

IL SENSO ED IL TEMPO DELL'APPORTO ERMENEUTICO NELL'ATTUALE FENOMENOLOGIA CONTRATTUALE

| 340 Di Gerardo Villanacci

Il senso ed il tempo dell' apporto ermeneutico nell' attuale fenomenologia contrattuale
(Gerardo Villanacci)

SOMMARIO: 1. *L'incidenza della normativa costituzionale ed eurounitaria nella formazione del consenso.* - 2. *La variegata natura degli obblighi precontrattuali.* - 3. *La fase precontrattuale nella normativa consumeristica.* - 3.1. *La inconsistenza delle clausole vessatorie.* - 3.2. *Violazione dei doveri di informazione e rimedi possibili nella normativa speciale.* - 4. *La responsabilità precontrattuale codicistica e l'impatto della stessa sulle composite esigenze sociali.* - 5. *L'invalidità o l'inefficacia del contratto e l'ineludibilità della loro comunicazione.* - 5.1. *La correlazione dell'abuso del diritto con il recesso ingiustificato dalle trattative.* - 5.2. *I vizi non invalidanti e il loro labirintico percorso.* - 6. *Il riqualificato interesse della buona fede nei rapporti della Pubblica Amministrazione.*

ABSTRACT. *La composita esperienza contrattuale, in particolare quella delineatasi in tempi più recenti, ha posto in evidenza che la disfunzione nella formazione del consenso può determinare una sproporzione nel regolamento degli interessi sul quale l'interprete e il giudice in particolare, è chiamato ad intervenire. Un'ingerenza volta a porre rimedio a contrattazioni squilibrate che tuttavia non può tradursi in un mero ridimensionamento dell'autonomia, posto che ogni iniziativa adeguata deve fondare sui principi costituzionali, in particolare quello di solidarietà sociale che pervade il campo delle relazioni intersoggettive.*

The composite contractual experience, specifically the one that has been defined in recent times, has underlined that the distinction in the consensus building can determine a disparity in the regulation of the interests, on which the interpreter and especially the judge is called to intervene. An interference aimed to solve the unbalanced negotiations that however cannot be translated into a mere downsizing of the autonomy given that every adaptation initiative must be based on the constitutional principles most of all about the social solidarity that pervades the field of the interpersonal relationships.



1. L'incidenza della normativa costituzionale ed euro unitaria nella formazione del consenso.

Una riflessione sulla giustizia contrattuale e il suo equilibrio, non può prescindere da una sia pur breve analisi in ordine alla formazione del consenso delle parti e al ruolo propulsivo della normativa costituzionale ed euro-unitaria, sul presupposto che quest'ultima ha dato luogo all'introduzione nell'ordinamento nazionale di legislazioni speciali che assicurano alle categorie di 'contraenti deboli', quella del 'consumatore' per tutte, una tutela penetrante, imperniata su strumenti più incisivi di quelli, talvolta inadeguati, del Codice civile (artt. 1341, 1342). Mentre la regolamentazione costituzionale illumina l'opera degli interpreti che, in una costante tensione verso la piena concretizzazione dei valori fondamentali, hanno riconsiderato gli istituti civilistici dalla prospettiva costituzionale, giungendo ad ampliare il panorama dei rimedi esperibili in caso di contrattazioni squilibrate e sostanzialmente ingiuste. Protagonista di questa evoluzione è stata la buona fede oggettiva che, evocata a più riprese nel Libro IV del Codice civile, è ormai pressoché unanimemente considerata uno dei mezzi di trasposizione dei canoni posti dalla Carta fondamentale nelle patuitazioni negoziali e, più in generale, nei rapporti tra privati¹.

¹ Sul punto S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, pp. 709-733, il quale specifica che "in questo senso, le clausole generali [n.d.r. come quella di buona fede oggettiva] non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi. Se, ad esempio, si riconosce nel nostro sistema la presenza di principi come quelli di solidarietà e di eguaglianza, la clausola generale di buona fede può essere legittimamente concretizzata solo adeguandola alle indicazioni in essi contenute"; G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 29. In senso contrario A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, t. IV, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XII, 2004 per il quale "enunciare i valori di solidarietà, utilità, finalità sociali, senza svolgerne le concrete implicazioni in definitivi precetti proibitivi o impositivi, conformativi, rispetto a fattispecie determinate, talché non se ne traggono disposizioni imperative, le direttive cogenti che possono desumersene non potranno che operare con le stesse modalità ed effetti che sono propri dell'ordine pubblico". Da tali premesse l'Autore conclude che "appare inappropriato, e non utile allo scopo, affidare l'attuazione cogente in ambito contrattuale di valori costituzionali al veicolo della buona fede". In giurisprudenza, riconoscono alla buona fede un ruolo rilevante nella disciplina dei rapporti privatistici, assumendola a "norma fondamentale di comportamento nella fase di esecuzione di tutti i rapporti giuridici": Cass., 21.05.1975, n. 2014, in *Giust. Civ.*, 1975, I, p. 170 ss.; Cass., 5.1.1966, n. 89, in *Foro pad.*, 1966, I, p. 524 ss.; Cass., 21.5.1973, n. 1460, in *Giust. civ., Rep.*, 1973, le quali riconoscono nella buona fede un "cardine della disciplina delle obbligazioni".

La trattazione deve basarsi anche su motivazioni di carattere empirico.

