Cass., 13 dicembre 1973, n. 3387; Cass., 11 ottobre 1963, n. 2711.

<sup>216</sup> In dottrina NANNI L., *La buona fede contrattuale*, op. cit., 128. In giurisprudenza, Cass., 4 aprile 1975, n. 1204: «in presenza di contratto sottoposto a condizione sospensiva (nel caso di specie, la concessione della licenza d'importazione della merce oggetto dello scambio) non sussiste l'obbligo di comunicare circostanze attinenti all'evento del contratto e non, come previsto dall'art. 1338 c.c., sulla sua validità; il giudice dovrà invece valutare se sia stata la violazione dell'art. 1358 c.c., cioè del dovere di comportarsi secondo buona fede in pendenza di condizione».

<sup>217</sup> Cass., 4 ottobre 1974, n. 2603, in *Foro It.*, 1975, I, 373; 22 maggio 1973, n. 1493; Cass., 27 maggio 1960, n. 1368, in *Foro It.*, 1960, I, 1508; Cass., 29 maggio 1959, n. 1638, in *Foro It.*, 1959, I, 1280; Cass., 10 luglio 1949, n. 1894, in *Foro It.*, 1950, I, 721.



risarcimento del danno alla parte che ha ommesso di comunicare l'invalidità. Pertanto, l'ignoranza sull'esistenza di una norma imperativa non può essere ammessa, dato che esiste la presunzione assoluta della legge che fa venir meno l'affidamento nella validità del negozio giuridicamente tutelabile<sup>218</sup>. Nessuna delle parti può aver confidato senza colpa nella validità del contratto. Diverso se l'ignoranza verte non sulla norma, bensì sull'elemento di fatto che costituisce il presupposto della sua applicazione. In questo caso è ipotizzabile un affidamento tutelabile a favore del contraente che, senza colpa, ha stipulato il contratto nullo<sup>219</sup>.

Per completezza va detto che non è mancato chi ha criticato l'esclusione della responsabilità precontrattuale in caso di violazione di una norma imperativa. Afferma Benatti che «nel nostro codice non è previsto alcun articolo che distingua, sotto l'aspetto della scusabilità, l'ignoranza di diritto, per cui nel silenzio della legge manca qualsiasi ragione per escludere la rilevanza della buona fede derivante da errore sulla norma»<sup>220</sup>. D'altronde, a sostegno di questo assunto si può rammentare che lo stesso errore di diritto è scusabile. Non solo. Senza spingersi in argomentazioni così complesse, basta affermare che, in un panorama normativo così intricato, fatto di continui cambiamenti e leggi speciali, sarebbe impensabile pretendere da ciascun soggetto un'adeguata conoscenza delle svariate materie giuridiche, soprattutto se la disciplina di interesse è talmente settoriale da richiedere particolari capacità professionali e tecniche<sup>221</sup>. In definitiva, allora, sarebbe più appropriato non negare a priori la tutela a favore del soggetto che ignora l'esistenza della norma imperativa, valutando caso per caso se mediante l'uso dell'ordinaria diligenza, egli, sarebbe stato in grado di conoscerla.

### **2.3 La responsabilità precontrattuale per la conclusione di un contratto valido ed efficace ma sconveniente**

---

<sup>218</sup> Cass., S.U., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Foro It.*, 1983, 1091.

<sup>219</sup> Cass., 28 settembre 1977, n. 4120, in *Giur. civ.*, 1978, I, 967.

<sup>220</sup> BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 62.

<sup>221</sup> Così SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352 c.c.*, op. cit., 223.

La possibilità di riconoscere la responsabilità precontrattuale non si esaurisce nelle sole ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative o di conclusione di un contratto invalido ex art. 1338 c.c.. Al contrario è frequente individuare una responsabilità derivante da comportamenti, dichiarazioni od omissioni, tenuti durante le trattative e nella fase di formazione del contratto, che violando l'obbligo generale di buona fede e determinando un pregiudizio per la controparte, creano uno squilibrio del contratto che ciononostante viene validamente concluso.

Orbene, data la maggiore attenzione ai principi di giustizia contrattuale e ragionevolezza, il legislatore talvolta si è occupato di dettare fattispecie tipiche contenenti obblighi comportamentali che si traducono in prescrizioni sempre più incisive e persuasive (per es. obblighi di forma, informativi, di comunicazione, ecc.) in modo da garantire la trasparenza sulle contrattazioni nonché la necessità di arginare eventuali “abusi” perpetrati dalle parti e determinanti asimmetrie contrattuali fra le stesse.

Ebbene, nell'apparato codicistico, esistono norme riconducibili unanimemente alla responsabilità precontrattuale, altre per le quali sono sorti dibattiti circa il titolo su cui si fonda la natura della responsabilità discendente dalla loro violazione.

Si pensi al riguardo agli artt. 1812 e 1821, co. 2, c.c., ove il comodante ed il mutuante (mutuo gratuito) sono tenuti al risarcimento del danno cagionato al comodatario e mutuatario per i vizi (conosciuti) delle cose date in comodato o in prestito. In tali casi il legislatore ha tipizzato, secondo l'opinione dottrina prevalente<sup>222</sup>, due fattispecie in cui si sancisce espressamente una responsabilità per danni in ipotesi di contratto validamente concluso, che va sicuramente inquadrata nella responsabilità *in contrahendo*. Eguale natura della responsabilità nel caso di mutuo a titolo oneroso a carico del mutuante, anche qualora l'ignoranza del vizio sia a lui imputabile per semplice colpa (art. 1821, co. 1, c.c.). L'obbligo risarcitorio è costruito quindi come effetto dell'*omessa comunicazione dei vizi* e come tale nella lesione di un dovere *in contrahendo*<sup>223</sup>.

Non è mancato chi ha sostenuto, invece, che l'obbligo di risarcimento posto a carico del comodante e del mutuante sarebbe, invece, l'effetto di una violazione

---

<sup>222</sup> ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 302.

<sup>223</sup> ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 302.

*lex contractus*<sup>224</sup>. In realtà da un'analisi accorta delle norme in esame, nonché dalla formulazione e *ratio* dell'art. 1337 c.c. non è difficile addurre che quest'ultima opinione non può essere condivisa<sup>225</sup>. Essa è frutto di un retaggio storico secondo cui la responsabilità precontrattuale nasce nel sistema ordinamentale al solo fine di reprimere il comportamento di chi ha dato causa ad un negozio invalido (teoria di Jhering) avvalorato (erroneamente) da un passo della Relazione Ministeriale al codice civile (n. 612)<sup>226</sup> che interpreta l'art. 1337 c.c. come fattispecie integrante la norma immediatamente successiva di cui all'art. 1338 c.c.<sup>227</sup>. Ben si comprende dalla sistematica delle norme e dalla loro stessa formulazione, come l'art. 1338 c.c. rappresenti solo un'applicazione specifica della norma "base" sulla responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c.. Difatti, quest'ultimo non detta alcuna restrizione o differenziazione nell'attribuire una *culpa in contrahendo* in caso di contratto invalido o contratto validamente concluso sicché sarebbe contrario al dettato normativo ammettere la figura della responsabilità precontrattuale solo in presenza di un contratto nullo o annullabile<sup>228</sup>.

Una formulazione normativa simile a quelle appena descritte la individuiamo all'art. 1494, co. 1, c.c. nonché all'art. 1578, co. 2, c.c. i quali dispongono

---

<sup>224</sup> CARRESI F., *Il comodato. Il mutuo*, in *Tratt. dir. civ.*, Vassalli F. (diretto da), Torino, 1957, 133; FALZEA A., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, op. cit., 53.

<sup>225</sup> MENGONI L., *In tema di prescrizione della responsabilità del venditore per danni derivati dai vizi della cosa*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, 300, afferma che «se si trattasse di responsabilità per violazione di un obbligo *ex contractu*, non si spiegherebbe la limitazione del risarcimento all'interesse negativo»; BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 14-15, aggiunge che «la consegna di una cosa difettosa, ad esempio, da parte del comodante non si può qualificare inesatto adempimento, giacché il comodante si è limitato a dare, nello stato in cui si trovava al momento della stipulazione del contratto, proprio la cosa che ha formato oggetto dell'accordo. Non gli sarebbe stato possibile prestare una cosa senza vizi, poiché, esistendo i vizi prima della conclusione del negozio, non sarebbe rientrato nelle sue facoltà far sì che la cosa ne fosse esente».

<sup>226</sup> Al n. 612 della Relazione al codice civile si legge che il dovere di correttezza «riferito alla fase precontrattuale, sbocca in una responsabilità *in contrahendo* quando una parte conosca e non rivela l'esistenza di causa d'invalidità del contratto».

<sup>227</sup> MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, 365, «la concezione restrittiva, tuttora dominante, è dovuta, da un lato, alla perdurante influenza dell'originaria definizione del Jhering, dall'altro, a una falsa prospettiva, accennata nella stessa relazione ministeriale (n. 612), che porta a considerare l'art. 1337 c.c. sotto l'angolo di visuale dell'art. 1338, quasi la prima norma fosse stata dettata solo per giustificare la responsabilità sancita nell'articolo successivo, e non fosse quindi suscettibile di una ulteriore e diversa applicazione se non nel caso (estraneo alla teoria di Jhering) della rottura ingiustificata delle trattative».

<sup>228</sup> BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 15 e 72.

l'obbligo di risarcimento del danno a carico del venditore e del locatore qualora abbiano alienato ovvero consegnato un bene affetto da vizi<sup>229</sup>, salvo che li avessero ignorati senza colpa. Taluno ha sostenuto che anche in questi casi sia riscontrabile una responsabilità precontrattuale, in quanto il venditore ed il locatore prima della conclusione del contratto hanno omesso di comunicare alla controparte l'esistenza dei vizi della cosa. Inoltre, si è affermato che «l'unico danno che può dirsi causato dal comportamento del venditore contrario all'obbligo di buona fede nelle trattative precontrattuali giustifica il risarcimento del solo interesse contrattuale negativo»<sup>230</sup>. In verità, sotto quest'ultimo aspetto, il primo comma di cui all'art. 1494 c.c. non fa riferimento alcuno al limite entro cui il venditore è tenuto al risarcimento del danno (positivo e/o negativo). In sostanza, coloro che sostengono la tesi della responsabilità precontrattuale affermano che se il venditore/locatore avesse tenuto un comportamento diverso (in buona fede), il compratore/conducente avrebbe ricevuto una cosa esente da vizi. Nondimeno, conoscendo il vizio della cosa, il compratore/conducente avrebbe potuto evitare l'acquisto o la locazione. In realtà la responsabilità del venditore/locatore rileva «per omessa prestazione di una cosa esente da vizi, cioè priva delle qualità richiesta dalla *lex contractus*»<sup>231</sup>. Si chiarisce, dunque, che una volta intervenuta la stipula del contratto, ciò che assume valore giuridico non è l'omessa informazione dei vizi della cosa, ma l'esistenza di un vizio che si traduce nell'esecuzione di una prestazione inesatta. L'obbligo del venditore o del locatore di rendere edotti l'acquirente o il conducente dell'esistenza dei vizi della cosa si estingue a seguito della conclusione del contratto<sup>232</sup>. Pertanto la fonte differente di responsabilità non è la scoperta del vizio prima o dopo la conclusione del contratto, ma l'addivenire oppure no alla stipula del contratto. Quindi, se c'è

---

<sup>229</sup> Secondo GORLA G., Voce *Azione redibitoria*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 878, per vizio si intende «tutto ciò che, secondo le idee del comune commercio (di un dato ambiente storicamente determinato), rappresenta un modo di essere anormale della cosa in relazione al suo valore o alla sua idoneità all'uso cui è destinata; sicché valore ed uso, secondo quelle idee, ne risultano diminuiti».

<sup>230</sup> MARTORANO F., *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, 46 ss.

<sup>231</sup> MENGONI L., *In tema di prescrizione della responsabilità del venditore per danni derivati dai vizi della cosa*, cit., 299.

<sup>232</sup> BIANCA M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229 c.c.*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja A. - Branca G., (diretto da), Bologna-Roma, 44 ss.; RAVAZZONI A., *La formazione del contratto*, op. cit., 28 ss.; TURCO C., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 618 ss.

perfezionamento negoziale la responsabilità è contrattuale per inesatto adempimento, se manca la stipula si incorre in illecito precontrattuale per omessa comunicazione del vizio<sup>233</sup>. In definitiva<sup>234</sup>, la responsabilità per la vendita o la locazione di cosa viziata non vengono ricondotte dai più alla responsabilità *in contrahendo* ma costituiscono una forma di tutela giuridica dell'interesse del compratore/conducente all'esatto adempimento<sup>235</sup>.

Allo stesso modo, anche la norma di cui all'art. 1479, co.1, c.c., relativamente alla possibilità per il compratore di richiedere l'azione di risoluzione del contratto qualora egli, al momento della sua conclusione, ignorasse che la cosa non fosse di proprietà del venditore, è stata inquadrata per diverso tempo nell'ambito della responsabilità precontrattuale. Secondo questa autorevole dottrina<sup>236</sup> si esclude che il titolo di tale responsabilità si configuri in un inadempimento dell'alienante ovvero in un rapporto di garanzia. In particolare si tratterebbe di una ipotesi eccezionale di responsabilità *in contrahendo ex art. 1338 c.c.*, dato che, nel caso di specie, la responsabilità presenterebbe carattere oggettivo, prescindendo dalla mala fede o dalla colpa del venditore nella conclusione del contratto<sup>237</sup>. In ogni caso la responsabilità precontrattuale troverebbe il suo fondamento nella violazione del *dovere di comunicare l'appartenenza ad altri della cosa* oggetto di compravendita.

Opinioni contrarie, hanno escluso, invece, la natura precontrattuale della vendita di cosa altrui<sup>238</sup>. Alcuni, influenzati dalla teoria di Jhering, hanno ritenuto che la *culpa in contrahendo* fosse applicabile solo dinanzi ad un contratto

---

<sup>233</sup> PATTI G. – PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard.*, op. cit., 104.

<sup>234</sup> Per una più approfondita disamina della questione v. BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 77 ss.

<sup>235</sup> Così BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 75, il quale in nota n. 105, richiama la posizione di MENGONI L., *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Studi in onore di De Gregorio*, II, Città di Castello, 1955, 149. Nello stesso senso L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, op. cit., 303. LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino 2015, 303 ss., discorre di imperfetta realizzazione del risultato traslativo dipendente da una inidoneità materiale della cosa venduta, preesistente alla conclusione del contratto.

<sup>236</sup> MENGONI L., *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto a «non domino»* in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, 276. Nello stesso senso ROMANO S., *Vendita. Amministrazione*, in *Tratt. dir. civ.*, Grosso G. – Santoro-Passarelli F. (diretto da), Milano, 1960, 84.

<sup>237</sup> MENGONI L., *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto a «non domino»*, cit., 283-284.

<sup>238</sup> Per una spiegazione completa riguardo alla tesi che esclude la natura di responsabilità precontrattuale della fattispecie di vendita cosa altrui v. L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, op. cit., 303 ss.

invalido<sup>239</sup>, cosa non rinvenibile nella vendita di cosa altrui, posto che il legislatore ha accolto il principio romanistico della validità di un siffatto contratto<sup>240</sup>. Altri ancora hanno sostenuto che laddove il compratore fosse a conoscenza dell'altruità della cosa, verrebbe meno la violazione del dovere di comunicazione e come tale non sarebbe possibile individuare una responsabilità precontrattuale. Se questa precisazione è vera oltre che giusta, posto che in tal caso non sarebbe corretto individuare un illecito precontrattuale per la reticenza od omissione del venditore essendo il compratore consapevole del difetto di legittimazione a disporre del primo, non può essere generalizzata in maniera assoluta per tutti i casi di vendita di cosa altrui. Difatti, se il compratore è a conoscenza dell'altruità della cosa, è implicito che accetta di programmare una vendita la cui efficacia reale non è immediata ma, al contrario, verrà posticipata al momento in cui il venditore porrà in essere tutti gli ulteriori adempimenti, previsti per legge, volti a far acquistare la cosa all'acquirente (art. 1478 c.c.). Ovvio che una simile ipotesi, che non lede la libertà negoziale del compratore il quale autodetermina il proprio consenso in maniera consapevole, non può integrare una responsabilità precontrattuale. Il mancato acquisto della cosa da parte del compratore determinerà, invece, una responsabilità contrattuale da inadempimento della prestazione dedotta nel rapporto obbligatorio. Diverso, il caso in cui il venditore abbia taciuto l'altruità della cosa ed il compratore, pur usando l'ordinaria diligenza, non sarebbe stato in grado di venirne a conoscenza. Certo che in casi di tal tipo riscontrare una responsabilità precontrattuale non sarebbe poi così assurdo, se solo si riflette sul fatto che il compratore, nella carenza di informazioni attinenti all'oggetto del contratto, non ha offerto un consenso consapevole ma al contrario viziato.

---

<sup>239</sup> RUBINO D., *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Cicu A. - Messineo F. (diretto da), Milano, 1971, 361, nota 22. Nello stesso senso anche GAZZARA G., *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, 205 ss..

<sup>240</sup> Precedentemente, la circostanza secondo cui il venditore conosceva o avrebbe dovuto conoscere l'altruità della cosa, non rendendone edotto il compratore, era causa di invalidità del contratto. Affermava MENGONI L., *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto a «non domino»*, cit., 283: «l'annullabilità della vendita costituiva un elemento della fattispecie della responsabilità *in contrahendo* del venditore; fra le due situazioni correva un rapporto di causa ad effetto: l'annullabilità non era una sanzione della colpa precontrattuale dell'alienante, bensì era il presupposto della sanzione».

Altra dottrina ha ritenuto che la vendita di cosa altrui è una vendita c.d. *obbligatoria*, in cui, a causa dell'assenza della legittimazione a disporre da parte del venditore, si realizza un'inattuazione dell'attribuzione traslativa che legittima il compratore a domandare immediatamente la risoluzione della vendita<sup>241</sup>. Al fine, però, di riconoscere fondamento unitario alla disciplina della vendita di cosa altrui, l'art. 1479 c.c. è stato legato alla garanzia per evizione<sup>242</sup>, valorizzando il profilo causale della vendita, che presenta un equilibrio diverso a seconda che sia stato programmato o meno il trasferimento immediato della proprietà. Ciò che cambia è il momento in cui interviene la tutela a favore del compratore: se l'acquirente è ignaro dell'altruità della cosa vendutagli, egli potrà risolvere il contratto e contestualmente, in caso di pericolo di evizione, sospendere il pagamento (art. 1481 c.c.) ovvero in caso di evizione (totale o parziale) ottenere il risarcimento del danno (artt. 1483 e 1484 c.c.); se l'acquirente è invece consapevole che la proprietà del bene appartiene a soggetto diverso dall'alienante, egli otterrà tutela solo in caso di evizione in forza della garanzia offerta obbligatoriamente dal venditore<sup>243</sup>.

Altro istituto che non ha tardato a sollevare dibattiti sulla propria natura è la rescissione del contratto concluso in stato di pericolo (art. 1447 c.c.) e in stato di bisogno (art. 1448 c.c.). L'azione di rescissione è stata talvolta considerata una sanzione quale conseguenza del comportamento scorretto di un soggetto che, approfittando della necessità di contrattare della controparte, si assicura ingiusti vantaggi. Autorevole dottrina ha affermato in proposito che «in tal caso, pur essendo il contratto valido secondo le norme generali, poiché nessuno dei suoi elementi manca o è viziato, tuttavia l'esecuzione della prestazione dovuta dalla

---

<sup>241</sup> LUMINOSO A., *La compravendita*, op. cit., 268 ss..

<sup>242</sup> BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 107 ss..

<sup>243</sup> LUMINOSO A., *La compravendita*, op. cit., 275, afferma al riguardo che l'evizione è normalmente una fase cronologicamente successiva ad vendita di cosa altrui (o una vendita gravata da vincoli di espropri abilità o altri pesi) pertanto: «la natura e il fondamento della responsabilità del venditore, non potrà essere diversa nelle due fasi, come, dall'altra parte, emerge dalle disposizioni degli artt. 1483 e 1484 c.c. che dettano per l'evizione una disciplina esplicitamente modellata su quella degli artt. 1479 e 1480 c.c.». la finalità dell'evizione è quindi quella di rafforzare la posizione del compratore, tenuto conto che l'evizione può intervenire anche molto tempo dopo la stipulazione del contratto di compravendita. Pertanto l'Autore aggiunge che «la garanzia per evizione assolve al compito di accordare al compratore nuovi rimedi (risoluzione o riduzione del prezzo, risarcimento del danno), che rimangano assoggettati a nuovi termini di prescrizione».

parte danneggiata dall'illecito comportamento della controparte risulta in concreto non conforme alle regole morali della correttezza e della buona fede, alle quali la legge riconosce rilevanza giuridica»<sup>244</sup>. In realtà la tesi, che fin dal principio non ha convinto, è stata superata con varie argomentazioni. Alla base di esse vi è il fatto che non può essere configurata come una sanzione derivante dalla violazione del dovere di buona fede poiché essa non costituisce un mezzo di reazione ad un comportamento illecito<sup>245</sup>. Si è affermato che, contrariamente, la rescissione è un rimedio autonomo di invalidità del contratto, che interviene, al pari dell'annullabilità e della nullità, per arginare alcune anomalie e difetti negoziali. Il contratto rescindibile si caratterizza infatti per un vizio genetico che verosimilmente si realizza nella fase antecedente la stipula del contratto, incidendo sul consenso alla conclusione dello stesso. Autorevole dottrina<sup>246</sup> ha specificato che il primo elemento anomalo afferisce alla condizione soggettiva della parte che contratta in uno stato di bisogno o di pericolo, subendo una pressione tale da “*ridurre le sue possibilità di scelta*” e dunque la sua libertà negoziale. Il secondo elemento difettoso è di carattere oggettivo ed attiene al contenuto del contratto obiettivamente squilibrato alla luce dei valori correnti di mercato. Infine l'ulteriore elemento è ancora di carattere soggettivo ma riferibile alla controparte ovvero colei che sfrutta la condizione di inferiorità o debolezza – data dallo stato di pericolo o di bisogno - dell'altro contraente al fine di ottenere (in mala fede) dei vantaggi ingiusti. La *ratio* dell'istituto, secondo questa impostazione, attribuisce valore primario ad un principio di giustizia contrattuale, all'equilibrio tra valori antagonisti del regolamento negoziale che devono essere il più possibile equi o comunque frutto di scelte consapevoli e non viziate. Il contraente non è libero di valutare scientemente la convenienza dell'affare. Ecco perché si discorre di rescissione come causa di invalidità del contratto: sussistendo prima della conclusione del contratto gli elementi sopraindicati, il negozio nasce già di per sé viziato e come tale invalido. Altri ancora, dubitano della tesi dell'invalidità del contratto, sostenendo che il potere di rescindere il contratto a

---

<sup>244</sup> GIORDANO A., *In tema di violenza morale e di sfruttamento di uno stato di pericolo*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 65; ID., *Sul fondamento dell'azione di rescissione dei contratti*, in *Giur. comm. cod. civ.*, III, 1951, 462-466.

<sup>245</sup> BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 111-112.

<sup>246</sup> ROPPO V., *Il contratto*, op. cit., 829 ss..



favore della parte che ha subito un pregiudizio dall'iniqua stipulazione, nasce da un difetto funzionale della causa determinato dalla sproporzione delle prestazioni<sup>247</sup>. In sostanza, questa impostazione pone l'accento non tanto sul momento formativo della volontà contrattuale, quanto sulla sua concreta ragione giustificativa. Il contratto a causa dello squilibrio tra le prestazioni non realizza gli interessi di entrambe le parti.

Orbene, a prescindere dai vari orientamenti dottrinali, che ravvisano oppure no nelle norme sopracitate una responsabilità precontrattuale, è indubbio che l'impostazione normativa del codice vigente ha consentito di superare l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'intervenuta conclusione del contratto esclude tal tipo di responsabilità<sup>248</sup>. L'assunto, come già evidenziato, trovava giustificazione sul fatto che l'ambito di rilevanza della responsabilità *in contrahendo* fosse circoscritto alle ipotesi in cui il comportamento non conforme a buona fede avesse impedito la conclusione del contratto o avesse determinato la conclusione di un contratto invalido<sup>249</sup> ovvero (originariamente) inefficace pur sussistendo un accordo di massima o anche un accordo completo, non espresso nelle forme di legge. Si affermava, sostanzialmente, che le trattative che avessero condotto alla conclusione di un valido contratto, pur integrando condotte scorrette, non potessero assumere alcun rilievo ai fini di una responsabilità per danni, in quanto assorbite dal raggiungimento dell'accordo<sup>250</sup>. Contava solo l'inadempimento di obbligazioni nascenti dal contratto mentre la responsabilità precontrattuale non sarebbe stata più configurabile in quanto, traendo origine da una fonte diversa, non avrebbe potuto essere considerata "un precedente logicamente necessario" della responsabilità contrattuale<sup>251</sup>. La conseguenza era che qualora una delle parti avesse posto in essere un comportamento scorretto ai danni dell'altra e questo comportamento non fosse di per sé sufficiente ad integrare una tipica causa di invalidità, la parte pregiudicata dalla condotta in mala

---

<sup>247</sup> SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali nel diritto civile*, op. cit., 182 e 258. Nello stesso senso TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, op. cit., 680.

<sup>248</sup> Cass., 23 dicembre 1950, n. 2820, *Giur. It.*, 1951, I, 1, 484.

<sup>249</sup> Cass., 19 maggio 1971, n. 1499, *Foro Pad.*, 1973, I, 1, 1486.

<sup>250</sup> Cass., 18 maggio 1971, n. 1494.

<sup>251</sup> Cass. 21 maggio 1976, n. 1842.

fede sarebbe rimasta priva di qualsivoglia tutela<sup>252</sup>. Si concludeva che, dopo la stipulazione del contratto, ogni questione relativa all'osservanza degli obblighi imposti alle parti nel corso delle trattative era preclusa, in quanto la tutela del contraente veniva affidata, a partire da quel momento, solo alle norme in tema di invalidità e di inefficacia del contratto, la cui applicazione, pur essendo in alcuni casi ricollegata a comportamenti certamente non conformi a buona fede, era tuttavia subordinata alla ricorrenza di presupposti ulteriori (artt. 1434-1437, 1439, 1447-1448 c.c.).

Una norma cardine che ha consentito di superare questa interpretazione restrittiva è rinvenibile nel vigente art. 1440 c.c., che disciplina la tipica ipotesi di *dolo incidente*. Questo istituto è la riprova che non esiste all'interno del nostro ordinamento alcun ostacolo, né strutturale né logico-giuridico che possa escludere l'applicazione della responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto validamente stipulato. La norma in esame, infatti, dispone che “*il contratto è valido*” nell'ipotesi in cui “*i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso*”, seppur senza di essi il contratto sarebbe stato concluso a condizioni diverse.

Sulla natura ed il fondamento dell'art. 1440 c.c., va però precisato che la dottrina si è divisa.

---

<sup>252</sup> In conformità al sopra espresso indirizzo si veda Cass., 4 aprile 1975, n. 1204, in *Foro it.*, 1975, I, 1990, ove si afferma che nel caso in cui una parte abbia omesso di comunicare alla controparte straniera la necessità di munirsi della licenza di importazione dei beni, è stato ritenuto che, non ravvisandosi nella specie un dolo omissivo, il soggetto reticente non debba incorrere in alcuna responsabilità precontrattuale. Si precisa infatti che nei contratti aventi ad oggetto merci da importarsi dall'estero, la concessione della licenza amministrativa di importazione si configura come *conditio iuris* (non sulla validità ma) sull'efficacia del contratto stesso. Di conseguenza, il mancato rilascio della licenza non può dar luogo a responsabilità precontrattuale, fondata sulla prevedibilità del diniego o sull'omessa menzione nel contratto di tale probabile evento. Nello stesso senso anche Cass., 28 maggio 1954, n. 1731, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1955, II, 169, con nota di VARELLI C., *Invalidità, inefficacia del contratto e colpa precontrattuale*. Così anche Cass., 2 novembre 1961, n. 2537, in *Foro Pad.*, 1962, I, 1029, in cui si è ritenuto legittimo il comportamento del venditore che omette di rendere nota all'acquirente la vigenza di norme urbanistiche che escludono l'edificabilità dei suoli oggetto della compravendita. In particolare le prescrizioni dei suoli una volta approvate e pubblicate nelle forme previste, hanno efficacia di norme giuridiche, onde debbono ritenersi vincolanti per tutti i cittadini. Ne discende che nessun diritto spetta all'acquirente dell'immobile, in base all'art. 1489 c.c. né in base all'art. 1490 c.c., né per responsabilità precontrattuale, per vincoli e limitazioni non denunciati dal venditore. Ciò in quanto il dovere legale di conoscenza esclude l'ammissibilità di una eccezione di ignoranza. In tal caso potrebbe solo invocarsi un errore di diritto, qualora fosse dimostrato e fosse stato la ragione unica e principale del contratto. Nello stesso senso Cass., 4 gennaio 1966, n. 47, in *Giust. Civ.*, 1966, I, 13; Cass., 30 dicembre 1968, n. 4081, in *Foro It.*, 1969, I, 1203.

Taluni hanno, infatti, sostenuto la natura eccezionale dell'art. 1440 c.c., in quanto la sanzione risarcitoria si ricollega a comportamenti che danno di regola luogo ad invalidità del contratto, se non fosse che eccezionalmente il legislatore, - forse per ragioni di conservazione del contratto – esclude l'invalidità<sup>253</sup>. Secondo altra più suggestiva lettura, invece, il dolo incidente va letto non in chiave eccezionale ma piuttosto come il segno di un più ampio principio di compatibilità tra rimedio risarcitorio e validità del contratto. In questo senso la sanzione risarcitoria prevista dall'art. 1440 c.c. appare come conseguenza diretta della condotta scorretta, riferibile alla fase precontrattuale in applicazione dell'art. 1337 c.c.<sup>254</sup>.

Infine, per avvalorare la tesi della responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto validamente stipulato, basta volgere lo sguardo dall'intero contesto ordinamentale ove, più volte, il legislatore sanziona una parte per aver tenuto una condotta non conforme al canone di buona fede nella fase di formazione del contratto, pur non intaccando la validità dello stesso.

In ogni caso, anche qualora la legge avesse ommesso delle specifiche previsioni indicative dell'ampio raggio di azione della responsabilità precontrattuale sia in caso di contratto invalido che valido – seppur potrebbe sembrare riduttivo per l'attento lettore – credo sarebbe di per sé sufficiente la sola presenza dell'art. 1337 c.c.. Senza ripeterci circa la sua evoluzione storico-giuridica<sup>255</sup>, la scelta che ha indotto il legislatore ad introdurre l'art. 1337 nel codice civile vigente non è stata fatta per puro caso o per sopperire ad una mera lacuna normativa. Il principio di buona fede, infatti, era già presente nel nostro ordinamento, seppur non fosse espressamente sancito nell'ambito delle trattative. Il legislatore dell'epoca, dunque, tenuto conto di altre codificazioni e dei nuovi traffici commerciali, si rese perfettamente conto di come fosse essenziale dettare una norma specifica che prevedesse espressamente l'obbligo di un contegno di correttezza nell'ambito

---

<sup>253</sup> Così si legge in D'AMICO G., «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Milano, 1996, 119 ss.; MENGONI L., "Metus cusam dans" e "metus incidens", in *Riv. dirr. Comm.*, 1952, I, 20 ss..

<sup>254</sup> MANTOVANI M., *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349 c.c.*, in *Comm. cod. Civ.*, Gabrielli E. (diretto da), Milanofiori Assago, 2011, 475 ss.. Per una disamina ancor più approfondita sul dolo incidente v. MANTOVANI M., "Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio, op. cit., 31 ss..

<sup>255</sup> V. *supra*, Cap. II, § 1.

delle trattative e della formazione del contratto e che l'intervento normativo fosse nel contempo non settoriale, proprio per evitare il rischio di escludere dal suo ambito applicativo fattispecie giuridicamente rilevanti.

Quindi, seppur ancor oggi sussista, tra gli studiosi e gli interpreti, il timore che una norma quale l'art. 1337 c.c. possa determinare incertezza nel diritto a causa della sua ampia portata che si presta a sfuggire a valutazioni determinate, molto più grave sarebbe lasciare impunte condotte sleali e scorrette, tali da arrecare pregiudizio alle parti deboli di un contratto. Pertanto, l'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c. va ben oltre l'ipotesi della conclusione di un contratto invalido o della rottura ingiustificata delle trattative, assumendo il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica il dovere di trattare in modo corretto, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione di un contratto equo e proporzionato.

La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo, dunque, anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti "*sconveniente*" per la parte rimasta vittima dal comportamento scorretto, ragguagliando il risarcimento del danno al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal comportamento scorretto tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto<sup>256</sup>.

Un atteggiamento diverso rispetto a quello adesso esposto resterebbe ancorato al passato, ponendosi in antitesi non solo con il dettato normativo di cui all'art. 1337 c.c. ma anche con le regole di diritto positivo molto accorte nell'individuare soluzioni volte ad evitare abusi. Ammettere un'applicazione ristretta della responsabilità precontrattuale significherebbe interpretare le norme con superficialità e svilire il ruolo delle norme comportamentali di correttezza. Se

---

<sup>256</sup> Cass., 29 settembre 2005, n. 19024.

accogliessimo la tesi secondo cui il contratto valido sarebbe in grado di assorbire ogni condotta di mala fede del contraente, rendendo irrilevante ogni forma di pregiudizio ed abuso perpetrato da una parte ai danni dell'altra nella fase antecedente la conclusione del contratto, avremmo implicitamente una involuzione del sistema giuridico.

Così, oggi, mentre il legislatore si impegna a garantire una sempre maggiore protezione al contraente debole come dimostrano le discipline di settore (es. contratti del consumatore), mentre le stesse parti cercano di assicurarsi durante la contrattazione degli strumenti che garantiscano loro la trasparenza e l'esatta cognizione del regolamento negoziale - come dimostra il sempre più accentuato formalismo<sup>257</sup> nella pratica degli affari - sarebbe davvero paradossale se imponessimo l'applicazione riduttiva dell'art. 1337 c.c. che, come ci suggerisce la sua stessa struttura, nasce per reprimere con più ampio respiro ogni comportamento contrario a buona fede<sup>258</sup>.

### **3. Il contenuto della regola di condotta. Concretizzazione della violazione del dovere generale di buona fede: i doveri di informazione, di segretezza e di custodia**

Alla luce di quanto sopra esposto, appare importante per la nostra ricerca analizzare in maniera più specifica il contenuto dell'art. 1337 c.c., al fine di avere maggiore chiarezza sulle fattispecie concretamente ascrivibili alla norma. In altri termini si tratta di stabilire quali comportamenti debbano tenere i soggetti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, al fine di adempiere il comando della norma.

In primo luogo, va immediatamente sottolineato e ribadito che la presenza di ipotesi tipizzate dal legislatore non escludono l'individuazione di altre fattispecie *atipiche* le quali, integrando comportamenti scorretti sindacabili dal giudice, possono determinare una responsabilità in *contrahendo* grazie alla clausola

---

<sup>257</sup> CICERO C., Voce *Formalismo (rinascita del)*, in *Dig. disc. Priv., Sez. civ., Agg., V*, Torino, 2010.

<sup>258</sup> A favore di una interpretazione ampia dell'art. 1337 c.c. PATTI G. – PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, op. cit., 99.

generale di buona fede valevole per la fase antecedente la conclusione del contratto. Per esempio l'art. 1338 c.c., prevedendo il dovere di comunicare le cause di invalidità del contratto, non deve far pensare che nella sua disposizione si esaurisca il generale dovere di informazione. Quest'ultimo, infatti, è espressione del generico dovere di correttezza *ex art. 1337 c.c.* e si estende al punto da ricomprendere tutte quelle circostanze che in concreto possano incidere sulla determinazione del contratto e per questo devono essere comunicate alla controparte qualora non possa venirne a conoscenza personalmente<sup>259</sup>.

La giurisprudenza e la dottrina nel tempo, data l'ampia portata dell'art. 1337 c.c., si sono adoperate per rendere più agevole l'individuazione di fattispecie giuridicamente rilevanti quali possibili fonti di responsabilità *in contrahendo*. Per tale ragione si discorre di *figure sintomatiche*, proprio a voler indicare che esse, pur presentandosi nella prassi con maggiore ricorrenza, non svuotano il contenuto della norma che si presta, invece, ad accogliere qualsivoglia condotta la quale, tenuto conto di tutte le circostanze concrete, si ritenga essere stata tale da violare il dovere generale di buona fede.

Per l'individuazione specifica degli obblighi si tende a considerare aperto il contenuto della clausola di buona fede, nel senso che essa costituisce un generico richiamo a fonti esterne all'ordinamento: le norme, la cui violazione è fonte di responsabilità precontrattuale sono tutte quelle non scritte del vivere sociale, poste da doveri morali di solidarietà (contrattuale)<sup>260</sup>. In altri termini, l'affermazione del

---

<sup>259</sup> CUFFARO V., *Responsabilità precontrattuale*, cit., 1271.

<sup>260</sup> Di particolare interesse è BERTI G., *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988, 47 - 65: secondo l'Autore, le clausole generali, tra cui in particolare la clausola della buona fede (oggettiva), costituiscono una forma di penetrazione dei valori costituzionali nell'ambito contrattuale. Similmente DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., 560, secondo cui le clausole generali o i principi in esse incorporati sono da considerarsi come «espansione dei principi costituzionali». Cfr. MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all' "alternanza"*, Milano, 2001, 126, secondo cui la clausola generale della buona fede oggettiva implica «un fenomeno di eteronormazione (...) generato dalla duplice esigenza di valutare il sempre più complesso traffico giuridico sulla base di criteri oggettivi e di regolarlo sulla base delle istanze emergenti nell'ambito della costituzione economico - materiale dello Stato». Nel medesimo senso cfr. GAROFOLI R. - RACCA G. M. - DE PALMA M., *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 177 - 178, secondo cui «Le clausole generali sono caratterizzate da una "indeterminatezza intenzionale" che consente all'interprete di adeguare le soluzioni all'evoluzione della "coscienza sociale", precisando, tuttavia, che "può risultare utile preconstituire criteri, parametri, casi sintomatici, che possano rappresentare una solida base per la formazione di "pezzi" di diritto giurisprudenziale».

principio di buona fede oggettiva ha introdotto nell'ordinamento un criterio di valutazione della condotta delle parti, nell'ottica di una visione solidaristica del rapporto giuridico.

Lo scopo, allora, non è quello di definire in maniera esaustiva l'esatto contenuto del dovere di buona fede, ma quello più comprensibile di segnalare, in virtù dei più recenti approdi dogmatici, le principali categorie di doveri giuridici ricollegabili all'ambito applicativo dell'art. 1337 c.c., facendo sì che lo stesso mantenga la sua innata elasticità ed aderenza ad ogni diverso fatto che si verifichi nella realtà.

Durante le trattative si crea un particolare contatto tra le sfere di autonomia delle parti, il che fa sorgere il dovere di osservare un contegno riguardoso ed attento ad astenersi da ogni condotta lesiva dell'interesse di controparte nonché il dovere di cooperare, secondo un principio solidaristico, al fine di veder soddisfatte le reciproche esigenze nei limiti di un rispettivo apprezzabile e ragionevole sacrificio. È così che la nostra dottrina, facendo tesoro anche dell'esperienza tedesca<sup>261</sup>, ha elaborato una sorta di catalogo, non esaustivo, di doveri quali specificazione della clausola di buona fede, tra cui i principali sono indicati come a) *doveri di informazione o comunicazione o avviso*; b) *doveri di segreto e riservatezza*; c) *doveri di custodia*<sup>262</sup>.

Nella prassi commerciale normalmente avviene che durante la contrattazione di un certo affare, esistono elementi e circostanze conosciuti o conoscibili da entrambe le parti, mentre ve ne sono altri che possono essere conosciuti o da una soltanto - in relazione alle sue particolari qualifiche professionali e competenze di settore e tecniche - ovvero conosciuti mediante l'apporto di chiarimenti e delucidazioni provenienti da soggetti terzi. Il dovere di comportarsi secondo buona fede incide proprio su queste informazioni, in quanto correttezza vuole che

---

<sup>261</sup> LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1983, 102 ss.; ID., *Bemerkungen zur Haftung für "culpa in contrahendo"*, in *Festschrift für Ballerstedt*, Berlin, 1975, 397 ss. e 400 ss.; NIRK R., *Culpa in contrahendo. Eine richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, in *Festschrift für Möhring*, München u. Berlin, 1965, 385 ss.; ID., *Culpa in contrahendo. Eine geglückte richterliche Rechtsfortbildung. Quo vadis?*, in *Festschrift für Möhring*, München, 1975, 71 ss..

<sup>262</sup> BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 42.

ciascuna parte comunichi all'altra ciò che ella, anche usando l'ordinaria diligenza, non sarebbe in grado di poter conoscere<sup>263</sup>.

Esiste, invece, un dovere di segreto quando ciascuna parte, oltre ad esigere di essere adeguatamente informata su ogni aspetto attinente al regolamento negoziale, può pretendere che non vengano divulgate informazioni acquisite nel corso della trattativa, la cui conoscenza da parte di terzi potrebbe arrecarle pregiudizio<sup>264</sup>. A fini meramente esemplificativi, potrebbe sussistere un dovere di segreto quando una parte comunichi all'altra circostanze relative alla sua sfera patrimoniale, per esempio per ottenere un mutuo poiché versa in condizioni economiche dissestate; quando un lavoratore, che intende essere assunto in un'impresa, viene a conoscenza di notizie relative all'attività esercitata come metodi di produzione o di organizzazione tecnica, la cui divulgazione potrebbe essere dannosa per l'imprenditore; ecc.<sup>265</sup>.

Il dovere di buona fede si può inoltre manifestare come dovere di custodia da parte di un contraente, il quale è tenuto a preservare la cosa ponendo in essere tutta una serie di cautele volte alla sua integra conservazione<sup>266</sup>. Potrebbe accadere, infatti, che nel corso delle trattative per l'acquisto di un bene, il futuro acquirente voglia provare la merce per rendersi conto se la stessa abbia i pregi e le qualità promesse dal venditore.

In ipotesi simili la dottrina italiana non ha accolto anche un *obbligo generale di conservazione* volto alla protezione della persona<sup>267</sup>, approvata invece dalla giurisprudenza e dottrina germanica<sup>268</sup>. È condivisibile l'assunto che dal contatto fra due soggetti durante le trattative non si possa ravvisare un dovere di tutelare la

---

<sup>263</sup> BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 38.

<sup>264</sup> MESSINEO F., Voce *Contratto (Diritto Privato)*, in *Enc. Dir.*, IX, 1961, 847.

<sup>265</sup> BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 40 ss..

<sup>266</sup> BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 39.

<sup>267</sup> BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 79; SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352 c.c.*, op. cit., 207.

