LUISS Guido Carli
LIBERA UNIVERSITA' INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Privato 2

PROFILI DELLA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE: LA CONTROVERSA DISTINZIONE TRA REGOLE DI VALIDITA' E REGOLE DI COMPORTAMENTO

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Attilio Zimatore

CANDIDATA

Nicoletta Siciliano

Matr.123583

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Michele Tamponi

ANNO ACCADEMICO 2015/2016

INDICE

Introduzione ..... pag. 5

CAPITOLO I

CULPA IN CONTRAHENDO E VIOLAZIONE DELLA BUONA FEDE

1. Cenni generali sulla buona fede ..... pag. 11
2. Buona fede oggettiva e correttezza precontrattuale ..... pag. 13
3. La nozione di trattativa ..... pag. 15
4. Il principio di buona fede nelle fattispecie classiche di responsabilità precontrattuale ..... pag. 17
   4.1 Il recesso ingiustificato dalle trattative ..... pag. 18
   4.2 La trattativa inconcludente ..... pag. 20
5. Il rapporto tra l'art. 1337 e l'art. 1338 c.c. ..... pag. 21

CAPITOLO II

NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE CONTROVERSA E CONSEGUENZE

1. La tesi della natura extracontrattuale ..... pag. 28
2. La tesi della natura contrattuale ..... pag. 34
3. Il contatto sociale: fondamento di un *tertium genus* di responsabilità? ..... pag. 37
4. Corollari della differente premessa in ordine alla natura giuridica ..... pag. 44
   4.1 La prescrizione ..... pag. 44
   4.2 L'imputabilità della responsabilità ..... pag. 44
   4.3 Il differente regime dell'onere probatorio ..... pag. 45

5. Il danno risarcibile: l'interesse negativo. Determinazione del danno e prevedibilità ..... pag. 48

CAPITOLO III

REGOLE DI VALIDITA' E REGOLE DI CORRETTEZZA

1. Il principio di non interferenza ..... pag. 51
2. L'abuso di dipendenza economica ..... pag. 56
3. Le clausole vessatorie nei contratti del consumatore ..... pag. 61
4. Elaborazione di una clausola generale ex art. 1337 c.c.: obbligo generale di informazione? ..... pag. 66

CAPITOLO IV

VIZI INCOMPLETI E RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE DA CONTRATTO VALIDO

Sezione I

1. Tipicità (elastica) dei vizi del consenso ..... pag. 77
2. La teoria dei vizi incompleti: cenni generali ..... pag. 82
3. Riferimenti a singole fattispecie di vizio incompleto ..... pag. 88
   3.1 Errore sui motivi (determinante) riconosciuto o riconoscibile ..... pag. 88
   3.2 *Dolus bonus* ..... pag. 95
   3.3 Colposa induzione in errore e rilevanza della reticenza (dolosa e colposa) ..... pag. 98
   3.4 Debole minaccia e timore reverenziale ..... pag. 105
   3.5 Iniquità e lesione *infra dimidium* ..... pag. 110

Sezione II

1. Responsabilità precontrattuale da contratto valido: configurazione della fattispecie ..... pag. 117
2. Dolo incidente: principio generale di compatibilità? ..... pag. 121
3. Le ipotesi tipizzate di compatibilità: gli articoli 1494 – 1812 – 1821 c.c. ..... pag. 127
4. Le posizioni della giurisprudenza ..... pag. 135
   4.1 La sentenza di Cassazione 19024/2005: la pietra miliare a favore della possibile convivenza tra *culpa in contrahendo* e valido contratto ..... pag. 138
   4.2 Le sentenze gemelle n. 26724 e 26725 del 2007: cumulo dei rimedi possibile? ..... pag. 142
   4.3 La sentenza n. 24795 del 2008 ..... pag. 145
   4.4 Il punto di arrivo con la sentenza della Cassazione sul caso Cir-Fininvest (21255/2013) ..... pag. 146
5. Le problematiche relative alla quantificazione del danno risarcibile ..... pag. 152
   5.1 Il danno risarcibile in assenza di contratto ..... pag. 154
   5.2 La risarcibilità dell'interesse positivo ..... pag. 161
   5.3 Il danno risarcibile in caso di contratto valido, ma sconveniente ..... pag. 165
   5.4 Gli altri rimedi esperibili: la tutela in forma specifica; la risoluzione; ulteriori criteri utilizzabili (cenni) ..... pag. 170

BIBLIOGRAFIA ..... pag. 174

Introduzione

Nel presente elaborato si tenterà di analizzare la tematica della responsabilità precontrattuale e le nuove frontiere interpretative che essa ha raggiunto, in rapporto soprattutto con la disciplina tipica dell'invalidità contrattuale, con il principio di buona fede oggettiva e con le esigenze costanti di certezza e stabilità del diritto.

Nella dinamica dei traffici commerciali del nostro tempo, date le maggiori complessità di cui si caratterizzano le contrattazioni odierne, la necessità sempre più stringente di una maggiore tutela del contraente (e non solo di quello *"debole"*) ha spinto la dottrina degli ultimi decenni, avallata da qualche sporadica pronuncia giurisprudenziale, ad interrogarsi nel tentativo di estendere l'operatività dell'istituto della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., attraverso un'impostazione della buona fede *in contrahendo* con valenza di clausola generale. In passato, i limiti rigorosi della disciplina dell'invalidità e la tipicità dei vizi del consenso conducevano ad un unico risultato, nel senso di immiserire la portata potenzialmente più ampia dell'istituto oggetto di trattazione, lasciando in essere, perciò, regolamenti contrattuali i quali apparivano il frutto di una scelta non pienamente libera e consapevole da parte di un contraente e pur tuttavia perfettamente validi dal punto di vista formale-strutturale dell'atto posto in essere.

L'importanza e la delicatezza della fase delle trattative è ricollegabile al fatto che in essa viene a formarsi il singolo intento negoziale di un soggetto, il quale deve andare a fondersi con quello della controparte, affinché si possa pervenire alla stipula del patto, nei modi e nei termini che siano frutto della *comune* volontà delle parti contraenti. Se in tale fase, prodromica alla conclusione del contratto, la formazione della volontà è stata frustrata da un'altrui condotta sleale e scorretta, colui il quale abbia subito la scorrettezza

in contrahendo dovrebbe ricevere protezione dall'ordinamento, quandanche non siano rinvenibili i tratti del vizio tipico. Fino a tempi recenti, ciò non pareva potesse essere messo in discussione: nelle ipotesi in cui non si riscontrava l'esistenza di un vizio dal punto di vista strutturale dell'atto, il contratto restava valido ed ogni forma di impugnativa era preclusa.

Ciò avveniva sulla scorta della costante affermazione di un principio di non interferenza tra le regole di validità e quelle che, invece, erano destinate a disciplinare la condotta delle parti nelle fasi delle trattative e formazione del contratto (le c.d. regole di correttezza). La distinzione tra queste due serie di regole, costantemente ribadita in dottrina, può essere impostata in tal senso: le regole di validità, esplicitamente tipizzate dal legislatore, attengono alla struttura della fattispecie, secondo una visione *statica* dell'atto e sono volte perlopiù a garantire la conformità del regolamento contrattuale posto in essere con il modello legale tipico; le regole di buona fede, invece, riguardano la fase *dinamica* e funzionale dell'esercizio del potere di autonomia privata, il cui contenuto precettivo lo si può ricavare sulla base di standards sociali e comportamentali ed hanno l'obiettivo di modellare le condotte reciproche dei soggetti in trattativa, secondo i canoni di serietà, correttezza e lealtà, alla luce dei quali viene a formarsi l'altrui legittimo affidamento. L'autonomia della prima serie di regole si giustificava sulla base dell'esigenza di certezza del diritto e sulla necessità – per questo tipo di regole – di una rigorosa formalizzazione, tale da escludere una possibile influenza su esse da parte di criteri valutativi extralegali.

Con l'introduzione dell'articolo 1337 c.c., ad opera del legislatore del 1942, cambia radicalmente l'impostazione dell'intero iter contrattuale in quanto, congiuntamente alle altre disposizioni in materia di buona fede (si pensi agli artt. 1175, 1358, 1366, 1375, 1460 comma secondo), viene a delinearsi un principio generale di buona fede e la relativa valutazione assume una dignità autonoma, non dovendo più rilevare unicamente sotto il profilo della violazione del principio del *neminem laedere*. Tale principio – oltre che una

regola di condotta – assume il ruolo anche di un criterio di valutazione *ex post* del comportamento delle parti che permea l'intera fattispecie contrattuale (dalle trattative e formazione del contratto, alla sua conclusione, interpretazione ed esecuzione).

All'indomani dell'introduzione dell'articolo in questione, forti erano gli atteggiamenti di diffidenza nei confronti della clausola generale di buona fede, dettati dalla scarsa familiarità con questa tecnica normativa, ma soprattutto per il fondato timore concernente l'ampio margine di discrezionalità che, in tal modo, rischiava di essere attribuito all'autorità giudiziaria. In progresso di tempo, superate le ostilità nei confronti del principio in questione, sul fronte dottrinale si riscontra un risveglio dell'interesse per i temi della buona fede e per le esigenze di precisazione del contenuto dell'articolo 1337 c.c.; tanto da elaborare una sorta di <<categoria aperta>> di doveri, in cui si specificava la clausola di buona fede (doveri di informazione, custodia, segreto e, più in generale, doveri di protezione della sfera patrimoniale e personale del partner in trattativa).

Ed ecco che, alla luce di questo rinnovato interesse, sorge anche un nuovo interrogativo di fondo relativo alla possibile influenza della valutazione di buona fede sul piano della validità dell'atto, tale da incrinare la resistenza del principio di non interferenza, scardinando i rigidi vincoli imposti dalla disciplina dell'invalidità: ci si domandava se la scorrettezza *in contrahendo*, che avesse condotto alla formazione di un regolamento contrattuale non conforme a buona fede o – comunque – non corrispondente all'interesse di una delle parti, potesse avere rilevanza tale da influenzare lo stesso esito positivo del giudizio di validità.

Nonostante la rilevanza che, fondatamente, deve essere attribuita alla valutazione di buona fede, ad escludere una sua eventuale incidenza sul piano della validità, è sufficiente il richiamo al sistema chiuso delle invalidità negoziali, puntualmente disciplinate dal legislatore con pretesa di assoluta tipicità: basti solamente il richiamo ai requisiti di rilevanza dell'errore o alla

regolamentazione, attentamente distinta, del dolo determinante e del dolo incidente, nonché i presupposti per le declaratorie di nullità o annullabilità. Se, quindi, ancora oggi deve dirsi confermato e perfettamente operativo il principio di non interferenza, sulla base della ferma distinzione tra regole di validità e regole di condotta, la cui precipua funzione – si ripete – è quella di sanzionare i comportamenti scorretti nella fase antecedente la conclusione del contratto e che si siano riversati in un assetto iniquo di interessi; in tempi molto più recenti si è riproposto il medesimo quesito "in chiave speculare": accordata l'autonomia delle disposizioni di validità, attraverso l'irrilevanza del giudizio di buona fede su tale piano; può dirsi lo stesso nel senso di escludere dalla valutazione di buona fede, l'eventuale esito positivo del giudizio di validità? In altri termini, la validità del contratto è ancora destinata ad assorbire l'eventuale contrarietà a buona fede dei comportamenti che abbiano condotto alla formazione di un regolamento contrattuale non pienamente conforme alla volontà della parte che abbia subito la scorrettezza? Al quesito potrebbe darsi risposta negativa, nell'ottica di un'interpretazione più ampia dell'operatività dell'istituto della responsabilità precontrattuale, non *immiserito* alle sole fattispecie tipiche di recesso ingiustificato dalle trattative o di mancata comunicazione delle cause d'invalidità ex art. 1338 c.c., ma tale da garantire un rimedio risarcitorio – con funzione di ristabilire l'equilibrio economico derivante dal regolamento contrattuale – in tutte quelle occasioni in cui la disciplina dell'invalidità non opera, per difetto dei presupposti richiesti, ma nelle quali una violazione della clausola generale di buona fede *in contrahendo* può dirsi esistente e produttiva di danni.

Ferma la validità del contratto, che conserva la sua forza di legge tra le parti perché perfettamente conforme allo schema legale tipico, l'interrogativo di fondo del presente elaborato è se possa ammettersi una sanzione risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale in tutte quelle situazioni "intermedie", in cui "*non si rinvengono i tratti della fattispecie astratta di vizio, così come prefigurata dal legislatore, ma che si caratterizzano per una condotta*

scorretta e sleale del partner, fatta di silenzi, reticenze, menzogne, pressioni, approfittamenti, sfruttamenti di stati psichici alterati e così via"[1]

Ipotesi di tal genere possono già essere individuate nel nostro impianto codicistico, ad esse si farà riferimento nello svolgimento dell'elaborato; basti il richiamo alla fattispecie paradigmatica del dolo incidente (art. 1440 c.c.); per parte della dottrina diretta applicazione dell'art. 1337 c.c., in quanto violazione dell'altrui libertà negoziale.

Si prospetta, perciò, in dottrina – e, da ultimo, anche in giurisprudenza – una possibile compatibilità tra validità del contratto e *culpa in contrahendo*, tutte le volte in cui il contratto sia valido, ma ciononostante sconveniente per l'interesse di una parte.

Di conseguenza, alla luce della maggiore complessità di contrattazione e della correlata esigenza di protezione che deve necessariamente prospettarsi, la normativa in materia di responsabilità precontrattuale potrebbe esercitare una funzione di gran lunga più rilevante di quella che è stata chiamata a svolgere fino a poco tempo addietro: aprire la strada all'introduzione di un rimedio risarcitorio in chiave correttiva di un risultato economico pregiudizievole che sia parte di un regolamento contrattuale validamente formatosi, ma in un clima di scorrettezze e slealtà della controparte che ne ha caratterizzato l'assetto squilibrato.

L'elaborazione della teorica dei c.d. *vizi incompleti* ha svolto un'opera di "traino" ai fini dell'avvicinamento delle due discipline (quella precontrattuale e quella relativa al sistema delle invalidità negoziali), portando con sé notevoli conseguenze, anche sul piano giurisprudenziale, tralatiziamente ancorato ad interpretazioni riduttive della normativa precontrattuale.

---

[1] In corsivo è riportata la definizione di <<vizio incompleto>> elaborata da M. MANTOVANI nella sua monografia, *<<Vizi incompleti>> del contratto e rimedio risarcitorio,* Torino, 1995.

Il riferimento alle ipotesi di vizio incompleto, tuttavia, dev'essere effettuato con le dovute cautele, a fronte delle costanti esigenze di certezza dei traffici giuridici, né tantomeno in chiave generalista, soprattutto in considerazione della indefinita capacità di estensione della clausola generale di buona fede: la genericità dell'articolo 1337 c.c. è il prezzo che l'ordinamento paga per assicurare l'astratta applicabilità nelle zone lasciate scoperte dalla specifica normativa. La teoria dei vizi incompleti, infatti, necessita di continue precisazioni e delimitazioni dei confini entro cui operare, tramite l'individuazione di criteri alla cui stregua affidare la decisione in merito alla rilevanza o meno del profilo di contrarietà a buona fede e, quindi, dell'alterazione dell'altrui libertà negoziale; quando un vizio tipico, come prefigurato dal legislatore, non può dirsi esistente. Si tratta, perciò, di individuare un grado oltre il quale la lesione della libertà negoziale possa ritenersi rilevante per accordare la protezione dell'ordinamento, tramite il rimedio risarcitorio a titolo di responsabilità precontrattuale. Proprio perché clausola generale, la buona fede *in contrahendo* è caratterizzata da esigenze di concretizzazione che possono trovare primario riferimento, innanzitutto, nelle medesime fattispecie individuate come causa d'invalidità negoziale, posto che alcune di esse comprendono in sé notevoli violazioni dell'elemento di buona fede.

Funzione della teoria dei c.d. vizi incompleti potrebbe perciò rinvenirsi nell'esigenza di evitare che la disciplina dell'invalidità negoziale possa venire facilmente elusa da soggetti che, maliziosamente, utilizzino tali limiti per concludere contratti con assetti di interessi fortemente squilibrati e pur tuttavia validi; e per fungere da criterio guida per gli operatori del diritto al fine di cristallizzare la nuova fattispecie della responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido, ma sconveniente.

CAPITOLO I

CULPA IN CONTRAHNENDO E VIOLAZIONE DELLA BUONA FEDE

Sommario: **1.** Cenni generali sulla buona fede – **2.** Buona fede oggettiva e correttezza precontrattuale – **3.** La nozione di trattativa – **4.** Il principio di buona fede nelle fattispecie classiche di responsabilità precontrattuale – **4.1** Il recesso ingiustificato dalle trattative – **4.2** La trattativa inconcludente – **5.** Il rapporto tra l'art. 1337 e l'art. 1338 c.c.

1. Cenni generali sulla buona fede:

Prima di procedere all'analisi della fattispecie particolare, oggetto di questa trattazione, è opportuno definire gli elementi cardine e le nozioni principali della responsabilità precontrattuale, intesa come violazione dell'altrui libertà negoziale, realizzata con comportamenti dolosi o colposi che non corrispondono ai canoni di serietà, correttezza e lealtà cui devono essere ispirati i contraenti.

Il legislatore italiano del 1942, con la previsione degli artt. 1337 e 1338 c.c. – su impulso degli altri ordinamenti extra italiani [2] – ha dato espresso riconoscimento a tale tipologia di responsabilità, elaborando un principio di tipo elastico ed assegnando un rilievo non indifferente alla fase delle trattative

---

[2] Il richiamo può essere fatto, ad esempio, all'ordinamento francese in cui si rinviene una norma con simili caratteristiche nel *Code Civil* – art. 1134 c.c. – che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nella fase di esecuzione del contratto. (Da segnalare, tuttavia, una sorta di disinteresse della dottrina giuridica francese nei confronti delle problematiche connesse alla *culpa in contrahendo*).

Anche l'ordinamento tedesco contiene un'espressa previsione di tale dovere, ma qui è molto più intenso e proficuo il lavoro svolto dagli operatori giuridici tedeschi, che giungono a risultati interpretativi del canone di buona fede persino più estesi rispetto al nostro sistema.

precontrattuali. Tralasciando solo momentaneamente la fattispecie di cui all'art. 1338, unico caso di responsabilità per *culpa in contrahendo* tipizzato espressamente e consistente nella conclusione di un contratto invalido per mancata comunicazione della cause d'invalidità conosciute dall'altra parte, il legislatore con l'art. 1337 c.c. ha invece previsto che le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, debbano comportarsi secondo buona fede.

L'elasticità di cui è caratterizzato il principio appena esposto ha conferito al canone della buona fede un'enorme rilevanza nelle trattative, tuttavia ha fatto sì che dovessero essere la dottrina e la giurisprudenza, di volta in volta, ad enuclearne i requisiti (tali per cui potesse dirsi integrata la fattispecie), nonché la sanzione conseguente alla violazione del principio in questione.

Quello che preliminarmente rileva è attribuire una definizione puntuale ad un concetto così astratto e suscettibile di varie interpretazioni, quale può essere il concetto di buona fede.

Elemento immanente a tutta la fattispecie "a formazione progressiva"[3] del contratto, la buona fede risulta dover accompagnare sia la fase della formazione (art. 1337 c.c.), sia la sua interpretazione (art. 1366 c.c.), che infine la sua esecuzione (art. 1375 c.c.).

La buona fede, inoltre, fuori dall'ambito di un rapporto obbligatorio, rileva anche in chiave soggettiva[4], quale ignoranza di una parte di ledere un altrui diritto (art. 1147).

---

[3] Così SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, vol. I, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Torino, 2004, pag. 227, (di seguito SACCO, Il contratto).

[4] Secondo una tesi meno recente, condivisa da autorevole dottrina (MONTEL A., *voce Buona fede*, in Noviss. dig. it., II, Torino, s.d. ma, 1937, p. 602; NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, p. 18), il concetto di buona fede ha carattere unitario, nel senso che sia l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, sia l'opportunità di tutelare il soggetto che versi in una situazione di errore sono espressione di un medesimo principio etico e giuridico unitario; secondo tale orientamento deve, pertanto,

2. Buona fede oggettiva e correttezza precontrattuale:

Ai fini del discorso da svolgere, quello che interessa è la sua accezione oggettiva, quale regola di condotta imposta alle parti, ulteriore rispetto a quelle che possono essere oggetto di specifica negoziazione, di plasmare il loro comportamento sulla base delle regole di lealtà, onestà e correttezza così da porre in essere una condotta che, non determinando un "*apprezzabile sacrificio*", garantisca comunque ai contraenti di eseguire la propria prestazione, nonché ricevere quella altrui.

La buona fede quindi, intesa in senso oggettivo, si sostanzia in una serie "*aperta*" di obblighi gravanti sui contraenti, tra cui emergono quello di chiarezza, informazione e segretezza; comunque tali da garantire un certo standard di correttezza in tutti i momenti fisiologici dell'atto negoziale.

Tali doveri di condotta vengono, tradizionalmente, intesi sia in accezione negativa, come dovere di astenersi da qualsiasi condotta lesiva dell'interesse altrui, che positiva, come dovere di collaborazione a fine di promuovere o soddisfare le reciproche aspettative[5].

---

disconoscersi la pretesa distinzione giuridico – concettuale tra buona fede in senso oggettivo ed in senso soggettivo. In particolare, nelle ipotesi in cui la buona fede viene in rilievo come atteggiamento psicologico, essa implica anche una valutazione del comportamento posto in essere dal soggetto in termini di conformità al canone della correttezza, in quanto l'erronea rappresentazione di una circostanza imprime al comportamento un carattere di correttezza: in altri e più semplici termini, chi è in buona fede agisce correttamente, ossia secondo buona fede, con la conseguenza che non vi è alcuna distinzione tra essere in buona fede e comportarsi secondo buona fede in quanto espressioni del medesimo principio metagiuridico (cfr. BONFANTE P., *Scritti giuridici vari, II*, Torino, 1926, p. 717)

[5] Secondo dottrina minoritaria, la buona fede ex art. 1337 c.c. impone solamente obblighi negativi di astensione da comportamenti sleali (BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni,* I, Milano, 1953, pag. 81 e ss.)

Funzione principale del dovere di buona fede contrattuale (si utilzza tale espressione per distinguerla da quella prevista ex art. 1147 c.c. in materia possessoria) è quella di colmare le inevitabili lacune legislative[6], non potendosi prevenire tutte le sfumature dei contegni assunti dalle parti.

In una prima accezione essa è stata legata alla fase dinamica del rapporto obbligatorio (c.d. "*teoria valutativa"*) con ciò offrendo un criterio di valutazione del comportamento[7] – *ex post* – che le parti hanno tenuto nello svolgimento del rapporto negoziale.

La buona fede opera quindi solo in una fase successiva, solo quale misura per verificare il comportamento tenuto dalle parti nell'attuazione del rapporto.

Sotto un diverso profilo, invece, (c.d. teoria "*precettiva*") la buona fede e la lealtà delle parti sono operative dal momento stesso in cui viene ad esistenza il rapporto obbligatorio, imponendo quindi il rispetto di ulteriori obblighi, al di là di quelli ipotizzabili ed assunti espressamente con la formazione del negozio. Il contenuto di tali ulteriori obblighi è da ritenersi aperto, nel senso che essi richiamano tutte quelle norme non scritte del vivere sociale, quegli standards comportamentali che di volta in volta si estrinsecano nel panorama delle contrattazioni private.

Sono comunque regole di condotta[8] cui sono tenute le parti, ma che non assurgono a criterio di valutazione di validità del negozio. Difatti, possono portare solo ad un giudizio di responsabilità sulla condotta (azione di risarcimento) non in linea rispetto agli interessi perseguiti dalle parti.

---

[6] Cfr. GALGANO, in *Istituzioni di diritto privato: con tavole di comparazione giuridica*, Padova, 2013, pag. 358.

[7] Anche MANTOVANI, <<*Vizi incompleti*>> *del contratto e rimedio risarcitori*, Torino, 1995, pag. 9.

[8] Si veda ROMANO S., *voce Buona fede,* in Enc.del dir. (priv.), V, Milano, s.d. ma, 1959, pag. 687: <<…dovere di presentazione in conformità della realtà e non solo di una realtà generica, ma di quella specificamente aderente alla causa del contratto e cioè di quel particolare scambio che si intende effettuare …>>

3. La nozione di trattativa:

Preliminarmente, tuttavia, – nell'intento di delimitare temporalmente la fattispecie in esame – è opportuno fare luce anche sulla nozione di trattativa. Quest'ultima, infatti, deve rigorosamente intendersi in senso ampio, come una serie di attività collegate ad un futuro contratto o ad un affidamento precontrattuale[9], che si alimenta in modo crescente con l'evolversi delle fasi precontrattuali e si basa sulla manifestazione[10] – anche implicita – del consenso a contrarre reso dalle parti in occasione della definizione degli elementi essenziali del regolamento contrattuale.

Ed è proprio tale affidamento ad essere protetto nel rapporto obbligatorio precontrattuale, quando ancora un'obbligazione da prestazione non può essere configurabile[11] – non sussistendo un contratto – , ma tuttavia sono enucleabili una serie di obblighi reciproci di protezione, derivanti dal fatto stesso di essere in relazione ed imposti, appunto, dalla buona fede.

Tali obblighi, derivanti dall'art. 1337 c.c., sono da intendersi imposti *erga omnes,* giacché il riferimento testuale alle "parti" è suscettibile di essere intrepretato estensivamente; per cui saranno tenuti al rispetto del dovere generale di comportamento di buona fede tutti i soggetti di diritto, siano essi

---

[9] V. SACCO, in *op. cit*., pag. 223 e ss.;

[10] Illuminanti le parole di SACCO, *op. cit.*, pag. 223-224: <<La trattativa è sempre un preannuncio, almeno eventuale, della propria disponibilità a negoziare una qualche prestazione o un qualche bene […] Essa diventa tanto più stringente, quanto più contiene una definizione di tutto il contenuto possibile del contratto, e quanto più è categorica in merito al consenso dell'agente.>>

[11] Per un accurato rilievo della configurabilità di un'obbligazione senza prestazione si veda CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e ricerca della chance perduta,* in Contr. e impr., I, 2010, pag. 8, di cui si riporta un breve ragionamento: <<… vi può essere obbligazione prima del contratto ed anche dopo il contratto. […] E poiché l'obbligo di prestazione origina dal contratto, quella che nasce fuori dal contratto dovrà avere un contenuto diverso, sarà quindi un'obbligazione senza prestazione, che nasce a tutela di ciascuna parte, la quale tale diventa al momento dell'instaurarsi della realzione precontrattuale, come effetto di protezione soggettiva.>>

persone fisiche o giuridiche – private o pubbliche – nonché i terzi che hanno materialmente preso parte alle trattative, ma che poi non abbiano assunto le vesti di parti sostanziali del contratto. A fronte di siffatto orientamento, che trova conferme nella maggioranza della dottrina, un filone giurisprudenziale ed anche una parte di dottrina prediligono un'interpretazione, per così dire '*riduttiva*', cioè tale da *spostare in avanti*[12] il momento in cui un obbligo giuridicamente rilevante e desumibile dal sistema ex 1337 – 1338 c.c. possa dirsi esistente. Secondo tale teoria, il dovere precontrattuale di buona fede verrebbe ad esistenza successivamente alla considerazione di tutti gli elementi essenziali del contratto *in fieri.* Le conseguenze di tale concezione della trattativa non possono essere condivisibili, in quanto principalmente finiscono per lasciare scoperta da qualunque tipo di protezione 'mirata', un'intera fase prenegoziale, quella cioè precedente alla valutazione stessa di tutti gli elementi essenziali; nonché per far perdere di rilevanza la distinzione tra <<trattattiva>> e <<stipula>>, posto che, in conformità con la nozione in esame, condividono lo stesso presupposto, ovvero la considerazione di tutti gli elementi del contratto[13]. Deve perciò, come detto in principio, affermarsi la

---

[12] La questione è molto rilevante, soprattutto in considerazione della rigida distinzione che si fa tra rapporti prenegoziali e contratti preparatori, i quali raramente vengono fatti rientrare nell'alveo della *culpa in contrahendo*. Tali contratti preparatori, solitamente, sono espunti dal campo di applicazione della responsabilità precontrattuale, in quanto non sarebbe nemmeno inquadrabile alcun intento negoziale, degno di rilievo giuridico.

Con riferimento a fattispecie contrattuali tipiche, si consideri, ad es., un preliminare ed una trattativa (pura e semplice): in quest'ultimo caso non è configurabile alcun vincolo giuridico volto alla conclusione delle parti, a differenza del primo, con l'intenzione di sottolineare l'inadeguatezza della teoria riduttiva della nozione di trattativa, intesa secondo essa quasi come se comportasse una limitazione al potere di autonomia contrattuale delle parti, privandole della possibilità di scelta se giungere o meno – nonostante una trattativa seria, corretta e leale – alla stipula del contratto. Così TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, pag. 105-106.

[13] Così come è inaccettabile, in adesione alle critiche mosse da TURCO, l'assunto per cui connotato essenziale della trattativa, dev'essere la necessaria bilateralità, intesa quale "reciprocità ed afferenza

nozione di trattativa nel senso più ampio considerato, con la conseguenza che la *culpa in contrahendo* diverrebbe comunque operativa anche in assenza di un espresso invito a trattare (proposta in senso tecnico), purché vi sia un contengo di una parte tale da generare nell'altra quell'affidamento meritevole di una protezione dell'ordinamento.

4. Il principio di buona fede nelle fattispecie classiche di responsabilità precontrattuale:

Le nozioni di "correttezza" e "buona fede", accusate di essere troppo vaghe e generiche, sono state accolte nel panorama giurisprudenziale (cui spettava l'enucleazione dei requisiti puntuali) con particolari riserve, soprattutto nel primo periodo dall'emanazione del codice del '42 e fino agli anni '60, in cui i giudici negavano autonoma rilevanza a tale principio di "buona fede"[14]. Perciò la violazione poteva concretizzarsi solamente in occasione della mancata

---

alla posizione di ciascun soggetto nei confronti della posizione dell'altro". Non può, di certo, negarsi che essa sia elemento essenziale dell'intera fase prenegoziale, però con la concezione che caratteristica principale di tale fase sia il carattere dialettico e discorsivo, che giustifica anche l'eventuale difetto di bilateralità.

[14] Cass., 16 febbraio 1963, n.357, in Foro pad., 1964, I, 1284, si riporta un passaggio significativo in motivazione: <<I doveri giuridici di lealtà e correttezza sono bensì entrati nel nostro ordinamento, 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 di qualificazione di un comportamento. Essi non valgono a creare di per sé stessi un diritto soggettivo tutelato *erga omnes* dall'osservanza del precetto *neminem laedere,* quando tale diritto non sia riconosciuto da un'espressa previsione 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 altrui diritto, già riconosciuto in base ad altre norme.

osservanza di altri obblighi previsti in diverse norme, con funzione perciò "rafforzativa" di questi ultimi.[15]

Successivamente, dagli anni '60 in poi, la giurisprudenza di legittimità mostra segni di apertura al principio in questione e dell'art. 1337 ne fa un'applicazione standardizzata (e riduttiva) in merito alla sola fattispecie di recesso ingiustificato dalle trattative[16] quale unica ipotesi che, al tempo, poteva essere dedotta.[17]

4.1 Il recesso ingiustificato dalle trattative:

Agli inizi del XX secolo, sul fronte dottrinale[18] cominciò ad essere messa in discussione una questione che fino a prima era indubbia, ovvero che anche il recesso potesse essere fonte di responsabilità. Quest'idea ebbe una portata rivoluzionaria, giacché il recesso era considerato un diritto per cui era inconcepibile per la tradizione del tempo, rispondere per i danni cagionati nell'esercizio di un proprio diritto (*qui iure suo utitur neminem laedit*).

"*Per la prima volta la buona fede iniziava ad insidiare la concezione classica, ottocentesca del contratto, imperniata sul rispetto più pieno della libertà dei contraenti.*"[19]

---

[15] Cfr. MANTOVANI M., in *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., pag.140.

[16] V. Cass., 6 aprile 1968, n. 1053, in Mass. giur. it., 1968; Cass., 25 novembre 1976, n.4448; Cass. 29 novembre 1985, n. 5920. (ex multis).

[17] Era chiaro che, data la formulazione onnicomprensiva che il legislatore ha voluto dare all'art. 1337, esso non potesse essere relegato solamente a tale ipotesi, la quale rappresenta solamente una delle possibili violazioni della buona fede che possono comportare responsabilità.

[18] Il riferimento è a FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta ricostruzione scientifica*, in Studi Fadda, III, Napoli, 1906.

[19] Il corsivo riporta testualmente un passo di GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in Rivista di diritto civile, fasc. 2, 2004, pag. 303.

Posto che non ogni recesso implica una responsabilità, la giurisprudenza del tempo fondava quest'ultima in conformità a tre presupposti[20], con pretesa quasi di configurare una norma di creazione giurisprudenziale[21].

Infatti sussiste responsabilità precontrattuale, fondata sull'art. 1337, qualora la trattativa è giunta ad uno stadio così avanzato da generare un ragionevole *affidamento incolpevole* della parte lesa nella conclusione del contratto, quando il recesso sia ingiustificato e quando si sia determinato un danno, conseguente alla rottura delle trattative e nei limiti dell'interesse negativo. Ma anche in tale fattispecie si evidenziavano delle esigenze di precisazione: infatti, andava individuata la soglia oltre la quale la trattativa poteva dirsi "qualificata" a tal punto da far sorgere un tale affidamento; ed andava anche determinato il caso in cui il recesso potesse dirsi giusto, perché in presenza di una giusta causa.

Il rischio maggiore era quello per cui, in mancanza di un'esatta definizione degli elementi costitutivi – affidamento e giusta causa – il diritto di recesso fosse limitato eccessivamente nella fase delle trattative, stante il fatto che esso deve comunque considerarsi libero e non soggetto a limitazioni.

E' evidente che sulla base dell'astratta operatività dell'art. 1337 c.c., potenzialmente infinita ed applicabile ad ogni violazione della buona fede, un'applicazione limitata alla fattispecie del recesso senza giusta causa, finiva per svuotare di contenuto lo stesso principio di buona fede.

---

[20] Così SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 227.

[21] In giurisprudenza la massima consolidata era espressa in termini molto generici tali per cui, se una parte, dopo avere ingenerato nell'altra l'affidamento circa la conclusione del contratto, recede senza giusta causa, è tenuta a risarcire il danno nei limiti dell'interesse negativo. Cfr. – tra le tante – Cass., 17 gennaio 1981, n. 430; Cass., 30 marzo 1990, n. 2623; Cass., 25 febbraio 1992, n. 2335; Cass., 6 marzo 1992, n. 2704, *Giur. it.,* 1993, I, 1, c. 1560.

4.2 La trattativa inconcludente:

Di fronte all'atteggiamento della giurisprudenza che, fuori dall'ipotesi di recesso, continuava ad inquadrare il principio di buona fede precontrattuale come privo di autonomo rilievo se sganciato da espresse ipotesi legali, nonché necessariamente correlato all'accezione maggiormente restrittiva del concetto di affidamento[22]; in dottrina invece, si è tentato di elaborare (una volta superate le diffidenze nei confronti della categoria delle clausole generali[23]) una serie di obblighi desumibili dalla disposizione ex art. 1337 c.c., spostando il fulcro di tale responsabilità per *culpa in contrahendo* dall'affidamento nella prossima conclusione del contratto a quello nella serietà della trattativa, per cui è evidente l'ampliamento della fattispecie.

Di conseguenza, a fianco dell'ingiustificato recesso (nozione oggettiva) o del recesso operato in mala fede (nozione soggettiva), si viene ad affiancare un'ulteriore ipotesi di configurabilità della *culpa in contrahendo:* la trattativa inconcludente.[24]

---

[22] Da intendersi come situazione giuridica caratterizzata da un'aspettativa nella conclusione del contratto *in fieri*, creata dall'altrui comportamento od inerzia.

[23] Così MANTOVANI, *op. cit.*, pag. 136: "Varie e diverse sono le ragioni alla radice di tale atteggiamento. Al di là dei pregiudizi di carattere politico-ideologico, forte era, soprattutto, il timore che il largo impiego delle clausole generali, per l'ampio margine di discrezionalità che questa tecnica di previsione normativa necessariamente porta con sé, potesse condurre a una sorta di <<decisionismo giudiziale>>, compromettendo il principio di certezza del diritto e, per tal via, la stabilità e sicurezza dell'intero sistema.

Cfr. ROPPO, *Trattato del contratto, vol. V, Rimedi-2, (a cura di Roppo)*, Milano, 2006, pag. 989: "Le clausole generali, guardate da una mera prospettiva di tecnica legislativa, hanno la funzione di evitare che sia il legislatore a dover dettare – con norme specifiche – la disciplina di un certo oggetto, affidando piuttosto questo compito al giudice sulla base di standards valutativi aspetti, idonei ad assicurare la continua comunicazione tra il piano dei valori sociali e quello delle qualificazioni giuridiche.

[24] Cass. 29 maggio 1998, n. 5297; Cass. 16 ottobre 10249, 1999 (ex multis)

L'introduzione di questa ulteriore fattispecie non riconosciuta da tutta la dottrina[25], fa sì che si determini responsabilità precontrattuale per ogni contegno di mala fede tenuto dalle parti sia in occasione delle trattative, che nella formazione del contratto. Perciò, anche nel caso in cui nessuna parte abbia deciso di recedere e ciò abbia condotto alla formazione (o conclusione) del contratto, può integrare un'ipotesi di *culpa in contrahendo*, se siano presenti elementi di mala fede.

5. Il rapporto tra l'art. 1337 e l'art. 1338 c.c.:

Nell'intento di inquadrare al meglio la fattispecie della responsabilità precontrattuale, è opportuno analizzare anche il complesso rapporto sussistente tra gli artt. 1337 e 1338 del codice civile, seguendo l'impostazione sistematica che la giurisprudenza – fino a tempi recenti – ha dato dei due articoli, in un'ottica di svilimento dell'operatività dell'articolo 1337 c.c.[26] Teorie ormai risalenti nel tempo vedevano l'articolo 1338[27] c.c. – rubricato

---

[25] E' riconosciuta da MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in Riv. dir. comm., II, 1956, pag. 360; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, pag. 55; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, pag. 227 e ss..
Mentre, al tempo, rimaneva per la tesi negativa (che limitava l'operatività del 1337 alla sola ipotesi di recesso "capriccioso") la giurisprudenza di legittimità: cfr. infatti Cass. 2 maggio 1976, n.1842; Cass. 18 ottobre 1980, n. 5610, RDC 1982, II; Cass. 16 aprile 1994, n. 3621, Resp. civ prev. 1994, 1085, con nota di AMATO.

[26] Tesi sviluppata nell'immediatezza della pubblicazione del codice del 1942 e che, oggi, non ha più ragion d'essere. Cfr. per essa Cass., 9 ottobre 1956, n. 3414, in Mass. Giur. it.; Cass., 12 ottobre 1970, n. 1948.
Tra i maggiori critici, già al tempo, ricordiamo BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 15.

[27] "La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcir il danno sa questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto."

conoscenza delle cause di invalidità – come la sola ipotesi applicativa del suo precedente e di conseguenza la sola ipotesi di responsabilità prenegoziale ammissibile: *<<si istituiva, in tal modo, una perfetta corrispondenza biunivoca tra il contenuto delle due norme, con il risultato di svilire la regola generale, costringendo il rilievo entro lo schema del contratto invalido.>>*[28]

Oggi, può dirsi chiarito quale rapporto possa sussistere tra le due disposizioni in questione: infatti si tratta di un normale rapporto di *genus ad speciem*, per cui l'art. 1337 c.c. ingloba nella sua generalità anche – ma non solo – l'obbligo di comunicazione gravante sull'altra parte, tenuta a conoscere o già a conoscenza dell'esistenza di una causa di invalidità di cui però non ne dà notizia; il 1338 perciò costituisce una, seppur fondamentale, applicazione specifica della regola generale.[29]

Concentrando l'attenzione sul versante giurisprudenziale, però, tale affermazione così logica e lineare ha stentato ad affermarsi, risultando prevalente l'orientamento opposto.[30] Il costante assetto giurisprudenziale era, infatti, basato sulla rigida definizione degli ambiti di operatività delle norme: l'art. 1337 "*doveva*" essere utilizzato quale strumento per valutare i comportamenti delle parti coinvolte in occasioni di recesso dalle trattative senza giusta causa; mentre l'art. 1338 veniva visto come la specificazione di un determinato dovere precontrattuale che viene ad esistenza unicamente nel caso in cui il contratto concluso si fosse poi rivelato invalido. In merito a

---

[28] Parole di MANTOVANI, *op. cit.*, pag. 145.

[29] E' questa l'opinione prevalente in dottrina: cfr. BENATTI, *ult. op. cit.*;, pag. 13 e 44; ID. anche in *voce Responsabilità precontrattuale,* in Enc. giur. Treccani XXVII, Roma, s.d. ma, 1991, pag. 3 e ss.; MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 364; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 96 e ss.; G. e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile. Commentario*, dir. da Schlesinger, Milano, 1993, (sub art. 1338), pag. 162 e ss.

[30] V., tra molte, Cass., 14 ottobre 1966, n. 2459; Cass., 12 ottobre 1970, n. 1948; Cass., 14 marzo 1985, n. 1987.

quest'ultimo articolo l'impostazione riduttiva era accentuata anche dal fatto che – per tale filone giurisprudenziale – esso veniva in rilevo solo nel caso in cui una parte avesse omesso di comunicare l'esistenza di una causa d'invalidità, non anche di altre informazioni che pur potevano avere un notevole peso nell'equilibrio tra i contraenti; né tantomeno poteva essere ritenuto operativo quando, nonostante la violazione del dovere di comunicazione, si fosse ugualmente pervenuti alla conclusione di un contratto perfettamente valido.[31]

Interpretato in tal senso, il dovere di comunicazione non includeva nemmeno le situazioni concernenti l'inesistenza stessa del contratto, nonché quelle di inefficacia in senso stretto, con forti rimostranze della dottrina stessa in merito a tale impostazione.[32]

Quello che, perciò, doveva essere considerata la regola cardine – il 1337 – finiva, in tal modo, per appiattirsi sull'ambito operativo dell'art. 1338 che, pur interpretato in maniera eccessivamente riduttiva, finiva per assumere il ruolo chiave di tutta la fattispecie precontrattuale: escluso il dovere di comunicare le cause d'invalidità (conosciute o di cui doveva essere a conoscenza l'altra parte), non gravava sulle parti un generale dovere di informazione in merito a

---

[31] A riguardo c'è ancora da aggiungere che, tra le stesse cause d'invalidità, non determinavano responsabilità precontrattuale quelle che erano rinvenibili in norme imperative o in altre aventi efficacia di diritto positivo, come tali ritenute conosciute – per presunzione assoluta – dalla generalità dei cittadini; e che comunque potevano essere facilmente conosciute, con l'impiego dell'ordinaria diligenza.

V. Cass., 9 ottobre 1979, 5240, in *Mass. Foro. it.*; Cass., 4 ottobre 1974, n. 2603, *ivi,* Cass., 26 giugno 1998, n. 6337, in Giust. civ.; ed altre ancora più risalenti.

[32] Non condividono quest'impostazione: BIANCA, *Diritto Civile, III, Il contratto, cit.*, pag. 163 e ss.; SACCO, *Il contratto*, II, cit., pag. 922; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in Trattato di diritto civile, dir. da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1977, pag. 222.

qualsiasi altra circostanza che pur poteva avere rilevanza nella determinazione dell'intento negoziale di ciascun soggetto[33].

La dottrina del tempo invece, impegnata nella ricerca dell'interesse realmente tutelato dall'articolo 1337[34], ha ricavato dall'interpretazione sistematica dei due articoli, che va ben oltre i confini tracciati dalla giurisprudenza, un obbligo generale di informazione/comunicazione di tutte le circostanze rilevanti ai fini della conclusione del contratto[35]. Limite ben definito di tale impostazione era comunque dato dal fatto che non assumevano mai rilevanza – non rientravano nel dovere di informazione – quelle circostanze relative alla convenienza economica dell'affare, baluardo dell'autonomia privata delle parti nel gioco delle contrattazioni[36]. Tale interpretazione, per quanto abbia

---

[33] Sull'inesistenza di un generale dovere di informazione ex art. 1337 c.c., si esprime chiaramente D'AMICO, in ROPPO, *Trattato del contratto, V, Rimedi-2*, (a cura di Roppo), pag. 1025 e ss., ma tuttavia non può condividersi l'impostazione che un obbligo di comunicazione grava sulle parti solo con riferimento alle cause di invalidità ex art. 1338 c.c.

[34] Individuato da BIANCA, *op. cit*., pag. 157, nell'interesse alla libertà negoziale, cioè ad una corretta e veritiera rappresentazione della realtà al momento delle trattative.

[35] BIANCA, *op. cit*., pag. 163 e ss.; G. e S. PATTI, *op. cit*., pag. 162 e ss.; PIETROBON, *Errore volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., pag. 105, in cui specifica che "quest'obbligo di comunicazione è indubbiamente imposto, in virtù dell'art. 1337 c.c., anche in relazione ad altri eventi che, senza incidere sulla validità del negozio, siano importanti per le valutazioni personali che ogni parte fa prima di concludere un contratto."

Differisce dall'impostazione unanime della dottrina la tesi di SACCO, *op.cit.*, pag. 597, in quanto egli ritiene che l'art. 1337 e l'art. 1338 non siano intimamente connessi in considerazione della fattispecie precontrattuale, ma semmai indirettamente connessi attraverso l'art. 2043 che, data la sua natura, potrebbe supplire la mancanza di entrambi gli articoli in questione, secondo la sua impostazione extracontrattuale della *culpa in contrahendo*.

[36] Si riporta un passo di BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 45, molto significativo: "all'esigenza di solidarietà, di cui è espressione l'obbligo di buona fede, si contrappone la necessità di lasciare una certa libertà di manovra agli interessi in lotta, libertà di procurarsi e mantenere posizioni di vantaggio. L'autonomia è campo, allo stesso tempo, di collaborazione e di competizione: la prima è garanzia di ordine, la seconda alimenta lo slancio vitale del sistema."; comunque sulla stessa linea BIANCA, *op. cit*., pag. 163 e ss., TURCO, *op. cit*., pag. 240, 249.

ricevuto consensi dalla quasi totalità della dottrina, non è comunque andata esente da critiche: è stata accusata di condurre ad un *esito abrogante* dell'art. 1338, in considerazione dell'enfatizzazione del generale dovere ex art. 1337[37]. Pur condividendo l'impostazione tradizionale che fa del 1337 un principio generale, quello che appare inaccettabile – secondo tale impostazione – è che, data la valenza generale del primo articolo, il 1338 finirebbe per essere una disposizione superflua. Le disposizioni in questione, secondo tale dottrina, possono trovare un punto di convergenza e quindi di coesistenza, se si ammette che il 1337 c.c. non opererà nei riguardi di quegli obblighi di informazione che sono stati espressamente esclusi, ad opera del legislatore, dall'ambito di operatività della clausola generale e, di conseguenza, inseriti in quello dell'articolo 1338.