La proteiforme esperienza contrattuale mostra, infatti, che ad una disfunzionale formazione del consenso può conseguire uno sproporzionato regolamento di interessi, sul quale l'interprete, in primo luogo il giudice, è chiamato ad intervenire. Già nel secolo XIX, dalle prime elaborazioni teoriche e di sistematizzazione da parte della dottrina tedesca, è emerso come la volontà dei privati rappresentasse il fulcro del negozio giuridico. Una impostazione dogmatica che ha profondamente influenzato la codificazione del '42, come è comprovato dai numerosi frammenti della stessa nel Codice civile. Così è avvenuto con l'art. 1321 che, nel definire il 'contratto', stabilisce un'identità tra il primo e l'accordo delle parti ("Il contratto è l'accordo..."). Ma anche con l'art. 1325 ove l' 'accordo' compare tra gli elementi essenziali del contratto, e l'art. 1322, base di elaborazione del concetto di autonomia privata quale potere dei consociati di regolare da sé i propri interessi, secondo cui le parti possono "determinare" liberamente il contenuto del contratto (1° comma), e finanche concludere contratti non appartenenti ai tipi previsti dalla legge (2° comma). Negli artt. 1326-1341 dedicati alla puntuale regolazione della formazione del consenso; l'art. 1362 per il quale nell'interpretare il contratto si deve innanzitutto indagare quale sia stata la "comune intenzione delle parti" e non limitarsi al senso comune delle parole. L'art. 1376 che, sulla scorta della codificazione napoleonica ed in contrapposizione alla tradizione tedesca, imperniata, come quella romanistica, su una netta scissione tra *titulus e modus acquirendi*, ricollega la produzione di effetti reali al "consenso delle parti legittimamente manifestato". L'art. 1372, 1° comma il quale, nello stabilire enfaticamente che il contratto ha "forza di legge tra le parti", prevede che il medesimo non possa essere sciolto che per "mutuo consenso" (o, con formula ossimorica invalsa nella prassi, "mutuo dissenso") e rafforza l'idea dell'accordo, e dunque della volontà, quale pilastro della fenomenologia contrattuale. Nel combinato disposto degli artt. 1418, 2° comma e 1325 in considerazione del quale la mancanza dell'accordo è causa di nullità del contratto. E nella analitica disciplina dei vizi della volontà (errore, dolo e violenza; artt. 1433 ss.), causa di annullabilità del contratto.

L'assioma, però, non è assoluto trovando molteplici contemperamenti con la funzione di garanzia della certezza dei traffici giuridici, come emerge nitidamente dalla disciplina dell'errore ostativo (art. 1433), o conformativa, come nel caso dell'inserzione automatica di clausole (art. 1339), oppure integrativo-conformativa, dove il sistema



delle fonti del contratto (art. 1374), affiancando alla volontà delle parti, trasfusa nel documento negoziale, la legge, gli usi e l'equità, può essere, come la buona fede oggettiva, veicolo di ingresso nella patuizione dei canoni costituzionali, aprendo le porte alla eteronomia del rapporto contrattuale, forgiando un più contenuto legame tra accordo ed effetti negoziali².

Per altro verso, la volontà incontra delle limitazioni concernenti le libertà di concludere o meno il contratto, di scegliere la persona del contraente, di determinarne il contenuto entro i confini tracciati dalla legge (art. 1322, 1° comma) e di stipulare contratti atipici, ove diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, 2° comma).

Il dogma volontaristico risulta essere ulteriormente ridimensionato dalla sempre più diffusa tendenza ad una maggiore attenzione verso i valori della persona contemplati dalla Carta, che ha contribuito a determinare il riconoscimento di una più ampia iniziativa adeguatrice del giudice sugli atti di autonomia, per il tramite della clausola generale di buona fede oggettiva, cosicché ai consociati non rimarrebbe altro che dare impulso alle vicende giuridiche predisponendo un assetto provvisorio dei propri interessi, destinato ad essere filtrato da un controllo esterno³. Tale impostazione fonda sul pensiero secondo cui i canoni espressi dalla Carta fondamentale, e segnatamente quello di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., nella cui specificazione si fanno rientrare proprio i criteri della correttezza e della

² Quanto specificamente all'equità, in un'ottica di valorizzazione del senso dell'enunciato, l'art. 1374 consente di avvalersi del dispositivo dell'equità anche fuori dei casi in cui esso sia richiamato in via tipica (artt. 1226, 1349, 1526, 1657, 1733, 1755, 1934 c.c.): in tal senso, si v. A. D'ADDA, voce *Integrazione del contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, collana *I tematici* vol. I, Milano, 2021, p. 619 ed ivi, in nota, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969, pp. 219 ss.; F. MACARIO, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, sub art. 1374, cit., 717; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il Codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, *Artt. 1374-1381*, Milano, 2013, 136.

³ A tale riguardo si consideri che "(...) *Gli orientamenti giurisprudenziali più recenti interpretano la regola della correttezza quale parametro per una valutazione comparativa degli interessi delle parti con gli adeguati correttivi, aprendo in tal modo la strada al sindacato giudiziale sull'equilibrio contrattuale, orientato dalla clausola generale di buona fede ma insinuando, al contempo, dubbi relativi ai limiti entro cui lo stesso possa incidere sull'autonomia dei privati*", in G. VILLANACCI, *o.u.c.*, p. 35 ed ivi, per ulteriori indicazioni bibliografiche, note 35 e 36. Sul tema dell'eterodeterminazione contrattuale connessa ad una dimensione costituzionale dell'autonomia privata si v. M. SPINOZZI, *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, Edizioni scientifiche italiane, 2013.

buona fede⁴, pervadono l'intero campo del diritto privato e dei rapporti intersoggettivi.

2. La variegata natura degli obblighi precontrattuali.

Primo postulato di un incontro di volontà divergenti, fonte effettiva del regolamento negoziale e, in definitiva, reale matrice di un equilibrato assetto di interessi, è la parità delle armi tra i contraenti.

Un approdo imposto sia dai principi costituzionali e, segnatamente, dagli artt. 2, 3 e 41 Cost., che dal Codice civile nel quale viene collocato, in apertura della Sezione dedicata all'accordo delle parti, il precipuo schema di formazione dialogica del consenso (art. 1326)⁵ e, nell'ambito della medesima Sezione, la disposizione di cui all'articolo 1337 alla quale, in punto alla buona fede oggettiva, le parti coinvolte nella trattativa devono orientare la loro condotta.

Sotto un profilo più generale, la norma in ultimo citata deve essere ricondotta all'interno del sistema imperniato sulla clausola generale di buona fede oggettiva, del quale sono elementi costitutivi l'articolo 1358, dedicato al comportamento delle parti nello stato di pendenza della condizione, oltre che agli articoli 1366 preposto ad indicare all'interprete il criterio ermeneutico di buona fede oggettiva; l'art. 1375 che prescrive ai contraenti di improntare l'esecuzione del contratto a reciproca correttezza; l'art. 1460, 2° comma per cui il rifiuto opposto dalla parte di eseguire la propria prestazione non deve essere contrario, avuto riguardo alle circostanze, alla buona fede e l'art. 1175 che stabilisce, in via generale, che debitore e creditore devono comportarsi secondo buona fede e correttezza.