<sup>268</sup> Il caso emblematico fu quello trattato nella sentenza Reichsgericht, 7 dicembre 1911, in *Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen*, 78 (1912), 239 ss., in cui si ammise la responsabilità addirittura contrattuale del padrone di un negozio di tappeti, nei confronti di una signora che esaminando nei suoi locali alcuni tappeti di linoleum, venne colpita e ferita da un rotolo di quei tappeti. Si affermò, con condivisione della dottrina, che con la proposta di esaminare i tappeti sorge un rapporto preparatorio e accessorio rispetto al contratto di compravendita, rapporto che ha carattere "quasi contrattuale" e come tale è fonte di obbligazioni per ciascun soggetto che è tenuto a osservare determinate cautele al fine di evitare ogni pregiudizio alla persona o ai beni dell'altro.



sfera personale dei soggetti. L'occasione dannosa non dipende dalla sussistenza di un rapporto specifico fra gli stessi valutabile sulla base del contegno di buona fede. Eventualmente il danno potrà qualificarsi alla stregua di un illecito extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*<sup>269</sup>. Se si accoglie, invece, in questi casi la tesi del *contatto sociale*, sarà ravvisabile un rapporto di fatto tra le parti dal quale nascono i c.d. *doveri di protezione* reciproci, alla stregua di una responsabilità contrattuale in forza dell'art. 1218 c.c.<sup>270</sup>.

Oltre ai doveri suddetti, sempre al fine di estendere il novero delle fattispecie ascrivibili alla norma ed agevolare l'attività dell'interprete, non è mancato chi ha ritenuto di indicare ulteriori specificazioni come il *dovere di chiarezza*, che impone alla parte che predispone il contratto di utilizzare un linguaggio comprensibile. A ben vedere, questo dovere appare più come un corollario del dovere di informazione, in quanto un elemento contrattuale espresso in maniera ambigua ed oscura crea nel destinatario dell'informazione una conoscenza non completa circa il regolamento negoziale. Nell'ambito della legislazione speciale troviamo la tipizzazione di questo dovere, imposto normalmente a carico della parte contrattuale più forte che predispone unilateralmente il contratto. Si pensi all'art. 35, co. 1, codice del turismo (D.lgs. 23 maggio 2011, n. 79), che in relazione alla vendita di pacchetti turistici dispone che il contratto venga redatto "*in termini chiari e precisi*"; l'art. 35, co. 1, cod. cons., che sancisce il dovere di redigere le clausole contrattuali, tra consumatore e professionista, "*in modo chiaro e comprensibile*"; nello stesso modo vanno indicati il prezzo e l'oggetto del contratto ai sensi dell'art. 34, co. 2, cod. cons..

Inoltre, sono stati indicati *il dovere di compiere tutti gli atti necessari per la validità e l'efficacia del contratto*<sup>271</sup> od ancora *il rilascio di mezzi di prova dei propri comportamenti rilevanti*<sup>272</sup>. Le condotte pregiudizievoli e lesive dell'altrui interesse nello svolgimento delle trattative sono state altresì individuate

---

<sup>269</sup> SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale. Art. 1321-1352 c.c.*, op. cit., 207.

<sup>270</sup> Sul punto v. BENATTI F., *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1358 e 1359.

<sup>271</sup> BIANCA M., *Diritto civile. Il contratto*, op. cit., 174. CARRESI F., *Il contratto*, op. cit., 163 ss.

<sup>272</sup> SACCO R., *Il contratto*, op. cit., 673 ss.

nell'ambiguità, nella *manipolazione dei costituenti il contratto* ovvero nella *manipolazione del consenso del contraente*<sup>273</sup>.

Alla luce di quanto fino ad ora riportato, si evince che l'individuazione delle fattispecie rilevanti riporta sempre alla valutazione del ruolo della buona fede nell'ambito della responsabilità precontrattuale. Ciò introduce, altresì, la difficoltà di determinare le sanzioni applicabili a tutela dell'interesse della parte lesa dalla condotta scorretta e sleale.

La questione involge inevitabilmente il rapporto tra regole di validità e regole di comportamento. Non ricorrono particolari preoccupazioni o dubbi di sorta qualora l'interesse del soggetto che ha subito il pregiudizio venga compensato dal risarcimento del danno, senza che nel contempo venga intaccato il vincolo contrattuale. Diverso e più complesso è invece attribuire alla buona fede valore di norma imperativa non derogabile dalle parti, la cui violazione potrebbe determinare l'invalidità del contratto. Non aiuta la giurisprudenza di legittimità che da anni orsono esclude che alla violazione della buona fede sia riconducibile la nullità dell'atto. La Cassazione ha più volte sostenuto che «la violazione del dovere precontrattuale di buona fede non determina, nel caso in cui il contratto venga concluso, la nullità del contratto stesso, né legittima, fuori dai casi espressamente menzionati dalla legge quali fonti di responsabilità civile, la richiesta di risarcimento del danno»<sup>274</sup>. Secondo questa visione, i doveri generici di lealtà, di correttezza e di buona fede imposti alle parti nelle trattative precontrattuali e nella formazione del contratto rappresentano solo dei criteri di apprezzamento e di qualificazione della condotta dei contraenti, ma non valgono di per sé a creare nelle parti aventi interessi contrapposti, diritti soggettivi tutelati *erga omnes* ove questi non siano riconosciuti da un'espressa disposizione di legge<sup>275</sup>. L'impostazione è stata accolta dalla tradizionale dottrina<sup>276</sup>, la quale

---

<sup>273</sup> SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, op. cit., 244.

<sup>274</sup> Cass., 18 ottobre 1980, n. 5610, in *Arch. Civ.*, 1981, 133 e in *Riv. dir. comm.*, 1982, II, 167: «va confermato il principio che la condotta delle parti, nella formazione del contratto, genericamente contraria ai doveri di correttezza e di buona fede (artt. 1175 e 1337 c.c.) non può essere considerata di per sé illecita, e quindi causa di nullità del contratto oltre che fonte di obbligazione risarcitoria, se alla violazione di quei doveri la legge non faccia seguire, in via primaria ed autonoma, una specifica sanzione civilistica, come avviene nei casi di dolo contrattuale, di concorrenza sleale, ecc.»

<sup>275</sup> Cass., 18 ottobre 1980, n. 5610, cit..

sostiene che il sistema delle invalidità negoziali non possa essere integrato da nuove ipotesi di invalidità desumibili dalla violazione della regola di buona fede di cui all'art. 1337 c.c.. A quanto emerge (fino ad ora) sembra che la repressione della mala fede possa essere collocata solo ed esclusivamente sul terreno risarcitorio<sup>277</sup>. Pertanto, l'invalidità dell'atto può essere fatta valere solo se il legislatore abbia preventivamente delineato una fattispecie astratta. Impossibile, invece, invalidare l'atto con riferimento a una fattispecie costruita dal giudice in sede di applicazione della clausola generale di buona fede. Esigenze di certezza del diritto impongono di verificare i requisiti di validità degli atti alla luce di regole specifiche, esigenza che non verrebbe affatto rispettata se si attribuisse all'organo giudicante il compito di valutare la rilevanza giuridica di circostanze fattuali di volta in volta differenti tra loro. In proposito, non è di aiuto neppure la norma che dispone la nullità virtuale di cui all'art. 1418, co. 1, c.c.. Si è ritenuto errato, infatti, riconoscere nella realizzazione di una condotta scorretta nella fase antecedente la stipula del contratto di cui all'art. 1337 c.c., la violazione di una norma imperativa dalla quale si possa far discendere la nullità del negozio. La Cassazione non ha perso occasione per sottolineare che diversamente dalle *norme imperative proibitive*, che determinano la nullità anche quando la sanzione non sia espressamente comminata, l'art. 1337 c.c. è norma meramente precettiva (al pari di quelle contenute negli artt. 1175 e 1375 c.c.), nel senso che «impone alle parti, nella fase di formazione del contratto, il rispetto di determinate regole di condotta, cioè di doveri di probità, correttezza e buona fede»<sup>278</sup>. Si ravvisa, dunque, una norma *imperativa positiva*, dettata per tutelare gli interessi privati delle parti affinché essi, essendo per natura contrapposti, non travalichino in abusi durante la formazione ed esecuzione del contratto.

In definitiva, aldilà dell'ipotesi di responsabilità precontrattuale per recesso ingiustificato dalle trattative, la violazione dell'obbligo generico di buona fede

---

<sup>276</sup> SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, op. cit., 171; TRABUCCHI A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, op. cit., 105 ss. Così anche in CARRARO L., “*Fraus omnia corrumpit*”, in *Riv. trim.*, 1949, 797.

<sup>277</sup> D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., 40.

<sup>278</sup> Cass., 18 ottobre 1980, n. 5610, cit..

può essere sanzionato solo mediante la previsione di una disposizione legale specifica ed in ogni caso il rimedio operativo sarà solo quello risarcitorio.

Tuttavia, seguendo questo ragionamento, tenuto conto delle riflessioni sul ruolo della buona fede nell'ambito della fase di formazione del contratto, si rischia di trascurare la valutazione di ulteriori aspetti importanti. Per questo è forse preferibile una meditazione più accorta, che non poggia sulla sola forza della tradizione civilistica nel diritto dei contratti, ma abbia riguardo dell'evoluzione normativa.

In proposito, volgendo lo sguardo all'intero ordinamento, si evince la tendenza sempre più invasiva del legislatore ad introdurre nella legislazione speciale discipline a tutela del contraente debole, prima fra tutti quella consumeristica (D.lgs. n. 206/2005). È in tale sede normativa che la proporzione fra le prestazioni e l'equilibrio contrattuale, nell'ottica di un processo di oggettivazione della tutela, diventano valori imprescindibili del regolamento negoziale (si veda in proposito gli artt. 33, 34 e 36 cod. cons.), al punto tale che la loro assenza, quale conseguenza della violazione della regola di buona fede, può essere fonte di potenziali vizi genetici invalidanti la clausola o il contratto<sup>279</sup>. In questa prospettiva la clausola generale di buona fede è norma imperativa, elevata ad inderogabile principio limitativo dell'autonomia privata.

Ulteriore riflessione, poi, è necessaria in riferimento alla disciplina dei vizi del consenso, in riferimento alla possibilità di riconoscere l'annullabilità del contratto per fattispecie che non integrano gli specifici requisiti richiesti dalla legge. Di regola, la risposta a siffatto quesito è sempre stata di tenore negativo. Ma un'analisi più accorta mette in luce come l'effetto di una siffatta preclusione sarebbe quella di escludere a priori la rilevanza giuridica di determinati comportamenti, che pur non integrando l'errore, la violenza ed il dolo, potrebbero incidere ugualmente sul processo di formazione della volontà, pregiudicando gli interessi sottesi al contratto.

Taluno, già qualche decennio fa, comprese che l'art. 1337 non può riguardare soltanto un problema di responsabilità e non anche di validità. Al fine di sfuggire dal rigido dato normativo che ci impone il principio di tipicità dei vizi del

---

<sup>279</sup> RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e Imp.*, 1999, I, 21.

consenso, senza nel contempo lasciare impunte condotte sleali, si potrebbe allora affermare che se non è sostenibile l'annullabilità del contratto a causa della violazione della buona fede, il contratto potrà essere invalidato per vizio di dolo<sup>280</sup>. In sostanza i raggiri richiesti dall'art. 1439 c.c., in forza di una interpretazione estensiva della norma, verrebbero ad essere integrati ogni qual volta un contraente, nella fase di formazione del contratto, adotti un condotta di mala fede, anche se questa si realizzi mediante omissione<sup>281</sup>. Impostazione, quest'ultima, che seppur offra una soluzione concreta, non risolve il tradizionale problema di non interferenza tra regole di validità e di responsabilità. Difatti, accogliere nell'ambito del dolo ogni qualsivoglia fattispecie di mala fede, significherebbe far rientrare queste in una ipotesi tipica di vizio del consenso espressamente disciplinata.

Inoltre la tesi non consentirebbe di esaurire tutte le fattispecie riprovevoli concretamente realizzabili, specialmente quelle in cui non si trascenda in una forma conclamata di dolo ma si ravvisi solo la colpa seppur grave.

Una condotta può essere infatti scorretta anche qualora non sia intenzionale ma solo colpevole, il che crea sicuramente maggiori difficoltà in termini di qualificazione giuridica ed ancor prima di rilevanza giuridica. Si potrebbe allora identificare una figura di errore<sup>282</sup>, purché ne sussistano gli altri elementi richiesti dalla legge.

In ogni caso se il nostro maggiore sforzo sarà quello di inquadrare i vari comportamenti all'interno di fattispecie tipiche quali il dolo, l'errore o anche la

---

<sup>280</sup> SACCO R., *Il contratto*, op. cit., 337.

<sup>281</sup> TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, op. cit., 552. In giurisprudenza v. Cass., 20 aprile 2006, n. 9253: «pur potendo il dolo omissivo viziare la volontà e determinare l'annullabilità del contratto, tuttavia esso rileva a tal fine solo quando l'inerzia della parte contraente si inserisca in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato, con malizia ed astuzia, a realizzare l'inganno perseguito»; Cass., 19 settembre 2006, n. 20260: «la reticenza o il silenzio possono integrare il dolo omissivo solo qualora il comportamento passivo si inserisca in una condotta che si configuri, in rapporto alle circostanze e al complesso del contegno che determina l'errore del *deceptus*, quale malizia o astuzia volta a realizzare l'inganno perseguito»; Cass., 27 marzo 1954, n. 926, in *Giur. it.*, 1954, I, 806: «nelle private contrattazioni se sono tollerabili le astuzie inidonee a trarre in inganno una persona di normale accortezza, sono, invece, illecite quelle che costituiscono una attività diretta a indurre altri in errore per avvantaggiarsi, concretando esse un vero e proprio raggio; e tali sono le malizie, le omissioni o le false enunciazioni che costituiscono elemento decisivo della formazione della volontà negoziale».

<sup>282</sup> PATTI G. – PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, op. cit., 107.

violenza ovvio che l'ago della bilancia puntato sull'autonomia tra regole di validità e di responsabilità non potrà in alcun modo cambiare direzione.

D'altronde quando si discorre di buona fede, ci si è resi conto, che non si può ragionare sulla base di schemi prestabiliti ed univoci. Al contrario l'atteggiamento del legislatore non è sempre eguale e cambia in relazione alle circostanze concrete. Può, infatti, capitare che la valutazione della colpa o addirittura del dolo sia compiuta accordando alla parte l'annullamento del contratto come nei tipici casi di vizi del volere, ma anche l'azione di risoluzione, come accade per le fattispecie già esaminate di vendita di cosa altrui per il caso di buona fede del compratore (art. 1479 c.c.), di vendita o locazione di beni affetti da vizi (artt. 1479 e 1578 c.c.). In particolare, nella vendita di cosa altrui l'acquirente in buona fede all'atto della stipula è legittimato alla risoluzione del contratto, non già all'annullamento, sebbene in tale ipotesi quasi sempre ricorra il dolo del venditore. Tra l'altro la dottrina sostiene che la consapevolezza o meno del venditore dell'alienità della cosa rileva ai soli fini risarcitori<sup>283</sup>.

Con ciò si vuol dire che è lo stesso legislatore a suggerirci che in materia di buona fede contrattuale, ma anche al di fuori del contratto (come in tal senso dimostrano artt. 1153, 1159, ecc.), essa si atteggia in modo differente sicché per tutto ciò che non è espressamente previsto dalla legge, l'interprete dovrebbe operare un'accorta valutazione delle circostanze concrete, delle usanze socialmente accolte, dei principi di ordine sociale e buon costume valevoli in un determinato periodo storico, al fine di poter stabilire, senza margine di errore, se una condotta possa effettivamente essere pregiudizievole per il contraente.

#### **4. La natura della responsabilità precontrattuale**

Il dibattito tra gli studiosi e gli interpreti sulla natura giuridica della responsabilità precontrattuale, ancor oggi non del tutto sopito, assume una sua rilevanza nell'ambito della problematica attinente al rapporto tra le regole di validità e le regole di comportamento. Stabilire, infatti, la natura giuridica della responsabilità precontrattuale potrebbe essere elemento indicativo per

---

<sup>283</sup> LUMINOSO A., *La compravendita*, op. cit., 221; CAVALLO BORGIA R., *Profili giuridici della vendita di cosa altrui*, Milano, 1972, 159.

comprendere se alla violazione della buona fede possa effettivamente seguire la sanzione dell'invalidità del contratto.

Notoriamente l'apparato normativo prevede per la disciplina della responsabilità un doppio binario su cui corre da una parte la *responsabilità contrattuale* e dall'altra la *responsabilità extracontrattuale o aquiliana*<sup>284</sup>. È chiaro che l'identificare la responsabilità precontrattuale all'interno dell'una o dell'altra categoria giuridica crea delle implicazioni di non poco conto.

Intanto l'accogliere la tesi della responsabilità contrattuale determina l'applicazione della prescrizione decennale; il regime probatorio favorevole in ordine all'onere della prova in caso di inadempimento e dell'elemento soggettivo (art. 1218 c.c.); la necessità della costituzione in mora per intimazione o richiesta fatta per iscritto (c.d. *mora ex persona*); l'applicabilità dell'art. 1225 c.c. in virtù del quale il debitore inadempiente che non versi in dolo è tenuto a risarcire solo i danni prevedibili al momento in cui è sorta l'obbligazione.

Aderire, invece, alla tesi della responsabilità aquiliana significa applicare un termine prescrizionale più breve di cinque anni; la parte lesa ha l'onere di provare la colpa o il dolo dell'autore della condotta illecita; non è necessaria la costituzione in mora, ricorrendo l'ipotesi di cui all'art. 1219, co. 2, c.c., (c.d. *mora ex re*); ai sensi dell'art. 2046 c.c. è esente da responsabilità il soggetto che, nel momento in cui ha commesso il fatto dannoso, era incapace di intendere e di volere.

Altra differenza attiene poi all'apparato rimediabile: nel caso di responsabilità contrattuale si avrebbe il risarcimento del danno e la risoluzione del contratto; nel caso di responsabilità extracontrattuale l'unico rimedio esperibile sarebbe la sola previsione del risarcimento del danno.

Sotto il vigore del codice civile abrogato, si sosteneva che la responsabilità precontrattuale avesse natura extracontrattuale<sup>285</sup>. Tale orientamento trovava

---

<sup>284</sup> V. al riguardo SCOGNAMIGLIO R., *Voce Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1968, 670,

<sup>285</sup> BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948, 117; BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1962, 370; CALUSI V., *In tema di trattative e di responsabilità precontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 485 ss.; FRAGALI M., *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, I, Firenze, 1948, 369; OSTI G., *Voce Contratto*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1974, 514 ss.; VERGA F., *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941, 100.

fondamento nel fatto che, in mancanza di una disposizione diretta a disciplinare il comportamento delle parti in sede di trattative precontrattuali, la sola norma invocabile per sanzionare la *culpa in contrahendo* fosse rappresentata dall'art. 1151 cod. civ. abrog., in tutto simile all'attuale art. 2043<sup>286</sup>. Tale concezione, peraltro, risentiva dell'esperienza giuridica francese, in cui, da un lato mancava nel *Code Civil* uno specifico articolo dedicato alla responsabilità precontrattuale, dall'altro l'atipicità del sistema degli illeciti extracontrattuali, aveva portato all'affermazione della natura aquiliana della responsabilità per *culpa in contrahendo*<sup>287</sup>.

Il vero punto dolente che ha creato i maggiori dubbi sulla natura giuridica, della responsabilità precontrattuale, in realtà, è rappresentato dal fatto che durante le trattative i soggetti sono tra loro estranei, ma dall'altra si deve convenire che tra loro, pur non sussistendo un vincolo obbligatorio quale quello tipicamente discendente da un contratto, sarebbe errato sostenere che tra le parti non nascono degli obblighi, seppur ci si trovi in una fase ancora di gestazione.

La tesi dottrinale, frutto della tradizione giuridica tradizionale, è stata accolta, seppur non in maniera unanime, anche a seguito dell'emanazione del codice civile del 1942<sup>288</sup>. La fonte della responsabilità precontrattuale è identificata in un fatto illecito che ha preceduto, o comunque accompagnato, la formazione del negozio. Il dovere di comportarsi secondo buona fede e con diligenza nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto non discende da un rapporto obbligatorio tra soggetti determinati, ma costituisce un dovere generico della vita di relazione, un dovere sociale che preesiste alle trattative e si impone *erga omnes* in virtù del precetto generale del *neminem laedere*, al fine di tutelare l'interesse alla libertà negoziale. Tale interesse alla vita di relazione è, in altri termini, giuridicamente tutelato contro comportamenti

---

<sup>286</sup> BENATTI F., *Responsabilità precontrattuale (Diritto Civile)*, cit., 8.

<sup>287</sup> Sul modello francese della responsabilità precontrattuale v. MUSY A. M., *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVII, Torino, 1988, 393 – 394.

<sup>288</sup> In dottrina, BESSONE M., *Buona fede in senso oggettivo, recesso dalle trattative e responsabilità per danno «ingiusto»*, in *Giur. merito*, 1978, I, 1165; BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, op. cit., 80; CARRESI F., *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, 463 ss.; GALGANO F., *Diritto Privato*, Padova, 1985, 329; GALLO P., *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2004, 299.



dolosi o colposi secondo il precetto generale di cui all'art. 2043 c.c.. D'altronde, non si potrebbe discorrere di responsabilità contrattuale posto che essa richiede un vincolo preesistente tra le parti cosa non sussistente nella *culpa in contraendo* ove le stesse non hanno ancora instaurato un vincolo obbligatorio che discende solo dalla stipula del contratto. Inoltre l'art. 1337 c.c. è una norma che non prevede alcuna sanzione pertanto se ne ricava il rinvio implicito all'art. 2043 c.c.. Conseguentemente, dall'applicazione dell'art. 1337 c.c. in combinato disposto con l'art. 2043 c.c., discende quale unica sanzione il risarcimento del danno escludendo che dalla violazione della buona fede si possa arrivare ad una invalidità del contratto.

È chiaro per altro verso che una impostazione siffatta avvalorata il principio di non interferenza tra le regole di validità e di comportamento. Difatti, l'accogliere la tesi della responsabilità aquiliana avvalorata la posizione di coloro che escludono si possa dichiarare invalido un contratto qualora si sia violata una regola comportamentale, proprio perché l'unico apparato rimediale predisposto ed ammesso dal legislatore sarebbe quello meramente risarcitorio.

In realtà non ci si può esimere dal sollevare qualche perplessità in merito<sup>289</sup>, fondata su una ragione molto semplice. Autorevole dottrina, proprio al fine di confortare la tesi della responsabilità aquiliana ha ritenuto che anche qualora l'art. 1337 c.c. non fosse presente nel nostro ordinamento, alla slealtà precontrattuale si potrebbe sopperire con la tutela di cui all'art. 2043 c.c.<sup>290</sup>. Questo perché la norma generale tutela qualsivoglia forma di illecito ovvero l'interesse alla vita di relazione tra i consociati nel quale vi rientra anche la libertà negoziale. In realtà l'affermazione, analizzata sotto altro angolo prospettico, potrebbe forse portare a sostenere tesi contrapposte. Dire, infatti, che la responsabilità precontrattuale rientra a pieno titolo nell'ambito applicativo della responsabilità extracontrattuale, significa parimenti dire che l'art. 1337 c.c. è norma superflua di cui si potrebbe fare a meno perché essendoci la norma

---

<sup>289</sup> Tra coloro che non accolgono la tesi della responsabilità extracontrattuale cfr. BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 121 - 137; GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, op. cit., 553; MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 362; SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, op. cit., 215; STOLFI G., *Sulla colpa "in contrahendo" dell'Amministrazione pubblica*, in *Riv. dir. com.*, 1975, II, 35.

<sup>290</sup> SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, op. cit., 255.

generale di cui all'art. 2043 c.c., i soggetti già sarebbero pienamente tutelati anche nella fase di formazione del contratto. L'art. 1337 c.c. nulla aggiungerebbe a quanto già il legislatore ha disciplinato mediante il principio del *neminem laedere* ma servirebbe solo a rafforzare il precetto esistente. La verità è che sostenere l'irrilevanza dell'art. 1337 c.c., sarebbe come di fatto svilirne in assoluto il ruolo. Ruolo che, come è emerso dalla precedente disamina, non può essere relegato, se ne ammetta la provocazione, a norma volta a "ricordare" ai contraenti che devono tenere un contegno di buona fede durante le trattative. Si rammenti che la norma è frutto di un percorso storico travagliato che ha condotto ad un riconoscimento espresso della responsabilità precontrattuale che fino al codice del 1865 solo latamente si ammetteva. La scelta del legislatore di introdurre l'art. 1337 c.c., dunque, non è superflua, non è una mera precisazione normativa ma è volutamente mirata a disciplinare il comportamento delle parti non solo qualora non si addivenga alla stipula di un contratto ma anche in tutti i casi in cui si arrivi al suo perfezionamento, a prescindere che esso sia stato oppure no validamente stipulato. Ma non solo: la norma è la "bussola" del giudice, il quale mediante la valutazione discrezionale della fattispecie concreta, potrà sindacare sul contegno dei contraenti correggendo il contratto squilibrato.

Inoltre, vero è che nella responsabilità precontrattuale, a stretto rigore non possiamo parlare di vincolo obbligatorio al pari di quello nascente dalla conclusione del contratto. Lo dimostra la possibilità per le parti di recedere dalla trattativa o la possibilità di revocare la proposta e l'accettazione. Ma questa stessa libertà non è incondizionata. La parte recede dalle trattative senza incorrere in responsabilità solo se, tenuto un comportamento di buona fede, sussiste una giusta causa. Questo dimostra che un rapporto *qualificato* tra le parti sorge ancor prima di addivenire alla conclusione del contratto. E non possiamo dire banalmente che questo rapporto ha ad oggetto un dovere sociale di lealtà non identificabile in un obbligo, poiché rispettare la buona fede in tale fase garantisce la corretta formazione dell'accordo. E questo aspetto è messo in luce dal legislatore stesso, il quale, nelle norme sui vizi del consenso, ci dimostra come la mala fede possa sfociare in un vizio tale da invalidare il contratto.

In definitiva, non vedere nella buona fede un precetto a tutti gli effetti vincolante significa considerarla come un principio “*pregiuridico*” che deve essere rispettato solo in virtù di un’etica solidale tra i consociati.

Tra le varie perplessità, la dottrina si è pertanto divisa ed ha ritenuto che alla base della *culpa in contrahendo* ci sia una responsabilità contrattuale. Tale concezione ha avuto origine nel pensiero della pandettistica tedesca<sup>291</sup>, che descrive la trattativa come il concretarsi di un rapporto giuridico tale da rappresentare esso stesso la fonte degli obblighi di lealtà e correttezza, obblighi alla cui violazione consegue l’eventuale responsabilità.

È stato autorevolmente affermato che quando una norma giuridica (nel caso di specie l’art. 1337 c.c.) impone una regola comportamentale soggetta al canone di buona fede, ciò determina l’instaurarsi di un rapporto obbligatorio, il cui contenuto va specificato alla stregua della fattispecie concreta. Dice precisamente Mengoni che «quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all’imperativo della buona fede, ciò è indice sicuro che quella relazione si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di buona fede»<sup>292</sup>. Il rapporto obbligatorio non avrebbe allora la sua fonte in un contratto, ma in un altro fatto idoneo a produrlo in conformità dell’ordinamento giuridico *ex art. 1173 c.c.*. Più precisamente, l’art. 1337 c.c., nel prevedere che “*le parti (...) devono comportarsi secondo buona fede*”, pone a carico di persone determinate (le parti) un obbligo determinato (agire in buona fede). Pertanto la formula normativa impone un obbligo *inter partes* (obbligo relativo) e non un dovere assoluto<sup>293</sup>. La responsabilità *ex art. 2043 c.c.* è invece una responsabilità che intercorre tipicamente *quique de populo*, ossia tra soggetti che prima del compimento del fatto illecito non sono legati da alcun rapporto (c.d. *responsabilità del passante*). Il dovere di buona fede, contrariamente, non è espressione del generale principio del *neminem laedere* ma rappresenta una *obbligazione ex lege* nascente dal *contatto sociale* che si instaura tra le parti nel

---

<sup>291</sup> JHERING, *Culpa in contrahendo oder schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur perfektion gelangten vertragen*, op. cit., 15 ss..

<sup>292</sup> MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 361.

<sup>293</sup> BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 128.

momento dello svolgimento delle trattative ed il cui inadempimento è fonte di responsabilità contrattuale *ex art. 1218 c.c.*<sup>294</sup>.

Ebbene, per comprendere appieno la questione, per ragioni di completezza, si impone una rimediazione sul concetto di obbligazione avente ad oggetto la tradizionale prestazione (art. 1174 c.c.). A tal proposito, si ravvisano accanto ad essa altri obblighi differenti in funzione di tutela di interessi ulteriori per ciascuna delle parti. La particolarità dell'obbligo legale di buona fede gravante sulle parti nella fase di trattativa, sarebbe quella di configurare un obbligo di protezione puro, senza obbligo primario di prestazione. La responsabilità precontrattuale rappresenterebbe proprio l'archetipo della categoria dell'*obbligazione senza prestazione*, dato che nella fase di formazione del contratto, per forza di cose, non vi è ancora una prestazione (nel senso tradizionale del termine) a carico del soggetto e possono configurarsi solo obblighi di protezione dell'altrui sfera giuridica. Questi obblighi sono esclusiva espressione della buona fede e tendono al «promuovimento e al soddisfacimento dell'aspettativa di un determinato soggetto», sicché chiaramente si distinguono da quelli derivanti dall'art. 2043 c.c. «i quali sono diretti soltanto a proteggere, non a realizzare l'altrui interesse»<sup>295</sup>.

Non mancano anche con riferimento a questa tesi altrettanti dubbi e perplessità. A stretto rigore va detto, infatti, che non appare così decisivo il rilievo secondo cui basterebbe un mero “*contatto*” tra due sfere giuridiche perché nasca un rapporto obbligatorio. È stato autorevolmente affermato: «è vero che fra i protagonisti della trattativa si crea una relazione qualificata, in ragione della quale gravano su essi speciali doveri a protezione dei reciproci interessi. Ma questo è esattamente quanto accade in tanti altri contesti di attività e rapporti, che nessuno oserebbe riferire ad un capo diverso da quello della responsabilità *ex art. 2043 c.c.*»<sup>296</sup>. Gli interessi della vita messi a rischio da particolari ipotesi di contatto sono diversi, tanto che a protezione degli stessi vengono posti particolari doveri di condotta, ma non per questo possono essere definiti obblighi in senso proprio.

---

<sup>294</sup> Oltre agli autori precedenti si veda PANZA G., *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, 226; SCALISI V., *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, II, 192; TURCO C., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 752; VISINTINI G., *La reticenza come causa di annullabilità dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 251.

<sup>295</sup> BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 130.

<sup>296</sup> ROPPO V., *Il contratto*, op. cit., 177. Tra i vari esempi l'Autore individua i protagonisti della circolazione stradale, imprenditori che competono nello stesso mercato.

Inoltre, anche volendo parlare di contatto, questo non sembra l'elemento più idoneo per tracciare i confini tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, posto che anche in quest'ultima si verifica un “*contatto*” tra la sfera giuridica del danneggiato e del danneggiante.

A fronte delle suddette opzioni interpretative, giudicate insoddisfacenti in quanto l'una indifferente al dato normativo e l'altra legata ad un'artificioso legame contrattuale laddove invece manchi il contratto, l'attenzione, per taluni, andrebbe rivolta non tanto alla tipologia della tutela offerta dall'art. 1337 c.c. ma al ruolo della buona fede precontrattuale. In sostanza è dall'analisi della *ratio* della norma che è possibile dedurre la natura giuridica della responsabilità precontrattuale. Quest'ultima è volta a proteggere l'affidamento alla stipula del contratto, sorto in ciascuna parte a seguito e per l'effetto dell'instaurazione delle trattative. In realtà il principio di affidamento non è sufficiente ad esprimere con esattezza il fondamento della direttiva comportamentale espressa dall'art. 1337 c.c., proprio perché sebbene l'intento della norma sia quello di “moralizzare” la fase di formazione del contratto, il contenuto del precetto non si esaurisce nella prescrizione di rispetto delle aspettative indotte dalle dichiarazioni reciproche dei trattanti, bensì nella richiesta di comportamenti positivi improntati alla lealtà e correttezza la cui presenza può garantire l'affidamento stesso. In questa prospettiva, la buona fede assume un valore pregnante che, da una parte, non può propriamente essere identificata negli obblighi discendenti da un contratto e nel contempo esprime una regola di comportamento con una potenzialità precettiva che non può esaurirsi nel solo aspetto risarcitorio. Questa consapevolezza attribuisce valore autonomo alla regola prevista dall'art. 1337 c.c., la quale grazie alla sua ampia formula ed ai suoi caratteri etici, consente di valutare tutte quelle relazioni e rapporti sociali che in un sistema economico in continuo sviluppo necessitano di svariate interpretazioni e valutazioni in ragione di sopravvenute circostanze. Pertanto, voler ad ogni costo inquadrare la responsabilità precontrattuale all'interno delle categorie legislative di cui agli artt. 2043 o 1218 c.c., non appare così esaustivo. Al contrario l'idea che essa possa essere

inquadrata in un *tertium genus* ovvero in una categoria a sé stante, consentirebbe di superare le precedenti perplessità<sup>297</sup>.

Se seguiamo tale ragionamento, (forse) si ottiene un maggiore spunto per risolvere il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di responsabilità. D'altronde l'art. 1337 c.c. non indica alcun tipo di sanzione discendente dalla violazione della regola comportamentale, sicché distaccando la norma dalla responsabilità extracontrattuale e contrattuale, potremmo identificare un'autonoma disciplina. Sul piano sanzionatorio, dunque, il risarcimento del danno non sarebbe più l'unico rimedio praticabile dalla parte lesa ma si potrebbe individuare l'eventuale invalidità del contratto qualora, in relazione alle circostanze e agli interessi violati, sia più conveniente per il contraente non conservare il contratto.

È chiaro che la tesi appena esposta, seppur dotata di una propria originalità, non è stata benevolmente accolta dalla prevalente dottrina proprio per la sua indeterminatezza. Difatti, attribuire valore autonomo all'art. 1337 c.c. significa affermare che esso ha la propria disciplina che non è però manifestamente individuabile. Questo ovviamente creerebbe un'incertezza giuridica troppo elevata che non può essere per forza di cose accettata<sup>298</sup>.

Dopo questo *excursus* sugli orientamenti dottrinali, non ci si può esimere da un'analisi della giurisprudenza dalla quale emerge immediatamente che per lungo tempo la tesi sulla responsabilità extracontrattuale è stata pressoché unanimamente accolta<sup>299</sup>. Non mancano neppure recenti pronunce in tal senso. Si consideri al riguardo quanto affermato dalla Suprema Corte: «la responsabilità precontrattuale, derivante dalla violazione della regola di condotta posta dall'art. 1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio, costituisce

---

<sup>297</sup> CUFFARO V., *La responsabilità precontrattuale*, cit., 1266 ss.; GIANNINI M.S., *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, III, Milano, 1963, 264.

<sup>298</sup> BIANCA M., *Diritto civile. Il contratto*, op. cit., p. 158; BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 116 ss.

<sup>299</sup> Cfr., Cass., 20 agosto 1995, n. 9157, in *Arch. civ.*, 1996, 189; Cass., 18 giugno 1987, n. 5371, in *Foro it.*, 1988, I, c. 181; Cass., 19 aprile 1983, n. 2705; Cass., 7 agosto 1974, n. 2385, in *Giust. Civ. Mass.*, 1974, 1077; Cass., I, 28 gennaio 1972, n. 199, in *Foro it.*, 1972, I, 2088; Cass., 28 settembre 1968, n. 3008, in *Arch. resp. Civ.*, 1969, 784; Cass., 3 luglio 1964, n. 1738, in *Giust. Civ.*, 1964, I, 1991; Cass., 5 maggio 1955, n. 1259, in *Foro it.*, 1956, I, 375; Cass., 23 aprile 1947, n. 608, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, 430.

una forma di *responsabilità extracontrattuale*, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova»<sup>300</sup>.

Senonché, questa impostazione, che appariva oramai scontata, ha subito un arresto quando la stessa Cassazione si è pronunciata a favore della responsabilità contrattuale. Giova riportare un passo che chiarisce la nuova impostazione: «la domanda di accertamento della responsabilità precontrattuale è validamente proposta sulla base della rappresentazione di elementi di fatto idonei a dimostrare la lesione della buona fede tenuta dalla parte nel corso della vicenda, e con ciò dell'obbligo sancito dall'art. 1337 c.c.. La citata disposizione, infatti, delinea completamente la fattispecie sostanziale tutelata, costituita dal rapporto particolare che con la trattativa s'istituisce tra le parti, alle quali è normativamente imposto un obbligo di comportamento in buona fede; una fattispecie, pertanto, ben distinta dalla responsabilità aquiliana *ex art.* 2043 c.c., in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto particolare tra le parti. La violazione di quest'obbligo particolare, dunque, costituisce un caso di responsabilità compreso tra quelli indicati dall'art. 1173 c.c.. (...) La responsabilità precontrattuale, nella quale v'è certamente un contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede, presenta tutti gli elementi dell'art. 1173 c.c., sicché deve ritenersi che l'attore, il quale intenda far valere tale responsabilità, abbia l'onere di provare solo l'antigiuridicità del comportamento (la violazione dell'obbligo di buona fede) e il danno. (...) In tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, e occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi - come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui costituisce una figura normativamente qualificata - in una delle ipotesi previste nell'art. 1173 c.c.»<sup>301</sup>.

Ebbene questa visione dei giudici di legittimità non è rimasta isolata<sup>302</sup>.

---

<sup>300</sup> Cass., 26 febbraio 2013 n. 4802. Nello stesso senso Cass., 17 settembre 2013, n. 21255. Prima anche Cass., S.U., 27 febbraio 2012, n. 2926.

<sup>301</sup> Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648.

<sup>302</sup> Cass., 2 aprile 2009, n. 8038; Cass., 8 maggio 2006; n. 10490.

In particolare una sentenza dei giudici di legittimità a Sezioni Unite<sup>303</sup>, tra l'altro molto discussa per l'importanza dei quesiti trattati, ha esteso la responsabilità per inadempimento contrattuale alle ipotesi di violazione delle intese raggiunte dalle parti nel corso delle trattative.

Sino a tale pronuncia, la giurisprudenza considerava la responsabilità delle parti nella fase di negoziazione antecedente la conclusione del contratto di natura precontrattuale, in quanto, appunto, relativa a circostanze prodromiche alla stipula di tale successivo contratto. Detta responsabilità, ancorata all'obbligo di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative, sorgeva in capo alla parte che, dopo avere creato un serio affidamento nell'altra nella conclusione del contratto – anche attraverso la sottoscrizione di lettere di intenti, minute, punteggiature ed altri analoghi strumenti giuridici – ingiustificatamente si tirava indietro, interrompendo le trattative e così precludendo la conclusione del contratto di cui le parti avevano discusso e che le stesse avevano negoziato. Va detto, infatti, che proprio le intese preliminari rappresentano forse la fonte più frequente dei principali contrasti tra le parti ai fini della qualificazione e definizione del regolamento negoziale. Ebbene gli Ermellini con questa pronuncia

---

<sup>303</sup> Cass., S.U., 6 marzo 2015, n. 4628, annotata da CICERO C., *Il concetto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto "a tutele crescenti"*, in *Riv. not.*, n. 3, parte II, 2015, 608. La sentenza ha fatto scalpore in quanto ha attribuito valore vincolante ad un accordo antecedente allo stesso preliminare, sancendo il seguente principio di diritto: «in presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti *ex artt.* 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento. Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obbligano alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare». Si tenga presente, in proposito che la giurisprudenza di legittimità, intervenuta precedentemente sulla questione (Cass., 2 aprile 2009, n. 8038), ha dichiarato la nullità del cosiddetto "preliminare di preliminare", vale a dire l'atto con cui le parti, nella prima fase, si impegnano a stipulare un successivo contratto preliminare, ritenendo che «riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi ad obbligarsi a ottenere quell'effetto, darebbe luogo a una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito». Il concreto interesse della parti ad una validità giuridica a tali accordi prodromici ha, però, portato nuovamente la questione all'esame della Corte. La Seconda Sezione della Corte, infatti, con l'ordinanza del 4 marzo 2014, n. 5779, ha chiesto al Presidente di rimettere la questione alle Sezioni Unite, ritenendo meritevole di precisazioni il principio enunciato proprio in considerazione delle diverse ipotesi di compravendita immobiliare che in concreto si realizzano.



intervengono in maniera decisamente innovativa aprendo una vera e propria breccia nell'argine posto tra la fase precontrattuale e quella contrattuale. La Corte - dopo avere preliminarmente riconosciuto la configurabilità di procedimenti contrattuali gradualmente e la procedimentalizzazione delle fasi contrattuali - afferma che devono essere distinte, nell'ambito delle diverse fasi di formazione progressiva del contratto le ipotesi di mere punteggiature, in cui le parti hanno solo iniziato a discutere di un possibile affare e senza alcun vincolo fissano una possibile traccia di trattative, da quei casi in cui sussiste invece una punteggiatura 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 su quelli fissati si torni a discutere. In quest'ultima categoria vengono anche ricompresi i casi in cui la previsione del successivo accordo è dettata dal fatto 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».

I giudici di legittimità ammettono che i casi da ultimo descritti sono riconducibili ad una fase sostanzialmente precontrattuale, «in cui la formazione del vincolo è limitata a una parte del regolamento». Mancando il vincolo contrattuale, ne dovrebbe conseguire che la violazione di tali intese potrebbe essere fonte, esclusivamente, di responsabilità precontrattuale. Nei casi in cui l'intesa non è qualificabile come contratto (definitivo ovvero preliminare), mancando appunto un'intesa completa ed esaustiva sul testo contrattuale, non è possibile fare valere, in caso di violazione di quanto ivi pattuito, la responsabilità per inadempimento ovvero il rimedio di cui all'art. 2932 c.c., mentre trova applicazione - in via per così residuale - l'istituto della responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* (e sempre che via sia stata un'interruzione ingiustificata delle trattative).

La Suprema Corte, invece, interviene sul punto e stabilisce che «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». Inoltre «la violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale, per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale». Responsabilità contrattuale da inadempimento, dunque, ma relativa alla fase delle trattative, in cui il vincolo contrattuale (preliminare o definitivo), non è ancora venuto ad esistenza nella sua interezza.

Ben si comprende come l'innovazione interpretativa non sia affatto di poco conto, atteso che, tra le altre, la violazione cui consegua una responsabilità di natura precontrattuale comporta il risarcimento del solo interesse negativo (costi e spese connessi alla trattativa, oltre al ristoro per eventuali occasioni perse in pendenza di tali trattative), mentre nella responsabilità da inadempimento contrattuale, le conseguenze risarcitorie coprono anche il lucro cessante, da intendersi come il mancato guadagno conseguente al venire meno dell'affare.

In realtà i giudici, dopo aver espresso i principi suddetti, precisano che la linea interpretativa indicata dovrà essere vagliata caso per caso. Nella prassi, infatti, è ampiamente diffuso, soprattutto nell'ambito di operazioni di un certo rilievo, l'utilizzo di documenti che, nel corso delle lunghe trattative, cristallizzano i punti oggetto di negoziazione e su cui le parti abbiano trovato un accordo o abbiano raggiunto un'intesa. Ebbene a seguito di questa sentenza se le parti formalizzano durante le trattative una lettera di intenti, minute, puntualizzazioni ed altri simili strumenti largamente utilizzati, dovranno avere a mente che qualora gli stessi vengano redatti in modo che «emerge la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali» e sia in esse «identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta» dalle stesse, troverà applicazione, anziché la responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*, quella da inadempimento contrattuale, con la conseguente, distinta, disciplina applicabile.