Altra parte di dottrina individua il rapporto tra le due disposizioni nel senso che la colpa della parte danneggiata che ha confidato nella validità del contratto (art. 1338 c.c.) opererebbe come fatto preclusivo[38] del sorgere dell'obbligo di avviso gravante sull'altra parte per effetto della clausola generale. Tale tesi conduce evidentemente ad esisti alquanto contraddittori, poiché confonde i requisiti costitutivi della fattispecie, con quelli valutativi utilizzati per la tutela risarcitoria: la colpa del danneggiato, semmai, potrà operare quale parametro valutativo della determinazione del danno risarcibile[39]. Non riconoscendo tale conseguenza logica si finirebbe, ancora

---

[37] Il riferimento è a D'AMICO*, op. cit.,* pag. 148 e ss.

[38] Di questa idea, MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 364: "Nell'articolo 1338 la colpa della parte che ha confidato nella validità del contratto è un criterio di esclusione dell'obbligo della controparte di comunicare le cause di invalidità ad essa note o conoscibili."

[39] Di conseguenza, coerentemente con questa impostazione, il risarcimento del danno dovrà essere parzialmente ridotto o totalmente escluso a seconda dell'incidenza del comportamento del danneggiato sulla causazione del danno.

una volta, per appiattire il rilievo del 1338 su un'altra disposizione *generale*, quella dell'articolo 1227 c.c. – concorso del fatto colposo del creditore – che, in tal senso, dovrebbe essere considerata già operativa in merito a tali obblighi di informazione precontrattuale.

Né merita di essere condivisa un'altra tesi[40] che rinviene la *specificità* dell'articolo 1338 c.c. in un diverso criterio di determinazione del danno risarcibile, rispetto alla fattispecie del suo precedente, in considerazione della presupposta maggiore complessità della fattispecie che l'art. 1338 prevede. Infatti, per tale opinione, la tutela approntata dall'ordinamento non risulta essere la conseguenza immediata e diretta della sola violazione di un obbligo prenegoziale – elemento comunque imprescindibile – ma, con essa, concorrono ulteriori presupposti: *a)*la conclusione di un contratto (a nulla rileva che poi si sia rivelato invalido); *b)*l'affidamento maggiore determinato appunto dall'avvenuta conclusione. Di conseguenza, l'articolo in esame non potrebbe essere applicato in quelle circostanze in cui non si sia addivenuti alla conclusione di un contratto (per la scoperta o tardiva comunicazione delle cause d'invalidità), in considerazione del fatto che esse rientrerebbero nella generale previsione dell'articolo 1337 c.c. Non può ammettersi quell'opinione[41], secondo cui il fatto lesivo del 1338 non consisterebbe tanto nella mancata comunicazione delle cause d'invalidità, quanto direttamente dalla stipulazione di un contratto invalido da parte di chi conosceva o era tenuto a conoscere tali cause[42]. In applicazione di essa, perciò, non potrebbe

---

Cfr. per quest'analisi critica: TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 133 e ss.

[40] Riferimento a GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., pag. 60-63 che a sua volta riprende la tesi di BIANCA, op. cit., in merito.

[41] E' la tesi formulata da BIANCA, *Diritto Civile, III, Il contratto*, cit., pag. 171

[42] Forti critiche mosse a tale tesi da RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, cit., pag. 22: "…il fatto generativo della responsabilità precontrattuale non è dato dall'aver stipulato un contratto

sussistere alcun danno nel caso di specie in cui un contratto – annullabile – sia stato concluso e cionondimeno sia stato successivamente convalidato dalla parte legittimata a chiedere l'annullamento di esso[43]. Si pone anche in contrasto con la libertà largamente riconosciuta alla parte lesa di non optare per l'annullamento del contratto ed agire unicamente per la responsabilità – precontrattuale – dell'altra. La formulazione dell'articolo 1338 c.c., quindi, ha unicamente la funzione di individuare un criterio di determinazione e misura del danno risarcibile (e del conseguente interesse leso); con la conseguenza di identificare uno – tra gli altri – presupposti della complessiva fattispecie, ma non il suo fatto lesivo.

---

invalido, ma dall'aver taciuto alla controparte l'esistenza di una causa d'invalidità.". Opinione che sembra essere anche condivisa, su tale punto, da D'AMICO, *op. cit.*, pag. 155.

[43] Osserva D'AMICO, *ult. op. ci*t., come solitamente la convalida di un negozio annullabile sia sintomo del fatto che la vittima abbia accertato che il contratto non è pregiudizievole dei suoi interessi; ma essa può operare solo come presunzione di fatto, non potendosi in assoluto escludere che tale scelta sia motivata da altre ragioni che prescindono il pregiudizio economico subito.

CAPITOLO II

NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE E CONSEGUENZE

Sommario: **1.** La tesi della natura extracontrattuale – **2.** La tesi della natura contrattuale – **3.** Il contatto sociale: fondamento di un *tertium genus* di responsabilità? – **4.** Corollari della differente premessa in ordina alla natura giuridica – **4.1** La prescrizione – **4.2** L'imputabilità della responsabilità – **4.3** Il differente regime dell'onere probatorio – **5.** Il danno risarcibile: l'interesse negativo. La determinazione del danno **e l**a prevedibilità.

Come molti elementi inseriti nella fattispecie della responsabilità precontrattuale, anche la questione della natura relativa alla responsabilità che genera la violazione, nonché l'entità del risarcimento, sollevano molti dubbi e sono un fertile terreno per il sorgere di diverse e spesso contrastanti visioni, che si intendono analizzare nei passaggi successivi dell'elaborato.

1. La tesi della natura extracontrattuale:

La natura giuridica della responsabilità precontrattuale costituisce uno dei punti più controversi. Va subito precisato che fino a tempi ancora recenti[44], il

[44] Si avverte, effettivamente, un sensibile mutamento di rotta anche sul fronte giurisprudenziale, a partire dal *leading case* di Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giur.*, 1999, p. 441 ss., con nota di A. Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Contratti*, 1999, p. 999 ss., con nota di Guerinoni, *Obbligazione da "contatto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*; in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 ss., con nota di Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, ed ulteriore nota di De Matteis, *La responsabilità medica tra* scientia iuris *e regole di formazione giurisprudenziale*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 781 ss.

dibattito avveniva solo sul piano dottrinale[45], in quanto a livello giurisprudenziale – soprattutto a quello di legittimità – si prediligeva un unico orientamento a favore della natura aquiliana della *culpa in contrahendo*[46], *"tanto granitico, quanto sordo ad ogni contraria sollecitazione, nel ripetere tralatiziamente lo slogan sulla natura extracontrattuale"*[47].

Essa trova le sue origini ben prima dell'introduzione nel codice del 1942 di un'espressa disposizione qual è l'art. 1337 c.c. Infatti, sotto il vigore del codice del 1865, proprio per la mancanza di tale norma, tutti gli illeciti precontrattuali venivano ricondotti all'interno dell' art. 1151 c.c.[48] (cod. civ. del 1865).

Oggi, invece, poggia le sue basi su un ragionamento attraverso il quale si può astrattamente desumere che, pur in assenza delle disposizioni ex 1337 e 1338, "il dolo o la colpa precontrattuali troverebbero ugualmente sanzione nell'art. 2043"[49]. Infatti, per quanto voglia considerarsi onnicomprensiva la disciplina

---

[45] Nonostante alcuni autori ritenessero il discorso in questione privo di importanza. (BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, pag. 83, per il quale <<la preferenza per l'una o l'altra tesi è questione di mero gusto.>>

[46] In dottrina propendono per tale natura: SACCO*, Il contratto*, cit., pag. 260 e ss.; BIANCA, *Diritto Civile, 3, Il contratto*, Milano, 2015, pag, 157 e ss.; CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale,* Riv. trim. proc. civ., pag. 463 e ss.

In giurisprudenza invece si tratta di un indirizzo risalente e ancora oggi ribadito nelle sentenze di Cassazione: Cass. 10 ottobre 2003, n. 15172, in Mass. Giust. civ., 2003, fasc. 10; Cass. SS.UU. 26 giugno 2003, n. 10160, in Mass. giust. civ.; Cass. SS.UU. 16 luglio 2001, n.9645, ivi; Cass. 29 marzo 1976, n. 1132, MGI, 1976, 294; Cass. 6 marzo 1992, n. 2704, Giur. it., 1993, I, 1, 1560; Cass. 12 marzo 1993, n. 2973, NGCC, 1994, I, 120, con nota di Pinori; nonché anche a livello europeo, C.G.C.E. 17 settembre 2002, n. c-334/00, *Tacconi*, in *Raccolta*, 2002, I.

[47] Le parole in corsivo sono tratte testualmente da ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato* dir. da BESSONE, XIII, Torino, 2000, pag. 347 e ss.

[48] Cfr. ROPPO, *cit*., pag. 1110

[49]Così SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 248: "Se il terzo imbroglia un contraente, il danno causato è ingiusto. Se il contraente imbroglia la controparte prima ancora di trattare, il danno causato è ingiusto. Nei due casi, scansata l'applicazione del 1337 c.c. si ricade senza problemi nell'applicazione dell'art.

dell'art. 1337, rimarranno comunque alcune lacune in cui potrà intervenire – in funzione di norma di chiusura generale – l'art. 2043, in modo tale da regolare quelle situazioni in cui un illecito aquiliano si è verificato in un momento o con delle modalità tali da non essere ricomprese nella fattispecie della *culpa in contrahendo*.[50] Per questa tesi non si tratta di qualificare in modo esatto il precetto contenuto nell'art. 1337, ma porre sotto analisi la fattispecie del 2043, riconoscendo quindi nel primo una specificazione di tale ultimo articolo, nel senso deve ritenersi un danno ingiusto quello cagionato attraverso la condotta precontrattuale sleale[51].

Era, ed è, quindi considerata una *species* del *genus* del torto aquiliano; nel senso che la violazione precontrattuale altro non poteva essere considerata se non un fatto illecito, sorto in un particolare momento prenegoziale in cui ancora non può configurarsi un rapporto obbligatorio esistente, puntualmente definito e tra soggetti ben determinati.

Il dovere di comportarsi secondo buona fede costituisce quindi un generico dovere che s'impone a tutti in consociati, in virtù del principio *neminem*

2043 c.c. Il trattamento giuridico delle ipotesi non è in discussione. E' in discussione il numero dell'articolo che il giudice deve scrivere nella sentenza. Tanto vale, allora, rinunciare a distinguere, e parlare, in ogni caso di violazione della buona fede contrattuale."

[50] E' di questo convincimento anche GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in Rivista di diritto civile, fasc. 2, 2004, che afferma la natura extracontrattuale della *culpa in contrahendo*.

[51] Tuttavia deve riconoscersi che la tesi di SACCO, esposta nel testo, si espone di per sé a contraddizioni: infatti, considerare l'art. 1337 in chiave interpretativa – estensiva – dell'art. 2043, risulta poco coerente con il precedente assunto fatto proprio dall'autore, ovvero che in assenza della previsione di cui all'art 1337, la disciplina sulla responsabilità aquiliana sarebbe di per sé sufficiente a provvedere all'illecito precontrattuale.

Oltretutto, come sottolineato da MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale,* cit., si rivela poco proficuo discutere di ipotesi astratte in relazione all'inesistenza dell'art. 1337, stante il fatto che indubbiamente la norma esiste concretamente e di certo non può configurarsi come un'inutile ripetizione dell'art. 2043.

laedere, preesistente anche alle stesse trattative al fine di tutelare la libera formazione della volontà negoziale[52]. L'impostazione tradizionale della Cassazione poggia le basi sull'assunto secondo il quale la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale deve essere necessariamente affermata, in quanto non può parlarsi di responsabilità contrattuale[53], posto che essa discende solo dalla violazione di un obbligo derivante dal contratto, e non anche dall'inadempimento di un obbligo, quale che ne sia la fonte.[54] E ciò perché, secondo un'affermazione emblematica, "la responsabilità precontrattuale presupporrebbe la conclusione di un contratto valido ed efficace", con la conseguenza – semplice da ipotizzare – che non può sussistere "prima che un valido contratto venga concluso".

La premessa logica su cui è elaborata la tesi extracontrattuale – ma più che altro con cui viene negata rilevanza ad una configurazione di natura contrattuale della responsabilità in questione – che trova il suo fulcro nella necessaria conclusione di un contratto valido ed efficace, oggi, ha perso molta rilevanza, in quanto cozza con l'astratta ipotizzabilità del sorgere di una *culpa in contrahendo*, anche in caso di contratto comunque valido.

---

[52] Si individua "una forma di responsabilità extracontrattuale che si collega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto" (Cass., Sez. Un., n. 9645/2001).

[53] Da notare, come giustamente ha fatto MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit, nonché TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale, cit.,* pag. 726, l'improprietà della nozione di responsabilità precontrattuale.

[54] Si riporta un passo della motivazione della sentenza di Cassazione del 1990, n. 4051: "Rispetto all'obbligazione da fatto illecito l'atipicità delle fattispecie riconducibili allo schema legale dell'art. 2043 non esclude che l'astratta generalizzazione del principio neminem laedere si puntualizzi nella specificità di particolari rapporti rispetto ai quali prendono rilievo a priori, quali possibili soggetti passivi, soggetti predeterminati e predeterminabili; sicché l'elemento differenziale tipico torna ad essere non già la predeterminazione o predeterminabilità dei soggetti nei confronti dei quali sussiste l'obbligo, ma la fonte, contrattuale o meno di quell'obbligo."

E' responsabilità contrattuale, la responsabilità per inadempimento; di conseguenza in essa rientra qualunque violazione non solo di un obbligo di prestazione o di comportamento, ma anche di qualsiasi altro obbligo accessorio, se discendente da un atto/fatto idoneo a generare tale responsabilità[55].

E' evidente, come sottolineato da una parte della dottrina[56], l'erronea concezione della responsabilità contrattuale, nonché dell'art. 1173 che contrappone i fatti illeciti, fonte di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043, al contratto e ad "ogni altro atto o fatto idoneo" a determinare un'obbligazione.

La conseguenza inevitabile di tale assunto è verificare[57] se il *fatto materiale,* consistente nell'instaurazione delle trattative, sia tale da costituire la fonte di un rapporto obbligatorio[58], in grado di determinare responsabilità per inadempimento ex art. 1218. Ed ancora oggi, la relazione prenegoziale continua ad essere inquadrata come inidonea a costituire un fatto fonte di obbligazione, a causa di un'eccessiva indeterminatezza in chiave soggettiva ed oggettiva, ovvero dei contenuti del dovere ex art. 1337; nonché si continua a qualificare in modo inadeguato anche lo stesso elemento dell'interesse negativo. Ed è proprio dalla qualificazione dell'interesse risarcibile in

---

[55] Cfr. per questo rilievo, tra tutti, GALGANO*, Il contratto*, Padova, 2011, pag. 589.

[56] Uno fra tutti, TURCO, *op. cit.*, pag. 730.

[57] Con la conseguenza che, se venisse reputato idoneo ad essere fonte di obbligazioni ex art. 1173 c.c., dall'instaurazione delle trattative discenderebbe un vero e proprio obbligo (*in senso tecnico*) di comportarsi secondo buona fede, il cui inadempimento darebbe luogo alla responsabilità ex art. 1218 c.c.

Per tale ragionamento si veda MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regole di validità e regole di condotta*, in Contr. e impr., fasc. 4-5, 2006, 974.

[58] Non dubita di ciò la dottrina tedesca che vede la relazione precontrattuale come un rapporto obbligatorio *ex lege*, basato sul dovere di buona fede ex § 242 BGB.

conseguenza della violazione del dovere di buona fede che, un'altra tesi[59], fa discendere la riconducibilità della responsabilità ex art. 1337 nella categoria del torto aquiliano. Ravvisando il suo contenuto – esattamente [60] – nell'interesse alla libertà negoziale, tale tesi non perviene poi ad una specificazione di tutte le possibili implicite derivazioni che la protezione, o meglio l'interesse a ciò, della libertà negoziale comporta.

Viene fatto ricadere nel *generalissimo* "interesse della vita di relazione", come tale suscettibile di essere leso ad ogni occasione di *contatto sociale* tra due soggetti; facilmente identificabile come un corollario del principio cardine della fattispecie aquiliana, quello di *neminem laedere*.

Di conseguenza qualunque lesione dell'interesse negativo, così qualificato, altro non può che comportare se non responsabilità extracontrattuale ex art. 2043[61]. Peraltro, in seguito a tali affermazioni, è la stessa dottrina che si sta impegnando a fornire degli spunti per rilevare delle contraddizioni che sono implicite: infatti, anche ammettendo come la lesione del generico interesse all'integrità ed intangibilità della propria sfera giuridica non venga meno in caso dell'instaurazione di un tipico rapporto contrattuale, ciò però non può determinare un'esclusiva tutela extracontrattuale, ponendo nel nulla la tutela apprestata al rapporto contrattuale sussistente tra le parti. Si dovrebbe, perlopiù, ammettere l'esperibilità di un cumulo alternativo di rimedi, la cui scelta è rimessa alla parte lesa.

---

[59] E' la tesi di BIANCA, *Diritto Civile, III*, cit., pag.158.

[60] E' quanto ritiene TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 733; anche BIANCA, ult. op. cit.

[61] E questo implica anche un'ulteriore conseguenza, come esattamente rilevato da ROMANO, voce *Buona Fede*, in Enc. dir., V, Milano, s.d. ma, 1959, pag. 677 e ss., cioè la qualificazione della fase delle trattative come <<situazioni di non rapporto>>, del tipo di quelle che <<caratterizzano l'extracontratto a norma degli artt. 2043 e ss.>>

Da questo punto di vista, quello dell'interesse risarcibile, l'inadeguatezza della soluzione aquiliana per la responsabilità precontrattuale si mostra ancora più evidente[62], perché rende difficoltosa l'esatta individuazione della situazione giuridica da tutelare contro l'altrui contegno scorretto, posto che l'interesse protetto nella fattispecie ex 1337 è quello ad un altrui comportamento leale, reputato maggiore rispetto a quello tutelato ex art. 2043, ovvero quello dell'intangibilità e rispetto dell'altrui sfera giuridica. Inquadrandola perciò nella soluzione aquiliana, si finirebbe per far perdere di rilevanza la forza precettiva che il legislatore ha voluto dare all'art. 1337, al fine di attribuirla unicamente e genericamente al tipico fatto illecito ex art. 2043.

2. La tesi della natura contrattuale:

La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale fu affermata fin dalla sua prima elaborazione.
Infatti già Jhering[63], padre della responsabilità per *culpa in contrahendo*, la configurava come ipotesi di inadempimento contrattuale, per la sussistenza in capo al soggetto coinvolto nelle trattative, del dovere di comportarsi secondo la diligenza e la correttezza che è richiesta per l'esecuzione del contratto.

---

[62] Così si esprime CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale,* in Enc. Dir, XXXIX, Milano, s.d. ma, 1988, pag. 1265, il quale, sottolineando "la difficoltà di individuare la situazione giuridica soggettiva pregiudicata dall'agire scorretto", osserva che "se, da un lato, l'art. 1337 c.c. ha un potenzialità precettiva che non si esaurisce nel solo aspetto risarcitorio … ed esprime più del generico rispetto dell'altrui sfera giuridica, dall'altro, la norma non segnando una puntuale commisurazione delle posizioni giuridiche soggettive, non prescrive una prestazione specifica, bensì rinvia ad una (valutazione della) modalità di comportamento, escludendo così la effettiva configurabilità di un inadempimento in senso tecnico."

[63] JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nitchigen oder nicht zur Perfection gelanten Vertragen*, in Jhering Jahrbucher, 4, 1861.

Distaccandosi dall'impostazione storica e districandosi tra le numerose sfumature di cui si è connotata la tesi contrattualistica della responsabilità per *culpa in contrahendo*, può essere enucleato il fondamento originario di essa nella distinzione tra diritti reali (assoluti) e diritti di credito (relativi)[64] e quindi, di conseguenza, tra doveri assoluti ed obblighi.

Posto che la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale è, per tale tesi, basata sulla conseguente distinzione tra obblighi (relativi, propri della prima) e doveri (assoluti, dipendenti dalla seconda), in base al riferimento fatto alle "*parti*"[65] dall'art. 1337, sulle quali grava l'obbligo di comportarsi in conformità alla buona fede, non può che desumersi che tale obbligo abbia comunque natura "*relativa*".

Al contrario, qualificare il dovere precontrattuale, come dovere assoluto (coperto dall'operatività del 2043), comporterebbe la conseguenza di privare – anche in questo caso – di contenuti l'art. 1337, nonché snaturare la sua funzione, quella di regola di condotta aperta per la specificazione di una serie di obblighi comportamentali reciproci.

La buona fede, se l'illecito precontrattuale venisse assorbito dalla responsabilità aquiliana, finirebbe per diventare l'elemento soggettivo (non previsto) del fatto illecito ex art. 2043, che si concretizza nella violazione delle regole di condotta previste a carico delle parti, ma non in quanto tali, ma in quanto *"terzi"*[66] titolari di diritti assoluti.

---

[64] Ha approfondito il rilievo della distinzione terminologica, SANTORO-PASSARELLI, voce *Diritti reale e diritti relativi,* in Enc. Dir., XII, Milano, s.d. ma, 1964, pag 748 e ss.

[65] Cfr. ROPPO, *Trattato del contratto, vol. V-2*, cit., pag. 1113, il quale comunque ritiene che le parti non siano da considerare, letteralmente, quelle del futuro (ed eventuale) contratto.

Altra dottrina, invece, ravvisa in tale espressione, proprio dei soggetti determinati, avendo la funzione di "personalizzare" la trattativa.

[66] Rilievo fortemente critico di MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale, cit.,* pag. 360 e ss., il quale sostiene invece che <<già interpretando alla lettera l'art. 1337 c.c., emerge chiaramente che l'obbligo di comportarsi secondo buona fede è formulato come obbligo *inter partes* e

Tale impostazione che pone a fondamento la *summa divisio* fra diritti assoluti e relativi, è stata esposta anche a vivaci critiche proprio per il criterio formale utilizzato, la bipartizione fra diritti (e doveri) assoluti e diritti (ed obblighi) relativi, ritenuto troppo debole per operare la distinzione tra responsabilità contrattuale ed aquiliana[67].

Merita attenzione anche la tesi secondo la quale, elemento di rilievo della fattispecie precontrattuale dovrebbe ravvisarsi nella preesistenza[68] di una relazione giuridica e vincolante per le parti, rispetto all'eventuale lesione dell'interesse protetto. Per quanto esatta nelle premesse, tuttavia, anche quest'impostazione ha bisogno di alcuni correttivi: non sarà sufficiente la sola preesistenza (alla lesione) di una relazione vincolante giuridicamente, da contrapporre – nel caso dell'illecito aquiliano – alla contestuale ingerenza delle rispettive sfere giuridiche delle parti, a giustificare una distinzione netta tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Quindi, per quanto momento essenziale ed immanente sia al rapporto obbligatorio che a quello

---

(quindi) *relativo* per cui, in quanto rispondente ai requisiti dell'art. 1174 c.c. costituisce un rapporto obbligatorio.>>

[67] "E ciò nella misura in cui la stessa contrapposizione fra diritti reali e diritti di credito, delineata sulla base dei caratteri fisionomici tradizionalmente attribuiti all'una o all'altra categoria di diritti soggettivi sotto il profilo strutturale del potere rispettivamente attribuito al soggetto che ne è titolare, si rivela tutt'altro che univoca."

Critiche mosse da TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 743.

Anche SCOGNAMIGLIO, voce *"Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale"*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, s.d. ma, 1968, pag. 670 e ss., nega che la distinzione fra le due categorie possa fondarsi su tale dicotomia dei diritti, soprattutto in considerazione del fatto che gli attributi tradizionalmente propri dei diritti assoluti e relativi appaiono oggi poco aderenti al mutato contesto normativo, nonché socio-economico. Deve di conseguenza ammettersi, la conseguente inadeguatezza della qualificazione contrattuale della responsabilità ex art. 1337, se basata essenzialmente su tale criterio formale.

[68] E' la tesi di SCOGNAMIGLIO, *ult. op. cit*.

prenegoziale, la preesistenza di una relazione vincolante[69] dovrà essere affiancata anche dall'eventualità che il diritto preveda, *ex ante*[70], l'ipotetico conflitto di interessi tra le posizioni giuridiche delle parti coinvolte nella trattativa e non intervenga solo dopo il verificarsi del fatto lesivo.

E' l'interferenza *dinamica* e reciproca delle posizioni giuridiche dei soggetti a qualificare – e di conseguenza, distinguere – la responsabilità contrattuale (latu sensu) e quella in *contrahendo*, rispetto all'illecito aquiliano.

In conclusione è questa ingerenza reciproca e costante, inserita in un rapporto giuridicamente rilevante e preesistente al fatto lesivo, che consente di qualificare come contrattuale, la responsabilità "*per lesione dell'interesse negativo*".[71]

3. Il contatto sociale: fondamento di un tertium genus di responsabilità?

Una più recente qualifica della *culpa in contrahendo*, orientata a favore della natura contrattuale è stata suffragata – questa volta – anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, in alcune pronunce. Infatti, secondo quanto statuito dalla I Sezione Civile della Cassazione attraverso la sentenza n. 26748 del 20 dicembre 2011[72], la natura contrattuale della *culpa in*

---

[69] TURCO, *op. cit.,* pag. 754, parla di visione statica della situazione giuridica sottesa alla relazione ed a cui si ricollega l'eventuale lesione, qualora venisse posto come unico elemento centrale, la sola preesistenza della relazione intersoggettiva.

[70] E non solo *ex post*, per quanto riguarda il solo aspetto risarcitorio. Cfr. sempre SCOGNAMIGLIO, *ult. op. cit.*, pag. 675.

[71] Espressione mutuata da TURCO, *op. cit*., pag. 752.

[72] Il caso in esame riguardava la conclusione di una convenzione tra una P.A. ed un architetto, per l'affidamento di un incarico di progettazione (e direzioni) di alcuni lavori relativi ad un fabbricato. La convenzione, tuttavia, non era stata registrata dalla Corte dei Conti ed il professionista non aveva potuto far valere i propri diritti derivanti dalla convenzione. L'architetto agisce in giudizio, prospettando un'ipotesi di responsabilità precontrattuale in capo alla P.A.

contrahendo dev'essere fatta discendere dal fatto che nell'art. 1337 c.c. sarebbe stata prevista un'obbligazione *ex lege*[73] di comportarsi secondo buona fede, la cui presenza in occasione di un *contatto negoziale* viene dimostrata attraverso il ricorso alla figura giuridica del contatto sociale, la quale sta incontrando sempre più consensi e riconoscimenti, anche se non esente da critiche[74]. La Suprema Corte impone, quindi, alle *parti* di una relazione precontrattuale un obbligo normativamente qualificato di comportarsi secondo buona fede, fatto idoneo a generare responsabilità ex art. 1173 c.c., con ciò anticipando il vincolo contrattuale tra questi due soggetti, da cui discende una responsabilità che è radicalmente distinta da quella extracontrattuale, in cui la lesione avviene a prescindere dall'esistenza di qualsiasi rapporto tra le parti. La dottrina, già dalla metà del secolo scorso, tenta di affermare l'esistenza di un rapporto obbligatorio tra i soggetti in trattativa, sull'assunto dell'estensione dell'imperativo di buona fede anche a tali momenti precedenti la conclusione del contratto. Tale rapporto impone alle parti reciproci obblighi di correttezza (richiamando l'art. 1175 c.c.), aventi lo scopo di proteggere ciascuna parte nei confronti dell'altra dalle possibili ingerenze dannose che, proprio nella fase

---

[73] E' significativo riportare per esteso un passo della sentenza (Cass. 26748/2011) così da comprendere meglio le affermazioni fatte: <<Quanto alla mancata allegazione del profilo della colpa, va ricordato che questa corte è da tempo pervenuta a qualificare la responsabilità da contatto sociale in termini di responsabilità contrattuale, nella quale, conseguentemente, il danneggiato deve dimostrare – oltre al danno sofferto – solo la condotta antigiuridica e non anche la colpa. 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.>>

[74] Cfr. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in Riv. di dir. civ., fasc. 2, 2015, che definisce il contatto sociale come una "figura giuridica di carattere più che altro *modaiolo*".

delle trattative, possono verificarsi.[75] Quando è la legge ad imporre esplicitamente l'obbligo di buona fede, la relazione sociale diviene inevitabilmente un'obbligazione, il cui contenuto – in caso di trattative – non è detto che conterrà un esplicito obbligo di prestazione.[76] L'obbligo di comportarsi secondo buona fede, interpretato in tal senso, è ben distinto da quello posto a fondamento della responsabilità aquiliana di non ledere l'altrui sfera giuridica e la Corte dalla violazione di tale obbligo fa discendere una responsabilità che ha natura contrattuale per la disciplina specifica applicabile, pur se il fatto generatore non è costituito da un contratto. La giurisprudenza, infatti, ha affermato da qualche tempo un principio secondo il quale l'accertamento della natura della responsabilità va effettuato sulla base <<della natura del precetto che la condotta viola>>[77] e non, invece, sulla base della condotta tenuta in concreto dal responsabile; elaborando perciò la teorica del rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale. L'attenzione si è

---

[75] E' la tesi sostenuta da MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in Riv. dir. comm. II, 1956, pag. 364. "Il principio di buona fede (oggettiva) si è storicamente sviluppato e si è conservato come una direttiva peculiare dei rapporti obbligatori, e del resto non è concepibile se non nell'ambito di questi rapporti."

[76] Vedi per tale rilievo CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in Contr. e impr., I, 2010, pag. 20.

[77] Il passo riportato è della sentenza di Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, l'unica che, in maniera esaustiva, ha tentato di tracciare un fondamento teorico della figura del contatto sociale. I giudici della Cassazione proseguono in tal senso: "[…] In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali, e pur tuttavia ad esso si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. In questi casi non può esservi (solo) responsabilità aquiliana, poiché questa non nasce dalla violazione di obblighi, ma dalla lesione di situazioni giuridiche altrui; quando ricorre la violazione di obblighi, la responsabilità è necessariamente contrattuale, perché il soggetto non ha fatto (*culpa in non faciendo*) ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale."

concentrata, perlopiù, sulla fonte generatrice di questo rapporto – il fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c. – e sul rapporto che ne deriva, disciplinato dalle regole contrattuali e caratterizzato da obblighi di varia natura – enucleati dalla clausola generale di buona fede –, la cui violazione non può che far sorgere responsabilità per inadempimento: il responsabile non ha eseguito ciò che gli era imposto *ex lege* sulla base di un *vinculum iuris* (di fatto) e questo non può che generare responsabilità contrattuale ex art. 1218. La Corte è attenta nel precisare che, sebbene questo tipo di responsabilità ricorre nella maggiorparte dei casi in presenza di vincoli contrattuali inadempiuti, ciò non significa che si debba necessariamente circoscrivere la portata al solo richiamo letterale che essa fa; soprattutto in considerazione – si è detto – dell'esistenza di obblighi non derivanti da contratto.[78] Così si è affermato che la responsabilità contrattuale possa anche discendere da un semplice contatto sociale qualificato, da rinvenire in tutti gli atti o fatti idonei a produrre tali obbligazioni in conformità con l'ordinamento giuridico, specialmente nelle circostanze in cui sia quest'ultimo ad imporre di tenere un determinato comportamento. Si ha quindi una dissonanza tra la fonte che crea l'obbligazione e quest'ultima, in quanto questa sarà comunque disciplinata dalle norme sulla responsabilità contrattuale, nel caso essa non venga adempiuta, anche quando non discende certamente da contratto. Si tratterebbe di obbligazioni che discendono, mutuando un'espressione della dottrina tedesca, da rapporti contrattuali di fatto[79] che si caratterizzano per la loro forza sociale, comunque estranea all'ordinamento giuridico.

---

[78] Per tali rilievi cfr., in particolare, FORTE F. e M.S., *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative: natura della responsabilità precontrattuale*, in Il Corriere giuridico, n. 2, 2013, pag. 23.

[79] Caratterizzati dalla circostanza per cui un soggetto ha riposto fiducia in un altro, al fine di conseguire lo scopo perseguito, entrando con questo in *contatto sociale* tale da giustificare un affidamento rilevante per l'ordinamento.

In tema di responsabilità precontrattuale al contatto sociale qualificato sono stati affiancati gli obblighi discendenti dalla clausola di buona fede e, complessivamente, essi vengono a formare il fondamento di un'obbligazione *ex lege* e non *ex contractu*, fonte comunque di risarcimento. Di qui, deve riconoscersi che il dovere di buona fede costituisce la fonte di questa obbligazione *ex lege*, che impone non un generico dovere di non danneggiare, ma specifici obblighi di *facere* e non può perciò dirsi compatibile con la responsabilità ex art. 2043 c.c.; sempreché possa dirsi esistente nella fase delle trattative un contatto sociale qualificato, fonte del legittimo affidamento. E' la relazione preesistente tra le parti a rendere perciò giuridicamente rilevante questo affidamento, da intendersi non tanto nella conclusione del contratto (valido), quanto nel contegno corretto tenuto dalla controparte.[80] E' innegabile che in tutte le situazioni in cui sia violato un affidamento (meritevole di tutela), una responsabilità sorge ed essa è inquadrabile nell'area di quella contrattuale, senza che debba necessariamente presupporsi un contratto esistente, inteso come atto negoziale frutto del comune accordo, ma alla quale si ricorre per la disciplina applicabile: si tratta di un'obbligazione senza

---

La nostra Cassazione ricollega la figura del contatto sociale, più che altro, a determinati soggetti che generano, per la professione "qualificata" svolta o per gli aspetti pubblicistici coinvolti nella fattispecie, un affidamento nel ricevere una prestazione "di qualità" anche quando un contratto, di fatto, non sia stato concluso.

[80] E' in questi termini che si esprime la sentenza della Cass. civ., Sez. I, del 21 novembre 2011, n. 24438; cfr. anche DALLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*, in I contratti, 2012, pag. 242, in cui si legge che "l'equivoco di ritenere la conclusione del contratto quale unico possibile referente del legittimo affidamento conduceva la rilevanza di quest'ultimo nelle trattative, essendo del tutto aleatorio che da esse si sbocchi alla conclusione del contratto."

prestazione, ma fatta di obblighi accessori che diventano rilevanti fin dalla fase delle trattative.[81]

Parte della dottrina e della giurisprudenza, tuttavia, sulla base del contatto sociale qualificato, di cui si sta trattando, ha elaborato un *tertium genus* relativo alla natura della responsabilità precontrattuale, né contrattuale né extracontrattuale, ma basata sull'inadempimento del dovere di buona fede e correttezza. Specialmente in tema di contratti con la PA, la Cassazione ha affermato che l'affidamento reciproco dei contraenti alla correttezza della controparte nella fase preliminare del contratto ha pieno rilievo in tutti i contratti, sia privati che ad evidenza pubblica, e vincola le future parti ad una condotta di buona fede; facendo ricadere la posizione tutelata nell'alveo degli interessi legittimi, la cui lesione non può certo far sorgere responsabilità contrattuale, né tantomeno aquiliana.[82] Questa conclusione, sulla base del ragionamento svolto, non appare condivisibile, perché la situazione prospettata ed inserita nel *tertium genus*, altro non è responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c., una volta che si sia ammessa – come sembra opportuno fare – l'esistenza di obbligazioni non derivanti da contratti, ma dalle quali sorge comunque responsabilità in caso del loro inadempimento.

Di conseguenza, applicandosi un ragionamento deduttivo a quanto statuito, si deve concludere che poiché il contatto sociale è ritenuto una fonte idonea di obbligazioni e considerato che la responsabilità precontrattuale costituisce una "*figura normativamente qualificata*" di esso, allora una fonte di obbligazioni può essere individuata anche nel contatto negoziale, che si determina nel momento in cui due soggetti entrano in relazione giuridica tra di loro.

---

[81] Cfr., in particolare, CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, cit., pag. 19; ma v. anche SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in Resp. civ. e prev., n. 6, 2012, pag. 1953 e ss.

[82] Il rif. è sempre a Cass., 21 novembre 2011, n. 24438; cfr. FORTE F. E M.S., *op. cit.,* pag. 25.

Preliminarmente occorre, tuttavia, chiedersi perché anche il *contatto sociale* debba ritenersi fonte di obbligazioni.

Una prima motivazione può essere individuata in tutte quelle occasioni in cui sono coinvolti interessi e/o beni costituzionalmente protetti; anche se si rivela insufficiente e richiede notevoli accorgimenti nell'applicazione, perché si corre il rischio di svuotare di contenuti la responsabilità extracontrattuale, poiché ogni fattispecie – coperta dal filtro costituzionale – sarebbe in grado di integrare la figura del contatto sociale, possibile fondamento di una responsabilità contrattuale. Sennonché, sul versante opposto, porre il contatto sociale a fondamento della responsabilità aquiliana[83], in caso di mancata attivazione per tentare di impedire il verificarsi di un evento dannoso, può comportare il rischio di un'espansione *incontrollata*[84] della responsabilità extracontrattuale. Ed è per tali motivi di rischio che la stessa dottrina tedesca, che pure l'aveva elaborata, ha deciso poi di abbandonare la figura del contatto sociale, per esigenze di stabilità e certezza del diritto.

Non è in dubbio che comunque affidamenti meritevoli di protezione esistono, anche in assenza di un contratto vero e proprio, per i quali può essere giustificata una tutela contrattuale; ecco allora che, sempre la dottrina tedesca, elabora una nuova teorica sulla generale garanzia da affidamento (*Vetrauenshaftung*), sulla cui base si sarebbe potuta giustificare la riconducibilità della *culpa in contrahendo* nell'ambito della disciplina sulla responsabilità contrattuale.

---

[83] Come ha fatto Cass., 25 gennaio 2011, n. 1737, in cui si riconosce implicitamente l'esistenza di un illecito omissivo.

[84] Cfr. ZACCARIA, *La natura giuridica della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, cit., pag. 351 e ss.

4. Corollari della differente premessa in ordine alla natura giuridica

L'esatta qualificazione della natura di tale responsabilità incide anche sulla disciplina applicabile all'istituto, in relazione ad alcuni singoli aspetti in cui tale differenza diventa rilevante.

4.1 La prescrizione:

Preliminarmente è di agevole intuizione che la qualificazione contrattuale piuttosto che aquiliana della *culpa in contrahendo* impone una netta distinzione sulla durata del termine prescrizionale; posto che nel nostro ordinamento persiste ancora la distinzione tra la prescrizione relativa alla responsabilità contrattuale, ex art. 2946 c.c. decennale, mentre quella correlata a fattispecie delittuali è dimezzata rispetto alla prima, ovvero quinquennale secondo la lettera dell'art. 2947 c.c.[85]
Questa differenza di regime viene tradizionalmente giustificata sulla base della maggiore instabilità delle prove testimoniali, rispetto a quelle documentali, di cui solitamente le parti di un contratto possono avvalersi con maggiore facilità.

4.2 L'imputabilità della responsabilità:

Anche sul piano dell'imputabilità stessa della responsabilità si viene a creare un divario in merito al regime applicabile, a seconda se essa venga fatta rientrare in quella extracontrattuale, per cui è sufficiente la mera capacità naturale – la capacità di intendere e di volere – ovvero in quella contrattuale, per cui si richiede la capacità ad obbligarsi, cioè la capacità di agire. Si prenda

---

[85] P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in Riv. di dir. civ., 2, 2004, pag. 300.

ad esempio un contratto concluso da un minore e/o il suo recesso ingiustificato dalle trattative in corso: sostenendo la tesi della responsabilità contrattuale, costui non dovrebbe incorrere in responsabilità precontrattuale ex 1337 – 1338 c.c., in considerazione del fatto che la tutela dell'incapace prevale sull'obbligo di buona fede[86], tanto da accordare l'azione di annullamento ex art. 1426 c.c.[87], salvo che il minore abbia dolosamente occultato con raggiri la sua minore età all'altro contraente. Altra considerazione a sostegno della tesi che nega la responsabilità di cui si tratta a carico del minore, verte sulla colpa del contraente adulto (e quindi capace) di non essersi accertato *a priori* della capacità della sua controparte, tenendo presente anche il regime di pubblicità del nostro ordinamento in merito agli atti dello stato civile.[88]

4.3 Il differente regime dell'onere probatorio:

Di gran lunga più rilevante è il divario che si viene a delineare nella diversità dei regimi applicabili relativi all'onere della prova.
Preliminarmente devono però essere individuati gli elementi che compongono il piano probatorio, distinguendo il fatto oggettivo dell'inadempimento, la condotta causativa del danno, nonché la prova della colpa in sé dell'autore dell'illecito.
Per quanto riguarda il primo elemento, l'inadempimento oggettivamente considerato, fino a tempi recenti la prova risultava a carico del creditore, indipendentemente dalla qualificazione della *culpa in contrahendo*

---

[86] A sostegno di tale tesi cfr. STOLFI, *Sulla responsabilità precontrattuale del minore*, in Riv. di dir. comm., 1968, pag. 271 e ss.

[87] Sarebbe altrimenti illogica la scelta del legislatore di accordare una tale azione al minore, obbligandolo poi a risarcire il danno cagionato al contraente adulto, derivante dalla responsabilità ex 1338 c.c.

[88] Cfr. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008, pag. 423 e ss.

contrattuale o aquiliana, perché in ogni caso era il creditore che doveva fornire la prova del fatto illecito, della scorrettezza o dell'inadempimento[89].

Sennonché una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione[90] ha, invece, diversificato la disciplina delle due tipologie di responsabilità, affermando che ove si agisca nell'ambito della responsabilità contrattuale, non tanto per l'esecuzione del contratto, quanto per far valere l'inadempimento, spetta al debitore – presunto autore dell'illecito – dimostrare di aver agito correttamente. Perciò ove si voglia assegnare all'art. 1337 c.c. natura contrattuale, sarà il debitore onerato della prova della correttezza della sua condotta e non invece, come accade nelle fattispecie riconducibili nell'alveo del 2043 c.c., il creditore a dover dimostrare la scorrettezza. Questa nuova ripartizione dell'*onus probandi* è stata esposta ad alcune critiche, a proposito della sua applicabilità alle fattispecie di *culpa in contrahendo*: infatti, il principio – su cui le SS.UU. hanno fondato la propria decisione (in combinazione con altri elementi) – secondo il quale, una volta provata dal creditore l'esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto entro un dato termine, graverebbe sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo, costituito dall'adempimento o comunque da una causa a lui non imputabile, non può trovare campo quando la pretesa creditoria sia rivolta all'esecuzione di un mero comportamento corretto, di contenuto e modalità non determinate né determinabili.

In tali casi, a differenza di quando si agisca per il solo adempimento, il creditore non può limitarsi a provare ed allegare l'esistenza di una trattativa pendente, come fatto costitutivo dell'obbligazione di buona fede; lasciando alla sua controparte l'onere di provare invece la correttezza della sua condotta. Spetterà a chi agisce per il risarcimento, provare ed allegare l'altrui

---

[89] Cfr. ROPPO, *Trattato del contratto, V, Rimedi-2*, cit., pag. 1115-1116.

[90] Cass., SS.UU., 30 ottobre 2001, n. 13533, in Corr. giur., 2001, p. 1565.

comportamento scorretto e perciò, così interpretato, risulterà indifferente la qualifica contrattuale/extracontrattuale della responsabilità in *contrahendo*.[91]
Per quanto riguarda la prova della colpa, in questo caso, torna ad essere rilevante la distinzione concettuale della responsabilità che è oggetto di trattazione, perché nello schema della responsabilità aquiliana la colpa risulta un elemento costitutivo della fattispecie stessa, per cui sarà onere dell'attore provare colpa e condotta del danneggiante, mentre nella responsabilità contrattuale in virtù dell'art. 1218 c.c. sarà onere del debitore provare la sua condotta senza colpa o l'imputabilità dell'inadempimento a cause a lui non imputabili – impossibilità sopravvenuta dovuta a cause di forza maggiore; a fronte della mera allegazione da parte del creditore della fonte e del titolo dell'obbligazione e dell'inadempimento o inesatto adempimento[92].
Da notare, tuttavia, un'ulteriore pronuncia della Cassazione[93], che giunge dieci anni dopo quella relativa al nuovo regime dell'onere della prova, per la quale: "In tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, ed 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 dall'art. 1173 c.c."
Pur affermando la natura contrattuale della culpa in contraendo, la sentenza in questione sembra porre a carico del danneggiato l'onere di provare (e non solo

---

[91] Sottolinea l'inapplicabilità alle fattispecie di responsabilità precontrattuale del nuovo regime sull'onus probandi delineato dalla Cassazione, tentando un ridimensionamento delle differenze disciplinari: G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in ROPPO V. (a cura di), Trattato del contratto, V, Rimedi-2, Milano, 2006, pag. 1117.

[92] Si veda FEBBRAJO, *La <<nuova>> responsabilità precontrattuale*, in Riv. di dir. priv., fasc. 2, 2011, pag. 225.

[93] Si tratta della sentenza di Cassazione civ. Sez. I, del 13 dicembre 2011, n. 26748

allegare) la violazione dell'obbligo di correttezza ad opera della controparte, distaccandosi perciò dai principi enunciati dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 13533 del 2001. Questo cambio di tendenza non è di poco conto se si considera che dal riparto degli oneri di allegazione e prova spesso dipende la stessa sorte della causa.

5. Il danno risarcibile: l'interesse negativo. Determinazione del danno e prevedibilità:

Ulteriore profilo che merita di essere analizzato dal punto di vista della scelta concettuale della responsabilità precontrattuale, è quello relativo ai danni risarcibili, alla loro entità e prevedibilità.
Tradizionalmente e con alle spalle un orientamento giurisprudenziale ben consolidato[94], alla responsabilità precontrattuale viene ricollegato – come danno risarcibile - il solo interesse negativo[95].