Dalla disposizione di cui all'art. 1337, che rinvia alla buona fede in senso oggettivo, devono essere tenute distinte le disposizioni che accolgono la di-

⁴ Sul legame tra la clausola di buona fede e la normativa costituzionale S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, Milano, 2004, p. 175; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2021, pp. 857 ss. secondo cui: "Il collegamento fra buona fede e normativa costituzionale è chiaramente delineato nelle sentenze in tema di riducibilità d'ufficio della penale, ove si dà atto del pieno riconoscimento della costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato per effetto dell'art. 2 della Carta costituzionale e della regola di buona fede, obbligo quest'ultimo da cui l'assetto pattizio non può ritenersi svincolato". Considerazione in merito alle quali si veda G. VILLANACCI, *L'equilibrio contrattuale nella rinnovata interpretazione dinamica evolutiva*, in *juscivile*, 6, 2021.

⁵ C.f.r. G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Cedam, 2021, pp. 308 ss.

versa accezione soggettiva della buona fede⁶, per la quale occorre avere riguardo allo stato soggettivo in cui versa colui che ignora di ledere con la propria condotta l'altrui diritto. D'altra parte, una delle precipue finalità dell'art. 1337, è assicurare una trasparente e adeguata informazione al fine di garantire, in una prospettiva di conformazione delle norme civilistiche ai canoni costituzionali, la protezione della libertà negoziale, nonché la concretizzazione di un assetto di interessi effettivi e improntati al principio di solidarietà (art. 2 Cost.).

L'elemento teleologico emerge nitidamente dalla legislazione speciale. I decreti legislativi n. 206/2005 (Codice del consumo), n. 79/2011 (Codice del turismo), nonché l'art. 124 d.lgs. n. 385/1993 (Testo Unico Bancario) hanno introdotto obblighi informativi allo scopo di riequilibrare i rapporti di forza contrattuale nei settori ove sussista uno sbilanciamento a vantaggio di soggetti che godono di una posizione privilegiata nel mercato.

Dette previsioni speciali hanno influenzato l'operatività dell'art. 1337 che all'inizio dell'ormai lungo percorso ermeneutico – evolutivo, lo si considerava limitato ai soli casi descritti dall'art. 1338, secondo il quale la parte che conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto non ne ha dato notizia all'altra, è tenuta a risarcire il danno da quest'ultima subito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità dell'accordo. Successivamente, come è noto, vi è stata un'estensione dell'applicabilità dell'art. 1337, nel quale veniva ricondotto il recesso ingiustificato dalle trattative e, infine il caso della conclusione del contratto valido ma svantaggioso.

3. La fase precontrattuale nella normativa consumeristica.

Nei primi articoli del Codice del consumo viene riconosciuto il diritto ad una “adeguata informazione” (art. 2, comma 1, lett. c)) ai consumatori⁷ ed agli utenti, al fine di eliminarne la condizione di ontologica ignoranza⁸, con la duplice finalità di tutela-

re la libertà contrattuale del contraente debole consentendogli di esprimere un consenso realmente consapevole⁹ e, in una prospettiva più ampia, “eliminare le cause che impediscono al mercato di funzionare correttamente (ossia le cause del cosiddetto “fallimento del mercato”)¹⁰. Il professionista per l'adempimento dell'obbligo, deve rappresentare al consumatore il contenuto contrattuale in maniera efficace, tramite un flusso informativo formalmente e sostanzialmente adeguato. Pertanto, i dati conoscitivi che egli è tenuto a fornire devono essere non solo chiari e comprensibili¹¹, cioè univoci ed accessibili ad un consumatore di normale diligenza, ma anche completi, ossia concernenti tutti quegli aspetti che il contraente debole deve conoscere per maturare una scelta edotta¹². In tal senso l'art. 5, comma 3, cod. cons. statuisce che “Le informazioni al consumatore (...) devono essere (...), tenuto conto anche delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore”, e cristallizza il principio secondo il quale l'opera informativa non può ridursi ad attività meramente formale, ma deve esse-

sibilmente maggiore di conoscenze perché opera professionalmente nel mercato o perché ha creato il prodotto e quindi lo conosce in tutte le sue parti. Al contrario, il consumatore si muove nel mercato in una condizione di sostanziale ignoranza: non partecipa in alcun modo alla definizione del regolamento contrattuale, limitandosi a decidere se aderire o meno ad una offerta integralmente predisposta dalla controparte; la negoziazione si realizza attraverso il ricorso a molteplici tecniche (es. vendite “porta a porta”, o “a distanza”) idonee a cogliere di sorpresa l'interlocutore; infine, in molte tipologie di contratti l'acquisto avviene “a scatola chiusa”, potendo l'acquirente prendere visione del bene solo dopo averlo acquistato. Né si può dire che il bisogno di conoscenza dell'acquirente sia soddisfatto dalle condizioni generali di contratto o dalla pubblicità commerciale, in quanto è noto che le prime sono volutamente redatte e stampate in modo tale da scoraggiare chiunque dal leggerle, anche l'aderente più scrupoloso e zelante e la pubblicità commerciale è uno strumento che, per quanto oggetto di compiuta disciplina, rimane pur sempre funzionalizzato al condizionamento della domanda piuttosto che a guidarla all'interno del mercato”.

⁹ Si v. *Manuale di diritto del consumo*, a cura di G. VILLANACCI, Napoli, 2007, p. 70 e p. 72 ove si legge: “All'informazione precontrattuale è affidato il compito di garantire la consapevolezza dell'agire negoziale del consumatore superando la condizione di strutturale ignoranza in cui versa”.

¹⁰ Così G. D'AMICO, in *Enciclopedia del diritto*, vol. “I tematici – il contratto”, Milano, 2021, pp. 594-595.

¹¹ In tal senso, l'art. 5, comma 3, cod. cons. per cui: “Le informazioni al consumatore (...) devono essere (...) espresse in modo chiaro e comprensibile”.