Inoltre, da una diversa prospettiva, legata non tanto alla redazione di tali intese, bensì alla valutazione della condotta tenuta da una parte nel corso delle trattative, sulla scorta delle statuizioni di cui alla pronuncia che qui si esamina,

occorrerà ricordare che una parte potrà essere responsabile non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative, ma anche nel caso in cui rimetta in discussione punti sui quali si era già trovata un'intesa e si renda così inadempiente rispetto alle specifiche obbligazioni assunte con tale intesa. Occorrerà così valutare lo stato delle negoziazioni, al fine di stabilire non solo se la relativa interruzione comporti violazione dell'obbligo di buona fede, ma anche se l'accordo, comunque denominato, su alcuni punti, e l'eventuale rimessa in discussione di questo, possa essere qualificato quale inadempimento delle specifiche obbligazioni assunte in itinere.

Ovviamente dato l'impatto giuridico di questa pronuncia, difficile stabilire a priori se essa debba valere propriamente per le operazioni attinenti in via esclusiva alle compravendite immobiliari o se possa essere estesa ad ogni operazione economica di complessa portata. Sarà poi necessario determinare i limiti entro cui una parte può legittimamente rimettere in discussione questi obblighi in itinere che erano già determinati, senza per ciò solo incorrere in responsabilità da inadempimento contrattuale.

Infine, va ricordato che la tesi sul *tertium genus* non sembra aver preso corpo in giurisprudenza.

Appare a questo punto, dal contesto dottrinale e giurisprudenziale esaminato, che i dibattiti sulla natura giuridica della responsabilità precontrattuale non sono stati per nulla superati. Questo ovviamente, se da una parte crea maggiori incertezze, dall'altra ci consente, in riferimento al principio di non interferenza tra regole di validità e di comportamento, di maturare idee che non diano per scontata l'applicazione del rimedio risarcitorio dinanzi alla violazione di un obbligo di buona fede. In effetti, sembra evincersi, talvolta, l'intento di distaccarsi dal principio del *neminem laedere* ma non si può nascondere ogni che anche ogni altra soluzione presenta aspetti critici. Probabilmente quello più grave rimane l'attribuzione di un'ampia discrezionalità giudiziale sul sindacato delle fattispecie concrete. Accogliere la tesi della responsabilità contrattuale pone intanto il problema di valutare la soglia di rilevanza del "contatto sociale": Quando possiamo dire che il contatto tra le parti è "qualificato" così da offrire una giuridica tutela al soggetto eventualmente leso da una condotta scorretta? In

sostanza la qualificazione della fattispecie giuridicamente rilevante rimane sempre nelle mani del giudice. Ancora di più qualora trattassimo la responsabilità precontrattuale come figura giuridica autonoma: non solo il giudice potrebbe discrezionalmente sindacare sulla fattispecie concreta ma altresì sui rimedi applicabili.

In definitiva, in un contesto caotico come questo, senza alcuna presunzione di risoluzione della problematica, si proverà perlomeno ad offrire degli spunti ed a vagliare strade che a parere delle tradizionali impostazioni giuridiche non sono invece praticabili.

## SEZIONE SECONDA

### IL RIMEDIO DELLA NULLITÀ E DELLA ANNULLABILITÀ DEL CONTRATTO COME CONSEGUENZA DELLA VIOLAZIONE DEL CANONE DI BUONA FEDE NELLA FORMAZIONE DEL CONTRATTO

#### PARTE PRIMA: LA NULLITÀ VIRTUALE

**SOMMARIO:** 1. Il dovere di informazione: quando l'obbligo di informare è concretamente esigibile - 2. La violazione del dovere di buona fede ed i rimedi esperibili. La nullità virtuale - 3. I contratti di intermediazione finanziaria e l'asimmetria informativa. Il dibattito giurisprudenziale e la posizione adottata dalla Cassazione a Sezioni Unite in merito alla responsabilità degli intermediari finanziari - 4. La violazione del principio di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.* nella formazione del contratto. La caparra confirmatoria alla luce di una lettura costituzionalmente orientata

#### **1. Il dovere di informazione: quando l'obbligo di informare è concretamente esigibile**

Nonostante i vari dibattiti e le perplessità che sono stati sollevati nella presente ricerca e che creano indubbe difficoltà in merito alla figura della responsabilità precontrattuale, sembra che un punto fermo sia stato raggiunto: si considera oggetto della *culpa in contrahendo* non soltanto il recesso ingiustificato delle trattative oppure la violazione dell'obbligo di comunicazione di cui all'art. 1338 c.c., ma l'elasticità del concetto di buona fede legittima la rilevanza di altre fattispecie che prescindono tra l'altro dal fatto che si sia addivenuti oppure no alla stipula di un contratto valido. In particolare si riconosce un *dovere precontrattuale di informazione* giustificato dalla presenza del solo art. 1337 c.c. ed in difetto di una normativa ad hoc.

Ebbene, in questa nuova fase della ricerca il primo appunto che un attento lettore potrebbe forse porre, è la ragione per la quale, ai fini della comprensione del rapporto tra regole di validità e di responsabilità, il punto di partenza sia proprio il dovere di informazione. In realtà la ragione appare molto semplice e

chiara. Questo dovere rappresenta una delle massime espressioni di salvaguardia dell'utilità altrui e quindi di un comando che si manifesta in termini positivi, mostrandosi come uno dei segni più evidenti dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale. È senza dubbio il campo in cui la responsabilità precontrattuale ha visto la sua applicazione più fervida e quello che ha posto le maggiori questioni, non soltanto per la difficoltà di individuare con esattezza la linea di confine tra l'informazione giuridicamente rilevante e l'informazione irrilevante ma piuttosto quella di individuare esattamente le conseguenze discendenti dalla violazione dell'obbligo. Al riguardo si potrà discorrere di risarcimento del danno *ex art. 1337 c.c.*, di annullamento del contratto per condotta dolosa *ex art. 1439 c.c.* oppure si potrebbe azzardare ad ipotizzare una nullità virtuale *ex art. 1418, co. 1, c.c.* per violazione del precetto imperativo di buona fede. La soluzione, diciamo subito, è tutt'altro che semplice e difficilmente ci porterà ad una composizione univoca del dibattito.

La ricostruzione del problema trae le sue origini nel diritto ottocentesco ove l'ammissibilità di un dovere di informazione era totalmente esclusa nell'ambito delle trattative, in quanto, si riteneva, in ragione di una visione liberale, che ciascuna parte fosse pienamente legittimata a perseguire il suo personale interesse nelle contrattazioni, anche in contrasto con quello della controparte. Entrambi i contraenti potevano sfruttare a pieno i vantaggi derivanti eventualmente dalle proprie conoscenze e competenze senza doverle necessariamente condividere con la controparte. Non era compito dell'ordinamento rimuovere gli squilibri negoziali poiché ciascun soggetto, in questa visione, si doveva assumere i rischi discendenti dalla contrattazione. Particolari obblighi di tutela nei confronti dell'altro contraente dovevano essere assunti solo se espressamente previsti<sup>304</sup>.

Con il tempo si inizia ad avvertire un progressivo riconoscimento del dovere di informazione grazie al valore che passo a passo si riconosce alla buona fede, come dimostra, a partire dalla vigente codificazione, l'art. 1337 c.c. ma anche l'ipotesi di dolo *ex art. 1439 c.c.*, a cui la giurisprudenza riconduce, oggi, anche il dolo omissivo. In tal senso va sottolineato che la previsione di un dovere

---

<sup>304</sup> GALLO P., *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 5, 644 ss..

reciproco di informazione assume particolare importanza in quanto in grado di prevenire situazioni ove il consenso alla stipula del contratto risulti viziato e come tale determini la caducazione del contratto.

D'altronde lo dimostra anche la sempre maggiore legislazione speciale che presta solerte attenzione a questo tipo di doveri, basti in proposito sfogliare il codice del consumo per rendersi conto del valore degli stessi: l'art. 48 che prevede gli obblighi d'informazione nei contratti diversi da quelli a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali; l'art. 49, che impone obblighi di informazione per i contratti a distanza e contratti negoziati fuori dai locali commerciali e l'art. 53, sulle relative sanzioni in caso di mancato adempimento degli obblighi; gli artt. 67 *ter* e ss., che impongono particolari obblighi informativi in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori; l'art. 71 che disciplina le informazioni precontrattuali nell'ambito di contratti di multiproprietà o relativo a prodotti per le vacanze di lungo termine o contratti di rivendita e di scambio.

Al di fuori del codice del consumo obblighi di tal tenore si trovano nel D.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, in tema di ordinamento e mercato del turismo, agli artt. 37 e 38; nel D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, contenente il Testo Unico in materia bancaria e creditizia, in cui agli artt. 115 e ss., vengono indicati gli obblighi informativi che devono essere assolti dalle banche e dagli intermediari finanziari; nel D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 sul Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria ove all'art. 21 si impone l'obbligo di informare i clienti in relazione ai servizi offerti e le attività svolte.

Ma ancor prima della legislazione speciale basterebbe prestare attenzione al codice vigente: all'art. 798 c.c., si evince implicitamente un obbligo di comunicazione dei vizi della cosa da parte del donante in quanto la norma afferma che *“salvo patto speciale, la garanzia del donante non si estende ai vizi della cosa, a meno che il donante sia stato in dolo”*; all'art. 1759, *“il mediatore deve comunicare alle parti le circostanze a lui note, relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare”*; agli artt. 1892 e 1893, in materia di assicurazione, si bada alle informazioni attinenti alle qualità personali del cliente che devono essere

comunicate all'assicuratore<sup>305</sup>; all'art. 1490, co. 2, c.c., ove si impone, in un contratto di compravendita, l'obbligo per l'alienante di comunicare all'acquirente ogni circostanza, di fatto e di diritto, relativa alla prestazione oggetto del contratto (es. rischi d'uso della cosa, aspetti attinenti all'edificabilità del bene, alle sue qualità, ecc.)<sup>306</sup>.

Ebbene, il carattere settoriale delle varie discipline sembrerebbe imporre una configurabilità restrittiva degli obblighi di informazione. Ma a ben vedere, attualmente non si possono evitare generalizzazioni.

Il fatto che il legislatore abbia in questi particolari casi disciplinato espressamente gli obblighi informativi è legato all'importanza delle materie trattate nonché anche alla loro specificità. Ragion per cui si prevedono obblighi informativi precisi, tenuto conto del fatto che i contratti di cui si discorre sono, di regola, per loro natura asimmetrici e come tali richiedono maggiore protezione nei confronti del contraente debole. In proposito autorevole dottrina ha acutamente precisato che qualora il contratto venga stipulato tra un professionista ed un consumatore «l'informazione tende a mutare referente». Difatti l'oggetto di essa non è più un fatto o una caratteristica circostante o concomitante la stipulazione del contratto ma ne rappresenta una qualità giuridica specifica del contratto. L'oggetto dell'informazione diventa il contenuto stesso del contratto<sup>307</sup>.

Questo non esclude che al di fuori di tali casi non sia previsto un dovere generale di informazione da valutare nel caso concreto<sup>308</sup>. Anzi l'apparato

---

<sup>305</sup> Taluni hanno sostenuto che tra le qualità personali che dovrebbero essere comunicate all'assicuratore, vi rientrerebbero anche quelle attinenti alla propria condizione economica, sebbene a tale indirizzo si mostrino contrari i giudici di legittimità (Cass., 11 ottobre 1994, n. 8295, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1903).

<sup>306</sup> V. GALLO P., *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2004, 311 ss.

<sup>307</sup> CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, 341.

<sup>308</sup> Tale impostazione è stata per la prima volta accolta in giurisprudenza in Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e Resp.*, 2006, 25 ss, con nota di ROPPO V. – AFFERNI G., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, ove si evince che l'espressa qualificazione dell'art. 1337 c.c. come clausola generale ne determina un duplice dovere: da una parte l'astenersi dal tenere condotte maliziose e dall'altra di fornire a controparte tutte le informazioni rilevanti per la stipulazione del futuro contratto. La pronuncia di legittimità detta principalmente una regola di principio che accoglie, contrariamente a quanto si riscontrava precedentemente, l'integrazione di una responsabilità precontrattuale anche qualora il contratto sia stato validamente stipulato pur sussistendo la violazione di una regola comportamentale nel corso delle trattative. La formula ampia dell'art. 1337 c.c. consente dunque non solo di andare oltre alle sole ipotesi di recesso *sine*



normativo è proprio rivelatore di una tendenza sempre più spiccata volta a moralizzare e rendere trasparente le fasi antecedenti alla conclusione del contratto. Si evince proprio l'esigenza di un'anticipazione delle tutele, proprio perché, come a suo tempo sottolineato, è in tale fase che le parti valutano la convenienza del loro affare, meditano sui rischi patrimoniali discendenti dal vincolo contrattuale. È in questo momento che formano il loro consenso al perfezionamento del negozio sicché quest'ultimo deve essere il più possibile consapevole. Consapevolezza a cui si addivene solo se entrambi i contraenti sono informati correttamente su tutti gli aspetti essenziali del contratto. L'esigenza dunque è proprio quella di mantenere inalterati gli equilibri nelle relazioni contrattuali, laddove si vengano a creare situazioni di affidamento su date capacità, competenze e professionalità che una parte rimette nell'altra, soprattutto dinanzi ad una contrattazione "*individuale fra pari*". A questo tipo di contratti sembra rivolgersi in primis l'art. 1337 c.c. e non necessariamente a dei contratti asimmetrici.

In tale contesto preme, però, precisare il reale contenuto del dovere di informazione in quanto non sarà certamente ravvisabile una responsabilità precontrattuale ogni qualvolta si verifichi durante le trattative una qualsiasi omissione comunicativa circa un aspetto del contratto. Sicuramente vi sono degli indici che vanno tenuti presenti quali per esempio la qualità delle parti in relazioni ad una loro specifica veste professionale, la natura del contratto, le circostanze nelle quali è stato stipulato, gli usi praticati in un determinato settore commerciale o di impresa. Appare molto esaustivo al riguardo il passo di una pronuncia dei giudici di legittimità in cui si afferma che «è proprio la natura del rapporto e la

---

*causa* o di contratto non validamente concluso. La *ratio* della norma consente di estendere ad ampio raggio le fattispecie di responsabilità precontrattuale e per questo se è espressione del principio di buona fede oggettiva, il dovere di informazione dovrà valere in generale per ogni tipo di contrattazione e non invece come un *obiter* valevole solo per le fattispecie in cui viene tipicamente richiamato. Ciò che realmente conta non è allora la definitiva individuazione delle fattispecie sanzionabili *ex art.* 1337 c.c., ma il precetto che vi sta alla base, determinato dalla possibilità, di estendere l'ambito della responsabilità precontrattuale in ragione dell'evolversi, nell'ambito giuridico-sociale, della nozione di scorretta precontrattuale. Per un ulteriore commento alla sentenza in esame v. anche MERUZZI G., *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. e impr.*, 2006, 944 ss.. Ancora, in Cass., 26 aprile 2012, n. 6526, si legge «la responsabilità prevista dall'art. 1337 c.c., oltre che in caso di rottura ingiustificata delle trattative, può derivare dalla violazione dell'obbligo di lealtà e che si concretizza nella necessità di osservare il dovere di completezza informativa circa la reale intenzione di concludere il contratto, senza che alcun mutamento delle circostanze possa risultare idoneo a legittimare la reticenza o la maliziosa omissione di informazioni rilevanti nel corso della prosecuzione delle trattative finalizzate alla stipulazione del contratto».

qualità delle parti a dover guidare l'interprete nel valutare i limiti di esigibilità dell'informazione, in relazione alla probabilità di affidamento di una parte nella competenza professionale richiesta nell'altra e dalla natura della prestazione dedotta in obbligazione»<sup>309</sup>. In sostanza si potrebbe affermare la necessità che l'informazione taciuta abbia rilevanza per il soddisfacimento degli interessi che una parte ritiene di poter ottenere con la conclusione di quel contratto (per es. sono essenziali le informazioni attinenti l'oggetto del contratto, volte a garantire che lo stesso risponda alle caratteristiche richieste).

D'altra parte si ritiene che il dovere di informazione risponda anche all'esigenza di solidarietà in quanto espressione della buona fede.

In realtà queste locuzioni appaiono pressoché astratte. Stabilire in generale che cosa una parte debba comunicare all'altra in sede di trattativa è tutt'altro che semplice in quanto a rigor di logica si richiede un'analisi della fattispecie concreta. Lo sforzo dogmatico sarà allora quello di stabilire entro quali limiti l'osservanza del dovere di informazione sia concretamente esigibile. In altre parole, *quando le parti sono tenute a rivelarsi notizie rilevanti ai fini della conclusione del contratto?*

Intanto, come prima cosa, occorre operare una sorta di bilanciamento tra due opposte esigenze: da una parte il dovere di informare e dall'altra l'onere di informarsi.

Al riguardo si è giustamente osservato che qualora sussista un dovere di informare a carico di una parte rispetto all'altra, significa che tra le due esiste una disparità in ordine alla possibilità di accedere all'informazione stessa<sup>310</sup>. Pertanto, se quest'ultima riveste importanza tale da poter influire sull'assetto di interessi delle parti, inducendole ad accogliere positivamente oppure no la conclusione del contratto, è ovvio che quella delle due che ne è a conoscenza è tenuta a rivelarla all'altra. Conseguentemente, il contegno reticente del contraente informato, che altresì approfitti dell'inconsapevolezza della controparte, non può che determinare

---

<sup>309</sup> Cass., 11 ottobre 1994, n. 8295.

<sup>310</sup> MANTOVANI M., *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349 c.c.*, in *Comm. cod. Civ.*, Gabrielli E. (diretto da ), Milanofiori Assago, 2011, 457 ss.. V. anche DE NOVA G., *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, 705 ss.

una violazione del canone di buona fede ed integrare una forma di responsabilità precontrattuale.

È sicuramente differente la situazione nella quale entrambe le parti hanno libero accesso all'informazione rilevante per la determinazione del regolamento negoziale, sicché, in tal caso, incombe in entrambe l'onere di reperire l'informazione utile ai fini del raggiungimento dell'accordo. Ognuna delle parti è infatti autonomamente responsabile in ordine ai rischi derivanti dalla stipulazione del contratto ed una valutazione errata degli stessi potrà essere addossata alla negligenza di quella che non si sia adeguatamente informata su tutti gli aspetti salienti della negoziazione (c.d. *principio di autoresponsabilità*). Non si potrà in una siffatta fattispecie attribuire la responsabilità dell'affare sconveniente alla controparte, dato che le parti si trovano in una posizione egualitaria in relazione ad ogni circostanza del contratto<sup>311</sup>. Ne discende, quale immediato corollario, che colei che non rileva un'informazione essenziale per il perfezionamento del contratto non pone in essere una condotta scorretta sanzionabile.

C'è poi un altro profilo da considerare. Occorre comprendere quando esiste un dovere di informare e quando invece il soggetto ha il diritto di ritenere per sé l'informazione potendola sfruttare a proprio vantaggio.

L'equilibrio tra questi due aspetti è stato studiato in relazione ad una indagine economica di mercato, in forza della quale l'informazione viene considerata un bene giuridico oggetto di appropriazione e sfruttamento<sup>312</sup>. In tal senso sarebbe contrario ad un generale principio di efficienza economica imporre alla parte che ha ottenuto l'informazione mediante una mirata e costosa ricerca, la condivisione della stessa con la controparte negoziale. Ammettere il contrario da una parte significherebbe, con molta probabilità, disincentivare il contraente alla ricerca di dati rilevanti per il contratto, dall'altra potrebbe favorire condotte di mala fede in quanto, la parte meno propensa a "spendere" in termini di tempo e di

---

<sup>311</sup> MANTOVANI M., *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349 c.c.*, cit., 458 ss.

<sup>312</sup> KITCH W., *The law and Economics of Rights in Valuable Information*, in *9 J. Leg. Stud.*, 1980, 683; KRONMAN T., *Mistake, Duty of Disclosure, Information and the Law of Contracts*, in *Journal of Legal Studies*, VII, 1978, 4 ss.; MACKAY E., *Economics of Information and Law*, Boston, 1982; THEIL H., *Economics of Information Theory*, Chicago, 1967. La tesi è stata ulteriormente esaminata e ripresa da VILLA G., *Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi alla ricerca di informazioni*, in *Quadr.*, 1988, 286 ss. Vedi anche GALLO P., *Introduzione al diritto comparto. Analisi Economica del diritto*, III, Torino, 1998, 37.

denaro sull'acquisizione di informazioni utili, potrebbe profittare della maggiore diligenza della controparte.

Si pone invece su un piano economico differente l'ipotesi in cui l'acquisizione delle informazioni sono facilmente accessibili e non importano costi. In questo caso non sembrerebbe sussistere ostacolo alla condivisione delle stesse<sup>313</sup>.

Orbene, il fascino di queste argomentazioni, derivanti dai sistemi di *common law*, improntati all'economicità, al mercato e all'assunzione del rischio contrattuale, perde però interesse in sistemi di *civil law* come il nostro, ove (apparentemente) ancor prima che finalità individualistiche ed egoistiche sembra che il contratto possa correttamente perfezionarsi solo se venga rispettata fin dal principio la lealtà negoziale tale da rendere il contratto stesso ragionevolmente equilibrato tra le parti. Ebbene, se questa è l'idea attuale di contratto, difficilmente è possibile affermare che colui che acquisisce informazioni in maniera dispendiosa possa legittimamente non condividerle con l'altro contraente<sup>314</sup>.

A mio avviso, l'impostazione non può però essere così rigida, nel senso che il criterio delle "modalità" di reperimento delle informazioni non va escluso a priori, soprattutto se entrambe le parti si trovano nella medesima condizione di poterle acquisire. Non sarebbe altrettanto irragionevole imporre ad una parte, che si è adoperata con difficoltà al fine di ottenere ogni dato, ogni elemento utile per la definizione del regolamento negoziale, di condividere gli stessi con la controparte che è rimasta inerte magari solo per non curanza? D'altronde il contratto è volto alla regolamentazione di interessi patrimoniali ai sensi dell'art. 1321 c.c., pertanto ogni parte è legittimata a raggiungere tale obiettivo in ogni modo, purché le modalità siano lecite e non pregiudichino la sfera giuridica altrui. Nella fattispecie indicata, però, la parte subisce il pregiudizio non perché non è stata adeguatamente informata, ma perché ella non si è adoperata diligentemente per tutelare i propri interessi. E se il contraente per primo, scientemente, non cura

---

<sup>313</sup> KRONMAN, *Mistake, Duty of Disclosure, Information and the Law of Contracts*, op. cit., 13.

<sup>314</sup> MANTOVANI M., *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349 c.c.*, cit., 460.

la propria posizione non si vede perché dovrebbe farlo l'ordinamento offrendo una qualsivoglia protezione<sup>315</sup>.

Ovviamente diverso è se una delle parti non è nella condizione di accedere alla notizia anche usando la massima diligenza. In tal caso esiste una situazione di asimmetria informativa insita nella natura stessa del contratto (si pensi all'ipotesi di un contratto tra professionista e consumatore, ove quest'ultimo non ha competenze tecniche attinenti al particolare settore di cui richiede il servizio). Ritengo che in tal caso possiamo davvero discorrere di condotta scorretta qualora la controparte non la condivide, proprio perché informare vuol dire trasparenza, volta a garantire una scelta consapevole per il perfezionamento del contratto.

In definitiva, le notizie vanno rivelate e messe a disposizione della controparte contrattuale qualora queste siano essenziali e rilevanti ai fini della determinazione delle condizioni del contratto, tenuto però conto che vi debba essere un punto di equilibrio tra la trasparenza negoziale e l'autoresponsabilità di ognuno. Ovviamente questo non potrà essere valutato astrattamente ma avuto riguardo ad una serie di circostanze, riscontrabili nel caso concreto, tra cui la qualità, la diligenza e la posizione delle parti in relazione a quel dato rapporto giuridico (es. se si tratti di contratto standard o individuale; impersonale o *intuitus personae*; l'intensità della trattativa; le competenze professionali delle parti; ecc.).

## **2. La violazione della buona fede ed i rimedi esperibili. La nullità virtuale**

Una volta definiti i confini applicativi del dovere generale di informazione ed accolto l'orientamento secondo cui esso assume rilevanza in forza della clausola generale di cui all'art. 1337 c.c., è importante indagare sui rimedi praticabili a tutela della parte lesa ovvero colei che, a causa di un'incolpevole mancata cognizione delle condizioni contrattuali, non è in grado di valutare in maniera esaustiva la convenienza dell'operazione economica.

Come più volte anticipato, la questione investe inevitabilmente il più ampio dibattito attinente al rapporto tra le regole di validità e le regole di

---

<sup>315</sup> Sull'importanza dell'informazione come bene giuridico all'interno del mercato e di come i soggetti possono farne uso per ottenere vantaggi, v. GALLO P., *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, cit., 647 ss..

comportamento. Il *principio di non interferenza* tra le stesse è frutto di un apparato dogmatico consolidato, il quale prevede che dinanzi alla violazione di una regola comportamentale, quale nella specie lo stesso art. 1337 c.c., l'unica sanzione ammissibile è quella risarcitoria, escludendo che dalla stessa possa derivare anche l'invalidità del contratto<sup>316</sup>.

L'assunto, non infrequente in ambito dottrinale, poggia sul presupposto che la clausola generale di buona fede non possa a tutti gli effetti rivestire il ruolo di fonte cogente di integrazione contrattuale, dovendosi qualificare piuttosto come «criterio ermeneutico di esplicitazione di doveri o condizioni implicite nel contenuto dell'accordo (...) oppure (...) criterio di determinazione delle modalità esecutive e quindi di valutazione dell'esattezza dell'esecuzione del contratto»<sup>317</sup>.

Appare così più chiara, in questo momento, la ragione per la quale nella presente ricerca, si è partiti dall'analisi del contenuto del canone di buona fede<sup>318</sup>.

La problematica, di tutta evidenza, si aggira sempre sulla funzione che lo studioso attribuisce alla buona fede nella fase di formazione del contratto e delle trattative. Proprio in questa prospettiva non possiamo fare a meno di ribadire che il concetto di buona fede si è evoluto nel corso del tempo acquisendo nell'ambito socio-giuridico un valore molto più pregnante e completo, tenuto conto dell'iter storico in forza del quale si è addivenuti ad un riconoscimento esplicito della responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*

Ebbene, la *ratio* e la stessa struttura della norma, ci dimostrano come il concetto di buona fede non lo si possa ridurre a mero criterio interpretativo e valutativo delle condotte.

Quanto detto è confermato da una fiorente prassi applicativa. Lo abbiamo visto in tutti quei casi in cui si discorre di *presupposizione*, ove mediante una *fictio iuris* si richiama impropriamente l'art. 1366 c.c., in quanto è in sede ermeneutica che si accerta la sussistenza della rilevanza di un presupposto

---

<sup>316</sup> Per un'attenta ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale in materia cfr. BARALDI M., *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, 501.

<sup>317</sup> MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 9 e 17. Nella stesso senso cfr. tra gli altri, BARCELONA P., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 202 ss.; FERRARA CARIOTA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano* (1948), rist., Napoli, 2011, 33; SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 171; ROMANO S., *Voce Buona fede*, cit., 680; TRABUCCHI A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, op. cit., 105 ss..

<sup>318</sup> V. *supra*, cap. II.

implicito determinante per la stipula del contratto. Un'analisi più accorta ha però messo in luce come l'attività giudiziale, in realtà, non è meramente interpretativa ma integrativa, posto che inevitabilmente il giudice corregge il regolamento negoziale in ragione di un principio di lealtà e correttezza tra le parti. Ma non solo. Lo si riscontra in generale nella necessità sempre più forte, avvertita a livello normativo e giurisprudenziale, di moralizzare il procedimento di formazione del negozio al fine di garantire trasparenza, chiarezza e piena cognizione del contenuto regolamentare. Solo una condotta che induce la controparte ad una stipulazione consapevole rimuove il rischio di generare un consenso viziato. Evidente che siffatta esigenza potrà essere soddisfatta solo qualora si attribuisca al dettato normativo di cui all'art. 1337 c.c. un valore elastico ma soprattutto autonomo. La buona fede, introduce nell'ordinamento un ulteriore obbligo rispetto a quello dell'adempimento della prestazione principale esplicitata. La buona fede sussiste come principio superiore valevole per qualsiasi rapporto contrattuale, ragion per cui, affinché essa venga rispettata non è necessario che preesista una norma specifica tale da definirne il dovere comportamentale da adottare da parte dei futuri contraenti. La buona fede precontrattuale è un concetto atipico che per essere definito richiede un contatto immediato con la fattispecie concreta. E seppur questo possa sfociare in una espansione del sindacato giudiziale sull'autonomia privata, accogliere un'interpretazione differente dell'art. 1337 c.c., per le ragioni più volte espresse, significherebbe svilirne la portata.

In tal senso, la conferma di ogni utile argomentazione a sostegno dell'ampia valutazione del canone di buona fede è senza dubbio la Carta Costituzionale. Una lettura costituzionalmente orientata della clausola di buona fede fa sì che le parti siano tenute non solo ad eseguire quanto espressamente previsto nel regolamento contrattuale ed a tenere i comportamenti imposti in via integrativa dalla legge, dagli usi e dall'equità, ma anche a porre in essere tutte quelle condotte necessarie a preservare in maniera solidale l'interesse della controparte proprio in virtù del *principio di solidarietà sociale* di cui all'art. 2 Cost.. Questi obblighi ulteriori ed accessori sono ascrivibili ad entrambe le parti, seppur preventivamente non determinati in via astratta. Ciò consente non solo di tutelare il contraente debole in tutte quelle occasioni in cui il contratto è per sua

natura asimmetrico, come accade per esempio nei contratti standard o per adesione, ma altresì si vuole evitare qualsiasi tipo di condotta che risulti antieconomica per una parte come l'intraprendere inutilmente una trattativa che poi non è sfociata, *sine causa*, in alcun contratto ovvero è sfociata in un contratto risultato invalido oppure valido ma sconveniente.

La certezza del diritto ed il limitare il potere del giudice, sono valori da una parte irrinunciabili, ma dall'altra vanno temperati all'esigenza di vietare discriminazioni irragionevoli in forza dei principi di solidarietà ed uguaglianza valevoli anche nell'ambito contrattuale (artt. 2 e 3 Cost.).

Quanto detto, apre il varco ad una nuova riflessione sul principio di non interferenza. Meditare nel senso sopracitato, rende il concetto di buona fede espressione di una *norma imperativa ed inderogabile* dalle parti, sicché la sanzione ascrivibile a seguito della sua violazione non sarebbe identificabile nel solo rimedio risarcitorio ma si potrebbe estendere (forse) all'invalidità del contratto.

L'aggancio normativo si rinviene nell'art. 1418, co. 1, c.c. il quale sancisce che "*il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative*". La norma identifica l'ipotesi probabilmente più problematica della nullità contrattuale, definita come *nullità virtuale*, a voler sottolineare che è compito dell'interprete, diversamente dalla *nullità testuale* (art. 1418, co. 3, c.c.), comprendere di volta in volta quando ci si trovi dinanzi ad una norma imperativa la cui violazione determini l'invalidità del contratto. Il contratto si considera nullo a prescindere da una norma che lo dichiari espressamente tale.

Il quesito non è di semplice soluzione ed è reso ancor più difficoltoso se si considera il fatto che è lo stesso legislatore a creare ambiguità. Avviene sempre più di frequente, infatti, che quest'ultimo nel prevedere determinate regole di condotta ometta di disciplinare l'aspetto rimediabile azionabile in caso di loro violazione. Questo dato è evidente, quanto altrettanto giustificato, nell'ordinamento comunitario ove il legislatore spesso non prevede i rimedi esperibili lasciando "in bianco" una data normativa. La tecnica legislativa è comprensibile. Normalmente una legge comunitaria, in quanto destinata ad ordinamenti diversi fra loro e che hanno già un apparato sanzionatorio riferibile ad



un particolare ambito giuridico, per esempio quello contrattuale, tende a non dettare una disciplina rigorosa e stringente. L'esigenza è proprio quella di prevedere delle linee guida, anche sufficientemente dettagliate, ma che lasciano un margine di libertà tale da consentire la conformazione della normativa dei vari ordinamenti interni con quella comunitaria<sup>319</sup>.

Ciò che, invece, appare meno plausibile è quando a rendere incerta la regola è lo stesso legislatore interno, il quale non disponendo nulla riguardo la sanzione riferibile alla violazione di una determinata condotta, apre la strada a dibattiti tra le varie soluzioni applicabili al caso concreto. Questo è quanto accade in riferimento all'art. 1337 c.c. ove, sebbene vada riconosciuto il merito al legislatore del 1942 di aver tipizzato per la prima volta la responsabilità precontrattuale, fugando ogni dubbio circa la rilevanza giuridica delle condotte scorrette nella fase antecedente alla conclusione del contratto, non vi è certezza alcuna sulla sanzione. L'omissione normativa, in questi termini, determina la necessità di indagare all'interno dell'ordinamento quale sia il rimedio preferibile.

Comunemente si afferma nella tradizione giuridica che dalla responsabilità precontrattuale discenda necessariamente una sanzione di carattere risarcitorio, soprattutto se si accoglie la tesi della natura aquiliana *ex art. 2043 c.c.*. D'altronde, ad ulteriore riprova, esiste la norma di cui all'art. 1338 c.c. che prevede espressamente l'obbligo del risarcimento del danno. A ben vedere, proprio sotto quest'ultimo assunto, la tesi del risarcimento non sembrerebbe convincere, se consideriamo il fatto che proprio ponendosi l'art. 1338 c.c. come fattispecie speciale rispetto a quella generale di cui all'art. 1337 c.c., non potrebbe essere

---

<sup>319</sup> Questa appena descritta è la funzione propria della Direttiva. Si legge in Corte Giust., 10 aprile 1984 C-14/83, che «la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Benché si lasci agli Stati Membri la libertà di scegliere il modo ed i mezzi destinati a garantire l'attuazione della direttiva, questa libertà nulla toglie all'obbligo, per ciascuno degli Stati destinatari, di adottare, nell'ambito del proprio ordinamento giuridico, tutti i provvedimenti necessari per garantire la piena efficacia della direttiva, conformemente allo scopo che essa persegue». Ne discende che «gli Stati Membri sono obbligati ad adottare provvedimenti che siano sufficientemente efficaci per conseguire lo scopo della direttiva ed a far sì che tali provvedimenti possano essere effettivamente fatti valere dinanzi ai giudizi nazionali dagli interessati. (...) Detti provvedimenti possono, per esempio, comprendere disposizioni che contemplino un adeguato risarcimento pecuniario (...) fatta la salva, *ove la direttiva non imponga una sanzione determinata, la libertà per gli Stati Membri di scegliere fra le varie soluzioni atte a conseguire lo scopo*».

assunta quale regola sanzionatoria assoluta valevole per ogni fattispecie di responsabilità precontrattuale.

È comprensibile, dunque, che nel silenzio della legge la questione non venga trattata in maniera univoca sicché l'intento è quello, perlomeno, di lasciare spazio ad una ulteriore verifica sull'intero panorama rimediale presente nell'ordinamento. In particolare è ragionevole, riflettere sull'eventuale configurabilità di rimedi invalidanti il contratto che possano essere estesi a quelle fattispecie in cui manca l'indicazione della sanzione applicabile. Il riferimento è quindi alla *nullità virtuale ex art. 1418, co. 1, c.c.*

Il rimedio crea non pochi problemi interpretativi in riferimento alla necessità di stabilire se, in materia, operi il principio in virtù del quale la previsione di una nullità abbia carattere tassativo, oppure se, contrariamente, dalla norma *de qua* si possa desumere che il contratto posto in essere in violazione di una norma imperativa ed in assenza di una esplicita previsione legislativa, debba comunque considerarsi nullo. Effettivamente, pur sussistendo un principio di tassatività nel sistema delle invalidità contrattuali, affermare che senza una previsione espressa non vi possa mai essere nullità, sarebbe come rendere vana la norma di cui al comma 1 dell'art. 1418 c.c., posto che la sua applicazione si ridurrebbe ad ipotesi meramente marginali se non addirittura a casi di scuola non concretamente realizzabili. Contrariamente, appare più conforme al tenore della norma, che il legislatore abbia voluto prevedere una regola che consenta di invalidare l'atto poiché contrario ad una norma imperativa, seppur quest'ultima non lo espliciti testualmente. E si badi che questo non aprirebbe un varco incontrollabile all'esperibilità delle azioni di nullità, posto che l'inciso finale dell'art. 1418, co 1, c.c., "*salvo che la legge disponga diversamente*", consente al legislatore di escludere il rimedio della nullità ogniqualvolta, pur dinanzi alla violazione di una norma imperativa, ritenga maggiormente efficace altra sanzione a protezione dei soggetti privati ovvero ritenga la nullità, in virtù di un principio di conservazione del contratto, oltremodo eccessiva e gravosa per le parti qualora queste nel concreto abbiano interesse a mantenere in vita il negozio. In altre parole, qualora vi sia la previsione di una sanzione diversa dalla nullità, quest'ultima non potrà essere applicata. Essendo un rimedio radicale, che porta

alla cancellazione del contratto dalla sfera giuridica, travolgendo ogni suo effetto *ab origine* sia tra le parti che nei confronti dei soggetti terzi, la nullità virtuale diventa in tal senso una tutela residuale.

Ecco che, dinanzi a queste premessa, appare più comprensibile ripensare all'invalidità del contratto in forza della violazione della regola imperativa di buona fede *ex art. 1337 c.c.*. Questa impostazione, che può a primo impatto apparire inammissibile, mette in evidenza come aspetti prima indiscussi, oggi non sono più così scontati.

Lo dimostra il principio di tipicità delle invalidità che sempre più vacilla a seguito della previsione nel diritto vivente di nuove fattispecie concrete che necessitano di una regolamentazione giuridica. Si pensi al riguardo al dolo omissivo, che seppur non integrando una condotta attiva di artifici e raggiri, viene inquadrato nella categoria dei vizi del consenso. Si pensi alla differenza tra l'annullabilità e la nullità, nel codice nettamente distinte fra loro e che attualmente, con l'introduzione di nuove normative speciali, perdono le loro caratteristiche originarie<sup>320</sup>. Al riguardo, il rimedio della nullità e dell'annullabilità si pongono come uno degli snodi più critici del diritto dei contratti. Si parte da una visione rigorosa ed indiscussa di tali rimedi tipici e strettamente riservati alle ipotesi determinate dalla legge, la cui applicazione segue esclusivamente la disciplina codicistica. In particolare *“la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse”*, così ammettendo una legittimazione assoluta di agire e *“può essere rilevata d'ufficio dal giudice”* (art. 1421 c.c.). Diversamente *“l'annullamento del contratto può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge”* (art. 1441, co. 1, c.c.) e non può essere rilevato d'ufficio. Ebbene, questa distanza così forte tende ad assottigliarsi

---

<sup>320</sup> In materia di invalidità v. CARIOTA FERRARA L., *Annulabilità assoluta e nullità relativa*, in AA. VV., *Studi in memoria di Bernardino Scorza*, Roma, 1940; CONSO G., *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1955; DE GIOVANNI B., *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, rist. 2012; FEDELE A., *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, 326; FRANZONI M., *Il contratto annullabile*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, 165; GALGANO F., *Simulazione, nullità, annullabilità*, in *Comm. cod. Civ.*, . Scialoja – Branca (diretto da), Bologna, 1998, 79; IRTI N., *Concetto giuridico di “comportamento” e invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2005, 1053 ss.; SACCO R., *Voce Nullità e annullabilità*, *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 455 ss., *Id.*, *Le invalidità*, in Sacco R. - De Nova G.(a cura di), *Il contratto*, II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1993, 475 ss.; SCALISI V., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 202; TOMMASINI R., *Voce Invalidità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 575 ss..

con l'introduzione delle c.d. *nullità di protezione*<sup>321</sup>. In tal senso va nominata ancora una volta la disciplina consumeristica che, prevedendo in caso di clausole vessatorie, una nullità di protezione delle stesse, tutela questa volta non un interesse generale ma individuale sicché la nullità sarà azionabile solo dalla parte il cui contratto possa arrecare pregiudizio ed è rilevabile solo su istanza di parte (nullità relativa).

In ragione di ciò, se prima appariva inverosimile poter ammettere il rimedio della nullità al di fuori delle ipotesi strettamente previste, a tutela della sicurezza e della speditezza dei traffici, oggi non è così strano attribuire l'azione di nullità del contratto alla parte che è stata lesa dalla condotta scorretta altrui nella fase di formazione del contratto violando il canone di buona fede<sup>322</sup>.

L'introduzione in ambiti sempre più ampi della nullità relativa dimostra come il concetto stesso di nullità debba essere conformato alle nuove esigenze socio-economiche. La nullità necessita di una disciplina dinamica in modo che possa conseguire da clausole generali come la buona fede ma anche diverse da essa come l'ordine pubblico e il buon costume nonché da principi costituzionali, in base alle esigenze concrete.

È evidente, allora, il riavvicinamento tra la disciplina dell'annullabilità e della nullità, come è altrettanto evidente che la nullità subisce di per sé uno scossone del suo apparato originario che non è più così saldo.

Orbene, in un contesto normativo così variegato, che mette in discussione categorie giuridiche radicate nella tradizione del nostro ordinamento, non è così strano che si rimediti sul profilo rimediale della responsabilità precontrattuale nel senso della nullità virtuale, tenuto conto della complessità delle operazioni economiche i cui rischi, la convenienza dell'affare e le condizioni contrattuali, non sono sempre così facilmente comprensibili per un uomo di media diligenza, tra l'altro spesso soggetto a speculazioni. Dinanzi ad un particolare contratto ove sussista per sua natura un contraente "debole", in quanto non ha partecipato alla

---

<sup>321</sup> GIOIA G., *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e Impr.*, 1999, 1332 ss.; GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008; LA SPINA A., *Destruzzurazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012; PUTTI P.M., *La nullità parziale: diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002; RIZZUTI M., *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015.

stesura (unilaterale) del regolamento negoziale, ci si chiede se il contratto possa essere posto nel nulla qualora il contraente “forte” abbia omesso di offrire ogni informazione utile alla controparte per addivenire ad una stipulazione consapevole. Stesso quesito per i contratti che si esplicano mediante una trattativa individuale e che pur essendo le parti in una posizione paritaria, ciononostante incombe su entrambe, nei termini su esaminati, il dovere di riferirsi vicendevolmente tutte le informazioni essenziali per il futuro contratto qualora alcune di esse non siano accessibili ad entrambe. L’esigenza in questo caso è quella di rimuovere il pregiudizio sofferto dal contraente che subisce la condotta di mala fede della controparte. È evidente, però, che il risarcimento del danno, non sempre risulta la soluzione maggiormente soddisfacente<sup>323</sup>.