---

[94] Cass., 20 agosto 1980, n. 4942; Cass., 30 luglio 2004, n. 14539; Cass., 15 novembre 2004, n. 7449; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1632; Cass. civ., Sez. III, 10 giugno 2005, n.12313 la cui massima è utile per cogliere la ferma distinzione che i giudici di legittimità hanno voluto sottolineare: <<…in tema di responsabilità ex articolo 1337 del c.c., l'ammontare del danno va determinato tenendo conto della peculiarità dell'illecito e delle caratteristiche della responsabilità stessa, la quale, nel caso d'ingiustificato recesso dalle trattative, postula il coordinamento tra il principio secondo il quale il vincolo negoziale sorge solo con la stipulazione del contratto e l'altro secondo il quale le trattative debbono svolgersi correttamente. Pertanto, non essendo stato stipulato il contratto e non essendovi stata la lesione dei diritti che dallo stesso sarebbero nati, non può essere dovuto un risarcimento equivalente a quello conseguente all'inadempimento contrattuale; mentre, essendosi verificata la lesione dell'interesse giuridico al corretto svolgimento delle trattative, il danno risarcibile è unicamente quello consistente nelle perdite che sono derivate dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute"

Quest'ultimo, da sempre, è stato individuato nelle spese inutilmente sostenute per trattative inutili e nelle perdite subite per le mancate occasioni di stipula di negozi alternativi ed eventualmente di maggior vantaggio, che il comportamento della controparte secondo buona fede avrebbe potuto evitare[96]. Contrapponendo l'interesse negativo a quello che risulta essere leso nel caso dell'inadempimento di un'obbligazione contrattuale – il c.d. interesse positivo – tesi ben risalenti nel tempo sostenevano che il primo avesse funzione limitatrice della quantificazione del danno che poteva essere risarcito, implicitamente affermando la necessaria inferiorità dell'ammontare economico risarcibile in tali occasioni.[97] Deve tuttavia essere sottolineato che, già nell'originaria impostazione di Jhering, la determinazione del danno risarcibile, secondo le voci di danno emergente e lucro cessante, deve essere effettuata tenendo conto delle circostanze del caso concreto; ed in progresso di tempo non sono mancate le occasioni in cui l'ammontare del risarcimento dell'interesse negativo abbia eguagliato o – talvolta – superato quello dell'interesse positivo. Come sostenuto da pronunce sempre più recenti,[98] il pregiudizio concretamente risarcibile verrà valutato caso per caso – in

---

[95] Quello che JHERING – padre della *culpa in contrahendo* – individua come *Negatives Vertragsinteresse* – consistente nel *Interesse am Nichtabsclusss des Contracts* (interesse a non concludere il contratto).

[96] Anche il c.d. interesse negativo riprende le formule utilizzate per la qualificazione delle fattispecie di danno: il danno emergente, in questo caso, consisterà nelle spese che un soggetto ha inutilmente sostenuto per affrontare trattative che poi si sono rivelate inutili; mentre, il lucro cessante, verrà individuato nella perdita di occasioni alternative e favorevoli che il soggetto avrebbe potuto accettare, a discapito della trattativa che era in corso al momento.

[97] Tra molti autori, si faccia riferimento a SACCO, *Il contratto*, in Tratt. Vassalli, VI, 2, Torino, 1975, pag. 926 e ss. In giurisprudenza, la tendenza generale è quella di escludere che il risarcimento dell'interesse positivo possa quantitativamente superare l'interesse contrattuale positivo, a riguardo cfr. Cass., 30 luglio 2004, n. 14539; Cass., 30 agosto 1995, n. 9157; ex multis.

[98] Cass., SS.UU., 16 Luglio 2001, n. 9645; Cass., 30 luglio 2004, n. 14539; Cass., 23 febbraio 2005, n. 3746; più risalente Cass., 21 gennaio 1985, n. 226.

considerazione della fattispecie particolare che è la violazione dei doveri precontrattuali – e la sua risarcibilità dovrà essere improntata al principio di integrale riparazione dei danni subiti. E' evidente – in questo caso – il richiamo alla disciplina regolatrice della responsabilità aquiliana ex artt. 2043 e 2056 c.c. ed alle disposizioni in materia di liquidazione del danno.

Tuttavia, optando per la soluzione aquiliana, non potrà essere applicabile l'art. 1225 c.c che invece, nella responsabilità contrattuale, opera come limite alla risarcibilità dei soli danni prevedibili – oltre ai casi di condotta dolosa. Infatti l'art. 2056 c.c. richiama esclusivamente l'art. 1223 – 1226 – 1227 del c.c., ma non anche il 1225.

E' opinione prevalente ritenere perciò inapplicabile il criterio della prevedibilità dei danni in occasioni di *culpa in contrahendo*.[99] Inoltre la limitazione posta dall'art. 1225 c.c. trova il suo presupposto nel sorgere di un obbligo di prestazione – di contenuto esattamente identificato – che sia stato volontariamente assunto; per cui non potrà andare oltre quello che poteva essere ragionevolmente prevedibile al momento del sorgere dell'obbligazione. E' evidente, invece, che non possa essere circoscritto compiutamente il contenuto dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, sussistente fin dal momento delle trattative, per cui non sarebbe equo limitare *a priori* l'entità del danno risarcibile ai soli danni prevedibili – proprio come accade in ipotesi di illecito aquiliano.[100]

---

[99] Cfr. per questa opinione, ROPPO, *op. cit*., pag. 1130 e ss.

[100] L'art. 2056 c.c., richiamando il 1223, ritiene risarcibile qualsiasi voce di danno che sia conseguenza immediata e diretta della condotta colposa/dolosa della controparte, senza alcuna limitazione di sorta.

CAPITOLO III

REGOLE DI VALIDITA' E DI CORRETTEZZA

Sommario: **1.** Il principio di non interferenza – **2.** L'abuso di dipendenza economica **3.** Le clausole vessatorie nei contratti del consumatore **– 4.** Elaborazione di una clausola generale di buona fede ex art. 1337 c.c.: obbligo generale di informazione?

1. Il principio di non interferenza:

L'ambito della responsabilità precontrattuale rappresenta un terreno fertile per l'analisi dei rapporti tra le regole di validità e quelle di correttezza che, data la loro possibile incidenza nella fase della formazione del contratto appunto, potrebbero dar luogo ad ingerenze reciproche.

Preliminarmente va individuato cosa debba intendersi per regole di validità[101]: esse infatti consistono in "regole tipicamente formali",[102] espressamente tipizzate dal legislatore ed attengono alla struttura del negozio stesso. Diversamente, invece, le regole di correttezza possono essere facilmente ricondotte nelle tipiche clausole generali[103] di contenuto non direttamente

---

[101] Con tale espressione si vuole seguire l'impostazione di D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Ed. Scientifiche Italiane, Collana Univ. Catanzaro <<Magna Graecia>>, 1996, pag. 9, in cui l'autore circoscrive le norme relative ad ipotesi di annullabilità del contratto, perlopiù in relazione ai c.d. vizi del consenso.

[102] Così PIETROBON, in *Errore, volontà ed affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, pag. 156-157.

[103] Sulla nozione di clausola generale, moltissimi sono i contributi: RODOTA', *Il principio di buona fede e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in Banca, Borsa e Titoli di credito, 1965, vol. I; SACCO, *Il contratto*, in Tratt.dir.civ., diretto da Vassalli, Torino, 1975, pag. 926 e ss.; DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in Riv. crit. dir. priv., 1984, pag. 539 e ss.; FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, in Riv. dir. civ., I, 1987.

predeterminato dalla legge, ma plasmato su modelli sociali e comportamentali dai contorni altrettanto sfumati.

E' agevole perciò desumere che tra queste serie di regole sussista una sostanziale autonomia[104], tanto da ammettere la possibilità per la parte danneggiata di chiedere il risarcimento rinunciando all'azione di annullamento[105]; autonomia che balza subito agli occhi nell'ipotesi di esclusione dell'ingerenza delle regole di correttezza nel giudizio di validità[106]; ma che presenta profili alquanto problematici nella relazione inversa: dovrà infatti essere verificato se, in determinate ipotesi in cui risultano astrattamente applicabili entrambi i modelli di regole, il giudizio di validità (positivo) sia idoneo ad influenzare quello di correttezza.

Infatti, date tipiche ipotesi d'invalidità – rigorosamente formalizzate dal legislatore – non dovrebbe essere ammessa quale conseguenza derivante da una scorrettezza precontrattuale, l'invalidità stessa dell'atto posto in essere, sebbene la scorrettezza e le sue conseguenze sul piano economico possano ritenersi moralmente e socialmente riprovevoli.

In questo caso allora, dovrebbe ammettersi che le regole di validità sono poste come parametro indiretto per fissare "*la soglia della moralità e correttezza che l'ordinamento si preoccupa di garantire in fase di contrattazione*"[107], al di sotto della quale i comportamenti delle parti – pur moralmente e socialmente censurabili – non assumono rilevanza per il diritto.

E' questione di non poco conto se si tiene in considerazione il fenomeno della rapida e costante espansione delle regole di correttezza precontrattuale, che

---

[104] Principio tradizionalmente e pressoché unanimemente riconosciuto.

[105] Per lo sviluppo di questo principio cfr. BIANCA, *Diritto Civile, III*, cit., pag. 162.

[106] Anche se deve segnalarsi – come sottolinea anche D'AMICO, *op. cit*., pag. 11 – come alcune ipotesi tipiche di invalidità siano caratterizzate da evidenti violazioni delle regole di correttezza (così come individuate): basti pensare alla violenza morale o al dolo.

[107] Riferimento testuale alle pagine della monografia di D'AMICO, *op. cit*., pag. 12.

vengono perciò poste a confronto con la tipicità dei vizi del consenso[108], principio tradizionalmente consolidato, ma che negli ultimi anni sta subendo una lenta erosione ad opera di alcune teorie che hanno l'obiettivo di *"sdoganare"* le rigide barriere createsi.

La formalità delle regole sulla (in)validità del contratto dovrebbe, quindi, essere inficiata dal rilievo che il legislatore ha voluto dare al principio dell'affidamento, non inteso solamente nel senso di criterio di buona fede nell'interpretazione del contratto, ma come parametro di tutela equitativa di entrambe le parti.[109] Così impostata la questione, si dovrebbe riconoscere un prevalere[110] delle valutazioni di buona fede, su quelle formali – relative alla sussistenza di un dato elemento della fattispecie – tanto da attribuire alle prime fondamento di efficacia del negozio posto in essere.

Questo, tradizionalmente, non poteva essere ammesso e condiviso, in considerazione della natura e funzione che assolvono le regole di validità, le quali comunque non possono dirsi immuni da influenze di tipo equitativo, ma che trovavano campo solo nella misura in cui esse fossero state formalizzate espressamente nella disciplina di validità.

---

[108] Tralasciando l'analisi del significato del termine "tipico", da intendersi nel senso giuridico di tassatività delle forme di realizzazione del fenomeno giuridico; di "marcata tipicità dei vizi del volere", parla SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I, cit., pag. 321.

Altri autori parlano invece di un "principio di tipicità elastica" a cui s'ispira l'ordinamento nel sistema dell'illecito civile che, a differenza di quello penale, è caratterizzato da una serie aperta di fattispecie delittuose, modellata sulla clausola generale del <<danno ingiusto>>: così ne parla CASTRONOVO, in *Problema e sistema nel danno da prodotto*, Milano, 1979, pag. 109 e ss.

[109] E' la tesi di PIETROBON, in *Errore, volontà ed affidamento nel negozio giuridico*, cit., pag. 106

[110] Cit. test. PIETROBON, *ult. op. cit.*, pag. 108: "Appare quindi giustificato parlare di un principio dell'affidamento in senso ampiamente equitativo o di giustizia sostanziale, come del principio secondo il quale il giudizio sulla esistenza e validità del contratto non deve obbedire tanto ad una valutazione formale della sussistenza o non sussistenza di un certo elemento concettuale della fattispecie, quanto piuttosto, in ultima analisi, ad una valutazione di buona fede in senso ampio sul contegno delle parti, sul modo in cui ognuna ha cercato di realizzare il proprio interesse."

Funzione principale della normativa sulla validità è – appunto – garantire la certezza dell'esistenza del fatto giuridico, che verrebbe resa vana se fosse consentita l'ingerenza di implicazioni di tipo etico. C'è un sottile equilibrio impostato dal legislatore, considerato <<*giusto*>> e che non dovrebbe essere alterato, tra la tutela dell'autore della dichiarazione e quella del destinatario; equilibrio che si rispecchia nell'art. 1371 c.c.[111], norma di chiusura con carattere generale sull'*equo contemperamento degli interessi* dei contraenti.

E' evidente che il principio di non interferenza tra le regole di validità e quelle di correttezza non ha il suo fondamento nelle singole fattispecie dei vizi del volere, ma nella natura e funzione della loro disciplina generale.[112]

Tra coloro i quali si schierano a favore della vigenza del principio di non interferenza, possono individuarsi due filoni[113] in parte divergenti: uno[114] sostiene l'assoluta impossibilità di interferenza tra le due serie, negando quindi qualsiasi rilevanza a regole di condotta non espressamente sanzionate dal legislatore; un altro[115] invece – fermo restando il principio in questione –

---

[111] Secondo PIETROBON, *op. cit.,* pag. 111, l'art. 1371 c.c. è espressione del fine ultimo che ha animato il legislatore nel riconoscere l'autonomia del privato e nel dettare la disciplina del contratto; sottolineando il suo carattere generale e sussidiario, in grado di rendere completo il sistema dell'interpretazione.

[112] Critica fortemente la distinzione – elevata a principio – delle regole di validità e regole risarcitorie, TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 603 e ss.

[113] Sono stati individuati da MERUZZI*, La responsabilità precontrattuale tra regole di validità e regole* di correttezza, cit., pag. 952.

[114] Tra i principali sostenitori troviamo ovviamente D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit.; per tesi più risalenti, PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento del negozio giuridico*, cit., pag. 106; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, pag. 272.

[115] NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, pag. 100; MANTOVANI, *op. cit*., pag. 162; SCONDITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, nota a sentenza in Foro.it, 2006, pag. 1108 e ss.

stempera l'assoluta irrilevanza delle regole di condotta attraverso l'utilizzo del rimedio risarcitorio (non toccando quindi lo strumento dell'invalidità).

L'impostazione tradizionale dell'assoluta non interferenza[116] suscita alcune riserve, soprattutto in considerazione del fatto che la conseguenza sarebbe l'incensurabilità di scorrettezze *in contrahendo*, qualora il contratto sia validamente concluso, ma il suo contenuto influenzato dalla condotta riprovevole.

Per quanti consensi abbia ricevuto tale principio, tuttavia devono essere evidenziate alcune tesi che inficiano il principio di autonomia.

Per quanto qui interessa, il più rilevante è quello degli obblighi precontrattuali (d'informazione) ex 1337 (e 1338) c.c.: dalla buona fede *in contrahendo*, diversi autori ricavano un generale dovere di buona fede che incombe su entrambe le parti della trattativa, dalla cui violazione consegue non solo la responsabilità precontrattuale, ma l'invalidità stessa dell'atto posto in essere.

Nell'ambito della legislazione speciale, in particolar modo nelle relazioni commerciali tra imprese ed in quelle con i consumatori, in cui è molto dibattuto il tema dell'abuso di autonomia negoziale, il principio di non interferenza è messo in discussione da coloro i quali rinvengono nell'abuso di dipendenza economica[117] o nella vessatorietà delle clausole inserite nei

---

[116] Confermata sul piano giurisprudenziale da Cass., 14 luglio 2000, n. 9321; Cass. 25 settembre 2003, n. 14234; oltre Cass., 29 settembre 2005, n. 19024 che si avrà modo di analizzare più dettagliatamente in seguito.

[117] Si deve peraltro precisare che parte della dottrina configura l'abuso di dipendenza economica come una figura speciale di abuso del diritto. Ciò si può sostenere se e in quanto si superi l'idea più tradizionale, che inquadra l'abuso del diritto secondo l'elemento soggettivo del dolo specifico, e si adotti una nozione *oggettiva* di abuso, caratterizzata non tanto dalla violazione dolosa di un dovere comportamentale, bensì dalla deviazione, oggettivamente accertabile, di un atto di esercizio di un diritto rispetto alla tutela dell'interesse per la cui protezione l'ordinamento attribuisce il diritto al suo titolare. Cfr. in tal senso D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in Contratti, 2010, pag. 11 e ss.

contratti con i consumatori, una violazione della buona fede da cui l'ordinamento fa discendere la nullità del patto o della clausola.

2. L'abuso di dipendenza economica:

Concentrando l'attenzione sulle relazioni commerciali tra imprese, l'art. 9 della legge 192/98, novellato dall'art. 11 della legge n. 57 del 2001, disciplina il divieto di abuso di dipendenza economica[118] e prevede la nullità delle "condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose", che vengono in rilievo qualora un'impresa sia in grado di determinare nei rapporti con un'altra un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi. Preliminarmente va osservato che la norma non è volta a tutelare ogni squilibrio tra le parti, attraverso un controllo dell'equità dell'assetto degli interessi contrattuali, ma solo nell'eventualità in cui sia esso sia eccessivamente gravoso e di tale situazione l'impresa in

---

[118] L'abuso di dipendenza economica nasce come sviluppo del diritto *antitrust* di divieto di abuso di posizione dominante. In progresso di tempo, in tema di abuso di posizione dominante è stata elaborata la distinzione tra posizione dominante assoluta e relativa; quest'ultima non ha più come riferimento il mercato complessivamente considerato, ma viene circoscritta ad un determinato gruppo di soggetti, tra i quali possa sorgere una relazione all'interno di un mercato più vasto (ad es. un produttore con la sua rete di distributori esclusivi) La "posizione dominante relativa" viene anche correntemente denominata "dipendenza economica". Cfr. per questo particolare rilievo, LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in Riv. dir. civ., 2006, pag. 1; ma i contributi in materia sono molto numerosi, v. ex multis, DI LORENZO, A*buso di dipendenza economica e contratto nullo*, Napoli, 2009; CATALANO, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2009; SCARSO, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale* (Parte Prima e Parte Seconda), in Resp. civ. e prev., 2008, pag. 261 e 561; MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese*, in Riv. dir. civ., 2005, n. 6, pag. 663 e ss.; ROMANO, *La natura della responsabilità di abuso di dipendenza economica tra contratto, illecito aquiliano e culpa in contrahendo*, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2012, parte prima, pag. 298 e ss.

posizione *dominante* ne abbia approfittato. Non è dato rinvenire nella disposizione in esame, tuttavia, l'indicazione di un criterio attraverso il quale poter procedere alla verifica dell'equità dell'assetto degli interessi; soprattutto in considerazione delle esigenze di coordinamento con le disposizioni comuni del codice civile, in particolare quelle sulla nullità.[119]

Il divieto di abuso di dipendenza economica poggia le sue basi nell'esigenza – diventata negli anni sempre più stringente – di tutela del contraente *debole*, al quale siano state imposte le condizioni ingiustificatamente gravose, il che permette di raccordarsi facilmente alla disciplina contenuta negli artt. 33 e ss. del codice del consumo. Tuttavia, accomunare le due fattispecie all'interno dello stereotipo del *contraente debole* non permette di ricostruire esattamente le differenti condizioni in cui la mancanza di potere nell'esercizio dell'autonomia negoziale viene a manifestarsi: il consumatore è contraente debole per la sua incompetenza nel contrattare, determinata dall'asimmetria informativa che caratterizza la relazione contrattuale con il professionista; l'imprenditore, che subisce la dipendenza economica nei confronti di un'altra impresa, non è incapace a negoziare, tuttavia si trova nella situazione in cui la sua libertà di scelta è fortemente limitata dal comportamento abusivo dell'impresa sua controparte, e dalla mancanza di reperire sul mercato *reali alternative soddisfacenti*. Di conseguenza, è differente la tutela accordata dall'ordinamento alle due *parti deboli*: nei contratti tra imprese è previsto un controllo sull'equilibrio economico dello scambio – precluso in quelli tra consumatore e professionista –, consentendo all'autorità giudiziaria di sindacare sugli atti di autonomia privata, senza che la legge dia espressa rilevanza alla disparità di potere tra le parti. In dottrina, si è spesso ricorsi alla buona fede ex art.1337 c.c. per permettere un "controllo di ragionevolezza"

---

[119] Cfr. in particolare, DI LORENZO, *ult. op. cit.*, pag. 6.

sull'assetto economico (e privato) delle parti.[120] L'automatismo dell'uguaglianza tra comportamento abusivo e contrarietà a buona fede comporta il rischio di una declaratoria di nullità, sganciata tra quei criteri concreti ed oggettivamente valutabili, quali possono essere in questo caso, i criteri economici.[121]

I presupposti della tutela accordata all'impresa, infatti, devono individuarsi nel contesto del mercato stesso; l'art. 9 della L. 192/98 – si è detto – subordina la protezione al caso in cui un'impresa sia in grado di determinare nei confronti di un'altra un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi, nonché all'impossibilità di trovare soluzioni alternative e soddisfacenti, ma non è dato rinvenire un qualsivoglia accenno alla buona fede. La dottrina, nel tentativo di individuare il rapporto che intercorre tra questi due elementi, ha attribuito all'*eccessivo squilibrio* un valore solamente indiziario[122] dell'esistenza di una dipendenza economica, ma è soltanto con l'accertamento in concreto della mancanza di reali alternative (soddisfacenti), che può dirsi integrata la fattispecie protetta dal divieto di abuso di tale dipendenza. E' però richiesta un'ulteriore indagine per verificare se l'assetto iniquo di interessi sia conseguenza di una negligenza dell'impresa – sulla quale grava lo squilibrio – nel valutare la convenienza economica del contratto che stava concludendo, oppure se effettivamente dipenda dalla mancanza di alternative: nel primo caso, infatti, qualora l'imprenditore, nonostante l'esistenza di valide

---

[120] In tal senso v. RICCIO, *La clausola generale della buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in Contr. e impr., 1999, pag. 21.

[121] Cfr. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese*, cit., pag. 676, in cui si legge testualmente: "È del resto evidente che il richiamo alla buona fede, quale parametro più genuinamente giuridico per la decisione della lite, non è affatto escluso dal ricorso del giudice alle valutazioni di tipo economico: la (contrarietà a) buona fede potrà offrire, in altri termini, la veste giuridica alle considerazioni che, in chiave prettamente economico-imprenditoriale, inducono a ritenere abusivo il comportamento del soggetto più forte."

[122] In tal senso anche DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, cit., pag. 21.

alternative, abbia comunque deciso di concludere il contratto ingiustificatamente gravoso non potrà accordarsi la tutela prevista ex art. 9 L. 192/98 e l'eventuale squilibrio resterà a carico dell'imprenditore negligente.[123]
Deve comunque concludersi che entrambi i criteri concorrono in egual misura nell'accertamento dell'abuso: l'eccessivo squilibrio e la mancanza di reali alternative soddisfacenti. Tale assunto è confortato dalla congiunzione <<anche>>, contenuta nel secondo capoverso dell'art. 9, primo comma.[124]
Una volta definita, seppur in termini generali, la fattispecie di dipendenza economica; l'art. 9 della L. 192 del 1998, al secondo comma tipizza alcune fattispecie in cui possa dirsi integrato l'abuso di dipendenza economica: il rifiuto di contrarre; l'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose e l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. Per quello che rileva in questa sede, la disposizione in esame sanziona con la nullità il patto che abbia realizzato l'abuso attraverso l'imposizione di condizioni ingiustificatamente gravose: interpretata alla lettera, lo squilibrio delineato nell'assetto degli interessi assurgerebbe a causa d'invalidità del contratto; la quale non è posta a protezione della conformità del regolamento contrattuale rispetto alla comune volontà delle parti, ma presuppone un controllo sulla difformità degli interessi rispetto ad un parametro esterno.[125] I *criteri extralegali* che di volta in volta sono stati individuati in dottrina, sono comunemente quelli della buona fede, equità e della giustizia; con ciò consentendo al giudice un approccio discrezionale disancorato da qualsivoglia criterio positivo. L'assunto secondo il quale il divieto di dipendenza

---

[123] Cfr., per tali rilievi, SACCO, *Il contratto,* t. I, cit., pag. 17; DI LORENZO, *op. cit.,* pag. 22 e ss.; nonché LIBERTINI, *op. cit.*, pag. 10 e ss.

[124] Di questo avviso, VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in Riv. dir. priv., 2007, pag. 7; DI LORENZO, *op. cit.*, pag. 22.

[125] Ciò perché, in dottrina, si ritiene che la disposizione in esame contenga una clausola generale, che richiede una costante integrazione attraverso criteri extralegali.

economica costituirebbe un corollario del principio di buona fede e correttezza nei rapporti tra imprenditori, nonché di tutela della libertà di iniziativa economica, comporta il fatto che in queste ipotesi il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di correttezza non sarebbe rispettato, posto che a fronte di un comportamento abusivo dell'impresa – non rispettoso del principio di buona fede e che integri una delle tre fattispecie previste ex art. 9, secondo comma – l'ordinamento ricollega la nullità del patto.[126]

Tuttavia, in tali fattispecie sembrerebbe più opportuno attribuire rilevanza non tanto alla condotta abusiva, che abbia limitato la libertà di scelta della controparte, quanto piuttosto allo *squilibrio* che si presta ad essere il parametro alla cui stregua poter verificare l'esistenza della dipendenza economica. Lo squilibrio contrattuale, considerato singolarmente, tuttavia non è sufficiente per la declaratoria di nullità: è, infatti, richiesto che esso sia ingiustificato ed eccessivamente gravoso.[127] Il giudice – vincolato dall'indice positivo ed oggettivamente valutabile dello squilibrio – procederà all'accertamento dell'iniquità del regolamento contrattuale e dovrà valutare se esso sia conseguenza di una libertà di scelta fortemente limitata, oppure sia frutto di una condotta imprudente della stessa impresa, sulla quale ricadono le conseguenze dello squilibrio. Qualora l'autorità giudiziaria, sulla base di questi indici positivi e non alla stregua della regola di buona fede, abbia individuato un abuso di dipendenza economica, sarà lo stesso regolamento squilibrato ad integrare gli estremi del comportamento vietato: è lo squilibrio

---

[126] Si pensi all'ipotesi di interruzione arbitraria delle relazioni già in atto, individuata come lesione del legittimo affidamento e della buona fede, e perciò considerata – da alcuni autori – fonte di responsabilità precontrattuale, in grado di determinare l'invalidità stessa del negozio.
Cfr. ROMANO, *La natura della responsabilità di abuso di dipendenza economica tra contratto, illecito aquiliano e culpa in contrahendo*, cit., pag. 304.

[127] Tale per cui, in caso di eventuali ragioni che giustifichino lo squilibrio, non si dovrebbe procedere alla declaratoria di nullità. Cfr. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo,* cit., pag. 71.

contrattuale che funge, complessivamente, da presupposto per accertare la dipendenza economica e da fondamento per la declaratoria di nullità. Alla luce del ragionamento svolto, appare più coerente con il principio di non interferenza ancorare la nullità del patto all'iniquità del regolamento – oggettivamente considerata – piuttosto che al comportamento scorretto dell'impresa *dominante.* La buona fede intesa quale regola di comportamento, di per sé, infatti, non identifica *a priori* contenuti materiali a cui ricollegare la nullità dell'atto o delle clausole: la concretezza di questi criteri, perciò, deve necessariamente provenire da altre fonti che non siano <<meramente comportamentali>>, come ad esempio l'equità.[128]

3. Le clausole vessatorie nei contratti del consumatore:

Un altro settore in cui poter osservare – per coloro i quali sostengano tale tesi – una possibile interferenza tra regole di validità e regole di comportamento è quello relativo alla disciplina consumeristica ed in particolare il caso delle clausole vessatorie inserite nei contratti ad opera del professionista. L'art. 33 del Codice del Consumo[129], infatti, introdotto per offrire una maggiore tutela di carattere sostanziale al contraente in posizione di debolezza, fornisce una nozione generale di clausola vessatoria, secondo la quale <<nei contratti tra professionista e consumatore si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio di diritti ed obblighi>>. A tale disposizione deve poi collegarsi, in sequenza logica, anche l'art. 36 cod. cons., il quale prevede la

---

[128] Sul punto v. D'AMICO, *Buona fede in contrahendo*, cit., pag. 345.

[129] Entrato in vigore nel 2005, ad opera del D.Lgs. 206/2005, su impulso della Dir. CE 13/93.

nullità di queste clausole abusive[130]. Il fondamento della sanzione delle clausole abusive, secondo parte della dottrina[131], sarebbe da rinvenirsi nella teorica dell'abuso del diritto. Il legislatore, infatti, ha riconosciuto ad una parte – il professionista – il potere di determinare il regolamento contrattuale unilateralmente ed in via (anche) generale; ciò altro non vuol dire che riconoscere ad una sola parte il potere di derogare al diritto dispositivo sulla base della sua volontà, pur tuttavia non senza adeguate precisazioni. Questo "potere" fin quando è esercitato da entrambe le parte sulla base di un comune consenso, garantisce una parvenza di equità dello specifico rapporto definito tra quei particolari contraenti. Nel caso di regolamenti contrattuali, predisposti unilateralmente dal professionista, la mera *adesione* del contraente debole al regolamento, già formalmente definito in tutti i suoi punti, non appare garanzia sufficiente; ed è proprio in questo frangente che si profila la netta possibilità di un abuso.

La principale problematicità della normativa in esame, fin dalla sua prima formulazione ex art. 1469 *bis* del codice civile, è l'espressione <<malgrado la buona fede>>, ritenuta da una parte della dottrina con il significato di <<in contrasto con la buona fede>>[132]: da tale conclusione si fa discendere la

---

[130] Differentemente dall'art. 1469 *quinquies* c.c. che, in passato, prevedeva la sola inefficacia delle clausole abusive.

[131] Tale rilievo è stato osservato da D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., pag. 337-338; nonché da ALPA, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in Il corriere giuridico, 1993, pag. 639.

[132] In tale occasione non si è dato seguito al parere reso dal Consiglio di Stato, in occasione dei lavori preparatori del codice, che suggeriva di sostituire l'espressione in questione, con quella <<in contrasto con la buona fede>>. E' stato, invece, adottato il criterio proposto dall'Antitrust e l'espressione è rimasta immutata, nell'ottica di garantire un più elevato livello di tutela.

Per un'attenta ricostruzione del complesso iter che ha portato all'emanazione del Codice del Consumo, cfr. CATRICALA'-PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, pag. 6 e ss.

possibile rilevanza della *buona fede invalidante*[133], idonea a minare con l'invalidità la clausola abusiva del regolamento contrattuale, qualora essa abbia determinato un significativo squilibrio e sia perciò contraria alla buona fede oggettiva. Secondo questa interpretazione, perciò, in tali ipotesi, entrambi i criteri si eleverebbero a fondamento per la declaratoria di nullità. L'articolo 33 del codice del consumo consentirebbe, quindi, il superamento della tradizionale dicotomia tra regole di validità e regole di condotta – permettendo anche un eventuale cumulo dei rimedi – attraverso l'inserimento tra i requisiti strutturali della fattispecie, di un elemento attinente esclusivamente al rapporto 'precontrattuale' delle parti. La qualifica della vessatorietà di una clausola presuppone, quindi, un accertamento anche in punto di correttezza del comportamento del professionista, dando così ingresso ad una fondata sull'art. 1337 c.c.[134] Così, sulla base di una valutazione di buona fede, si dovrà stabilire se il sacrificio imposto al consumatore attraverso la clausola abusiva (unilateralmente predisposta) sia giustificato da un interesse del professionista ritenuto meritevole di tutela; ciò non sarà in tutti quei casi in cui l'abusività della clausola abbia il suo fondamento nell'approfittamento da parte del predisponente della sua posizione di supremazia economica nei confronti delle sue controparti.

Altra parte della dottrina è incline a ravvisare nella violazione della buona fede oggettiva, il fondamento esclusivo per l'accertamento del carattere abusivo della clausola; per cui al professionista sarebbe imposto di <<esercitare il proprio potere in conformità con il principio di equità>>[135]

---

[133] Il corsivo nel testo riporta l'espressione utilizza da D'AMICO, *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, in Riv. dir. civ., 2002, pag. 51.

[134] E' la tesi sostenuta da SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in Riv. dir. civ., 2005, pag. 138.

[135] Come sostiene BIANCA, *Le tecniche di controllo delle clausole vessatorie*, in Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, a cura di BIANCA e ALPA, Milano, 1996, pag. 360.

Lo squilibrio determinatosi nel regolamento contrattuale diventerebbe, quindi, solamente un indice da cui desumere la scorrettezza del comportamento, indipendentemente dal fatto che esso possa essere significativo o meno, in quanto la violazione della buona fede concorrerebbe da sola a determinare la nullità.

Coerentemente con il principio di non interferenza, il presupposto dell'invalidità della clausola deve, piuttosto, essere individuato (anche in questo caso) proprio nel *significativo squilibrio* dei diritti e degli obblighi e nell'iniquità che esso comporta, da valutare alla stregua delle circostanze complessive degli interessi in causa.[136] Non pare quindi che entrambi i criteri enunciati nell'art. 33 cod. cons. – buona fede e squilibrio contrattuale – concorrano cumulativamente a far dichiarare l'eventuale nullità della clausola: ciò lo si desume dal fatto che la condizione psicologica "corretta" del professionista non evita la declaratoria di nullità della clausola, qualora abbia determinato uno squilibrio significativo. Infatti, nel caso in cui sia stato determinato un assetto sproporzionato delle condizioni contrattuali, quest'ultimo sarà comunque sanzionato con l'invalidità, quandanche il professionista fosse stato in buona fede.

Questa soluzione sembra essere coerente anche con le esigenze di un maggior grado di tutela per il consumatore, permettendo di qualificare come abusiva la clausola che abbia determinato uno squilibrio (significativo), ma senza richiedere l'ulteriore accertamento che essa sia frutto di una condotta scorretta del professionista in fase di trattativa. Diversamente, si aggraverebbe la posizione del consumatore, perché dovrebbe fornire in giudizio la difficile

---

[136] Condividono questa opinione D'AMICO, *ult. op. cit.*, pag. 51; MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei « contratti del consumatore » nel sistema del codice civile*, in Studi in onore di Rescigno, III, Obbligazioni e contratti, Milano, 1998, pag. 535 e ss.; DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, cit., pag. 74 in cui si legge: "[…] Squilibrio che, invece, costituisce il presupposto esclusivo della nullità della clausola."

prova della malafede del professionista, posto che nel nostro ordinamento la buona fede è presunta.[137] Appare più consono, anche in questo caso, il ricorso all'equità, la quale non costituendo una clausola generale, a differenza della buona fede, non individua "parametri per la formazione giudiziale di regole di decisione", ma è frequentemente utilizzata in funzione di criterio decisorio in grado di correggere le disposizioni contrattuali frutto dell'esercizio dell'autonomia privata; in considerazione del fatto che è sempre ancorata alle circostanze del caso concreto.[138] Non si deve, tuttavia, tralasciare quanto statuito nell'art. 34, secondo comma, cod. cons.: è, infatti, precluso qualsiasi sindacato sull'adeguatezza del corrispettivo rispetto ai beni forniti dal professionista; neanche attraverso il ricorso all'equità.

Non si può a questo punto ritenere, come fa una parte della dottrina, che buona fede ed equità abbiano medesima funzione nel regime dei contratti del consumatore: soltanto la seconda, si è detto, opera come un *criterio di giudizio ed autonomo principio regolativo*[139], richiamando l'art. 1374 c.c.[140] e consentendo all'autorità giudiziaria di intervenire non solo in funzione integrativa delle lacune che possono determinarsi nel contratto, ma anche correttiva del contenuto *viziato* dalla vessatorietà delle clausole, che vengono caducate. Diversamente, dovrebbe attribuirsi alla buona fede richiamata nella disciplina consumeristica una valenza più ampia di quella che può essere considerata nelle disposizioni comuni del codice civile: quest'ultima limitata alla funzione di regola di responsabilità, mentre la buona fede nel codice del

---

[137] Quindi l'espressione <<malgrado la buona fede>> dovrebbe essere correttamente lette nel senso di <<nonostante la buona fede>>, <<pur sussistendo la buona fede>>.

[138] Di questo avviso MENGONI, *ult. op. cit*., pag. 543, di cui è riportato tra virgolette un passaggio; D'AMICO, *ult. op. cit.*, pag. 51; DI LORENZO, *ult. op. cit.*, pag. 79.

[139] Il corsivo riporta un'espressione di DI LORENZO, *op. cit*., pag. 81.

[140] Per questo rilievo cfr., in particolare, D'AMICO, *op. cit.*, pag. 51, che riporta la tesi di MENGONI, *op. cit*., pag. 545.

consumo si innalzerebbe a regola di validità; conclusione che pare inaccettabile.[141]

4. Elaborazione di una clausola generale ex art. 1337 c.c.: obbligo generale di informazione?

Nell'ottica di una possibile incrinatura del principio di non interferenza, ad opera della rilevanza sempre maggiore che è attribuita alla buona fede, possono essere tracciate alcune ipotesi in cui atti negoziali perfettamente conformi alle regole relative alla loro struttura, presentano tuttavia alcune incongruenze rispetto agli interessi economici cui erano preordinati, oppure risultano il frutto di scelte non completamente libere e consapevoli. Si tratta di situazioni intermedie*, <<nelle quali non si rinvengono i tratti della fattispecie astratta del vizio, così come prefigurata dal legislatore, ma che si caratterizzano per una condotta scorretta e sleale del partner, fatta di silenzi, reticenze, menzogne, pressioni, approfittamenti, sfruttamenti di stati psichici, e così via.>>*[142]

---

[141] Da riportare la particolare opinione di D'AMICO, *op. cit.*, pag. 51, di cui si riporta un passaggio: "La buona fede di cui alla normativa sui contratti dei consumatori è, invece, regola che vale per uno solo dei contraenti, ed è essenzialmente regola *all'attività*; esprime il limite interno all'esercizio di un potere di autonomia eccezionalmente concesso ad uno solo dei contraenti (in deroga all'art. 1322 c.c. […]), potere soggetto appunto al generale divieto di abuso."

[142] E' citato testualmente un passo dell'opera di M. MANTOVANI, in *<<Vizi incompleti>> del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., pag. 2. Per tale autrice, si tratta di una gamma di fattispecie alquanto variegata, in cui appare difficile che possano essere integrati gli estremi del vero e proprio dolo, oppure si pensi alla conclusione di un contratto, ottenuta attraverso pressioni che, tuttavia, non rivestono i caratteri richiesti ex art. 1435 c.c. ai fini della richiesta dell'annullamento; o ancora ad un errore (riconoscibile e non essenziale) in cui sia incorsa una parte – errore sui motivi – di cui l'altra abbia approfittato.

A fronte di tali situazioni di abuso del contraente nella formazione del contratto[143], fino a tempi recenti era pacifica la soluzione che doveva essere data: il contratto restava valido, senza possibilità di alcuna impugnativa.[144]
Il principio di non interferenza tra regole di validità e correttezza poteva essere ritenuto un punto fermo dell'ordinamento sotto la vigenza del cod. civ. del 1865, in cui non era prevista una disposizione del calibro e portata qual è quella prevista dall'articolo 1337 c.c.: non essendo stato previsto un obbligo di agire in buona fede, ciò garantiva la validità di un atto pur realizzato attraverso una condotta scorretta – nella fase precontrattuale – di uno dei contraenti.
Il giudizio di buona fede veniva, quindi, inglobato in quello di validità, senza che potesse avere un'incidenza diretta ed immediata.[145]
Sennonché l'introduzione nel codice civile del 1942 di una norma come l'art. 1337, senza precedenti né corrispondenti esteri, mette a dura prova il sistema del principio di non interferenza, perché interpretandola congiuntamente con altre disposizioni (artt. 1175, 1338, 1366, 1375, 1460 co. 2), può essere ricavato un generale principio di buona fede che permea l'intera fattispecie contrattuale e non si estrinseca solo come regola di condotta[146], ma – e qui sta

---

[143] Su questo tema, tra tanti contributi, si segnala CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Perugia, 1979.

[144] Cit test. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9° ed., rist., Napoli, 1981, pag. 171: "…la contravvenzione al principio di buona fede esplica la sua influenza in altre maniere, obbligando al risarcimento dei danni, o riflettendosi sull'interpretazione o sull'esecuzione del negozio, ma non ne compromette la validità."

[145] Di questo tenore TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, cit., pag. 109.

[146] Si esprime in questo senso S. ROMANO, voce *Buona fede (dir. priv.)*, in Enc. del dir., V, Milano, s.d. ma, 1953, pag. 683: "…si tratta di un dovere di presentazione in conformità della realtà e non solo di una realtà generica ma di quella specificamente aderente alla causa del contratto e cioè di quel particolare scambio che si intende effettuare."

l'elemento di novità dirompente – anche come criterio di valutazione *a posteriori* del comportamento delle parti[147].

La clausola generale di buona fede, e più in generale le regole di correttezza, avrebbero quindi la forza precettiva di rendere nullo o annullabile il contratto, o una sua clausola, in virtù del principio di nullità virtuale ex art. 1418, co. 1°, qualora non dovesse essere conforme ad essa o qualora sia stata inserita una clausola che ne ostacoli *a priori* l'applicazione[148]. Chi, invece, contesta questa teoria – con non poche argomentazioni – sostiene che riconoscere alla buona fede ex 1337 c.c. la funzione di metro oggettivo con cui misurare l'invalidità di una clausola o dell'intero contratto, non soddisfa quelle esigenze di certezza che, invece, sono imprescindibili nel mondo degli affari. L'unica possibilità attraverso la quale si potrebbe far conseguire la nullità di un contratto, sarebbe quella di elevare il principio di buona fede al rango di principio di ordine pubblico; il che è da escludere, nonostante la sua portata, in considerazione del fatto che la buona fede non può costituire il limite inderogabile della manifestazione dell'autonomia privata. Sembrerebbe, quindi, che nonostante l'introduzione della nuova disposizione, resti confermato il principio di non

---

[147] La stessa MANTOVANI riprende la tesi di altri autori quali, tra tutti: BIGLIAZZI GERI, in *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.*, in Scritti in memoria di Barillaro, Milano, 1980, pag. 180. Tale tesi, che si stagliava al tempo contro l'opinione prevalente, non ravvisava nell'articolo in questione la fonte di un generico obbligo di comportamento, ma un parametro valutativo a posteriori delle condotte delle parti.

Per l'opinione contraria (e prevalente) che individua nel 1337 c.c. la fonte di obblighi integrativi di contenuto più o meno ampio: BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni,* cit., pag. 92 e ss.; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 35 e ss.

[148] A sostegno della nullità della clausola che pregiudichi a priori il ricorso alla buona fede: BIANCA, in *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in Riv. dir. civ., 1983, I, pag. 206; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in Banca, borsa, tit. cred., I, 1961, pag. 170.

interferenza[149]; il quale si manifesta nelle situazioni in cui un contratto è validamente concluso a seguito di condotte sleali e scorrette che hanno inciso sull'equilibrio degli interessi in gioco, a discapito di una delle parti. E' la costante affermazione della prevalenza delle esigenze di certezza rispetto al comportamento secondo buona fede.

Il principio di certezza del diritto che garantisce la stabilità e la sicurezza dell'intero ordinamento, per lungo tempo, ha rappresentato un ostacolo insormontabile per l'affermarsi dell'utilizzo delle clausole generali. In considerazione dell'ampio margine di discrezionalità che tale tecnica comportava, forte era il timore che potesse condurre ad una sorta di *decisionismo giudiziale*, tale da compromettere l'intero sistema.[150] Anche alla luce dei primi segnali di apertura mostrati dalla dottrina – e timidamente, come si vedrà in seguito, dalla giurisprudenza – non è stata data una lettura della clausola generale di buona fede degna di dar rilievo alla portata degli artt. 1337- 1338 c.c.[151] E' necessario preliminarmente andare ad individuare il nucleo essenziale della clausola in questione, tentando di delimitarla in uno schema (proprio delle fattispecie chiuse) contrastante con la sua formulazione aperta.

A differenza di altre disposizioni in cui sono pur inserite clausole di buona fede – oggettivamente intesa –, la buona fede ex art. 1337 c.c. si distingue per la sua particolare formulazione e funzione: mentre infatti le altre norme, quali

---

[149] Tuttavia deve segnalarsi una serie di sentenze, la cui massima espressione è nella sent. di Cass. del 29 settembre 2005, n. 19024, che pur confermando e ribadendo il principio in questione, viene impiegato lo strumento risarcitorio quale rimedio alla violazione delle regole di condotta.

[150] Alla base di tale atteggiamento di diffidenza vi erano anche implicazioni di tipo politico-ideologico, soprattutto se si considerano i principi dell'ordinamento corporativo, portatori dei fondamenti dell'ideologia fascista. Caduto il regime, si passò ad attuare una sorta di tacita abrogazione di tutte le disposizioni che potessero contenere un richiamo a tali principi di regime.

[151] E' quanto sostiene TURCO, in *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 224 e ss.

gli artt. 1175, 1366, 1375 c.c., fanno riferimento ad una situazione contrattuale già parzialmente o completamente predeterminata nel suo contenuto, assolvendo perciò ad una funzione integrativo–accessoria del rapporto obbligatorio, la buona fede ex 1337 c.c. non ha l'obiettivo di definire al meglio il contenuto negoziale o l'obbligo di prestazione, bensì è essa stessa il nucleo essenziale dell'obbligo di comportamento, nonché la fonte dei precisi obblighi comportamentali gravanti su entrambe le parti.[152] Con ciò conferendo alla buona fede precontrattuale una valenza generale nel sistema, caratterizzata dai doveri di informazione e comunicazione, tuttavia – come sostenuto da gran parte della dottrina – sganciata da riferimenti normativi certi ed oggettivi[153]. Il dovere precontrattuale di informazione e comunicazione specificato dall'art. 1337 non potrebbe perciò operare come clausola generale, in considerazione del fatto che lo stesso concetto di clausola generale è *bisognoso di integrazione valutativa*[154], che viene operata dal giudice attraverso il ricorso a criteri, definiti *extralegali* (derivanti dal costume, dall'etica, dalle prassi commerciali). L'art. 1337 c.c. è sprovvisto di un riferimento normativo, o di un ambito sommariamente predeterminato entro cui far operare come tale la clausola di buona fede in esso contenuto, alla quale generalmente dev'essere invece riconosciuta la caratteristica di clausola generale.

---

[152] Di questa tesi RAVAZZONI, *La formazione del contratto: le fasi del procedimento*, cit., pag. 131 e ss., che evidenzia la non appartenenza del dovere di buona fede precontrattuale a nessun diverso e preesistente dovere; MENGONI*, Sulla natura della responsabilità*, cit.

[153] Tra i tanti che negano rilevanza di clausola generale all'art. 1337 c.c.: D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto,* cit., pag. 257, il quale a sua volta richiama lo studio comparatistico di MORELLO, *Culpa in contrahendo e intese preliminari*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, II, Aspetti civilistici, Milano, 1986, pag. 136.