¹² “Dovrà essere indicato con precisione l'oggetto del contratto ed il costo, con ciò intendendo non solo il prezzo ma ogni altro onere che l'acquirente dovrà sostenere per assicurarsi il bene o il servizio. Inoltre, l'informazione dovrà rispecchiare fedelmente quanto previsto nelle condizioni generali così il rischio di sorprese”, *Manuale di diritto del consumo*, a cura di G. VILLANACCI, pp. 70-71.

⁶ In particolare, dagli artt. 1147, 1152, 1153, 1155, 1157, 1159-1162, in materia di possesso; dall'art. 1445 in materia di annullamento; dagli artt. 1415-1416 in materia di simulazione; infine, dall'art. 2033 relativo all'indebito oggettivo.

⁷ Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. a), cod. cons., tale è “la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”.

⁸ Si v. *Manuale di diritto del consumo*, a cura di G. VILLANACCI, Napoli, 2007, p. 72: “Il rapporto di consumo si caratterizza per una profonda asimmetria informativa che si registra tra le parti. Il professionista dispone di un numero sen-



re calibrata avendo riguardo alle modalità di conclusione del contratto, nonché alle necessità conoscitive contingenti del contraente debole. Ne deriva che “*sussiste inadempimento dei doveri di informazione anche laddove il professionista ha operato un trasferimento di dati senza, tuttavia, permettere al consumatore di ricavare da essi un quadro chiaro ed esaustivo dell'operazione commerciale che gli viene proposta*”¹³. Il “*contenuto essenziale*” degli obblighi informativi è identificato dall'art. 5, comma 2, cod. cons. secondo cui: “*Sicurezza, composizione e qualità dei prodotti e dei servizi costituiscono contenuto essenziale degli obblighi informativi*”, onde il consumatore deve conoscere il rischio minimo compatibile con l'utilizzo corretto del prodotto (“sicurezza”), tutti i dati che servono ad individuarlo (“composizione”) e le caratteristiche specifiche dello stesso che consentono di differenziarlo da altri (“qualità”).

Con la previsione di obblighi informativi precontrattuali si è assistito ad un radicale cambiamento di prospettiva. Ed infatti, il d.lgs. n. 50/1992, primigenio provvedimento in materia consumeristica, emanato per recepire la direttiva 85/577/CE del 20 dicembre 1985, ed in seguito confluito nel Codice del consumo, costruiva la protezione del consenso del contraente debole, da un lato, sul diritto di recesso e, dall'altro, su obblighi informativi finalizzati esclusivamente a rendere edotto il consumatore della possibilità e delle modalità di ricorso a detto strumento di tutela. In altri termini, “*al consumatore, possibile vittima di un vincolo assunto “a sorpresa”, senza consapevolezza a causa dell'aggressività della controparte professionale, l'ordinamento accorda uno spatium deliberandi successivo alla manifestazione formale del consenso*”¹⁴.

Con gli obblighi precontrattuali, invece, “*si inaugura una politica legislativa nuova, il cui obiettivo è quello, ben più ambizioso, di permettere al consumatore di maturare un consenso informato prima della stipula, nel tentativo di ridurre drasticamente il rischio di conclusione di contratti diversi dalle aspettative. In definitiva, da una tutela dell'integrità del consenso in via indiretta ed a posteriori (diritto di recesso), si è giunti ad una modalità di tutela (i doveri precontrattuali di informazione) che opera in via diretta e a priori*”¹⁵.

Nel dettaglio, il Capo II del Codice del consumo, rubricato “*Indicazione dei prodotti*”, riproduce

quanto già statuito dalla L. 10 aprile 1991, n. 126, dedicata alle “*Norme per l'informazione al consumatore*”, e reca alcune integrazioni desunte dal regolamento di attuazione della medesima (d.m. del Ministero dell'Industria 8 febbraio 1997, n. 101). Per l'art. 6 cod. cons., affinché possano essere commercializzati all'interno del territorio nazionale, i prodotti o le confezioni dei prodotti destinati al consumatore devono riportare, chiaramente visibili e leggibili, almeno “*le indicazioni relative: a) alla denominazione legale o merceologica del prodotto; b) al nome o ragione sociale o marchio e alla sede legale del produttore o di un importatore stabilito nell'Unione europea; c) al Paese di origine se situato fuori dell'Unione europea; d) all'eventuale presenza di materiali o sostanze che possono arrecare danno all'uomo, alle cose o all'ambiente; e) ai materiali impiegati ed ai metodi di lavorazione ove questi siano determinanti per la qualità o le caratteristiche merceologiche del prodotto; f) alle istruzioni, alle eventuali precauzioni e alla destinazione d'uso, ove utili ai fini di fruizione e sicurezza del prodotto*”. Dette indicazioni “*devono figurare sulle confezioni o sulle etichette dei prodotti nel momento in cui sono posti in vendita al consumatore*”. Le indicazioni relative ai “*materiali impiegati e ai metodi di lavorazione, ove questi siano determinanti per la qualità o le caratteristiche merceologiche del prodotto*” (art. 6, comma 1, lett. f)), possono essere riportate, “*anziché sulle confezioni o sulle etichette dei prodotti, su altra documentazione illustrativa che viene fornita in accompagnamento dei prodotti stessi*” (art. 7 cod. cons.).

È inoltre previsto che: “*Tutte le informazioni destinate ai consumatori e agli utenti devono essere reso almeno in lingua italiana. Qualora le indicazioni di cui al presente titolo siano apposte in più lingue, le medesime sono apposte anche in lingua italiana e con caratteri di visibilità e leggibilità non inferiori a quelli usati per le altre lingue*” (art. 9 cod. cons.).

I prodotti e le confezioni di prodotto che non riportano le prescrizioni degli artt. 6 e 7 cod. cons. non possono essere commercializzate nel territorio nazionale, al pari delle confezioni e dei prodotti che violano dette disposizioni non consentendo la visibilità e leggibilità (art. 11 cod. cons.)¹⁶.

¹³ Si v. *Manuale di diritto del consumo*, a cura di G. VILLANACCI, Napoli, 2007, p. 71.