È oramai noto che le regole di validità e le regole di comportamento, pur avendo come fondamento unitario la buona fede – intesa «come criterio di equo contemperamento degli interessi a garanzia di esigenze di solidarietà e giustizia»<sup>324</sup> - sono fra loro distanti in ragione della diversa funzione che assolvono all’interno dell’ordinamento. Si dice che le regole di validità attengono alla struttura della fattispecie in quanto sono volte a garantire che il regolamento di interessi rispecchi lo schema legale, per questo si definiscono statiche. Come

---

<sup>323</sup> Al riguardo è necessaria una precisazione. Seppur non sia oggetto del presente studio l’aspetto relativo alla quantificazione del danno risarcibile, esso merita una breve menzione in quanto potrebbe essere utile per comprendere meglio l’inadeguatezza del rimedio. Comunemente quando il contratto non si conclude a causa di un recesso ingiustificato dalle trattative o qualora vi sia la conclusione di un contratto non valido o inefficace, si afferma che il risarcimento debba essere commisurato solo all’interesse negativo. In sostanza, l’interesse tutelato è quello di non essere coinvolto in trattative inutili o quello di aver fatto affidamento su un contratto che è poi risultato invalido o inefficace. La parte lesa otterrà quindi un risarcimento avente ad oggetto le spese inutilmente sostenute (danno emergente) nonché un compenso per le favorevoli occasioni perdute nel corso delle trattative (lucro cessante). Ora, nella particolare ipotesi di stipulazione di contratto valido ma sconveniente, si afferma di regola, che l’interesse che verrà risarcito non è propriamente quello negativo ma è quello parametrato alla differenza tra la minore convenienza dell’operazione economica ovvero il minor vantaggio o maggior aggravio economico derivante dal contegno sleale di una delle parti, rispetto ai vantaggi che si sarebbero ottenuti con una stipulazione conveniente. A ben vedere, anche in quest’ultimo caso, una mera compensazione in denaro non elimina la condizione pregiudizievole che consiste nel fatto di continuare ad essere vincolato ad un contratto che non rispecchia i propri interessi. In tali circostanze è possibile, allora, che una soluzione più efficace in caso di violazione dell’obbligo informativo – così come in altre ipotesi di contegno di mala fede - possa essere l’invalidità del contratto in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 1337 e 1418, co. 1, c.c.. In sostanza la condotta contraria a buona fede si pone in antitesi con un precetto imperativo da cui discende la nullità dell’atto. Avvalorare questa soluzione significa farne discendere, come legittimo corollario, l’interferenza tra regole di validità e regole di comportamento.

<sup>324</sup> PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, op. cit., 104 ss.

tale assolvono un'esigenza di certezza dei fatti giuridici. Diversamente le regole di comportamento hanno una funzione dinamica in quanto dirette a regolare le modalità della condotta reciproca dei contraenti, mirando a garantire la giustizia sostanziale del loro rapporto<sup>325</sup>. In ragione di questa diversità la giurisprudenza nega che da una regola comportamentale possa discendere l'invalidità dell'atto. In particolare si è affermato tra i giudici di legittimità che i doveri di correttezza e buona fede sono principi di carattere generale affermati dal legislatore con riferimento «ai rapporti precontrattuali ed all'interpretazione ed esecuzione, ma non con riferimento al contenuto del medesimo, nel senso che (eccezion fatta per l'eventualità che la violazione di detti doveri si trovi ad integrare anche una delle specifiche ipotesi previste dalla normativa in tema di nullità o annullabilità) i contraenti possono comporre i loro contrapposti interessi come meglio credono concordando liberamente detto contenuto contrattuale; e proprio in ragione di tale libertà non possono poi (dopo la stipulazione) far valere l'asserita contrarietà di una o più clausole ai doveri in questione (salvo che nei casi specificatamente stabiliti dal legislatore). In altri termini non esiste certamente un principio generale di applicabilità dei principi di correttezza e buona fede anche nel momento genetico del negozio e con riferimento al suo contenuto. Né tantomeno esiste un principio generale secondo il quale la violazione di tali principi produce di per sé nullità o annullabilità»<sup>326</sup>.

La pronuncia è chiara nell'affermare che al di fuori delle ipotesi tipiche di nullità ed annullabilità del contratto non è possibile invalidare il contratto. Da una parte non è possibile dichiarare la nullità in quanto la violazione dell'obbligo di buona fede non incide sulla struttura negoziale e pertanto non determina un vizio genetico dell'atto. Oltretutto, la buona fede esprime una regola di condotta da cui non si può prescindere ma nel contempo non fa parte del contenuto del contratto. È come se rappresentasse una regola di “*buon senso*” attinente principalmente alla sfera della morale e dell'etica ancor prima che alla sfera giuridica. Rende l'idea in maniera esaustiva Benatti quando afferma che «la buona fede è una norma sociale

---

<sup>325</sup> PERLINGIERI G., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 c.c.*, Napoli-Roma, 2003, 63 ss.

<sup>326</sup> Cass., 30 dicembre 1997, n. 13131, in *Rep. Foro it.*, 1997, Voce *Contratto in genere*, n. 259.

pregiuridica»<sup>327</sup>. È un principio che dovrebbe essere rispettato indipendentemente da un'apposita norma sicché se questo la rende principio inderogabile dalle parti, dall'altra non la rende una regola il cui mancato rispetto possa incidere sulla validità del contratto. Essa è volta alla valutazione del contegno delle parti nelle varie fasi contrattuali, serve a comprendere fino a che punto deve spingersi lo sforzo diligente dei soggetti al fine di addivenire alla conclusione del contratto qualora le trattative siano già state avviate ovvero al fine di garantire il perfezionamento di un negozio di cui si ha piena cognizione del regolamento.

Questa visione, che continua dunque a creare una separazione concettuale ed applicativa tra le regole di validità e di condotta, se per certi versi è ancora ostentata, probabilmente in forza di una tradizione giuridica ancor troppo radicata, d'altra parte non appare più così netta.

È indubbio che ciò che ha inciso maggiormente sull'evoluzione di tale pensiero è il ruolo differente e sicuramente più importante che la buona fede ha acquisito oggi, rispetto ad un non poi così lontano passato. Buona fede che non è più relegata a mero strumento di controllo sulle condotte doverose, ma strumento in mano al giudice al fine di conformare il regolamento negoziale agli interessi realmente sottesi al contratto e perseguiti concretamente dalle parti. Appare quasi prioritario, in rispondenza ad un principio di ragionevolezza contrattuale costituzionalmente garantito, assolvere l'esigenza di salvaguardare un giusto equilibrio economico e normativo tra le prestazioni nonché le prerogative e i vincoli rispettivi dei contraenti<sup>328</sup>.

Questo rappresenta sicuramente il punto di partenza che potrebbe aiutarci a sgretolare il principio di non interferenza.

In dottrina voci autorevoli mostrano come sembra farsi spazio la tesi più favorevole alla declaratoria di nullità del contratto come conseguenza della violazione della regola della buona fede<sup>329</sup>.

---

<sup>327</sup> BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 36.

<sup>328</sup> Sul principio di ragionevolezza all'interno del nostro ordinamento ed in particolare sul rapporto fra questi e la buona fede nell'ambito della responsabilità precontrattuale v. PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 114 ss..

<sup>329</sup> Al riguardo cfr. GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, 924; RICCIO A., *Il contratto usurario nel diritto civile*, in *Contr. e impr.*, 1998, 182.; ROLLI R., *Le attuali prospettive di "oggettivazione dello scambio"*, in *Contr. e impr.*, 2001, 632.

Intanto appare errato affermare in maniera così rigorosa che soltanto le regole di condotta abbiano ad oggetto il comportamento dei soggetti di diritto. Ogni norma, infatti, è strumento di valutazione del comportamento dei consociati e ciò prescinde dal fatto che le stesse siano volte anche a garantire la legalità dell'atto. Pertanto se analizziamo con attenzione ciascuna regola vedremo che anche quelle di validità, pur garantendo la conformità del negozio alla legge, contengono in sé una prescrizione, un obbligo di condotta a cui i consociati devono attenersi affinché l'atto possa considerarsi valido. Rispettare la regola formale, garante di validità, è l'unico modo per soddisfare il proprio interesse privato<sup>330</sup>.

Questo lo ha dimostrato ampiamente il legislatore del 1942 quando, prevedendo l'annullabilità del contratto per vizio di dolo o violenza, ha senza dubbio attribuito alla violazione di una regola comportamentale la sanzione dell'invalidità dell'atto. Si può affermare al riguardo che questa è una tipica ipotesi normativa e che come tale il legislatore ha forse fatto una scelta dettata dalla gravità della condotta del soggetto che raggira o minaccia il proprio contraente per indurlo alla stipula e come tale non può essere usata come criterio generale. Però, dinanzi a tali fattispecie non può dirsi che in astratto una regola comportamentale sia incompatibile con la struttura propria di una regola di validità e che le stesse siano totalmente differenti tra loro.

Difatti, anche a volerla sostenere questa differenziazione, non ci vengono in aiuto ulteriori spunti normativi in quanto, seppur alcune norme sono qualificate di validità ed altre di comportamento, nel concreto non se ne ravvisa distinzione. A puro titolo esemplificativo si pensi alla norma di cui all'art. 118, co. 8, cod. contr. pubb. (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) che vieta il subappalto di opera pubblica non autorizzato dall'amministrazione committente<sup>331</sup> e l'art. 21 TUF

---

<sup>330</sup> In proposito, PERLINGIERI P. – FEMIA P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, 4, gli autori affermano che «la vita sociale si traduce in una immensa rete di comportamenti, che quanto più complessa è tanto più elaborate sono le norme; ciascuna di esse è portatrice di una regola e ciascuna di esse è connessa all'altra». Aggiungono ancora che mediante qualunque regola «si controlla il comportamento dei membri di una comunità e si garantisce l'aspettativa che ciascuno nutre nei confronti dei comportamenti futuri dell'altro».

<sup>331</sup> Dalla definizione dell'appalto è agevole ricavare quella del subappalto, che è il contratto con il quale un soggetto assume, nei confronti dell'appaltatore (che diventa subappaltante), l'obbligazione di eseguire a proprio rischio - organizzando anch'egli manodopera, mezzi d'opera e materiali - parte dei lavori (Cons. Stato, 20 maggio 2003, n. 2755; Cons. Stato, 13



(D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) che vieta la vendita di prodotti finanziari in assenza della doverosa informazione al cliente. In entrambe sussiste il divieto di stipulare il contratto in assenza di un determinato presupposto: nel caso del

---

maggio 1995, n. 7611; Cass., 11 agosto 1990, n. 8202). Affinché il subappaltatore possa effettivamente sostituirsi all'appaltatore stesso nella realizzazione di un segmento dell'opera, occorre l'autorizzazione della stazione appaltante, al ricorrere dei presupposti/condizioni ed entro i termini<sup>13</sup> di cui all'art. 118 cod. contr. pubb.. Diversamente, la violazione di siffatta norma determina la nullità del contratto di subappalto per contrarietà a norme imperative (art. 1418, co. 1, c.c.). Circa la natura giuridica dell'autorizzazione sembra ormai assolutamente prevalente la tesi dell'atto amministrativo, in particolare l'autorizzazione, a prescindere dalla sua natura discrezionale o vincolata, è una chiara espressione di poteri pubblicistici di natura autoritativa, a fronte dei quali la posizione del privato contraente ha consistenza di interesse legittimo. In tal senso si vedano le sentenze Cons. Stato, 24 marzo 2010, n. 1713 e n. 1721, basate sulla medesima motivazione: «Ed invero, non può essere condiviso l'avviso del giudice di primo grado (si tratta rispettivamente del T.A.R. del Lazio Sez. III n. 34 e n. 776 del 2010) che considera detta autorizzazione una *species* di quella prevista dall'art. 1656 c.c. in materia di appalti privati, riconducendola esclusivamente ad espressione di autonomia negoziale. Infatti, mentre la *ratio* della previsione di cui al citato art. 1656 c.c. – come correttamente evidenziato dallo stesso T.A.R. – si collega alla natura fiduciaria del contratto d'appalto, di tal che il committente è chiamato a valutare unicamente (e liberamente) la compatibilità del subappalto con il proprio interesse a veder realizzata l'opera appaltata a regola d'arte, l'autorizzazione *ex* art. 118 è istituito manifestamente preordinato anche al perseguimento di interessi pubblici ulteriori (...). È lo stesso art. 118 a ricondurre la valutazione della stazione appaltante, da un lato, all'insussistenza dei divieti di subappalto stabiliti dalla legge (che la stessa disposizione mantiene fermi), e per altro verso all'accertamento della sussistenza delle condizioni cui la stessa norma subordina l'ammissibilità del subappalto medesimo (...) la disposizione è palesemente intesa a conferire all'Amministrazione un potere di controllo avente finalità di ordine pubblico ed inteso a prevenire il rischio di infiltrazioni criminali nelle commesse pubbliche (...) e tanto basterebbe a far concludere nel senso del carattere eminentemente pubblicistico della valutazione. Ma v'è di più (...) la posizione della stazione appaltante, lungi dall'essere totalmente assimilabile a quella di un committente privato, risulta condizionata da esigenze pubblicistiche, connesse alla *ratio* stessa della previsione normativa delle procedure di gara (...) l'esigenza di fondo cui detta previsione è funzionale è quella di "procedimentalizzare" la fase che precede la stipula dei contratti delle amministrazioni pubbliche, allo scopo di rendere trasparente e imparziale la scelta del contraente, in modo da evitare il rischio di abusi e distorsioni in conseguenza della particolare posizione del soggetto pubblico e al tempo stesso garantire che la scelta medesima sia la più rispondente al criterio del miglior impiego possibile delle risorse pubbliche per il soddisfacimento dei bisogni della collettività (...) ne consegue che questo peculiare interesse pubblico non è solo immanente alla fase della procedura selettiva, ma può emergere anche nella successiva fase di esecuzione del contratto, condizionandone alcuni momenti (...) sono proprio le esigenze testé richiamate a giustificare le particolari cautele cui il legislatore assoggetta ogni ipotesi di mutamento soggettivo del contraente nella fase successiva all'aggiudicazione e alla stipula del contratto (...) dunque, anche le precitate condizioni per l'ammissibilità del subappalto, di cui all'art. 118 del D.lgs. n. 163/2006, non appaiono affatto intese unicamente a tutelare l'interesse dell'amministrazione committente all'immutabilità dell'affidatario (interesse che in sé considerato, come sostenuto dal primo giudice, sarebbe sostanzialmente omologo a quello privato tutelato dall'art. 1656 c.c.), ma tendono invece a evitare che nella fase esecutiva del contratto si pervenga, attraverso modifiche sostanziali dell'assetto d'interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare proprio quell'interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento di una procedura selettiva e legittimato l'individuazione di una determinata offerta come la più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato (...) ha scarsa rilevanza la questione se, nel rilasciare o meno l'autorizzazione, l'Amministrazione goda di discrezionalità valutativa o debba limitarsi a un mero accertamento della sussistenza delle condizioni o dei divieti di legge: ciò che conta è che tale attività è chiaramente espressione di poteri pubblicistici di natura autoritativa, a fronte dei quali la posizione del privato contraente ha consistenza di interesse legittimo».

subappalto la ditta appaltante deve ottenere l'autorizzazione dalla ditta appaltatrice; nel caso di vendita di prodotti finanziari, l'intermediario deve fornire tutte le informazioni utili al cliente. Ebbene nonostante la stessa struttura normativa, per il subappalto la giurisprudenza riconosce la nullità virtuale del contratto<sup>332</sup> mentre per il contratto di intermediazione si ravvisa solo una responsabilità precontrattuale con effetto risarcitorio<sup>333</sup>.

Secondo questa impostazione sostenuta da autorevole dottrina<sup>334</sup>, la distinzione tra una regola di validità e di comportamento nasce da una esigenza di semplificazione didattica che come tale non può valere di per sé ad escludere dall'una categoria di regole l'applicazione di un determinato rimedio sanzionatorio (come l'invalidità), salvo il caso, in cui sia lo stesso legislatore a stabilire letteralmente se si debba far uso di un particolare strumento di tutela e non di altri. Non soltanto. Si potrebbe anzi dire che il legislatore con la previsione dell'art. 1418, co. 1, c.c., ha in un certo qual modo fatto crollare implicitamente il principio di non interferenza che, a stretto rigore, si pone in contrasto con la stessa *ratio* della nullità virtuale. La norma, infatti, sancisce l'invalidità dell'atto ogni qualvolta vi sia la violazione di una norma imperativa ma la regola prescinde dall'esistenza di una norma che indichi esattamente la sanzione applicabile. Basterà accertare che la norma violata abbia il carattere dell'imperatività e dell'inderogabilità, affinché l'effetto diretto della sua inosservanza sia la nullità. In tal senso sembrerebbe che non vi siano ostacoli a vedere nella buona fede una norma di tal tipo. E attenzione. A nulla vale, in riferimento alla responsabilità precontrattuale, l'argomentazione attinente alla clausola di salvaguardia, "*salvo che la legge disponga diversamente*", secondo cui la presenza di altro rimedio nell'ordinamento esclude l'applicazione della nullità. Più precisamente si potrebbe avanzare un siffatto ragionamento: essendo riconosciuto per l'ipotesi di responsabilità precontrattuale, in via interpretativa, il rimedio risarcitorio,

---

<sup>332</sup> In tal senso si veda per la giurisprudenza di legittimità Cass., 18 febbraio 2008, n. 3950; Cass., 16 luglio 2003, n. 11131; Cass., 12 novembre 1997, n. 11450. Per la giurisprudenza di Trib. Bari, 30 marzo 2011, n. 1135; Trib. Teramo, 13 dicembre 2010, n. 1221; Trib. Chieti, 30 gennaio 2009, n. 68.

<sup>333</sup> Approfondiremo questa tematica nel § immediatamente successivo.

<sup>334</sup> PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto europeo*, Napoli- Roma, 2013, 20 ss..

automaticamente va esclusa a priori l'applicazione dell'art. 1418, co. 1, c.c., in quanto valevole solo in assenza di altri rimedi esperibili. In realtà, l'analisi letterale dell'art. 1337 c.c. mette immediatamente in luce come la norma non faccia riferimento alcuno al risarcimento del danno né ad alcun altro rimedio, sicché il primo non possiamo considerarlo rimedio alternativo a quello della nullità<sup>335</sup>.

Va detto certamente che questa non è la visione unanime e forse neppure prevalente. La valorizzazione del ruolo della buona fede per diversi Autori non può infatti essere enfatizzato fino al punto da considerarla a stretto rigore giuridico una norma imperativa il cui mancato rispetto incide sulla validità dell'atto. La nullità per contrarietà a norme imperative è imposta dall'art. 1418, co. 1, c.c., qualora la contrarietà abbia ad oggetto il contenuto contrattuale vincolante le parti a seguito del perfezionamento del contratto. Ogni altra condotta, pur ponendosi in contrasto con la norma imperativa, può essere esclusivamente fonte di risarcimento del danno<sup>336</sup>. In questo senso è esaustiva una pronuncia dei giudici di legittimità, in riferimento alla violazione di obblighi informativi, quando afferma che «la contrarietà a norme imperative, considerata dall'art. 1418, co. 1, c.c., quale causa di nullità del contratto, postula (...) che essa attenga ad elementi “*intrinseci*” della fattispecie negoziale, che riguardino cioè la struttura o il contenuto del contratto. I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale»<sup>337</sup>.

Ecco che, nonostante le diverse sollecitazioni provenienti da più parti e sotto diversi fronti dalla dottrina, la giurisprudenza di legittimità non consente il superamento del principio di non interferenza. Si analizzerà, in proposito, la posizione della Suprema Corte a Sezioni Unite, con particolare riferimento ai

---

<sup>335</sup> In senso contrario D'AMICO G., *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, cit., 56: «la rubrica dell'art. 1337 c.c., che parla di “*responsabilità precontrattuale*”, rende palese che questa sanzione è il risarcimento del danno».

<sup>336</sup> CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, op. cit., 2007, 344 ss.. Nello stesso senso anche SCALISI V., *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *L'intermediazione mobiliare*, Napoli, 1993, 102.

<sup>337</sup> Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit., 25 ss., nota come *sentenza Marziale* dal nome dell'estensore della motivazione.

contratti di intermediazione finanziaria, la cui tematica ha assunto negli ultimi anni grande rilevanza pratica. Di tutto questo si parlerà nel paragrafo successivo.

### **3. I contratti di intermediazione finanziaria e l'asimmetria informativa. Il dibattito giurisprudenziale e la posizione adottata dalla Cassazione a Sezioni Unite in merito alla responsabilità degli intermediari finanziari.**

Nell'ambito dei doveri informativi, le questioni più dibattute sono quelle riferibili al mercato finanziario. Precisamente, la *querelle* giuridica oggetto di discussione tra gli interpreti, attiene alla responsabilità che la legge attribuisce ai soggetti abilitati alla prestazione di servizi di investimenti, c.d. *intermediari finanziari*, qualora essi non abbiano assolto, in sede di trattativa, al dovere di informazione e di corretta esecuzione delle operazioni.

Se la violazione di questi obblighi è fonte sicura di responsabilità, più complesso è determinare, sul piano rimediabile, gli effetti della stessa violazione. La questione non è affatto da sottovalutare in quanto le implicazioni derivanti dalla violazione di siffatti doveri, possono determinare un pregiudizio di non poco conto nei confronti del cliente risparmiatore.

Come noto, il contratto di intermediazione finanziaria, essendo un contratto standard, si perfeziona mediante l'assenza di una vera e propria contrattazione. Per sua natura è un negozio caratterizzato dalla presenza di una parte forte (intermediario finanziario), che detta il regolamento negoziale ed una parte debole (cliente-investitore), che, privo delle competenze necessarie, deve sottostare a delle condizioni già stabilite dalla controparte senza possibilità di modifica alcuna. Egli potrà solamente decidere se accettare di perfezionare il contratto oppure no, in ragione della sua esigenza ad usufruire di quel particolare servizio di investimento. Il contratto è per sua stessa configurazione intrinsecamente diseguale data la posizione di supremazia (e non paritaria) di una parte sull'altra. Pertanto, al fine di ristabilire un equilibrio giuridico fra le parti, fisiologicamente inesistente nel contratto, il legislatore, ha introdotto *de iure* una serie di obblighi specifici di informazione in capo agli intermediari, attualmente

indicati nel TUF (D.lgs., n. 58/1998) e nel relativo Regolamento di attuazione Consob 1 luglio 1998, n. 11522, più volte modificato<sup>338</sup>.

L'importanza degli obblighi di informazione in questi contratti è evidente. Il mancato rispetto del presente dovere comportamentale da parte dell'intermediario finanziario non consente al risparmiatore di ottenere una corretta informazione circa la natura, le implicazioni ed il grado di sicurezza dell'operazione economica, inducendolo a compiere delle scelte inconsapevoli o comunque inadeguate rispetto al profilo del rischio.

Tra l'altro, vicende di tal tipo sono in grado di incidere non soltanto sulla sfera patrimoniale del risparmiatore danneggiato ma sono, su un piano generale, pregiudizievoli per la stessa funzionalità del mercato e per la fiducia che i potenziali investitori potranno riporre in esso nel futuro. Solo una contrattazione trasparente potrà garantire le condizioni ottimali di efficienza allocativa del risparmio.

In definitiva, i concetti di equità tra le parti ed efficienza del mercato non sono tra loro confliggenti, ma diventano precondizioni necessarie per garantire da una parte la tutela del risparmio in tutte le sue forme ai sensi dell'art. 47 Cost., e dall'altra lo sviluppo virtuoso del mercati<sup>339</sup>.

Queste necessità hanno, da tempo, indotto il legislatore ad una presa di coscienza volta a creare un'apposita disciplina positiva alle attività di investimento e di intermediazione finanziaria<sup>340</sup>.

Quando si parla di mercato finanziario solitamente si fa riferimento, secondo la nozione originaria, a varie forme di finanziamento dell'impresa, che si collegano ai due schemi fondamentali del prestito e del conferimento di capitali alle società. Lo svolgimento di tali attività di finanziamento in un ambito sempre più ampio e l'estendersi delle dimensioni delle imprese, hanno determinato la

---

<sup>338</sup> Modifiche avvenute con delibere n. 16190 del 29 ottobre 2007; n. 16736 del 18 dicembre 2008; n. 17581 del 3 dicembre 2010; n. 18210 del 9 maggio 2012; fino ad arrivare alla più recente delibera n. 19094 dell'8 gennaio 2015.

<sup>339</sup> SARTORI F., *Autodeterminazione e formazione eteronoma del regolamento negoziale. Il problema dell'effettività delle regole di condotta*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 93 ss.

<sup>340</sup> Oltre al TUF ed al Regolamento Consob n. 11522/1998, si vedano: L. 2 gennaio 1991, n. 1, Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari; Regolamento Consob n. 5387/1991; Direttiva 93/22/CEE; L. 6 febbraio 1996, n. 52 (legge comunitaria 1994); D. Lgs. 23 luglio 1996, n. 415 (decreto Eurosim); Direttiva 2004/39/CE; D. Lgs. 17 settembre 2007, n. 164.

formazione dei mercati, luoghi in cui le imprese entrano a contatto con una vasta schiera di finanziatori. Il crescere delle dimensioni delle imprese, infatti, ha reso necessario il ricorso a forme di finanziamento esterne ad esse, che, pertanto, hanno dovuto far riferimento ai capitali dei terzi e, quindi, al pubblico risparmio. Per accedere al pubblico risparmio, però, è necessario l'intervento di un intermediario (Banche o altre imprese specializzate)<sup>341</sup>.

In particolare le attività svolte dall'intermediario possono prevedere: uno scambio diretto ed assistito che determina una *intermediazione mobiliare*, in cui l'intermediario agisce in nome e per conto del cliente stipulando contratti che producono i loro effetti giuridici direttamente in capo all'interessato ovvero uno scambio diretto ad autonomo, definito *intermediazione creditizia*, in cui l'intermediario agisce in proprio nome quale titolare dei contratti o strumenti posti in essere per realizzare il trasferimento delle risorse<sup>342</sup>. Affinché, dunque, si possa avere una negoziazione di prodotti finanziari è necessaria la presenza di intermediari che consentono di operare nel mercato finanziario uno scambio avente ad oggetto il trasferimento di risorse finanziarie tra le parti interessate, mediante la stipulazione di contratti che individuano, altresì, particolari diritti ed obblighi.

Questo tipo di operazioni economiche spiccano principalmente per una particolare caratteristica: l'*aleatorietà della prestazione*.

L'alea contrattuale determina in sostanza *incertezza*, derivante dal fatto che la prestazione dell'intermediario, in quanto attuale, è certa, mentre quella del cliente è aleatoria, poiché subordinata al suo comportamento ed alle sue condizioni economiche future, che potranno consentirgli o meno di adempiere alle obbligazioni assunte. La prestazione differita presenta un carattere di incertezza intrinseco, che può, peraltro, essere legato anche alle condizioni contrattuali e non solo al comportamento del prenditore (come nel caso di titoli obbligazionari

---

<sup>341</sup> Sulla genesi dei mercati finanziari, v. FERRARA F. - CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, 783 ss.

<sup>342</sup> Sinteticamente, l'intermediazione creditizia ha ad oggetto titoli di credito, mentre l'intermediazione mobiliare ha ad oggetto valori mobiliari. In tema di valori mobiliari, v. CARBONETTI F., *Che cos'è un valore mobiliare?*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 280 ss.; FERRARINI G., *I nuovi confini del valore mobiliare*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 741 ss.; LA VILLA G., *Il diritto dei valori mobiliari*, Milano, 1993, 23 ss.; LENER R., *I valori mobiliari*, in *Tratt. dir. priv.*, Rescigno U. (diretto da), Torino, 1985, vol. 16, 708 ss.; RIGHINI E., *I valori mobiliari*, Milano, 1993.

indicizzati o di titoli azionari). L'incertezza, però, può dipendere, talvolta, anche dal livello di informazione che il datore ha fornito al prenditore in merito ai profili di rischio dell'investimento<sup>343</sup>. Quest'ultima deve allora essere completa ed affidabile per consentire un investimento responsabile da parte dell'investitore, di modo che sappia bilanciare, regolare e modulare il proprio comportamento rispetto alle esigenze dell'investimento effettuato. È per tali ragioni che l'attività di consulenza si presenta prodromica rispetto a qualunque scambio.

L'intervento legislativo organico in materia si è avuto con il D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria), il quale dedica un intero capo alle modalità di svolgimento dei servizi e delle attività finanziarie<sup>344</sup> (Titolo II, Capo II). Ivi, segnatamente, è ubicato l'art. 21, co. 1<sup>345</sup> che indica i criteri generali a cui l'attività di intermediazione finanziaria deve attenersi. Più precisamente, la condotta degli intermediari finanziari non è libera

---

<sup>343</sup> AKERLORF G.A., *The market for Lemmons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 84, 1970, 488-500; ARROW K., *Essays in the Theory of Risk-Bearing*, Amsterdam-North Holland, 1963; ID., *The economics of Moral Hazard: Further Comment*, in *American Economic Review*, 58, 1968, 537-541; ARROW K. - DEBREU G., *Existence of an equilibrium for a competitive economy*, in *Econometrica*, 22, 1954, 265-290.

<sup>344</sup> Pur non soffermandoci esaustivamente sul punto, val la pena fare un cenno alla natura giuridica delle operazioni finanziarie, in dottrina diversamente qualificate a causa della difficoltà di definire in maniera appropriata la presenza non di un unico rapporto contrattuale, bensì un rapporto originario a cui seguono diversi e molteplici atti esecutivi. In GALGANO F., *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e Impr.*, 2005, 889 ss., si parla di *contratto unitario di mandato*: «gli ordini del cliente alla banca sono istruzioni del mandante al mandatario e la banca, quale mandataria, si obbliga ad eseguire le istruzioni del cliente, acquistando o vendendo a seconda degli ordini impartiti. Si tratta, segnatamente, di un mandato senza rappresentanza, in cui il ritrasferimento dei diritti acquisiti da parte della banca non è necessario, poiché la rappresentanza ha per oggetto l'acquisto di cose mobili (gli strumenti finanziari)». PANZINI S., *Violazione dei doveri d'informazione da parte degli intermediari finanziari tra culpa in contrahendo e responsabilità professionale*, in *Contr. e impr.*, 2007, 1007 ss., si è pronunciato nel senso di contratto d'opera professionale. Pare però che l'opinione più accreditata sia in dottrina (GUADAGNO S., *Violazione degli obblighi di informazione nell'attività di intermediazione finanziaria: quali rimedi?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, 545 ss.) che in giurisprudenza (Trib. Monza, 27 luglio 2004, in *Resp. Civ. e prev.*, 2005; Trib. Ferrara, 25.02.2005, in *Contr.*, 2006) veda nell'intermediazione finanziaria un collegamento negoziale tra un originario ed indispensabile contratto presupposto (*contratto - quadro*) e successivi ordini di investimento.

<sup>345</sup> Art. 21, co. 1, TUF (*Criteri Generali*): «Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire, le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti; d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività».

da vincoli in quanto su di essi incombe l'obbligo di comportarsi secondo diligenza, correttezza e trasparenza.

Altresì, prevede un duplice obbligo informativo "bidirezionale": un obbligo informativo "passivo", consistente nel prestare in modo continuo e costante tutte le informazioni ai clienti sugli investimenti e sui prodotti finanziari; un obbligo informativo "attivo", consistente nel reperire informazioni relative alla situazione patrimoniale dei clienti, alla loro esperienza in materia di investimenti finanziari ed alla loro propensione al rischio, in modo da poter dare consigli adeguati e corrispondenti alle aspettative.

Tutti questi obblighi sono poi ulteriormente specificati nel Reg. Consob vigente, agli artt. 27 e ss., inseriti nella Parte II così rubricata: "*Trasparenza e correttezza nella prestazione dei servizi/attività di investimento e dei servizi accessori*".

Orbene, l'aspetto problematico della disciplina in parola consiste, tuttavia, non nella definizione degli obblighi degli intermediari, accuratamente determinati, bensì nella individuazione dei rimedi di cui il cliente può avvalersi in seguito ad un'operazione di investimento gestita in modo non corretto da parte dell'intermediario. In altre parole, la disciplina legislativa risulta monca: chiarisce cosa l'intermediario deve fare nei confronti del cliente (informazioni, correttezza, diligenza, trasparenza)<sup>346</sup> ma non si esprime su quali rimedi il cliente possa esperire a fronte di un'operazione finanziaria illecita (non informata, scorretta, negligente, oscura).

Il punto nodale, dunque, è rappresentato dalla contestata possibilità che la violazione di regole comportamentali (dovere di informazione espressione della regola di buona fede nella fase di formazione del contratto *ex art. 1337 c.c.*), in difetto di norme specifiche che lo stabiliscano espressamente, vada a ripercuotersi sulla validità dei contratti di investimento stipulati dai clienti tramite l'intermediario inadempiente, determinandone la nullità virtuale per contrarietà a norme imperative (art. 1418, co. 1, c.c.).

---

<sup>346</sup> In dottrina vi è chi ha parlato di "*cinque doveri e cinque violazioni*", per indicare tutti gli obblighi in capo agli intermediari finanziari. V. in proposito GENTILI A., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, n. 4, 393 ss..



In letteratura ed in giurisprudenza tutti sono concordi nel ritenere imperativa la natura della normativa in materia di intermediazione finanziaria; tuttavia, vi è una considerevole eterogeneità di opinioni in ordine ai rimedi esperibili a fronte della violazione dei doveri informativi incombenti sugli intermediari finanziari.

Tra coloro che negano la nullità virtuale, si individua quale soluzione possibile la risoluzione del contratto-quadro, in quanto atto presupposto. La caducazione di esso determinerebbe il venir meno anche degli ordini esecutivi di acquisto dei prodotti finanziari<sup>347</sup>. Si è invocato poi l'annullamento del contratto-quadro per errore del cliente, in quanto non adeguatamente informato dall'intermediario circa i prodotti acquisiti<sup>348</sup> ed infine ci si è espressi in termini di mera responsabilità precontrattuale per violazione del dovere di buona fede, che può sussistere anche in presenza di un contratto validamente concluso<sup>349</sup>.

Come è agevole intuire, la scelta in ordine al rimedio esperibile a fronte della violazione degli obblighi informativi propri degli intermediari, comporta rilevanti conseguenze sia per la stabilità dei mercati che per l'effettiva tutela dei clienti: il rimedio della nullità, se da un lato agevola i clienti e li esime dalla *probatio diabolica* dell'inadempimento contrattuale degli intermediari, dall'altro lato rende di certo instabili i mercati ed insicuri i rapporti di intermediazione; il rimedio della responsabilità, invece, con annessa conseguenza risarcitoria, agevolerebbe la posizione degli intermediari e l'affidabilità delle transazioni finanziarie, ma renderebbe meno effettiva e più tortuosa la tutela dei clienti.

I maggiori dubbi affrontati dagli interpreti nascono, nel nostro ordinamento, sull'onda dei casi Cirio, Parmalat e *Bond Argentini*, in relazione ai quali alcuni Tribunali di merito, qualificando come imperative le disposizioni del

---

<sup>347</sup> Per un esame di questo rimedio v. ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e Impr.*, 2005, 3, 896 ss.: «gli obblighi di cui parliamo sono obblighi legali, in quanto scritti nelle norme di legge, ma sono anche obblighi contrattuali, sia perché trasfusi dalle parti nel contratto quadro sia perché, anche se non trasfusi espressamente, vi entrerebbero per via della integrazione di cui all'art. 1374 c.c. Se la banca viola tali obblighi, pertanto, commette inadempimento e l'inadempimento, essendo di non scarsa importanza, può condurre alla risoluzione del contratto quadro violato, ai sensi dell'art. 1455 cc.»

<sup>348</sup> Di questo rimedio tratteremo nella parte seconda del presente capito. In giurisprudenza v., Trib. Milano, 11 maggio 2005, n. 6093.

<sup>349</sup> ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, cit., 896 ss..

TUF afferenti ai doveri informativi in commento, hanno dichiarato nulli ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c., i contratti-quadro di intermediazione finanziaria<sup>350</sup>.

La soluzione adottata, come già evidenziato, scalfisce il principio di non interferenza tra regole di validità e di condotta.

Non va sottovalutato che il principio di autonomia tra regole di condotta e regole di validità appartiene ad un'epoca in cui il contratto era effettivamente il frutto di una trattativa individuale tra parti poste in posizione paritaria ed in grado di acquisire parimenti le informazioni attinenti il regolamento negoziale. Attualmente è impossibile non considerare come siano cambiati, rispetto al passato, la funzione e la struttura dello scambio contrattuale<sup>351</sup>. Evidente, dunque, che nella contrattazione di massa e dei contratti per adesione, il confine tra regola di comportamento e regola di validità sembra essere sempre più labile. Basti pensare ai numerosi interventi europei<sup>352</sup> ed ai pedissequi decreti statali di attuazione che impongono obblighi specifici e positivi di condotta alle parti contrattuali giudicate fisiologicamente "forti", a beneficio e tutela delle parti "deboli". Segno chiaro di questa tendenza evolutiva è sicuramente il Codice del Consumo che ha introdotto le nullità di protezione aprendo certamente un varco ad una rimediazione sulle categorie giuridiche tradizionali, sebbene non si possa nel contempo trascurare il fatto che il TUF contenga una disciplina differente posto che, pur sancendo il rispetto degli obblighi informativi, non prevede *expressis verbis* la nullità in seguito alla loro violazione.

---

<sup>350</sup> Trib. Mantova, 18 marzo 2004, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, 440 ss.; Trib. Venezia, 22 novembre 2005, in *Giur. Comm.*, 2005, 489 ss.; Trib. Palermo, 17 gennaio 2005, in *Giur. it.*, 2005, 2096 ss.. In senso contrario Trib. Monza, 27 luglio 2004, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 135, in cui è stato affermato che l'art. 21, D.lgs. n. 58/1998 ed artt. 26 e ss. del Reg. Consob n. 11522/1998, «sono previsioni che mirano a sanzionare non la conclusione in sé del contratto, ma a disciplinare la condotta di uno dei contraenti nell'esecuzione di un rapporto assimilabile in senso lato al mandato. Non sembra quindi che la sanzione della nullità sia quella più idonea a colpire le condotte in questione (...). Sembra corretto opinare (...) che la sanzione per la violazione degli obblighi di correttezza gravanti sull'intermediario conduca ad un obbligo risarcitorio, fermo restando che la determinazione del danno – ove si dimostri che l'investitore adeguatamente informato non avrebbe posto in essere l'operazione – può condurre alla *restituito* integrale, con esiti concreti simili a quelli della sanzione della nullità».

<sup>351</sup> A favore di una evoluzione in tal senso v. AMADIO G., *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in AA.VV. *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Gitti G. (a cura di), Bologna, 2006, 227; GENTILI A., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, 200; SCALISI V., *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 244; VETTORI G., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2003, 242.

<sup>352</sup> Tra gli altri interventi Direttiva 97/7/CE sui contratti a distanza; Direttiva 87/102/CEE sul credito al consumo; Direttiva 90/314 CEE sui pacchetti di viaggio.

Ciononostante i Tribunali di merito<sup>353</sup> hanno seguito un ragionamento logico-sistematico degno di essere preso in considerazione, secondo cui la mera violazione di regole di comportamento, di per sé, non determina l'invalidità di un atto. Tuttavia in alcuni casi, la violazione di regole di condotta non esaurisce il suo effetto nel pregiudizio di interessi altrui, bensì incide sul regolamento contrattuale, alterando il procedimento di formazione dell'accordo. Gli intermediari finanziari, difatti, ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. a) TUF, sono tenuti a comportarsi secondo diligenza, trasparenza e correttezza nell'interesse dei clienti, ma non solo. Tale condotta è volta anche a garantire l'integrità dei mercati. In altre parole, la materia degli obblighi è dettata non soltanto per tutelare interessi strettamente individuali ma anche interessi di carattere generale che rendono inderogabili ed imperative le regole di comportamento imposte agli stessi intermediari. Tali regole, proteggendo per l'appunto l'ordine pubblico ed economico, si ritengono idonee a giustificare il rimedio della nullità.

Esaustiva, in tal senso, la pronuncia del Tribunale di Mantova del 18 marzo 2004<sup>354</sup>, chiamato a decidere sul caso di due coniugi che avevano investito una considerevole somma in *bond* argentini, il cui valore si era poi azzerato in seguito alla crisi finanziaria del paese. L'acquisto delle azioni era avvenuto, però, in un momento in cui, in ragione di varie circostanze tra le quali articoli già comparsi sulla stampa specializzata, gli istituti finanziari avrebbero già dovuto essere a conoscenza dell'alto rischio di insolvenza. Sicché il giudice di merito ha dichiarato la nullità del contratto di borsa, *ex art. 1418, co. 1, c.c.*, per violazione degli artt. 21 TUF e 28 e 29 Reg. Consob n. 11522/1998, tenuto conto del loro carattere imperativo, condannando l'istituto di credito contraente alla restituzione della somma investita, così argomentando: «l'intermediario avrebbe dovuto fornire una completa informazione circa i rischi connessi a quella specifica operazione che il cliente intendeva porre in essere (obbligo imposto dall'art. 28, co. 2, Reg. Consob n. 11522/1998), informazione che, trattandosi di soggetto

---

<sup>353</sup> Oltre alle precedenti v. anche Trib. Avezzano, 23 giugno 2005, in *Giur. Mer.*, 2005, 2051; Trib. Firenze, 19 aprile 2005, in *Contr.*, 2005, 1010; Trib. Firenze, 24 marzo 2005, *Corr. Mer.*, 2005, 877; Trib. Roma, 22 dicembre 2004, in *Foro it.*, 2005, 2540; Trib. Catania 25 novembre 2005.

<sup>354</sup> Trib. Mantova, 18 marzo 2004, cit., con nota di MAFFEIS D., *Conflitto di interessi nella prestazione di servizi di investimento: la prima sentenza sulla vendita a risparmiatori di obbligazioni argentine.*

tenuto ad agire con la diligenza dell'operatore particolarmente qualificato (cfr. artt. 21 lett. a) D.lgs. 58/98, 26 lett. e) Reg. Consob cit. e 1176, co. 2, c.c.) nell'ambito di un rapporto in cui gli è imposto di tutelare l'interesse dei clienti (v. artt. 5 e 21 lett. a) del D.lgs. n. 58/1998, non senza dimenticare che la tutela del risparmio è addirittura imposta dall'art. 47 Cost.), necessariamente comprendeva l'indicazione, non generica, della natura altamente rischiosa dell'investimento operata dalle maggiori agenzie specializzate in materia, dovendosi ritenere, sotto tale profilo, che la banca sia obbligata a conoscere tali dati e, conseguentemente, a riferirli al cliente».

Seppur in ambiti differenti rispetto alla materia *de qua*, si pongono in questa stessa prospettiva altre pronunce, secondo cui «in presenza di un negozio contrario a norme imperative, la mancanza di un'espressa sanzione di nullità non è rilevante ai fini della nullità dell'atto negoziale in conflitto con il divieto, in quanto vi sopperisce l'art. 1418 c.c., co. 1, c.c., che rappresenta un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità»<sup>355</sup>. Inoltre «la nullità del contratto può derivare anche dalla violazione di norme imperative che non attengano ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura ed al contenuto del contratto, ma che pongano limiti all'autonomia negoziale delle parti sotto il profilo delle qualità soggettive di determinati contraenti e dell'esistenza di specifici presupposti»<sup>356</sup>.

---

<sup>355</sup> Cass., 7 marzo 2001, n. 3272; Cass. 15 marzo 2001, n. 3753.