[154] MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, Riv. crit. di dir. priv., 1986, pag. 10, il quale parla delle norme contenenti clausole generali come "norme senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta."

Di conseguenza, far rientrare il dovere di informazione precontrattuale nel novero delle clausole generali, sganciato – come già osservato – da un qualsiasi appiglio normativo e rimettendo in fin dei conti la determinazione del suo contenuto all'operato del giudice, finirebbe per incidere – negativamente – sul fondamentale principio di autonomia contrattuale delle parti, a cui l'ordinamento subordina la determinazione del contenuto dei loro rapporti negoziali.[155] Un altro risvolto negativo evidenziato dalla dottrina in esame, contraria al riconoscimento dell'art. 1337 c.c. quale clausola generale, è quello per il quale, anche ammettendo che la buona fede precontrattuale sia in grado di determinare in autonomia specifici obblighi precontrattuali, rimettendo poi all'interprete il compito di concretizzarli, questi dovrebbero comunque essere resi conformi alla disciplina delle regole – formalmente tipizzate – di validità.

Obblighi di informazione, allora, dovrebbero essere considerati solo quelli previsti espressamente dal legislatore, o comunque facilmente individuabili dalla natura del contratto.[156] Altra parte della dottrina[157], invece, non ha esitato

---

[155] Come sottolineato da D'AMICO, *op. cit*., pag. 262: "Non tocca invece, se non indirettamente, questo profilo il controllo che – alla stregua della buona fede – il giudice effettua circa il recesso <<ingiustificato>> dalle trattative.

[156] E' l'opinione di D'AMICO, in *op.cit*., pag. 262, che richiama la massima giurisprudenziale di una sentenza di Cassazione del 18 ottobre 1980, n. 5610: "La violazione dell'obbligazione generica di comportarsi secondo buona fede non implica responsabilità civile e tanto meno la nullità del contratto, ove il comportamento deprecato non integri una determinata ipotesi legale, cui sia connessa quella specifica sanzione civilistica." (su questa stessa linea di pensiero anche Cass. 20 luglio 1977, n. 3250; Cass. 20 agosto 1980, n. 4942; Cass. 20 maggio 1976, n. 1842.)

[157] Il contributo principale è stato dato da BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 35 e ss., (tale autore parla di illimitate facoltà di applicazione dell'art. 1337 c.c.), ID., voce *Responsabilità precontrattuale*, in Enc. giur. Treccani XXVII, Roma, s.d. ma, 1991; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, cit., pag. 91 e ss.; v. anche BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., pag. 208; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 213 e ss.

a tentare di enucleare dalla clausola di buona fede, senza presunzione di completezza – data la sua stessa natura –, una serie di doveri reciproci tra le parti. Essi rappresentano la fonte e la precisazione del contenuto della clausola, si tratta di obblighi di informazione, custodia, segreto, conservazione, generalmente riconducibili in quei *doveri di protezione della sfera patrimoniale e personale dei soggetti impegnati nella trattativa*[158].
L'opera di concretizzazione da parte di tale dottrina non si è fermata, perciò, ai comportamenti previsti nelle singole disposizioni normative, in quanto avrebbe contraddetto la stessa "*funzione della norma dettata proprio per colpire qualunque condotta scorretta nella fase anteriore la stipulazione del contratto.*"[159]
Questo tentativo di determinazione del contenuto della clausola in questione ha avuto il pregio di consentire di individuare quantomeno il parametro oggettivo alla cui stregua valutare la condotta delle parti, consistente nello standard impiegato da un normale operatore economico impegnato nella trattativa.
Volgendo lo sguardo verso il panorama giurisprudenziale, come già segnalato, possono individuarsi due linee direttrici delle posizioni assunte dalla giurisprudenza: fino agli anni '60[160], il principio di buona fede era inquadrato in un'ottica riduttiva, solo in funzione integrativa di altri obblighi previsti in altre norme; successivamente invece si sono mostrate timide aperture nei confronti del 1337 c.c., ma che sostanzialmente finivano comunque per svalutarne la forza operativa, ricollegandolo necessariamente ad un'espressa

---

[158] Rif. test. all'opera di MANTOVANI, *cit*., pag. 143, la quale inevitabilmente condivide la posizione di tale parte di dottrina.

[159] Il corsivo appartiene ad uno dei maggiori fautori di tale tesi: BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*, in Enc. giur. Treccani XXVII, Roma, s.d. ma, 1991, pag. 2.

[160] Il riferimento, tra tante, dev'essere fatto alla sentenza di Cass. del 16 febbraio 1963, n. 357.

previsione normativa che contenesse una specifica sanzione relativa alla violazione del dovere di condotta in questione.

Il riconoscimento dell'art. 1337 c.c. quale *clausola generale* si è avuto, però, solo in tempi recenti ad opera della Corte di Cassazione con sentenza del 29 settembre del 2005, n. 19024[161]. L'affermazione di un generale dovere di trattare in modo leale ha fatto sì che fosse superata l'impostazione tradizionale degli articoli relativi alla *culpa in contrahendo*, che presupponeva come ipotesi tipizzate, unicamente le due fattispecie di recesso senza giusta causa dalle trattative e della conclusione di un contratto invalido[162]. La novità dirompente della sentenza consiste, appunto, nella qualificazione della responsabilità precontrattuale come *categoria aperta*, al cui interno far rientrare tutti le condotte sleali e scorrette durante la fase precontrattuale, a prescindere dall'esisto delle trattative[163]. Viene perciò enucleato dalla S.C. il principio secondo il quale l'ambito della responsabilità precontrattuale sarebbe suscettibile di continua e costante espansione, qualora lo richiedano le

---

[161] Cass. n. 19024/2005 (rel. Marziale), in Danno e resp., 2006, pag. 25 ss. con nota di ROPPO-AFFERINI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; in Foro.it, I, 2006, con nota di SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale.*

Senza addentrarci nei dettagli del fatto in sentenza, in questa occasione per la prima volta vengono affrontati i problemi del trattamento giuridico dei contratti finanziari conclusi in violazione della legge e della normativa regolamentare Consob in merito agli obblighi informativi a carico degli intermediari finanziari durante la fase precontrattuale.

[162] Si tratta di un'impostazione che poteva trovare terreno nel vigore del precedente codice civile e che ha trovato continue conferme fino a tempi recenti, poiché non veniva data rilevanza alla possibile estensione che il dovere di buona fede precontrattuale può assumere.

[163] La S.C. riconosce perciò il profondo legame tra le disposizioni in materia di buona fede contrattuale e l'art. 1337, affermando che il suo contenuto non può limitarsi all'obbligo di non recedere *sine causa* dalle trattative.

In dottrina, invece, tale legame è da anni pacifico: BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., pag. 89; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 11; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, cit., p. 13; C.M. BIANCA, *Diritto civile* 3, *Il contratto*, cit., pag. 158.

esigenze di tutela delle parti contro le scorrettezze *in contrahendo*[164] che di volta in volta risultano censurabili. La Cassazione ha comunque confermato il principio di non interferenza (come già sottolineato in precedenza), affermando che la violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari – costituendo una violazione del dovere di buona fede – non comporta la nullità del contratto[165]. Essa è stata perciò configurata come fattispecie di responsabilità precontrattuale, pur mantenendo il contratto validamente concluso.

---

[164] Come sottolineato da MERUZZI, *op. cit.,* pag. 958, è l'evoluzione del concetto di condotta sleale il presupposto della progressiva espansione del dovere generalizzato di informazione precontrattuale ex art. 1337, il quale è volto a porre rimedio a tutti quei comportamenti scorretti che sono tali da condizionare le trattative, relativamente alla specifica operazione economica intrapresa dalle parti.

[165] La Corte, infatti, tenuta ad esaminare la relazione tra le violazioni precontrattuali ed il principio di nullità virtuale – ex art. 1418 co.1 – ha affermato che <<i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative […] rimangono estranei alla fattispecie negoziali>>, ragion per cui la loro eventuale illegittimità non potrà mai incidere sulla validità stessa del contratto.

CAPITOLO IV

VIZI INCOMPLETI E RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE DA CONTRATTO VALIDO

Sezione I

Sommario: **1.** Tipicità (elastica) dei vizi del consenso – **2.** La teoria dei vizi incompleti: cenni generali – **3.** Riferimenti a singole fattispecie di vizio incompleto – **3.1** Errore sui motivi (determinante) riconosciuto o riconoscibile – **3.2** *Dolus bonus* – **3.3** Colposa induzione in errore e rilevanza della reticenza (dolosa o colposa) – **3.4** Debole minaccia e timore reverenziale – **3.5** Iniquità e lesione *infra dimidium*

Una volta chiarita l'impostazione sistematica degli articoli 1337 e 1338 c.c., ed attribuita rilevanza – oltre alle fattispecie tipiche – a qualsiasi scorrettezza *in contrahendo* che abbia avuto luogo nella formazione dell'atto; occorre verificare se tale interpretazione possa estendersi fino all'eventualità in cui si giunga – nonostante la condotta scorretta/sleale – alla conclusione di un valido contratto: nel senso di ipotizzare l'operatività della responsabilità precontrattuale in occasione di un contratto valido ed efficace[166].

Tale ipotesi ha da subito destato perplessità sia in dottrina sia in giurisprudenza[167], stante il fatto che la conclusione stessa di un contratto affida

---

[166] Seguendo l'impostazione della dottrina tedesca che, da tempo, ha dato una risposta positiva alla questione, anche parte della dottrina italiana si schiera in tal senso: MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattual*e, cit., pag. 365; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 13; ID. anche in *voce Responsabilità precontrattuale*, in Enc. giur. Treccani, vol. XXVII, s.d. ma, 1991, pag. 2; RAVAZZONI, *La formazione del contratto, Le fasi del procedimento*, cit., pag. 14; anche SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 241; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., pag. 274 e ss.; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 249.

[167] Le posizioni giurisprudenziali in merito sono rigidamente indirizzate verso la soluzione negativa, solo negli ultimi tempi si sta tentando di aprire una breccia per dar ingresso a questa fattispecie, ma i

le relazioni tra le parti alla disciplina del regolamento contrattuale che, per esse, ha forza di legge: di conseguenza, solamente le violazioni della *lex contractus* possono assumere rilievo, mentre quelle realizzatesi nella fase precedente – quella delle trattative – verrebbero "assorbite" dalla forza di legge del contratto stesso.

Nell'accogliere l'astratta ipotizzabilità di una fattispecie di responsabilità precontrattuale a fronte della conclusione di un contratto, i sostenitori di tale tesi, hanno dato esplicito riconoscimento al principio di non interferenza tra le regole di validità e quelle di correttezza: la loro reciproca autonomia, si dice, non precluderebbe il sorgere di una responsabilità precontrattuale per fronteggiare quelle scorrettezze determinatesi nella fase formativa del contratto e che, in quanto tali, incidono sulla violazione delle regole di *mero* comportamento e non comportano mai invalidità del negozio[168]. Piuttosto però che dar seguito ad una dottrina[169] che avrebbe voluto il superamento del principio di distinzione delle regole, per consentire un ampliamento della disciplina dei vizi "tipici" del consenso contenuta nel codice del 1942, è stata elaborata una teoria che non ha la pretesa del superamento della tipicità dei vizi del consenso, ma il fine di ampliare la tutela del contraente debole in situazioni in cui una protezione apparentemente non c'è, con l'obiettivo di

---

numerosi precedenti attestano una differente posizione: Cass., 11 settembre 1989, n. 3922; Cass., 6 marzo 1976, n. 749; Cass., 20 luglio 1971, n. 2363; Cass., 21 maggio 1976, n. 1842; ed altre ancora più risalenti.

[168] Forti critiche sul punto da parte di D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)*, in Giust. civ., n. 1, 2014, pag. 198 e ss., per il quale il nucleo essenziale del principio di non interferenza sia da rinvenirsi nella indeducibilità delle cause di invalidità del contratto attraverso l'opera di concretizzazione del giudice rispetto a regole di mero comportamento, per cui sarebbe da escludere che possa mettersi in discussione un contratto validamente venuto ad esistenza a causa di fatti pregressi alla stessa conclusione.

[169] Il riferimento è a SACCO, *Il contratto*, vol. I, cit., pag. 427 e ss.; la cui tesi viene fortemente criticata da D'AMICO, *Buona fede in contrahendo*, in Riv. di dir. priv., 2003, pag. 340 e ss.

estendere l'operatività della responsabilità precontrattuale: si tratta della teoria dei *vizi incompleti del contratto*[170]. Per vizi incompleti devono intendersi quelle situazioni "*nelle quali non si rinvengono i tratti della fattispecie astratta di vizio, così come prefigurata dal legislatore, ma che si caratterizzano per una condotta scorretta e sleale del partner, fatta di silenzi, reticenze, menzogne, pressioni, approfittamenti, sfruttamenti di stati psichici alterati, e così via*"[171]. Si tratta di situazioni in cui, come può evincersi dalla esaustiva definizione, il regolamento contrattuale non presenta alterazioni sul piano formale-strutturale dell'atto e, dati i rigidi limiti della disciplina d'invalidità, non integrano ipotesi di vizi *pieni* del consenso, ciononostante il bilanciamento degli interessi in gioco può apparire squilibrato a favore/a danno di una parte.

Di qui, prima di procedere all'analisi della fattispecie oggetto delle trattazioni, occorre soffermarsi brevemente sulla tipicità dei vizi in questione e sulla loro relativa disciplina.

1. Tipicità (elastica) dei vizi del consenso:

Del concetto di <<tipicità>> possono cogliersi vari significati; primo fra tutti quello consistente nell'operazione di individuazione – tipizzazione, appunto – dei caratteri comuni e ricorrenti di un determinato fenomeno della realtà. Ma in un'accezione normativa, più specifica, con il concetto di tipicità si vuole indicare "la tassatività" di un istituto giuridico o le sue forme di realizzazione: ciò trova la sua espressione per eccellenza nell'ambito del diritto penale nelle

---

[170] E' la teoria elaborata da MANTOVANI, *<<Vizi incompleti>> del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., pag. 135 e ss., tramite la quale si cerca di giustificare la compatibilità tra *culpa in contrahendo* e validità del contratto.

[171] Sono le parole utilizzate dalla stessa MANTOVANI, *op. ult. cit*., pag. 2, per rendere al meglio la concezione delle circostanze che potrebbero rientrare in tale definizione.

due specificazioni del divieto di ricorso all'analogia e della riserva di legge in merito alle fattispecie espressamente previste. Per quello che più ci interessa da vicino, nel campo dell'illecito civile, è tradizionalmente affermato che esso sia governato da un principio di *atipicità*, dato dalla clausola del danno ingiusto ex art. 2043 c.c. ma, come affermato da qualche autore, dovrebbe piuttosto parlarsi di <<tipicità elastica>>[172]. Anche nel campo degli atti leciti civili e specialmente in ambito contrattuale, possono individuarsi alcune tracce di manifestazione dell'*atipicità* la quale, si dice, è posta a protezione dell'autonomia privata delle parti.[173] Tuttavia in alcune circostanze[174] trova espressione il principio opposto – quello di tipicità – modulato secondo due formulazioni: quella del divieto di creare figure nuove e diverse da quelle espressamente previste; oppure quello di modificare il contenuto rigidamente previsto di determinate figure individuate normativamente. Si potrebbe – erroneamente – concludere che, nel campo del diritto civile, il principio di tipicità operi quindi come limite all'autonomia privata delle parti, le quali non possono discostarsi dalle impostazioni rigidamente previste in determinate circostanze. Facendo specifico riferimento alla tipicità dei vizi del consenso, non può riconoscersi in essa un limite all'autonomia delle parti, in quanto si tratta di disposizioni che attengono alla struttura stessa dell'atto le quali, incidendo sulla validità-inefficacia, sono espressione di una "*valutazione*

---

[172] Il riferimento è alle parole di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Milano, 1991, pag. 41, in cui l'autore afferma che "la tipicità elastica consentita dall'aggettivo ingiusto, colloca il nostro sistema di responsabilità a metà strada tra quelli a clausola generale e quelli ad illeciti tipici."

[173] Cfr. per tali rilievi D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., pag. 20. Sulla problematicità dell'atipicità contrattuale, cfr. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in Riv. dir. civ., 1978, pag. 52 e ss.

[174] Si pensi al numero chiuso delle fattispecie dei diritti reali, alla tipicità delle promesse unilaterali, a quella delle società… ecc.

esclusiva dell'ordinamento generale". I futuri contraenti restano tuttavia liberi di determinare il regolamento di interessi proprio dell'atto che verrà ad esistenza, perché in tal caso ritorna ad essere preminente il principio di atipicità che, nonostante tutto, regna ancora incontrastato nel diritto civile.

La specificità della tipicità dei vizi in questione viene in rilievo, però, nel limite che pone all'attività interpretativa/integrativa degli operatori del diritto, escludendo che possa essere ampliata la serie di ipotesi tipicamente formalizzate. Tale limite imposto è ispirato a diverse esigenze e ragioni[175] ma, in merito ai vizi del consenso, si rende necessario in considerazione del rischio di svuotarli del loro tipico contenuto, qualora l'interprete fosse libero di *re – interpretarli*, confutando il senso e la portata originariamente e tradizionalmente previsti. Ciò, deve sottolinearsi, non implica necessariamente una totale impossibilità di segnalare l'inadeguatezza della disciplina rispetto all'evoluzione dei tempi e delle esigenze da tutelare ma, data la funzione di certezza che le regole di validità sono chiamate a garantire, deve essere lasciato al legislatore il compito di integrare/modificare la specifica disciplina alla luce di un nuovo contemperamento degli interessi in gioco.

Tipicità dei vizi del consenso, ancora, non corrisponde nemmeno ad una rigida interpretazione letterale delle fattispecie previste: possono, infatti, ritenersi ammissibili anche interpretazioni *estensive*, purché – sia chiaro – non vengano alterati i requisiti strutturali della elaborazione legislativa[176]. Prassi che,

---

[175] In determinate circostanze, tradizione particolarmente consolidata o particolari esigenze di protezione di determinati interessi, l'attività dell'interprete (il giudice) deve modularsi secondo quanto previsto, per cui è difficile concepire – anche in questi casi – la sua "sovranità". Sostenitore di tale tesi, tra tanti, anche MORELLO, *Frode alla legge*, Milano, 1969, pag. 174.

[176] Per requisiti strutturali s'intendono, ad es., l'essenzialità richiesta per l'errore; oppure il raggiro intenzionale (induzione in errore dell'altrui parte) per il dolo. La "tipicità" non implica un'inflessibile predeterminazione del contenuto della fattispecie, però necessariamente vengono individuati determinati <<elementi strutturali>> in grado di individuare specificamente il *tipo* di fattispecie cui

invece, ha trovato seguito in dottrina la quale, modificando direttamente il dato letterale della disposizione – oltre i limiti consentiti – di volta in volta restringe o amplia il raggio d'azione di tale normativa. Il maggiore timore[177] che deriva da tale atteggiamento è quello per cui – dando adito a varie e diverse esigenze evolutive prospettate da vari e diversi autori – si rischia di non permettere alle regole di validità di esplicare la loro principale, seppure non unica, funzione: garantire la certezza del diritto (la determinatezza delle fattispecie) in questione. Va sottolineato anche il rilievo effettuato da un autore[178] secondo il quale, oggi, il sistema dei vizi del consenso non è direttamente collegato alla protezione della volontà (tutela del dichiarante), piuttosto essa si presenta come strumentale ad un obiettivo diverso, oggettivo e preminente: la tutela del mercato, della quale la protezione della volontà individua rappresenta solo un'indiretta conseguenza.

Il sistema non è più incentrato, perciò, sulla volontà e sui relativi vizi che siano tali da alterarne la sua formazione; l'attenzione è ora rivolta verso l'esterno, al fatto di natura non psicologica in grado di determinare il vizio. Si delinea quindi una realtà, per tale dottrina, in cui il negozio posto in essere acquista validità non solo e non tanto perché conforme – nel suo contenuto – alla volontà del dichiarante, ma anche perché rispettoso delle regole di correttezza e buona fede[179]. Se, per tale dottrina, è pacifico che il nostro

---

far riferimento. Il rilievo è tratto da D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., pag. 33.

[177] Il riferimento va sempre fatto a D'AMICO, *op. ult. cit*., pag. 34.

[178] Quella che si riporta nel testo è la tesi di SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 310-311: "…L'unica ragione per proteggere il traffico sta nel fatto che le decisioni private, nel perseguire il vantaggio del singolo soggetto, non possono non fare contemporaneamente il vantaggio sociale…" ed ancora: "…Lo domanda la esigenza economica e collettiva di proteggere la contrattazione in quanto – e solo in quanto – costituisca l'adeguamento delle parti alla logica del mercato."

[179] Sembrerebbe riprendere il modello tedesco dove *<<l'apparentamento fra i buoni costumi e la fattispecie contrattuale valida si fa esplicita>>*. La norma *§* 138 BGB, infatti, prevede che: <<Un

ordinamento sia ancora conformato sulla base della tipicità dei vizi del consenso[180]; cionondimeno non si può negare che esiste un principio generale che domina l'intera disciplina contrattuale, contenuto nell'articolo 1337 c.c.: quest'ultimo è in grado di fornire tutta la protezione di cui necessita un contraente medio, resa attraverso la costante comparazione valutativa delle condotte delle parti; ed in considerazione del fatto che la prevenzione dell'ingiustizia contrattuale ha come principale obiettivo la repressione della mala fede. Tale articolo, secondo l'opinione ancora maggioritaria, dovrebbe non inficiare la validità dell'atto, pur garantendo un risarcimento per tutte le scorrettezze precontrattuali realizzate in precedenza; ma la dottrina in esame finisce inevitabilmente per confondere i piani di ciò che può far sorgere la responsabilità precontrattuale e ciò che, invece, dovrebbe determinare invalidità contrattuale. La *naturale* critica che gli si muove è che si perviene a tale risultato estendendo al massimo la disciplina dei vizi del consenso espressamente previsti e dando luogo a *vere e proprie integrazioni analogiche del sistema di tali vizi*[181].

---

negozio giuridico che contravviene al buon costume è nullo. Nullo è in particolare un negozio giuridico attraverso il quale un soggetto, approfittando dello stato di necessità, dell'inesperienza, della mancanza di capacità di discernimento ovvero della rilevante debolezza del volere di un altro soggetto, faccia promettere o concedere a sé o ad un terzo in cambio di una prestazione, vantaggi patrimoniali palesemente sproporzionati rispetto alla prestazione.>>

[180] Per cui "la ricerca dovrà procedere attraverso un'analisi dei singoli vizi tipici": sono sempre parole di SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 354.

[181] I rilievi di SACCO, *Il contratto*, cit., sono espressamente contestati nella già citata monografia di D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., pag. 40, di cui sono riportate le espressioni in corsivo.

2. La teoria dei vizi incompleti: cenni generali

Non occorre un'approfondita analisi sociologica per rilevare le numerose occasioni in cui un contraente – perlopiù in posizioni di debolezza contrattuale – si trova in situazioni che, ponendosi all'esterno delle fattispecie tipizzate dal legislatore, restano prive di tutela, pur essendo vittima di una condotta moralmente scorretta della sua controparte. Il rigido schema tipico dei vizi del consenso, originariamente previsto dal legislatore del 1942 e che non ha subito rilevanti modifiche in progresso di tempo, appare oggi in seria difficoltà, stante il moltiplicarsi delle situazioni di rischio[182] in cui un soggetto di media preparazione e cultura si trova quotidianamente esposto nel mondo delle contrattazioni.

E' perciò interessante provare a concentrare l'attenzione nei confronti di una tesi che non ha l'obiettivo di demolire l'intera costruzione dei vizi tipici del consenso, ma da essi prendere spunto per tutelare quelle situazioni che sono definite, dalla stessa dottrina in esame, come *intermedie*: si tratta della teoria dei *vizi incompleti* che, dichiaratamente, non ha la pretesa di porsi come "sistema alternativo" a quello legale in cui "*racchiudere ed esaurire ogni problema di rilevanza risarcitoria della scorrettezza precontrattuale a*

---

[182] Ne dà una lucida individuazioni S. ROMANO, voce *Buona Fede (dir. priv.*), cit., pag. 687: <<… la mala fede ha modo di estrinsecarsi nelle forme più abili, per cui si rende difficilmente percettibile l'alterazione di qualche elemento. […] In una società così articolata come l'attuale e in un mercato dalle dimensioni sempre più vaste, in cui via via più sofisticate divengono le tecniche di persuasione (pubblicità martellante e spesso ingannevole, vendite porta, la cui peculiarità risiede proprio nel cogliere di sorpresa il possibile contraente) aumentano altresì le occasioni in cui è richiesta ben più di una normale avvedutezza.>> e ancora: <<La normativa di correttezza impone una linearità di comportamento secondo le regole della buona fede in tutte le fasi di un procedimento, ma mentre è facile applicarle nelle ipotesi di evidente elusione, diventa malagevole percepire i contorni nelle ipotesi che rasentano i limiti del lecito.>>

contratto valido"[183]. Preliminarmente occorre individuare gli elementi che andranno a comporre la fattispecie di vizio <<incompleto>>, precisando fin da subito che grande rilevanza va data al loro *reciproco atteggiarsi*: l'entità della condotta scorretta/sleale, il pregiudizio effettivamente subito, il livello d'incompiutezza della fattispecie[184]. Quest'ultimo elemento è di gran lunga il più rilevante, potendosi immaginare una scala di intensità della fattispecie che, dal basso, si delinea come irrilevante per il diritto; fino ad un massimo in cui l'incidenza del vizio si colloca sotto la soglia, oltre la quale è giustificata l'azione di annullamento del contratto. Nel primo caso[185], infatti, si porrebbe proprio un problema circa la configurabilità stessa della responsabilità ex art. 1337 c.c., non potendo concedere il rimedio risarcitorio previsto a fronte di un pregiudizio irrisorio che, di norma, rientra in quel margine di rischio di cui le parti si fanno carico, data l'autonomia ad essi riservata nella determinazione dei propri interessi.

E' il binomio *grado del vizio – grado della scorrettezza in contrahendo* che garantisce protezione anche a quei soggetti non esperti o avveduti; non ponendosi nella situazione di reciproca dipendenza, perché in tal caso il rischio sarebbe quello di valutare la rilevanza – o meno – della condotta scorretta sulla base dell'entità del vizio: così facendo, andrebbe esente da responsabilità colui il quale abbia dato luogo, con il proprio comportamento, alla determinazione di un vizio giudicato come *lieve*. Né vale un'altra impostazione in merito alla valutazione del contegno di buona fede: essa non

---

[183] Il corsivo nel testo riporta le parole di MANTOVANI, *ult. op. cit.*, pag. 188.

[184] Tali elementi rappresentano nient'altro che delle *variabili* alla cui stregua condizionare la decisione riguardante l'ammissibilità o meno dello stesso rimedio risarcitorio garantito dall'art. 1337 c.c. Per il rilievo cfr. sempre MANTOVANI, *<<Vizi incompleti>> del contratto e rimedio risarcitorio*, *ult. cit.*

[185] Si pensi, ad esempio, ad un raggiro che è obiettivamente inadatto a trarre in inganno un soggetto normalmente avveduto, oppure una violenza che non è in grado di "far pressioni", od un errore talmente grossolano e palese da essere inescusabile, soprattutto in considerazione del principio di autoresponsabilità del dichiarante.

dovrebbe essere effettuata – con maggiore o minore severità – in relazione all'entità della colpa della controparte (vittima), quasi come se si operasse *"secondo un modello di compensazione delle colpe"*[186]. E' la misura della scorrettezza a costituire il fulcro della fattispecie, ma forti incertezze si profilano in merito alla definizione dei canoni di buona fede e correttezza alla cui stregua valutare la condotta. In considerazione del fatto che si fa riferimento a criteri di normalità/tipicità, utilizzando standards sociali di comportamento ritenuti corretti[187], residua sempre – tuttavia – un margine di indeterminatezza in cui deve inserirsi l'operazione di concretizzazione da parte del giudice. E' lo standard di comportamento utilizzato a costituire, contemporaneamente, la soglia massima (oltre la quale non sono richiesti ulteriori comportamenti) e quella minima (al di sotto della quale non può ammettersi la pretesa risarcitoria ex art. 1337 c.c.). Alla luce di questa rigorosa impostazione viene tuttavia accentuata la funzione di norma di chiusura attribuita all'articolo in questione; lo strumento risarcitorio avrà funzione *sussidiaria* rispetto all'invalidità contrattuale ogni qualvolta la scorrettezza dell'altra parte – senza indagare in merito alla sua intensità – abbia comunque determinato uno squilibrio degli interessi, a detrimento dell'altra parte. Ferma la validità del contratto concluso, nonostante una trattativa slealmente condotta, viene dato ristoro ad un pregiudizio – causalmente connesso alla fase di formazione del contratto – rappresentato dalla difformità del contenuto

---

[186] Come notato da BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 66, e ripreso dalla stessa MANTOVANI, *op. ult. cit.*, pag. 191, a fronte di un errore grossolano (inescusabile) e di una condotta dell'altra parte volta a far rimanere la parte in errore, non dovrebbe escludersi *a priori* la rilevanza della scorrettezza, semmai potendo incidere sulla determinazione della misura del risarcimento – limitato nel suo ammontare. Della stessa opinione anche MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 362 e ss.

[187] La "diligenza dell'uomo medio", il concetto di "normale operatore economico", lo stesso rilievo dato alla "ragionevolezza", sono tutti criteri mobili e sfuggenti che devono essere relazionati e concretizzati con la realtà sociale del tempo.

contrattuale rispetto all'interesse di uno dei contraenti. Dal punto di vista del pregiudizio subito, alla luce di tale ultima impostazione, dovrebbe perciò ammettersi il sorgere della responsabilità precontrattuale anche a fronte di pregiudizi irrisori: ed infatti, se si ammette che l'interesse protetto dal canone della buona fede è quello ad un corretto svolgimento delle trattative, dovrebbe di conseguenza anche ammettersi che qualsiasi scorrettezza, anche minima, che sia lesiva di tale interesse, costituisce fonte di responsabilità a prescindere dall'entità del danno concretamente subito[188]. Conseguenza che non appare condivisibile alla luce del principio di ragionevolezza, alla cui stregue dev'essere valutata anche l'incidenza della scorrettezza *in contrahendo*. Lo stesso principio può anche essere utilizzato riguardo all'elemento del danno subito: ove quest'ultimo si riveli di esigua entità, nel senso che il pregiudizio subito non incide sull'equilibrio degli interessi coinvolti[189], dovrebbe concludersi a favore della limitazione o – addirittura – esclusione della pretesa risarcitoria.

In altre parole, ove la condotta di una parte, pur non conforme alla buona fede, non abbia tuttavia inciso sull'assetto degli interessi programmato – che, invece si è realizzato – si rivelerebbe contrario al principio di ragionevolezza far sorgere la responsabilità a carico della parte per esigue ragioni di danno che l'altra lamenti come conseguenza della sua condotta non aderente alle regole

---

[188] Come sottolineato dalla MANTOVANI, *op. cit.*, pag. 197, anche in relazione all'elemento del pregiudizio si rende necessario stabilire una soglia minima, al di sotto della quale, l'irrisorietà del pregiudizio sofferto non ha alcuna rilevanza sul piano risarcitorio.

[189] Il pregiudizio in questo caso, osserva la MANTOVANI, rimane *esterno* alla fattispecie contrattuale. L'esiguità del danno contribuirà ad alzare la soglia di tollerabilità della scorrettezza.

Anche RAVAZZONI, *La formazione del contratto: le fasi del procedimento*, cit., pag. 152, è della stessa opinione: "…in linea normale l'esiguità del danno non esclude mai l'obbligo di risarcimento. Viceversa, in tema di procedimento di formazione del contratto può accadere che certe esigue ragioni di danno, proprio per la loro esiguità (e anche in relazione, ovviamente, ad altre circostanze) siano tali da escludere l'insorgenza di un obbligo di risarcimento.".

di correttezza. Si tratta di effettuare una comparazione degli interessi in conflitto: da un lato quello del contraente che abbia trattato sulla base – ad esempio – di un errore sui motivi e nonostante ciò sia giunto alla conclusione del negozio a condizioni eque; dall'altro quello della controparte che abbia riconosciuto l'errore altrui e non lo abbia comunicato, ma da esso non abbia conseguito alcun vantaggio, se non quello della prestazione dedotta in contratto.

Per il principio di autoresponsabilità[190] o, come precisato da una parte della dottrina[191], per l'accollo di quel margine di rischio che le parti assumono, perché proprio di ogni operazione economica, deve concludersi che le minime conseguenze dannose realizzate restano a carico del contraente *vittima.*

Prima di procedere all'analisi di alcune fattispecie di vizio incompleto, è opportuno dedicare l'attenzione all'analisi delle critiche mosse a tale teoria da parte di quella dottrina[192] che non ritiene configurabile una responsabilità precontrattuale a fronte di un valido contratto concluso. La prima obiezione è quella per cui l'ambito di operatività della disciplina relativa alle cause d'invalidità dovrebbe teoricamente corrispondere con la medesima limitazione della rilevanza del contegno scorretto tenuto durante le trattative: l'esito positivo del giudizio di validità – come già osservato in precedenza – escluderebbe di per sé qualsiasi rilevanza delle condotte poste in essere, perché assorbita all'interno dello stesso giudizio. Tuttavia la principale obiezione sottolineata dalla dottrina in esame è relativa alla definizione stessa

---

[190] E' logico che a fronte di un dovere di informazione a carico di una parte, previsto ex art. 1337 c.c. – espressione del dovere di buona fede precontrattuale – vi sia anche un onere di *autoinformazione* a carico dell'altra: v. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., pag. 79 e ss.; anche MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regole di validità e regole di condotta*, in Contr. e impr., fasc. 4-5, 2006, pag. 960.

[191] Si esprime in termini fortemente critici rispetto a questa teoria D'AMICO, <<*Regole di validità*>> *e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., pag. 137 e ss.

[192] Il riferimento va fatto sempre, anche per le pagine seguenti nel testo, a D'AMICO, *op. ult. cit.*

di *vizio incompleto:* essendo individuato solamente *in negativo* – nel senso di porre l'attenzione unicamente su quelle fattispecie prive degli elementi essenziali dei "*vizi completi"* – manca un criterio valutativo certo ed oggettivo alla cui stregua stabilire la rilevanza o meno dell'alterazione della libertà negoziale, fonte di responsabilità. Saltati i cardini per determinare la rilevanza del vizio, secondo la disciplina della validità, diviene perciò difficoltoso determinare un "grado"[193] di tale alterazione (della libertà negoziale) e si è costretti a volgere l'attenzione su un altro elemento della fattispecie: il comportamento scorretto della controparte e la sua relativa intensità; attribuendo alla regola contenuta nell'articolo 1337 c.c. una funzione sussidiaria rispetto alla tutela accordata dalla disciplina dell'invalidità, conclusione inaccettabile per una dottrina che non accoglie neanche la tesi in merito all'esistenza di una clausola generale di buona fede. In relazione all'attività di concretizzazione degli standards, a cui si fa riferimento per determinare la scorrettezza prenegoziale, se può dirsi condivisibile l'attenzione alla natura del contratto o dei contraenti, appare inaccettabile l'opera di *relativizzazione* che si determinerebbe se si dovesse far continuo riferimento alle peculiarità delle singole fattispecie[194]. Se fosse accettata l'impostazione data dalla tesi dei vizi incompleti, si giungerebbe a configurare l'applicazione della clausola generale di buona fede quasi come una sorta di correttivo giurisprudenziale sui contratti, volto a realizzare una giustizia d'equità del singolo caso. Anche sul piano del pregiudizio effettivamente subito, cui è posto un limite corrispondente all'irrisorietà del danno sofferto tale da giustificare l'esclusione stessa della pretesa risarcitoria, la dottrina in esame muove una logica critica: l'entità del danno concretamente subito "può

---

[193] Come pure sottolineato dalla stessa MANTOVANI, *op. cit.*, pag. 190 e ss.,quale primaria esigenza.

[194] La MANTOVANI, sottolinea D'AMICO nella sua monografia da ultimo citata, pag. 141, non coglie il carattere necessariamente "tipico" ed "astratto" degli standards che concretizzano una clausola generale.

incidere di regola (e salva esplicita deroga del legisatore) sul *quantum respondeatur* ma non anche sull'*an respondeatur".* Sotto altro profilo invece, subordinare il sorgere della responsabilità precontrattuale all'esistenza di un pregiudizio causalmente connesso che non si traduca solamente in "minime ragioni di danno", significa "introdurre una forma di controllo del contenuto delle convenzioni private che, francamente, appare del tutto estraneo al sistema." [195]

3. Riferimenti a singole fattispecie di vizio incompleto:

3.1 Errore sui motivi (determinante) riconosciuto o riconoscibile:

Volgendo l'attenzione alle singole fattispecie di vizio, un primo riferimento va fatto alla disciplina dell'errore.

Con l'introduzione del codice civile del 1942, si è passati da un sistema[196] in cui il fulcro per la rilevanza o meno dell'errore era incentrato sul principio di scusabilità dell'errore stesso, ad uno in cui è ispirato ad un opposto principio: quello della riconoscibilità dell'errore. Al centro dell'ordinamento non è stata più posta la tutela della volontà, ma la protezione dell'affidamento incolpevole

---

[195] I passaggi riportati in virgolette fanno riferimento testuale alle parole di D'AMICO, *op. cit*., pag. 142.

[196] Nel codice civile del 1865, l'attenzione era tutta concentrata sulla condotta del soggetto in errore; tale per cui se l'errore risultava inescusabile, la valutazione del comportamento dell'errante operava come limite alla richiesta di annullamento del contratto, mentre qualora si trattava di errore scusabile – causa di annullamento – ci si chiedeva se comunque la parte in errore fosse tenuta al risarcimento del danno.

del destinatario della dichiarazione viziata, pur essendo temperato dal principio di autoresponsabilità[197].

I principali problemi sono sorti in merito all'interpretazione dell'articolo 1431 c.c. [198] : la dottrina prevalente [199] individua la *ratio* del requisito di riconoscibilità nella protezione dell'affidamento del destinatario della dichiarazione e, richiamando la diligenza della persona media, afferma che è riconoscibile l'errore che il destinatario conosceva o poteva conoscere attraverso l'uso della diligenza media; di conseguenza la protezione del destinatario viene meno quando questo, pur potendo, non abbia rilevato l'errore. Una diversa tesi[200] , in merito sempre al requisito della riconoscibilità dell'errore, si distacca completamente dall'indagine in merito dalle posizione soggettiva del destinatario della dichiarazione, in termini di diligenza: è riconoscibile – e quindi causa d'annullamento del contratto – l'errore che risulta tale sulla base di parametri oggettivi forniti dal tenore letterale dell'articolo 1431 c.c.[201] Concentrando l'analisi sui rapporti tra il requisito della riconoscibilità ed il giudizio di responsabilità (alla luce del canone di buona fede) deve concludersi che, anche se il richiamo alla riconoscibilità offre solamente un parametro alla cui stregua valutare gli elementi rivelatori

---

[197] Gran parte della dottrina del tempo ha parlato di *"rivoluzione copernicana"* del sistema, nell'ottica di un impulso di oggettivizzazione dello scambio contrattuale, di cui è espressione anche – insieme ad altre disposizioni – l'articolo 1431 c.c.

[198] Rubricato "Errore riconoscibile": <<L'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo.>>

[199] Tra i molti cfr.: BIANCA*, Diritto Civile, III*, cit., pag. 611 e ss.; GALGANO, *Istituzioni di diritto privato*, cit., pag. 282 e ss.; SACCO, *Il contratto*, I, cit., pag. 405 e ss; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag.162.

[200] E' la tesi di BARCELLONA, *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in Riv. dir. civ., 1967, pag. 58 e ss., che la MANTOVANI riprende nella sua monografia, pag. 204.

[201] Diverrebbe perciò irrilevante ai fini dell'annullamento l'errore non riconoscibile, ma effettivamente riconosciuto dalla controparte.

dell'errore, tale giudizio implica – comunque – una valutazione della negligenza della parte che riceve la dichiarazione viziata, quando l'errore risulti oggettivamente riconoscibile[202]. E' quindi pacifica sul piano della validità[203] contrattuale la reciproca indipendenza tra gli artt. 1431 e 1338 c.c.: il giudizio di riconoscibilità, al fine di determinare l'annullamento, non può basarsi sull'ultimo articolo citato. Di certo, però, non si può escludere in assoluto un minimo punto di contatto tra le due disposizioni in esame (1338 – 1431), sotto il punto di vista del giudizio di responsabilità: se l'errore è riconosciuto sulla base degli oggettivi parametri ex art. 1431, ciò costituisce un presupposto che fa sorgere il dovere di comunicazione delle cause d'invalidità, previsto dall'articolo 1338 c.c., ammesso che l'errante non sia anch'egli in colpa[204]. Tale ragionamento – *a fortiori* – è applicabile nel caso di errore riconosciuto, quandanche non riconoscibile in astratto.

E' logica la conseguenza nei confronti di chi si sia accorto dell'errore della sua controparte e non lo abbia informato: costui viola il dovere di comunicazione ex art. 1338 c.c., qualora si condivida la sua interpretazione *estensiva* tale da andare oltre la comunicazione delle sole cause di invalidità in senso stretto.

---

[202] Di questa impostazione è PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., pag. 206, nel senso che "vi è una tendenziale, anche normale, coincidenza tra un errore riconoscibile e una negligenza del destinatario, non che l'apprezzamento di riconoscibilità, il cui oggetto è così tipicamente limitato, si risolva nel più libero giudizio di colpa."

[203] Precedenti nella giurisprudenza di legittimità sono di tutt'altro avviso, cfr.: Cass., 1 febbraio 1991, n. 980, in Mass. Foro it., in cui si afferma che l'indagine sulla ricorrenza della riconoscibilità, si risolve in una indagine sulla buona fede dell'altro contraente.

[204] Il giudizio di riconoscibilità finisce per diventare quindi uno dei presupposti su cui basare quello di responsabilità. A favore di tale impostazione: BIANCA, *Diritto Civile*, *III,* cit., pag. 170 e ss.; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 65; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, cit., pag. 154; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale,* cit., pag. 132.

Alla luce del sistema dei vizi incompleti, preme concentrare l'attenzione sull'errore sui motivi, non essenziale[205], secondo la disposizione contenuta nell'articolo 1429 c.c., al fine di poter analizzare la sua possibile incidenza e le relative conseguenze. Se il contratto è considerato come un'*operazione economica* – si dice[206] – di conseguenza, ogni tipo contrattuale presenta una relazione tra l'interesse che s'intende realizzare ed i costi che si è disposti a sopportare per la sua realizzazione[207], consistenti perlopiù nell'assunzione di rischi ed obblighi dell'altro contraente. Alla luce di tale impostazione, quindi, si definiscono *estranei* quegli interessi che non sono protetti da alcuna assunzione di costi (e di rischi) da sopportare, il cui pregiudizio dovrà essere considerato irrilevante, stante "l'oggettiva irrilevanza delle aspettative deluse", perché collocate fuori dal programma negoziale posto in essere[208].

In considerazione del fatto che il principio di irrilevanza dei motivi è ispirato, secondo la tesi in esame, ad esigenze di giustizia sostanziale, le stesse dovrebbero entrare in gioco qualora l'errore (sui motivi) sia riconosciuto dalla controparte, che non informa l'altra e conclude perciò il contratto,

---

[205] Il principio di irrilevanza dell'errore sui motivi è tradizionalmente affermato con la forza di un dogma e la sua ratio può rinvenirsi in un'esigenza di contemperamento degli interessi coinvolti: quello dell'errante a vedere rimosse le conseguenze scaturite da erronee valutazioni e quello dell'altro contraente che è invece intenzionato a mantenere in essere il contratto, così come realizzato. La soluzione è data dal limitare la rilevanza dell'errore nei confini tracciati dal requisito di essenzialità ex art. 1429 c.c. Il principio di irrilevanza risponde poi a diverse esigenze di tutela: quella dell'affidamento; quella della stabilità e celerità nel traffico contrattuale, ecc.

[206] E' la tesi di BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975.

[207] BESSONE, *op. ult. cit*., pag. 272: "In breve, la tutela dell'interesse di un contraente si risolve, volta a volta, nell'accollo di un obbligo o di un rischio all'altro contraente, il quale ne accetta il peso solo nella misura in cui ne ricavi un corrispettivo".

[208] Si tratta, ad esempio, dell'errore di previsione (che quindi riguarda circostanze future), di quello sulla convenienza economica del contratto o, più precisamente, sul valore economico della prestazione. In questi casi si tratta di valutazioni errate ma che sono collegate all'assunzione del *normale* rischio relativo all'operazione economica posta in essere (il singolo tipo contrattuale).

approfittandone dell'altrui errore: le esigenze di giustizia sostanziale – prima richiamate – dovrebbero giustificare l'azione di annullamento, anche in presenza di un vizio incompleto, nella nozione che si sta esaminando. E' evidente che un'impostazione di questo tipo non tiene conto dell'esistenza del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di correttezza, che ancora regna sovrano nel nostro ordinamento: non potendo perciò incidere sul piano dell'invalidità del contratto; ciò non vuol dire che l'errore sui motivi *riconosciuto* e che abbia inciso nella determinazione dei rispettivi interessi non possa però avere rilevanza nella valutazione della scorrettezza *in contrahendo* della parte non in errore.