¹⁴ Si v. *Manuale di diritto del consumo*, a cura di G. VILLANACCI, Napoli, 2007, p. 73.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ “Il precetto opera come misura di carattere precauzionale con riferimento ai prodotti commercializzati sul territorio nazionale mancanti delle indicazioni previste o delle loro modalità di presentazione in modo da essere facilmente percepibili dall'utilizzatore finale. Pur nel silenzio della norma, si ritiene che alla violazione del divieto possa conseguire un provvedimento di ritiro dei prodotti dal mercato o quanto meno una loro sospensione per un periodo determinato in attesa della confor-



Poiché l'elemento che guida l'operatore economico debole è, senza dubbio, il prezzo, si ravvisa la necessità di “*creare le condizioni per una efficace comparazione tra le diverse offerte omologhe reperibili sul mercato*”¹⁷ e consentirgli, in tal modo, di svolgere le proprie valutazioni in modo consapevole ed effettivo.

Orbene, al fine di migliorare l'informazione del consumatore e di agevolare il raffronto dei prezzi, i prodotti offerti dai commercianti ai consumatori recano, oltre alla indicazione del prezzo di vendita, quello del “*prezzo per unità di misura*” (art. 14, comma 1, cod. cons.), ossia del “*(...) prezzo finale, comprensivo dell'IVA e di ogni altra imposta, valido per una quantità di un chilogrammo, di un litro, di un metro, di un metro quadrato o di un metro cubo del prodotto o per una singola unità di quantità diversa, se essa è impiegata generalmente e abitualmente per la commercializzazione di prodotti specifici*” (art. 13, comma 1, lett. b), cod. cons.). Il prezzo per unità di misura non deve essere indicato allorquando è identico a quello di vendita (art. 14, comma 2, cod. cons.). Per i “*prodotti commercializzati sfusi*”, che non costituiscono cioè oggetto di alcuna confezione preliminare e sono misurati alla presenza del consumatore (art. 13, comma 1, lett. c), cod. cons.), deve essere indicato soltanto il prezzo per unità di misura (art. 14, commi 2 e 3, cod. cons.).

La pubblicità, in tutte le sue forme, ed i cataloghi devono recare l'indicazione del prezzo per unità di misura quando fanno espresso riferimento al prezzo di vendita (art. 14, comma 4, cod. cons.)¹⁸.

Chiunque ometta di indicare il prezzo per unità di misura o non lo indichi in modo chiaro e ben leggibile è soggetto alla sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art 22, comma 2, d.lgs. n. 114/1998 irrogata dal Sindaco; i proventi sono devoluti al Comune (art. 17 cod. cons.).

Tale disciplina, di carattere generale, è affiancata da previsioni relative a specifiche ipotesi di obblighi precontrattuali concernenti contratti negoziati a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali; a quelli aventi ad oggetto pacchetti turistici, oppure contratti di credito al consumo.

L'attività descritta, e prevista a beneficio del consumatore, può essere affetta da plurime patolo-

gie, di talché l'informazione può essere: totalmente o parzialmente omessa, quando manca del tutto la comunicazione di dati, ovvero quando i dati trasmessi non investono gli elementi indicati nella disciplina di riferimento. Ma potremmo essere anche di fronte ad una descrizione “oscura”, se mancano i requisiti della “chiarezza e comprensibilità” dei dati trasmessi. Si tratta di ipotesi nelle quali il consumatore benché astrattamente informato, non è in grado di desumere dalle informazioni ricevute un univoco quadro d'insieme dell'offerta propositagli¹⁹, la quale potrebbe anche essere “falsa”, o non corrispondente al reale contenuto del contratto²⁰, nonché “ingannevole o decettiva”.

Quest'ultimo punto merita alcune precisazioni aggiuntive in ordine al fatto che l'informazione è “ingannevole o decettiva” quando la patologia che affligge l'informazione preliminare è tale da alterare il processo di formazione della volontà, creando una falsa rappresentazione del contenuto del contratto. In questo caso, l'informazione precontrattuale tradisce la sua funzione di veicolo di consapevolezza e trasfigura in un fattore di turbamento del consenso. Affinché l'informazione sia ingannevole non è necessario che i dati siano intrinsecamente falsi, ma è sufficiente una semplice omissione, una “mezza verità”. Ciò è vero, in particolare, per quanto attiene al profilo economico dell'operazione, in cui la semplice omissione di un costo accessorio (tasse, contributi, spese, ecc.) può far risultare un'offerta più vantaggiosa di quanto non lo sia in realtà. Il consumatore, infatti, si attende dall'informazione non solo veridicità, ma anche fedeltà e completezza rispetto al contenuto del contratto; ciò che il professionista non dice nell'informazione, per il consumatore non è nel contratto. Pertanto, si avrà informazione “ingannevole” al cospetto di dati intrinsecamente falsi²¹ ed in

mazione alla disciplina.”, in *Manuale di diritto del consumo* cit., p. 80.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ “Al riguardo, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha ritenuto che l'omessa indicazione nei messaggi pubblicitari del prezzo per unità di misura, non debba considerarsi pubblicità ingannevole”, in *Manuale di diritto del consumo* cit., p. 81.

¹⁹ “Principali fonti di oscurità dell'informazione sono: il fenomeno della c.d. “*information overload*” (ovvero la trasmissione di una mole eccessiva di dati che compromette la possibilità per il consumatore di individuare quelli rilevanti ai fini della maturazione del consenso); l'impiego di un linguaggio esasperatamente tecnico che impedisce la comprensione dei dati al consumatore medio; il ricorso a formule ambigue ed equivoche, suscettibili di plurime interpretazioni; la tecnica del rinvio *per relationem*, che ricorre quando il professionista informa non già comunicando dati precisi ma rinviando ad altre fonti”, in *Manuale di diritto del consumo* cit., p. 97.

²⁰ Si pensi, ad esempio, al caso in cui l'informazione indichi un prezzo inferiore a quello previsto nelle condizioni generali.

²¹ Ad esempio, si comunica un prezzo inferiore a quello previsto nelle condizioni generali di contratto, ovvero si preannunciano riduzioni del costo originario non riportate nel contenuto negoziale.



caso di omissioni o reticenze in grado di creare una falsa rappresentazione della realtà²².

3.1. La inconsistenza clausole vessatorie.

346 Gli obblighi di informazione precontrattuali concernono precipuamente l'oggetto del contratto, l'identità del professionista, i diritti di competenza del consumatore ed il costo complessivo dell'operazione.