<sup>356</sup> In tal senso non sono infrequenti i casi giurisprudenziali di dichiarazione della nullità del contratto per violazioni di norme imperative non attinenti al contenuto del negozio, oppure concernenti la mancata attuazione di adempimenti preliminari o le modalità esecutive del rapporto contrattuale. Per esempio si è affermato che è nullo, ai sensi dell'art. 1418 c.c., il contratto di agenzia commerciale stipulato con un soggetto non iscritto nel ruolo degli agenti e rappresentanti di commercio, per violazione della norma imperativa di cui alla L. 3 maggio 1985, n. 204, art. 9, non derogabile da parte dei contraenti in quanto rivolta alla protezione non solo degli interessi della categoria professionale degli agenti, ma anche degli interessi generali della collettività (Cass., 4 novembre 1994, n. 9063; Cass., 18 luglio 2002, n. 10427). Nello stesso senso è stata dichiarata la nullità per contrarietà a norma imperativa del contratto di mediazione stipulato con il legale rappresentante di una società non iscritta nell'albo dei mediatori, in violazione della L. 3 febbraio 1989, n. 39, art. 8 e del D.M. 21 dicembre 1990, n. 452, art. 11 (Cass. 18 luglio 2003, n. 11247; Cass., 15 dicembre 2000, n. 15849). Con riferimento al D.L. 6 giugno 1956, n. 476, art. 2, convertito nella L. 25 luglio 1956, n. 786, nella parte in cui fa divieto ai residenti in Italia di compiere qualsiasi atto idoneo a produrre obbligazioni tra essi e i non residenti senza l'autorizzazione ministeriale, così fissando, per ragioni di ordine pubblico attinenti all'esigenza di evitare esodo di capitali, una prescrizione assoluta e inderogabile, si è ritenuto affetto da nullità insanabile per contrasto con una norma imperativa di legge, ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c., l'atto costitutivo di una di dette obbligazioni assunto in mancanza di autorizzazione, restando irrilevante che il medesimo fatto sia sanzionabile anche in via amministrativa, in applicazione dell'art. 15 del citato

Una soluzione siffatta, capiamo bene come offra una protezione forte al cliente risparmiatore, in quanto la dichiarazione di nullità del contratto di investimento apre la strada alle azioni restitutorie che consentono di recuperare facilmente le somme investite, dispensandolo, altresì, dall'onere di provare tanto l'ammontare del danno subito, quanto la riconducibilità causale dello stesso alla condotta omissiva dell'intermediario<sup>357</sup>.

Altre decisioni di merito si discostano nettamente da questo indirizzo evolutivo. Ne è un esempio la sentenza emessa dal Tribunale di Monza il 27 luglio 2004<sup>358</sup>, in cui è stato affermato che l'art. 21, D.lgs. n. 58/1998 e gli artt. 26 e ss. del Reg. Consob n. 11522/1998, «sono previsioni che mirano a sanzionare non la conclusione in sé del contratto, ma a disciplinare la condotta di uno dei contraenti nell'esecuzione di un rapporto assimilabile in senso lato al mandato. Non sembra quindi che la sanzione della nullità sia quella più idonea a colpire le condotte in questione (...). Sembra corretto opinare (...) che la sanzione per la violazione degli obblighi di correttezza gravanti sull'intermediario conduca ad un obbligo risarcitorio, fermo restando che la determinazione del danno – ove si dimostri che l'investitore adeguatamente informato non avrebbe posto in essere l'operazione – può condurre alla *restitutio* integrale, con esiti concreti simili a quelli della sanzione della nullità».

In questo panorama variegato, va precisato che tra le diverse Sezioni della Corte di Cassazione, non sussiste un altrettanto fluente contrasto giurisprudenziale. L'unico precedente in *subjecta materia* lo si riscontra, infatti, nella decisione già citata della Suprema Corte n. 19024 del 29 settembre 2005<sup>359</sup>. In tale occasione la Corte di Cassazione smentisce in maniera netta la teoria della nullità virtuale in conseguenza della violazione di obblighi comportamentali da parte degli intermediari finanziari, ridimensionando così il ruolo della buona fede, la quale ponendosi come canone di valutazione della correttezza precontrattuale

---

decreto (Cass., Sez. Un., 2 giugno 1984, n. 3357; Cass., 22 giugno 1990, n. 6336; Cass., 7 settembre 1992, n. 10260; Cass., 17 gennaio 1996, n. 365; Cass., 10 maggio 2005, n. 9767; Cass., 19 settembre 2006, n. 20261).

<sup>357</sup> ROPPO V. – AFFERNI G., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale precontrattuale*, in *Danno e Resp.*, 2006, 31.

<sup>358</sup> La sentenza la si può leggere in *Riv. dir. civ.*, 2004, 135. Nello stesso senso e più di recente vedi anche Trib. Roma, 22 dicembre 2004, in *Foro it.*, 2005, 2540.

<sup>359</sup> V. *supra*, § precedente.

può dar vita ad una sola sanzione risarcitoria ma non può incidere sulla validità dell'atto.

Ebbene, pur in assenza di pronunce contrarie, se non in sede di merito<sup>360</sup> oltretutto dettate in ambiti fra loro molto differenti, la questione, probabilmente per la sua importanza, è stata rimessa<sup>361</sup> alle Sezioni Unite che, con sentenza del 19 dicembre 2007, n. 26724<sup>362</sup>, accolgono definitivamente l'indirizzo del 2005.

---

<sup>360</sup> Concludono per la nullità del contratto d'investimento, *ex multis*: Trib. Mantova, 18 marzo 2004, cit., con nota di SCIMENI E., *La prima sentenza italiana sulla vendita di tango bonds*, in *Giur. comm.*, 2004, II, 690; Trib. Firenze, 30 maggio 2004, Trib. Mantova, 12 novembre 2004 e Trib. Venezia, 22 novembre 2004, tutte in *Giur. it.*, 2005, 754, con nota di FIORIO P., *Gli obblighi di comportamento degli intermediari al vaglio della giurisprudenza di merito*; Trib. Palermo, 17 gennaio 2005; Trib. Firenze, 18 febbraio 2005; Trib. Ferrara, 25 febbraio 2005, in *Contr.*, 2006, 12, con nota di POLIANI F., *Obblighi di informazioni ed acquisto di obbligazioni Parmalat*, e in *Società*, 2006, 203, con nota di RIZZINI BISINELLI S., *Violazione di norme regolamentari e nullità asimmetrica*; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 1 marzo 2005, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 77, con nota di LIACE G., *Obbligo di consegna ai clienti di copia dei contratti bancari*; Trib. Parma, 13 aprile 2005, in *Giur. it.*, 2005, 2096; Trib. Genova, 18 aprile 2005, in *Danno resp.*, 2005, 604, con nota di ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & Tango bond)*; Trib. Firenze, 19 aprile 2005, in *Corr. giur.*, 2005, 1273, con nota di DI MAJO A., *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, e in *Danno resp.*, 2006, 182, con nota di LIACE G., *Finanza innovativa e la tutela del risparmiatore: il caso 4you*; Trib. Parma, 21 ottobre 2005, in *Giur. it.*, 2006, 1153, con nota di TENCATI A., *Acquisto di corporates bond e tutela del risparmiatore: alcuni orientamenti*; Trib. Biella, 28 ottobre 2005, in *Società*, 2006, 1126, con nota di PISAPIA A., *Intermediari: servizi di investimento e violazione delle regole di comportamento*; Trib. Cagliari, 2 gennaio 2006, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1418, con nota di LUMINOSO A., *Contratti di investimento, mala gestio dell'intermediario e rimedi esperibili dal risparmiatore*; Trib. Foggia, 15 maggio 2006, in *Giur. it.*, 2007, 1670, con nota di EMILIOZZI E.A., *Vendita alla clientela retail di titoli prima dell'emissione ed omessa acquisizione da parte dell'intermediario dell'offering circular*; Trib. Trani, 30 maggio 2006; Trib. Firenze, 21 giugno 2006, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 545, con nota di GUADAGNO S., *Violazione degli obblighi di informazione nell'attività di intermediazione finanziaria: quali rimedi?*.

<sup>361</sup> L'ordinanza di remissione è stata pronunciata da Cass., 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Corr. giur.*, 2007, 631, con nota di MARICONDA V., *Regole di comportamento nelle trattative e nullità dei contratti: la criticabile ordinanza di remissione della questione alle Sezioni unite*; in *Foro it.*, 2007, I, 2093, con nota di SCODITTI E., *Regole di comportamento e regole di validità nei contratti su strumenti finanziari: la questione alle Sezioni unite*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 999, con nota di SALANITRO U., *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della Cassazione non decide e rinvia alle Sezioni unite*.

<sup>362</sup> Si può leggere la sentenza in *Civilista*, 2009, 12 ss. Le motivazioni della sentenza si trovano altresì in *Dir. comm. e soc.*, 2004, 44 ss., con nota di SCOGNAMIGLIO V., *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*. Al momento se ne esprime la massima: «La violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri

La pronuncia, avente ad oggetto la materia afferente i contratti di intermediazione finanziaria, è invero destinata a dettare una regola di ordine generale. In tal senso, è interessante, l'analisi dell'iter argomentativo seguito dagli Ermellini, i quali riconoscendo senza remora alcuna il principio di non interferenza tra le regole di validità e di comportamento, si espongono a critiche, per certi versi, condivisibili.

Si cercherà, per semplificazione di lettura, di procedere con ordine e in maniera schematica in modo da toccare i punti della sentenza più salienti.

1) La soluzione adottata prende le mosse dall'osservazione che le norme in materia di intermediazione finanziaria (all'epoca dettate dalla L. n. 1/1991, art. 6, oggi collocate nel TUF) hanno carattere imperativo in quanto, essendo poste a tutela non solo di un interesse individuale (tutela del cliente) ma anche generale (integrità dei mercati finanziari), esse non sono suscettibili di deroga alcuna da parte dei soggetti contraenti. Tuttavia, scrivono i giudici, questo assunto «non è da solo sufficiente a dimostrare che la violazione di una o più tra dette norme comporta la nullità dei contratti stipulati dall'intermediario con il cliente». La sentenza esclude che la sanzione della nullità possa farsi discendere dalla sola considerazione secondo cui le norme sono dettate per incoraggiare il risparmio e garantirne la tutela. Afferma, in proposito, la Cassazione: «ovvio che la loro violazione non può essere sul piano giuridico, priva di conseguenze – e se ne dirà – ma non è detto che la conseguenza sia necessariamente la nullità del contratto». Ciò sarebbe plausibile solo là dove la nullità fosse l'unico rimedio in grado di rispondere a quest'esigenza. Ma così non è: uno strumento di tutela esiste ed è quello della responsabilità risarcitoria, come si desume dal riferimento contenuto nell'art. 23, co. 6, TUF ai “*giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e in quelli accessori*”.

Balza agli occhi, come prima cosa, una contraddizione in termini, che si pone in antitesi con lo stesso art. 1418, co. 1, c.c.. Affermare che le norme in materia di contratti di investimento finanziario abbiano carattere imperativo proprio per la *ratio* in esse sottesa ed escludere nel contempo la nullità del contratto qualora tali precetti vengano violati, significa porsi, in maniera del tutto

---

di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c.»

ingiustificata, in contrasto con il dettato legislativo. A ben vedere, l'art. 1418, co. 1, c.c., sulla base di una scelta puramente discrezionale, non trova applicazione nel caso specifico. Difatti, pur riscontrandosi la la violazione di norme imperative, il rimedio della nullità viene escluso, nonostante esso sia disposto proprio per far fronte a quelle ipotesi in cui manchi una previsione espressa.

In secondo luogo, il fatto che il TUF citi implicitamente il rimedio del risarcimento del danno, non significa che esso precluda in assoluto che la violazione di una regola di comportamento dia luogo a nullità<sup>363</sup>. Non fosse altro per il fatto che dalla stessa sentenza esaminata traspare, in un passaggio, la consapevolezza, da parte dei giudici della Suprema Corte, del minor grado di tutela assicurato dal rimedio risarcitorio rispetto a quello dell'invalidità del contratto, là dove si afferma che «si possono ovviamente avere opinioni diverse sul grado di efficienza della tutela in tal modo assicurata dal legislatore al risparmio dei cittadini, che negli ultimi anni sempre più ampiamente viene affidato alle cure degli intermediari finanziari». È evidente che la via del risarcimento è meno agevole per il cliente, che, pur essendo dispensato dall'onere della prova della colpevolezza dell'intermediario, ha comunque l'onere di provare l'*an* ed il *quantum* del danno e, soprattutto, il nesso causale tra la condotta dell'intermediario ed il pregiudizio subito. Precisamente, la parte attrice deve dimostrare che, se fosse stata adeguatamente informata, non avrebbe effettuato l'investimento svantaggioso.

2) Le Sezioni Unite, a loro modo di vedere e compatibilmente a quanto già previsto dalla Cassazione nel 2005<sup>364</sup>, ritengono che le uniche violazioni che possono dar vita ad una nullità virtuale, sono solo quelle che attengono ad elementi intrinseci alla fattispecie negoziale quali il contenuto, la struttura e l'oggetto e non invece a fatti estranei ad essa, come la violazione di obblighi meramente comportamentali. Da ciò ne discende che «la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo a nullità del contratto (...) a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore».

---

<sup>363</sup> PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto europeo*, op. cit., 33.

<sup>364</sup> Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit., 25 ss.



Anche questo ulteriore assunto si presta ad essere criticato. Non si può, infatti, affermare con assoluta certezza che l'art. 1418, co. 1, c.c. escluda dal suo novero applicativo tutte le fattispecie afferenti la fase antecedente del contratto in quanto la disposizione è dettata come regola negoziale complessivamente intesa da riferire al contratto vietato nel suo insieme ed al rapporto che da esso scaturisce<sup>365</sup>.

Volendo citare un esempio per una maggiore comprensione, l'art. 67 *septies decies*, co. 4, cod. cons., prevede la nullità del contratto non solo nel caso in cui il fornitore violi gli obblighi di informativa precontrattuale ma anche qualora il fornitore ostacoli l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore<sup>366</sup>. Tutto ciò che accade nella fase precedente al perfezionamento del contratto ed in quella successiva, fa parte del negozio e come tale può determinare l'invalidità.

Questo fa inevitabilmente riflettere sulla bontà di una soluzione che escluda a priori la nullità del contratto per violazione di un obbligo comportamentale, in virtù di un incontrastabile principio di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta.

Se è vero che l'art. 1418, co. 1, c.c. può trovare applicazione solo ed esclusivamente per le violazioni che attengono elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale ovvero elementi strutturali o contenutistici del contratto, pare chiaro che si verificherebbe un restringimento ingiustificato dell'area della nullità virtuale, posto che queste ipotesi sono già ampiamente ricomprese tra le nullità strutturali di cui all'art. 1418, co. 2, c.c., nonché tra le ipotesi di nullità testuali previste ai sensi del comma tre del medesimo articolo. Risulta abbastanza chiaro, qualora sostenessimo la tesi delle Sezioni unite che, per la nullità virtuale ex art. 1418, co. 1, c.c. non residuerebbe alcun margine di autonoma rilevanza applicativa. La norma verrebbe completamente erosa e schiacciata dalle nullità

---

<sup>365</sup> PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto europeo*, op. cit., 85. In senso contrario SCODITTI E., *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, *Foro it.*, 2008, I, 785 ss., il quale afferma che «la contrarietà a norma imperativa prevista sarebbe del contratto e non di un comportamento antecedente o successivo alla sua conclusione». Nella stessa direzione cfr. D'ADDA A., *Nullità parziale e tecniche di adeguamento al contratto*, Padova, 2008, 216 ss..

<sup>366</sup> Così recita la norma di cui all'art. 67 *septies decies*, co. 4, cod. cons.: "il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche".

strutturali e testuali, che finirebbero per assorbire da sole tutto lo spazio della nullità rendendo il comma primo lettera morta. La nullità virtuale perderebbe la funzione propria di “*norma generale di chiusura del sistema*” in quanto non avrebbe la forza di incidere autonomamente sui divieti legali privi di un’espressa comminatoria circa la sorte del contratto<sup>367</sup>.

3) La Cassazione in merito al rimedio della nullità virtuale fa poi una considerazione generale. Essa, è conscia che da un’analisi attenta dell’attuale legislazione, soprattutto sotto l’influenza europea, emerge che la tradizionale differenza tra le regole di validità e di responsabilità sta via via «sbiadendo», in quanto si assiste, sempre più di frequente, ad un trascinarsi della buona fede nel giudizio di validità dell’atto. Tuttavia questo dato, a parere dei giudici di legittimità, «non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell’anzidetto principio nel sistema del codice civile». La Corte afferma radicalmente che una «tendenza legislativa» - presente in vari settori della legge speciale – non equivale ad «acquisizione». Soggiunge ancora in proposito «che il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l’esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l’applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni». Quindi laddove si discorra di nullità di protezione, la legge ha previsto delle eccezioni alla disciplina codicistica, che come tali non sono suscettibili di estensione analogica ad altre fattispecie. Si tratta in sostanza di nullità testuali nel rispetto dell’art. 1418, co. 3, c.c.. In definitiva, il legislatore, se in materia di intermediazione finanziaria avesse voluto sancire la nullità del contratto lo avrebbe fatto espressamente come negli altri casi, invece non ha previsto alcun simile rimedio.

Se questo passo della Suprema Corte è senz’altro condivisibile, nel senso che la disciplina codicistica si pone in rapporto di *genus a species* rispetto alla legislazione speciale, ciò non significa propriamente che queste ultime norme siano nel contempo eccezionali. I concetti di specialità ed eccezionalità non sono

---

<sup>367</sup> In senso contrario in dottrina ALBANESE A., *Regole di condotta e regole di validità nell’attività d’intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. Giur.*, 2008, 107 ss.

tra loro sempre sovrapponibili. Autorevole dottrina ha acutamente osservato che «una norma è speciale quando disciplina materie speciali, mentre è eccezionale quando costituisce una deviazione da un principio generale; e una norma speciale può anche non essere eccezionale»<sup>368</sup>. L'eccezionalità delle norme non può essere dettata a priori ma dipende da una valutazione interpretativa che non può esimersi dal considerare l'evolversi del sistema giuridico, sicché laddove norme, comunemente definite eccezionali, diventano quantitativamente numerose, probabilmente continuare a discorrere di eccezione è inappropriato<sup>369</sup>.

È altresì innegabile che l'apparato normativo abbia subito nel tempo vari cambiamenti dettati da opposte esigenze rispetto al passato. Non ci ripeteremo su tale aspetto. Se prima unica esigenza era quella di garantire la certezza del diritto, oggi l'ulteriore e più sentita esigenza è quella di garantire il contraente debole dinanzi ad una contrattazione che è *ab origine* fisiologicamente squilibrata. Ed il fatto che questa sia l'impostazione presente in varie materie specialistiche non significa che sia solo una "tendenza", perché se così fosse la stessa aprirebbe le porte a decisioni irragionevoli oltre che diseguali in contrasto con gli art. 2 e 3 Cost., nel senso che vi sarebbero settori maggiormente tutelati (vedi disciplina consumeristica) rispetto ad altri in cui l'unico rimedio esperibile sarebbe quello risarcitorio (vedi disciplina intermediari finanziari).

Più precisamente, sui rimedi esperibili in ambito di intermediazione finanziaria la Corte opera una distinzione tra gli obblighi che precedono ed accompagnano la stipulazione del contratto di intermediazione e quelli che si riferiscono alla successiva fase esecutiva.

Dalla violazione della prima categoria di obblighi nasce una responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*, con effetto risarcitorio. In accoglimento dell'impostazione oggi maggioritaria in giurisprudenza, non osta a ciò l'avvenuta stipulazione del contratto. Infatti la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle

---

<sup>368</sup> PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto europeo*, op. cit., 77. Cfr. IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, 57 ss.

<sup>369</sup> PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto europeo*, op. cit., 76 ss..

trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto. In quest'ultima ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede. Dalla violazione dei doveri successivi alla stipulazione del contratto, invece, integrandosi un vero e proprio inadempimento contrattuale, ove ricorrano gli estremi della gravità di cui all'art. 1455 c.c., si potrà richiedere la risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.) .

Ebbene escludendo la nullità tra i rimedi applicabili in caso di violazione di un obbligo comportamentale, la Suprema Corte continua ad elevare a principio primario la certezza del diritto mortificando la giustizia sostanziale. E questa, credo, rappresenti una visione "cieca" della funzione stessa del diritto. Se è vero che esso debba essere certo affinché i soggetti giuridici siano in grado di conoscere preventivamente le leggi alle quali sono sottoposti, è altrettanto ineludibile che un ordinamento che non ha riguardo al "caso concreto" e va avanti per principi astratti ovvero per principi radicati nella forza della tradizione, non sarà mai pienamente a servizio delle persone. Affinché un rimedio sia concretamente applicabile è necessario che si abbia riguardo all'interesse giuridico che vuole tutelare. E se questo rimedio prescelto risulta essere di fatto inappropriato, inidoneo al soddisfacimento dell'interesse protetto, allora è chiara l'inutilità della sua applicazione anche se questa fosse l'unica possibilità ammessa dalla legge. Occorrerebbe, allora, evitare soluzioni "formalmente corrette" ma "sostanzialmente ingiuste", attraverso un bilanciamento di interessi tra loro in conflitto.

Nel caso dei contratti di intermediazione finanziaria, il cliente, che usando l'ordinaria diligenza ha stipulato un contratto senza la piena consapevolezza dei rischi che sta assumendo e che vede svanire ogni sua aspettativa di guadagno perdendo l'intero o la maggior parte del capitale investito, può essere concretamente tutelato in maniera efficiente mediante un risarcimento forfettario? Attenzione perché il pregiudizio subito non si fonda sulla normale alea contrattuale insita in questo genere di negozi. La perdita discende non dal rischio

negoziale di cui il contraente deve necessariamente farsi carico, ma dal fatto che il cliente non ha avuto le informazioni dovute che gli avrebbero consentito di valutare i rischi con piena consapevolezza. Ecco che (forse) l'invalidità dell'atto, aprendo la strada ad azioni restitutorie del capitale investito, sarebbe l'unica a ristabilire l'equilibrio tra le parti.

Tra l'altro a mio avviso, merita essere fatta ulteriore considerazione in contrasto con quanto ancora affermato dalla Corte di legittimità: «è evidente che il legislatore non ha espressamente stabilito che il mancato rispetto delle citate disposizioni interferisce con la fase genetica del contratto e produce l'effetto radicale della nullità invocata dai ricorrenti».

Ebbene, se consideriamo l'obbligo informativo un mero dovere comportamentale oggetto di sola valutazione della condotta diligente della parte, otterremo una visione sterile della questione che stiamo analizzando poiché essa trascura la funzione che esso assolve all'interno della contrattazione. Il mancato rispetto del dovere informativo nell'ambito del contratto di investimento, così come in altri contratti, impedisce al contraente di avere una quadro completo del regolamento negoziale, il che mina fortemente la sua libertà negoziale ed incide sul consenso da egli prestato alla conclusione del contratto. Non è tanto la violazione in sé dell'obbligo comportamentale a determinare l'invalidità del contratto ma gli effetti negativi che da essa ne discendono in capo al cliente. Investire i propri risparmi in maniera disinformata, inappropriata o comunque inadeguata, tocca gli elementi essenziali ed intrinseci del contratto. È come se determinasse un vizio genetico, in quanto la parte non conclude il contratto in maniera consapevole. Molti aspetti di esso, magari quelli attinenti i rischi dell'operazione economica nonché quelli relativi alla convenienza dell'affare, possono non essere del tutto conosciuti, quindi inducono il soggetto ad una erronea valutazione del contenuto contrattuale.

Spesso al problema rimedia l'art. 1440 c.c., che disciplina il dolo incidente<sup>370</sup>. La norma trova applicazione in presenza di un contratto validamente stipulato, pur riscontrandosi un'anomalia discendente dai raggiri posti in essere da una delle parti affinché l'altra presti il proprio consenso alla

---

<sup>370</sup> TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, 551.

stipula, non del contratto, ma di determinate condizioni contrattuali. In sostanza la parte indotta dolosamente in errore avrebbe prestato il consenso alla conclusione del contratto ma ne avrebbe voluto condizioni differenti. La norma, che ammette il solo risarcimento del danno, viene perlopiù applicata nell'ambito delle violazioni poste in essere dagli intermediari finanziari, ove si riconosce, come hanno fatto le Sezioni Unite, la loro responsabilità precontrattuale ma non l'invalidità del negozio. Non sempre questa si presenta come la soluzione preferibile in quanto il risarcimento spesso è inidoneo a riequilibrare il contratto.

Altresì, possiamo sostenere effettivamente che il contratto, stipulato secondo le modalità poc'anzi descritte non vada ad intaccare la struttura stessa dell'atto, creando un vizio? Soffermandoci con più attenzione ad analizzare la fattispecie concreta, ci si accorge che il contratto non soddisfa gli interessi che la parte si era prefissata con la propria stipulazione. E la mancata soddisfazione dei propri interessi dipende, a quanto pare, dalla condotta di mala fede di controparte che crea un difetto funzionale nella causa del contratto. La violazione di un obbligo informativo in materia di intermediazione finanziaria, è in grado di rendere ambigua l'intera operazione economica dato che il cliente non ha l'opportunità di valutare i rischi del suo investimento ed eventualmente accettarli con piena consapevolezza. È chiaro che in questa prospettiva la regola comportamentale violata che incide inevitabilmente sul regolamento di interessi, condiziona a sua volta la ragione giustificativa del contratto e come tale inficia negativamente la causa in concreto.

Ora, un'argomentazione siffatta, è probabilmente azzardata ma la verità è che una soluzione univoca non esiste.

Nell'ipotesi del cliente leso dall'omessa o inadeguata informazione da parte dell'intermediario finanziario, l'opportunità di ricorrere al risarcimento del danno oppure alla nullità del contratto dovrebbe essere lasciata alla sua libera scelta in ragione degli interessi che vuole soddisfare. Semplicemente se colui che ha effettuato l'investimento ritiene di avere ancora interesse al contratto ma cionondimeno ha subito un pregiudizio, chiederà la ristorazione dei danni patiti, diversamente se il contratto per come è stato stipulato non risponde affatto agli obiettivi che si era prefissato, allora potrà richiederne la nullità con le annesse

restituzioni. È chiaro che la presente impostazione si espone alla critica dell'incertezza dei fatti giuridici. A ben vedere, il contratto sarebbe per così dire "instabile" fino al momento in cui la parte lesa non decida concretamente il rimedio applicabile. Ma questa instabilità non discende da una scelta arbitraria dei privati. La legge ha disposto delle norme precettive, inderogabili. Colui che le viola assume su di sé il rischio dell'applicazione della sanzione giuridica. È evidente, però, che una valutazione sul regime applicabile più ragionevole possa avvenire solo a posteriori.

In definitiva, quello che, a mio avviso, rende la decisione della Suprema Corte soggetta a censure è la visione generalizzante e radicale che, comunque, tutt'oggi difficilmente viene scalfita, come dimostrano le più recenti decisioni<sup>371</sup> che si pongono nella stessa direzione delle Sezioni Unite del 2007.

In questa sede non va, peraltro, sottaciuto che la decisione della Suprema Corte a sezioni riunite non può essere definita un punto di arrivo. Al contrario la questione continua ad essere dibattuta in dottrina quanto in giurisprudenza ove la tematica afferente l'applicazione del rimedio invalidante ad una norma comportamentale, si inserisce nell'ambito di settori anche differenti da quello strettamente attinente all'intermediazione finanziaria. Infatti, nonostante i giudici di legittimità siano stati radicali nell'escludere l'interferenza tra le regole di validità e quelle di responsabilità, altri interpreti in sede di merito si sono posti nuovamente in contrasto con la suddetta impostazione. Ne è un esempio una

---

<sup>371</sup> Cass., 10 aprile 2014, n. 8642: «In tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di corretta informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi finanziari può dar luogo a responsabilità pre-contrattuale - con conseguenze risarcitorie ove dette violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (c.d. contratto quadro) - o a responsabilità contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni compiute in esecuzione al contratto quadro; in ogni caso, è da escludere che, mancando un'esplicita previsione normativa, la violazione dei doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità del c.d. contratto quadro o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso». La vicenda anche questa volta si svolge nell'ambito della intermediazione finanziaria e trae origine da un'azione intentata dal Sig. S.B. avverso la banca Intesa San Paolo S.p.A, avente ad oggetto la richiesta di dichiarazione di nullità del contratto di acquisto di obbligazioni BEI-99/29 *step down*, con restituzione della somma investita e risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali derivati al cliente dagli illeciti commessi dai funzionari della banca convenuta, i quali avrebbero realizzato un'operazione in conflitto di interessi ed in violazione dell'art. 21 TUF, nonché del pedissequo regolamento Consob .

pronuncia del Tribunale di Venezia<sup>372</sup>, successivamente impugnata dinanzi ai giudici di legittimità, che si sono di recente espressi<sup>373</sup>. La sentenza affronta il problema delle conseguenze derivanti dal superamento della soglia massima di finanziabilità per la concessione di un mutuo fondiario, la cui disciplina la si rinviene nel Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385). In particolare l'art. 38 TUB, definisce il credito fondiario come l'operazione avente ad oggetto la *“concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili”*, mentre il secondo comma prevede che *“la Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione di finanziamenti”*.

La disposizione normativa fa quindi rinvio alla deliberazione del CICR 22 aprile 1995, la quale fissa l'attuale limite massimo di finanziabilità nella misura pari all'ottanta per cento del valore dei beni ipotecati (credito fondiario) o del costo delle opere da eseguire sui beni medesimi (credito edilizio); è però prevista la possibilità di elevare tale percentuale al cento per cento attraverso il rilascio di garanzie integrative. Nel contempo però, la norma di cui all'art. 38, co. 2, TUB nulla dice in relazione al rimedio applicabile, qualora il limite massimo di soglia venga superato.

In questo senso la giurisprudenza di merito e di legittimità<sup>374</sup>, ha dapprima affermato che l'inosservanza dei limiti indicati comportasse la nullità del contratto limitatamente alla parte esuberante, che si converte in un finanziamento ipotecario ordinario. Precisamente, le norme in materia si riteneva avessero carattere imperativo, poiché poste a presidio del superiore interesse pubblicistico della solidità e stabilità del mercato bancario. Nello stesso senso si è posto il Tribunale di Venezia pronunciando la decisione qui esaminata.

---

<sup>372</sup> Trib. Venezia, 9 agosto 2010.

<sup>373</sup> Cass., 15 febbraio 2016, 2915.

<sup>374</sup> Per la giurisprudenza di merito v. Trib. di Roma, 2 febbraio 1989, in *Temì Rom.*, 1989, 80. Per quella di legittimità Cass., 1 settembre 1995, n. 9219.



Con un più recente arresto la Cassazione ha invece affermato che i limiti prescritti dalla legge in tema di mutuo fondiario tutelano in maniera diretta l'interesse delle banche e solo mediatamente verrebbe salvaguardato il sistema bancario nel suo complesso. Le norme in esame hanno carattere imperativo ma non incidono sulla validità del contratto. Si potrebbero, dunque, qualificare, secondo tale impostazione, come norme di comportamento, la cui violazione non determina l'invalidità dell'atto. Tra l'altro, la violazione di una norma a carattere imperativo non dà sempre luogo alla nullità del contratto in virtù dell'inciso "salvo che la legge disponga altrimenti" di cui all'art. 1418, co, 1, c.c., che impone all'interprete di accertare le ipotesi in cui la sanzione della nullità non possa ritenersi compatibile con la *ratio* stessa della norma<sup>375</sup>.

Con la recentissima pronuncia la Cassazione non si è espressa né dilungata sulla questione di nostro interesse ma ha accolto il ricorso della Banca contro la sentenza di merito che ha dichiarato la nullità del contratto di mutuo fondiario, con ciò rifiutando implicitamente la soluzione dell'invalidità dell'atto per violazione di una regola comportamentale.

Tirando le somme di questa disamina, è evidente che le voci siano ancora molto discordanti. Forse, l'atteggiamento più corretto sarebbe quello di evitare risposte escludive, ovvero dirette ad affermare che la responsabilità precontrattuale è idonea ad incidere o soltanto sul risarcimento o soltanto sulla validità<sup>376</sup>. Il problema dell'interferenza o non interferenza tra le regole di validità e di comportamento andrebbe valutato, allora, in chiave funzionale, in base alla rilevanza che assume un particolare rimedio nella fattispecie concreta.

#### **4. La violazione del principio di solidarietà sociale ex art. 2 Cost. nella formazione del contratto. La caparra confirmatoria alla luce di una lettura costituzionalmente orientata**

---

<sup>375</sup> BALESTRA L., *Il superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di comportamento: a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione*, in *Fall.*, 2014, 410 ss..

<sup>376</sup> PERLINGIERI G., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto*, op. cit., 95. Cfr. D'AMICO G., *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, 732 ss..

La giurisprudenza di legittimità, che esclude la possibilità per il canone di buona fede di incidere sulla validità del contratto, subisce una battuta di arresto, in tempi recenti, da due ordinanze gemelle della Corte Costituzionale<sup>377</sup>, emesse a distanza di un anno l'una dall'altra, le quali, affrontando il problema della riduzione ad equità della caparra confirmatoria *ex art. 1385, co. 2, c.c.*, sembrano cancellare con un colpo di spugna tutte le disquisizioni fatte dalla giurisprudenza di legittimità circa l'inammissibilità della nullità virtuale di cui all'art. 1418, co 1, c.c..

In entrambe le occasioni la Corte Costituzionale viene sollecitata dal Tribunale di Tivoli, dinanzi al quale il promissario acquirente di un immobile, chiede la condanna del promittente venditore alla restituzione della caparra già versata come anticipo del prezzo (in misura di un terzo del pattuito), a causa dell'impossibilità di addivenire alla stipulazione del contratto definitivo per la mancata erogazione, da parte della banca, di un mutuo sufficiente a coprire il pagamento del prezzo residuo.

In sostanza il Tribunale di Tivoli, sostenendo l'irragionevolezza dell'automatismo proprio dell'art. 1385, co. 2, c.c., il quale nel caso di specie consente al promissario venditore di trattenere a sé la caparra confirmatoria ricevuta, pur essendo manifestamente sproporzionata tenuto conto della natura dell'affare e delle pratiche commerciali, ritiene contrario ai principi costituzionali, che il giudice non possa ridurre ad equità il valore della caparra stessa.

Ad avviso del rimettente, infatti, si prospetta nel caso di specie, l'esigenza di bilanciare due interessi in conflitto: da una parte il diritto della parte non inadempiente (promittente venditore) a percepire la caparra, dall'altra l'interesse della parte inadempiente (promissario acquirente) a non perdere un capitale notevole ed eccessivo a fronte di un inadempimento (mancata stipulazione del contratto definitivo) che «seppur colposo, certamente non è stato voluto e rispetto al quale si è adoperato in ogni modo per trovare una soluzione».

---

<sup>377</sup> Corte Cost., ordinanza 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro It.*, 2014, I, 2035 ss., con note di SCODITTI E., *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*; PARDOLESI R., *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*; LENER G., *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*. Corte Cost., ordinanza 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro It.*, 2014, I, 382 ss., con nota di PATTI F.P., *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*.

Pertanto, il giudice di merito solleva questione di illegittimità costituzionale dell'art. 1385, co. 2, c.c., per contrasto con l'art. 3 della Costituzione sotto il profilo della "irragionevolezza", intesa come «intrinseca incoerenza, contraddittorietà od illogicità», nella parte in cui «non dispone che – nelle ipotesi in cui la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra e nella ipotesi in cui, se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra – *il giudice possa equamente ridurre la somma da ritenere o il doppio da restituire, in ipotesi di manifesta sproporzione o ove sussistano giustificati motivi*».

Va premesso che la Corte Costituzionale, in tali occasioni, si pronuncia con due ordinanze di rigetto, che dichiarano la questione inammissibile per difetto di motivazione, sia sotto il profilo della non manifesta infondatezza che sotto il profilo della rilevanza. Pronunce siffatte, proprio per la loro natura, non smuovono in alcun modo la portata della norma.

Ciononostante, seppur in piano di diritto, la norma di cui all'art. 1385, co. 1, c.c., non subisca alterazione alcuna, la Corte Costituzionale nel suo iter argomentativo ha fatto qualcosa, ad avviso di acuta dottrina, di molto più invasivo: ha dato nuovo e forte impulso allo scardinamento del principio di non interferenza tra le regole di validità e le regole di responsabilità nonché, in maniera più ampia, ha scalfito l'intero sistema delle invalidità.

Il giudice di Tivoli lamenta l'assenza di uno strumento d'intervento giudiziale volto a riequilibrare l'assetto contrattuale qualora la caparra sia eccessiva. La Corte Costituzionale afferma testualmente che il giudice rimettente non ha tenuto adeguatamente conto dei «possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come nella specie si prospetta) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. E ciò in ragione della rilevanza, *ex officio*, della nullità (totale o parziale) *ex* articolo 1418 c.c., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato disposto con il canone di buona fede».

Questo, come appare subito evidente, è il punto che ha sollevato le maggiori perplessità<sup>378</sup>.

La Corte Costituzionale pone in essere *un'interpretazione adeguatrice* della norma, di cui all'art. 1385, co. 2, c.c., al precetto costituzionale di solidarietà sicché questo principio fondamentale, in combinato disposto con quello della buona fede, eleva la norma ordinaria a fonte imperativa in grado di incidere sulla validità del negozio ai sensi dell'art. 1418, co.1, c.c..

Del resto una norma non può essere dichiarata costituzionalmente illegittima allorché residui in capo all'interprete una valida opzione ermeneutica, idonea a rendere la disposizione conforme alla Carta fondamentale<sup>379</sup>. E questo è quello che accade nel caso di specie ove i giudici costituzionali affermano che è poco utile preoccuparsi della possibilità di ridurre giudizialmente la caparra confirmatoria, dal momento che sussisterebbe in capo all'organo decidente un potere ancora più pregnante: quello di dichiarare la nullità della clausola stessa, *ex art. 1418 c.c.*, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. in combinato disposto con la clausola di buona fede. In altri termini, la norma costituzionale avrebbe la funzione di "integrare" la clausola generale, creando un «effetto sinergico delle due regole in combinazione»<sup>380</sup>.

La Corte Costituzionale, quindi, immagina un'applicazione diretta dei principi costituzionali alla materia contrattuale<sup>381</sup>.

---

<sup>378</sup> ASTONE F., *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in *Giur. Cost.*, 2013, 3770 ss.; PATTI P.F., *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 685 ss.; PAGLIANTINI S., *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contr.*, 2014, 853 ss..

<sup>379</sup> La sentenza muove dalle tesi formulate dall'estensore delle ordinanze in commento in un saggio da questi pubblicato. Il riferimento è a MORELLI M.R., *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Gius. Civ.*, 1999, 3 ss.; ID., *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 2168.

<sup>380</sup> MORELLI M.R., *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, cit., 3 ss..

<sup>381</sup> Una delle prime pronunce a mettere in luce le ricadute dei principi costituzionali sulle norme di diritto privato è Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2129, con nota di SICCHIERO G., *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*. Sul significato del principio di solidarietà v. poi BUSNELLI F.D., *Il principio di solidarietà e "l'attesa della povera gente"*, oggi, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2013, 413 ss..

Il primo dato emergente è che la buona fede assume esplicitamente la veste di regola non solo comportamentale ma di validità del contratto

Impostazione che evidentemente si pone in antitesi con quanto fino ad ora è stato sostenuto unanimamente dalla giurisprudenza di legittimità e ribadito in maniera granitica dalla Suprema Corte a Sezioni Unite.

Inevitabilmente, l'attribuire tal valore alla buona fede determina da una parte l'ampliamento del potere di intervento del giudice sul contenuto contrattuale, dall'altra la limitazione dei poteri di autonomia privata in capo ai contraenti.

L'interpretazione correttiva guarda alle circostanze del caso concreto, agli elementi fattuali che consentono di operare un bilanciamento di opposti interessi. In sostanza, un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme ordinarie che, alla luce della buona fede, aspira ad una giustizia sostanziale ed affida al giudice il compito di riportare ad equilibrio il contratto. Ciò implica il riconoscimento di un potere generale di intervento sul contenuto del contratto che viene privilegiato rispetto all'autonomia contrattuale delle parti.

Tra l'altro, ciò che stupisce è che il sindacato giudiziale interverrebbe, nel caso di specie, non tanto per bilanciare diritti e doveri delle parti che risultano effettivamente diseguali, ma per ristabilire un'equivalenza circa le prestazioni stabilite dai contraenti. Ne discende, allora, che si ha violazione della buona fede ogniqualvolta vi sia una grave sproporzione tra le prestazioni economiche dedotte nel rapporto obbligatorio.

È innegabile che siffatta impostazione incrina significativamente, il principio di autonomia contrattuale. Che spazio rimane al principio di autonomia contrattuale se in via generale è possibile sindacare, tramite il principio di buona fede, l'adeguatezza del rapporto di scambio, sì da determinare la nullità del contratto in caso di grave sproporzione tra le prestazioni?

Nello specifico, le parti, non saranno più pienamente libere di predisporre il contenuto del contratto, in quanto la loro libertà di scelta è subordinata alla determinazione di un accordo equo e bilanciato, in ossequio al principio che impone l'adempimento dei doveri di solidarietà sociale e del canone generale di buona fede. Affermare che i principi costituzionali insieme alla buona fede,

rappresentano dei limiti all'autonomia privata, al punto che la loro violazione possa inficiare *sub specie nullitatis* il contratto, significa ammettere la sussistenza, in capo all'autorità giudiziaria, il potere di ricondurre ad equità qualsiasi manifestazione dell'autonomia privata, sol che essa contrasti con uno di essi. Un potere abnorme, dunque, in grado di minare alla base i non meno importanti principi dell'autonomia delle parti e della certezza delle relazioni contrattuali<sup>382</sup>.

Si badi bene, che anche a voler ipotizzare altre soluzioni volte a riequilibrare il contratto, si incorre comunque nel rischio di attribuire poteri molto forti al giudice a discapito della libertà negoziale.

Si potrebbe per esempio pensare, come accade in altre ipotesi espressamente disciplinate (rescissione, clausola penale), ad un intervento giudiziale volto a ridurre ad equità la caparra confirmatoria. Ma anche qui, il giudice opererebbe aldilà del potere conferitogli dalla legge, posto che per la caparra confirmatoria il legislatore nulla ha previsto in tal senso. Inoltre, non è detto che la soluzione nel concreto sarebbe in grado di ripristinare l'equilibrio contrattuale, tenuto conto del fatto che la sproporzione non è meramente economica ma discende da condizioni contrattuali che attribuiscono maggiori vantaggi all'una parte rispetto all'altra, per esempio anche escludendo ipotesi di responsabilità. Sotto tal profilo, allora, l'unico modo di portare ad equità il contratto sarebbe proprio l'eliminazione della clausola avente un contenuto iniquo.

Quello che preme essere evidenziato è che dal tenore letterale utilizzato dalle ordinanze della Corte Costituzionale, non sembra emergere una regola interpretativa valevole per la sola fattispecie specifica della caparra confirmatoria, ma contrariamente, sembra che venga dettato un principio estensibile a tutta la materia contrattuale, ogniqualvolta il regolamento negoziale contenga una clausola che si pone in contrasto con la buona fede ed i principi costituzionali di solidarietà sociale.

---

<sup>382</sup> D'AMICO G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contr.*, 2014, 926 ss., secondo il quale la suddetta teoria introduce «un'idea che – nella sua apparente semplicità – contiene un principio eversivo dell'intero diritto contrattuale».

Quello che in verità stupisce è proprio questo ovvero che la Corte Costituzionale abbia, con una tale semplicità e senza maggiori approfondimenti, dettato una regola di principio tale da sovvertire un'intera tradizione giuridica in materia contrattuale e sulla quale si sono spesi, ed ancora si spendono, fiumi di inchiostro senza che si sia effettivamente addivenuti ad un'univoca soluzione, data la complessità della questione e le sue ricadute su più aspetti che non possono essere tralasciati.

Legittimo allora il sospetto che una pronuncia di questo tenore sia di per sé un po' eccessiva. Ci si trova al cospetto di un principio che dota il giudice di un potere enorme i cui contorni sono difficili da delineare. Paradossalmente la Corte Costituzionale non ammette che il giudice possa ridurre ad equità la caparra, in quanto tale riduzione non viene espressamente prevista dalla disposizione normativa, come invece accade per la clausola penale di cui all'art. 1382 c.c., ma gli attribuisce addirittura il potere di invalidare la clausola per contrasto con i principi fondamentali e la buona fede<sup>383</sup>.