A fronte del positivo giudizio di validità, perché in questo caso difetta il requisito dell'essenzialità previsto *ex lege* dall'art. 1429 c.c., non si può automaticamente dedurre l'irrilevanza della condotta scorretta, perché è proprio su questo piano che la figura del *vizio incompleto* esprime appieno la sua funzione: garantire la pretesa risarcitoria [209] ex art. 1337 c.c. compatibilmente con la validità del contratto. Se si prende in considerazione l'interpretazione sistematica degli articoli 1337 e 1338 c.c. – che dovrebbe essere generalmente condivisa – volta ad estendere l'ambito del dovere di comunicazione oltre le cause di invalidità, ed alla luce della clausola generale della buona fede, si deve logicamente concludere che esiste un dovere d'informazione gravante sul soggetto che si sia accorto che la sua controparte determina i suoi interessi contrattuali sulla base di un *motivo erroneo*: ove questi abbia riconosciuto l'errore non essenziale e ciononostante non abbia

---

[209] Propendono per l'ammissibilità di una pretesa risarcitoria, a titolo di responsabilità precontrattuale, in conseguenza di un errore sui motivi riconosciuto, oltre la MANTOVANI stessa: BIANCA, *Diritto civile, III*, cit., pag. 645 e ss.; TURCO, *Interesse positivo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 235, 249 e ss.; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 44; SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 316.

adempiuto al suo dovere di comunicazione – concludendo il contratto – incorre in responsabilità precontrattuale con conseguente obbligo risarcitorio.
A tale conclusione si potrebbe muovere un'obiezione [210] in merito all'estensione della responsabilità in questione, non solo all'errore sui motivi riconosciuto, ma anche a quello *riconoscibile* con l'uso della normale diligenza, giacché la *mera* riconoscibilità[211] può essere accettata solo in relazione ad errori che – *comunque* – soddisfino il requisito dell'essenzialità. Ma più in generale, è criticata la rilevanza stessa che viene attribuita all'errore sui motivi: individuata la *ratio* del principio di irrilevanza nella tutela dell'affidamento del destinatario della dichiarazione viziata, nel caso in cui una motivazione erronea abbia avuto per una parte un peso determinante nella formazione del contratto, ma come tale non sia stata riconoscibile dall'altra sulla base del contenuto della dichiarazione altrui, attribuire qualsivoglia rilevanza ad essa, significherebbe imporre un'attenzione talmente articolata da contrastare con i principi dell'affidamento. Anche il mancato riferimento alla condotta del destinatario[212] – in termini di colpa – nell'indagine relativa alla riconoscibilità dell'errore è oggetto di vivaci critiche. Ed infatti, aderendo alla

---

[210] Prontamente elaborata da D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., pag. 142 e ss.

[211] La riconoscibilità dell'errore, secondo D'AMICO, *op. ult. cit.*, dovrebbe riguardare complessivamente sia l'esistenza che la sua rilevanza determinante (la sua importanza). Inoltre, considerato che per <<motivo>>, secondo quanto affermato da BARCELLONA, *In tema di errore riconosciuto ed errore bilaterale*, cit., pag. 262 e ss. deve intendersi una <<circostanza estrinseca>> all'oggetto del negozio, un impulso ad agire che può solamente esistere o non esistere, si delinea la necessità di individuare parametri oggettivi in base ai quali un motivo, nel senso qui condiviso, possa dirsi *riconoscibile*.

[212] Sostenuto dalla MANTOVANI, *op. cit*., pag. 204, che riprende la tesi di BARCELLONA, *op. ult. cit*., per il quale la riconoscibilità è una qualità oggettiva, valutabile alla stregua degli indici oggettivi forniti dal 1431 c.c.: contenuto, circostanze del contratto, qualità dei contraenti.

dottrina prevalente, basata sulla teoria dell'affidamento in concreto[213], quest'ultimo perderà la protezione offerta dall'ordinamento qualora l'errore del dichiarante è ritenuto riconoscibile, dovendosi creare così un vincolo inscindibile tra il giudizio di riconoscibilità dell'errore e l'indagine sulla colpa del destinatario. Né sembra essere altresì condiviso il riferimento al collegamento – presunto – tra l'articolo 1431 ed il 1338 (interpretato estensivamente, come già osservato): la colpa del soggetto, fonte della responsabilità, è riferita ad una negligente ignoranza delle cause di invalidità che, per principio consolidato, possono essere solo errori essenziali ex art. 1429; mentre ad essere presi in esame sono gli errori sui motivi. Quello che è ritenuto inaccettabile è il mettere in relazione con la responsabilità precontrattuale, piuttosto che la violazione del dovere di comunicazione (così come si evince dalla disposizione), la *colposa ignoranza* degli errori riconoscibili: con il risultato – improponibile – di configurare un dovere di ciascun contraente di conoscere i motivi (riconoscibili) dell'altra parte ed il conseguente obbligo di attivarsi.

Mentre, sempre sulla base degli artt. 1337-1338, non può essere rilevante – non costituendo violazione del dovere d'informazione – l'errore sulla convenienza economica del contratto, la cui valutazione è a carico del singolo contraente nella logica delle contrattazioni. Si tratta di *aspettative* per la cui realizzazione, a differenza di altre, non si può fare legittimo affidamento sul comportamento dell'altra parte; esse vengono perlopiù individuate tenendo in considerazione il tipo di contratto, la natura e la causa di esso, integrati da

---

[213] E' la tesi di SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 146 e ss., che, a sua volta, è esposta alle critiche – condivise da Mantovani – di BARCELLONA, *ult. op. cit.*, pag. 57 e ss.: "…elevando la colpa o la mala fede del destinatario a veri e propri requisiti di rilevanza dell'errore, si propone un'inevitabile correlazione tra autoresponsabilità del contraente non errante ed invalidità, che viene così ad essere configurata come sanzione della colpa o della mala fede del soggetto in questione."

elementi che di per sé sarebbero estranei, ma che sono stati inseriti nel regolamento contrattuale. Tali errori di valutazione rientrano nell'alea d'incertezza che è implicitamente connaturata nell'autonomia privata garantita ai contraenti[214]. Anche in un'ottica propriamente competitiva, in cui le parti potrebbero avere interesse a mantenere riservate le proprie strategie e le rispettive posizioni di vantaggio, si manifesta con forza la mancanza di obbligatorietà di un'informazione circa la convenienza – il profitto – che una parte trae dal contratto, di conseguenza anche il relativo errore su essa, da questo punto di vista, si rivela irrilevante.

3.2 Dolus bonus:

L'area del dolo è in grado di offrire maggiori spunti per la riflessione che si sta svolgendo, circa il rapporto tra i vizi del consenso e la possibile rilevanza delle condotte (scorrette) nella fase delle trattative.

Di certo, quello che rileva in questa sede è l'aspetto del dolo che può incidere, non tanto sull'annullabilità del negozio attuato (dolo come vizio legale del volere), quanto piuttosto dal punto di vista della condotta *riprovevole* – il richiamo all'illiceità è evidente – di chi ha realizzato il raggiro, cui ricollegare l'eventuale sanzione risarcitoria. L'introduzione degli articoli sulla buona fede

---

[214] E' opinione pacificamente affermata in dottrina circa l'irrilevanza degli errori di valutazione o sul valore della prestazione: così BIANCA, *Diritto civile, III*, pag. 163; MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, pag. 215; GALGANO, *Diritto privato*, cit., pag 283; ma cfr. anche MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto*, in Rass. dir. civ., 1987. *Contra,* si può fare riferimento a un saggio di GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in Riv. dir. civ., fasc. 5, 2007, pag. 674, in cui si legge che "ogniqualvolta la controparte abbia commesso un errore sul valore, o comunque il contratto appaia affetto da squilibrio tra le prestazioni di entità tale da ritenersi determinante del consenso, ecco che può ritenersi configurabile un dovere di informazione; il contratto nascerà valido, salvo l'obbligo di riequilibrare le prestazioni, in virtù del risarcimento del danno."

precontrattuale ha reso ancora più evidente questo secondo aspetto e quindi anche la possibile relazione che si sta indagando considerato che, secondo attenta dottrina, "*il dolo rappresenta l'antitesi della buona fede oggettiva e quindi anche della buona fede prevista nell'art. 1337, la quale è sorta e si è sviluppata nell'ambito dei rapporti sociali come strumento di difesa contro la condotta fraudolenta*."[215]

Tuttavia si deve far presente che forti incertezze aleggiano ancora in merito alla definizione stessa del dolo quale vizio legale, causa di annullamento. Mentre, in passato, la distinzione di scuola tra *dolus malus*, causa di annullamento, e *dolus bonus*, irrilevante, era inconfutabile; oggigiorno, i profili della differenziazione stanno lentamente sfumando. La complessa realtà economica, le tecniche di contrattazioni sempre più tecnicizzate[216], l'introduzione di normative speciali[217] a protezione del contraente più debole e poco avveduto e l'introduzione stessa delle disposizione ex artt. 1337-1338, hanno contribuito al restringimento dell'ambito operativo di *irrilevanza* del *dolus bonus*. Va chiarito, brevemente, cosa debba intendersi per *dolus bonus*: consiste in quell'ordinaria esaltazione delle qualità di ciò che si vende, in coerenza con i normali contenuti pubblicitari, riguardo alla quale qualsiasi persona di media avvedutezza fa relativo affidamento e comunque è in grado di riconoscerla come tale. Non rileva ai fini della questione che si sta trattando individuare un confine certo tra il c.d. *dolus malus* ed il *dolus bonus*,

---

[215] Sono le riflessioni di BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 63, in merito alla possibile relazione tra gli articoli 1337 e 1439-1440 c.c.

[216] Le pubblicità a mezzo televisivo, le vendite per corrispondenza o porta a porta, lo stesso e-commerce, sono tutte tecniche che hanno l'obiettivo di *spiazzare* il possibile cliente cogliendolo di sorpresa, in modo tale che sia più probabile che egli ceda difronte ad offerte vantaggiose.

[217] Si pensi al Codice del Consumo (D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206), in cui l'intero Titolo III (Pubblicità e altre comunicazioni commerciali) è dedicato a tale aspetto. O anche in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, si consideri la Direttiva 2006/114/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

attraverso l'impiego di criteri che dottrina e giurisprudenza hanno variamente utilizzato[218]; bensì quello che si tenterà di analizzare è se, ferma l'irrilevanza del *dolus bonus* nel campo dell'invalidità, ciò debba automaticamente ripercuotersi anche sul piano risarcitorio[219]. Se ciò può essere ritenuto ammissibile, allora si deve necessariamente concludere che, al di fuori delle situazioni in cui il dolo acquista rilevanza quale causa di annullamento del contratto, residuano delle ipotesi in cui il contegno "*riprovevole*" di una delle parti[220] può incidere sul piano risarcitorio, sempreché la vittima abbia concretamente subito un pregiudizio causalmente collegato all'inganno

---

[218] Oltre al tradizionale criterio della diligenza del contraente mediamente avveduto; è stata richiamata anche l'oggettiva inidoneità dei mezzi dell'inganno da BIANCA, *Diritto Civile, III*, cit., pag. 666; TRABUCCHI, *voce Dolo (dir. civ.)*, in Noviss. Digesto it., s.d. ma, 1960, pag. 151; CATAUDELLA, *I contratti, Parte generale*, Torino, 1990, pag. 52, per cui l'irrilevanza del dolus bonus va ricercata <<nell'inidoneità dei comportamenti considerati a configurare i raggiri nei quali si concreta il dolo>>; anche da GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., pag. 99 e ss.
In giurisprudenza si v. tra tutte Cass., 28 ottobre 1993, n. 10718, in Corr. giur. 1993; ed anche Cass., I sez. Civ., 1 aprile 1996, n. 3001, in cui si legge: "Le dichiarazioni precontrattuali con le quali una parte cerchi di rappresentare la realtà nel modo più favorevole ai propri interessi (nella specie, riguardanti l'affidamento che un'impresa riscuote sul mercato) non integrano gli estremi del dolus malus quando, nel contesto dato, non sia ragionevole supporre che l'altra parte possa aver attribuito a quelle dichiarazioni un peso particolare, considerato il modesto livello di attendibilità che, in una determinata situazione di tempo, di luogo e di persone, è da presumere che possa essere riconosciuta a certe affermazioni consuete negli schemi dialettici di una trattativa (sempre che ad esse non si accompagni la predisposizione di ulteriori artifici o raggiri, idonei a travisare la realtà cui quelle affermazioni si riferiscono); il valutare se, in concreto, ricorra un'ipotesi di dolus malus ovvero di dolus bonus è compito precipuo del giudice di merito.

[219] Infatti, osserva la MANTOVANI, *op. cit.,* pag 223: "…delle due l'una: o si afferma che la categoria del *dolus bonus* altro non è che una formula convenzionale, conservata per puro ossequio alla tradizione, e riservata ad indicare quei contegni che ricadono nell'area del giuridicamente irrilevante, sia sul piano dell'invalidità, che ai fini risarcitori; oppure conviene riconoscere che […] residuano ipotesi pur marginali…". Aderisce alla prima delle due alternative prospettate nel precedente passaggio riportato testualmente, D'AMICO, *op. cit.*, pag. 171-172.

[220] Tenuto conto della natura del contratto, della qualità delle parti e delle circostanze che ne hanno accompagnato la conclusione.

bonario. Come già osservato nella disciplina dell'errore, è in queste *situazioni intermedie* che la nozione di vizio incompleto ha modo di avere concreto rilievo: confermata la validità del contratto, dovrebbe però riconoscersi l'eventuale pretesa risarcitoria, conseguente al sorgere della responsabilità precontrattuale.

Tuttavia, anche su questo piano, il tentativo di far sorgere una responsabilità che protegga il contraente vittima non ha trovato grandi consensi nel panorama dottrinale. Se, infatti, si tiene in considerazione l'orientamento prevalente per il quale l'inidoneità dei mezzi, impiegati per raggirare l'altrui parte, va valutata in concreto[221], avendo riguardo alle specifiche condizioni personali del soggetto che ritiene di essere stato indotto in errore, non può proprio porsi una questione di responsabilità. A conclusioni non diverse deve giungersi, anche qualora si voglia prendere come riferimento il parametro astratto di persona normalmente avveduta e diligente: in entrambi i casi, difettando l'elemento che rende il dolo tale, si deve negare la sua sussistenza giacché la condotta non ha avuto alcuna efficacia ingannatrice, non potendosi porre a fondamento dell'annullamento del contratto, ma nemmeno di una pretesa risarcitoria.

3.3 Colposa induzione in errore e rilevanza della reticenza (dolosa e colposa):

Si è detto in precedenza, in adesione all'orientamento prevalente, che la fattispecie del dolo inteso quale vizio del volere è completa qualora – oltre l'idoneità dei mezzi utilizzati per il raggiro – l'autore della condotta

---

[221] Per questa tesi, cfr. tra gli altri, SACCO, *Il contratto*, cit., p. 440 e ss.; BIANCA, *Diritto Civile, III*, cit., pag. 666: "Questa idoneità [dei mezzi utilizzati] è da valutare non in astratto ma in concreto, e cioè in relazione alle circostanze, alla personalità e alle condizioni psicofisiche del soggetto."

riprovevole abbia la specifica intenzione di trarre in inganno la sua controparte e la convinzione che le false rappresentazioni della realtà poste in essere siano tali da ingannarlo[222]. Di conseguenza, in linea di massima, è di facile intuizione affermare che una condotta *meramente* negligente, ma che ciononostante abbia avuto un'incidenza nell'altrui formazione del volere (inducendolo in errore), non possa avere la stessa portata dei raggiri intenzionali e perciò non possa inficiare la validità del contratto.[223] Come già osservato rispetto alle altre fattispecie, non si può però affermare un'automatica irrilevanza anche sul piano risarcitorio, dal punto di vista della responsabilità precontrattuale, specialmente se si considera la *culpa in contrahendo* nel suo carattere oggettivo, tale per cui si ravvisa violazione della buona fede a prescindere dalla condotta dei contrenti (colposa o dolosa).

Maggiori perplessità, sia in dottrina che in giurisprudenza, si incontrano sul piano meramente *omissivo* della condotta di un contraente, qualora sussista – tenuto conto delle circostanze concrete del contratto – un generico dovere di informazione e, nonostante ciò, l'autore della condotta puramente omissiva tragga qualche vantaggio dalla situazione che si è determinata con il suo contegno[224]: si ha reticenza giuridicamente rilevante ogniqualvolta un contraente a conoscenza dell'altrui errore essenziale ha taciuto.

Bisognerà comprendere se il *semplice silenzio* di una parte sia in grado di indurre in errore l'altra e mantenere o rafforzare la situazione creata senza una

---

[222] Secondo parte della dottrina è sufficiente ad integrare l'elemento dell'intenzionalità del dolo, anche il c.d. *dolo eventuale*, il quale presuppone almeno il dubbio in merito alle eventuali falsità dichiarate o rappresentate e la consapevolezza delle possibili conseguenze negative nei confronti della parte ingannata.

[223] In tema di colposa induzione in errore, cfr. SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 422; BIANCA, *Diritto civile, III,* cit. pag. 173-174, e tanti altri.

[224] Si tratta del risalente ed ancora irrisolto dibattito in merito alla rilevanza, oltre che del c.d. *dolo commissivo*, anche di quello c.d. *omissivo* o *negativo*.

"positiva" induzione in errore[225]. E' immediata la relazione che si instaura tra l'errore altrui ed il dovere di informazione ex art. 1337 c.c., cardine della buona fede precontrattuale.

Infatti, con l'introduzione[226] nel codice civile del '42 degli articoli 1337-1338, la dottrina ha tentato di allargare le maglie della fattispecie di dolo-vizio per poter farvi rientrare anche la semplice reticenza [227]. Sul fronte giurisprudenziale, per quanto sia stato affermato il principio secondo cui il dolo può configurarsi nelle due accezioni di specie – *commissivo od omissivo* – tuttavia alla reticenza di per sé (o alle figure ad essa assimilate) non è stata attribuita autonoma rilevanza, ma solo quando essa sia tale da integrare tutti gli elementi di una *positiva condotta dolosa:* l'intenzionalità delle azioni e la loro complessità volte a raggirare l'altro[228]. E' quindi evidente la conclusione

---

[225] La figura del semplice silenzio richiama anche quelle della menzogna e della reticenza, anch'esse figure controverse e dibattute, come si avrà modo di analizzarle nel testo.

[226] Nella vigenza del codice civile del 1865, era pacifica l'irrilevanza del dolo negativo (e quindi della reticenza), in virtù della formulazione dell'art. 1115 c.c. che faceva espresso riferimento ai <<raggiri>>, intesi quale attività intenzionalmente indirizzata ad ingannare l'altra parte. L'irrilevanza della reticenza aveva le sue basi anche nella mancanza di appigli normativi da cui poter formulare un generale dovere di informazione: la reticenza, al tempo, assumeva rilevanza solo qualora le disposizioni di legge, la natura peculiare del contratto o gli usi, imponevano un tale tipo di obbligo e nel caso in cui fosse stata realizzata consapevolmente ed intenzionalmente.

[227] TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, pag. 535, traccia la sottile differenza che c'è tra reticenza e semplice silenzio: "La distinzione tra reticenza e silenzio è la stessa che separa l'attività diretta a nascondere, a celare fatti o circostanze che possono influire sulla determinazione della volontà altrui, dal semplice tacere. La reticenza è, insomma, già una qualificazione negativa della condotta, mentre il silenzio è un fatto in sé neutro."

[228] Si riporta una delle massime giurisprudenziali, tra le tante, in tema di dolo: <<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 nascondere alla conoscenza altrui fatti o circostanze decisive, come nella reticenza (dolo omissivo): tuttavia la reticenza, il silenzio, al pari del mendacio, non bastano dal sole a costituire il dolo, se non in rapporto alle 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

a cui giunge il ragionamento della Suprema Corte di Cassazione: la reticenza *pura* è, di regola, irrilevante.

La dottrina più risalente[229], dal canto suo, era invece restia ad accettare il possibile – ed indiretto – livellamento tra dolo e reticenza sull'assunto per cui l'irrilevanza della seconda era data dalla mancanza di un presupposto *ex lege* che imponesse un obbligo di informazione e del nesso di causalità tra condotta reticente ed induzione in errore.

In progresso di tempo e nell'ottica di un'*enfatizzazione* dei doveri enucleabili ex art. 1337, tra cui emerge per importanza – come si è avuto modo di analizzare in precedenza – il generale dovere di informazione, forti sono state le esigenze di coordinamento tra la figura della reticenza (della disciplina dei vizi del consenso in generale) e la responsabilità precontrattuale: secondo parte di dottrina, la reticenza assumerebbe rilevanza – anche – sul piano dell'annullabilità del contratto, quale fattispecie particolare del dolo-vizio, in quanto vìola il dovere di informazione e sempreché comunque vi si possa ravvisare un nesso causale tra l'induzione in errore e la condotta volta a determinarla[230].

---

comportamento che determina l'errore, occorrendo che alla reticenza e al mendacio si accompagni tutta una condotta in cui si concretino le malizie e le astuzie volte a realizzare l'inganno che l'*animus* persegue.>> così, Cass., 18 gennaio 1979, n. 363; analogamente Cass., 12 dicembre 1983, n. 7472; Cass. 11 ottobre 1995, n. 8295.

[229] Tra gli autori a sostegno dell'irrilevanza del dolo negativo (e quindi della reticenza) sul piano dell'invalidità del contratto: SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pag. 171: SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in Trattato di diritto civile, dir. da Grosso e Santoro-Passarelli, cit., pag. 66.

Di opposta convinzione, invece: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, pag. 459; SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 430; BIANCA, *Diritto civile, III*, cit., pag. 664; GALGANO, *Diritto privato*, XVI° ed., Padova, 2013, pag. 288; *ex multis*.

[230] Di questo avviso specialmente GALGANO, *ult. op. cit.*; e SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 434, il quale precisa che "una volto imposto dall'art. 1337 l'obbligo di informare la controparte, tale obbligo vale a rendere rilevante il nesso causale fra l'omissione del contraente che ha taciuto, e la falsa

Tuttavia, non si può non osservare come tale dottrina non tenga conto dell'esistenza del principio di non interferenza – sopra analizzato – tra regole di validità e di correttezza: per quanto *intenzionale* possa considerarsi la reticenza nel caso concreto e così la violazione del dovere di buona fede precontrattuale, essa non dovrebbe avere alcuna incidenza sul piano dell'annullamento; bensì si potrebbe parlare di essa solo con riguardo allo strumento risarcitorio quale violazione di una regola di correttezza.[231]

Si potrebbe ammettere che la reticenza – in generale il *dolo negativo* – abbia rilevanza anche nell'invalidità contrattuale (tuttavia per questa ipotesi permangono forti dubbi) solamente nel caso in cui la condotta reticente, si perdoni il gioco di parole, abbia assunto carattere *doloso* (la c.d. *reticenza dolosa*)[232]. Fuori da questa ipotesi, per giunta presunta, e date le esigenze di stabilità e certezza nel traffico economico-giuridico, la reticenza assumerà rilievo solo quale violazione di una regola di correttezza espressa nell'art. 1337. In altre parole, delle due l'una: o la reticenza assume un carattere espressamente doloso (intenzionalità delle attività poste in essere, volte ad indurre in errore l'altro contraente); oppure quando essa sia configurabile solo quale condotta colposa[233], avrà incidenza solamente sul piano risarcitorio.

---

rappresentazione della controparte, nel senso che il contratto diventa invalido perché il consenso dell'errante è viziato da dolo, e non, invece, perché sussiste una semplice violazione della buona fede." Si deve ricordare anche il rilevante contributo di VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, pag. 96 e ss., in cui ravvisa nella reticenza una distinta ed autonoma causa di annullamento del contratto rispetto al dolo tipizzato dal legislatore; con espresso disappunto sul principio di tassatività delle cause di annullamento.

[231] Di questo avviso sembra essere anche la MANTOVANI, *<<Vizi incompleti>> del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., pag 222.

[232] D'AMICO, *op. cit*., pag. 174, parla di "dolo colposo", in chiave fortemente critica di questa ipotesi.

[233] "Si pensi alla reticenza colposa o all'atteggiamento di semplice silenzio che, pure senza <<indurre>>, favorisce il mantenimento in errore della controparte e, per tal via, la conclusione di un contratto svantaggioso o comunque <<sgradito>>." Illuminanti le parole della MANTOVANI, *op.*

Una volta chiarita l'incidenza che ha la reticenza in ambito risarcitorio, in relazione al generico dovere di informazione ex art 1337 c.c., deve compiersi ancora un'ulteriore precisazione: stabilire la soglia al di sotto della quale il non comunicare un'informazione all'altra parte non costituisca violazione della regola di buona fede precontrattuale. Si tratta, come al solito, di individuare il contenuto specifico di questo dovere di informazione[234], che deve essere valutato in concreto, tenendo cioè in considerazione il tipo di negozio, la qualità e la relazione tra i contraenti ed altre circostanze rilevanti[235].

E' evidente che sussista quindi un equilibrio sottile tra il dovere di informare e l'onere di autoinformarsi[236], nel senso che ogni contraente deve impegnarsi per ottenere tutte le circostanze rilevanti per la sua decisione – nonché le modalità di conclusione del contratto – a cui può facilmente arrivare, tramite un ragionevole sforzo. A tale onere corrisponde, di conseguenza, anche un relativo rischio per eventuali errori di valutazione[237], espressione del principio di autoresponsabilità delle parti di un contratto.

---

cit., pag. 234, spese per illustrare la rilevanza della reticenza colposa e le sue conseguenze sul piano contrattuale.

[234] Potendosi affermare, ormai pacificamente, che non può essere limitato alle sole cause d'invalidità cui fa espresso riferimento l'art. 1338 c.c., come si è già avuto modo di analizzare in precedenza.

Come osserva MANTOVANI, *op. cit*., pag. 241: "…il generico richiamo al principio di ragionevolezza consente già una prima delimitazione dell'ambito del dovere: oggetto di comunicazione sono, anzitutto, le circostanze essenziali, quelle cioè che rivestono una oggettiva importanza nel quadro dell'assetto di interessi programmato, e altresì le circostanze che, in relazione alla *natura del contratto e alla qualità delle parti*, appare ragionevole rivelare e rispetto alle quali ciascuna si attende di essere informata."

[235] BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag 44.

[236] BENATTI, *op. ult. cit*.; GALGANO, *Diritto privato*, cit., pag. 288; anche MERUZZI, in *Regole di validità e regole di condotta*, cit., pag. 960, parla di un onere di autoinformazione.

[237] L'errore circa la convenienza economica del contratto, ad esempio, resterà a carico della parte negligente.

Alla luce di questo ragionamento, si deve concludere che qualora la violazione dell'obbligo in questione riguardi un'informazione – pur essenziale – che l'altra parte poteva ragionevolmente procurarsi, ciò non integra una scorrettezza *in contrahendo* e per cui non sorge responsabilità precontrattuale.
Individuato anche questo limite, risulta circoscritto l'ambito di operatività della fattispecie di vizio incompleto che si sta trattando: esso integra tutte quelle fattispecie non qualificabili come dolo, vizio tipico del consenso, ma solamente fino al punto in cui il contegno *riprovevole* dell'altra parte possa intendersi come scorrettezza precontrattuale, cioè qualora sia tale da violare il dovere di informazione, come precisato nei termini anzidetti, e sia tale da determinare un contratto non conforme all'interesse dell'altra parte. Fuori da quest'area, il comportamento moralmente censurabile dovrà considerarsi giuridicamente irrilevante.
Spostando il fulcro del discorso, con l'attenzione rivolta all'errore che l'altrui comportamento ha determinato, parte della dottrina ha posto la tesi in questione sotto esame critico. E' stato, infatti, osservato[238] che l'errore potrà essere *essenziale*, determinando l'annullamento del contratto; oppure *sui motivi*, che necessita di ulteriore precisazione: qualora questo sia *comune* ad entrambi i contraenti, condurrà ugualmente all'annullamento, mentre qualora sia relativo ad una sola parte, così come non potrebbe avere incidenza ai fini della validità del contratto, ad eguale conclusione si giunge sul piano risarcitorio; considerato che esso rientra in quel margine di rischio che è espressione del principio di autoresponsabilità[239].

---

[238] Il riferimento è a D'AMICO, *op. cit*., pag. 176 e ss.

[239] Il margine di rischio assunto come corollario dell'autonomia privata delle parti è qui utilizzato per negare rilevanza a qualunque fattispecie di vizio incompleto, considerato che l'autore (D'AMICO) non ne condivide l'impostazione alla base della teoria che si sta analizzando.

Secondo tale dottrina, la *colposa induzione in errore*[240] potrebbe semmai assumere rilevanza solo a titolo di una diversa responsabilità, quella contrattuale. Solo considerando l'esistenza di un rapporto contrattuale tra le parti già definito e che abbia come specifico oggetto la "prestazione di informazioni da parte di un contraente a favore dell'altro", si potrà affermare senza dubbio che al comportamento colposo di un soggetto consegua una responsabilità, ma contrattuale[241].

3.4 Debole minaccia e timore reverenziale:

Un'altra macro-area dei vizi del consenso, da cui provare ad estrapolare alcune fattispecie di vizio incompleto è quella della violenza.
La violenza, così come il dolo, ha un immediato rilievo dal punto di vista della condotta "*illecita*" di una parte durante la fase di formazione del contratto. Essa perciò avrà rilevanza quale vizio del consenso, causando l'annullamento del contratto, ma sarà anche fonte di risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale, in considerazione della violazione dell'altrui libertà negoziale realizzata attraverso la condotta riprovevole.[242] Essa è considerata da una parte della dottrina, come "la forma di lesione della libertà

---

[240] D'AMICO, *op. cit*., pag. 178 e ss. fa poi riferimento a singole fattispecie concrete che possono integrare la colposa induzione in errore: la responsabilità per false o inesatte informazioni, con particolare attenzione – soprattutto perché costituisce l'ipotesi più frequente e con maggiore casistica giurisprudenziale – alle informazioni fornite dalle banche.

[241] Perché presuppone un obbligo volontariamente assunto da parte di un contraente nei confronti dell'altro.

[242] E' pacificamente ammesso in dottrina che la violenza può giustificare un'azione di risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale, indipendentemente dall'esperimento di un'eventuale azione di annullamento.
In tal senso, si v. per tutti, BIANCA*, Diritto civile, III*, cit., pag. 632.

negoziale più grave e socialmente riprovata"[243], tale da giustificare la tutela del soggetto danneggiato anche a scapito della protezione dell'affidamento.
La violenza, considerata come vizio del consenso, è stata rigidamente limitata entro i parametri oggettivi di rilevanza forniti dall'art 1435 c.c., per cui si richiede la minaccia di un male ingiusto e notevole, tale da impressionare una persona sensata. Il riferimento all'elemento della minaccia è volto ad accertarne la sua serietà e verosimiglianza; mentre il secondo – il male ingiusto e notevole – è utilizzato per determinarne l'entità relazionata al danno cagionato a seguito della conclusione del contratto.[244] Terzo elemento rilevante della fattispecie è il riferimento allo standard astratto della *persona sensata,* alla cui stregua valutare l'incidenza della minaccia del male, tenendo però in conto – considerato l'espresso richiamo ex art. 1435 – anche i parametri concreti del negozio, come quelli relativi alla natura e condizioni personali[245] del soggetto vittima di violenza, nonché di ogni circostanza utile a rendere oggettivamente attendibile e verosimile la minaccia[246]. Di conseguenza, tutti i comportamenti che non integrano i requisiti ex art. 1435 c.c. devono considerarsi irrilevanti ai fini della validità del contratto, ferma la necessità di esaminare se ciò implichi conseguenze dello stesso tipo anche sul piano risarcitorio. Come negli altri casi già esaminati, la scorrettezza

---

[243] Rif. testuale a BIANCA, *ult. op. cit*., pag. 658.

[244] BIANCA, *ult. op. cit*., pag. 659, chiarisce il significato di male notevole: <<Male notevole vuol dire che esso dev'essere di importanza apprezzabile in relazione all'economia dell'affare. La minaccia di un sacrificio di scarso rilievo raffrontato all'importanza del contratto esclude ancora una volta che essa possa determinare la volontà contrattuale di una persona mediamente sensata.>>

[245] Per maggiore chiarezza si riporta il testo dell'articolo 1435 c.c.: "La violenza dev'essere di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole. Si ha riguardo, in questa materia, all'età, al sesso e alla condizione delle persone".

[246] Va precisato che, per quanto intimamente connessi, i giudizi relativi all'attendibilità della minaccia e quello in merito alla gravità del male sono indipendenti tra loro: ben potrà configurarsi una minaccia di male oggettivamente grave, ma che sia poco credibile.

precontrattuale, considerata quale vizio incompleto, assumerà rilievo in ambito di responsabilità precontrattuale, qualora abbia determinato un assetto degli interessi contrattuali non conformi alla volontà dell'altra parte vittima di questa "debole" minaccia. In questo caso la valutazione della condotta sleale non avverrà attraverso i parametri oggettivi ed astratti forniti dall'art. 1435; bensì attraverso criteri concreti che tengano conto della reciproca condotta delle parti secondo la regola di buona fede ex art. 1337: *"a partire dal contegno scorretto, che dà sostanza al vizio incompleto, si deve quindi procedere ad una concretizzazione dell'idea di scorrettezza."*[247]

Anche in tale ambito, però, è opportuno tracciare dei confini ben definiti dell'area di operatività del vizio incompleto in esame, individuando una *soglia in negativo*, oltre la quale la condotta non avrà alcuna rilevanza giuridica, anche se considerata riprovevole secondo i principi di moralità. A tale riguardo si potrebbe considerare la minaccia *palesemente* inattendibile, quella non considerata credibile nemmeno da chi la pone in essere; considerando però che la sua valutazione verrà compiuta in chiave soggettiva, tale per cui anche una minaccia o una pressione debole, esercitata nei confronti di un soggetto in situazione di particolare debolezza e che sia stata idonea ad influenzare la sua determinazione della volontà, dovrà essere considerata il presupposto di una pretesa risarcitoria, qualora la vittima abbia subito un pregiudizio causalmente collegato alla violenza subita[248].

---

[247] E' quanto affermato dalla MANTOVANI, *<<Vizi incompleti>> del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., pag 251, in considerazione della rilevanza che deve essere assegnata – e dei modi con cui dev'essere fatto – alla scorrettezza *in contrahendo*.

[248] Si pensi al caso di un soggetto molto anziano, o particolarmente vulnerabile dal punto di vista psichico, con minore capacità di resistenza di una persona sensata quindi: la minaccia debole avrà incidenza qualora susciti timore nel soggetto debole e di ciò l'autore della condotta scorretta se ne approfitti per stabilire condizioni a sé più vantaggiose.

(Segue.) ***Il timore reverenziale:***

Tradizionalmente è stata affermata in dottrina ed in giurisprudenza, stante la rigida delimitazione della fattispecie sul piano dell'annullabilità, l'irrilevanza del c.d. *timore reverenziale*[249] (art. 1437 c.c.): con esso s'intende la soggezione psicologica che un soggetto ha nei confronti di un altro, per l'importanza della sua posizione in ambienti a lui afferenti[250]. L'unico timore considerato, invece, rilevante per l'ordinamento è quello causato dall'altrui minaccia – secondo i parametri ex art. 1435 – tale per cui qualsiasi altro timore, non originato nelle minacce altrui, ma da un vincolo di soggezione psichica, morale o spirituale, non ha la forza di incidere sul piano risarcitorio. Anche ad ammettere l'irrilevanza del solo timore reverenziale, analizzando la formulazione della norma in questione, si potrebbe prospettare uno *spiraglio* di rilevanza nei riguardi di un timore, per così dire, *qualificato*[251]: come nel

---

La MANTOVANI, *op. cit*., pag. 253, con il suo ragionamento sgancia la valutazione della condotta dai rigidi requisiti oggettivi ex art 1435, al fine di tenere in maggiore considerazione l'effettiva efficienza causale della minaccia nei confronti del soggetto che la subisce.

[249] A riguardo BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pag. 465; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del negozio giuridico*, cit., pag. 169; BIANCA, *Diritto civile, III*, cit., pag. 662; GALGANO, *Diritto privato*, cit., pag. 291; anche la stessa MANTOVANI, *op. cit*., pag. 252, sembra essere propensa per l'irrilevanza del c.d. *timore reverenziale puro.* Sembra di contrario avviso, invece, SACCO, *Il contratto*, I, cit., pag. 353: ammette la rilevanza del timore reverenziale, a fronte dell'altrui approfittamento in mala fede; ma anche CRISCUOLI, *Timore riverenziale e approfittamento*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1988, pag. 374; per tesi più risalenti cfr. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in Temi, 1965, pag. 441

[250] E' la definizione data da BIANCA, *Diritto civile, III*, cit., pag. 662.

[251] A riguardo CRISCUOLI, *Timore riverenziale e approfittamento*, cit., pag. 375: "Tuttavia l'impostazione formale dell'articolo – il timore reverenziale da <<solo>> non è causa di annullamento del contratto – sembra voglia dire alcunchè di diverso, e di positivo, rispetto all'avvertenza, solo negativa, di evitare un'inopportuna commistione tra figure patologiche diverse: perché il testo lascia implicitamente, ma inequivocabilmente, intendere che nella stessa considerazione della legge il timore reverenziale, già di per sé determinante la volontà di chi soffra nell'animo, può, nel complesso della

caso della *intimidazione morale*[252], la minaccia tacita di avvalersi della propria posizione o dei mezzi a disposizione per procurare danno all'altra parte qualora dovesse rifiutarsi di concludere il contratto.

Tralasciando l'ambito della validità contrattuale, ed in virtù della distinta operatività delle regole di responsabilità attraverso il principio di non interferenza, si potrebbe giungere alla conclusione per cui la condotta della parte "in posizione di dominanza soggettiva-psicologica", correlata all'approfittamento dell'altrui debolezza e nel caso in cui si traduca in una determinazione degli interessi contrattuali iniqua, risulta in evidente contrasto con i canoni della buona fede ex 1337 c.c., e per tale motivo è in grado di porsi a fondamento di una pretesa risarcitoria.

Deve segnalarsi, tuttavia, anche un tentativo da parte della dottrina[253], di porre in relazione il timore reverenziale – che sia comunque accompagnato dall'approfittamento di mala fede – con l'incapacità naturale ex art. 428 del codice civile: si è, infatti, osservato che il timore spontaneo è tale – in alcune circostanze – da determinare una vera e propria scorrettezza precontrattuale

---

vicenda costitutiva del negozio, non essere <<solo>>, ma (male) accompagnato, e che in questa eventualità esso non si opporrebbe, o comunque, non costituirebbe di per sé ostacolo ad un intervento sanzionatorio di tipo protettivo, di cui peraltro nel medesimo articolo non si fa cenno."

[252] Cfr., in tal senso, BIANCA, *Diritto civile*, *III,* cit., pag. 662, che giustifica la rilevanza dell'intimidazione morale in considerazione del fatto che anch'essa costituisce "una forma di violenza che rende immeritevole la tutela giuridica di chi la esercita o si avvale di essa." Sullo stesso piano deve considerarsi anche il c.d. *avvertimento mafioso*, come osservato da GALGANO, *Diritto privato*, cit., pag. 291.

[253] E' la tesi elaborata da SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 455 e ss.: "Il timor panico può sconfinare in una vera forma di incapacità. E per tutte le ipotesi in esame l'aurea regola che val pel caso dell'incapacità deve valere anche per il caso del timore. Dopo tutto, non esistono remore obiettive per trarre un'analogia dall'art. 428 c.c. all'area del timore. E, poiché anche questa argomentazione può non piacere, chiamiamo a contributo la regola generale dell'art. 1337 c.c. Ci pare chiaro che colui il quale sa che la controparte è in stato di timore, agisce in mala fede e se ne approfitta per stipulare un contratto con condizioni inique. […] In altre parole, il timore vizia se sussiste la mala fede."

cui porre rimedio attraverso l'applicazione analogica delle conseguenze previste dall'art. 428, e cioè l'annullamento del contratto, in quanto può integrare uno vero stato di incapacità di intendere e di volere.

Tale tesi fatica ad essere condivisa, sull'assunto che quando il timore spontaneo sia tale da determinare un vero e proprio stato di incapacità, allora il contratto sarà *direttamente* annullabile attraverso l'articolo 428 c.c.; così come quando esso non sia spontaneo, ma determinato dalle altrui minacce (più o meno) esplicite, il contratto potrà essere annullato ex art. 1435.[254]

Diversamente, si dovrebbe ammettere l'operatività dell'art. 428 anche in assenza di uno stato di incapacità di intendere e di volere, così come tradizionalmente considerato; oppure trascurare i requisiti di rilevanza della minaccia elaborati con l'articolo 1435, ammettendo che si possa configurare un'ipotesi di violenza, anche in assenza di una minaccia. Tale dottrina, inoltre, critica anche la rilevanza del timore reverenziale – accompagnato, si ricordi, sempre dall'approfittamento di mala fede – dal punto di vista del risarcimento del danno, in base alla considerazione che così facendo si aprirebbe la strada alla *reintroduzione surrettizia* di una sanzione dell'altrui condotta, attraverso lo strumento risarcitorio, che non può ammettersi, difettando i presupposti previsti *ex lege*.

3.5 Iniquità e lesione infra dimidium:

Se consideriamo la categoria dell'invalidità contrattuale in un'accezione più lata, devono essere ricomprese anche le fattispecie che determinano

---

[254] E' quanto sostenuto da D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., pag. 241.

un'iniquità dello scambio contrattuale ed i conseguenti rimedi, come l'esperibilità dell'azione di rescissione.[255]

Il richiamo al principio di autonomia privata delle parti giustifica i presupposti richiesti per la rescindibilità dal contratto a fronte di uno scambio contrattuale iniquo: secondo le disposizioni contenute negli articoli 1447-1448 c.c., il contratto può essere rescisso nel caso in cui una parte lo abbia concluso in una situazione di pericolo di un grave danno alla sua persona o ad altri – noto alla controparte – e che sia stata tale da determinare uno scambio iniquo (art. 1447 c.c. rubricato "Contratto concluso in istato di pericolo"); oppure qualora la sproporzione sia dipesa dallo stato di bisogno di una parte, nota all'altra che ne ha approfittato per trarne vantaggio e solo nel caso in cui la lesione ecceda di oltre la metà del valore della prestazione promessa od eseguita (art. 1448 c.c.: "Azione generale di rescissione per lesione"). In virtù, appunto, del principio di autoresponsabilità, ogni contraente deve assumersi il rischio che consegue alle proprie scelte, per questo è in generale negata rilevanza agli errori di valutazione (come quello sulla convenienza economica del contratto, sopra esaminato). Non deve essere effettuato un controllo da parte dell'ordinamento sulla congruità dello scambio, ma devono essere comunque previsti dei rimedi nel caso in cui l'eguaglianza formale tra le parti è messa seriamente in discussione. Concentrando l'attenzione sulla disposizione contenuta nell'art. 1448, si deve osservare come originariamente lo *stato di bisogno* fosse inteso come condizione di assoluta indigenza o incapacità patrimoniale; mentre in progresso di tempo è stato poi esteso – ad opera della

---

[255] "La rescindibilità è una forma d'invalidità del contratto posta principalmente a tutela di chi contrae a condizioni inique per il suo stato di bisogno di pericolo." Tuttavia, la rescindibilità, per quanto analoga all'annullabilità, si distingue da essa per un minor termine di prescrizione, la riduzione ad equità, la non convalidabilità del contratto; ecc. In tal senso, v. BIANCA, *Diritto civile, III*, cit., pag. 681 e ss.

giurisprudenza di legittimità[256] – nell'ottica di una maggiore protezione del contraente debole, fino a farvi rientrare anche quelle circostanze di *mera difficoltà economica* (sempreché oggettivamente valutabili) o la stessa mancanza di liquidità monetaria, purché siano state tali da alterare la libertà negoziale della parte *bisognosa,* inducendola ad accettare condizioni contrattuali fortemente squilibrate[257].

Per quanto poi riguarda la situazione di approfittamento da parte dell'altro contraente è costantemente ribadito (sia in dottrina che in giurisprudenza) che non è richiesto un comportamento positivo volto direttamente a trarne vantaggio, ma è sufficiente la *mera conoscenza* dell'altrui stato di bisogno e della sproporzione tra le prestazioni[258].

---

[256] Cfr. Cass., 26 marzo 1986, n. 2166, con nota di MANTOVANI, in Nuova giur. civ. comm., I, pag. 683; Cass., 6 dicembre 1988, n. 6630; Cass., 29 gennaio 1990, n. 531; Cass., 5 settembre 1991, n. 9374; Cass., 22 maggio 1990, n. 4630 di cui si riporta un passo: "lo stato di bisogno, pur potendo consistere anche in una situazione di difficoltà economica, tuttavia non può prescindere da un nesso di strumentalità tale da incidere sulla libera determinazione del contraente, in mancanza degradandosi, nella possibilità della libera scelta dei mezzi, a quella mera esigenza della realizzazione più conveniente del fine perseguito dal contraente, presente in ogni negozio."

[257] Maggiori dubbi si nutrono in relazione alla configurabilità dello stato di bisogno riferito ad interessi non patrimoniali o nel caso di uno stato di bisogno putativo. Con riferimento a quest'ultimo, SACCO, *op. cit*., pag. 476, propende per la soluzione positiva, agganciandolo all'art. 1337 c.c. per attribuire all'approfittamento dell'altrui stato di bisogno putativo rilevanza risarcitoria.

[258] Cfr. in dottrina, ad es., BIANCA, *Diritto civile, III*, cit., pag. 687: "Lo sfruttamento risulta dal fatto stesso della stipulazione del contratto a condizioni ingiustificatamente vantaggiose con la consapevolezza dello stato di bisogno in cui versa l'altra parte."; dello stesso avviso è GALGANO, *Diritto privato*, cit. pag. 354; SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 477.

In giurisprudenza cfr. Cass., 6 dicembre 1988, n. 6630, dove si legge in motivazione che "ai fini della sussistenza dell'approfittamento non è richiesta da parte del contraente avvantaggiato, un'attività diretta a promuovere o sollecitare la conclusione del contratto, essendo sufficiente che la conoscenza dello stato di bisogno costituisca la spinta psicologica a contrarre, desumibile anche dal contegno passivo, integrato e lumeggiato dalla realizzazione effettiva del vantaggio conseguito."; cfr. anche Cass., 28 giugno 1994, n. 6204.

Ulteriore requisito cui è subordinata l'esperibilità del rimedio rescissorio è quello per cui la sproporzione tra le prestazioni dev'essere superiore alla metà del valore della controprestazione: si tratta della c.d. lesione *ultra dimidium*.[259] Attraverso quest'ultimo parametro oggettivo, viene perfettamente circoscritta la rilevanza che il legislatore ha voluto riservare all'iniquità dello scambio contrattuale. Fuori da tale area, il regolamento contrattuale così determinato viene mantenuto, anche quando comunque abbia determinato un danno della parte *bisognosa*. Ciò si giustifica sulla base della protezione garantita al contraente che versa in stato di bisogno: il contratto squilibrato – ma non oltre il 50% – costituisce il mezzo, forse l'unico, con cui debellare lo stato di indigenza[260]. Il legislatore ha perciò ritenuto giustificato il sacrificio economico che può essere sopportato dal contraente *debole* per consentirgli di uscire dalla situazione critica in cui si trova. Si deve comunque rilevare che lo stato di bisogno – *inevitabilmente* – induce ad una valutazione alterata delle prestazioni oggetto del contratto, accettando una misura oggettivamente svantaggiosa (anche se non integra la lesione *ultra dimidium*).[261] Ma l'ordinamento non attribuisce solamente allo stato di bisogno la forza di invalidare il contratto posto in essere, bensì allo sfruttamento di esso ad opera dell'altra parte[262]. Sembrerebbe a prima vista, perciò, che il rimedio rescissorio – si ricordi, contemplato come *forma d'invalidità* – sia stato

---

[259] Essa deve sussistere fino alla conclusione del contratto e perdurare fino alla proposizione della domanda.