Mancano, invece, obblighi di informazione relativi al contenuto normativo del regolamento. Il dato non è insolito ove si abbia riguardo alla nitida volontà del legislatore di evitare un sovraccarico di dati in grado di compromettere la funzionalità dell'attività informativa, e nel caso si rilevi l'inutilità che una siffatta indicazione potrebbe avere. La loro ultroneità è legata ad un duplice aspetto, alla considerazione che il consumatore discerne le diverse offerte sulla base del solo contenuto economico, ed al fatto che l'ordinamento conosce forme di tutela sostanziale dell'aderente dalle clausole vessatorie, definite quali "(...) clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" (art. 33 cod. cons.)²³.

Non è, dunque, necessario che il consumatore si preoccupi di verificare, in fase precontrattuale, la presenza, nelle condizioni generali, di clausole squilibranti l'assetto dei diritti e degli obblighi, in quanto le stesse, anche se oggetto di specifica sottoscrizione, sono "nulle" (art. 36, comma 1, cod. cons.). Si tratta di una nullità di protezione connotata da parzialità e relatività. La stessa invero, comporta la caducazione della singola clausola, mentre il contratto rimane valido per il resto (art. 36, comma 1, cod. cons.), ed opera ad esclusivo vantaggio del consumatore (art. 36, comma 3, cod. cons.), legittimato a farla valere in applicazione della clausola di salvezza posta in apertura dell'art. 1421 c.c.

²² Come nel caso di oneri accessori quali, ad esempio, tasse, contributi, ecc. previsti a carico del consumatore.

²³ La formula è infelice e reitera le imprecisioni contenute nell'art. 1469-bis c.c. Sul punto si v. *Manuale di diritto del consumo* cit., pag. 170 ove si legge: "(...) Preliminarmente definite le categorie soggettive protagoniste delle vicende regolamentate dall'ordinamento, non resta che scovare quali, tra i molteplici contenuti del contratto stipulato dal professionista e consumatore, possano identificarsi come vessatori per il contraente debole. Al riguardo, con una formula che non è avventato definire infelice, l'art. 33, reiterando le imprecisioni contenuto nell'abrogato art. 1469-bis c.c., dispone che "si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto".

Lo squilibrio del quale si è detto, preso in considerazione dagli artt. 33 ss. cod. cons., attiene al solo lato giuridico dell'affare, e non alla sua convenienza economica²⁴. È quanto dispone l'art. 34, comma 2, cod. cons. secondo il quale: "*La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile*".

Uno dei punti più criptici della normativa appena richiamata, è rappresentato dalla locuzione "*malgrado la buona fede*" contenuta nell'art. 33, comma 1, cod. cons., che può essere intesa nel senso che la vessatorietà sussiste nonostante la buona fede del professionista²⁵. Oppure che la stessa sussista solo allorquando vi sia un contrasto con la buona fede oggettiva²⁶ e non soggettiva. Una conclusione so-

²⁴ Sul punto si v. *Manuale di diritto del consumo* cit., pp. 170-171: "(...) In specie, è fondamentale sottolineare come, nell'intenzione del legislatore, così come nel recepimento dei tribunali e degli studiosi, lo squilibrio significativo non vada assolutamente equiparato alla convenienza unilaterale dell'affare, che si verifichi allorché il professionista, senza incorrere in specifiche violazioni di precetti giuridici, realizzi un profitto, anche solo potenziale, molto superiore rispetto a quello del consumatore. È d'uopo, infatti, considerare che l'intervento della legge non si rivolge, in questo campo, alla garanzia dell'equità dello scambio, né, d'altra parte, gli obiettivi dell'ordinamento sarebbero compatibili con una tale intrusione dell'autorità nella sfera dell'autonomia negoziale e nella libertà degli scambi. In effetti, la normativa tutioristica si prefigge di avviare, per quanto possibile al rischio di approfittamenti da parte del contraente più forte ed economicamente più dotato, non certo di frustrare l'interesse delle parti a ricavare il più possibile dalla propria attività commerciale. Una tale soluzione, peraltro, somiglierebbe all'imposizione di un regime di prezzi bloccati che interesserebbe, per l'estensione applicativa della disciplina, ogni fattispecie contrattuale posta in essere tra professionista e consumatore. Esclusa, dunque, la rilevanza dello squilibrio meramente economico, salva l'ovvia applicabilità dei rimedi della rescissione per lesione e della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, nei limiti previsti dalle rispettive previsioni codicistiche, è all'aspetto prettamente giuridico dell'affare che l'interprete deve avere riguardo ai sensi degli artt. da 33 a 37 Codice. La disciplina si propone, infatti, di escludere che la posizione di supremazia commerciale del professionista possa costituire il mezzo per l'imposizione unilaterale di condizioni e clausole eccessivamente gravose per il consumatore, tanto da impedire o rendere molto oneroso per quest'ultimo trarre tutte le utilità che il contratto potrebbe astrattamente garantirgli. (...)".

²⁵ Per tutti V. RIZZO, Sul art. 1469-bis, primo comma, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di Cesaro, I, Cedam, 1996, p. 43: "si sarebbe preso così lo spunto da un errore per allargare esplicitamente, (...) la tutela, anche alle ipotesi in cui il professionista inserisce in buona fede (...), cioè ignorando di farlo, clausole vessatorie e chiarendo dunque che il consumatore non deve la prova".

²⁶ L. BIGLIAZZI GERI, Sub art. 1469-bis, primo comma, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, p. 799; V. CARBONE, *L'individuazione delle clausole vessatorie tra criteri generali*



stenuta dall'irrelevanza a cui il nostro ordinamento relega la malafede di una delle parti ai fini dell'azionabilità di un rimedio contrattuale²⁷.

Non v'è dubbio, tuttavia, che, accedendo a detta interpretazione “resterebbe da spiegare come possa ritenersi vessatoria una clausola che non contraddica gli elementari principi di lealtà e buona fede nei contratti, salvo immaginare che il profilo di vessatorietà o abusività della clausola prescindendo del tutto da ogni valutazione a carattere generale sulla condotta delle parti per accedere ad un giudizio del tutto oggettivo, basato sui concreti effetti del precetto negoziale”²⁸. Nondimeno un'interpretazione “oggettivistica” della locuzione sembra preferibile in quanto in grado di rendere la nuova normativa più collimante con i principi di autonomia contrattuale, solo se le parti sono libere di disciplinare i propri interessi, ma incorrono nella sanzione dell'inefficacia della clausola, frutto della violazione del principio imperativo di buona fede, intimamente connesso con l'art. 2 Costituzione²⁹.