In realtà la posizione adottata dalla Corte Costituzionale, seppur in controtendenza alla tesi prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza, non è frutto di una decisione poco meditata. È indubbio che colga di sorpresa, ma essa giunge in un momento dove, seppur ancora radicato il principio di non interferenza tra regole di validità e di responsabilità, nel contempo su più fronti si è evidenziato come esso non risponda più pienamente alla linea evolutiva dell'apparato normativo.

E' innegabile, che l'ordinamento giuridico ha subito in tempi recenti notevoli trasformazioni. Si coglie, invero, una sorta di principio generale di proporzionalità tra le prestazioni contrattuali<sup>384</sup>. Dietro l'impulso del diritto europeo e dell'opera ermeneutica della Corte di Cassazione il principio di intangibilità del contratto ha assunto contorni molto più sfumati che in passato.

---

<sup>383</sup> Sull'estensione analogica della disciplina che sancisce la riducibilità della clausola penale alla caparra confirmatoria, si era espressa a favore autorevole dottrina: TRIMARCHI V.M., Voce *Caparra (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 202 e nota 46. In senso contrario all'analogia SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, op. cit., 175; DE NOVA G., Voce *Caparra*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Torino, 1988, II, 241.

<sup>384</sup> PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 343 ss..

Si pensi al rilievo che il principio solidaristico e la clausola generale di buona fede hanno avuto nell'elaborazione della figura dell'abuso del diritto. La Corte di Cassazione, ha più volte affermato come la clausola generale della buona fede, in tutt'uno con il principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., costituisce un preciso limite all'autonomia dei privati, i quali saranno tenuti a salvaguardare reciprocamente l'interesse altrui.

Si rifletta ancora sul superamento del modello codicistico, che pone i contraenti in posizione paritaria e indifferenziata, rispetto alla nuova normativa speciale che si pone in una logica di protezione della parte debole del rapporto e che introduce una serie di rimedi che consentono al giudice un ampio margine di controllo sull'autonomia dei privati. E così, ad esempio, il Codice del Consumo.

Quello che desta qualche perplessità è che una siffatta pronuncia, data l'importanza della regola di principio evocata, non abbia ad oggi ottenuto alcun riscontro nell'ambito giurisprudenziale, a dispetto del forte impatto nell'ambito contrattuale che si era inizialmente preannunciato.

Questo atteggiamento, seppur non sia la riprova del fatto che la buona fede debba essere relegata a mera regola di valutazione delle condotte, è sicuramente indice della presenza di forti perplessità sulla questione.



## PARTE SECONDA: L'ANNULLABILITÀ

**SOMMARIO:** **1.** La tipicità dei vizi del consenso. “La teoria dei vizi incompleti”  
- **2.** «I vizi incompleti». L'errore (sui motivi) non essenziale ma determinante per il consenso e riconosciuto o riconoscibile all'altra parte - **3.** (*Segue*). Il dolo: la reticenza, il silenzio, la menzogna. La colposa induzione in errore - **3.1** (*Segue*). Il *dolus bonus* -  
**4.** (*Segue*). La violenza: l'approfittamento dell'altrui stato di soggezione e il timore reverenziale

### 1. La tipicità dei vizi del consenso. La teoria dei “vizi incompleti”.

Affinché un contratto sia validamente perfezionato ed acquisisca valore vincolante nella sfera giuridica delle parti, è necessario che la volontà individuale di ciascuna si sia formata correttamente. Quest'ultima, invece, risulta essere viziata qualora una parte verte in uno stato di incapacità di agire, erroneamente si è rappresentata una falsa realtà fattuale, è stata con artifici o raggiri indotta in errore ovvero ha subito minacce.

In tutti questi casi il legislatore, a protezione del contraente il cui consenso alla conclusione del contratto non è frutto di una scelta volontaria o consapevole, ha previsto il rimedio dell'annullabilità del contratto (artt. 1425 e ss., c.c.)<sup>385</sup>.

L'indagine che ci proponiamo in questa ultima fase della ricerca si sposta aldilà delle fattispecie espressamente disciplinate dalla legge.

Difatti, le ipotesi critiche non sono quelle che rispecchiano a piè pari la disciplina normativa ma quelle che pur non integrando un vizio tipico del consenso, in una qualche misura incidono sulla libertà negoziale e sulla volontà di addivenire alla conclusione del contratto.

Il quesito da cui, allora, si parte è se sia sostenibile identificare un rimedio invalidante il contratto, nella specie l'annullabilità, qualora la scorrettezza contrattuale sia tale da alterare la formazione del consenso del contraente ma non

---

<sup>385</sup> GALLO P., *I vizi del consenso*, in *I contratti in generale*, Gabrielli E. (a cura di), I, Torino, 2006, 459 ss.; LOBUONO M., *I vizi della volontà*, in *Diritto civile*, Lipari N.– Rescigno P. (diretto da), III, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 1055; RENDE F., *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012.

integri propriamente i presupposti legislativamente determinati per l'errore, il dolo, la violenza od eventualmente uno stato di incapacità.

La questione anche in questo caso non sembra essere di facile portata, sebbene la risposta in sede giurisprudenziale sia pressoché inamovibile.

Essa è stata sinteticamente affrontata dalle Sezioni Unite del 2007, riguardo l'ipotesi specifica della violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari, addivenendo, anche questa volta, a conclusioni che non si discostano dal principio di autonomia del giudizio di validità rispetto al giudizio di correttezza.

La Corte, sul piano dell'annullabilità del contratto, si limita a ribadire che «ove pure si voglia ammettere che nella fase prenegoziale la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario sopra ricordati siano idonei ad influire sul consenso della controparte contrattuale, inquinandolo, appare arduo sostenere che sol per questo il consenso manca del tutto; ed i vizi del consenso - se pur di essi si possa parlare - non determinano la nullità del contratto, bensì solo la sua annullabilità, qualora ricorrano le condizioni previste dall'art. 1427 c.c. e segg.»<sup>386</sup>.

Con questo ultimo assunto i giudici di legittimità mettono in evidenza la sussistenza all'interno del nostro ordinamento del *principio di tipicità dei vizi del consenso*<sup>387</sup>, secondo cui, al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge, non è possibile individuare altri vizi capaci di invalidare il contratto. Pertanto, è possibile che l'omessa informazione, così come altra condotta di mala fede, possano incidere sulla validità del contratto ma solo qualora siano determinanti per la formazione del consenso e sussistano i presupposti di legge.

In questo caso la *tipicità* non ha la funzione di limitare l'autonomia privata, in quanto l'area dell'invalidità contrattuale è di per sé riservata alla legge e non è nella disponibilità dei soggetti. Essa invece ha quale finalità primaria quella di porre un limite all'attività dell'interprete, escludendo che il catalogo tipico dei vizi del consenso possa essere arricchito in via di integrazione di altre

---

<sup>386</sup> Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724.

<sup>387</sup> Della tipicità dei vizi del consenso ne parla SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, op. cit., 321 e 349.

fattispecie derivanti dal diritto positivo<sup>388</sup>. Non avrebbe senso parlare di “numero chiuso” dei vizi del consenso se, il giudice per primo, potesse andare oltre alla loro interpretazione letterale, accogliendo nuove e diverse ipotesi che si manifestino nella prassi.

L’analisi, però, sotto questa prospettiva appare troppo rigida e non sposta di nulla il nostro problema. Indubbiamente il rispetto del principio di tipicità garantisce la certezza del diritto ma nel contempo si corre il rischio che il diritto resti indifferente a talune condotte che non possono essere giustificate in quanto pregiudizievoli e contrarie al canone di buona fede. E a dire il vero questa non sembra l’intenzione del legislatore, il quale, nel prevedere la norma di cui all’art. 1337 c.c., sembra aver voluto dettare una regola generale a protezione di qualunque soggetto che nella fase di negoziazione subisca un pregiudizio a causa della condotta sleale dell’altro contraente.

Ebbene, proprio in riferimento all’ambito applicativo della responsabilità precontrattuale, va premesso che sono state superate le vecchie chiusure. Della compatibilità tra la validità del contratto ed il rimedio risarcitorio già si è discusso. L’assunto non trova ostacoli nell’ambito del codice civile come dimostra la disciplina espressa del dolo incidente *ex art. 1440 c.c.*. Nel corso della trattazione si è avuto modo di constatare che per diverso tempo la *culpa in contrahendo* poteva assurgere solo ad un contratto invalido (teoria Jhering), in quanto la stipulazione del contratto avrebbe assorbito tutti gli eventuali illeciti verificatisi nella fase antecedente alla sua conclusione. Senza ritornare sul punto<sup>389</sup>, diamo oramai per riconosciuto che l’applicazione della responsabilità precontrattuale prescinde dalla presenza di un contratto invalidamente stipulato, in quanto la stessa può permanere qualora non si sia addivenuti al perfezionamento del negozio (recesso *sine causa*), sia nel caso in cui il contratto sia valido ed efficace ma sconveniente<sup>390</sup>.

---

<sup>388</sup> D’AMICO G., «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, op. cit., 22 ss..

<sup>389</sup> V. *supra*, cap. III, sezione I, §§ 1 e 2.3.

<sup>390</sup> La tesi che ammette la responsabilità precontrattuale nell’ipotesi di validità del contratto è stata accolta anche in giurisprudenza: Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, I, 440 ss.; Cass., 29 settembre 2005, n. 19024. In maniera implicita l’orientamento è accolto anche da Cass., 29 settembre 2005, n. 19024 e da Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724. *Contra*, v.

L'impostazione, considerata la *ratio* dell'art. 1337 c.c., è da condividere e consente di estendere l'ambito applicativo della *culpa in contrahendo* oltre i casi di cui agli artt. 1427 ss. e 1338 c.c. in quanto norme riferibili esclusivamente ad ipotesi di contratto invalidamente stipulato.

Proprio sulla scorta dell'evoluzione di pensiero circa l'ambito applicativo della responsabilità precontrattuale, attenta dottrina si è interrogata a lungo sulla possibilità di individuare un rimedio esperibile volto a sanzionare comportamenti di abuso che non sono però tali da integrare un vizio tipico.

Ancora una volta l'alternativa si pone tra il rimedio invalidante – in tal caso dell'annullabilità - e quello del risarcimento del danno. La prima soluzione, diciamo subito, non viene comunemente accolta ed, a dire il vero, le ragioni sono pregnanti e difficilmente sovvertibili.

Intanto ciò che desta maggiore perplessità è il fatto che il legislatore ha preventivamente individuato i comportamenti rilevanti dai quali discende l'invalidità del contratto, sicché aldilà di tali ipotesi, qualora non vengono integrati i presupposti normativamente indicati, difficilmente può ammettersi l'annullabilità del contratto. Pertanto, ancor prima di valutare il rimedio concretamente esperibile, la difficoltà sta proprio nel comprendere se condotte differenti da quelle tipiche possano avere comunque una qualche rilevanza giuridica.

A stretto rigore, alla luce di un'interpretazione letterale delle norme, si dovrebbe respingere la rilevanza di qualsiasi condotta diversa da quelle concernenti i vizi del consenso, dato che il legislatore non si è occupato di disciplinarle.

In realtà una tale affermazione è sicuramente troppo rigida se abbiamo riguardo alla clausola generale di cui all'art. 1337 c.c., la quale dimostra la volontà legislativa di privilegiare le condotte di buona fede, ponendo una responsabilità a carico di colui che abbia tenuto nel corso delle trattative un comportamento sleale. L'ampiezza della formula normativa lascia, inevitabilmente, all'interprete il compito di definire con precisione le condotte sanzionabili. Ma non tutte le condotte scorrette assumono valore giuridico. Si

---

Cass., 5 febbraio 20017, n. 2479, in *Mass. Giur. it.*, 2007; Cass., 25 luglio 2006. n. 16937, in *Giust. Civ.*, 2006, I, 2717.

pensi all'oramai noto dovere di informativa nella fase di trattativa del contratto. L'omettere un'informazione determina la violazione del canone di buona fede, ma affinché la condotta sia sanzionabile, è necessario che l'informazione sia perlomeno essenziale per la determinazione del contratto o che per ragioni di professionalità o competenze, sia nella disponibilità di una sola parte, sicché l'altra, anche usando l'ordinaria diligenza non potrebbe venirne a conoscenza. Ecco che questo è solo uno degli esempi valevole per qualsiasi altra applicazione pratica del principio di buona fede. Non tutte le condotte astrattamente scorrette sono tali da determinare in maniera negativa il consenso, poiché esse vanno sempre valutate sulla base di una serie di circostanze (qualità delle parti, natura del contratto, ecc.).

Orbene, se è vero che in forza dell'art. 1337 c.c. il nostro ordinamento riconosce la rilevanza del contegno di mala fede, ciò non significa, nel contempo, affermare che da ogni condotta scorretta possa discendere l'invalidità del contratto. Anzi, così argomentando, ci si porrebbe, addirittura, *contra legem*, nel senso che diversamente da quanto stabilito dalle norme, il giudice annullerebbe il contratto in virtù di una condotta meno grave o comunque differente rispetto a quelle espressamente previste. In altri termini l'interprete potrebbe arbitrariamente abbassare la soglia di intensità dell'alterazione del volere rispetto a quella prevista per l'errore, il dolo e la violenza ovvero i casi di incapacità.

Per meglio comprendere, si pensi al caso di un soggetto che per carenze intellettive, riconoscibili dall'altra parte, non sia in grado di comprendere totalmente la portata dell'atto compiuto o comunque nello specifico il suo dettagliato significato (in riferimento per es. a specifiche clausole), senza che ciò trascenda propriamente nei casi di incapacità legale o naturale tipizzati dal legislatore. È evidente che un approfittamento, anche solo tacito, di tali condizioni da parte di uno dei contraenti, farebbe sì che la parte in buona fede resti vincolata ad un contratto "diverso" da quello voluto. Non sarebbe così assurdo allora ipotizzare il rimedio dell'invalidità del contratto, in quanto unico strumento che potrebbe rimuovere radicalmente gli effetti svantaggiosi del contratto subiti dal contraente debole, in presenza di una condotta di mala fede ai sensi dell'art. 1337 c.c.. Ma attenzione. L'accogliere un'impostazione siffatta si presta a non poche e

condivisibili obiezioni. Se si afferma che è possibile annullare un contratto, in quanto nella fase della sua formazione un soggetto a causa per esempio del proprio stato psicologico alterato, non propriamente qualificabile neppure come incapacità naturale, non è stato in grado di comprendere il vero significato del contratto ed a questo si è aggiunto il comportamento scorretto della controparte che ha accondisceso senza specificare l'effettivo contenuto del negozio, significa dire a stretto rigore giuridico, che l'interprete, a prescindere dalla disciplina legale, sta abbassando la soglia dell'incapacità di agire protetta dal legislatore. Stiamo implicitamente ammettendo, in altri termini, ipotesi di incapacità diverse da quelle tipizzate. Bene si comprende come ciò scardini con un "colpo di spugna" il sistema giuridico delle invalidità contrattuali. Quanto stabilito espressamente dal legislatore perderebbe di fatto valore poiché a questo punto qualsiasi stato psicologico, qualsiasi condizione culturale o sociale che ha ritardato lo sviluppo del soggetto, sarebbe presupposto sufficiente per invalidare l'atto. È ovvio che tutto questo crea nel concreto una conseguenza di non poco conto: un'incertezza molto forte nel diritto difficilmente controllabile. La discrezionalità del giudice diverrebbe smisurata ed anche volendo accogliere un potere giudiziale così forte, lo stesso interprete avrebbe serie difficoltà a stabilire la soglia di rilevanza di determinate fattispecie essendo privo di qualsiasi appiglio normativo.

L'obiezione sopra esposta, a mio avviso, a stento può essere superata. Verrebbe a vanificarsi l'intera disciplina dei vizi del consenso e qualsiasi condotta contraria a buona fede potrebbe invalidare il contratto parimenti ai vizi tipici.

Per contro, non va sottaciuto, che se il punto di partenza è il timore di scardinare il sistema tipico delle invalidità, allora il problema dell'interferenza tra regole di validità e regole di comportamento forse non può essere neppure affrontato. La ragione è in realtà banale. È evidente che qualsiasi fattispecie che ci si appresti ad analizzare, esula necessariamente dagli schemi tipici delle invalidità. L'analisi verte su fatti estranei a quelli previsti dalla legge e per i quali si riduce inevitabilmente la gravità, proprio perché, per così dire, i casi più "gravi" sono già stati preventivamente disciplinati. Quindi la prospettiva per affrontare la questione non dovrebbe basarsi sull'assioma "il caso non disciplinato è irrilevante", ma

aldilà dei casi stabiliti dalla legge ci si dovrebbe chiedere quale sia il ruolo della buona fede. La buona fede diventa “la bussola”. Ed allora nella fattispecie precedente l’attenzione va focalizzata nella condotta scorretta della parte. La mera accondiscendenza, la tacita condivisione di una convinzione altrui è sufficiente per dire che il consenso non si è correttamente formato? Probabilmente no, ma è in questa direzione che dovremmo spingerci per trovare, quantomeno, nuove strade. Ancora una volta, aldilà delle disposizioni normative, la valutazione dovrà essere effettuata nel concreto poiché solo analizzando la fattispecie specifica si può delimitare il confine tra il lecito e l’illecito.

In ragione della difficoltà evidente di ammettere l’annullabilità del contratto per violazione della buona fede, affinché l’ordinamento offra comunque una qualche tutela al contraente pregiudicato, si è fatta spazio in dottrina una tesi che ha riscosso notevole successo e che attualmente, contrariamente al passato, sta riscontrando un certo favore anche in giurisprudenza.

Il riferimento va alla tesi dei c.d. *vizi incompleti*<sup>391</sup>. Essa non scardina il principio di non interferenza tra le regole di validità e le regole di responsabilità ma prende atto del fatto che la buona fede nell’ambito della formazione del contratto ha un ruolo pregnante che è quello di correggere i risultati economici pregiudizievoli del regolamento negoziale. È possibile, infatti, che anche in un contratto validamente stipulato - in quanto non si ravvisano vizi genetici tali da integrare ipotesi di nullità o annullabilità dello stesso - si possa riscontrare un’anomalia che sorge a causa di un contegno sleale del contraente.

La condotta di mala fede può manifestarsi in svariate modalità tra cui omettere o mostrare reticenza nel riferire informazioni rilevanti; approfittarsi dell’errore in cui è incorsa la controparte seppur non sia essenziale ma comunque determinante per il consenso; l’induzione colposa in errore; l’approfittarsi di uno stato di menomazione psichica che non trascende propriamente in una incapacità di intendere e volere; ecc..

Se lasciassimo impunte queste condotte si incorrerebbe nel rischio di incentivare comportamenti volti ad eludere le norme sull’invalidità. In altri termini al soggetto in mala fede basterebbe evitare di integrare i presupposti

---

<sup>391</sup> L’elaborazione di questa tesi si deve a MANTOVANI M., «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, op. cit., 187 ss..

propri del dolo, della violenza e dell'errore affinché il contratto non venga invalidato ed egli possa trarre un vantaggio iniquo dal negozio. È comprensibile che un tale atteggiamento non può essere giustificato.

Da qui il nome «vizi incompleti» a voler indicare tutte quelle fattispecie giuridicamente rilevanti che non integrano i presupposti di legge di cui agli artt. 1427 ss., c.c., sebbene siano tali da incidere sul contenuto del regolamento negoziale, il quale nasce fisiologicamente squilibrato ed arreca uno svantaggio sproporzionato al contraente di buona fede. Più propriamente si afferma che «il concreto assetto di interessi, che risulta dal contratto, appare il frutto di una decisione in qualche modo “deformata” in ragione della (influenza spiegata dalla) condotta sleale e scorretta di una delle parti, nella fase che ha preceduto la conclusione del contratto»<sup>392</sup>.

L'intento non è, come accade per i vizi del consenso, quello di creare un sistema di vizi incompleti. La varietà di ipotesi che può prospettarsi non va catalogata preventivamente in quanto la loro rilevanza dipende da una valutazione della realtà fattuale che può anche variare in ragione delle nuove dinamiche sociali e contrattuali. D'altronde questa esigenza è avvertita dall'art. 1337 c.c. che si pone come «norma di chiusura volta ad operare quando l'esistenza di spazi vuoti di diritto lascia impunita la disonestà e la slealtà del trattare»<sup>393</sup>.

Spetterà allora all'interprete, in base alle circostanze concrete, stabilire se la condotta abbia raggiunto un grado di intensità tale da poter invalidare l'atto, far sorgere la sola *culpa in contrahendo* oppure si tratti di un fatto giuridicamente irrilevante.

L'anomalia che determina un assetto di interessi contrattuale sfavorevole, non rimane infatti invariata per qualsivoglia fattispecie. Al di sotto di una certa soglia la condotta scorretta non assumerà rilevanza alcuna, diversamente potrà assumere una intensità tale da incidere sul consenso pur non avendo i presupposti previsti dalla legge.

Risponde, dunque, ad un principio di ragionevolezza prevedere due rimedi diversi valevoli, appunto, per fattispecie differenti: se si tratta di fattispecie concrete sussumibili nelle norme che disciplinano i tipici vizi del consenso, la

---

<sup>392</sup> MANTOVANI M., «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, op. cit., 187.

<sup>393</sup> BENATTI F., *Culpa in contrahendo*, in *Contr.e Impr.*, 1987, 298.



sanzione sarà quella dell'invalidità; se la fattispecie concreta non integra i presupposti del dolo, violenza ed errore ma ciononostante è giuridicamente rilevante, allora troverà applicazione la responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., con l'unico rimedio praticabile del risarcimento del danno.

Orbene, i vizi incompleti vengono descritti in maniera *negativa*, con riferimento, cioè, a fattispecie in cui manca almeno uno dei presupposti richiesti dal legislatore per la rilevanza del dolo, della violenza e dell'errore. Questo rende più complesso quantificare l'alterazione della libertà negoziale. La verifica della soglia minima o massima di rilevanza non è però operazione così semplice. Non abbiamo dati normativi che siano indicativi in tal senso per il giudice. Dall'analisi dell'art. 1337 c.c. quasi si potrebbe dire che qualsivoglia condotta scorretta possa essere astrattamente suscettibile di responsabilità risarcitoria. Si è sostenuto in proposito che la funzione dell'art. 1337 c.c. sia quella di «norma di chiusura» rispetto alla normativa di validità: la funzione è quella di «colmare tutti gli spazi vuoti lasciati dalla regola di validità, e così di attribuire al rimedio risarcitorio una funzione “sussidiaria” rispetto alla tutela *per invaliditatem*, tutte le volte in cui la condotta comunque scorretta di uno dei contraenti – a prescindere da una indagine circa la “misura di scorrettezza impiegata – determini (o contribuisca a determinare) un assetto di interessi “sfavorevole” all'altro»<sup>394</sup>.

Ma è evidente che così non può essere.

Su più fronti la teoria dei vizi incompleti viene censurata, in forza dell'assunto che questo nuovo “catalogo” di vizi, tra l'altro non determinato ma determinabile solo nel diritto positivo, creerebbero solamente caos ed incertezza. Aprendo le frontiere alla risarcibilità del danno ogniqualvolta si verifici la violazione della buona fede, si corre il rischio che la parte insoddisfatta dall'assetto di interessi discendente dal contratto, possa invocare “presunte” scorrettezze, al fine di ottenere in sede giudiziale una revisione economica dello scambio a posteriori. Inoltre si rischia di dar vita ad aporie giuridiche nello stesso sistema del codice civile, svuotando per esempio di significato il principio di irrilevanza dell'errore sui motivi.

---

<sup>394</sup> MANTOVANI M., «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, op. cit., 195. La tesi esposta non è condivisa da D'AMICO G., «*Regole di validità*» e principio di correttezza nella formazione del contratto, op. cit., 140.

La verità è che la pretesa risarcitoria non potrà essere accolta semplicemente in ragione di una qualsiasi condotta scorretta ma solo in presenza di dati oggettivi che si manifestano propriamente nello squilibrio del regolamento negoziale, causato da una condotta di mala fede tale da determinare il consenso alla stipulazione del contratto. Inoltre si afferma che la pretesa risarcitoria potrà avere luogo solo qualora non sussista un concorso di colpa tra le parti contrattuali (art. 1227, co. 1, c.c.)<sup>395</sup>.

Se l'individuazione delle fattispecie giuridicamente rilevanti non può determinarsi a priori, il tutto si gioca allora sul piano probatorio, in quanto spetterà al soggetto che lamenta di aver sofferto un pregiudizio invocando una tutela, l'onere di provare l'esistenza di un danno e la presenza del nesso causale tra lo stesso ed il contegno di mala fede della controparte. In definitiva, all'esito dell'istruttoria, valutate le circostanze concrete tra cui anche il valore economico complessivo dello scambio in rapporto a ciascuna prestazione, ogni qualvolta il danno risulti essere irrisorio, dovrà attenuarsi il peso da assegnare alla stessa condotta scorretta poiché la sua intensità non è stata tale da arrecare un pregiudizio meritevole di pretesa risarcitoria<sup>396</sup>.

Ovviamente dinanzi ad un contratto validamente stipulato ma che ciononostante risulti essere sconveniente, mutano i criteri di determinazione del danno. È evidente che in un simile caso, pur non potendo il risarcimento consistere nel ristoro del pregiudizio subito a causa della mancata esecuzione del contratto (c.d. interesse positivo), nel contempo non potrà essere propriamente commisurato all'interesse negativo a non essere coinvolti in trattative o stipulazioni inutili, per la ragione che il contratto è stato validamente concluso seppur a condizioni differenti rispetto a quelle a cui si sarebbe addivenuti in assenza di una condotta scorretta. Si è allora parlato del c.d. *interesse positivo virtuale*, il quale pone un raffronto economico tra il contratto (virtuale) che si sarebbe stipulato in assenza della mala fede di controparte e quello che realmente

---

<sup>395</sup> GALLO P., *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 667 ss.

<sup>396</sup> MANTOVANI M., «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, op. cit., 197.

è stato concluso, sicché il risarcimento sarà ragguagliato al “minor vantaggio o al maggior aggravio economico” derivante dal contegno sleale<sup>397</sup>.

Da quanto detto emerge che la responsabilità precontrattuale è di regola una responsabilità per danno, nel senso che solo qualora si verifichi un danno ingiusto, potrà prevedersi una sanzione a carico del soggetto in mala fede. Se, invece, la parte lesa non ha subito danno, il solo comportamento sleale non dovrebbe determinare, di per sé, il sorgere di alcuna responsabilità. Diversamente, dovremmo affermare che il soggetto incorre in responsabilità indipendentemente dalla provocazione del danno a carico della controparte. D'altra parte, l'art. 1337 c.c. nulla dice in proposito alla sanzione né relativamente al danno risarcibile, limitandosi a predisporre una regola di comportamento avente ad oggetto un dovere generale di buona fede nella fase di formazione del contratto. A stretto rigore, dunque, si potrebbe ipotizzare che il dettato normativo voglia punire la condotta in sé considerata a prescindere da qualsiasi altra conseguenza pregiudizievole. Il che, seppur in astratto potrebbe avere un senso, che sarebbe quello di valorizzare la portata applicativa della buona fede, in concreto il risultato sarebbe forse inaccettabile. Per comprendere la veridicità di questo assunto basti fare un banale esempio. Si supponga che due soggetti si apprestino a svolgere delle trattative ai fini della conclusione di un contratto e che, nel corso delle stesse, uno di loro tenga una condotta sleale in quanto ometta di informare la controparte di circostanze rilevanti attinenti il regolamento negoziale. Già abbiamo visto che il tacere su elementi determinanti il contratto è figura sintomatica di violazione della buona fede ovvero condotta socialmente tipica che può incidere negativamente sulla determinazione del consenso, creando pregiudizio alla controparte (danno) che si troverebbe legata ad un contratto che non soddisfa fino in fondo i propri interessi. Questa argomentazione vale qualora la parte che subisce la scorrettezza non si renda conto della stessa e come tale non sia a conoscenza degli elementi contrattuali taciuti. Ma supponiamo, invece, che questo stesso contraente sia consapevole della scorrettezza usata dalla controparte

---

<sup>397</sup> In questa sede non è possibile esaminare in maniera compiuta l'aspetto relativo alla quantificazione del risarcimento del danno. Si fa rinvio a: AFFERNI G., *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008; PATTI F.P., *La determinazione convenzionale del danno. Clausole tipizzate e prassi del mercato. Autonomia privata e intervento del giudice*, Napoli, 2015.

(e quindi anche delle informazioni essenziali taciute che rendono il contratto per lei sconveniente) e ciononostante decida di stipulare il contratto. Pare fuori dubbio che una situazione siffatta dovrà essere valutata inevitabilmente in maniera differente per svariate ragioni. Intanto sembra venire meno il requisito del pregiudizio e quindi del danno. La consapevolezza fa sì che il contratto perda la sconvenienza originaria. Se un soggetto decide consapevolmente, senza che il suo consenso sia in qualche misura viziato, di stipulare un contratto che sotto taluni aspetti può non essere conveniente, questa sua libertà non può essere preclusa al fine di voler far valere a tutti i costi un principio generale di “giustizia contrattuale”. Evidentemente quel soggetto bilanciando quella particolare sconvenienza agli altri benefici che potrebbe ottenere dal contratto, ritiene che valga comunque la pena stipularlo. Più volte, durante la presente ricerca, si è sottolineato che quello che appare riprovevole per l’ordinamento giuridico non è la sproporzione fra le opposte prestazioni, non è il disequilibrio tra i vantaggi e gli svantaggi in gioco, non è l’iniquità tra gli interessi sottesi al contratto. Quello che rende “ingiusto” il contratto è la presenza di asimmetrie che siano il frutto di scelte inconsapevoli. D’altronde ciò è insito nella stessa natura dell’equità quale strumento integrativo del contratto, anche qualora ritenessimo che il giudice possa operare un controllo cogente. Autorevole dottrina (Rodotà) ha acutamente sottolineato che «il giudice non pone norme ma risolve controversie», a voler indicare che «al giudice non è consentito andare aldilà del precetto predisposto dai privati»<sup>398</sup>. Ma queste affermazioni necessitano di ulteriore precisazione a parere dello stesso Autore. Intanto andare aldilà del precetto privato vuol dire che è precluso al giudice di intervenire sul regolamento negoziale in modo tale da renderlo difforme dagli interessi che i privati volevano realizzare con lo stesso. Il sindacato del giudice non può, dunque, riportare ad equità un contratto squilibrato se *entrambe le parti* lo hanno stipulato in piena coscienza e consapevolezza. Sono le parti le sole autrici del regolamento di interessi che talora potrebbe anche risultare non pienamente equilibrato ma comunque esso nasce in ragione di una libera scelta e valutazione intrinseca delle parti, e come tale non sindacabile da terzi. L’intervento giudiziale, allora, è importante se sussistono condotte tali da

---

<sup>398</sup> Per un’analisi esaustiva in tema di equità e poteri del giudice v. RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, op. cit., 240.

estorcere il consenso in mala fede senza che la parte si renda però conto di questo atteggiamento. In tal caso, infatti, l'intervento del giudice non si porrebbe in totale contrasto con le parti, anzi andrebbe ad offrire tutela a quella che fra loro ha subito, inconsapevolmente, un regolamento negoziale non conforme alle proprie esigenze. L'essere invece a conoscenza della scorrettezza fa sì che la parte accetti, anche tacitamente, il contegno sleale come tale non è possibile ravvisare l'esistenza di un danno risarcibile. Pertanto in questi casi difficile, a mio avviso, poter individuare una responsabilità precontrattuale.

La giurisprudenza recente, a quanto pare, non è stata persuasa dalle voci contrarie alla teoria dei vizi incompleti<sup>399</sup>, muovendo anch'essa dalla possibilità di proporre un'azione di risarcimento del danno per violazione della regola di buona fede nella fase delle trattative pur in presenza di un contratto valido. Precisamente la Corte di Cassazione ha affermato che «a carico della parte che abbia callidamente e scorrettamente insidiato l'autonoma determinazione negoziale dell'altra deve, difatti, ritenersi configurabile in via generale una responsabilità risarcitoria anche quando il comportamento contrario a buona fede non sia tale da integrare il paradigma normativo di uno dei vizi del consenso così come disciplinati dal codice civile».

Qui di seguito, al fine di una più compiuta analisi della questione, si farà una panoramica sintetica delle varie ipotesi che possono integrare un vizio incompleto.

## **2. «I vizi incompleti». L'errore (sui motivi) non essenziale ma determinante per il consenso e riconosciuto o riconoscibile all'altra parte**

Il contratto viziato da errore di una delle parti è annullabile purché l'errore sia *essenziale e riconoscibile* dall'altro contraente (art. 1428 c.c.)<sup>400</sup>.

L'*essenzialità* dell'errore rappresenta un indice di oggettiva rilevanza che consente di stabilire quando la falsa rappresentazione della realtà, in cui è incorsa una parte del contratto, sia apprezzabile al punto da inficiare il consenso alla

---

<sup>399</sup> Cass., 17 settembre 2013, n. 21255.

<sup>400</sup> ROSSELLO C., *L'errore nel contratto. Artt. 1427 – 1433 c.c.*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2004, 142 ss..

conclusione del contratto. L'errore è dunque essenziale se, ai sensi dell'art. 1429 c.c., cade sulla natura o l'oggetto del contratto; sull'identità o su una qualità dell'oggetto della prestazione, qualora debbano considerarsi determinanti per il consenso; sull'identità o qualità dell'altro contraente, anch'esse determinanti per il consenso; in caso di errore di diritto quando è stato l'unica o la principale ragione del negozio<sup>401</sup>.

La *riconoscibilità* dell'errore presuppone che l'altro contraente, “*in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti*”, usando l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto rilevare l'errore di controparte (art. 1431 c.c.)<sup>402</sup>.

La regola è posta dal legislatore al fine di bilanciare due opposte esigenze<sup>403</sup>: da una parte garantire che la volontà negoziale si formi in maniera consapevole e dall'altra tutelare l'altro contraente, destinatario della dichiarazione negoziale viziata, che in maniera incolpevole ha fatto affidamento sulla validità del negozio<sup>404</sup>. Si prospettano allora due fattispecie: se il contraente anche usando la diligenza dell'uomo medio non avrebbe potuto rendersi conto dell'errore in cui è incorsa la controparte, il contratto resta valido e non è suscettibile di impugnativa dall'errante; se invece l'errore è stato riconosciuto o perlomeno era riconoscibile allora il contratto può essere annullato.

L'errore, manifestandosi come falsa rappresentazione della realtà, diversamente dal dolo e dalla violenza, rileva di per sé senza la necessità che venga posta in essere da una delle parti una condotta illecita. In sostanza il processo decisionale della parte per addivenire alla conclusione del contratto si è

---

<sup>401</sup> Sull'essenzialità dell'errore v. BARCHIESI L., *L'errore di diritto nel contratto: storia e sistematica di una nozione nella riflessione dottrinale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 167 ss.; CALANDRINO R., *Errore comune su qualità essenziali del bene oggetto di compravendita: interessi sottesi e rimedi esperibili*, in *Corr. Mer.*, 2010, 33 ss.; VITELLI F., *Errore sulla natura del contratto e rettifica*, in *Giur. it.*, 2005, 469 ss..

<sup>402</sup> Sulla riconoscibilità dell'errore v. ALLARA M., *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, 146; BARCELLONA P., *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 72 ss.; DE MARTINI A., *In tema di riconoscibilità dell'errore bilaterale nel contratto*, in *Foro it.*, 1952, I, 431 ss.; LUCCA A., *La riconoscibilità dell'errore e il principio dell'affidamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, 353 ss..

<sup>403</sup> CARIOTA – FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 65; SANTORO – PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, op. cit., 146 ss..

<sup>404</sup> Sul principio di affidamento v. LECCESE E., *Incapacità naturale e teoria dell'affidamento*, Napoli, 1999; MARINI G., *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995; SACCO R., *Il consenso*, in *I contratti in generale*, Gabrielli E., (a cura di), I, Torino, 2006, 423.

formato in maniera viziata a causa di una falsa valutazione di un dato relativo al regolamento negoziale. Ne discende l'applicazione del rimedio dell'invalidità del contratto ma il destinatario della dichiarazione errata non incorre in alcuna responsabilità.

In verità, quest'ultimo profilo merita una precisazione.

Sebbene apparentemente non sussista una condotta illecita che rilevi ai fini dell'integrazione dell'errore, prestando maggiore attenzione alle norme è (forse) possibile ricavare anche per l'errore la coesistenza, insieme al rimedio dell'invalidità del contratto, della *culpa in contrahendo*. Il che accade quando l'errore è stato riconosciuto dalla controparte. L'analisi normativa presenta, infatti, la sussistenza di una regola di validità e di una regola di comportamento. La regola di validità è facilmente individuabile nell'art. 1427 c.c., il quale sancisce espressamente l'annullamento del contratto. La regola di comportamento, idonea a far sorgere anche un obbligo risarcitorio, si esprime, in virtù del canone di buona fede precontrattuale (art. 1337 c.c.), nel dovere per il destinatario della dichiarazione viziata che si renda conto della presenza dell'errore, di comunicare l'esistenza di una causa di invalidità del negozio all'altra parte (art. 1338 c.c.)<sup>405</sup>. In definitiva, se l'elemento della riconoscibilità dell'errore è importante ai fini dell'impugnazione del negozio, al contempo assume valore in quanto elemento di valutazione della condotta del contraente, il quale rendendosi conto del vizio e della possibilità che l'atto si formi in maniera invalida, è tenuto a darne comunicazione all'errante. In questo modo si può ammettere anche per il caso di errore una responsabilità precontrattuale.

A parte l'ipotesi tipica prevista dalla legge, si individuano, via discorrendo, casi di errore che incidono sulla libertà negoziale pur in assenza dei caratteri peculiari dell'essenzialità e della riconoscibilità.

Comunemente si ritiene che non riveste il carattere dell'essenzialità l'errore che cade sui motivi che inducono il soggetto a concludere il negozio, tranne nelle ipotesi in cui l'errore sul motivo abbia valore determinante nella volontà del testatore (art. 624 c.c.) o del donante (art. 787 c.c.).

---

<sup>405</sup> Sul punto v. ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale*, op. cit., 312 ss..

Ebbene, da un punto di vista concreto è possibile affermare che l'errore motivo non incide mai sulla determinazione alla stipula del contratto e come tale non è fonte di alcuna conseguenza giuridica?

Per comprendere la portata del quesito, si pensi al caso in un cui uno dei contraenti è conscio del fatto che la controparte sta concludendo il contratto sulla base di un motivo che egli sa essere erroneo e non lo informi, poiché teme che l'operazione economica sfumi. Se come ampiamente ribadito, accogliamo una interpretazione ampia del canone di buona fede, pur essendo i motivi irrilevanti per il nostro ordinamento, pare evidente il contegno di mala fede del contraente. È possibile allora ipotizzare una responsabilità in capo a quest'ultimo?

Sulla base della teoria dei vizi incompleti possiamo ragionare sulla questione in termini positivi, operando però un distinguo. Qualora, nonostante la presenza della condotta scorretta, lo scambio risulti equilibrato poiché idoneo a realizzare l'assetto di interessi programmato, *nulla quaestio*. L'errore sul motivo è irrilevante e, nel contempo, anche il contegno di mala fede non assume rilevanza giuridica in quanto il suo grado di intensità non è stato tale da incidere sulla determinazione negoziale e di conseguenza sugli interessi originari programmati dalle parti. Diverso se alla condotta scorretta dovesse seguire un pregiudizio (non irrisorio) per la parte che erroneamente ha fatto affidamento sulla conclusione di un contratto che non risponde pienamente alle proprie esigenze, nonostante quell'errore ricada su elementi che vengono considerati estranei al contenuto del contratto<sup>406</sup>. In una siffatta fattispecie la parte in mala fede non ha provocato l'errore ma lo ha certamente favorito e ne ha poi approfittato al fine di ricavarne un ingiusto vantaggio, sicché il principio di irrilevanza dei motivi può essere a ragione superato, in via eccezionale, tenuto conto di una preminente esigenza di giustizia sostanziale e di salvaguardia dell'equilibrio degli interessi sottesi al contratto<sup>407</sup>.

Queste argomentazioni potrebbero persuaderci nell'azzardare a sostenere l'annullamento del contratto, ma già si sono espone in apertura di questa seconda

---

<sup>406</sup> CARRESI F., *Il contratto*, op. cit., 450; MINERVINI E., *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. Dir. civ.*, 1987, 927; ROSSELLO C., *Voce Errore nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, VII, Torino, 1991, 514.

<sup>407</sup> Sul punto v. BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, op. cit., 276.



parte della ricerca, le ragioni che inducono ad escludere, in tali casi, che le valutazioni sulla condotta delle parti possano incidere sulle regole che disciplinano la validità degli atti. Tuttavia rinunciare all'annullamento del contratto non esclude a sua volta che l'errore motivato, incoraggiato dalla condotta di mala fede, sia sempre privo di rilevanza. L'atteggiamento scorretto lo si può, talvolta, tradurre in una *culpa in contrahendo* dalla quale discende l'obbligo di risarcimento del danno<sup>408</sup>. In particolare la fonte della responsabilità si deduce dall'art. 1337 c.c. che, per la sua ampiezza espositiva, esprime un dovere di informazione generale il quale non si riduce all'obbligo di comunicazione delle sole cause di invalidità o di inefficacia del contratto *ex art.* 1338 c.c., ma a tutte quelle circostanze che, tenuto conto degli specifici interessi delle parti, possono essere utili e rilevanti ai fini della determinazione alla conclusione del contratto.

### **3. (Segue). Il dolo: la reticenza, il silenzio e la menzogna. La colposa induzione in errore.**

Il dolo è causa di annullamento del negozio quando il contratto è stato concluso a causa dei raggiri perpetrati da una parte verso l'altra (art. 1439 c.c.).

Affinché venga integrata l'ipotesi tipica di vizio del consenso è necessario che sussista un elemento soggettivo individuato nel c.d. *animus decipiendi* e da un elemento oggettivo che consiste nel raggiro che sia stato tale da determinare il consenso della parte. In altre parole, la condotta di artifici e raggiri deve trarre in inganno il contraente il quale, in assenza di quella erronea valutazione sul regolamento negoziale, non avrebbe mai stipulato il contratto<sup>409</sup>.

A questi elementi va aggiunto il nesso di causalità tra l'attività ingannatrice ed il consenso contrattuale nonché un'adeguatezza obiettiva dei mezzi usati a trarre in inganno una persona di normale diligenza.

Si intuisce la differenza tra il dolo e l'errore. In entrambi i casi il consenso si forma in maniera errata alterando il proprio convincimento circa il programma

---

<sup>408</sup> MANTOVANI M., «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, op. cit., 218-219. In senso contrario D'AMICO G., «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, op. cit., 142 ss..

<sup>409</sup> MINECCI U., *Struttura del dolo: contegno del decipiens e consenso del deceptus*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 373 ss..

negoziale. Le ragioni sono però totalmente differenti: nel dolo il contraente è indotto in errore dalla condotta illecita dell'altra parte, nell'errore la falsa rappresentazione del contenuto negoziale non dipende da soggetti esterni ma da un errore di valutazione individuale.

Il maggiore disvalore del dolo giustifica non soltanto l'invalidità del contratto ma anche il risarcimento del danno per *culpa in contrahendo*, posto che la condotta ingannatoria rappresenta una delle massime espressioni di contegno di mala fede *ex art. 1337 c.c.*<sup>410</sup>.