[260] Cfr. per queste osservazioni, SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 357.

[261] Osserva giustamente la MANTOVANI, *op. cit*., pag. 280: "Lo stato di bisogno induce, cioè, uno <<scarto>> tra l'adeguatezza soggettiva delle prestazioni – dovuta alla <<sopravalutazione>> del bene che soddisfa il bisogno – e il loro equilibrio economico <<oggettivo>>, quale si realizza in uno scambio standard.

[262] Insieme allo stato di bisogno ed alla lesione *ultra dimidium*: secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, infatti, è richiesta la contemporanea presenza di tutti e tre i presupposti. Cfr., in tal senso, Cass., 9 dicembre 1982, n. 6723; Cass., 29 gennaio 1990, n. 531; Cass., 5 settembre 1991, n. 1553.

configurato come una sorta di sanzione contro il comportamento scorretto (illecito) del contraente che abbia abusato dell'altrui stato di bisogno. Tuttavia, com'è stato più giustamente osservato, ed in virtù della reciproca indipendenza delle valutazioni sulla validità e di quelle relative alle condotte dei contrenti, la rescissione permette perlopiù di porre rimedio a una determinazione contrattuale che, in qualche modo, risulta *viziata*, in conseguenza dell'alterazione della libertà negoziale.[263] Ragionando in tal senso, sarebbe molto semplice eludere la normativa di protezione del contraente bisognoso, prestando attenzione a determinare una sproporzione che non vada oltre la soglia richiesta per la rilevanza della lesione.[264]

Anche in tal caso, tuttavia, giunge in soccorso l'articolo 1337 c.c.: è indubbio che la condotta del contraente che tragga vantaggio dallo stato di bisogno altrui, quandanche non soddisfi il requisito dell'enormità della lesione, costituisca una violazione del modello previsto dall'art. 1337 e per tale integri una fattispecie di *culpa in contrahendo.*[265] Viene così individuata, anche in quest'ambito, una fattispecie coerente alla nozione di vizio incompleto: il

---

[263] Per tale rilievo cfr. BIANCA, *Diritto Civile, III*, cit., pag. 682 e nota 4: "Il comportamento della controparte integra normalmente gli estremi della responsabilità precontrattuale ma l'invalidità non consegue ad un mero giudizio di illiceità bensì quale rimedio accordato alla parte per l'iniquità del contratto derivante dall'anomala alterazione della libertà negoziale."

E' evidente l'analogia con la disciplina dei vizi del consenso.

[264] E' la conclusione cui giunge la MANTOVANI, *op. cit*., pag. 282, e che le permette poi di affrontare l'analisi dal punto di vista della teoria dei *vizi incompleti.*

Critico D'AMICO, *op. cit.,* pag. 243 nota 353, in cui osserva che non si può parlare né di elusione della normativa, né – tanto meno – di frode alla legge, considerato che si realizza una situazione che l'ordinamento giuridico ha ritenuto <<tollerabile>> e quindi non sanzionabile.

[265] "In altri termini – come più volte osservato – l'esito positivo del giudizio di validità di un regolamento contrattuale, per difetto di uno dei presupposti che integrano la fattispecie rilevante – in questo caso, il requisito della lesione *ultra dimidium* – non si traduce automaticamente in un giudizio di irrilevanza della scorrettezza *in contrahendo*, rappresentata, qui, dalla condotta di sfruttamento della situazione di bisogno del proprio partner." MANTOVANI*, op. cit*., pag. 282.

contratto resta valido, ma può essere giustificata un'azione risarcitoria per la sproporzione *infra dimidium.* Si deve tuttavia far presente che in questo contesto, più che negli altri sopra esaminati (in cui può delinearsi un vizio incompleto), il rimedio risarcitorio può apparire come una sorta di *correttivo* del regolamento contrattuale, sì sproporzionato, ma non in misura tale da essere rilevante per l'ordinamento, che ha fatto rientrare la lesione *infra dimidium* all'interno di quel margine di rischio, implicito in ogni contrattazione. Inoltre, il riequilibrio dello scambio avverrebbe con il risarcimento del danno e non con l'offerta di riduzione ad equità, determinata sulla base del valore di mercato della prestazione. Ancora, si è osservato che risarcimento assume una funzione diversa dall'offerta di riduzione ad equità, garantendo una protezione persino più intensa di quella prevista in caso di lesione *ultra dimidium*: ed infatti, dà ristoro non solo all'effettivo pregiudizio subito dal contraente leso, ma anche a tutte le conseguenze dannose[266] che si sono realizzate; a differenza della riduzione ad equità che si preoccupa solamente di colmare – completamente – il divario che sussiste tra le prestazioni.[267] A prescindere dalle critiche che possono essere mosse all'impiego dello strumento risarcitorio, quello che preoccupa, ai fini del discorso che si sta svolgendo, è che non tutte le sproporzioni che non integrino la fattispecie legale, possono farsi valere come vizio incompleto ed essere

---

[266] Individuate dalla MANTOVANI, *op. cit*., pag. 286, "…nel pregiudizio conseguente ad altre operazioni economiche rovinose, tendenti a porre rimedio all'originaria lesione, e, talora, anche quello connesso alla perdita di un bene d'affezione."

[267] L'orientamento prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza è a favore della maggiore protezione possibile per il contraente leso: l'offerta di riduzione ad equità deve essere tale da eliminare completamente la sproporzione tra le prestazioni e non solo di ridurre la lesione al di sotto della metà. In tal senso, in dottrina: SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 479; BIANCA, *Diritto civile, III*, cit., pag 694; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in Trattato di diritto civile, dir. da Grosso e Santoro-Passarelli, cit., pag. 265; ex multis. In giurisprudenza, tra le tante, cfr.: Cass. 22 novembre 1978, n. 5458; Cass., 23 aprile 1994, n. 3891.

quindi fonte di responsabilità *in contrahendo* a carico della parte che abbia sfruttato lo stato di bisogno del suo partner contrattuale; altrimenti ogni eventuale rischio "normale" verrebbe assorbito dalle regole di responsabilità. Il criterio più accreditato per valutare la gravità delle condotte di sfruttamento è dato dall'entità della sproporzione e del relativo pregiudizio subito: se, ponendo a confronto il valore di entrambe le prestazioni oggetto del contratto, si determina un divario economico che – comunque – rientra "all'interno degli ordinari limiti di oscillazione del mercato", questo non potrà rilevare sul piano nemmeno sul piano risarcitorio. Oltre tale soglia (in negativo), il soggetto che abbia approfittato della situazione di bisogno altrui, cagionandogli un concreto pregiudizio economico – ma non tale da azionare l'articolo 1448 – incorre in responsabilità ex art. 1337 c.c.[268]

---

[268] E' stato tuttavia osservato da D'AMICO, *op. cit.*, pag. 245, nota 358, che ammettere la responsabilità precontrattuale in caso di lesione *infra dimidium*, potrebbe rivelarsi pregiudizievole per lo stesso contraente bisognoso, perché renderebbe molto più complesso stipulare un contratto che gli consenta di uscire dalla situazione critica in cui versa, anche dovendo sopportare quel "sacrificio economico" – di cui si è parlato – che l'ordinamento ha ritenuto sopportabile. Concludere un contratto a condizioni squilibrate, di cui l'altro ne approfitti, è stato ritenuto il giusto prezzo da pagare per il contraente in difficoltà, anche se il comportamento dell'altra parte può essere ritenuto *moralmente, ma non giuridicamente, censurabile.*

Sezione II

RESPONSABILITA' PRECONTRATTUALE DA CONTRATTO VALIDO

Sommario: **1.** Responsabilità precontrattuale da contratto valido: configurazione della fattispecie – **2.** Dolo incidente: principio generale di compatibilità? – **3.** Le ipotesi tipizzate di compatibilità: gli artt. 1494 – 1812 – 1821 c.c. – **4.** Le posizioni della giurisprudenza – **4.1** La sentenza di Cassazione n. 19024/2005: la pietra miliare a favore della possibile convivenza tra *culpa in contrahendo* e valido contratto – **4.2** Le sentenze gemelle n. 26724 e 26725 del 2007: cumulo dei rimedi possibile? – **4.3** La sentenza n. 24795 del 2008 – **4.4**. Il punto di arrivo con la sentenza di Cassazione sul caso Cir-Fininvest (21255/2013) – **5**. Problematiche relative alla quantificazione del danno risarcibile – **5.1** Il danno risarcibile in assenza di contratto – **5.2** La risarcibilità dell'interesse positivo – **5.3** Il danno risarcibile in caso di contratto valido, ma sconveniente – **5.4** Gli altri rimedi esperibili: la tutela in forma specifica; la risoluzione del contratto; ulteriori criteri utilizzabili (cenni).

1. Responsabilità precontrattuale da contratto valido: configurazione della fattispecie.

Quanto detto finora è stato utile per verificare se potesse sussistere una "sanzione" della scorrettezza realizzata nella fase di formazione del contratto attraverso la responsabilità precontrattuale, al di fuori delle ipotesi espressamente tipizzate d'invalidità del contratto concluso o di recesso ingiustificato dalle trattative.[269]

---

[269] Si tratta di un problema di armonizzazione della disciplina sui vizi del consenso con quella della responsabilità precontrattuale. Efficaci, in tal senso, le parole di SACCO, *Il contratto, cit*., pag. 253: "Quando il legislatore salva la validità de consenso sorto da un *metus ab intrinseco* (di cui la controparte sia al corrente); quando rifiuta la rescissione se la vittima ha subito una lesione non superiore alla metà del valore; quando trascura di pronunciarsi sulla violenza incidentale; in tutti

Alla luce del principio di non interferenza si è voluto verificare, ferma l'autonomia delle regole di validità rispetto a quelle di correttezza, la relazione inversa: e cioè se la validità del contratto potesse – *dovesse* – assorbire la violazione delle norme di responsabilità, realizzata in circostanze che non integrano le fattispecie legali. Stante la diversa funzione che ha la regola di buona fede precontrattuale, cioè sanzionare quei comportamenti che abbiano condotto ad un assetto degli interessi contrattuali pregiudizievoli per l'altra parte, giustamente essa non ha modo di incidere sulla validità negoziale – la cui disciplina è atta a determinare la conformità del singolo contratto rispetto al modello legale – ma cionondimeno gode della stessa autonomia. Come si è più volte ripetuto, in ossequio alla dottrina che si sta esaminando[270], l'esito positivo del giudizio di validità non *deve* automaticamente tradursi anche nell'irrilevanza delle scorrettezze *in contrahendo* dal punto di vista della sussistenza di responsabilità[271]. Ciò è stato reso possibile attraverso un'interpretazione sistematica, che nel tempo si è andata progressivamente formandosi, degli articoli 1337 e 1338 c.c. e sulla convinzione che il primo ricopra il ruolo di *clausola generale*, destinato perciò a sanzionare ogni scorrettezza, giuridicamente rilevante, realizzata nella fase delle trattative, e perciò anche a fronte di un contratto che si sia, successivamente, validamente concluso. L'essenziale è che venga individuato correttamente l'interesse protetto dalla clausola generale di buona fede precontrattuale e, si deve

---

questi cadi la sua indifferenza alle sofferenze della vittima garantisce anche l'impunità della controparte sul piano della responsabilità precontrattuale?"

[270] In particolar modo MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., pag. 187 e ss.

[271] Fermo restando che non ogni scorrettezza precontrattuale giustifica il sorgere di responsabilità: al di fuori delle ipotesi dei vizi legali, è stata di volta in volta individuata una soglia minima (in negativo), al di sotto della quale la scorrettezza deve ritenersi giuridicamente irrilevante, ben potendo essere moralmente censurabile. Il sistema dei vizi incompleti dev'essere delimitato da livelli oltre i quali, o la condotta sleale assume le vesti di un vizio tipico, oppure è irrilevante.

convenire, che esso consista nell'aspettativa rispetto ad una trattativa che soddisfi i canoni di lealtà, correttezza e serietà[272]. L'ammissibilità o meno della sussistenza della *responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido (ma sconveniente)*[273] dipenderà anche dalla rilevanza giuridica che si voglia attribuire alla fase delle trattative: ove ad essa sia riconosciuta autonoma rilevanza, quasi ad assumere le vesti di un rapporto obbligatorio *ex lege*[274] e basato sul rispetto della buona fede precontrattuale, allora appare verosimile che il legislatore abbia imposto, anche in tale fase, il rispetto di una regola di condotta che, in quanto tale, giustifica l'azione di risarcimento se violata e che opera indipendentemente – *non interferendo* – dalla valida conclusione del contratto[275]. Tuttavia, deve riconoscersi che il contratto validamente concluso assume la forza di legge tra le parti, secondo quanto disposto ex art. 1372 c.c., per cui dopo tale momento avrebbero rilievo, come sostenuto ancora dalla maggioranza della dottrina, solo le violazioni della *lex contractus*, in quanto inadempimento delle obbligazioni reciprocamente assunte. Altro elemento contraddittorio è che il risarcimento concesso a titolo di responsabilità precontrattuale a fronte di una fattispecie contrattuale valida, finirebbe per essere considerato come una sorta di correttivo giudiziale del regolamento contrattuale – sì, squilibrato – ma determinato autonomamente dalle parti, secondo quanto richiesto dall'ordinamento. La funzione correttiva

---

[272] Di questo avviso è la dottrina prevalente e qualche isolata decisione giurisprudenziale. Cfr., in dottrina, BIANCA, *Diritto civile, III*, cit., pag. 157; SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 667; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 259; ROMANO, voce *Buona fede (dir. priv.)*, cit., pag. 684; RAVAZZONI, *La formazione del contratto, II, Le regole di comportamento*, cit., pag. 37.

[273] E' questo il modo con cui la maggiorparte della dottrina e giurisprudenza designa questa ipotesi che si sta cercando di analizzare.

[274] Cfr., soprattutto, MENGONI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 365.

[275] Ed è per questo motivo che l'interesse protetto dall'art. 1337 c.c. non può essere quello ad una valida conclusione del contratto. Cfr., in tal senso, MANTOVANI, *op. cit*., pag. 160.

diviene più evidente soprattutto in considerazione della possibilità – da valutare in concreto – di un risarcimento in forma specifica,[276] che potrebbe dirsi equiparabile ad una forma parziale di invalidazione del contratto: si pensi, infatti, al caso in cui la condotta scorretta di una parte abbia inciso su un aspetto economico-monetario del contratto (ad es., la clausola sul prezzo), concludendo comunque il contratto, seppur a condizioni diverse da quelle che l'altra parte avrebbe effettivamente voluto; in questo caso il risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale appare effettivamente che funga da correttivo a quanto stabilito dalle parti, ponendosi in contrasto con il principio di autonomia privata delle parti[277]. Tuttavia, in linea di massima, si può concludere che il rimedio risarcitorio per equivalente ex art. 1337 c.c., in presenza di un contratto validamente concluso, può avere semmai una funzione <<compensativa>> dei risultati economici pregiudizievoli determinatisi nella relazione precontrattuale, senza però incidere sulla *tenuta* del regolamento contrattuale, conforme alle regole di validità.[278]

La dottrina in esame ha dimostrato la possibile convivenza della responsabilità precontrattuale con un contratto valido attraverso l'elaborazione delle fattispecie dei vizi incompleti, cui si è fatto cenno; tuttavia esiste una disposizione del codice civile – e quindi espressamente tipizzata – che

---

[276] La ritiene una soluzione concretamente praticabile in alcune circostanze, TURCO, *ult. op. cit*., pag. 555; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., pag. 353 e ss.

[277] Secondo l'opinione della MANTOVANI, *op. cit.*, pag. 158, questa potrebbe essere l'unica ipotesi plausibile in cui il risarcimento a titolo di responsabilità *in contrahendo* possa dirsi equiparabile ad un "fenomeno di parziale invalidazione del contratto".

[278] "…in sostanza, si confonderebbe il profilo dell'autoresponsabilità connessa all'esercizio di autonomia – e la conseguente assunzione di un rischio dell'atto in conformità alle regole di validità – con il differente profilo della distribuzione tra i contraenti del rischio connesso alla più complessa relazione (pre) contrattuale." In questi termini si esprime la MANTOVANI, *op. cit.,* pag. 161, per distinguere i due profili di rischio che si vengono a determinare qualora un contratto sia stato validamente concluso, ma alla luce di trattative non conformi ai canoni della buona fede e correttezza, e per giustificare l'esperibilità dell'azione risarcitoria fondata sull'art. 1337 c.c.

conferma quanto qui sostenuto e che potrebbe porsi a fondamento di un rilievo più generale di tale ipotesi: si tratta dell'articolo 1440 c.c., in tema di dolo incidente, che rispecchia perfettamente lo schema realizzato dal principio di non interferenza tra regole di validità (che s'intendono rispettate) e regole di condotta (le quali, invece, si presumono violate nella fase precontrattuale).

2. Dolo incidente: principio generale di compatibilità?:

<<Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni.>>: è in tal modo che il legislatore italiano del 1942 ha attribuito rilievo all'impostazione dottrinale che, già dal codice del 1865, vedeva distinta la fattispecie del dolo determinante (art. 1439 c.c.), fonte di annullamento contrattuale, da quella del dolo incidente, tale da determinare solo una pretesa risarcitoria. Il dolo incidente, perciò, approda nel codice già come principio ben consolidato in dottrina ed in giurisprudenza. Di certo, la disposizione in esame presenta degli aspetti peculiari, che meritano di essere sottolineati: ad esempio, la sua collocazione all'interno della disciplina dei vizi del consenso, anche se esso non è configurabile come causa d'annullamento di un contratto. Secondariamente, l'art. 1440 c.c. costituisce l'unica norma – nella categoria dell'annullabilità – a prevedere espressamente un obbligo risarcitorio, a seguito di un comportamento *illecito* tenuto da un contraente nella fase delle trattative. Da ultimo, ed è l'aspetto che più interessa per il nostro discorso, è l'unica disposizione che – in un'ottica di

conservazione del contratto – ammette espressamente la compatibilità tra validità contrattuale e rimedio risarcitorio[279].

A prima vista, tuttavia, subito dopo la sua introduzione è stata considerata come una disposizione priva di valenza originale, giacché il principio affermato in essa ben poteva essere ricavato argomentando ex art. 1439 c.c., il quale subordina il rimedio invalidatorio all'esistenza di raggiri tali che, in loro assenza, l'altra parte non avrebbe contrattato. Di conseguenza, per lungo periodo, il ruolo del dolo incidente nelle fattispecie contrattuale è stato trascurato, anche in considerazione del fatto che non era ancora stata elaborata la nozione della clausola generale di buona fede precontrattuale, nonostante l'introduzione – sempre con il cod. civ. del '42 – dell'articolo 1337.

La dottrina più sensibile[280], però, ha individuato con prontezza l'intima connessione che poteva sussistere tra queste due disposizioni; e, probabilmente, il fatto che tali tentativi abbiano costituito episodi isolati spiega perché ancora oggi la condotta di mala fede (tramite raggiri), realizzata dalla controparte nella fase di formazione del contratto, sia considerata come illecito extracontrattuale, regolato ex art. 2043 c.c.

---

[279] Si tenga comunque presente che, anche nel caso di dolo determinante, potrà verificarsi il caso in cui sussistono contemporaneamente la validità contrattuale e la pretesa risarcitoria: la parte vittima potrà rinunciare a proporre l'azione di annullamento, ma non quella di risarcimento.

Su questo rilievo, cfr., tra tutti, BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 68, in cui si legge: "Il soggetto ingannato può chiedere il risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale anche se non vuole agire per fare dichiarare l'annullamento del contratto. Infatti, tra le due azioni non esiste alcuna connessione: la prima colpisce la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede; la seconda, invece, costituisce un rimedio contro un vizio del volere."

[280] Su questa relazione cfr. BENATTI, *ult. op. cit*., pag. 68; MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 360 e ss.; BIANCA, *Diritto civile, III*, cit., pag. 178; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, cit., pag. 216; SACCO, *Il contratto*, cit., pag. 231.

Tuttavia, com'è stato efficacemente affermato, "*il dolo rappresenta l'antitesi della buona fede prevista nell'art. 1337 c.c.*"[281], per cui deve considerarsi naturale la relazione che sussiste tra le due disposizioni in questione. Il dolo incidente costituisce, invero, un'espressa violazione della libertà negoziale, interesse primariamente tutelato ex art. 1337 c.c.[282], tale per cui potrebbe considerarsi una sua diretta applicazione. Se inteso in tale senso, allora il dolo incidente ben potrebbe assurgere a *modello* cui far richiamo per tutte le fattispecie in cui si profila la necessità di assicurare un risarcimento alla parte di un contratto validamente concluso, ma che non sia conforme al suo interesse, a causa dei raggiri perpetrati dall'altra parte. Alla luce di ciò, allora, dovrà ammettersi che il risarcimento possa – anche – integrare una funzione *correttiva* del contenuto contrattuale, ma solo dei risultati economici pregiudizievoli, perché resi sproporzionati da un contegno sleale e scorretto[283]. Quello che si sta indagando consiste, appunto, nell'appurare se il dolo incidente costituisca una norma di carattere *eccezionale*; oppure se possa essere utilizzato come fattispecie di riferimento, espressione di una generale compatibilità tra validità e rimedio risarcitorio; mantenendo – in conformità con la dottrina maggioritaria[284] – la natura precontrattuale della responsabilità

---

[281] Riportato testualmente da BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 63.

[282] E' principalmente sostenuto da BIANCA, *ult. op. cit.*, pag. 158.

[283] Così MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., pag. 25.

[284] Per la natura precontrattuale della responsabilità ex art. 1440 c.c.: oltre MANTOVANI*, ult. op. cit.,* pag. 121 e ss.; D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., pag. 115; BIANCA, *Diritto civile, III*, cit., pag. 667; BENATTI, *ult. op. cit*., pag. 148-149; MENGONI, *Sulla natura responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 365.

Dev'essere, tuttavia, riportata anche una tesi eclettica elaborata da TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag 700 e ss., in cui l'autore sostiene che la responsabilità discendente dall'articolo 1440 c.c. abbia natura contrattuale. Ciò basandosi sull'assunto che il risarcimento ivi previsto non integri una vera e propria ipotesi di rettifica del contratto, ma la sua funzione sarebbe di tipo surrogatorio ad una modifica diretta del regolamento contrattuale. Avrebbe, di conseguenza, naturale vocazione alla soddisfazione dell'*interesse positivo*, quello riferito al

che da esso consegue. Deve, innanzitutto, precisarsi che l'art 1440 è portatore di due principi molto rilevanti: l'esclusione dell'annullamento ("il contratto resta valido"); l'espressa previsione dell'obbligo risarcitorio ("…ma il contraente in mala fede risponde dei danni"). Di conseguenza, se inquadrato in un'accezione negativa, volta a precisare l'esclusione dell'annullabilità del contratto, allora deve convenirsi che esso rappresenti un'ipotesi *particolare* della più generale disciplina in cui è inserito e, per tale motivo, non applicabile analogicamente (ex art. 14 disp. prel. c.c.) ad altre circostanze in cui una condotta scorretta, pur non integrando i requisiti di vizio legale del consenso, abbia determinato un assetto degli interessi contrattuali squilibrato. Il legislatore, si è già detto, per esigenze di mantenimento del contratto, tratta l'ipotesi in questione, che pur rispecchia i caratteri di vizio del consenso, *come se tale non fosse* e per cui ammette il solo rimedio risarcitorio. Il dolo incidente, da questo punto di vista, rappresenta il prototipo su cui basarsi per la ricostruzione degli altri *vizi incompleti*, sopra esaminati.

Se, però, si concentra l'attenzione sulla formulazione positiva ed espressa dell'obbligo risarcitorio, in tale accezione, la dottrina più accorta, vi ha ravvisato un *implicito* principio di compatibilità tra contratto valido e risarcimento del danno.

Può essere utile individuare correttamente in cosa consiste la distinzione tra le due figure di dolo (determinante ed incidente): nella vigenza del codice del 1865, ma anche successivamente, la maggiorparte della dottrina sosteneva che

---

regolamento contrattuale che si sarebbe pattuito, ove non fosse intervenuto il raggiro altrui. Tale tesi non risulta condivisibile sulla base del fatto che il medesimo criterio utilizzato in ipotesi di inadempimento, non implica che comunque non ci si trovi davanti ad un risarcimento dell'interesse positivo, consistente nel danno per la violazione di un'obbligazione *ex contractu*. Inoltre deve osservarsi che, impostato in tal modo, si giungerebbe all'improbabile conclusione che la responsabilità conseguente da dolo incidente possa avere natura diversa da quella che, invece, discende dal dolo determinante e che, senza ombra di dubbio, deve ricondursi necessariamente ad una responsabilità di tipo aquiliano.

la differenza non dovesse fondarsi sull'incidenza del raggiro, godendo le due fattispecie del medesimo profilo strutturale, bensì sull'oggetto su cui esso ricade; dovendosi ammettere che nel caso del dolo incidente riguarda una circostanza non essenziale per la conclusione del contratto; ricadendo maggiormente sul *quomodo* o sugli elementi del contenuto negoziale (le diverse condizioni).[285] Dato il carattere non decisivo del raggiro, inteso nel senso che esso non abbia costituito l'unica ragione per cui si è posto in essere il contratto, il rimedio dell'annullamento è sembrato eccessivo, per cui si è optato per la sua esclusione espressa[286]. Tuttavia, non è in dubbio che il dolo, rispetto al singolo tipo contrattuale, alle modalità di conclusione ed alle circostanze particolari del *caso concreto*, ha avuto un'efficacia che può dirsi *determinante* (solo in relazione a quel contratto, in quelle determinate condizioni, non oggettivamente)[287]; anche se nella fattispecie in esame può evincersi una *volontà potenziale del consenso*: è la presenza di questa volontà ipotetica che permette di distinguere il dolo incidente da quello determinante ed in base alla quale il legislatore ha ritenuto tale rilievo adeguato, ricorrendo

---

[285] Era l'opinione sostenuta principalmente da TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del consenso*, cit., pag. 142; criticata da D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., pag. 116, il quale osserva che la distinzione in tal modo si concentra sul carattere non determinante del dolo, del quale è molto arduo fornire una prova ed enucleare in astratto ed *a priori* ciò che deve considerarsi essenziale o meno.

[286] Dagli artt. 1439-1430 c.c. non si desume affatto, in verità, che la differenza tra dolo determinante e dolo incidente riguardi l'*entità del pregiudizio* – e che dunque l'annullamento ed il risarcimento siano entrambi rimedi, sia pure diversi, per riparare al medesimo fatto (*il pregiudizio*) –, ma si desume piuttosto che tale differenza attiene all'*efficienza causale* del raggiro (senza del quale, in un caso l'altra parte non avrebbe contrattato, mentre nel secondo avrebbe comunque concluso il contratto, ma a condizioni diverse), e ciò indipendentemente dall'entità del pregiudizio (economico) che nell'una ovvero nell'altra ipotesi il *deceptus* possa venire a subire. In questi termini, VISINTINI, *La reticenza nella formazione del contratto*, Padova, 1972, pag. 117.

[287] Lo stesso argomento è anche utilizzato per attribuire rilevanza agli altri vizi incidenti, come la violenza o l'errore incidente.

all'utilizzo di una *fictio* e trattando il dolo *come se* non fosse stato determinante.[288] Di qui, la conclusione circa l'eccezionalità della disposizione contenuta nell'art. 1440 sembra essere doverosa: il legislatore ha voluto espressamente distinguerla dall'art. 1439, escludendo l'annullabilità del contratto, pur in presenza di una fattispecie contrattuale viziata dall'altrui contegno scorretto (che però non raggiunge la soglia posta per il vizio tipico del consenso). Ma, deve osservarsi, se il dolo in questione dà adito solo ad una pretesa risarcitoria, escludendo l'annullamento attraverso l'impiego di una finzione legislativa, allora si dovrebbe logicamente ammettere che anche il risarcimento previsto espressamente non possa essere considerato come espressione di una *regola generale* in caso di contemporanea validità contrattuale e *culpa in contrahendo*[289], ma semmai come attestazione che i comportamenti in questione *solitamente* danno luogo ad invalidità contrattuale, se non fosse che in questo caso sia stato espressamente escluso per volontà del legislatore. Tornando ad analizzare la formulazione della norma, si deve notare che l'art. 1440 c.c. svolge un duplice ruolo: da un lato, si configura come mera affermazione dell'esistenza di un illecito ex art. 2043 c.c.; ma, allora, diventa una disposizione quasi superflua, considerata l'esistenza della clausola generale prevista dall'art. 2043, dovendosi negare il suo carattere *di norma eccezionale*.

Dall'altro lato, invece, se poniamo la disposizione in esame sotto la luce dell'art. 1337 c.c. e della relazione che sussiste tra questi due articoli, allora il dolo incidente non può che rappresentare una delle applicazioni esemplari della clausola generale relativa al dovere di comportarsi secondo buona fede

---

[288] E' la tesi di MENGONI, <<*Metus causam dans*>> *e* <<*Metus incidens*>>, Riv. dir. comm., I, 1952.

[289] Rilievo effettuato da D'AMICO, *op. cit.*, pag. 118, in senso critico di quanto invece sostenuto da MANTOVANI, *op. cit.*, pag. 130-131.

nella fase precontrattuale.[290] Tuttavia, anche in questo caso – data la presenza di una clausola generale – l'articolo 1440 non rappresenterebbe nient'altro che un'applicazione particolare di un principio generale[291] contenuto nell'articolo 1337 c.c., non ravvisandosi neanche in relazione all'obbligo risarcitorio, un carattere di eccezionalità della norma.

3. Le ipotesi tipizzate di compatibilità: gli artt. 1494 – 1812 – 1821 c.c.:

Oltre alla previsione ex art 1440 c.c., il principio di non interferenza delle regole di validità nei giudizi di correttezza si vede riproposto in altre disposizioni di alcuni contratti tipici, le quali si caratterizzano – appunto – per la rilevanza attribuita al comportamento scorretto di una parte nella fase precontrattuale: il riferimento va fatto alle ipotesi di danni derivanti all'acquirente per i vizi della cosa venduta (art. 1494); ma anche ai danni per i vizi della cosa concessa in locazione (art. 1578, co. 2), in comodato (art. 1812) o in mutuo (art. 1821 c.c.)[292]. In tali fattispecie il legislatore ha previsto una *sanzione* per il contegno scorretto della parte, riferibile alla fase precontrattuale, ma non attraverso lo strumento dell'annullamento contrattuale, bensì con il risarcimento del danno: stante la diversità di funzioni che rivestono i due strumenti, si deve rilevare come nel caso in cui una parte

---

[290] Soprattutto in considerazione del fatto che i raggiri di una parte diretti ad ingannare l'altra rappresentano uno degli esempi più lampanti di condotta contraria alla buona fede oggettiva, come si è già avuto modo di osservare.

[291] E però si deve concordare con D'AMICO, *op. cit*., pag. 119 nota 54, che anche in questo caso – alla luce della relazione con l'art. 1337 – la disposizione sul dolo incidente apparirebbe come una norma del tutto inutile.

[292] Oltre MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio,* cit., pag. 162; rilevano tali fattispecie come ipotesi di *culpa in contrahendo* anche BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 72 e ss.; MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in Riv. dir. comm., cit.; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, cit., pag. 33 e ss.

agisca per il solo risarcimento del danno – che è conseguenza della lesione della libertà negoziale protetta dall'art. 1337 c.c. – la valutazione della condotta avverrà in relazione ad una fattispecie negoziale perfettamente valida ed efficace, il cui regolamento conserva la sua forza di legge.

Di conseguenza, parte della dottrina, ha tentato di enucleare da tali disposizioni una responsabilità precontrattuale ex art. 1337, conseguente alla violazione del dovere di comunicazione[293] relativo alla situazione materiale dell'oggetto (la cosa) del singolo contratto.

Tuttavia, si manifesta sempre un'esigenza di coordinamento tra la disciplina del singolo tipo contrattuale, con quella relativa alla valutazione della condotta contraria a buona fede. A tal fine, quello che rileva è verificare se la *lex contractus* copra anche le eventuali violazioni della buona fede e correttezza, in quanto, ove ciò accada, sarà impensabile la configurabilità di una responsabilità precontrattuale allorché il contratto sia stato poi validamente concluso; mentre, in caso contrario, potrebbe prospettarsi una contemporanea operatività nell'intero rapporto contrattuale[294] delle regole contrattuali con quelle che abbiano natura diversa (e che in questo caso corrispondono a quelle di responsabilità).

Analizzando preliminarmente le disposizioni ex artt. 1812-1821 c.c., relative ai danni subiti per i vizi della cosa data in comodato o mutuo, esse prevedono espressamente un obbligo risarcitorio a carico del comodante/mutuante che non abbia comunicato i vizi, conosciuti, della cosa oggetto del singolo contratto.[295] La dottrina ha elaborato diverse ricostruzioni: secondo una prima

---

[293] Il dovere di comunicare le informazioni, le circostanze rilevanti, o qualsiasi altro elemento che possa essere utile alla controparte, rientra tra quei doveri che formano il generale dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase precontrattuale.

[294] Che comprende, necessariamente, anche la fase precontrattuale.

[295] "Se la cosa comodata ha vizi tali che rechino danno a chi se ne serve, il comodante è tenuto al risarcimento qualora, conoscendo i vizi della cosa, non ne abbia avvertito il comodatario." (art. 1812);

tesi, il dovere di comunicazione non può essere considerato "parte del contenuto del contratto", per cui non può configurarsi una responsabilità contrattuale in capo al soggetto che non abbia comunicato i vizi. Ma l'obbligo in questione, sempre secondo tale tesi, non può neanche ricondursi alla culpa *in contrahendo*, perché la conclusione del contratto non determina l'estinzione di tale dovere (se i vizi sono conosciuti in un momento successivo, il dovere si estende fino a quel momento.). La violazione di tale dovere dovrebbe perciò far discendere una responsabilità di tipo aquiliano, per cui il comodante/mutuante risponderà dei danni cagionati dalla cosa viziata. In conformità con questa tesi, la violazione dei principi di buona fede e correttezza non è coperta dal regolamento contrattuale ed è fatta rientrare nello schema della responsabilità extracontrattuale[296].

Secondo una diversa opinione, l'obbligo di comunicazione è certamente obbligo precontrattuale, espressione della clausola generale ex art. 1337 c.c., ma la sua preesistenza – già prima della conclusione del contratto – non è un elemento sufficiente per far sorgere responsabilità *in contrahendo*. A contratto concluso, si osserva, la violazione dell'obbligo di comunicazione, che già rileva dalla fase precontrattuale, deve essere inteso come *inesatto adempimento* per aver prestato alla controparte una cosa viziata: in questa circostanza, l'interesse leso dalla violazione del dovere di comunicazione, viene inglobato nell'interesse ad un esatto adempimento, tutelato direttamente dalla *lex contractus*. Quindi, secondo questa prospettiva, gli esiti della buona

---

sostanzialmente analogo è l'art. 1821: "Il mutuante risponde è responsabile del danno cagionato al mutuatario per i vizi delle cose date a prestito, se non prova di averli ignorati senza colpa. Se il mutuo è gratuito, il mutuante è responsabile solo nel caso in cui, conoscendo i vizi, non ne abbia avvertito il mutuatario."

[296] Si tratta della tesi di FRAGALI, *Del comodato*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1966, sub art. 1812.

fede precontrattuale sono necessariamente inclusi nel regolamento contrattuale e, per tale motivo, rilevano solo sotto il profilo dell'inadempimento.[297]

E' stato ancora affermato, in merito alle due disposizioni in esame, che la violazione della correttezza *in contrahendo*, a fronte di un contratto validamente concluso e disciplinato puntualmente dall'ordinamento, non può conservare rilevanza "sul piano formale e normativo" come responsabilità precontrattuale, in quanto essa deve ritenersi assorbita dalla protezione dell'interesse positivo, secondo il regime della responsabilità proprio di quel determinato tipo contrattuale.[298]

Appare, di conseguenza, difficile ammettere che la violazione del dovere precontrattuale di comunicazione, in caso di valida conclusione di questo tipo di contratti esaminati, possa conservare rilievo; non ravvisando perciò una compatibilità – in questo caso – tra responsabilità precontrattuale e contratto valido.

Resta, ancora, da analizzare la disposizione contenuta nell'articolo 1494 c.c., relativa ai danni cagionati all'acquirente per i vizi della cosa venduta, per verificare la simultanea presenza di *culpa in contrahendo* e contratto valido.[299]

---

[297] Di tale avviso è BIANCA, *Diritto civile, III,* cit., pag 164, il quale rileva che: "Il contraente potrebbe invece chiedere il risarcimento, a titolo di responsabilità precontrattuale, del danno risentito per aver concluso il contratto a condizioni diverse rispetto a quelle che avrebbe accettato se fosse stato informato del vizio della cosa, poiché la lesione dell'<<interesse a non subire un'alterazione del contenuto del contratto>> non è assorbito dalla pretesa all'adempimento."

[298] E' la tesi di TURCO*, Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 657 e ss., in cui si legge che l'art. 1812 c.c. dà rilevanza solo ai danni-conseguenza del vizio, tuttavia, "si tratta di un risarcimento che pur sempre si riferisce a un interesse positivo del comodatario (sia pur limitato ad un uso non pregiudizievole del bene conforme alla stessa funzione del contratto concluso), e non anche ad un interesse negativo."

[299] Ex art. 1494 c.c. "In ogni caso il venditore è tenuto verso il compratore al risarcimento del danno, se non prova di aver ignorato senza colpa i vizi della cosa. Il venditore deve altresì risarcire al compratore i danni derivati dai vizi della cosa."

Nell'ambito di una vendita di una cosa affetta da vizi, l'acquirente riceve protezione dall'ordinamento principalmente attraverso i rimedi edilizi previsti dall'art. 1492 c.c. e consistenti nella risoluzione del contratto o nella riduzione del prezzo di vendita, cui deve aggiungersi l'art. 1494 che accorda il risarcimento del danno in relazione alla semplice prestazione di una cosa viziata (contemplato al 1° comma); nonché – al 2° comma – ai danni cagionati dalla medesima cosa viziata. La pretesa risarcitoria contemplata dal 1494 c.c. deve ritenersi indipendente ed autonoma rispetto alla garanzia per i vizi della cosa venduta, su cui deve concentrarsi l'attenzione per una sua esatta qualificazione giuridica e per verificare la relazione che intercorre con il 1494.
Secondo la dottrina prevalente, la garanzia per i vizi della cosa venduta dev'essere fatta rientrare all'interno della disciplina dell'inadempimento; ed anche il rimedio risarcitorio ex art. 1494, considerato come un effetto accessorio di tale garanzia, è contemplato in tale schema.
Di conseguenza, la mancata comunicazione dei vizi (conosciuti o conoscibili con l'uso dell'ordinaria diligenza) è certamente una violazione di un dovere precontrattuale, ma tuttavia il buon esito della contrattazione fa sì che non possa configurarsi una responsabilità precontrattuale, in quanto la violazione del dovere in questione rileva come *inesatto adempimento*.[300]
Merita attenzione una peculiare ricostruzione sulla natura della garanzia per i vizi, inquadrata come "surrogato della pretesa di adempimento", e perciò un effetto naturale del contratto di vendita e non una sanzione per la violazione di un'obbligazione *ex contractu*. Del pari, anche il risarcimento ex art. 1494 c.c. non avrebbe tecnicamente fondamento nella *responsabilità* del debitore, intesa quale violazione di un'obbligazione, bensì costituirebbe un aspetto particolare

---

[300] BIANCA, Diritto civile, III, cit., pag. 164; v. anche *La vendita e la permuta*, in Trattato di diritto civile diretto da Vassalli, Torino, 1975, pag. 622; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, cit., pag. 29; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 633.

della garanzia per i vizi, estendendosi fino al risarcimento dell'interesse positivo del compratore[301]. Tuttavia, non mancano opinioni che contestano questa qualificazione dell'interesse risarcibile ex art. 1494 – inserito nello schema della responsabilità per inadempimento –, sostenendo che se la colpa del venditore – utilizzata come criterio d'imputabilità dell'obbligo risarcitorio – consiste nel non aver comunicato l'esistenza del vizio (o della mancanza di una determinata qualità), allora deve ammettersi che l'interesse risarcibile è solo quello negativo, ma non di certo quello positivo per mancanza di un nesso causale: se il venditore avesse tenuto una diversa condotta – comunicando l'esistenza dei vizi – il compratore non avrebbe acquistato la cosa.[302]

Deve concludersi tuttavia che, in relazione al primo comma dell'art. 1494, non può configurarsi una responsabilità precontrattuale sulla base del fatto che risarcibile, in conformità con la dottrina prevalente, debba considerarsi l'interesse positivo.

Ciò non significa, però, che nell'ambito del secondo comma della disposizione in esame, parte della dottrina non abbia provato ad elaborare un'ipotesi di

---

[301] E' la tesi di MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi della vendita*, in Riv. dir. comm., 1953, che si distacca dalla dottrina prevalente affermando che un'obbligazione di trasferire una cosa immune da vizi non sarebbe concepibile, come pure non sarebbe concepibile un'obbligazione di garanzia. Tuttavia, l'autore, non esclude che si possa parlare di "inadempimento" della *lex contractus*, in presenza di vizi della cosa venduta, ma solo qualora si accetti l'idea che la "forza della lex contractus non necessariamente deve esprimersi in una obbligazione." Alla luce di tale impostazione, l'azione risarcitoria, al pari delle azioni di garanzia ex art. 1492, sarebbe soggetta a brevi termini di decadenza e prescrizione stabiliti dall'articolo 1495 c.c.

[302] E' l'opinione di MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, pag. 47. Tuttavia, BENATTI, *op. cit*., pag 77, contesta in parte questa opinione, in considerazione del fatto che l'interesse negativo del compratore (inteso come interesse ad essere posto nella stessa situazione economica in cui si sarebbe trovato se non avesse concluso il contratto) è già protetto ex art. 1493 c.c. che prevede in capo al soggetto che agisca in redibitoria, non solo il diritto alla restituzione del prezzo, ma anche il rimborso delle spese sostenute.

culpa in contrahendo: stante la distinzione che deve farsi tra i due commi dell'articolo 1494, in cui il primo contempla il c.d. danno-vizio ed il secondo i danni provocati dai vizi della cosa e che l'acquirente avrebbe potuto evitare se fosse stato informato del vizio (i c.d. danni-conseguenza), potrebbe delinearsi in tale ultima ipotesi un'autonomia tra risarcimento e garanzia, rilevando il contegno di mala fede dell'altra parte sul piano della responsabilità precontrattuale con risarcimento circoscritto all'interesse negativo; a differenza della prestazione in sé di una cosa viziata, inquadrata come violazione della *lex contractus*, fonte di risarcimento dell'interesse positivo. [303] Una tesi più recente[304] capovolge i termini del discorso fin qui effettuato, individuando un'ipotesi di responsabilità precontrattuale nel primo comma dell'art. 1494; ed una responsabilità per inadempimento nel secondo comma: secondo questa tesi, sarebbe più coerente sanzionare la scorrettezza del venditore che, nella fase delle trattative, abbia indotto il compratore ad acquistare una cosa qualitativamente diversa (perché viziata) rispetto a quella che voleva effettivamente acquistare (1° co.)[305]; mentre i danni cagionati dalla cosa viziata (i danni-conseguenza del 2° co.) rientrano, piuttosto, nella sfera giuridica del compratore attraverso la consegna della cosa viziata che produce danno, il cui risarcimento è conseguenza di un dovere di protezione, accessorio all'obbligo di consegna. In quest'ultimo caso, si osserva, l'interesse tutelato non è quello ad una corretta informazione circa le qualità della cosa, ma piuttosto quello a non ricevere una cosa che sia idonea a cagionare danni,

---

[303] MENGONI, *ult. op. cit*., pag 21; ma anche in *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 368; v. anche BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 77.

[304] Cfr. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, pag. 449 e ss.

[305] La disposizione prevista al primo comma perde la qualificazione di sanzione per la violazione della lex contractus, considerato che dev'essere dato maggiore rilievo alla mala fede del venditore. "La sanzione risarcitoria non è infatti collegata al mero stato di conoscenza dei vizi, bensì alla mancata comunicazione alla controparte dei vizi noti al venditore o colposamente da lui ignorati."

perché viziata. La lesione dell'interesse così individuato, perciò, non può realizzarsi con la violazione del dovere di buona fede precontrattuale (nella specie, il dovere di comunicazione), ma attraverso la consegna ed ai suoi relativi obblighi accessori, per cui deve parlarsi semmai di responsabilità contrattuale[306].

In conclusione, prescindendo dall'adesione ad una delle tesi sopra esposte, deve osservarsi che la violazione del dovere di comunicazione (e quindi, più in generale, del dovere di buona fede precontrattuale) abbia – comunque – piena rilevanza anche in presenza di una fattispecie contrattuale perfettamente valida ed efficace, il che lascia presumere che possa ammettersi – con le dovute cautele – una compatibilità tra responsabilità precontrattuale e la validità contrattuale. A fronte di una rilevanza autonoma attribuita alle trattative anche nel caso di successiva conclusione del contratto; e sulla base del fatto che esse costituiscono un rapporto obbligatorio *ex lege*, il cui diretto fondamento è l'art. 1337 c.c., si deve ammettere che il dovere di comunicazione – nelle ipotesi qui contemplate – costituisca una delle fattispecie più tipiche della clausola generale di buona fede.

Al fine di soddisfare le esigenze di certezza e stabilità nel traffico giuridico e per offrire un'unica soluzione condivisa per tutte le fattispecie in cui rilevi un contegno scorretto nella fase precontrattuale, si potrebbe ragionevolmente concludere che le pretese risarcitorie sopra analizzate (artt. 1812-1821, rispetto ai quali s'incontrano maggiori difficoltà, ed art. 1494, 1° e 2° co.) non

---

[306] Di opinione nettamente contraria è – comunque – la prevalente dottrina, tra cui si segnala D'AMICO, *op. cit*., pag. 109; il quale espressamente aderisce alla tesi di TURCO*, Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, pag. 243, il quale afferma che – pur senza negare che in tale fattispecie si abbia anche lesione dell'interesse negativo (interesse alla libertà negoziale) – una *culpa in contrahendo* non può configurarsi perché la lesione dell'interesse negativo è assorbita nella disciplina del valido contratto concluso e nella tutela del relativo interesse positivo, qualificabile perciò come responsabilità contrattuale.

costituiscano la conseguenza della violazione della *lex contractus*, bensì di un dovere *in contrahendo*, "nella specie, appunto, quello di comunicare alla controparte i vizi della cosa di cui si abbia conoscenza, al pari di ogni altra circostanza che appaia rilevante ai fini della conclusione del contratto."[307]

4. Le posizioni della giurisprudenza:

Ad imporre il dogma dell'incompatibilità tra la responsabilità precontrattuale ed il contratto validamente stipulato ha contribuito, tra l'altro, il costante atteggiamento giurisprudenziale[308], volto a circoscrivere l'ambito applicativo nelle due fattispecie classiche di recesso ingiustificato dalle trattative (art. 1337 c.c.) e della lesione dell'affidamento incolpevole nella validità del contratto (art. 1338 c.c.). Le principali ragioni di questo *arroccamento* devono essere ricercate, preliminarmente, nella diffidenza da parte di dottrina e giurisprudenza nelle clausole generali[309] – come si è avuto modo di chiarire in precedenza –, ma anche nella genesi storica dell'istituto, a partire dalla prima elaborazione di Jhering, il cui fondamento consiste esattamente nella mancata

---

[307] A tale conclusione giunge la MANTOVANI, *op. cit*., pag. 172, di cui si è riportato un passaggio nel testo. Condividono la sua stessa opinione: BENATTI, *op. cit.*, pag. 72; MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 366; MARTORANO*, La tutela del compratore per i vizi della cosa venduta*, cit., pag. 46 (solo limitatamente all'ipotesi di vendita di cosa viziata).