Ne deriva che il “comportamento del professionista (...) deve essere valutato contrario a buona fede quando il regolamento negoziale sacrifica ir-

ed elencazioni statistiche, in *Corr. giur.*, 1996, p. 1305 ss.; G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 415; G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie. Art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, Ipsoa, 1996, p. 16; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, p. 418 il quale afferma che l'inciso “malgrado la buona fede” debba essere letto “in contrasto con la buona fede”; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 160; G. ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997, p. 88. Si segnala che l'On. Perlingieri, con una Proposta di legge presentata al Senato l'8 febbraio 1995, con il n. 1364, cercò di riportare la clausola generale della buona fede nel suo alveo di origine, considerando vessatoria – ai sensi dell'art. 2 di tale Proposta – la clausola che “in contrasto con la buona fede, determina, a carico del consumatore, un significativo squilibrio (...)”.

²⁷ L. BIGLIAZZI GERI, *Sub art. 1469-bis, primo comma*, in *Le nuove leggi civili commentate*, cit., p. 796.

²⁸ In tal senso *Manuale di diritto del consumo* cit., p. 172.

²⁹ Sul punto si v. G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva* cit., pp. 145-146 ed ivi nota 255 secondo cui: “Tale impostazione, inoltre, sembra maggiormente compatibile con i principi generali del nostro ordinamento, laddove lo squilibrio tra le prestazioni non assume rilevanza *ex se*, ma solo in quanto sia accompagnato da una ulteriore patologia, tale da influenzare l'assetto negoziale, come la lesione *ultra dimidium* nel contratto rescindibile per lesione, o gli eventi imprevisi e imprevedibili, che rendono eccessivamente oneroso il contratto. Tale evento, quindi, nei contratti con i consumatori può essere individuato in un comportamento del professionista contrastante con la buona fede”. In tal senso si vedano: F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte* cit., p.418; A. RICCIO, *Il controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, cit., p. 943, che ricollega l'intervento sanzionatorio alla violazione del dovere di buona fede.

ragionevolmente l'interesse di una parte a vantaggio dell'altra, laddove è solo attraverso un comportamento corretto che potranno trovare attuazione i principi di solidarietà e giustizia sociale”³⁰.

È necessario, poi, sottolineare che la “buona fede e l'eccessivo squilibrio non devono essere considerati come criteri autonomi, ciascuno idoneo a determinare l'abusività della clausola incriminata, essendo la prima il metro per valutare la rilevanza del secondo con il quale si pone in rapporto di strumentalità”³¹.

3.2. Violazione dei doveri di informazione e rimedi possibili normativa speciale

Ad eccezione di alcune specifiche ipotesi³², la disciplina posta a tutela del contraente debole non fornisce indicazioni relative ai rimedi esperibili in caso di violazione dei doveri di informazione da parte del professionista. Tale iniziativa è, dunque, rimessa agli interpreti che, nel tentativo di riempire il vuoto normativo, distinguono tra le differenti patologie dell'attività informativa, di cui si è avuto già modo di parlare.

Per il caso di totale o parziale omissione dell'informazione, si propende per la nullità del contratto sul presupposto che le norme impositive di obblighi informativi precontrattuali, in quanto poste a presidio del contraente debole nonché di interessi generali riguardanti l'integrità e l'efficienza dei mercati, dovrebbero essere qualificate come “imperative”, onde la loro violazione andrebbe ricondotta nell'ambito applicativo dell'art. 1418, 1° comma, c.c.

Una soluzione avverso la quale si obietta che le norme precontrattuali, poste a tutela della parte debole del rapporto, sarebbero norme di comportamento, e non già di validità, dalla cui violazione potrebbero derivare soltanto conseguenze risarcitorie, ma non l'invalidità del negozio concluso in loro

³⁰ Così G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva* cit., p. 146.

³¹ *Idem* p. 147. Si veda altresì L. BIGLIAZZI GERI, *Sub art. 1469-bis, primo comma*, in *Le nuove leggi civili commentate*, cit., p. 798, secondo la quale: “Non dunque identificazione tra due criteri, ma l'uno strumento, l'altro risultato di una valutazione di congruità o di non congruità degli interessi in conflitto caratterizzata da un giudizio di valore (...): che la conformità a buona fede è equilibrio; difformità, squilibrio”.

³² Si richiama l'art. 125-bis d.lgs. 385/1993 (T.U.B.) che, al comma 6, statuisce: “Sono nulle le clausole del contratto relative a costi a carico del consumatore che, contrariamente a quanto previsto ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. e), non sono stati inclusi o sono stati inclusi in modo non corretto nel TAEG pubblicizzato nella documentazione predisposta secondo quanto previsto dall'art. 124. La nullità della clausola non comporta la nullità del contratto”.



violazione. In questa prospettiva se i doveri inadempiti sono di natura precontrattuale, il professionista responsabile sarà tenuto al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1337 c.c.³³, mentre, nell'ipotesi in cui i doveri di comportamento inosservati si collochino all'interno dello svolgimento del rapporto, il rimedio azionabile da parte del consumatore sarà quello della risoluzione del contratto per inadempimento.

In caso di oscurità, ossia di mancanza di chiarezza e comprensibilità, l'attività informativa sarà sostanzialmente inutile poiché, a causa della incomprendibilità dei dati trasmessi, non è in grado di svolgere la funzione sua propria di veicolo di consapevolezza. Pertanto, le conseguenze giuridiche "(...) non saranno dissimili da quelle previste in caso di assenza totale o parziale di informazione"³⁴.

Ove l'informazione sia, invece, "ingannevole", il consumatore è portato a credere che il contratto abbia un contenuto diverso rispetto a quello previsto nelle condizioni generali. In tal modo si genera una falsa rappresentazione della realtà che inquina il processo di formazione della volontà negoziale del consumatore.