L'area del dolo, nella prassi, si presenta come il terreno più fertile ai fini dell'individuazione di particolari condotte scorrette. Queste possono verificarsi mediante modalità anche molto diverse tra loro e da qui la difficoltà di inquadrarle all'interno del concetto di "raggiro".

Sicuramente una delle ipotesi più dibattute è rappresentata dalla reticenza che consiste nel tacere circostanze rilevanti il contratto nella fase di formazione dello stesso<sup>411</sup>. L'assenza di un atteggiamento commissivo, avente ad oggetto i "raggiri" propri della fattispecie del dolo, ha reso complicato poter attribuire una qualche rilevanza giuridica ad una siffatta condotta scorretta. Tuttavia, nel concreto, anche un comportamento omissivo come il silenzio può influire sulla determinazione della volontà dell'altro contraente, viziando così il consenso alla stipulazione del contratto. In tal senso è, però, opportuno fare un distinguo tra il mero silenzio e la c.d. reticenza.

Il mero silenzio si manifesta semplicemente in un tacere e pertanto si presenta come un fatto di per sé neutro ed irrilevante, salvo che non sia circostanziato da ulteriori condotte o che sia l'ordinamento ad attribuire valore significativo allo stesso. Si pensi per esempio a due soggetti che si apprestano a concludere un contratto e uno di essi invita la controparte a firmare senza esprimersi in alcun modo sul regolamento negoziale. Il fatto che la parte nulla esprima in relazione agli aspetti vantaggiosi ovvero a quelli svantaggiosi del

---

<sup>410</sup> SCHIAVONE G., *Dolo (raggiro) e responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. Prev.*, 2008, 786.

<sup>411</sup> Per un'analisi esaustiva delle varie ipotesi in cui la reticenza può assumere rilevanza all'interno del nostro ordinamento, tenuto conto dei vari dibattiti dottrinali e della casistica giurisprudenziale, si veda per tutti VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.

contratto, non sembra integrare di per sé alcuna condotta significativa e come tale giuridicamente rilevante.

La reticenza, anche nell'accezione di silenzio c.d. reticente, può, invece, assumere rilevanza giuridica purché si atteggi come un'attività diretta a nascondere, a celare fatti o circostanze che possono influire sulla determinazione della volontà altrui<sup>412</sup>. Si pensi, in tal caso, ad un contraente che consapevole del fatto che il contratto è maggiormente vantaggioso nei propri confronti, invita l'altro a concludere il contratto omettendo volontariamente di evidenziare lo squilibrio contrattuale.

Ancora diversa è, poi, la menzogna, che consiste nel riportare notizie false. In questo caso non possiamo parlare di vero atteggiamento omissivo ma al contrario di una condotta positiva volta a travisare la verità delle circostanze contrattuali e che con maggiore semplicità possiamo ricomprendere nei raggiri propri del dolo. Anche il mendacio, però, non rileva di per sé ma dovrà comunque avere un grado di intensità tale da determinare il consenso.

Da questa prima impostazione è chiaro che la problematica rimanda alle argomentazioni relative ai doveri di informazione<sup>413</sup> a cui, senza ripeterci, pare doveroso fare rinvio.

Basterà qui ribadire che l'obbligo informativo non è sempre esigibile in fase di trattativa, sicché l'omettere di comunicare un aspetto del contratto non fa scattare necessariamente una sanzione o un rimedio. È oramai noto che le notizie vanno rivelate e messe a disposizione della controparte contrattuale qualora queste siano essenziali e rilevanti ai fini della determinazione delle condizioni del contratto nonché sussista un'asimmetria informativa che non consente ad entrambe di accedere alla notizia in maniera paritaria. Si terrà allora conto di alcuni aspetti quali la qualità delle parti in relazioni ad una loro specifica veste professionale, la natura del contratto, le circostanze nelle quali il contratto è stato stipulato, gli usi praticati in un determinato settore commerciale o di impresa. In sostanza, si deve realizzare quello che abbiamo definito un punto di equilibrio tra la trasparenza negoziale e l'autoresponsabilità di ognuno.

---

<sup>412</sup> Così si è espresso TRABUCCHI A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, op. cit., 535-537. Cfr. ID., *Voce Dolo (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1960, 152.

<sup>413</sup> V. *supra*, Cap. III, Sez. II, Parte I, § 1.

Il problema involge, inevitabilmente, l'individuazione del corretto rimedio applicabile in caso di violazione degli obblighi di informazione. Precedentemente si è affrontato l'aspetto attinente alla nullità del contratto *ex art. 1418, co.1, c.c.*, arrivando a conclusioni pressoché discordanti. In questa ultima fase, l'indagine deve spiegarsi, invece, sul piano dei vizi del consenso per comprendere se la reticenza, manifestandosi per sua natura in forma omissiva, possa rilevare ai fini dell'annullabilità del contratto, al pari del dolo vizio (commissivo).

Anche in questa occasione l'analisi è tutt'altro che semplice. Il rapporto tra la mancata informazione ed il dolo contrattuale ha sollevato un dibattito dottrinale molto acceso, perché animato da una forte contrapposizione tra chi vuole assecondare istanze "etiche" di tutela della buona fede e chi, per contro, spinge perché si dia il primato al rispetto dei limiti tecnico-giuridici.

In letteratura si è parlato di *dolo omissivo* o *negativo* proprio per indicare tutte quelle fattispecie in cui non esiste una condotta di circuizione dell'altro contraente mediante artifici o raggiri, non vi è l'induzione positiva in errore, ma c'è un atteggiamento reticente che comunque "rafforza" la falsa rappresentazione della realtà contrattuale del contraente in buona fede.

Sotto il vigore del codice civile abrogato, la prevalente dottrina<sup>414</sup> riteneva che il dolo omissivo non assumesse rilevanza alcuna, data la presenza dell'art. 1115 che utilizzava la parola "raggiri", la quale veniva interpretata nel senso di una complessa attività finalizzata intenzionalmente ad ingannare. A ciò si aggiunga che all'epoca non veniva ammesso un generale dovere di informazione a carico del contraente nella fase di formazione del contratto - mancando le norme di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. - sicché la reticenza avrebbe potuto assumere rilevanza solo laddove fosse stata la legge a prevedere uno specifico obbligo di

---

<sup>414</sup> FERRARA F., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, 164; TRABUCCHI A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, op. cit., 526 ss.; VERGA A., *Errore e responsabilità*, op. cit., 4. Durante la vigenza del codice del 1865, in dottrina si mostravano invece a favore COVIELLO L., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, 392, secondo cui «l'artificio (...) può consistere anche nel passare sotto silenzio una circostanza che per legge, gli usi del commercio e la natura del negozio si era obbligati a rivelare all'altra parte». V. anche BRUNETTI A., *Corso di diritto commerciale. Parte generale*, Roma, 1934, 403 ss; PACIFICI-MAZZONI E., *Istituzioni di diritto civile italiano*, II, 1, Torino, 1928, 396; PARRELLA A., *La reticenza nei negozi giuridici*, in *Temi Emil.*, 1930, II, 247 ss.; STOLFI N., *Diritto civile*, I, 2, *Il negozio giuridico e l'azione*, Torino, 1931, 704.

informazione<sup>415</sup>. In questo senso, l'astenersi dall'esecuzione di un obbligo preciso equivaleva a compiere un atto commissivo.

Si comprende la ragione per cui un primo cambiamento di prospettiva si ebbe solo con il codice civile del 1942, ove, in una logica solidaristica si accoglie un principio generale di buona fede anche nella fase precedente le trattative (art. 1337 c.c.) ed altresì l'obbligo di informazione viene espressamente riconosciuto in riferimento alle cause di invalidità del contratto (art. 1338 c.c.). In questo rinnovato contesto normativo, assume maggiore importanza la valutazione della condotta delle parti nelle varie fasi contrattuali, così che anche il dolo omissivo, avente ad oggetto una condotta sleale, acquista un valore diverso rispetto al passato.

Nonostante la presenza di voci contrarie<sup>416</sup>, la dottrina<sup>417</sup> e la giurisprudenza<sup>418</sup> iniziano a vedere nella reticenza una causa idonea a viziare il consenso, seppur in presenza di determinate circostanze concrete. Nelle massime si legge spesso che «il dolo come causa di annullamento del contratto può consistere tanto nell'ingannare con notizie false, con parole o con fatti la parte interessata, direttamente o per mezzo di terzi (dolo commissivo), quanto nel

---

<sup>415</sup> V. STOLFI V., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 153. L'autore scriveva che «resta fermo che il dolo negativo suppone la violazione di un obbligo specifico di parlare imposto dalla legge. L'obbligo deve essere specifico – può derivare dalla legge o dalla natura del contratto – perché un obbligo generico di dire il vero non esiste da noi: d'altronde, se vi fosse, esso non provocherebbe mai l'annullabilità dell'atto, ma darebbe origine soltanto al ristoro dei danni *ex art.* 2043 c.c.».

<sup>416</sup> Per l'irrelevanza del dolo omissivo v. CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1950, 562; BRANCA G., *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1961, 76; FEDELE A., *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. cod. Civ.*, D'Amelio M. – Finzi E. (diretto da), *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, *Sub. Art. 1439*, 741 ss.; FUNAIOLI C.A., Voce Dolo (diritto civile), in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, 738 ss.; PELAGGI A., *Il dolo omissivo nel contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1967, I, 219; PIETROBON V., *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, 102; SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, Grosso – Santoro Passarelli (diretto da), Milano, 1961, 57 ss.; SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 171; TRABUCCHI A., Voce *Dolo (diritto civile)*, cit., 149 ss..

<sup>417</sup> BARBERO D., *Sistema del diritto privato*, Torino, 1962, 405 ss.; BIGIAMI W., *Dolo e sorpresa nell'imputazione dei pagamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 80 ss.; CRISCUOLI G., *Il criterio discrezionale tra *dolus bonus* e *dolus malus**, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 1957, 136 ss.; BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, Vassalli F. (diretto da), Torino, 1969, 460; MIRABELLI G., *Dei contratti in generale. Sub. Art. 1439 c.c.*, in *Comm. cod. Civ.*, IV, Torino, 1967, 503 ss..

<sup>418</sup> Cass., 20 ottobre 1964, n. 2626, in *Giur. it.*, 1965, I, c. 391; Cass., 5 marzo 1963, n. 524, in *Mass. Giur. it.*, 1963, c. 170; Cass., 11 ottobre 1960, n. 2646, *ivi*, 1960, c. 666; Cass., 22 luglio 1958, n. 2662, *ivi*, 1958, c. 603; Cass., 26 giugno 1957, n. 2466, *ivi*, 1957, c. 553; Cass., 24 settembre 1954, n. 3121, in *Sett. Cass.*, 1954, 379.

nascondere alla conoscenza altrui fatti o circostanze decisive, come nella reticenza (dolo omissivo)», precisando che «tuttavia la reticenza o il silenzio, al pari del mendacio, non bastano da sole a costituire il dolo, se non in rapporto a circostanze che, se note, avrebbero fatto desistere l'altra parte dal concludere il contratto, e in rapporto, altresì, alle qualità e condizioni soggettive dell'altro contraente e al complesso del congegno che determina l'errore di questo»<sup>419</sup>.

Questa sembra l'impostazione pressoché seguita anche in tempi più recenti ove si è affermato che «il dolo omissivo può essere causa di annullamento del contratto solo quando l'inerzia di uno dei contraenti si inserisca in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato con malizia o astuzia a realizzare l'inganno a danno dell'altro contraente»<sup>420</sup>.

L'impostazione costante dei giudici di legittimità si fonda sul fatto che il silenzio e la reticenza non presentano, di per sé, alcuna attitudine ingannatoria,

---

<sup>419</sup> Cass., 12 dicembre 1983, n. 7472, in *Mass. Giur. it.*, 1983.

<sup>420</sup> Cass., 20 aprile 2006, n. 9253. È opportuno ai fini di una migliore comprensione riportare l'iter argomentativo seguito dai giudici di legittimità. Nel caso di specie, gli acquirenti di un immobile ad uso abitativo lamentavano la presenza di vizi, quali l'assoluta mancanza di manutenzione della rete fognaria, segnalando, al contempo, che in passato tale circostanza aveva provocato il crollo del muro di contenimento ed il conseguente smottamento nel proprio giardino di diversi metri cubi di terreno e che tali precarie condizioni statiche del manufatto erano state oggetto di un precedente giudizio, instaurato dal condominio confinante. Questi vizi, secondo l'acquirente, rendevano l'immobile inidoneo all'uso cui era destinato e ne pregiudicavano il godimento. Gli acquirenti instauravano così un giudizio di annullamento del contratto di compravendita per dolo degli alienanti, sulla base della considerazione che tali gravi carenze dell'immobile sarebbero state dolosamente taciute dai venditori nel corso delle trattative per la stipula del contratto di compravendita. La Suprema Corte respinge il ricorso proposto dagli acquirenti avverso la pronuncia di secondo grado, con la quale la Corte d'appello aveva escluso che il silenzio tenuto dai venditori in merito alla denuncia di danno temuto, proposta dal confinante condominio svirati anni prima della conclusione del contratto di compravendita, fosse stato intenzionalmente diretto a trarre in inganno gli acquirenti in ordine alle condizioni dell'immobile. Il giudice di seconde cure aveva, inoltre, rilevato che gli appellanti non avevano indicato alcuno specifico elemento dal quale potesse desumersi che l'eventuale conoscenza della circostanza avrebbe influito sulla loro determinazione volitiva alla sottoscrizione del contratto. Nell'occasione, il Collegio rileva che il dolo omissivo può viziare la volontà di uno dei contraenti e determinare l'annullamento del contratto, ai sensi degli artt. 1427 e 1439 cod. civ., nella sola ipotesi, in cui esso sia parte di un complesso comportamento del *decipiens*, adeguatamente preordinato, con malizia od astuzia, a trarre in inganno il *deceptus*. In tale contesto, prosegue il Collegio, il silenzio e la reticenza su elementi salienti del contratto non integrano, di per sé soli, gli estremi del dolo omissivo che vale a determinare l'annullamento del contratto. Essi rilevano, invece, come dolo omissivo nella misura in cui si inseriscano in un congegno volto a provocare l'errore di uno dei contraenti e a realizzare l'inganno, avuto di mira da un contraente a danno dell'altro. La Corte rileva che, nella fattispecie in esame, gli acquirenti, ai quali incombeva il relativo onere probatorio, non hanno dedotto tutti gli elementi necessari ad integrare il dolo omissivo dei venditori e, in particolare, non hanno dato prova del contesto, nel quale il silenzio, da essi tenuto, avrebbe dovuto inserirsi per essere rilevante ai fini dell'annullamento del contratto, né, tanto meno, hanno provato l'idoneità di tale silenzio ad incidere sulla loro determinazione volitiva all'acquisto dell'immobile.

giacché essi si limitano a non contrastare la percezione della realtà, alla quale sia pervenuto il contraente. Essi potrebbero diventare, invece, causa di annullamento del contratto qualora, uniti alle circostanze e al contegno del *decipiens*, inducano in errore il *deceptus*, alterando la sua rappresentazione della realtà.

Probabilmente, dietro questa tendenza, che a quanto pare è particolarmente netta nella giurisprudenza<sup>421</sup>, ci sembra stia la preoccupazione che comportamenti pur di per sé dotati di autonomo e sufficiente disvalore morale – come la menzogna e il silenzio – siano utilizzati strumentalmente per liberarsi dal vincolo contrattuale anche quando, mediante un normale dovere di verifica e controllo, si sarebbe potuta evitare la caduta in errore.

Tali pronunce mostrano come la strada verso un pieno riconoscimento della rilevanza della reticenza sia ancora lontana. Riconoscerne la rilevanza giuridica solo qualora, di fatto, si verifichi una condotta conforme ai requisiti del dolo commissivo - intenzionalità e attività diretta a provocare l'errore – sarebbe come affermare che la reticenza in tutti gli altri casi è irrilevante<sup>422</sup>.

Una vera e propria presa di coscienza circa l'importanza della reticenza, la si può assumere solo se la stessa viene considerata in maniera autonoma ovvero come condotta che viola la buona fede precontrattuale, atteggiandosi in modo da pregiudicare la sfera giuridica altrui.

Affermare che la reticenza deve avere i caratteri del dolo commissivo, affinché assuma rilevanza giuridica, non consente alla presente indagine di fare un passo avanti. Se la disciplina del dolo contrattuale viene interpretata estensivamente fino a ricomprendere il dolo omissivo, quest'ultimo diventa rilevante solo perché finirà per essere sussunto nei vizi tipici. Questo però non risolve il nostro problema, che si propone di analizzare, invece, fattispecie che vanno aldilà delle ipotesi tassativamente disciplinate ed aventi ad oggetto ogni

---

<sup>421</sup> Cass., 30 dicembre 2011, n. 30595: «in tema di annullabilità del contratto, il *dolus malus* ricorre solo se, tenuto conto delle circostanze di fatto e delle qualità e condizioni dell'altra parte, il mendacio sia accompagnato da malizie e astuzie volte a realizzare l'inganno voluto e idonee in concreto a sorprendere una persona di normale diligenza e il silenzio della parte contraente rileva solo quando si inserisca in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia od astuzia, a realizzare l'inganno». Nello stesso senso v. Cass., 12 febbraio 2012, n. 1480; Cass. 31 maggio 2010, n. 13231; Cass. 19 luglio 2007, n. 16031; Cass. 20 aprile 2006, n. 9253; Cass. 19 settembre 2006, n. 20260; Cass., 12 febbraio 2003, n. 2104; Cass., 11 ottobre 1994, n. 8295; Cass., 18 ottobre 1991, n. 11038.

<sup>422</sup> MANTOVANI M., «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, op. cit., 230.

tipo di silenzio o notizia non veritiera a prescindere che esse integrino gli elementi del dolo vizio. Inoltre la tesi non consentirebbe di esaurire tutte le fattispecie riprovevoli concretamente realizzabili, specialmente quelle in cui non si trascenda in una forma conclamata di dolo ma si ravvisi solo la colpa seppur grave.

L'indagine si deve muovere verso quella che possiamo definire una "zona grigia", all'interno della quale vi rientrano condotte di mala fede che non rispecchiano però i requisiti normativi tipici dei vizi del consenso. In tal senso potremmo indicare quelle omissioni che non inducono propriamente in errore la controparte ma che "rafforzano" un errore già presente, come accade per esempio nella reticenza colposa o nella reticenza silente. Nel momento in cui una parte si rende conto o potrebbe rendersi conto usando la media diligenza, che l'altra non ha piena consapevolezza delle circostanze fattuali e che per tale errata rappresentazione della realtà si accinge a prestare il consenso, l'altra parte omettendo di informarla o di informarla correttamente e lasciandola cadere consapevolmente in errore, è come se l'inducesse lei stessa in errore. Si impone allora un'interpretazione "eticizzante" dell'art. 1439 c.c. in combinato disposto con l'art. 1337 c.c., in modo che l'omissione o la falsa dichiarazione contraria si consideri contraria al dovere di buona fede (tra gli esempi più ricorrenti possiamo citare il comportamento del venditore che tace al compratore il fatto dell'esistenza di un'iscrizione ipotecaria sul bene; l'avvenuta proposizione, da parte del precedente proprietario, di un'azione di risoluzione del contratto per inadempimento; l'antiquario che vende un quadro senza avvertire che è una copia; il concessionario che vende un'autovettura mai usata, ma che staziona sul piazzale da due anni; ecc.).

A ben vedere, ammettere l'invalidità del contratto in presenza della reticenza è molto complesso. I limiti normativamente imposti dalla disciplina del dolo sono infatti difficilmente superabili. In un atteggiamento silente, per esempio, non è chiaramente individuabile la specifica volontà di indurre in errore, che è invece inequivocabilmente manifestata dai raggiri compiuti da uno dei contraenti. Difatti, colui che maliziosamente omette di dire qualcosa, non può causare una falsa rappresentazione della realtà ma, più semplicemente, lascia il suo interlocutore nell'errore, nell'illusione di una rappresentazione che si è già da



sé costruito e che avrebbe potuto controllare attivandosi in maniera autoresponsabile. Inoltre, se facessimo confluire questa ipotesi nel dolo contrattuale si appiattirebbe ogni ipotesi di errore riconoscibile in dolo-vizio della volontà: ogni riconoscimento dell'errore della controparte non seguito da segnalazione all'errante varrebbe sia quale mezzo costitutivo della fattispecie di errore spontaneo, sia quale raggiro (inteso come mezzo di conservazione in errore già spontaneamente prodottosi), e dunque quale dolo contrattuale. Il che non sembra potersi ammettere posto che si farebbe confusione sul dettato normativo.

Sarà allora importante mostrare attenzione alle circostanze concrete, al fine di poter distinguere i casi di falsa o incompleta rappresentazione della realtà prodotta dalla controparte mediante contegni scorretti tenuti nel corso delle trattative o della formazione del contratto, da quelli in cui si realizza una falsa o incompleta rappresentazione della realtà spontanea e non indotta.

Il dolo contrattuale s'insedierà solo nella prima ipotesi, ove, all'inizio delle trattative, la rappresentazione della parte si sia già formata in una direzione, ma l'altro contraente, con una condotta scorretta, miri a cambiarla a suo esclusivo vantaggio. Per esempio, un soggetto che tace un elemento essenziale del contratto e di cui la controparte non potrebbe, anche usando il massimo sforzo diligente venirne a conoscenza, è di per sé in grado di incidere sulla determinazione del consenso, in quanto quest'ultimo viene prestato senza che il contraente abbia consapevolezza dei rischi o svantaggi derivanti dal negozio. L'errore in cui la parte di buona fede incorre non è dovuta ad una spontanea rappresentazione della realtà ma a causa dell'omessa informazione.

La falsa rappresentazione della realtà non indotta dal silenzio di controparte, se non integra la fattispecie di dolo, in presenza dei requisiti richiesti dall'art. 1428 e ss., c.c., potrebbe, invece, ricadere nell'ipotesi di errore spontaneo.

Nel concreto va detto che stabilire esattamente il confine tra il mero silenzio ed una reticenza per così dire "qualificata", anche nell'accezione di silenzio reticente, non è poi impresa facile, in quanto trattandosi di atti omissivi che per loro natura non si manifestano mediante comportamenti concludenti, fa sì che l'indagine sull'intenzionalità dell'autore del dolo vada ricercata nel solo elemento soggettivo (*animus decipiendi*). In realtà, la valutazione non afferisce

alle segrete intenzioni del soggetto, ma deve, come sempre, avere riguardo a tutte le circostanze concrete. Per esempio, se una parte è convinta di acquistare la tela di un famoso pittore mentre ne rappresenta una sola riproduzione, il fatto che l'antiquario abbia ommesso di precisarlo può acquisire rilevanza ai fini del dolo in concomitanza ad altri elementi come il prezzo o il luogo di acquisto. Difficilmente, infatti, una persona di media avvedutezza potrebbe pensare che la tela sia originale se viene venduta ad un prezzo irrisorio oppure in una piccola bottega di paese. In tal caso, nell'omessa informazione dell'antiquario non possiamo certo ravvisare una condotta idonea a nuocere seppur "soggettivamente" intenzionale. Diversamente, se il quadro viene venduto ad un prezzo notevolmente elevato, magari a seguito di una rinomata mostra di quadri, allora l'omissione acquista tutt'altra veste, in quanto si inserisce, verosimilmente, in un contesto diretto a raggirare la controparte. È indubbio che esistono, poi, fattispecie che per le modalità in cui si addiuvano alla conclusione del contratto, la reticenza è maggiormente idonea a determinare l'inganno, basti riflettere su tutte le contrattazioni a distanza ove il soggetto non ha la possibilità di effettuare un controllo preventivo sulla merce che vuole acquistare.

Arduo, invece, condividere l'impostazione che considera rilevante, ai fini dell'annullabilità, la condotta reticente in quanto espressione di mala fede, prescindendo dalle circostanze concrete<sup>423</sup>.

Pertanto, affinché la reticenza assuma valore giuridico ai fini dell'invalidità del contratto è necessario che si inserisca in un più ampio complesso di comportamenti tali da indurre in errore il soggetto che si appresta a concludere il contratto. Sul piano dell'invalidità contrattuale non sembrano praticabili altre strade se non quella di sussumere il dolo omissivo nella fattispecie del dolo vizio, purché però sussistano tutti i requisiti richiesti dalla legge. Aldilà di questa interpretazione estensiva dell'art. 1439 c.c., pare difficile ammettere ulteriori ipotesi di annullabilità del contratto.

---

<sup>423</sup> Si leggeva in alcune pronunce che «il dolo può manifestarsi in forma negativa allorché vengano taciute circostanze essenziali inerenti al negozio che se rese note non avrebbero potuto modificare la determinazione di volontà dell'altro contraente». Così Cass., 23 giugno 1943, in *Giur. it.*, 1943, I, c. 468.

Giova precisare che escludere l'invalidità dell'atto non vuol dire, però, rifiutare in toto la rilevanza della reticenza qualora permanga comunque una condotta scorretta. Si pensi al caso della reticenza colposa, la quale incorre quando il soggetto non è indotto in errore alla stipulazione del contratto mediante una condotta di mala fede intenzionale della controparte, ma a causa della leggerezza, trascuratezza, negligenza di quest'ultima. In altri termini il contraente usando maggiore attenzione e diligenza avrebbe dovuto rendersi conto che la propria condotta fosse idonea a far sì che la controparte si rappresentasse erroneamente il contenuto del contratto.

In questa ipotesi, viene da sé escludere l'ipotesi tipica di dolo contrattuale il quale richiede che gli artifici o raggiri vengano realizzati con intenzionalità. A mio avviso, a stretto rigore, non si può parlare neppure di errore, in quanto in tal caso l'erronea rappresentazione del regolamento negoziale non è pienamente spontanea ma è indotta seppur dal solo atteggiamento colposo. Viene così meno ogni possibilità di invalidare l'atto che, ciononostante, non corrisponde all'effettivo assetto di interessi voluto dalla parte caduta in inganno. Sarà possibile individuare, allora, un "vizio incompleto" fonte perlomeno di responsabilità risarcitoria data la sussistenza della violazione della buona fede *ex art. 1337 c.c.*<sup>424</sup>.

### **3.1. (Segue). Il *dolus bonus***

Il c.d. *dolus bonus* introduce, nell'ambito dei vizi che possono ingenerare una limitazione alla libertà negoziale, un altro scenario a dir poco complesso. Esso infatti, si inserisce all'interno dell'attuale realtà economica che si presenta mutata nonché dotata di maggiore complessità rispetto al passato, a causa delle nuove tecniche di contrattazione che si prestano maggiormente a speculazioni, pubblicità menzognere e fuorvianti. Si pensi, a tal proposito, a tutte quelle tipologie di vendita la cui modalità di negoziazione si risolve nel "cogliere di sorpresa" il contraente, il quale per la propria ingenuità e poca avvedutezza, accompagnata

---

<sup>424</sup> MANTOVANI M., «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, op. cit., 227 ss.. Nello stesso senso anche VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, op. cit., 251 ss..

dall'esaltazione della merce da parte del venditore, non è pienamente in grado di valutare la convenienza dell'affare al momento della conclusione del contratto. Basti citare le vendite per corrispondenza, quelle porta a porta, quelle che avvengono mediante il mezzo televisivo o ancora in occasione di gite turistiche.

Ebbene, si definisce *dolus bonus* la bonaria esaltazione della propria merce nel momento in cui il commerciante propone la vendita dei suoi prodotti.

Per opinione consolidata, si ritiene che il *dolus bonus* debba essere tollerato nella vita degli affari, in ragione di un antico brocardo secondo cui «imputet sibi»: in sostanza la mancata avvedutezza e l'ingenuità nel momento in cui un soggetto si appresta alla conclusione di un contratto, dipende solo ed esclusivamente da se stesso e non può essere imputabile al venditore che esalta la propria merce<sup>425</sup>. Questo tipo di dolo non può essere, dunque, causa di annullamento del contratto in quanto non si ravvisa in esso un vero *animus decipiendi* ovvero l'intenzione, la volontà di trarre in inganno l'altra parte al fine di indurla a contrattare.

Ai fini della distinzione tra il *dolus bonus* (irrilevante) e il *dolus malus* (che rileva quale causa di annullabilità) soccorre il criterio giurisprudenziale secondo cui l'attitudine dei raggiri a trarre in inganno deve essere valutata in relazione alle particolari circostanze di fatto e alle qualità e condizioni soggettive dell'altra parte, onde stabilire se erano idonei a sorprendere una persona di normale diligenza, giacché l'affidamento non può ricevere tutela giuridica se fondato sulla negligenza. Tale regola fornisce un criterio utile a delineare la portata del *dolus bonus* nel senso di far coincidere quest'ultimo con quei raggiri inidonei a trarre in inganno una persona di normale diligenza<sup>426</sup>.

Nella difficoltà di definire esattamente il *dolus bonus*, taluni lo hanno definito come il complesso degli accorgimenti ingannatori tollerati nella pratica

---

<sup>425</sup> CORSARO L., *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia, 1979, 152; CRISCUOLI G., *Il criterio discretivo tra dolus bonus e dolus malus*, op. cit., 96 ss.; SACCO R., *Il contratto*, op. cit., 338 ss..

<sup>426</sup> La giurisprudenza ai fini dell'individuazione del dolo rilevante è orientata per la tesi dell'obiettiva idoneità del raggio: Cass., 27 ottobre 2004, n. 20792.

degli affari<sup>427</sup>; altri lo avvicinano a quelle pratiche commerciali normalmente inidonee a circuire una persona di media avvedutezza<sup>428</sup>.

Tuttavia, nella pratica, l'irrilevanza del *dolus bonus* ha spesso creato un vero e proprio abuso da parte dei commercianti a danno dei consumatori, perché, con l'utilizzo di nuovi mezzi di comunicazione e con l'uso di artifici sempre più sofisticati, al limite della legalità, si inducevano a contrarre una massa enorme di soggetti.

Ecco che, nel momento in cui la fattispecie ha assunto proporzioni più vaste, determinando situazioni di approfittamento verso persone, per così dire, "credulone", ci si è interrogati su possibili interventi volti a limitare le pratiche commerciali ingannevoli. L'esaltazione del prodotto offerto, infatti, non deve superare quella soglia che è tale da indurre il contraente a credere che il prodotto abbia qualità inesistenti, o del tutto diverse<sup>429</sup>. Per questa ragione, è necessario delimitare l'area del *dolus bonus* in maniera rigorosa, in quanto le nuove tecniche di pubblicità ed i nuovi metodi di contrattazione si prestano con maggiore facilità a superare i limiti legalmente consentiti mediante pubblicità menzognere ed ingannevoli.

Il legislatore, sulla spinta della normativa comunitaria, è intervenuto proprio per vietare la pubblicità ingannevole a tutela del consumatore con il D.lgs. 15 gennaio 1992 n. 50 ("Attuazione delle direttiva n. 577/85/CEE in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali") e il D.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 ("Attuazione della direttiva n. 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole), norme oggi trasfuse nel Codice del Consumo, il quale però tollera esplicitamente "la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera" (art. 20, co. 3, Cod. Cons.).

In realtà questa sorta di "tolleranza" e la mancata previsione di una normativa volta ad invalidare i contratti in cui più facilmente si può "ostentare" maliziosamente il proprio prodotto, che possono trascendere in forme di abuso,

---

<sup>427</sup> Così REALMONTE F., *La rilevanza del dolus bonus, un'altra occasione perduta*, in *Contr.*, 1994, 129.

<sup>428</sup> CRISCUOLI G., *Il criterio discrezionale tra dolus bonus e dolus malus*, op. cit., 5.

<sup>429</sup> CRISCUOLI G., *La réclame non obiettiva come mezzo di inganno nella formazione dei contratti*, in *Riv. dir. industr.*, 1968, I, 74.

non devono essere viste come una sorta di disinteresse da parte del legislatore. Al contrario il legislatore ha disposto una forma di tutela molto importante, il c.d. *recesso di pentimento* (art. 52 cod. cons.), per tutti i contratti conclusi tra professionista e consumatore nel quadro di un regime di vendita o di prestazione di servizi a distanza, quindi senza la presenza fisica e simultanea di ambo le parti, e per i contratti negoziati in luogo diverso dai locali del professionista (ad es. a casa del consumatore, per strada, in occasione di fiere, ecc.). Questa disciplina si giustifica proprio in ragione del fatto che il consumatore è la “parte debole” del sinallagma contrattuale, è più facilmente è facile preda delle tecniche di “seduzione” commerciale del professionista in ambienti privi di adeguata consapevolezza informativa. Il consumatore può entro quattordici giorni - decorrenti dalla conclusione del contratto o dal momento in cui si viene in possesso dei beni - recedere dall’acquisto senza alcuna motivazione o costi aggiuntivi. Altresì, il periodo per recedere si protrae di dodici mesi dal termine del periodo di recesso inizialmente previsto, se il professionista non adempie gli obblighi informativi, con la precisazione che se nel corso dei dodici mesi verranno fornite tutte le informazioni dovute, a partire da tale giorno decorrerà nuovamente il termine di quattordici giorni per recedere dal contratto.

In tale contesto, aldilà della protezione offerta dal codice di consumo ed esclusa la possibilità di annullare il contratto in forza della sussistenza del *dolus bonus*, ci si chiede se sia almeno praticabile qualche altra strada rimediale, dinanzi ad una condotta scorretta che si trova al confine delle fattispecie considerate legittime.

Il riferimento, anche in questo caso, va al rimedio risarcitorio alla luce di una responsabilità *in contrahendo*. Questa prospettiva appare ammissibile se si tiene conto della generale tendenza ad ampliare la tutela contro gli abusi e gli inganni, soprattutto se si fronteggiano contraenti che da una parte hanno una forte padronanza delle tecniche commerciali e dall’altra sono totalmente inesperti.

In questo senso, affinché si possa individuare un margine di rilevanza del *dolus bonus*, non si dovrà avere riguardo all’idoneità dell’inganno, dato che sotto tal profilo sarebbe idoneo solo il raggirio proprio del *dolus malus*. L’attenzione dovrebbe rivolgersi, invece, al grado di accortezza del destinatario, sicché più la

stessa è inferiore e più diventa riprovevole la condotta di approfittamento. Si pensi per esempio ad un anziano colto di sorpresa in una vendita “porta a porta” oppure mediante una vendita che fa uso del mezzo telefonico. A mio avviso, in casi simili, sebbene il legislatore abbia previsto che solo per la violenza si debba tener conto dell’età, del sesso e delle condizioni della persona (art. 1435 c.c.), sarebbe (forse) più corretto applicare una tale previsione anche per gli altri vizi del consenso ed in questo caso di specie al dolo. D’altronde, se è vero che la disciplina dell’annullamento per dolo si fonda sulla riprovevolezza sociale del comportamento della parte, pare che non ci sia ragione di accordare protezione al contraente scorretto sol perché l’altro soggetto è ingenuo o poco avveduto. Specie in un’epoca in cui viene spesso posto a cardine della maggior parte degli istituti civilistici il principio di solidarietà e quello di tutela dei soggetti deboli, che impone la massima trasparenza e correttezza delle parti<sup>430</sup>.

L’unico dubbio, che sotto tal profilo rimane è che, seppur il principio di irrilevanza del *dolus bonus* sia non propriamente rispondente al canone di buona fede, difficile affidarsi del tutto ad un parametro che diventa squisitamente soggettivo in quanto attribuiremmo ogni volta al venditore l’onere di assicurarsi di contrattare con una persona mediamente avveduta tale da rendersi conto dell’inadeguatezza o della sconvenienza dell’affare. Il che è difficile da sostenere. Sembrerebbe, allora, preferibile che la valutazione delle circostanze concrete debba comunque avvenire mediante parametri oggettivi anche nel caso in cui il rimedio esperibile sia solo di carattere risarcitorio.

#### **4. (Segue). La violenza: il timore reverenziale e l’approfittamento dell’altrui stato di soggezione**

La violenza, idonea ad annullare l’atto negoziale, è quella che si concretizza nella minaccia di un male ingiusto, rivolta ad una persona al fine di estorcerle il consenso alla stipulazione del contratto<sup>431</sup>.

---

<sup>430</sup> Per una attenta disamina sul punto si veda PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, op. cit..

<sup>431</sup> CICERO C., *La violenza nel negozio giuridico*, Padova, 2000; RIMOLDI F., *La violenza quale vizio del consenso contrattuale*, in *Contr.*, 2007, 1054.

Definiamo questo tipo di violenza come violenza psichica (*vis compulsiva*), proprio per distinguerla dalla violenza fisica (*vis absoluta*), per la quale - mancando totalmente ogni libertà di scelta della parte che mediante una costrizione fisica viene obbligata a concludere il contratto – si verifica un caso di nullità contrattuale per assenza di accordo<sup>432</sup>.

Non ogni tipo di minaccia sarà tale da determinare l'invalidità del contratto, ma solo quella che risponde ai connotati di cui all'art. 1435 c.c.. Intanto il male minacciato dovrà essere “*ingiusto*” oltre che “*notevole*” e potrà riguardare la vittima stessa oppure il coniuge, un discendente o un ascendente. La minaccia, inoltre, sarà riferibile anche ai beni di suddette persone e dovrà fare impressione ad una persona “sensata”, avuto riguardo all'età, al sesso e alla condizione della persona<sup>433</sup>.

La violenza caratterizzandosi propriamente, al pari del dolo, per la sussistenza di una condotta illecita, determina da una parte l'annullamento del contratto, in quanto si vuole tutelare la libertà di autodeterminazione al consenso alla stipula del contratto che risulta nella specie viziato, dall'altra integra una responsabilità precontrattuale, fonte di risarcimento del danno, in capo a colui che ha posto in essere la minaccia. Il legislatore ha, però, voluto sottolineare la maggiore antigiridicità della violenza rispetto al dolo, prevedendo l'annullabilità del contratto qualora la stessa venga esercitata da un terzo (art. 1434 c.c.) e ciò perfino se l'altro contraente fosse ignaro della minaccia.

Evidente, come accade per gli altri vizi tipici, che l'assenza dei requisiti previsti dalla legge non legittima il contraente ad impugnare l'atto al fine di invalidare il negozio.

Tuttavia, è possibile riscontrare dei casi al confine tra il giuridicamente rilevante ed il giuridicamente irrilevante.

Escludendo quelle minacce che sono palesemente inattendibili la cui pressione non potrebbe essere avvertita come seria dalla generalità dei consociati, possono permanere delle aree di violenza psicologica che comunemente non

---

<sup>432</sup> CRISCUOLI G., *Violenza fisica e violenza morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 127.

<sup>433</sup> Sui caratteri della violenza v. DI BARTOLOMEO M., *La violenza morale nei contratti*, Napoli, 1996, 207 ss.; CARRESI F., *La violenza nei contratti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 421; TRABUCCHI A., *Voce Violenza (vizio della volontà) (dir. vig.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XX, Torino, 1975, 946.



possiamo definire gravi nel senso evidenziato ma che comunque nel caso concreto possono creare timore al contraente al punto da indurlo a contrarre.

Si pensi al timore reverenziale, in presenza del quale l'art. 1437 c.c. esclude l'annullamento del contratto<sup>434</sup>. Per timore reverenziale si intende la soggezione psicologica di un soggetto verso l'altro, determinata dalle rispettive posizioni familiari, professionali o sociali. Esso si esprime, in sostanza, nell'intenso rispetto che si nutre verso persone autorevoli o che rivestono particolari ruoli, anche educativi come per esempio i genitori. Posto che il legislatore punisce la violenza in quanto condotta illecita, pare comprensibile la scelta di non invalidare un contratto il cui timore dipenda soltanto da uno stato interiore del soggetto e non da una condotta esterna<sup>435</sup>.

Il problema, però, potrebbe sorgere qualora un soggetto, che avendo piena consapevolezza dello stato di soggezione che provoca nell'altrui parte, si approfitti di tale circostanza per addivenire alla conclusione di un contratto a lui maggiormente conveniente. Ecco che, in un siffatto caso, il timore reverenziale non resterebbe più un elemento intrinsecamente psicologico ma verrebbe in qualche modo "rafforzato" dal contegno di mala fede dell'altro contraente, il cui unico intento è quello di addivenire alla stipula di un contratto iniquo. In questi termini si dovrebbe giustificare un intervento rimediale a protezione di chi viene leso nella propria libertà di autodeterminarsi nella stipula. È pur vero, che la difficoltà è quella di capire in che cosa dovrebbe consistere la condotta sleale. Difficilmente, infatti, possiamo ammettere che il semplice silenzio della persona in mala fede possa legittimare l'annullamento del contratto. Diversamente, dovremmo porre a carico del soggetto consapevole del timore dell'altro, l'onere di "tranquillizzarlo" circa le proprie rispettive posizioni, in modo che egli possa concludere il contratto con serenità. Probabilmente, affinché la condotta scorretta assuma una qualche rilevanza giuridica, dovrebbe manifestarsi in maniera esplicita, mediante comportamenti concludenti che inducano la controparte a perfezionare il contratto. Ne discende che, se la condotta integra i requisiti della

---

<sup>434</sup> CICERO C., *La dicotomia minaccia-timore nell'atto giuridico*, in *Quad. Rass. Dir. civ.*, Perlingieri P. (diretta da), Napoli, 2009.

<sup>435</sup> Non è mancato in dottrina chi ha sostenuto l'invalidità dell'atto in presenza del timore reverenziale: CRISCUOLI G., *Timore reverenziale e approfittamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 374 ss..

minaccia di cui all'art. 1435 c.c., avremmo una classica ipotesi di violenza; altrimenti il comportamento diventa giuridicamente irrilevante, dato che attribuire valore ad una condotta che pur scorretta, non ha la veste propria della violenza psichica, pare eccessivo, soprattutto se si vuol propendere per il rimedio dell'annullamento dell'atto.

Questa impostazione sembra quella più attendibile nell'ambito contrattuale, ove, nei casi in cui la minaccia non sia pregnante, il margine di scelta della parte circa il perfezionamento del contratto resta ampia. Forse potremmo arrivare a conclusioni diverse dinanzi ad atti negoziali in cui la volontà acquista un valore più forte. Ne è un esempio la volontà testamentaria ove per esempio acquista rilevanza l'errore sul motivo, quando risulti dal testamento e sia il solo che ha determinato il testatore a disporre (art. 624, co. 2, c.c.); è rilevante il motivo illecito che rende nulla la disposizione testamentaria, quando risulta dal testamento ed è il solo ad avere determinato il testatore a disporre (art. 626 c.c.). In questi casi, l'esigenza avvertita in maniera preminente dalla legge è quella di preservare il più possibile la volontà del testatore<sup>436</sup>. Questo è comprensibile se si tiene conto della funzione del testamento che è quella di disporre delle proprie sostanze per il tempo in cui *de cuius* avrà cessato di vivere. Ed è ancora più ovvio se si rammenta la natura del testamento quale atto *mortis causa*: è necessario che il testamento risponda esattamente all'effettiva volontà del testatore in quanto l'atto non sarà per forza di cose modificabile o ripetibile a seguito della morte del soggetto.

Ecco che nel caso del testamento (forse) il timore reverenziale può essere visto sotto altra prospettiva, soprattutto se rafforzato dalla condotta di mala fede di colui che intende profittare di una successione a suo favore. In tal caso, infatti, ostinarsi a sostenere l'irrilevanza del timore reverenziale, si rischia di dare esecuzione ad un testamento che non risponde affatto alla volontà del *de cuius*.