[308] Cass., 25 luglio 2006, n. 16937; Cass., 30 dicembre 1997, n. 13131; Cass., 25 febbraio 1992, n. 2335; Cass., 16 aprile 1994, n. 3621, nella cui motivazione si legge: "La stipulazione del contratto preclude la configurabilità di una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., non rilevando ai fini dell'applicazione della predetta norma il danno concretantesi nella conclusione di un negozio a condizioni diverse da quelle che si sarebbero avute se una delle parti avesse tenuto un comportamento conforme a buona fede."

[309] Come si è avuto modo di analizzare, infatti, non erano solamente ragioni di carattere politico-ideologico, dato il largo uso che di esse ne aveva fatto il regime fascista; ma anche il timore di un margine di discrezionalità eccessivo che finiva per ricadere sul giudice chiamato a decidere.

conclusione di un contratto valido[310]. A tale impostazione, si aggiunge poi un orientamento – nella vigenza del codice del 1865 – che affianca alla mancata stipula di un valido contratto, anche l'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative. La codificazione del 1942 dà spazio a queste due ipotesi ben consolidate e ciò viene recepito come una consacrazione dei principi elaborati e già maturati nel previgente codice, senza necessità di indagare le ulteriori potenzialità applicative[311].

Un primo segnale di un cambiamento si ha nel 1998 ad opera della Cassazione con il riconoscimento della risarcibilità del <<*danno da ritardo*>> nella stipula di un contratto[312]. In questa occasione, la Corte precisa che l'incompatibilità della *culpa in contrahendo* con una successiva stipulazione di un valido contratto può essere tenuta ferma per quanto riguarda la fattispecie del recesso ingiustificato; ma non nel caso di specie in cui, in assenza della condotta scorretta di Enel, la quale agiva nelle vesti di monopolista con obbligo di contrarre, la parte avrebbe concluso il contratto in momento decisamente anteriore rispetto a quello in cui è stato effettivamente

---

[310] Deve segnalarsi, tuttavia, che la teoria di Jhering sulla *culpa in contrahendo* è stata esposta – fin dall'inizio – a pesanti critiche da parte della stessa dottrina tedesca, per contraddittorietà tra quanto sostenuto inizialmente e le conclusioni a cui giunge l'autore: se, infatti, la diligenza (espressione della buona fede) è richiesta anche nella fase delle trattative, appare privo di senso limitare la responsabilità e, quindi, la rilevanza stessa della violazione della buona fede alla sola ipotesi di stipulazione di un contratto invalido. Si deve, invece, affermare l'irrilevanza della conclusione o meno del contratto.

[311] Cfr. FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, Riv. dir. priv., fasc. 2, 2011, pag. 195.

[312] Si tratta della sentena di Cass., 16 ottobre 1998, n. 10249; con nota di LAMBO *Obbligo legale di contrarre: default e responsabilità (precontrattuale?*), in Danno e resp., n.4/1999. In questa circostanza la Corte di legittimità era stata chiamata a decidere sulle conseguenze giuridiche discendenti da un sensibile ritardo con cui Enel aveva dato seguito alla richiesta di somministrazione dell'energia effettuata da un utente.

posto in essere[313]. In tal caso <<l'avvenuto perfezionamento non rende privo di rilievo il comportamento contrario a buona fede che un contraente abbia posto in essere nella fase di formazione del contratto>>. La sentenza in esame aggiunge, per la prima volta, un nuovo tassello all'impostazione strutturale di questa responsabilità, ma non si tratta di una nuova fattispecie discendente dalla tutela nell'altrui affidamento incolpevole, che sembrerebbe l'unica area di operatività della *culpa in contrahendo*, ma da un *"inesatto" adempimento* di un obbligo a contrarre convenzionale. Com'è stato prontamente osservato, la responsabilità, di certo sussistente a carico di Enel, dipendeva dalla violazione non del dovere generale di comportarsi secondo buona fede (art. 1337 c.c.), bensì piuttosto dall'obbligo a contrarre sancito dall'art. 2597 c.c., posto a carico del monopolista legale.[314] L'impegno posto a carico di quest'ultimo *ex lege* si configura come un'obbligazione e, a prescindere dall'oggetto della prestazione, in caso di inadempimento non può che sorgere responsabilità ex art. 1218, anche quando risulti impossibile stipulare il contratto a causa dell'inosservanza dei doveri precontrattuali da parte del monopolista.

---

[313] <<Qualora uno dei contraenti rivesta la posizione di monopolista, l'obbligo di contrarre che incombe su quest'ultimo gli impone di non prolungare ingiustificatamente la fase della formazione del contratto rinvenendosi, in questo caso, condotta contraria a buona fede.>>

[314] Come osserva D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è*), in Giust. civ., n. 1 del 2014, pag. 202; nonché LAMBO, nella nota a sentenza, *Obbligo legale di contrarre: default e responsabilità (precontrattuale?)*, in Danno e resp., 1999, la conclusione tardiva del contratto costituisce – semmai – fonte di responsabilità contrattuale, per inesatto adempimento.

4.1 La sentenza di Cassazione 19024/2005: la pietra miliare a favore della possibile convivenza tra culpa in contrahendo e valido contratto

Il punto di svolta, tuttavia, è rappresentato con la sentenza del 29 settembre del 2005, n. 19024[315]. A tal proposito la Cassazione era stata chiamata a definire la relazione sussistente tra il principio di nullità virtuale ex art. 1418, co. 1 c.c. ed il rilievo delle scorrettezze *in contrahendo*. Nel caso di specie si trattava della violazione delle norme di comportamento previste dalla legislazione speciale a carico degli intermediari finanziari. Confermando a gran voce il principio di non interferenza, il Supremo Collegio s'impegna a precisare che <<i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative […] rimangono estranei alla fattispecie negoziale>> ed in quanto tali non possono considerarsi fonte di nullità del contratto (a meno che ciò non sia espressamente previsto dal legislatore)[316]. Ragionare diversamente significherebbe lasciare senza conseguenze il comportamento scorretto, oppure far discendere l'invalidità del contratto anche da ipotesi di scarsissima gravità, e ciò – come si è già detto – non può conciliarsi con l'esigenza di conservazione del contratto. Tuttavia, sconfessando il radicato convincimento giurisprudenziale, il contraente leso dalla condotta scorretta della sua controparte non rimane privo di tutela; soprattutto in considerazione del fatto che – qui è incentrato l'elemento di

---

[315] Cass., 29 settembre 2005, n. 19024 (rel. Marziale), con nota di ROPPO-AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in Danno e resp., 2006, p. 25 ss.; con nota di SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in Foro.it. , 2006.

[316] <<Di qui la conclusione che, dopo la stipulazione del contratto, ogni questione relativa all'osservanza degli obblighi imposti alle parti nel corso delle trattative sarebbe preclusa, in quanto la tutela del contraente sarebbe 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 collegata ai comportamenti certamente non conformi a buona fede, è tuttavia subordinata alla ricorrenza di presupposti ulteriori.>>

novità – l'operatività della buona fede ex art. 1337 c.c. è di gran lunga più vasta delle sole ipotesi a cui tradizionalmente viene circoscritta, dovendo piuttosto considerarla come una clausola generale, di contenuto non pretederminabile, ma che si sostanzia perlopiù nel dovere di trattare in modo leale, evitando ogni malizia, reticenza o mancata informazione su circostanze rilevanti, conosciute o conoscibili con l'ordinaria diligenza, che possano incidere sulla determinazione dell'assetto contrattuale. L'istituto della responsabilità precontrattuale diventa, quindi, una *categoria aperta*[317], nel cui ambito far rientrare ogni tipo di scorrettezza realizzata dalle parti nella fase precontrattuale ed a prescindere dall'esito delle trattative. Si evince, perciò, dalla ricostruzione fatta del sistema di *culpa in contrahendo* che la violazione della buona fede non può assumere rilievo solo in occasione della rottura delle trattative o della stipula di un contratto invalido o inefficace, bensì deve necessariamente riconoscersi anche nel caso in cui il contratto posto in essere validamente risulta, tuttavia, pregiudizievole per una parte e ciò sia imputabile al comportamento altrui.[318] In questa nuova ottica delineata dalla giurisprudenza di legittimità, il principio di nullità virtuale subisce un forte ridimensionamento[319] in conseguenza dell'interpretazione estensiva dell'art. 1337 c.c. ed in tal modo viene, finalmente, consacrato il principio di non

---

[317] Cfr. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regole di validità e regole di correttezza*, in Contratto e impresa, 2006, pag. 958.

[318] Ma il risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale potrà anche essere chiesto nel caso di un contratto annullabile, il cui rimedio non può essere esperito dalla parte lesa a causa della prescrizione o per sua scelta personale di mantenere in vita il negozio.

[319] "[…] ridimensionare il campo della nullità virtuale, richiamando all'ordine certi recenti filoni di giurisprudenza di merito che proprio in tema di contratti del mercato finanziario ne hanno fatto un uso fortemente espansivo, per non dire generosamente e avventurosamente sbrigliato." Si tratta di un'osservazione mossa da ROPPO-AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale,* in Danno e resp., 2006, p. 25 ss.

interferenza, anche in "chiave speculare"[320]: non più solo l'irrilevanza delle regole di correttezza nel giudizio di validità, ma anche quella delle questioni di validità in relazione alla valutazione della responsabilità.

All'indomani della sentenza in esame allo schema originale della *culpa in contrahendo* viene aggiunta una nuova fattispecie: oltre a quelle di recesso ingiustificato, stipulazione di un contratto invalido, stipulazione del contratto con *sensibile ritardo*, si aggiunge l'ipotesi di un contratto valido, ma *sconveniente*, conseguenza diretta dell'altrui condotta scorretta.

Va, tuttavia, sottolineato che quanto statuito in materia di doveri informativi e responsabilità precontrattuale costituisce un mero *obiter dictum*, giacché nel caso concreto il dovere precontrattuale di comunicare le circostanze rilevanti nei contratti finanziari è disciplinato dalla normativa speciale e regolamentare.

La massima da cui si è fatto discendere il principio di tendenziale compatibilità tra responsabilità precontrattuale e valido contratto era stata, perciò, affermata solo in via incidentale, trovandosi per giunta di fronte ad un contratto astrattamente annullabile, la cui invalidità non aveva potuto essere dichiarata per un errore della difesa del ricorrente.[321] D'altra parte a tali considerazioni può anche non essere dato troppo peso dal momento che, a prescindere dalla forma con cui è stato affermato, la Cassazione non era mai giunta ad affermare la vigenza di un generale dovere (nella specie, di informazione) imposto dall'art. 1337 c.c.

La Cassazione, tuttavia, non indica le tecniche di concretizzazione della clausola di buona fede in questa nuova fattispecie, con il rischio – per la certezza del diritto e del traffico giuridico – di considerare rilevante sul piano risarcitorio ogni "sconvenienza" che si sia determinata nel contratto, frutto di

---

[320] L'espressione è mutuata da FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 209.

[321] E' la principale critica che D'AMICO muove nel suo saggio, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valid*o?, cit., pag. 203.

un comportamento dell'altra parte. Invece, dovranno rilevare solamente quelle che siano direttamente e causalmente riconducibili ad una condotta contraria alla buona fede oggettiva; mentre tutte le altre dovranno rimanere a carico della parte lesa, in ragione del principio di autoresponsabilità, in cui rientra anche l'assunzione del rischio proprio di ogni operazione economica[322].

Quello che dev'essere individuato è il limite, al di sopra del quale il perseguimento legittimo dei propri interessi – lecito e doveroso[323] nell'ottica di un mercato volto alla competitività – diventa rilevante ai fini dell'imputabilità della *culpa in contrahendo*, perché caratterizzato dalla scorrettezza della propria condotta riferita alla fase delle trattative. Il giudice sarà, perciò, chiamato ad effettuare un'operazione di bilanciamento tra il principio costituzionale di solidarietà sociale (ex art. 2 Cost.), in cui si può rinvenire qualche traccia della buona fede oggettiva, e quelli che sono espressione dell'autonomia privata delle parti[324]: la buona fede diviene perciò il criterio di valutazione della condotta di una parte, al fine di verificare se essa sia stata tenuta con la consapevolezza o meno di realizzare il proprio interesse,

---

[322] Prendendo ad esempio il dovere di informazione, sopra analizzato, non potrà certo costituire fonte di responsabilità la condotta "reticente" di una parte in relazione a circostanze che, quandanche abbiano determinato una sconvenienza contrattuale, non rilevano come violazione della buona fede ex art. 1337 c.c.

[323] Non costituirà, in tal senso, violazione della buona fede precontrattuale la condotta del contraente che sceglie di tacere alcune circostanze riguardanti esclusivamente la propria sfera giuridica o economica, come l'utile che ricaverà dall'operazione o l'uso che farà dell'oggetto, giacché il mercato attuale trova il suo stimolo proprio in tali "reticenze". Cfr. in tal senso, GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, pag. 321 e ss..

[324] Cfr. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in La responsabilità civile, n. 4, 2006, pag. 5, in cui si legge che in tali occasioni, il comportamento conforme a buona fede, correttezza e serietà diventa sinonimo di un comportamento conforme all'articolo 2 della Costituzione, espressione del principio di solidarietà sociale; per cui l'obbligo di informazione s'intende violato anche da un atteggiamento semplicemente reticente di una parte che abusi della propria posizione "di conoscenza."

ma a discapito di quello dell'altra; tuttavia non trascurando di tenere in considerazione le circostanze rilevanti del *caso concreto*, la natura e la qualità dei contraenti.[325]

4.2 Le *sentenze gemelle n. 26724 e 26725 del 2007: cumulo dei rimedi possibile?*

Sostanzialmente confermative della sentenza prima analizzata, sono due pronunce delle Sezioni Unite[326] riguardanti gli stessi temi in materia di intermediazione finanziaria, nullità virtuale e *culpa in contrahendo*.[327] Anche in questa occasione, le Sezioni Unite non hanno esitato a ribadire con forza la

---

[325] Infatti, come giustamente osservato da FEBBRAJO, *cit.,* pag. 212: "Un conto è il grado di correttezza esigibile tra le parti in una contrattazione tra privati, altro è invece il contegno che le parti devono tenere in una contrattazione <<asimmetrica>>, sia essa tra professionista e consumatore che tra professionista <<forte>> e professionista <<debole>>."
In tema di contrattazione asimmetrica la dottrina ha compiuto una delle *<<concretizzazioni contenutistiche>>* più incisive dell'articolo 1337 c.c., tale per cui la responsabilità precontrattuale da contratto valido ma sconveniente potrebbe diventare il rimedio generale, operante in tutti quei casi di violazione dei doveri comportamentali – perlopiù di natura informativa – previsti dalle singole discipline settoriali a carico del contraente *forte.*

[326] Si tratta delle sentenze di Cass., SS.UU., del 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, con nota di ROPPO, *Nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria)*, in Danno e resp., n. 5/2008; con nota di FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle Sezioni Unite*, in Giust. civ., fasc. 12, 2008.

[327] Tuttavia, tra la pronuncia del 2005 e quelle delle SS.UU. del 2007, devono segnalarsi due pronunce in cui l'orientamento tradizionale e restrittivo viene riproposto: si tratta di Cass., 25 luglio 2006, n. 16937 e Cass., 5 febbraio 2007, n. 2479. A parte questi due episodi, comunque dopo la pronuncia delle Sezioni Unite, per quanto essa sia inserita in un *obiter*, il nuovo orientamento sulla c*ulpa in contrahendo* è costantemente confermato. Cfr. Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795 (per D'AMICO, *ult. op. cit.*, pag. 206, costituisce la prima pronuncia effettiva in merito), ma anche Cass., 11 giugno 2010, n. 14056.

distinzione tra le regole di comportamento e quelle di validità, avendo modo di precisare che la violazione delle prime, di solito, comporta responsabilità ed eventualmente la risoluzione del contratto, quando si traduca in un inesatto adempimento del generale dovere di protezione e sugli specifici obblighi di prestazione, ma mai nullità radicale, quandanche abbiano carattere imperativo[328]. Ciò viene confermato sulla base del fatto che i doveri imposti alle parti dalla buona fede <<sono troppo legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite.>> Il Supremo Collegio, perciò, prospetta anche in questo caso un astratto cumulo di rimedi[329], giacché cumulabili sono le due valutazioni di responsabilità e validità che devono essere effettuate in occasione di ogni assetto di interessi privato; ed in questo frangente gioca un ruolo fondamentale la responsabilità precontrattuale, accordando la risarcibilità del danno , in funzione di correttivo economico del contratto sconveniente. La principale accusa mossa a tale impostazione, quella di compromettere la certezza e la stabilità dei fatti giuridici, viene facilmente vinta attraverso il principio di non interferenza, per il quale – si ripete – validità e responsabilità operano necessariamente su piani diversi e perciò non possono entrare in contraddizione. Deve, tuttavia, notarsi

---

[328] <<Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (c.d. contratto quadro) […] In ogni caso, deve escludersi che, mancando un'esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, primo comma, c.c., la nullità del c.d. contratto quadro o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso.>>

[329] Cfr. a tal proposito, VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in Obbligazioni e contratti, fasc. 2, 2008, pag. 105.

che i giudici delle Sezioni Unite si pongono sotto un diverso profilo rispetto al precedente del 2005: mentre la sentenza n. 19024 faceva espresso riferimento alle singole *operazioni di investimento*, poste in essere validamente dall'intermediario su incarico del cliente, le quali generavano una *culpa in contrahendo* per violazione degli obblighi informativi; le Sezioni Unite ritengono tali violazioni fonte di responsabilità contrattuale, perché i suddetti obblighi devono essere ritenuti facenti parte *ex lege* del contratto di intermediazione finanziaria. Piuttosto, la responsabilità precontrattuale viene ricollegata alla fase della formazione di quest'ultimo contratto, ma non a quelli di investimento (le singole operazioni) posti in essere in occasione di tale rapporto. Tuttavia è stato osservato che, tali violazioni, non potendo venire in rilievo dopo la conclusione del contratto di intermediazione ed in occasione delle operazioni di investimento, dovranno necessariamente essere considerate solo se ed in quanto esse abbiano generato una lesione dell'interesse del risparmiatore ad una decisione informata e corretta, la quale però inevitabilmente è riferita alle singole operazioni d'investimento; e quindi si traduce in inadempimento degli obblighi posti a carico dell'intermediario, fonte di responsabilità precontrattuale.[330]

---

[330] E' la critica di D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit, pag. 166, il quale afferma che "Una volta perfezionatosi validamente il contratto – non tanto deve dirsi che eventuali scorrettezze occorse nella fase precontrattuale divengano irrilevanti, quanto piuttosto che essere mantengono rilevanza solo in quanto finiscano per determinare (o per concorrere a determinare) un inadempimento o inesatto adempimento delle obbligazioni sorte dal contratto (rimanendo così assorbite nella corrispondente responsabilità contrattuale."

4.3 La sentenza n. 24795 del 2008:

Un breve cenno dev'essere fatto anche ad un'altra sentenza di Cassazione, nella quale per la prima volta appare "effettiva" (e non mero *obiter dictum*) l'applicazione della nuova fattispecie di responsabilità da contratto valido, ma sconveniente. Nel caso di specie si trattava di una presunta condotta scorretta tenuta da una società di leasing la quale, al momento della conclusione di un contratto di locazione finanziaria, aveva omesso di comunicare alla sua controparte la sospensione delle agevolazioni fiscali (nel particolare, un credito d'imposta pari al 33% del valore del finanziamento del leasing), in base alle quali la controparte era stata indotta a concludere il contratto.

Di conseguenza, la parte lesa chiedeva la condanna della società di leasing ed il relativo risarcimento del danno, quantificato nell'importo pari alla mancata agevolazione, per la violazione degli artt. 1337 – 1338 c.c.: la questione, infatti, verteva sulla configurabilità di un obbligo precontrattuale di informazione delle circostante rilevanti per l'altra parte nella sua determinazione del consenso. La Cassazione ha scelto la soluzione del mantenimento del contratto così concluso, ma condannando il contraente "*malizioso*" al risarcimento del danno commisurato al beneficio non ottenuto.

Una volta riconosciuta la possibile convivenza tra contratto valido e *culpa in contrahendo*, l'intero comportamento dei soggetti coinvolti nel contratto diventa oggetto di valutazione ad opera dell'autorità giudiziaria, qualora vi sia il rischio che la scorrettezza abbia potuto riversarsi nel regolamento contrattuale.

La sentenza in esame ha suscitato non pochi dubbi: è stato, infatti, osservato che sarebbe stato – in questo caso – più comprensibile un annullamento del contratto posto in essere per dolo omissivo (determinante), sulla considerazione del fatto che, se la società di leasing non avesse taciuto

l'informazione relativa al credito d'imposta, probabilmente la sua controparte non avrebbe concluso il contratto.[331] Infatti, seguendo l'impostazione data dai giudici di Cassazione, mancherebbe il nesso di causalità tra la scorrettezza ed il danno "così identificato": è evidente che il mancato conseguimento del credito d'imposta non è conseguenza diretta ed immediata della condotta (pur riprovevole) della società di leasing, ma dal fatto che la legge non fosse più in vigore. Infatti, delle due l'una: o si segue l'impostazione della Cassazione, che ha ritenuto che il dolo era solo incidentale, arrivando alla conclusione che – comunque – non può essere concepito un danno da risarcire del quale la parte *lesa* non aveva nemmeno diritto; oppure, se si ritiene il dolo determinante, tale per cui in assenza il contratto non sarebbe stato concluso, il rimedio non può che essere quello dell'annullamento del contratto.

4.4 Il punto di arrivo con la sentenza della Cassazione sul caso Cir-Fininvest (21255/2013):

Una recentissima pronuncia della Sezione III della Cassazione civile[332] ha nuovamente affrontato il tema di cui si sta trattando, nell'ambito di un caso giudiziario di notissimo rilievo e di lunga data[333]. Non potendo affrontare in

---

[331] La reticenza della società di leasing, sulla soppressione delle agevolazioni fiscali, avrebbe avuto il ruolo di trarre in inganno la controparte per indurla a concludere il contratto. Cfr. per tale rilievo D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è),* cit., pag. 207-208.

[332] Cass., Sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255; con nota di VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in Danno e resp., fasc. 2, 2014.

[333] Si tenterà in pochi passaggi di ripercorre i fatti della vicenda: nel 1988 viene realizzato il primo accordo tra la famiglia Formenton e la Cir, consistente nell'attribuzione del controllo sul Gruppo Mondadori. In violazione del patto, Formenton trasferisce a Fininvest le stesse azioni e, contestualmente, Cir attiva la clausola arbitrale con cui poi si accerta l'obbligo a carico di Formenton

fatto le vicende del caso Cir-Fininvest, data la complessità degli aspetti problematici, ci si limiterà ad indicare solamente gli aspetti processuali che qui interessano. La Corte di Cassazione è stata chiamata a verificare se fosse possibile accordare il rimedio risarcitorio richiesto dalla parte che si presume essere danneggiata a causa di un fatto illecito della controparte commesso nella fase delle trattative (la corruzione di un giudice), che aveva inciso sulla sua determinazione della volontà negoziale, inducendola a concludere una transazione a condizioni più sfavorevoli; rimedio che, tuttavia, doveva porsi come alternativo all'impugnazione del contratto stesso di transazione. La conclusione cui giunge è che, nel caso di specie, *<<non esistono ostacoli di sistema alla proposizione di un'autonoma azione di risarcimento del danno>>* ed è sostanzialmente confermativa, pur argomentando diversamente, di quanto sostenuto fin dal primo grado di giudizio. Infatti, il Tribunale di Milano[334] aveva precisato che la lite iniziata a titolo di responsabilità extracontrattuale avesse un oggetto diverso rispetto a quelle che, in precedenza, si era conclusa

---

di stipulare il contratto definitivo. Successivamente viene impugnato il lodo (favorevole a Cir) e la Corte di Appello di Roma annulla le decisioni arbitrali e tutte le relative pattuizioni. Contestualmente alla proposizione del ricorso in Cassazione, le parti avviano le trattative volte alla composizione della lite, anche in considerazione della *spinta* in tal senso da parte della politica del tempo. Il 29 aprile del 1991 si raggiunge l'accordo tra Cir e Fininvest, tramite un contratto di transazione, che prevede la divisione dei media della società attraverso l'attribuzione de L'Espresso e Repubblica a Cir, mentre il controllo del Gruppo Mondadori va alla Fininvest. A seguito di tale accordo la Cir rinuncia al ricorso in Cassazione avverso l'annullamento del lodo, in quanto fatto consequenziale alla concezione stessa di transazione. In seguito viene accertato che uno dei membri del collegio della Corte di Appello di Roma che aveva annullato il lodo Pratis, era stato corrotto; con conseguente condanna da parte della Corte di Appello di Milano dei corrotti e corruttori. Cir, alla luce di tale sentenza, rinuncia alla revocazione della sentenza della Corte di Appello di Roma, nonché evita di impugnare la transazione. Tuttavia, sceglie di agire per il risarcimento dei danni subiti a titolo di responsabilità extracontrattuale.

[334] Sent. n. 11786, del 9 ottobre 2009, pubblicata con commento di SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del collegio*, in Resp. civ. e prev., 2010.

con la transazione. Viene perciò richiamata la figura dell'articolo 1440 c.c. – sopra analizzato sotto questa luce – per affermare l'autonomia del rimedio risarcitorio a fronte della validità ed efficacia del contratto di transazione e, confermando quel filone giurisprudenziale che si sta tentando di illustrare, il ruolo della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c.. Nel caso in cui, precisano i giudici, sia stato concluso un valido contratto e ciononostante sia stato cagionato un danno ad una parte di esso, per la violazione degli obblighi di condotta, il titolo dell'azione risarcitoria – che può essere autonomamente proposta – può fondarsi sull'articolo 1440, così come sull'art. 1337 o 2043[335] c.c.. La grave slealtà della controparte di Cir, corrompere un giudice per ottenere un risultato contrattuale più favorevole che altrimenti non avrebbe conseguito, costituisce certamente violazione della buona fede precontrattuale ex art. 1337; il quale, secondo i giudici di primo grado, insieme all'art. 1440 c.c., è posto a presidio dell'autonomia privata delle parti, la cui lesione comporta responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c.

Giunti al secondo grado, la Corte di Appello di Milano[336], a fronte delle motivate ragioni elaborate dalla Fininvest sull'*"effetto tombale"* della transazione intercorsa tra la stessa e la Cir ed ancora valida ed efficace perché non impugnata, tale da precludere qualsiasi azione (risarcitoria), conferma la diversità dell'oggetto dei due giudizi, nonché chiarisce quanto statuito sulla sussistenza del nesso di causalità. Infatti, proseguono i giudici, se la sentenza non fosse stata *corrotta*, Cir avrebbe goduto di una posizione di forza negoziale al tavolo delle trattative della transazione (di conseguenza ammettono la risarcibilità del c.d. *danno da interesse positivo determinato da*

---

[335] Tuttavia, Cir fonda la sua pretesa risarcitoria a titolo di responsabilità extracontrattuale, consapevole probabilmente dell'orientamento ancora prevalente di tale indirizzo.

[336] La sentenza in questione è la n. 3461/11, con nota critica di IUDICA, *Efficacia della transazione e responsabilità extracontrattuale per indebolimento da posizione negoziale*, in Resp. civ. e prev., fasc. 9, 2011.

posizione negoziale indebolita)[337]. Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto in primo grado, la corruzione del giudice non aveva determinato una *mera* perdita di chance, ma la stessa sentenza favorevole a Cir, data la presenza di un nesso diretto ed immediato tra l'annullamento del lodo e la corruzione del giudice.[338]

Confermano anche il rilievo che la mancata revocazione della sentenza di Corte di Appello di Roma (che aveva annullato il lodo favorevole a Cir), nonché la mancata impugnazione della stessa transazione, non sono fatti preclusivi per la procedibilità dell'azione risarcitoria, fondata sulla violazione della buona fede precontrattuale.

La Corte di Cassazione, quindi, si trova a dirimere le problematiche relative al rapporto tra il contenuto vincolante della transazione non impugnata e la proponibilità di un'azione risarcitoria, esperita da una delle parti della transazione per un danno cagionatole dalla sua controparte. Per quel che qui concerne, i giudici del Supremo Collegio respingono l'*"eccezione di transazione"* proposta dalla Fininvest[339], la quale sosteneva che ci fossero

---

[337] Una tale determinazione del danno non è andata esente da critiche, sulla considerazione del fatto che la *"debolezza"* di una parte nell'ambito della trattativa di un contratto poi conclusosi, ha rilievo sia nella responsabilità precontrattuale che contrattuale entro precisi limiti, come la tipicità dei vizi del consenso o il limite della risarcibilità al solo interesse negativo. Per il rilievo approfondito cfr. IUDICA, *op. cit.*

[338] Invece la sentenza del Tribunale di Milano, dopo aver accertato la responsabilità, liquida il danno sulla base dei parametri, quali l'indebolita posizione di CIR a causa della corruzione del giudice e della sentenza corrotta; le "condizioni diverse" con cui era stata conclusa la transazione, la quale sarebbe stata favorevole a Cir in assenza di fatto illecito; ma il giudice di primo grado decide di limitare il danno (alla fine stimato complessivamente per un importo di 900.000.000 di Euro) alla perdita di chance di contrattare in modo libero e senza condizionamenti illeciti, riducendo l'importo del 20%.

[339] Fininvest, fin dal 1° grado di giudizio, continuava a sostenere che la transazione intercorsa avesse eliminato qualsiasi nesso causale tra la corruzione del giudice Metta e la perdita di chance produttiva per Cir. Cfr. per questi rilievi anche SCOGNAMIGLIO, *Ancora sul caso Cir-Fininvest: violazione*

mezzi di impugnazione della transazione che non erano stati esperiti, per cui la composizione transattiva della lite era tale da coprire il dedotto ed il deducibile. La Cassazione risolve agilmente il contrasto ed afferma la proponibilità dell'azione risarcitoria, nonostante la presenza della transazione, sulla base di due motivazioni: è stato notato, infatti, che l'eventuale impugnativa della transazione avrebbe condotto ad un risultato oggettivamente impossibile, per effetto della sopravvenuta inesistenza di quei titoli azionari risalenti al 1988; e radicalmente contrario all'interesse della Cir, veder riconosciuti i suoi diritti come affermati nel lodo poi annullato; inoltre l'autonomia dell'azione risarcitoria conserva efficacia anche in concomitanza di un contratto concluso e valido, sulla base dell'art. 30 del codice del processo amministrativo (insieme ad altri rilievi).[340] La Corte, a tal proposito, richiama espressamente anche la teoria dei vizi incompleti[341] – sopra analizzata nei suoi punti salienti – ed il rilievo della buona fede come rimedio risarcitorio, in conformità con l'indirizzo giurisprudenziale più recente, sostenendo che sia l'articolo 1337 che l'art. 2043 c.c. sono posti a presidio dell'aspetto *funzionale* del rapporto e, di conseguenza, non interferiscono con la struttura negoziale in cui esso si esplica. A nulla, perciò, rileva l'osservazione mossa dalla Fininvest che, in tal modo, si darebbe spazio ad un

---

dolosa della regola di buona fede nelle trattative, giudizio di ingiustizia del danno ed alternatività delle tutele di diritto civile, in Resp. civ. e prev., fasc. 3, 2012.

[340] "Il danneggiato da una sentenza ingiusta perché frutto di corruzione del giudice può esercitare un'autonoma azione risarcitoria (...) senza che a ciò sia di ostacolo l'omesso esperimento della revocazione in rescindente della sentenza corrotta" Si esprimono in questi termini i giudici del Supremo Collegio.

[341] "A carico della parte che abbia callidamente e scorrettamente insidiato l'autonoma determinazione negoziale dell'altra deve, infatti, riconoscersi in via generale una responsabilità risarcitoria anche quando il comportamento contrario a buona fede *non* sia tale da integrare il paradigma normativo dei vizi del consenso così come disciplinati dal codice civile." In questi termini, sembra che la Corte voglia approvare esplicitamente la teoria dei c.d. vizi incompleti.

controllo del contenuto contrattuale: le regole di comportamento, come osservato dalla Corte, accompagnano la vicenda negoziale in tutto il suo *iter*, con la previsione di doveri ulteriori a quelli prettamente derivanti dal contratto; per cui – pur in presenza di un valido contratto – esse non sono destinate a compensare necessariamente le lacune delle regole di validità. Da queste ultime, le regole di condotta sono indipendenti e sono, unicamente, destinate ad indirizzare il rapporto – nella sua dimensione interpersonale – verso i canoni della buona fede e correttezza. Da ultimo, viene anche richiamato, in funzione di regola-cardine dell'ordinamento,[342] il principio di effettività, volto ad assicurare il diritto di un soggetto ad ottenere un rimedio adeguato per la sua esigenza di tutela di un interesse giuridicamente rilevante (e quindi tutelato).

Data questa impostazione, è logica la conclusione cui sono giunti i giudici della Cassazione, nel senso che la pretesa della Cir, ricollegata alla violazione della clausola generale di buona fede precontrattuale, debba trovare tutela con un rimedio risarcitorio che sia autonomo rispetto alla validità o meno della transazione, anche se poi esso sia stato inquadrato nella responsabilità extracontrattuale[343] ex art. 2043 c.c. che, secondo quanto statuito dalla Corte, richiede un "*quid pluris* ed un *quid alii*" rispetto alla semplice violazione

---

[342] Cfr. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, cit., pag, 155.

[343] I giudici di Cassazione individuano gli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana nei seguenti termini: "La scansione dei suoi elementi costitutivi risulta diacronicamente realizzata in ogni sua componente attraverso il dipanarsi dell'atto doloso (il comportamento del giudice Metta) che cagiona ad altri (la CIR) un evento di danno (la sentenza corrotta) ingiusto (conseguente alla ingiusta alterazione delle posizioni contrattuali) da cui scaturisce una conseguenza dannosa risarcibile (la transazione stipulata a diverse pregiudizievoli condizioni) in costanza del doppio e necessario nesso di causalità materiale (che lega la condotta all'evento) e giuridico (che lega l'evento di danno alla conseguenza dannosa risarcibile) volto a ledere un interesse giuridicamente rilevante del danneggiato (il diritto a stipulare una transazione priva di condizionamento scaturente dalla sentenza corrotta, il cui aspetto speculare si identifica nell'indebolimento della posizione contrattuale in corso di trattative e di stipula della convenzione negoziale).

dell'art. 1337 c.c.[344] Si cela, secondo parte della dottrina, un elemento contraddittorio in quest'ultima affermazione della Suprema Corte: si è detto, infatti, che se il principio di non interferenza può dirsi rispettato in quanto regole di validità e regole di buona fede seguono percorsi differenti, non si spiega perché, per attivare lo strumento risarcitorio per la violazione della buona fede precontrattuale, sia richiesto un *quid pluris e quid alii* oltre la "semplice" violazione della stessa buona fede.[345]

5. Le problematiche relative alla quantificazione del danno risarcibile:

Le recenti pronunce della Corte di Cassazione[346] che hanno contribuito alla nuova elaborazione della responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido, ma sconveniente, spezzano quel legame che per anni si è ritenuto indissolubile tra la sussistenza stessa della *culpa in contrahendo* e la risarcibilità del danno nei limiti dell'interesse negativo, consistente nelle spese sostenute per trattative poi rivelatesi inutili e nelle perdite subite per non aver sfruttato altre occasioni alternative di contrattazione, in considerazione dell'affidamento riposto nella conclusione del contratto per il quale erano state avviate le trattative.

Infatti, in caso di stipulazione di un valido ed efficace contratto, il quale sia tuttavia pregiudizievole per gli interessi di una parte, i giudici – con l'avallo

---

[344] Individuato nell'esistenza di un illecito penale di "ineffabile gravità" a carico della Fininvest, tale da alterare gravemente il momento precontrattuale della transazione.

[345] Ciò dà adito ad una delle critiche dottrinali più decise, mosse da D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in Tratt. del contratto, (a cura di) Roppo, cit., pag. 1007 e ss., secondo il quale, ai fini della dell'imputabilità a carico di una parte della violazione della buona fede precontrattuale – una volta sganciata dai requisiti di rilevanza dei vizi del consenso – risulta difficile individuare il grado della lesione dell'altui libertà negoziale, oltre il quale garantire il rimedio risarcitorio.

[346] Il riferimento va fatto in particolare a Cass., 29 settembre 2005, n. 19024; e Cass. SS.UU., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

della maggioranza della dottrina[347] – hanno costantemente sostenuto che il risarcimento, in questo caso, non può essere commisurato al c.d. interesse positivo (il pregiudizio conseguente alla mancata esecuzione del contratto), e neanche all'interesse negativo (quello a non essere coinvolti in trattative inutili), bensì dev'essere rapportato al <<minor vantaggio o maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale di una delle parti, salvo la prova di ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto>>.[348]

Il pregiudizio concretamente risarcibile andrà valutato caso per caso, tenendo in considerazione le circostanze peculiari della scorrettezza *in contrahendo*, nonché i principi generali di liquidazione del danno. Inoltre, la giurisprudenza più attenta, pur non giungendo mai a scardinare il limite del risarcimento al solo interesse negativo, richiama i principi a tutela dell'integrale risarcimento del danno, secondo quanto statuito dagli artt. 2043 e 2056 c.c.

Pur consapevole dell'atipicità dell'illecito precontrattuale, per il discorso che si sta svolgendo, si tenterà di circoscrivere due distinte aree del danno risarcibile: la prima relativa all'ipotesi di assenza del contratto (originaria o sopravvenuta per l'invalidazione del contratto); mentre la seconda – più pertinente a quanto si sta analizzando – relativa all'ipotesi della stipula di un contratto valido, ma sconveniente.[349]

---

[347] Tra i molti autori a sostengo di tale criterio, cfr. BIANCA, *Diritto Civile, III*, cit., pag 667; nonché ROPPO, *Il contratto*, in Tratt. dir. priv. Iudica e Zatti, Milano, 2001, pag. 187.

[348] Il criterio era stato già individuato in relazione al dolo incidente da BIANCA, *Diritto Civile III, Il contratto*, cit., pag. 667; in giurisprudenza cfr. Cass., 16 agosto 1990, n. 8318.

[349] Condividendo l'impostazione strutturale data da FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 214 e ss.

5.1 Il danno risarcibile in assenza di contratto:

Rientrano in quest'area le fattispecie più comuni di responsabilità precontrattuale, come il recesso ingiustificato dalle trattative e la mancata comunicazione delle cause d'invalidità, le quali – come si è già detto – erano limitate alla sola risarcibilità delle spese inutilmente effettuate e della perdita di ulteriori occasioni, escludendo *a priori* ogni altra forma di danno subito non ricompresa nelle due voci. Tuttavia, il nuovo filone giurisprudenziale richiama all'attenzione l'art. 1223, in cui viene implicitamente affermato il principio dell'integrale riparazione del danno, per effetto del quale il risarcimento è volto a ripristinare la condizione soggettiva ed economica della parte lesa nella situazione in cui si sarebbe trovata in assenza del pregiudizio.

Di conseguenza, interpretando correttamente l'art. 1223 c.c., quest'ultimo garantisce anche in materia di *culpa in contrahendo*, il diritto al risarcimento del danno di *tutte* le perdite subite e dei mancati guadagni, sempreché siano conseguenza immediata e diretta, senza poter più procedere – in linea di massima – ad alcuna limitazione strutturale del danno risarcibile.

In quest'ambito, una parte della dottrina[350] ha elaborato diversi tipi di responsabilità precontrattuale, che conducono a risarcire danni diversi di conseguenza. Ed infatti viene distinta una responsabilità di tipo *oggettivo*, che prescinde dall'elemento del dolo o colpa[351] della parte convenuta e viene in rilievo solo nella parte finale della fase prenegoziale, in cui si fanno rientrare le ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative o la revoca della proposta quando la controparte abbia iniziato l'esecuzione della propria prestazione, o

---

[350] Il riferimento è all'autorevole voce di AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.

[351] Di contraria opinione è BIANCA, *Diritto Civile, III*, cit., pag 168, che ritiene tale tipo di responsabilità sia fondata sulla colpevolezza della parte che recede per aver indotto la controparte a confidare nella conclusione del contratto.

anche quando una parte si rifiuti di concludere il contratto nella forma richiesta dalla legge; ed una responsabilità da *atto illecito*, fondata sulla colpa o sul dolo di una delle parti, presente per tutto il corso delle trattative (la c.d. trattativa maliziosa). In quest'ultimo caso una delle parti non ha reale intenzione di concludere il contratto[352]; ad esso possono essere assimilati anche i casi in cui il convenuto abbia omesso di comunicare alla sua controparte la sua intenzione di recedere dal contratto o anche la stessa violazione di un'intesa contrattuale (accordo di riservatezza o divieto di intraprendere trattative parallele). L'elemento comune a questi casi è che la parte responsabile ha tenuto una condotta che non poteva legittimamente tenere, per cui funzione di tale tipo di responsabilità è quella di sanzionare il convenuto che abbia tenuto queste condotte illecite e compensare la vittima del danno subito. Essa gode di un ambito di operatività molto maggiore rispetto a quella di tipo oggettivo, in quanto quest'ultima opera solo in un momento molto avanzato delle trattative, quando possa ragionevolmente aversi certezza pratica[353] della conclusione del contratto. Non ha, quindi, come quella fondata sulla colpevolezza della parte, la funzione di scoraggiare i contraenti dal tenere condotte illecite, considerato che essa opera per tutto il periodo prenegoziale; bensì la funzione della responsabilità da affidamento (o *da atto lecito dannoso*)[354] è quella di realizzare una diversa distribuzione del

---

[352] Ma, ad esempio, ottenere una valutazione del bene offerto ad opera della controparte, oppure indurla a compiere una certa attività.

[353] E' un'espressione invalsa perlopiù nella giurisprudenza tedesca; quella italiana – in linea di massima – tende a far coincidere questo momento con la definizione ad opera delle parti in trattativa di tutti gli elementi essenziali del futuro contratto.

[354] Come definita espressamente da AFFERNI, *ult. op. cit.*, pag. 27 e ss., in considerazione del fatto che il recesso, di per sé, è un atto lecito che indubbiamente può essere esercitato fino al momento della conclusione del contratto, ma tuttavia il recedente non è più libero, dal momento che abbia determinato un affidamento nell'altra parte, dovendo perciò risarcire un danno.

rischio per la mancata conclusione del contratto, facendolo gravare sulla parte che abbia deciso di recedere.

Nelle fattispecie in esame, è indiscussa la risarcibilità a titolo di danno emergente delle spese effettuate, le quali possono riferirsi ai costi per lo svolgimento stesso delle trattative, a quelli sostenuti per la stipulazione del contratto[355], nonché i costi effettuati per l'adempimento o la ricezione della prestazione. Non può ovviamente dirsi che potranno essere risarcite tutte le spese sostenute nel corso delle trattative, ma solamente quelle che – attraverso il filtro del *nesso di causalità materiale* – sono state realizzate in considerazione dell'illecito precontrattuale, distinguendo invece quelle che sarebbero state comunque effettuate, in quanto rientrano in quel margine di rischio consapevolmente assunto dalle parti nel momento in cui hanno avviato le trattative.

In particolare, in tema di recesso ingiustificato da una trattativa giunta ad un punto tale da creare un affidamento rilevante, le spese risarcibili saranno solo quelle effettuate a seguito e soprattutto in considerazione di questo legittimo affidamento nella conclusione del contratto per il quale si sta trattando, ma non di certo quelle effettuate prima di tale momento, considerato il fatto che esse si sarebbero verificate anche in assenza dell'illecito. Fino al momento in cui la trattativa diventa affidante, ogni parte agisce a proprio rischio, nel senso di non riuscire a recuperare quanto investito, qualora essa non giunga a buon fine. Una regola di tal genere può essere rinvenuta nell'art. 1328 c.c., in tema di revoca della proposta, in cui è previsto che devono essere indennizzate solamente le spese sostenute e le perdite subite in relazione all'esecuzione della propria prestazione. Come sostenuto dalla dottrina maggioritaria, una

---

[355] Si pensi al pagamento di imposte, tasse, redazione dell'eventuale atto pubblico e relativa assistenza legale.

regola di questo tipo è suscettibile di essere applicata a tutti i casi di responsabilità da affidamento.

Altro elemento che giunge in soccorso dell'interprete nella delimitazione del danno risarcibile è il *nesso di causalità giuridica*, in considerazione del quale risulteranno risarcibili solo le spese che – sulla base della c.d. teoria della causalità adeguata o della regolarità causale – non risultavano del tutto *inverosimili*, alla luce di una valutazione effettuata *ex ante*.[356] In merito alla sussistenza di un nesso di causalità giuridica tra il recesso di una parte e l'inutilità di tutte le spese e perdite avute in trattativa, non può affermarsi che tra questi due elementi possa configurarsi un nesso di causalità giuridica, sulla base del fatto che il recesso di per sé atto lecito e funzione della responsabilità *oggettiva* è incentivare le parti in trattativa ad effettuare investimenti corretti ed in buona fede, volti a valorizzare il futuro (eventuale) contratto. Ciò è realizzato, come si è già osservato, attraverso il trasferimento del rischio del fallimento della trattativa dal soggetto che abbia effettuato l'investimento a quello che abbia, invece, determinato la mancata conclusione del contratto. Alla luce di tale impostazione, il nesso di causalità giuridica tra recesso e tutte le spese sostenute e le perdite subite (quindi, anche quelle che effettuate prima che l'affidamento potesse diventare effettivamente degno di tutela) potrebbe essere ammesso solamente nel caso in cui il recesso diventi illecito. Ma, si ripete, il recesso è atto giuridico sempre lecito, fino a quando il contratto non sia validamente concluso.[357]

---

[356] Secondo quanto statuito da Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, nell'ambito della responsabilità civile, la teoria della causalità adeguata viene in rilievo attraverso la regola del *"più probabile che non"* – la preponderanza dell'evidenza – a differenza di quanto avviene in materia penale, per cui è richiesta la prova *"oltre il ragionevole dubbio"*.