Se lo spunto appare valido, è altrettanto vero che la fattispecie è destinata a rimanere un mero caso di scuola, in quanto sul piano concreto sarebbe molto difficile, se non impossibile, dare la prova della sussistenza di una captazione che

---

<sup>436</sup> CICERO C., *La sanatoria del testamento redatto per violenza o dolo e non revocato*, in *Riv. Not.*, 2011, 241-254.

non si è palesata né mediante gli artifici e i raggiri propri del dolo né mediante la minaccia tipica della violenza.

In definitiva, escludendo per le ragioni esposte, il rimedio dell'invalidità dell'atto ogni qualvolta sussista una minaccia diversa da quella descritta dalla norma, si può avanzare, perlomeno, a sostenere una responsabilità precontrattuale di natura risarcitoria, quando la violenza sia comunque in grado di incidere sulla determinazione del consenso e possa dunque essere intesa nel senso di «vizio incompleto»<sup>437</sup>.

---

<sup>437</sup> MANTOVANI M., «Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio, op. cit., 244 ss..



## CONCLUSIONI

Alla fine della presente ricerca, senza la pretesa di addivenire ad una soluzione definitiva, si vogliono tracciare le linee essenziali del pensiero fino ad ora espresso.

Il percorso argomentativo, è evidente, ha avuto quale filo conduttore il ruolo della buona fede, il che ha condotto lo studio ad una valorizzazione dei principi etici e morali nell'ambito della formazione del contratto.

I valori in conflitto, la *certezza del diritto* e la *giustizia sostanziale*, non sempre sono perfettamente bilanciabili. La scelta fra uno di essi, che avvenga per opera del legislatore o per opera dell'interprete, impone sempre la rinuncia alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti.

Ecco la ragione in forza della quale, spesse volte, le argomentazioni afferenti al principio di non interferenza tra le regole di validità e le regole di responsabilità sono state espresse, talvolta, a sostegno, talaltra, contro il medesimo principio.

Si rammenta, infatti, che le varie motivazioni precedentemente esaminate, questa volta a favore del superamento del principio di autonomia tra le due categorie di regole citate, sono condivisibili. Si è avuto modo di constatare che in concreto non esiste una vera e propria differenza strutturale tra le regole di validità e di responsabilità. Esse hanno solo latamente una diversa funzione ma in realtà ogni regola è volta a garantire indifferentemente la legalità del sistema dettando nel contempo una regola di condotta da perseguire. Non esiste, dunque, a stretto rigore un'incompatibilità strutturale. La differenza permane, propriamente, sul piano di una più agevole semplificazione didattica. Anche l'apparato tipico delle invalidità non è più saldo ed ancorato alle originarie impostazioni codicistiche, in quanto il legislatore ha dovuto necessariamente adattare le norme speciali alle nuove esigenze dei traffici che richiedono rimedi maggiormente idonei a tutelare i contraenti durante le contrattazioni. Altresì, lasciare impunte condotte scorrette e sleali significherebbe, implicitamente, "legittimare" atti speculativi da parte dei contraenti più "forti", così minando la giustizia sostanziale. La buona fede e l'equità vanno lette, dunque, alla luce del principio costituzionale di

ragionevolezza, il quale acutamente è stato definito come «il collante costante e necessario tra il caso concreto e il sistema giuridico di riferimento», in quanto è lo strumento che consente di «scegliere tra più soluzioni possibili quella più conforme, più adeguata e più congrua agli interessi coinvolti e ai valori normativi presenti in un dato ordinamento»<sup>438</sup>. Ma buona fede ed equità non sono sinonimi di ragionevolezza. La buona fede racchiude in sé i concetti di lealtà e correttezza, i quali evocano considerazioni afferenti alla morale, diversamente dalla ragionevolezza che li comprende ma può contenere anche altri aspetti legati per esempio all'utilitarismo e all'efficienza economica. Nel contempo, mentre l'equità in forza del disposto di cui all'art. 1374 c.c., opera in funzione integrativa del contratto al fine di disciplinare il caso concreto senza mai contrapporsi all'assetto di interessi stabilito dalle parti, la ragionevolezza soccorre per effettuare un controllo sul caso concreto onde evitare aporie giuridiche e contrasti non altrimenti risolvibili in via meramente interpretativa<sup>439</sup>. In sostanza, la ragionevolezza - coinvolgendo principi e valori dell'intero ordinamento - consente di addivenire al “giusto rimedio”, sfuggendo da discriminazioni irragionevoli.

Si apre lo scenario di ammissibilità del rimedio invalidante il contratto qualora dalla violazione di una regola di comportamento ne discenda altra sanzione, come quella del risarcimento, non sufficientemente idonea a proteggere gli interessi sottesi al contratto.

Ora, sebbene a fatica si possa dubitare di queste argomentazioni, resta a mio avviso, un dato non trascurabile che (forse) non ci consente, in via definitiva, di superare il principio di non interferenza. E la motivazione non è legata, come taluno ha ampiamente sostenuto, all'incompatibilità strutturale tra categorie di norme differenti; a contrasti insormontabili tra la forza della tradizione, che preme per un sistema normativo radicalmente accolto e l'evoluzione legislativa che per altro verso spinge verso diverse e più varie classificazioni; alla necessità di mantenere, entro confini determinati, il sindacato del giudice in virtù di un più alto valore quale quello della certezza del diritto. La motivazione poggia, credo,

---

<sup>438</sup> PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, op. cit., 121.

<sup>439</sup> PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, op. cit., 121 ss..

sullo stesso principio di ragionevolezza ugualmente paventato per dare conforto alle tesi che, invece, tentano di superare l'autonomia tra regole di validità e regole di comportamento.

Se accettassimo che la violazione della regola di condotta di cui all'art. 1337 c.c., che si manifesta mediante un contegno di mala fede, possa determinare la nullità virtuale del contratto per contrarietà ad una norma imperativa, di fatto ci troveremmo a punire più severamente condotte che nel concreto minano la libertà negoziale in maniera minore rispetto ad altre, a cui il legislatore ha - *expressis verbis* - attribuito un rimedio meno gravoso.

Per comprendere meglio la portata di questo assunto basterà riproporre la fattispecie che nella prassi ha sollevato i maggiori dibattiti: la violazione del dovere di informazione. Se si punisse con la nullità del contratto la condotta reticente, ovvero quella secondo cui il contraente ha omesso maliziosamente o colposamente di comunicare alcuni degli elementi essenziali e determinanti per il consenso, senza che però tali comportamenti siano circostanziati al punto tale da integrare il dolo contrattuale, paradossalmente ci troveremmo dinanzi ad una soluzione illogica. Il dolo, che si manifesta mediante una condotta circostanziata, qualificata, avente ad oggetto artifici e raggiri volti a trarre in inganno la controparte, per certo assai più grave della mera reticenza, verrebbe punito - in quanto vizio del consenso, per espressa previsione normativa - con la sola annullabilità del contratto, che è certamente un rimedio di invalidità meno invasivo rispetto alla nullità che rende inefficace il contratto *ab origine*.

Il contrasto, poi, nella particolare ipotesi degli obblighi informativi, si manifesterebbe sotto altro profilo normativo, in considerazione dell'art. 1338 c.c.. Invero, questa norma sancisce l'ipotesi specifica del dovere di comunicare alla controparte una causa di invalidità del contratto, sancendo, però, quale conseguenza della violazione dell'obbligo, il risarcimento del danno. Ebbene, se consideriamo il caso precedente, incorriamo in un'ulteriore contraddizione, posto che per la violazione di un obbligo di informazione avente ad oggetto l'invalidità del contratto si avrebbe il solo risarcimento del danno, mentre per qualsiasi altra omessa informazione determinate per il consenso alla conclusione del contratto, si avrebbe la nullità dello stesso.

Quanto sostenuto vale solo qualora la reticenza non assuma la forma tipica del dolo. In tal caso, infatti, la fattispecie, integrando un tipico vizio del consenso (c.d. *dolo omissivo*), risulterebbe soggetta alla relativa disciplina. Come è noto, le criticità si pongono in relazione a tutte quelle fattispecie che esulano, invece, dalla disciplina normativa.

Da quanto detto, si comprende come le circostanze descritte, che sono comunque riferibili anche ad altre modalità mediante le quali il contegno di mala fede può manifestarsi, vanno a creare delle ingiuste discriminazioni. Si considera irragionevole lasciare impunte condotte scorrette, che sfruttano indebitamente vantaggi ingiusti pregiudicando la posizione di controparte ma è altrettanto irragionevole punire fattispecie giuridicamente meno riprovevoli in maniera più incisiva rispetto a quelle più gravi. Ancora, è irragionevole punire in maniera differente fattispecie fra loro simili, perché non risponderebbe al principio costituzionalmente garantito di ragionevolezza, e neppure a quello di uguaglianza sostanziale il quale impone che fattispecie diverse vengano trattate in maniera diversa e fattispecie uguali vengano trattate in maniera eguale. Introdurre in ambito giudiziale la possibilità per l'interprete di qualificare le fattispecie rilevanti sulla base - addirittura - di un giudizio sulla validità dell'atto discrezionale, per non dire arbitrario, in quanto effettuato in assenza di parametri certi, significherebbe adottare decisioni sempre differenti tra loro, senza che sussista un criterio almeno orientativo di valutazione delle condotte.

Per quanto concerne, poi, la possibilità di adottare il rimedio dell'annullabilità, ci si scontra inevitabilmente con la disciplina di cui agli artt. 1427 e ss.. Ammettere tale forma di invalidità qualora incorra una violazione della buona fede significherebbe, inevitabilmente, abbassare arbitrariamente la soglia di intensità dell'alterazione del volere rispetto a quella prevista per l'errore, il dolo e la violenza ovvero in genere i casi di incapacità rilevanti.

Resta il fatto che sarebbe sbagliato lasciare impunte condotte in genere sleali, o disoneste, come tali nell'ottica della legalità costituzionale antiggiuridiche, dato che si incorrerebbe nel rischio di incentivare comportamenti volti ad eludere le regole di invalidità dell'atto giuridico. Al soggetto in mala fede basterebbe evitare di integrare i presupposti propri del dolo, della violenza e dell'errore



affinché il contratto non venga reso invalido ed egli possa trarre un vantaggio iniquo dal negozio. Un tale atteggiamento non può essere giustificato, tantomeno tutelato. Per tale ragione le condotte di mala fede potrebbero, comunque, assumere rilevanza per l'ordinamento, seppur ancora una volta solo sul piano risarcitorio, come dimostrato dalla «teoria dei vizi incompleti».



## BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Good faith in European Contract Law*, Zinnermann R. – Whittaker S. (a cura di), Cambridge, 2000.

ALLEN E., *Law in the Making*, Oxford, 1961.

AA.VV., *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, Alpa G. – Bessone M. (a cura di), Torino, 1991.

AFFERNI G., *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.

AKERLORF G.A., *The market for Lemmons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 84, 1970.

ALBANESE A., *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. Giur.*, 2008, 107 ss.

ALBERICI M., *Il dovere precontrattuale di buona fede, analisi della giurisprudenza*, in *Rass. Dir. civ.*, 1982, 1056.

ALCARO F., *L'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Vita not.*, 1996, 1119.

ALPA G., *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova. Giur. Civ. Comm.*, 1996, II, 46.

ALPA G., *Voce Responsabilità precontrattuale (Diritto comparato e straniero)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 2 ss.

ALPA G., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1993, 635 ss.

ALPA G., *Voce Contratto nei sistemi di common law*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, III, Torino, 1989, 344 ss.

ALPA G. - TEDESCHI V., *Appunti e materiali sul contratto nel diritto nord-americano*, Padova, 1983.

ALLARA M., *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, 146.

AMADIO G., *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in AA.VV. *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Gitti G. (a cura di), Bologna, 2006, 227 ss.

AMADIO G. – MACARIO F. (a cura di), *Parte generale . Le obbligazioni. Il contratto. I fatti illeciti e le altre fonti delle obbligazioni*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti.*, I, Bologna, 2014.

AMATO G., *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998.

ANSON A., *Principles of the english law of contracts*, London, 1945.

ARROW K., *The economics of Moral Hazard: Further Comment*, in *American Economic Review*, 58, 1968.

ARROW K., *Essays in the Theory of Risk-Bearing*, Amsterdam-North Holland, 1963.

ARROW K. - DEBREU G., *Existence of an equilibrium for a competitive economy*, in *Econometrica*, 22, 1954.

ASTONE F., *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in *Giur. Cost.*, 2013, 3770 ss.

BALESTRA L., *Il superamento dei limiti di finanziabilità nel mutuo fondiario tra regole di validità e regole di comportamento: a proposito di un (clamoroso) equivoco da parte della Cassazione*, in *Fall.*, 2014, 410 ss.

BARALDI M., *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, 501.

BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006.

BARCELLONA P., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962.

BARCELLONA P., *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, 72 ss.

BARGALIUS, *De dolo*, 702, n. 7-8.

BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948.

BARBERO D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1962.

BARCHIESI L., *L'errore di diritto nel contratto: storia e sistematica di una nozione nella riflessione dottrinale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 167 ss.

BASENDOW J., *Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica federale tedesca*, in *Contr. e impr.*, 1985, 455.

BELLANTUONO G., *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000.

BELVEDERE A., *Le clausole generali tra produzione e integrazione di norme*, in *Pol. Dir.*, 1988, 631 ss.

BELVISO F., *Compensazione tra conti correnti diversi e principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006, I, 895.

BENACCHIO G., *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2001.

BENATTI F., *Voce Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1.

BENATTI F., *Culpa in contrahendo*, in *Contr. e Impr.*, 1987, 298.

BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963.

BENATTI F., *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1358 ss.

BERIO A., *Buona fede*, in *Dizionario pratico del diritto privato*, I, s.d., Milano.

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Napoli, 1994.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, Vassalli F. (diretto da), Torino, 1969, 460.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952.

BERTI G., *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, II, Milano, 1988, 47 ss.

BESSONE M., *Buona fede in senso oggettivo, recesso dalle trattative e responsabilità per danno «ingiusto»*, in *Giur. merito*, 1978, I, 1165 ss.

BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975.

BESSONE M., *Principio di buona fede, disciplina del common law e massime di equità*, in *Ann. fac. giur. Univ. Genova*, 1972, 1 ss.

BESSONE M. – D'ANGELO A., *Voce Buona fede*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, 1988, 2 ss.

BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2000.

BIANCA C. M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 1998.

BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205.

BIANCA M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229 c.c.*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja A.- Branca G., (diretto da), 1979, Bologna-Roma, 44 ss.

BIGIAVI W., *Dolo e sorpresa nell'imputazione dei pagamenti*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 80 ss.

BIGLIAZZI GERI L., *L'interpretazione del contratto, art. 1366*, in *Comm. cod. civ.*, Schlesinger (diretto da), Milano, 1991, 200 ss.

BIGLIAZZI GERI L., *Voce Buona fede nel diritto civile*, in *Dig., Sez. civ.*, II, 1988, Torino, 169 ss.

BIGLIAZZI GERI L., *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970.

BRANCA G., *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1961.

BRANCA G., *Istituzioni di diritto privato*, Bologna 1959.

BRECCIA U., *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 194 ss.

BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, 1968.

BRUNETTI A., *Corso di diritto commerciale. Parte generale*, Roma, 1934.

BUSNELLI F.D., *Il principio di solidarietà e "l'attesa della povera gente"*, oggi, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2013, 413 ss.

BUSNELLI F. D. - MORELLO U., *La direttiva 93/13 CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, 374.

CAFAGGI F., *Voce Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv., Sez. Comm.*, XI, Torino, 1994, 492.

CALANDRINO R., *Errore comune su qualità essenziali del bene oggetto di compravendita: interessi sottesi e rimedi esperibili*, in *Corr. Mer.*, 2010, 33 ss.

CALUSI V., *In tema di trattative e di responsabilità precontrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 485 ss.

CANEPA P., *Voce Dichiarazione d'intenti*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, V, 1988, 329 ss.

CAPPELLINI, *Voce Negozio giuridico (storia del)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 95 ss.

CARBONETTI F., *Che cos'è un valore mobiliare?*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 280 ss.

CARIOTA FERRARA L., *Annulabilità assoluta e nullità relativa*, in AA. VV., *Studi in memoria di Bernardino Scorza*, Roma, 1940.

CARRARA G., *La formazione dei contratti*, Milano, 1915.

CARRARO L., *"Fraus omnia corrumpit"*, in *Riv. trim.*, 1949, 797.

CARRASSI C., *Le lettere di intenti fra prassi e necessità di nuove regole in margine al "caso SME"*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 843-851.

CARRESI F., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Cicu - Messineo (diretto da), Milano, 1987, VIII, 538.

CARRESI F., *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, 463 ss.

CARRESI F., *La violenza nei contratti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 421.

CARRESI F., *Il comodato. Il mutuo*, in *Tratt. dir. civ.*, Vassalli F. (diretto da), Torino, 1957, 133.

CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano (1948)*, rist., Napoli, 2011.

CARIOTA FERRARA L., *Annulabilità assoluta e nullità relativa*, in AA. VV., *Studi in memoria di Bernardino Scorza*, Roma, 1940, 74 ss..



- CARUSI F., Voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, 710 ss..
- CASTRONOVO C. (a cura di), *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Milano, 2001.
- CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie, cioè abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 33.
- CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1986, 21 ss..
- CASTRONOVO C. – MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007.
- CATAUDELLA A., *L'art. 1366 c.c. ed il commento del Guardasigilli*, in *Quadrimestre*, 1993, 379 ss..
- CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966.
- CAVAJONI C., *Ingiustificato recesso dalle trattative e risarcimento del danno*, in *Contr.*, 2007, 303 ss..
- CAVALLO BORGIA R., *Profili giuridici della vendita di cosa altrui*, Milano, 1972.
- CICERO C., *Il concetto di pre-preliminare nel procedimento di formazione del contratto "a tutele crescenti"*, in *Riv. not.*, n. 3, parte II, 2015, 608 ss..
- CICERO C., Voce *Regole di validità e responsabilità*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ., Agg.*, IX, Torino, 2014, 539 ss..
- CICERO C., *La sanatoria del testamento redatto per violenza o dolo e non revocato*, in *Riv. Not.*, 2011, 241-254.
- CICERO C., Voce *Formalismo (rinascita del)*, in *Dig. disc. Priv., Sez. civ., Agg.*, V, Torino, 2010.

CICERO C., *La dicotomia minaccia-timore nell'atto giuridico*, in *Quad. Rass. Dir. civ.*, Perlingieri P. (diretta da), Napoli, 2009.

CICERO C., *La violenza nel negozio giuridico*, Padova, 2000.

CICERO, *De officiis*, 1.23, 3.80.

CONSO G., *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1955.

CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970.

CORSARO L., *Raggiro, dolo colposo e annullamento del contratto*, in *Giur. it.*, 1989, I, 2, 10 ss.

CORSARO L., *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia, 1979.

CORTE ENNA G., *La buona fede nei contratti*, in *Filangieri*, 1907, 480 ss.

CORTESE E., Voce *Causa (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1961, 542.

COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989.

COVIELLO L., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, 392.

COVIELLO L., *Della c.d. culpa in contrahendo*, in *Filangieri.*, 1900, 721 ss.

CRISCUOLO G., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. Perlingieri*, Napoli, 2008.

CRISCUOLI G., *Timore reverenziale e approfittamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 374 ss.

CRISCUOLI G., *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 136 ss..

- CRISCUOLI G., *Violenza fisica e violenza morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1970, I, 127.
- CRISCUOLI G., *La réclame non obiettiva come mezzo di inganno nella formazione dei contratti*, in *Riv. dir. industr.*, 1968, I, 74.
- CRISCUOLI G., *Il criterio discrezionale tra dolus bonus e dolus malus*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 1957, 136 ss..
- CUFFARO V., *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1272.
- D'ADDA A., *Nullità parziale e tecniche di adeguamento al contratto*, Padova, 2008, 216 ss.
- D'AMICO G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contr.*, 2014, 933.
- D'AMICO G., *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, 732 ss.
- D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 37 ss.
- D'AMICO G., *«Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.
- D'ANGELO A., *Il contratto in generale. La buona fede*, in *Tratt. di dir. priv.*, Bessone (diretto da), vol. XIII, t. IV, 2004.
- D'ANGELO A. – MONATERI P.G., *Buona fede e giustizia contrattuale*, in *Diritto Privato dei paesi comunitari*, Somma A. (a cura di), Torino, 2005, 7 ss.
- DE GIOVANNI B., *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, rist. 2012.
- DELL'AQUILA E., *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980.

DE MARTINI A., *In tema di riconoscibilità dell'errore bilaterale nel contratto*, in *Foro it.*, 1952, I, 431 ss.

DEMOGUE R., *Traité des obligations in général*, II, 6, *Effets des obligations*, Paris, 1932.

DE NOVA G., *Le clausole vessatorie*, Milano 1996.

DE NOVA G., *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, 705 ss.

DE OÑATE P., *De contractibus*, I, 29 n. 120.

DESGORCES R., *La bonne foi dans le droit contrats: rôle actuel et perspectives*, th, Paris II, 1992.

DE VITA A., *Buona fede e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 251.

DI BARTOLOMEO M., *La violenza morale nei contratti*, Napoli, 1996, 207 ss.

DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Milano, 2002.

DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1984, 539 ss.

DI MAJO A., *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 17.

DI MAJO A., *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005, 1273.

DI MARZIO F., *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giust. civ.*, 1999, XII, 479 ss.

DOLLE H., *Juristische Entdeckungen*, Tübingen, 1958, 7.

DOMAT J., *Le lois civiles dans leur ordre naturel*, I, Paris, 1777.

EBKE-B W.F.- STEINHAUER M., *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, in AA.VV., *Good Faith and Fault in Contract Law*, Beatson J. –Friedmann D. (a cura di), Oxford, 1994, 171.

ENGISCH K., *Einführung in das juristische Denken*, trad. ital. *Introduzione al pensiero giuridico*, Baratta A. (a cura di), Milano, 1970.

EMILIOZZI E.A., *Vendita alla clientela retail di titoli prima dell'emissione ed omessa acquisizione da parte dell'intermediario dell'offering circular*, in *Giur. it.*, 2007, 1670.

FAGGELLA G., *Il fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. Civ.*, 1909, 128.

FALZEA A., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947.

FEDELE A., *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. cod. Civ.*, D'Amelio M. – Finzi E. (diretto da), *Libro delle obbligazioni*, I, Firenze, 1948, *Sub. Art. 1439*, 741 ss.

FEDELE A., *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943.

FEDERICI I., *Giudizio di validità e contratto giusto (riflessioni su un recente orientamento delle Sezioni Unite)*, in *Rass. Dir. civ.*, 2009.

FERRARA F., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940.

FERRARA F. - CORSI F., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006.

FERRARINI G., *I nuovi confini del valore mobiliare*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 741 ss.

FERRARIS E., *La buona fede negli orientamenti giurisprudenziali inglesi*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, 759 ss.

FERRI G., *Voce Negozio giuridico*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 74 ss.

FERRI G., *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 412 ss.

FIORIO P., *Gli obblighi di comportamento degli intermediari al vaglio della giurisprudenza di merito*, in *Giur. it.*, 2005, 754 ss.

FRAGALI V., *Libro delle obbligazioni*, I, in *Comm. cod. civ.*, D'Amelio M. - Finzi E. (a cura di), FRAGALI M., *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, I, Firenze, 1948, 369 ss.

FRANZONI M., *Il contratto annullabile*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, 165 ss..

FRANZONI M., *Il dibattito attuale sul negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 409.

FUNAIOLI C.A., Voce Dolo (diritto civile), in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, 738 ss.

FUSARO A., *Fondamento e limiti della responsabilità precontrattuale*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1199.

GALGANO F., *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contratto e Impresa*, 2005, 889 ss.

GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, 924 ss.

GALGANO F., *Simulazione, nullità, annullabilità*, in *Comm. cod. Civ.*, . Scialoja – Branca (diretto da), Bologna, 1998.

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale. Le obbligazioni e i contratti*, II, 1990, 462.

GALGANO F., Voce *Negozio giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 932 ss.

GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu A. e Messineo F. (diretto da), Mengoni L. (continuato da), III, Milano, 1988.

GALGANO F., *Diritto Privato*, Padova, 1985.

GALGANO F. – VISINTINI G., *Degli effetti del contratto, della rappresentanza, del contratto per persona da nominare (artt. 1372-1405), sub art. 1375*, in Scialoja Branca, *Comm. cod. civ.*, Galgano (a cura di), IV, Bologna- Roma, 1993.

GALLO P., *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 5, 644 ss.

GALLO P., *I vizi del consenso*, in *I contratti in generale*, Gabrielli E. (a cura di), I, Torino, 2006.

GALLO P., *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2004, 299 ss.

GALLO P., *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, in *Studi in onore di Alberto Burdese*, II, Padova, 2003.

GALLO P., *Introduzione al diritto comparato. Analisi Economica del diritto*, III, Torino, 1998.

GAROFOLI R. – RACCA G. M. – DE PALMA M., *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003.

GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 11<sup>a</sup> ed., 2004.

GENTILI A., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, n. 4, 393 ss.

GENTILI A., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, 200 ss.

- GENTILI A., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, 415 ss.
- GIANNINI M.S., *La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, III, Milano, 1963, 264 ss.
- GIOIA G., *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e Impr.*, 1999, 1332 ss.
- GIORDANO A., *In tema di violenza morale e di sfruttamento di uno stato di pericolo*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 65.
- GIORDANO A., *Sul fondamento dell'azione di rescissione dei contratti*, in *Giur. comm. cod. civ.*, III, 1951, 462-466.
- GIORGIANNI F., *Voce Obbligazione (diritto privato)*, in *Noviss. Dig.*, XI, Torino 1965, 148.
- GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008.
- GORDLEY J., *Good faith in contract law in the medieval ius commune*, in *Good faith in European Contract Law*, Zinnermann R. – Whittaker (a cura di), Cambridge, 2000.
- GORLA G., *Voce Azione redibitoria*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 878.
- GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1938.
- GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.
- GUADAGNO S., *Violazione degli obblighi di informazione nell'attività di intermediazione finanziaria: quali rimedi?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, 545 ss.
- GRUNDMANN S., *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 365 ss.



GUARNIERI A., Voce *Clausole generali*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 403 ss.

GUADAGNO S., *Violazione degli obblighi di informazione nell'attività di intermediazione finanziaria: quali rimedi?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 545 ss.

HOLMES G., *The Common Law*, London, 1881, rist. 1963.

IRTI N., *Concetto giuridico di "comportamento" e invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2005, 1053 ss.

IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1999.

IRTI N., *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991.

KANT I., *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. Gonnelli F., Roma-Bari, 2015.

KANT I., *Critica della ragion pratica*, trad. Capra F., Roma-Bari, 2012.

KITCH W., *The law and Economics of Rights in Valuable Information*, in *9 J. Leg. Stud.*, 1980, 683.

KRAMER E.A., *Le funzioni dei principi generali del diritto: tentativo di strutturazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 977.

KRONMAN T., *Mistake, Duty of Disclosure, Information and the Law of Contracts*, in *Journal of Legal Studies*, VII, 1978.

JHERING R., *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Vertragen*, in *Jherings Jahrbucher*, 4, 1861.

LA SPINA A., *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012.

LA VILLA G., *Il diritto dei valori mobiliari*, Milano, 1993.

LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1983.

LARENZ K., *Bemerkungen zur Haftung für "culpa in contrahendo"*, in *Festschrift für Ballerstedt*, Berlin, 1975, 397.

LECCESE E., *Incapacità naturale e teoria dell'affidamento*, Napoli, 1999.

LENER G., *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*, in *Foro It.*, 2014, I, 2035 ss.

LENER R., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Foro It.*, 1996, V, 156.

LENER R., *I valori mobiliari*, in *Tratt. dir. priv.*, Rescigno U. (diretto da), Torino, 1985, vol. 16, 708 ss.

LIACE G., *Finanza innovativa e la tutela del risparmiatore: il caso 4you*, in *Danno resp.*, 2006, 182 ss.

LIACE G., *Obbligo di consegna ai clienti di copia dei contratti bancari*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 77 ss.

LOBUONO M., *I vizi della volontà*, in *Diritto civile*, Lipari N.– Rescigno P. (diretto da), III, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 1055.

LUCARELLI F., *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970.

LUCCA A., *La riconoscibilità dell'errore e il principio dell'affidamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, 353 ss.

LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, 2015.

LUMINOSO A., *Contratti di investimento, mala gestio dell'intermediario e rimedi esperibili dal risparmiatore*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1418 ss.

MACKAY E., *Economics of Information and Law*, Boston, 1982.

MAIORCA S., *Il contratto. Profili della disciplina generale*, 1984.

MAJELLO U., *Istituzioni di diritto privato*, Bessone M. (a cura di), Torino, 2005.

MAJELLO U., *Custodia e deposito*, Napoli, 1958.

MANTOVANI M., *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349 c.c.*, in *Comm. cod. Civ.*, Gabrielli E. (diretto da), Milanofiori Assago, 2011, 457 ss.

MANTOVANI M., «*Vizi incompleti*» *del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

MARICONDA V., *Regole di comportamento nelle trattative e nullità dei contratti: la criticabile ordinanza di remissione della questione alle Sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2007, 631 ss.

MARINI G., *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 305.

MARINI G., *Promessa e affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995.

MARRELLA F., *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2000, 29 e ss.

MARTORANO F., *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959.

MASSETTO G.P., *Voce Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in *Dig., Sez. civ.*, II, 1988, Torino, 133 ss.

MATTEI R., *Il modello di Common Law*, in *Sistemi Giuridici Comparati*, Procida Mirabelli Di Lauro A. (a cura di), Torino, 1996.

MATTEI U., *Diritto e rimedio nell'esperienza italiana ed in quella statunitense*, Padova, 1988.

MAUGERI M. R., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003.

MENGONI L., *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti dei consumatori" nel sistema del codice civile*, in *Studi P. Rescigno*, III.2, Milano, 1998.

MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1 ss.

MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, 10.

MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, 365.

MENGONI L., *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi nella vendita*, in *Studi in onore di De Gregorio*, II, Città di Castello, 1955, 149.

MENGONI L., *In tema di prescrizione della responsabilità del venditore per danni derivati dai vizi della cosa*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, 300.

MENGONI L., *"Metus cusam dans" e "metus incidens"*, in *Riv. dir. Comm.*, 1952, I, 20 ss.

MENGONI L., *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto a «non domino»* in *Riv. dir. comm.*, 1949, I, 276.

MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all' "alternanza"*, Milano, 2001.

MERUZZI G., *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. e impr.*, 2006, 944 ss.

MERUZZI G., *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002.

MESSINEO F., *Il contratto in generale*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, Cicu A. – Messineo F., Milano, 1968.

MESSINEO F., Voce *Contratto (Diritto Privato)*, in *Enc. Dir.*, IX, 1961, 847.

MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952.

MINECCI U., *Struttura del dolo: contegno del decipiens e consenso del deceptus*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 373 ss.

MINERVINI E., *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. Dir. civ.*, 1987, 927.

MIRABELLI G., *Delle obbligazioni e dei contratti in generale, sub. artt. 1321-1469*, in *Comm. cod. civ.*, IV, II, Torino, 1980, 272.

MIRABELLI G., Voce *Negozio giuridico (teoria del)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 1 ss..

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale. Sub. Art. 1439 c.c.*, in *Comm. cod. Civ.*, IV, Torino, 1967, 503 ss.

MODESTINO: fr. 62, § 1, *de contr. Emt.*

MONATERI G., *Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 1985, 757.

MONTEL A., *Buona fede*, in *Noviss. Dig.*, II, Torino, 1957, 599 ss.

MORANO A., *Le lettere di intenti*, in *Riv. not.*, 849-864.

MORELLO U., *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Riv. not.*, 1996, 290.

MORELLI M.R., *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Gius. Civ.*, 1999, 3 ss.

MORELLI M.R., *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. civ.*, 1994, I, 2168 ss.

MUSY A. M., *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1988, 393 ss.

NANNI L., *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Galgano F. (diretto da), Padova, 1988.

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Tratt. di dir. civ. e comm.*, Cicu e Messineo (diretto da), Milano, 1966 e 1974.

NAVARETTA E., *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 324 ss..

NEUMANN F., *The Democratic and the Authoritarian State*, trad ita, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Sivini G. (a cura di), Bologna, 1973.

NIRK R., *Culpa in contrahendo. Eine richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, in *Festschrift für Möhring*, München u. Berlin, 1965, 385 ss.

NIRK R., *Culpa in contrahendo. Eine geglükte richterliche Rechtsfortbildung. Quo vadis?*, in *Festschrift für Möhring*, München, 1975, 71 ss.

O'CONNOR J. F., *Good faith in English Law*, Aldershot, 1990.

OLDENDORPIUS J., *Variarum lectionum libri*, 226 ss.

OSTI G., *Voce Contratto*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1974, 514 ss.

- PACIFICI MAZZONI E., *Istituzioni di diritto civile italiano*, IV, Firenze, 1908.
- PAGLIANTINI S., *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contr.*, 2014, 853 ss.
- PANZA G., *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973.
- PANZINI S., *Violazione dei doveri d'informazione da parte degli intermediari finanziari tra culpa in contrahendo e responsabilità professionale*, in *Contr. e impr.*, 2007, 1007ss.
- PARDOLESI R., *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro It.*, 2014, I, 2035 ss..
- PARISI A., *Good faith nell'esecuzione del contratto*, in *Quaderni del Dipartimento dei Rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei dell'Università di Salerno*, P. Stanzone (diretti da), Salerno, 2002.
- PARRELLA A., *La reticenza nei negozi giuridici*, in *Temi Emil.*, 1930, II, 247 ss.
- PATTI F.P., *La determinazione convenzionale del danno. Clausole tipizzate e prassi del mercato. Autonomia privata e intervento del giudice*, Napoli, 2015.
- PATTI F.P., *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Foro It.*, 2014, I, 382 ss. e in *Riv. dir. civ.*, 2014, 685 ss.
- PATTI G. – PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342 c.c.*, in *Comm. cod. civ.*, Schlesinger P. (diretto da), 1993, Milano, 83.
- PATTI S., *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2007.
- PELAGGI A., *Il dolo omissivo nel contratto di assicurazione*, in *Assic.*, 1967, I, 219.
- PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto europeo*, Napoli- Roma, 2013.

PERLINGIERI G., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 c.c.*, Napoli-Roma, 2003.

PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 343 ss.

PERLINGIERI P. – FEMIA P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004.

PERRONE A., *L'accordo "gravemente iniquo" nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, 65 ss.

PIETROBON V., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990.

PIETROBON V., *Voce Affidamento*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 1 e ss.

PIETROBON V., *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963.

PIOLA G., *Voce Buona fede*, in *Dig. it.*, V, Milano-Roma-Napoli, 1890-1899, 1037.

PISAPIA A., *Intermediari: servizi di investimento e violazione delle regole di comportamento*, in *Società*, 2006, 1126 ss.

PLAUTUS., *Tri*, 271.

POLIANI F., *Obblighi di informazioni ed acquisto di obbligazioni Parmalat*, in *Contr.*, 2006, 12 ss.



- POTHIER R.J., *Traité des obligations*, Oeuvres, I, 11.
- POTTER L.J., *Historical Introduction to English Law*, London, 1958.
- PUFENDORF S., *De iure naturae et gentium*, III, 359, § 2.
- PUTTI P.M., *La nullità parziale: diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002.
- RAVAZZONI A., *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966.
- REALMONTE F., *Introduzione*, in *Rapporto giuridici preparatori*, Realmonte F. (a cura di), Milano, 1996, XVIII.
- REALMONTE F., *La rilevanza del dolus bonus, un'altra occasione perduta*, in *Contr.*, 1994, 129.
- RENDE F., *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012.
- RESCIGNO P., "Appunti sulle clausole generali", in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 1.
- RICCIO A., *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e Imp.*, 1999, I, 21ss.
- RICCIO A., *Il contratto usurario nel diritto civile*, in *Contr. e impr.*, 1998, 182 ss.
- RIGHINI E., *I valori mobiliari*, Milano, 1993.
- RIMOLDI, *La violenza quale vizio del consenso contrattuale*, in *Contr.*, 2007, 1054.
- RIZZINI BISINELLI S., *Violazione di norme regolamentari e nullità asimmetrica*, in *Società*, 2006, 203 ss.
- RIZZUTI M., *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015.

RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, 609.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1970.

RODOTÀ S., *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro pad.*, 1964, I, c. 1283.

ROLLI R., *Le attuali prospettive di “oggettivazione dello scambio”*, in *Contr. e impr.*, 2001, 632.

ROMANO S., *Vendita. Somministrazione*, in *Tratt. dir. civ.*, Grosso G. – Santoro-Passarelli F. (diretto da), Milano, 1960.

ROMANO S., *Voce Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, 681.

ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, Iudica G. - Zatti P. (a cura di), 2011.

ROPPO V., *Diritto Privato*, Torino, 2010.

ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e Impr.*, 2005, 3, 896 ss.

ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & Tango bond)*, in *Danno resp.*, 2005, 604.

ROPPO V., *La definizione di clausola “vessatoria” nei contratti dei consumatori*, in *Contratti*, 2000, 83 ss.

ROPPO V. – AFFERNI G., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale precontrattuale*, in *Danno e Resp.*, 2006, 31.

ROSSELLO C., *L'errore nel contratto. Artt. 1427 – 1433 c.c.*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2004, 142 ss.

ROSSELLO C., Voce *Errore nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, VII, Torino, 1991, 514.

ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, nel *Tratt. dir. priv.*, BESSONE M. (diretto da), II, Torino, 2000.

RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.*, Cicu A. – Messineo F. (diretto da), Milano, 1962.

RUBINO D., *Sulla estensione dell'interesse negativo*, in *Giur compl. Cass. civ.*, 1952, 403 ss.

RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.

SACCO R., *Il consenso*, in *I contratti in generale*, Gabrielli E., (a cura di), I, Torino, 2006, 423.

SACCO R., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 1975.

SACCO R., Voce *Nullità e annullabilità*, *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 455 ss.

SACCO R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici*, Torino, 1949.

SACCO R., *La presupposizione e l'art. 1467 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, II, 163.

SACCO R. – DE NOVA G., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, Sacco R. (diretto da), Torino, 1993.

SALANITRO U., *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della Cassazione non decide e rinvia alle Sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 999 ss.

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, 9<sup>a</sup>, Napoli, 1997.

SAPORITO L., *I vizi della volontà*, in *Atlante di diritto privato comparato*, Galgano F. (a cura di), Bologna, 2006, 124 ss.

SARTORI F., *Autodeterminazione e formazione eteronoma del regolamento negoziale. Il problema dell'effettività delle regole di condotta*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, 93 ss.

SASSI A., *Il ruolo delle permanenze nella formazione del mercato interno*, in *Diritto privato del mercato*, Palazzo A.- Sassi A. (a cura di), Perugia, 2007, 31 ss.

SCALFI G., *La direttiva del Consiglio C.E.E. del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 1993.

SCALISI V., *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 244 ss.

SCALISI V., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 202.

SCALISI V., *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, II, 192 e in *L'intermediazione mobiliare*, Napoli, 1993.

SCHERMAIER M. J., *Bona fides in Roman contract law*, in *Good faith in European Contract Law*, Zinnermann R. – Whittaker (a cura di), Cambridge, 2000.

SCHIAVONE G., *Dolo (raggiro) e responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. Prev.*, 2008, 786.

SCHIAVONE G., *Approfittamento e lesione infra dimidium*, Napoli, 2004.

SCIMENI E., *La prima sentenza italiana sulla vendita di tango bonds*, in *Giur. comm.*, 2004, II, 690 ss.

SCODITTI E., *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro It.*, 2014, I, 2035 ss.

SCODITTI E., *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, *Foro it.*, 2008, I, 785 ss.

SCODITTI E., *Regole di comportamento e regole di validità nei contratti su strumenti finanziari: la questione alle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2007, I, 2093 ss.

SCOGNAMIGLIO V., *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*, in *Dir. comm. e soc.*, 2004, 44 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 130.

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale, artt. 1321-1351, sub. artt. 1337 e 1338*, IV, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja-Branca (a cura di), Bologna-Roma, 1970, 184.

SCOGNAMIGLIO R., *Voce Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1968 670.

SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, in *Tratt. dir. civ.*, Grosso – Santoro Passarelli (diretto da), Milano, 1966, XI, 179.

SENN P.D., *Voce Buona fede nel diritto romano*, in *Dig., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 129 ss.

SGROI R., *sub Art. 1337 c.c.*, in *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, Tomo II, Artt. 1321- 1386, SgROI R. – Ruperto C. (a cura di), Milano, 1994, 718.

SICCHIERO G., *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2129 ss.

SIMPSON A.W.B., *A history of the Common Law of the Contract*, Oxford-Clarendon, 1987.

SOCINUS M., *Prima pars consiliorum*, cons. 36 n. 9.

SOLIDORO MARUOTTI L., *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, 2007.

STOLFI G., *Sulla colpa "in contrahendo" dell'Amministrazione pubblica*, in *Riv. dir. com.*, 1975, II, 35 ss.

STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964.

STOLFI V., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 153.

STOLFI N., *Diritto civile, I, 2, Il negozio giuridico e l'azione*, Torino, 1931, 704.

TALAMANCA M., *La bona fides nei giuristi romani: "leerformeln" e valori tutelati dall'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese* (Padova-Venezia-Treviso, 14, 15, 16 giugno 2001), Garofalo (a cura di), Padova, 2003, IV.

TEDESCHI V., *Il contratto come promessa anziché come accordo nella dottrina anglo-americana*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 5 ss.

THEIL H., *Economics of Information Theory*, Chicago, 1967.

TENCATI A., *Acquisto di corporates bond e tutela del risparmiatore: alcuni orientamenti*, in *Giur. it.*, 2006, 1153 ss.

TOMMASINI R., *Voce Invalidità (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 575 ss.

TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, 22<sup>a</sup> ed., Milano, 2015.

TRABUCCHI A., *Voce Violenza (vizio della volontà) (dir. vig.)*, in *Noviss. Dig. It.*, XX, Torino, 1975, 946.

- TRABUCCHI A., *Voce Dolo (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1960, 152.
- TRABUCCHI A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937.
- TURCO C., *Note in tema di ermeneutica contrattuale e principio di buona fede ex art.1366 c.c.*, in *Riv. critica dir. privato*, 1991, 305.
- TURCO C., *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.
- UDA G.M., *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1992, 184 ss.
- UDA G.M., *Malgrado la buona fede*, in Alpa G. - Patti S. (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, I, Milano, 1997, 48.
- ULPIANUS, 1.8, § 1, *de relig.*
- VALLE, *Il dibattito sul negozio giuridico in Italia*, in *Contr. Impr.*, 1993, 566.
- VAN GERVEN W., *Harmonization of Private Law: do We Need it?*, in *Common Market Law Rev.*, n. 41, 2004.
- VARELLI C., *Invalidità, inefficacia del contratto e colpa precontrattuale*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1955, II, 169.
- VERGA F., *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941.
- VETTORI G., *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2002, 915 ss.
- VETTORI G., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2003, 242 ss.
- VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21 ss.
- VILLA G., *Errore riconosciuto, annullamento del contratto ed incentivi alla ricerca di informazioni*, in *Quadr.*, 1988, 286 ss.

VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.

VISINTINI G., *La reticenza come causa di annullabilità dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, 251 ss.

VITELLI F., *Errore sulla natura del contratto e rettifica*, in *Giur. it.*, 2005, 469 ss.

ZICCARDI F., *Voce Interpretazione del negozio giuridico*, *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, 5 ss.

ZIMMERMANN R., *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 703 ss.