[357] Quindi, condividendo l'opinione di AFFERNI, *op. cit*., pag. 97: "se una parte ha interesse a sostenere una certa spesa quando l'esito della trattativa è ancora incerto, essa deve sostenere questa spesa a proprio rischio, oppure premunirsi attraverso un'intesa precontrattuale, mediante la quale la

Non manca di applicazione in tale sede anche il principio della *compensatio lucri cum damno*, alla cui stregua dovranno tenersi in considerazione anche le utilità percepibili dalla parte lesa e derivanti dalle spese effettuate durante le trattative[358]. In questi casi, gli investimenti effettuati da una parte conservano un proprio valore, del quale la parte ne potrà comunque godere, nonostante il fallimento delle trattative. Diversamente, se fosse concesso il risarcimento anche per queste spese, la parte lesa si troverebbe in una posizione anche migliore di quella che si sarebbe determinata se le trattative fossero giunte a buon fine.[359]

Ai fini della quantificazione del danno risarcibile verrà in rilievo anche la disciplina sul concorso di colpa del danneggiato, nonché di quella relativa all'irrisarcibilità dei danni che potevano essere evitati con l'uso dell'ordinaria diligenza (art. 1227, co. 1° e 2°). Rientrano in tale considerazione, ad esempio, le spese voluttuarie effettuate dal danneggiato, come tali non di stretta necessità ai fini dell'operazione economica in corso e perciò inutili.

Per quanto riguarda i mancati guadagni, essi devono essere rinvenuti in quelle occasioni alternative di affari, non sfruttate dalla parte lesa perché impegnata

---

sua controparte si obblighi a risarcire, per l'intero o in parte, la spesa effettuata anzi tempo, nel caso in cui la trattativa non dovesse giungere a buon fine."

[358] Si prenda in considerazione il caso deciso da Cass., 30 agosto 1995, n. 9157 e riportato da FEBBRAJO, *op. cit.*, pag. 217: nel caso di specie, un soggetto era stato indotto all'acquisto di un immobile sulla base del legittimo affidamento creato dalle trattative per un contratto di locazione, che era certo di concludere. Invece, quest'ultimo non è stato concluso per il recesso ingiustificato ad opera della controparte, ed il danno risarcibile non è stato individuato nella somma pagata per l'acquisto dell'immobile da parte del danneggiato, bensì nell'utile – liquidato equitativamente nella misura del 5% sull'ammontare del capitale investito per due anni – che il contraente vittima della scorrettezza avrebbe conseguito se avesse investito diversamente tale somma.

[359] Cfr. AFFERNI, *op. cit*., pag. 81, il quale comunque riconosce l'esistenza di alcune circostanze eccezionali, in cui il giudice – valutate le circostanze del caso concreto – potrà concedere il risarcimento di tali spese, come nel caso in cui il proprietario che abbia acquistato un bene non sia in grado di recuperare quanto investito, date le condizioni di mercato fortemente sfavorevoli.

nella trattativa, sulla quale faceva affidamento per la conclusione del contratto. In passato non era pacificamente riconosciuta la loro risarcibilità, sulla convinzione del fatto che l'affidamento della parte che avesse trascurato un'occasione attuale, a fronte di una futura (perché ancora in corso le trattative), non fosse degno di tutela perché irragionevole. In giurisprudenza, invece, l'indirizzo restrittivo in merito alla risarcibilità del lucro cessante poggiava le sue basi sull'onere a carico del danneggiato di provare che avrebbe potuto concludere un contratto dello stesso tipo ed oggetto di quello in trattativa[360]. Tuttavia, questo orientamento è stato in progresso di tempo abbandonato ed oggi si ritengono risarcibili i mancati guadagni derivabili da tutte le occasioni alternative e non sfruttate, anche di maggior e diverso vantaggio rispetto al contratto sfumato, in applicazione coerente dei principi sull'integrale riparazione dei danni. Ovviamente, dovranno essere escluse le occasioni non riconducibili causalmente all'illecito precontrattuale; così – in caso di recesso ingiustificato – non dovranno essere risarciti i mancati guadagni conseguenti ad occasioni che il danneggiato aveva abbandonato prima che la trattativa potesse divenire legittimamente affidante.

Quando, invece, la lesione dell'altrui libertà negoziale sia stata determinata dall'instaurazione di una *trattativa maliziosa* (ispirata a scopi diversi rispetto alla conclusione del contratto), le spese risarcibili saranno tutte quelle che possono essere causalmente ricondotte alla condotta di mala fede dell'altra parte, senza alcuna limitazione di sorta. E' evidente che, in questo caso, in assenza del comportamento scorretto, nessuna trattativa sarebbe stata avviata e, di conseguenza, nessuna spesa sarebbe stata sostenuta. Diversamente, nell'ipotesi in cui un contraente abbia omesso di comunicare all'altro la sua

---

[360] In tal senso Cass., 15 novembre 2004, n. 7449, in cui viene affermato che "sono risarcibili solo le occasioni alternative di concludere lo stesso contratto". Per un'opinione critica di tale orientamento, cfr. AFFERNI, *op. cit.*, pag 83; anche in *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, in Danno e resp., fasc. 5, 2009.

intenzione di recedere – pur inquadrabile all'interno della responsabilità fondata sulla colpa del convenuto – le spese risarcibili dovranno essere considerate solo quelle effettuate dal danneggiato tra il momento in cui il convenuto avrebbe dovuto comunicare i suoi intenti e quella in cui la controparte ne è venuta a conoscenza; perché esse sarebbero state evitate, in presenza di una tempestiva informazione. Per quanto riguarda i mancati guadagni, una nota massima giurisprudenziale[361] limitava la risarcibilità solo all'ipotesi in cui il contratto alternativo fosse stato altrettanto o più vantaggioso di quello non concluso. In conformità con questa massima, la quale non è andata esente da critiche, si arriverebbe al paradossale risultato di accordare il risarcimento del lucro cessante solo qualora la parte lesa avesse trascurato un contratto più vantaggioso di quello che confidava di concludere e non anche – contraddicendo la logica stessa della commisurazione del danno all'interesse negativo – l'ipotesi in cui avesse trascurato un'occasione peggiore (quello che ci si attende da un contraente avveduto). Interpretata correttamente tale massima, essa deve intendersi indirizzata, semmai, ad ammettere il risarcimento della differenza tra il profitto realizzato con un contratto "di copertura" con un terzo, al quale il contraente deluso dalla

---

[361] Il riferimento è a Cass., 20 agosto 1980, n. 4942. In dottrina viene criticata in modo deciso da AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 85, il quale afferma che: "Non solo la parte che ha fatto un cattivo affare non dovrebbe risentire delle conseguenze negative del proprio errore, essendole consentito di chiedere il pieno risarcimento di quanto essa non ha saputo guadagnare dall'affare migliore, ma, anzi, solo le parti che hanno fatto cattivi affare (e non quelle invece che sono state capaci di scegliere) potrebbero ottenere il risarcimento del mancato guadagno!"; ma v. anche TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 352; D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, (a cura di) Roppo, pag. 1127: "non minori perplessità suscita l'idea che il contraente che si sia (volontariamente) lasciato sfuggire un'occasione (stavolta, supposta come) più vantaggiosa di quella cui avrebbe potuto condurre la trattativa (effettivamente intrapresa, poi conclusasi negativamente) possa far ricadere sull'altra parte questo che, almeno *prima facie*, non si saprebbe considerare se non come un (suo) errore di valutazione."

trattativa è dovuto ricorrere, ed un contratto alternativo e non sfruttato, disponibile solo nella fase della trattativa non andata a buon fine. Solo in tal senso, la giurisprudenza poteva richiedere che l'occasione non sfruttata per la trattativa in corso, fosse altrettanto o maggiormente vantaggiosa del contratto effettivamente concluso[362].

A titolo di lucro cessante, in giurisprudenza è riconosciuta la risarcibilità – oltre alle occasioni perdute – anche delle rinunce a contratti già in essere, quando esse siano conseguenza immediata e diretta.[363]

5.2 La risarcibilità dell'interesse positivo:

In linea di massima, è pacificamente riconosciuto in dottrina ed in giurisprudenza[364], il principio secondo il quale nell'ipotesi di mancata conclusione del contratto, non può essere risarcito l'interesse positivo: dovendosi intendere nella duplice accezione per cui il danneggiato non può pretendere di essere – attraverso il risarcimento – posto nella condizione in cui si sarebbe trovato se avesse concluso il contratto oggetto della trattativa fallita (*tutela per equivalente dell'interesse positivo*), ma non può nemmeno

---

[362] E non invece che tale contratto fosse più vantaggioso di quello che per il quale le parti erano in trattativa.

[363] In tal senso, Cass., 10 ottobre 2003, n. 15172, in cui è stato riconosciuto il risarcimento, a titolo di lucro cessante, del danno subito per <<aver cessato qualsiasi rapporto di collaborazione>> con altri soggetti.

[364] In dottrina, escludono che possa essere risarcito l'interesse positivo, a titolo di responsabilità precontrattuale per ingiustificato recesso dalle trattative: BIANCA, *Diritto civile, III*, pag. 167; SACCO, *Il contratto, (vol. 2),* cit., pag 262; D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale,* in *Trattato del contratto*, (a cura) di Roppo, pag. 1123.

In giurisprudenza, tra le molte, cfr. da ultimo.: Cass., 10 giugno 2005, n. 12313; Cass., 14 febbraio 2000, n. 1632; Cass., 25 febbraio 2004, n. 1897.

pretendere la sua conclusione od esecuzione (*tutela in forma specifica dell'interesse positivo*)[365]. Ciò perché, nella pratica, difficilmente sarà possibile prevedere esattamente l'ammontare dell'interesse, poiché – comunque – le trattative si sono interrotte prima che potessero essere determinati esattamente tutti gli elementi essenziali (uno fra tutti, il prezzo). Tuttavia, questo impedimento di ordine pratico potrebbe essere agilmente aggirato[366], riconoscendo la risarcibilità del danno attraverso una valutazione equitativa. Piuttosto, l'elemento rilevante a favore dell'esclusione della risarcibilità dell'interesse positivo, deve rinvenirsi nella mancanza del nesso di causalità materiale: infatti, in entrambi i casi in cui non si sia giunti ad un contratto (per recesso ingiustificato dalle trattative o per omessa comunicazione delle cause d'invalidità), la violazione della clausola di buona fede non è data dal rifiuto di concludere un contratto valido. Infatti, anche in assenza del comportamento scorretto, le parti non sarebbero – comunque – giunte ad una (valida) stipula.

In caso di recesso ingiustificato, non può imputarsi ad un soggetto il fatto di aver esercitato un suo diritto (il recesso), ma semmai di averlo fatto senza giusta causa e dopo aver creato un legittimo affidamento. La buona fede non può richiedere la stipulazione del contratto, tuttavia impone di valutare il proprio intento negoziale (con serietà) e di recedere, eventualmente, prima che la trattativa diventi affidante, generando perciò un aspettativa nella controparte. Anche nel caso previsto dall'art. 1338 c.c., le parti non sarebbero giunte alla conclusione del contratto: qui, la buona fede richiede la comunicazione delle cause d'invalidità e, di conseguenza, la mancata

---

[365] E' la distinzione effettuata da AFFERNI, *op. cit*., pag. 119.

[366] AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 121 e ss., afferma che – comunque – vi sono numerosi casi in cui tale impedimento non è rilevante, uno fra tutti, il caso in cui le trattative effettivamente avessero affrontato tutti gli elementi essenziali del futuro contratto; oppure quando la conclusione sia impedita solamente dalla mancanza di forma richiesta *ex lege*.

conclusione del contratto[367]. Altra dottrina[368], invece, ritiene sussistente il nesso di causalità naturale tra recesso e mancata conclusione del contratto: si può dire che la decisione di recedere abbia materialmente determinato il danno subito dalla controparte; manca, invece, il nesso di causalità giuridica tra l'esercizio del recesso e la trattativa sfumata. Questa considerazione poggia le sue basi sull'assunto che il recesso debba essere considerato atto libero fino alla conclusione del contratto e che funzione e scopo di tal tipo di responsabilità precontrattuale – secondo tale tesi distinta da quella fondata su dolo/colpa dell'autore della scorrettezza *in contrahendo* – sia quello di redistribuire il rischio dell'inutilità sopravvenuta delle spese effettuate in vista del contratto dalla parte che le abbia poste in essere a quella che abbia determinato la fine della trattativa. In quest'ottica, deve essere risarcito solamente il c.d. *danno da affidamento*, relativo alle spese sostenute ed alle perdite subite affidandosi alla conclusione, ma non anche il danno commisurato secondo l'interesse positivo. Come può evincersi dal discorso che si sta svolgendo, tutto ruota intorno alla qualificazione giuridica dell'atto di recesso: coloro i quali ritengano che sia un atto lecito, condivideranno l'opinione per cui il danno dev'essere commisurato all'interesse negativo; mentre se si ritiene – come fa la dottrina maggioritaria – che esso sia illecito, dovrebbe logicamente risarcirsi anche l'interesse positivo, giungendo al risultato di rendere indistinguibile il confine tra trattativa e conclusione; pericolo inaccettabile per l'esigenza di certezza del diritto.

Nel caso, invece, della c.d. *trattativa maliziosa* (indirizzata a scopi diversi dalla conclusione del contratto; oppure nel caso in cui una parte abbia colposamente indotto l'altra a ritenere che ci fossero maggiori probabilità di concludere il contratto rispetto a quelle reali), fondata quindi sulla colpa o sul

---

[367] Cfr. FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 220.

[368] Il riferimento è alla tesi di AFFERNI, *ult. op. cit.*, pag 122.

dolo della parte convenuta in giudizio per il risarcimento del danno, potrebbe anche ammettersi la risarcibilità dell'interesse positivo, così da differenziare la gravità delle ipotesi in esame: coloro i quali abbiano condotto le trattative diligentemente o non abbiano abusato del loro diritto di recesso (colposamente o dolosamente) godrebbero della sicura esclusione della risarcibilità dell'interesse positivo; mentre la parte in mala fede o meramente negligente sarebbe indotta a tenere un comportamento conforme a buona fede, al fine di evitare di incorrere nella più grave sanzione risarcitoria. Si deve tuttavia osservare che ammettere il risarcimento dell'interesse positivo, in questi casi, avrebbe la funzione equivalente a quella di una *pena privata*. Di fatto, il soggetto danneggiato non sarebbe comunque giunto alla conclusione del contratto preso di mira con le trattative, in quanto manca il nesso di causalità materiale tra condotta illecita e la mancata conclusione. In tali ipotesi, l'autore dell'illecito ha iniziato le trattative per scopi diversi da quelli di concludere il contratto e, perciò, la responsabilità sorge per le modalità illecite con cui una parte ha condotto le trattative o deciso di recedere, ma non per il fatto stesso che abbia deciso di farlo. Inoltre, il risarcimento commisurato all'interesse positivo porrebbe la parte che abbia agito in giudizio per ottenerlo in una condizione *anche migliore* di quella di cui avrebbe goduto se non si fosse verificato l'illecito.

Tuttavia, esistono delle eccezioni a tale principio, una delle quali è rapportata al caso in cui la parte condannata a risarcire il danno non aveva il diritto di non concludere il contratto[369]. Un altro riferimento in termini di eccezione all'esclusione della risarcibilità dell'interesse positivo può essere fatto al caso in cui una delle parti abbia colposamente indotto l'altra a non concludere un

---

[369] Il riferimento va fatto, più che altro, all'ambito delle procedure amministrative volte alla conclusione di contratti pubblici. Per un più ampio rilievo di tale ipotesi cfr. AFFERNI, *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, cit., pag. 476.

contratto che, altrimenti, avrebbe stipulato: qui sussiste il nesso di causalità tra l'illecito precontrattuale e la mancata conclusione del contratto.[370]

5.3 Il danno risarcibile in caso di contratto valido, ma sconveniente:

La giurisprudenza[371], come si è detto, ha riposto molta attenzione nel precisare che nell'ipotesi di *culpa in contrahendo* in concomitanza con un valido contratto, il danno risarcibile non può essere valutato in relazione all'interesse negativo, né tantomeno essere quantificato in termini di interesse positivo; bensì esso dev'essere commisurato "al minor vantaggio o al maggior aggravio economico" che sia conseguenza del comportamento scorretto di una parte, nonché di tutti gli altri danni collegati in modo consequenziale e diretto a tale scorrettezza.[372] La Corte, consapevole della non univocità del danno che può sorgere in queste occasioni, non afferma un unico e generale criterio di quantificazione, manifestando perciò la necessarietà di una pluralità di criteri che, in relazione alle specifiche circostanze del caso concreto, il giudice

---

[370] L'ipotesi è contemplata da FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 221; nonché da LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità precontrattuale*, in Contr. e impr., 1988.

[371] "E' tuttavia evidente che, quando, come nell'ipotesi dell'art 1440 c.c., il danno derivi da un contratto valido ed efficace ma <<sconveniente>>, il risarcimento, pur non potendo essere commisurato al pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del contratto posto in essere (il c.d. interesse positivo), non può neppure essere determinato … avendo riguardo all'interesse della parte vittima del comportamento doloso (o, comunque, non conforme a buona fede) a non essere coinvolta nelle trattative, per la decisiva ragione che, in questo caso, il contratto è stato validamente concluso, sia pure a condizioni diverse da quelle alle quali esso sarebbe stato stipulato senza l'interferenza del comportamento scorretto. Il risarcimento, in detta ipotesi, deve essere ragguagliato al 'minor vantaggio o al maggior aggravio economico' determinato dal contegno sleale di una delle parti, salvo la prova di ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento 'da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto'." Cfr. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024.

[372] E ciò anche nel caso in cui il danneggiato poteva annullare il contratto, ma sceglie di mantenerlo.

applicherà, tenendo però in considerazione che, in tali fattispecie, funzione del risarcimento non è quella di far realizzare al danneggiato quei vantaggi riconnessi alla prestazione dedotta in contratto, ma tutt'al più *compensare* quelle sfavorevoli condizioni contrattuali determinate dall'altrui condotta precontrattuale, attraverso un correttivo del solo risultato economico pregiudizievole. Con tale massima, tuttavia, i giudici del Supremo Collegio sembrano dar voce ad una delle opinioni diffuse più largamente in dottrina, ovvero quella dell'insormontabilità del limite della risarcibilità dell'illecito precontrattuale in termini di interesse positivo[373]. Al contempo, però, essa è espressione della recente impostazione giurisprudenziale che richiama il principio dell'integrale riparazione del danno, anche in occasione della responsabilità precontrattuale.[374] L'adesione a quest'ultimo principio, però, poco contribuisce alla quantificazione in concreto del danno risarcibile, per cui preme individuare quali rimedi siano esperibili in caso di contratto validamente concluso ma condizionato dalle scorrettezze *in contrahendo* e, soprattutto, se il *quantum* risarcibile in tale ipotesi possa raggiungere ed eventualmente superare l'interesse positivo, cioè le utilità che la parte

---

[373] MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regole di validità e regole di condotta*, cit., pag. 963, parla a tal proposito in termini di "imbarazzo sistematico di chi, abbandonata l'idea che l'interesse negativo identifichi il solo danno da occasioni perdute, risente ancora del limite concettuale costituito dalla invalicabilità dell'interesse positivo."; cfr. anche VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle SS.UU. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in Obbl. e contr., fasc. 2, 2008, pag. 107, si esprime in riferimento al criterio utilizzato dalla Corte, in termini di "sintesi fra passato e futuro in un'ottica rimediale", nel senso che in tal caso non si incide sull'*an* della protezione ma sulle modalità concrete di applicazione.
In giurisprudenza, v. ex multis Cass., 23 febbraio 2005, n. 3746; Cass., 30 agosto 1995, n. 9157.

[374] In dottrina, è da tempo sostenuto la compatibilità del principio di integrale riparazione del danno con la *culpa in contrahendo*; cfr., tra tutti, BIANCA, *Diritto civile, III*, cit., pag. 175; G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile. Commentario*, Milano, 1993, pag. 88; ROPPO-AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in Danno e resp., 2006.

danneggiata sperava di ottenere dal contratto concluso non solo validamente, ma anche in conformità dei canoni di buona fede e correttezza[375]. Infatti, una volta individuata nell'art. 1337 c.c. l'esistenza di una clausola generale, che impone alle parti in trattativa di comportarsi secondo lealtà, serietà e correttezza, la qualificazione dell'interesse risarcibile in termini di interesse negativo, deve intendersi come espressione *"di sintesi"*, indicativa del danno che consegue alla violazione della buona fede oggettiva precontrattuale e delle tutele garantite dall'ordinamento, a prescindere dalle concrete modalità con cui è stata realizzata o delle conseguenze che ne sono derivate.[376] Nelle fattispecie tipiche, si è già osservato che, in considerazione del diverso tipo di danno che consegue in caso di recesso *sine causa* o da un contratto invalido – non inquadrabile in un danno da inadempimento – la commisurazione dell'interesse negativo non può essere vincolata alla quantificazione dell'interesse positivo e perciò può anche superarlo.[377]

Il rimedio risarcitorio, limitatamente alle ipotesi che, invece, in questo contesto sono analizzate – contratti validamente conclusi, ma sconvenienti – non ha funzione correttiva del contenuto contrattuale (l'assetto di interessi stabilito dalla *lex contractus*)[378], ma esso viene esperito per dare ristoro ai

---

[375] Cfr. VETTORI, *ult. op. cit.*, in cui afferma che il giudice non solo deve risarcire l'interesse negativo, ma anche quello positivo della vittima della condotta sleale, in ragione del fatto che il risarcimento costituisce il mezzo per correggere il risultato lesivo. "Si tende a conservare l'operazione economica e la validità dell'accordo e a riequilibrare il contratto attraverso il risarcimento che può avere, si è detto, una *precisione chirurgica.*"

[376] Sostengono questa tesi, GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., pag. 350; MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regole di validità e regole di condotta*, cit., pag. 966.

[377] Si tratta di opinione ammessa in dottrina, ma ancora fortemente minoritaria in giurisprudenza. Per tale rilievo, nell'ottica di un superamento di questa impostazione tradizionale, cfr. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in Riv. dir. civ., fasc. 1, 2004, pag. 492 e ss.

[378] Come ritenuto, tra gli altri, da MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, cit., pag. 160.

danni subiti nella fase precedente alla conclusione del contratto e, data l'atipicità dell'illecito precontrattuale, anch'esso avrà contenuto variabile. Ad esempio, se in assenza della scorrettezza, la parte avrebbe stipulato un contratto diverso, essa dovrà essere posta nella medesima condizione economica in cui si sarebbe trovata a seguito della conclusione: l'interesse negativo corrisponderà – quindi – alla differenza tra l'interesse positivo del contratto svantaggioso – ma validamente concluso – e l'interesse positivo realizzabile con il diverso contratto. Se, invece, la condotta sleale ha determinato *diverse condizioni* contrattuali (economicamente deteriori), l'interesse negativo sarà eguagliato alla differenza tra l'interesse positivo conseguito e quello che ragionevolmente si poteva attendere in assenza della scorrettezza.[379] Ovviamente tale considerazione non è univocamente condivisa in dottrina, anzi, autorevoli voci sostengono che ammettere la risarcibilità del minor vantaggio o maggior aggravio economico significa dare esecuzione alla prestazione (più onerosa, eventualmente) ed alla controprestazione (meno profittevole) così come stabilite nel contratto (sconveniente), attribuendo però al danneggiato la facoltà di chiedere la "correzione" dello squilibro patrimoniale attraverso il risarcimento, il che – secondo tale tesi – sarebbe

---

Di contraria opinione è D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., pag. 249 e ss.: "Se le parole non devono servire a coprire la realtà (e la sostanza) delle cose, <<correggere>> (attraverso la misura risarcitoria) il <<profilo economico-monetario dell'affare>>, non significa nulla di meno che modificare (ad opera del giudice) il regolamento di interessi stabilito dalle parti!"

[379] Tale impostazione risulta essere coerente con l'impostazione data dalla sentenza di Cass., 29 settembre 2005, n. 19024; dello stesso avviso, ROPPO-AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in Danno e resp., 2006; nonché MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regole di validità e regole di condotta*, cit., pag. 969.

equivalente ad una forma di ripetizione parziale della propria prestazione o di pretesa all'integrazione di quella altrui.[380]

Preliminarmente è opportuno chiarire, però, quale significato attribuire al concetto di sconvenienza, giacché essa è solitamente intesa secondo due accezioni[381]: la prima ricorre nel caso in cui la sconvenienza sia determinata dalle *diverse condizioni* con le quali si sia formato l'accordo, rispetto a quelle che si sarebbero avute se non si fosse verificata la scorrettezza precontrattuale; l'altra dev'essere riferita non alle diverse condizioni contrattuali, ma qualora l'operazione economica posta in essere risulti *meno vantaggiosa* di quella che la parte danneggiata poteva ragionevolmente attendersi.

In caso di contratto concluso a condizioni diverse, il regolamento contrattuale determinato alla luce della scorrettezza potrà essere comparato con un modello virtuale equo, facendo così riferimento – nel caso – al valore di mercato del bene o della prestazione: il pregiudizio consisterà, perciò, nel *maggior aggravio economico*, ove la vittima abbia acquistato beni di valore inferiore rispetto a quanto si aspettava sulla base delle informazioni ricevute dalla controparte (e per cui aveva pagato); oppure nel caso in cui la vittima abbia acquistato ad un prezzo che lasciava supporre un determinato valore del bene, rivelatosi poi di gran lunga inferiore. Il risarcimento del danno, allora, sarà pari alla differenza tra il valore effettivo del bene o della prestazione ed il prezzo pagato.

Nell'ipotesi in cui la violazione della buona fede *in contrahendo* abbia determinato un'operazione meno vantaggiosa, in ragione del fatto che la parte lesa conclude un contratto che – sulla base delle informazione incomplete o erronee rese dalla controparte – si aspettava più proficuo, il danno dovrà

---

[380] E' quanto affermato e sostenuto da D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)*, in Giust. civ., fasc. 1, 2014, pag. 223.

[381] E' l'impostazione seguita da FEBBRAJO, *La nuova responsabilità precontrattuale*, cit., pag. 221 e ss.

essere quantificato nel *minor vantaggio*, che sia conseguenza della violazione della buona fede.[382] Intesa in tal senso, la responsabilità precontrattuale diventa uno strumento generale a tutela dell'affidamento del danneggiato a realizzare le aspettative maturate sulla base del contegno scorretto dell'altra parte. Un'ultima ipotesi residuale di sconvenienza, può essere ravvisata nel caso in cui venga concluso un contratto non sconveniente sul piano economico, bensì sul piano normativo: qui, il risarcimento per equivalente sembra essere rimedio inadeguato, posto che la pretesa del danneggiato è l'eliminazione delle disposizioni contrattuali che determinano lo squilibrio. Certamente è da escludersi il rimedio dell'invalidità – in ossequio al principio di non interferenza –, tuttavia, la rimozione delle clausole pregiudizievoli potrà essere ottenuta ricorrendo alla disciplina del risarcimento in forma specifica ex art. 2058 c.c.[383]

5.4 Gli altri rimedi esperibili: la tutela in forma specifica; la risoluzione del contratto, ulteriori criteri utilizzabili (cenni):

Non è in dubbio che la tutela in forma specifica prevista in tema di responsabilità aquiliana sia applicabile anche al caso della responsabilità per

---

[382] E' il caso affrontato da Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795: infatti, in quest'occasione una società in trattativa con un altro soggetto volta alla conclusione di un contratto di leasing, aveva omesso di informare l'altra parte dell'inesistenza di un credito d'imposta pari al 33% del valore del finanziamento. La parte lesa, invece, determinava la sua volontà negoziale di concludere quel tipo di contratto, basandosi proprio sulla sua esistenza. La Cassazione tutela l'affidamento creato dall'erroneo convincimento e condanna l'autore dell'illecito precontrattuale al risarcimento anche del manco credito d'imposta conseguito.

[383] Favorevole alla risarcibilità in forma specifica, ove le circostanze lo consentano, CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, Enc. dir. XXXIX, Milano, s.d. ma, 1988; MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regole di validità e regole di condotta*, cit., pag. 967 e ss.; GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in Riv. dir. civ., fasc. 1, 2004, pag. 515 e ss.

inadempimento, essa è, infatti, pienamente conforme alla principale esigenza di ogni obbligazione risarcitoria: eliminare completamente tutti i danni ingiustamente cagionati dall'illecito.[384]

Il ricorso alla tutela in forma specifica nelle ipotesi di assenza del contratto (recesso ingiustificato o conclusione di un contratto invalido), avente ad oggetto un bene od una prestazione unica, è avallato dallo stesso ordinamento ed, infatti, ben potrebbe il giudice emettere una sentenza che tenga luogo del contratto non concluso, giacché la (valida) stipula di *quel contratto specifico* costituisce l'unico mezzo attraverso il quale porre il danneggiato nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato se non avesse subito il danno precontrattuale.[385] L'applicabilità delle tutele specifiche assume un ruolo ben più decisivo nelle ipotesi di contratto validamente concluso ma *viziato* dalla scorrettezza. In tali fattispecie, la violazione della buona fede *in contrahendo* incide sul contenuto del contratto e sulla sua esecuzione e giustifica, perciò, il ricorso a tutte quelle tutele specifiche accordate per la violazione della buona fede contrattuale, data l'unitarietà del concetto di buona fede oggettiva.[386]

Non sembra, inotre, che ci siano impedimenti particolari nel ritenere applicabili a tali ipotesi, anche i rimedi sinallagmatici: infatti, nel caso in cui la stipulazione del contratto sia radicalmente difforme da quanto la parte lesa aveva intenzione di realizzare, ciò legittima quest'ultima a chiedere la

---

[384] Diventa perciò irrilevante ogni qualificazione della *culpa in contrahendo* in chiave extracontrattuale o contrattuale.

[385] La risarcibilità in forma specifica è ritenuta applicabile come rimedio generale ed in un certo sanzionatorio, in caso di trattativa maliziosa; in tal senso, MERUZZI, *La trattativa maliziosa,* Padova, 2002, pag. 293; per un rilievo in termini generali, MERUZZI, *La quantificazione dell'interesse contrattuale negativo nella responsabilità in contrahendo ex art. 1338 c.c.,* in Corr. giur., n. 8, 2005, pag. 1106.

[386] Cui potrà aggiungersi la dichiarazione di inefficacia della clausola viziata dalla condotta sleale o l'inserimento della clausola espunta dal regolamento.

risoluzione del contratto ex artt. 1453 e ss.[387]. La disciplina della risoluzione, in alcuni casi, potrebbe apparire persino più adeguata, per diversi motivi: il requisito della non scarsa importanza dell'inadempimento (art. 1455 c.c.), impone di chiedere lo scioglimento del vincolo solo in presenza di una sostanziale alterazione degli interessi contrattuali; inoltre, quando il danneggiato non ritenga a sé favorevole la risoluzione, può anche agire con l'azione di adempimento (art. 1453 c.c.), per cui verrà data esecuzione al contratto, secondo l'assetto originario voluto dalla parte lesa, con il contenuto che avrebbe avuto se non fosse stata violata la buona fede. La tutela accordata attraverso la risoluzione per inadempimento del dovere di buona fede precontrattuale (di non scarsa importanza) potrebbe costituire una soluzione che permette la rimozione dei vincoli contrattuali – rispettando il principio di non interferenza – nelle ipotesi in cui il risarcimento o il ricorso in forma specifica (anche esperiti congiuntamente) non siano in grado di rimuovere gli effetti della scorrettezza.

Da ultimo, c'è anche chi[388] ritenga che il criterio selezionato dalla Corte di Cassazione, il "minor vantaggio" o il "maggior aggravio", sia caratterizzato da indeterminatezza e che da solo sia insufficiente ad individuare esattamente il *quantum* risarcitorio in queste ipotesi e richiama, perciò, alcuni criteri utilizzati in altri ordinamenti, in cui è stata riposta una maggiore attenzione alla disciplina della responsabilità precontrattuale. Il primo di questi criteri è conosciuto anche nel nostro ordinamento e consiste nell'azione estimatoria (ex art. 1492 c.c.): attraverso questo criterio il prezzo pagato dalla vittima viene ridotto in modo uguale al rapporto tra il valore ipotetico della prestazione

---

[387] Soluzione già ampiamente accettata in dottrina, cfr. ad es., VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti,* cit., pag. 319.

[388] Il riferimento è ad AFFERNI, in ROPPO-AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in Danno e resp., 2006.

(cioè quello che ci si poteva attendere sulla base delle false informazioni di controparte) e quello effettivo. Ciò significa che il prezzo può anche essere ridotto in misura inferiore rispetto al valore reale del bene, con la conseguenza – tuttavia – che la parte lesa è posta in una posizione migliore di quella che avrebbe goduto se il contratto non fosse stato concluso per niente, tutelando un interesse che va oltre al mero interesse negativo[389] Per questo motivo, l'*actio quanti minoris* è ancora ritenuta dalla maggioranza della dottrina inapplicabile alla responsabilità precontrattuale.

Il secondo criterio richiamato è comune agli ordinamenti di *common law* ed è individuato con il nome di *out of pocket*: alla stregua di esso il prezzo è ridotto fino a che non coincida con il valore reale del bene o della controprestazione, mettendo la parte lesa nella situazione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se non avesse avviato la trattativa, perché non ricava alcun profitto ulteriore rispetto a quanto si era prefigurato. Questo criterio, perciò, tutela l'interesse negativo nella forma per equivalente ed è ritenuto da molti autori come l'unico utilizzabile nell'ambito della responsabilità precontrattuale in caso di manutenzione del contratto.

Ultimo criterio astrattamente utilizzabile è quello del c.d. *loss of bargain*, attraverso il quale il danneggiato è posto nella medesima condizione in cui sarebbe stato se la rappresentazione (falsa) fosse stata veritiera. In tal caso, è evidentemente tutelato l'interesse positivo della parte lesa, la quale ottiene esattamente il profitto che sperava di conseguire da quel contratto specifico.

---

[389] Perché la vittima, attraverso la riduzione del prezzo, otterrebbe un profitto che è pari alla differenza tra il valore reale del bene ed il prezzo pagato.

BIBLIOGRAFIA

AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, in Studi di diritto privato, (a cura di) Busnelli – Patti – Scalisi – Zatti, Giappichelli, Torino, 2008.

AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in Trattato della responsabilità contrattuale, vol. I, diretto da Visintini, Cedam, Padova, 2009.

AFFERNI, *Responsabilità precontrattuale e rottura delle trattative: danno risarcibile e nesso di causalità*, in Danno e responsabilità, fasc. 5, 2009, pag. 469.

ALPA, *Le clausole abusive nei contratti del consumatore*, in Il Corriere giuridico, n.6, 1993, pag. 635.

ANDO', *Ritardo nella stipulazione e responsabilità precontrattuale*, in Rivista di diritto civile, n.4, 2002, pag. 597.

BARCELLONA, *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in Rivista di diritto civile, I, 1967, pag. 75.

BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1963.

BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*, in Enc. giur. Treccani, XXVII, Roma, 1991, pag. 2.

BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1975.

BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1953.

BIANCA, *Diritto Civile, III: Il contratto*, II edizione, Giuffrè, Milano, 2015.

BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, Rivista di diritto civile, n. 1, 1983, pag. 210.

BIANCA, *La vendita e la permuta*, in Trattato di diritto civile, diretto da Vassalli, Utet, Torino, 1975.

BIANCA, *Le tecniche di controllo delle clausole vessatorie*, in Le clausole abusive stipulate con i consumatori, (a cura di) Bianca – Alpa, Cedam, Padova, 1996.

BIGLIAZZI GERI, *Note in margine alla rilevanza dell'art. 1337 c.c.,* in Scritti in memoria di Barillaro, Giuffrè, Milano, 1980.

BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1968

BUSNELLI, *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto ingiusto*, in *Studi sulla buona fede*, Giuffrè, Milano, 1975.

BONFANTE, *Scritti giuridici varii*, II, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1926.

CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in Temi, 1965.

CARRESI, *Il contratto*, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 1987.

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Giuffrè, Milano, 1991.

CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotto*, Giuffrè, Milano, 1979.

CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e ricerca della chance perduta*, in Europa e Diritto Privato, n.1, 2010, pag. 1.

CATALANO, *L'abuso di dipendenza economica*, Jovene, Napoli, 2009.

CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, IV edizione, Giappichelli, Torino, , 2014.

CATRICALA'-PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori,* Dike Giuridica Editrice, Roma, 2013.

CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Perugia, 1979.

CRISCUOLI, *Timore riverenziale e approfittamento*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, fasc. 2, 1988, pag. 374.

CUFFARO, voce *Responsabilità precontrattuale,* in Enciclopedia del diritto, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, pag. 1265.

D'AMICO, *Buona fede in contrahendo*, in Rivista di diritto privato, fasc. 2, 2003, pag. 335.

D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti del consumatore*, in Rivista di diritto civile, n. 6, 2005, pag. 625.

D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede ed abuso del diritto*, in I Contratti, n.1, 2010, pag. 5.

D'AMICO, *Regole di validità e di condotta nella formazione del contratto*, in Rivista di diritto civile, n. 1, 2002, pag. 37.

D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Ed. Scientifiche Italiane, Catanzaro, 1996.

D'AMICO, *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (L'isola che non c'è)*, in Giustizia civile, fasc. 1, 2014, pag. 197.

D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in Trattato del contratto, vol. 5, Rimedi-2, (a cura di) Roppo, Giuffrè, Milano, 2006.

DALLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di repsonsabilità*, in I contratti, n. 4, 2012, pag. 235.

DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Cedam, Padova, 2009.

DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in Rivista critica del diritto privato, 1984, pag. 589.

DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in Il Corriere Giuridico, n. 4, 1999, pag. 441.

FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta ricostruzione scientifica*, in Studi Fadda, III, Napoli, 1906.

FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in Rivista di diritto civile, n. 1, 1987, pag. 4.

FEBBRAJO, *La <<nuova>> responsabilità precontrattuale*, in Rivista di diritto privato, fasc. 2, 2011, pag. 195.

FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle Sezioni Unite*, in Giustizia civile, fasc. 12, 2008, pag. 2785.

FORTE F. E S., *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative: natura della responsabilità precontrattuale*, in Il Corriere Giuridico, fasc. 11, 2013, pag. 5.

FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto,* in Contratto e impresa, n. 1, 1999, pag. 83.

FANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in La Responsabilità Civile, n. 4, 2006, pag. 295.

FRAGALI, *Del comodato*, in Commentario del codice civile, (sub art. 1812), a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna – Roma, 1966.

GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. 2.1, IV edizione, Cedam, Padova, 2004.

GALGANO, *Il negozio giuridico*, in Trattato di diritto civile e commerciale, diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 2002.

GALGANO, *Istituzioni di diritto privato: con tavole di comparazione*, VII edizione, Cedam, Padova, 2013.

GALGANO, *Il contratto*, II edizione, Cedam, Padova, 2011.

GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in Rivista di diritto civile, fasc. 5, 2007, pag. 641.

GALLO, *Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, in Rivista di diritto civile, fasc. 2, 2002, pag. 239.

GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in Rivista di diritto civile, fasc. 2, 2004, pag. 297.

GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in Rivista di diritto civile, fasc. 1, 2004, pag. 487.

GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità e funzionalizzazione degli interessi*, in Rivista di diritto civile, n. 1, 1978, pag. 52.

GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Jovene, Napoli, 1990.

GUERINONI, *Obbligazione da "contatto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*, in I Contratti, n. 11, 1999, pag. 999.

JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nitchigen oder nicht zur Perfection gelanten Vertragen*, in Jhering Jahrbucher, 4, 1861, (a cura di) E. Schmidt, Bad Homburg-Berlin-Zürich, 1969.

IUDICA, *Efficacia della transazione e responsabilità extracontrattuale per indebolimento da posizione negoziale*, in Responsabilità civile e previdenza, fasc. 9, 2011, pag. 1819.

LAMBO, *Obbligo legale di contrarre: default e responsabilità (precontrattuale?)*, in Danno e responsabilità, n.4, 1999, pag. 419.

LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in Contratto e impresa, n.1, 2013, pag. 1.

LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità precontrattuale*, in Contratto e impresa, 1988, pag. 794.

MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese*, in Rivista di diritto civile, n.6, 2005, pag. 663.

MANTOVANI, *<<Vizi incompleti>> del contratto e rimedio risarcitorio*, Giappichelli, Torino, 1995.

MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa venduta*, Jovene, Napoli, 1959.

MENGONI, *<<Metus causam dans>> e <<Metus incidens>>*, in Rivista di diritto commerciale, I, 1952, pag. 20.

MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei <<contratti del consumatore>> nel sistema del codice civile*, in Studi in onore di Rescigno, III, Obbligazioni e contratti, Giuffrè, Milano, 1998.

MENGONI, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi della vendita*, in Studi in onore di De Gregorio, Città di Castello, 1955.

MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in Rivista critica di diritto privato, 1986, pag. 5.

MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in Rivista di diritto commerciale, II, 1956, pag. 360.

MERUZZI, *La quantificazione dell'interesse contrattuale negativo nella responsabilità in contrahendo ex art. 1338 c.c.*, in Il Corriere Giuridico, n. 8, 2005, pag. 1099.

MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regole di validità e regole di condotta*, in Contratto e impresa, n. 4-5, 2006, pag. 944.

MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Cedam, Padova, 2002.

MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in Rassegna di diritto civile, 1987, pag. 949.

MIRIELLO, *La responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido ma pregiudizievole*, in La responsabilità civile, fasc. 7, 2006, pag. 648.

MONTEL A., *voce Buona fede*, in Novissimo digesto italiano, II, Utet, Torino, 1958, pag. 600.

MORELLO*, Culpa in contrahendo e intese preliminari*, in La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive, vol. 2: Aspetti civilistici, Giuffrè, Milano, 1986.

MORELLO, *Frode alla legge*, Giuffrè, Milano, 1969.

NANNI, *La buona fede contrattuale*, Cedam, Padova, 1988.

NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in Banca, Borsa e Titoli di credito, I, 1961, pag. 157.

NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1958, pag. 37.

PATTI G., *Art. 1337: Trattative e responsabilità precontrattuale*, in Commentario al c.c. di P. Schlesinger, continuato da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 1993.

PATTI G. e S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, (sub art. 1338), in Il codice civile. Commentario, diretto da Schlesinger, Milano, 1993.

PIETROBON, *Errore, volontà ed affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, Padova, 1990.

RAVAZZONI, *La formazione del contratto: le fasi del procedimento*, Giuffrè, Milano, 1966.

RICCIO, *La clausola di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale?*, in Contratto e impresa, n. 1, 1999, pag. 21.

RODOTA', *Il principio di buona fede e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in Banca, Borsa e Titoli di credito, vol. I, 1965, pag. 150.

ROMANO V., *La natura della responsabilità di abuso di dipendenza economica tra contratto, illecito aquiliano e culpa in contrahendo*, in La nuova giurisprudenza civile commentata, n. 4, 2012, pag. 298.

ROMANO S., voce *Buona fede*, in Enciclopedia del diritto (priv.), V, Giuffrè, Milano, 1959, pag. 680.

ROPPO-AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in Danno e responsabilità, n. 1, 2006, pag. 25.

ROPPO, *Il contratto*, in Trattato di diritto privato, (a cura di) Iudica e Zatti, Giuffrè, Milano, 2001.

ROPPO, *Nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria)*, in Danno e responsabilità, fasc. 5, 2008, pag. 525.

ROPPO, *Trattato del contratto,* vol. *V, Rimedi-2*, a cura di Roppo, Giuffrè, Milano, 2006.

ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in Trattato di diritto privato, diretto da Bessone, XIII ed., Utet, Torino, 2000.

TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 1990.

SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, I e II, in *Trattato di diritto civile,* (dir. da Sacco), Utet, Torino, 2004.

SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 2004.

SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX edizione, Jovene, Napoli, 2012.

SANTORO-PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e diritti relativi,* in Enciclopedia del Diritto, XII, Giuffrè, Milano, 1964, pag. 748.

SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, Milano, 2008.

SCARSO, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust* (Parte prima e Parte seconda), in Responsabilità civile e previdenza, n. 2-3, 2008, pag. 261 e pag. 512.

SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in Foro.it, 2006, pag. 1105.

SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in Rivista di diritto civile, n. 1, 2006, pag. 119.

SCOGNAMIGLIO, *Ancora sul caso Cir-Fininvest: violazione dolosa della regola di buona fede nelle trattative, giudizio di ingiustizia del danno ed alternatività delle tutele di diritto civile*, in Responsabilità civile e previdenza, fasc. 3, 2012, pag. 704.

SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in Commentario del cod. civ., a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, Bologna - Roma, 1970.

SCOGNAMIGLIO, *Il danno risarcibile tra interesse negativo ed interesse positivo*, in www.personaedanno.it, 2009.

SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del collegio*, in Responsabilità civile e previdenza, n. 3, 2010, pag. 611.

SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in Responsabilità civile e previdenza, n. 6, 2012, pag. 1944.

SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale"*, in Novissimo Digesto Italiano, XV, Utet, Torino, 1968, pag. 679.

STELLA RICHTER G., *La responsabilità precontrattuale*, Utet, Torino, 1996.

STOLFI, *Il principio di buona fede*, in Rivista di diritto commerciale e obbligazioni, I, 1964, pag. 223.

STOLFI, *Sulla responsabilità precontrattuale del minore*, in Rivista di diritto commerciale, 1968, pag. 271.

TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Cedam, Padova, 1937.

TRABUCCHI, *voce Dolo (dir. civ.)*, in Novissimo Digesto italiano, VI, Utet, Torino, 1960, pag. 151.

UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, in "Studi di diritto privato", (a cura di) Busnelli – Scalisi – Patti – Zatti, Giappichelli, Torino, 2004.

VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in Rivista di diritto privato, n. 1, 2000, pag. 21.

VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in Obbligazioni e contratti, fasc. 2, 2008, pag. 104.

VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in Danno e responsabilità, fasc. 2, 2014, pag. 150.

VISINTINI, *La reticenza nella formazione del contratto*, Cedam, Padova, 1972

ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in Rivista di diritto civile, fasc. 2, 2015, pag. 344.