D'altro canto la trasmissione di informazioni ingannevoli può concretamente costituire un illecito precontrattuale, con conseguente obbligo del professionista al risarcimento del danno cagionato al contraente debole. In quest'ottica, la comunicazione di dati falsi e reticenti si porrebbe in contrasto con il generale dovere di buona fede e correttezza desumibile dall'art. 1337 c.c. e con le precise regole giuridiche che governano la formazione del vincolo negoziale³⁵. Nondimeno il contratto concluso sulla base di informazioni ingannevoli può essere viziato da errore in ipotesi di convinzione che il contenuto del contratto sia identico a quanto indicato nel documento informativo, sicché incorrerebbe nella "falsa rappresentazione della realtà" che fonda l'errore (artt. 1427 ss. c.c.). Oppure connotato da "dolo"³⁶.

³³ Tale posizione dovrebbe, però, essere rimeditata alla luce di quell'orientamento che, valorizzando il legame tra l'art. 2 Cost. e l'art. 1337 c.c., giunge al superamento della dicotomia tra regole di validità e regole di comportamento, aprendo alla possibilità di riconnettere alla violazione di obblighi precontrattuali la sanzione della nullità del contratto.

³⁴ In tal senso *Manuale di diritto del consumo* cit., p. 103.

³⁵ Una su tutte è l'art. 2, comma 2, lett. c), cod. cons. che contempla il diritto fondamentale del consumatore ad "un'adeguata informazione".

³⁶ A tale proposito si veda *Manuale di diritto del consumo* cit. ove sono riportate le principali obiezioni mosse a tale orientamento. In particolare, con riguardo all'ipotesi di informazioni ingannevoli, si legge che: "(...) Un primo ostacolo interpretativo consiste in questo senso nel fatto che l'opinione dottrinale più risalente e consolidata nega idoneità invalidante al semplice

Inoltre quando alla trasmissione di informazioni ingannevoli segue la stipula del contratto, il consumatore si trova vincolato ad un'operazione diversa rispetto a quanto poteva legittimamente attendersi alla luce dell'informativa preliminare. Una divergenza contenutistica che può essere determinata da clausole che il professionista inserisce all'insaputa dell'aderente, sfruttando l'affidamento di quest'ultimo nella piena corrispondenza tra informativa e condizioni generali.

Le condizioni contrattuali diverse o incompatibili con l'informazione preliminare mostrano profonde similitudini con il fenomeno delle clausole (vesatorie) "a sorpresa" contenute all'interno dell'elenco di clausole indicato nell'art. 33, comma 2, cod. cons., ed in particolare con quelle che hanno l'effetto di prevedere l'"estensione dell'adesione del consumatore a clausole che [n.d.r. quest'ultimo] non ha avuto la possibilità di cono-

"mendacio", ossia alla condotta consistente nella mera affermazione del falso e nella negazione del vero. Sarebbe possibile ravvisare gli estremi del "raggiro" solo nel c.d. "inganno puro" (o *machinatio*), che consiste in un procedimento complesso di "mise en scène", con cui si induce altri in una falsa credenza, spingendolo a stipulare un contratto che altrimenti non avrebbe stipulato; di qui i dubbi a considerare il semplice mendacio, in quanto condotta "isolata", a causa di annullamento del contratto, pur essendo pacifica la sua antigiusuridicità. Muovendo dalla considerazione che la legge se tutela la buona fede, non tutela la credulità, l'opinione tradizionale afferma che, per configurare un'ipotesi di dolo, non basta la semplice notizia falsa, quando non sia accompagnata ed avvalorata da un'opera di artificio. (...) In definitiva la menzogna sarebbe rilevante non di per sé, ma solo se integrata in una più ampia attività ingannatoria, connotata dalla presenza di artifici e raggiri". Con riferimento invece alle informazioni reticenti, si osserva: "In caso di informazioni reticenti, che ingenerano un effetto decettivo (come nel caso di omessa indicazione degli oneri accessori), a quello della *machinatio*, si aggiunge il problema legato al se anche la semplice reticenza, ovvero il non aver disvelato o comunicato circostanze che avrebbero impedito la conclusione del contratto, sia idonea a costituire un raggiro ai sensi dell'art. 1439 c.c.; è il problema del c.d. "dolo omissivo". E ancora: "Entrambe le problematiche sono state superate dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recente: con particolare riferimento al concetto di "machinatio", si è giunti ad una interpretazione della nozione di raggiro più ampia, che ricomprende qualsiasi comportamento che provochi un inganno idoneo a causare l'errore della vittima, inducendola alla conclusione del contratto. Sulla base di queste premesse, si afferma che anche il mendacio (ossia una falsa dichiarazione) è sufficiente ad integrare gli estremi del raggiro, purché eziologicamente connesso all'errore del *deceptus*". In tal senso Cass. S.U., 11 marzo 1996, n. 1955 secondo cui: "a produrre annullamento del contratto non è sufficiente una qualunque influenza psicologica sull'altro contraente, ma sono necessari artifici o raggiri, o anche semplici menzogne che abbiano avuto comunque un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte e, quindi, sul consenso di quest'ultima". La rilevanza del dolo omissivo viene ormai affermata da un cospicuo orientamento giurisprudenziale: *ex plurimis* Cass. Civ., 14 ottobre 1990, n. 10779.

scere prima della conclusione del contratto” (art. 33, comma 2, lett. l), cod. cons.). Ne deriva la possibilità di una loro qualificazione in termini di “vespatorietà”, e quindi di nullità ex art. 36 cod. cons.³⁷

4. La responsabilità precontrattuale codicistica e l’impatto della stessa sulle composite esigenze sociali.

A differenza delle normative speciali, nel Codice civile il governo delle trattative e la tutela dell’interesse dei soggetti coinvolti a che le medesime siano condotte in modo serio e leale, è affidato al criterio della buona fede oggettiva³⁸. D’altronde l’art. 1337 nella sua condivisibile qualificazione di norma di chiusura³⁹ è il punto di riferimento in caso di inapplicabilità delle norme speciali dirette a sanzionare la realizzazione di una condotta scorretta nella fase che precede la conclusione del contratto. Pur tuttavia, la sussunzione della disposizione nell’alveo della disciplina aquiliana è erosa dalla crescente qualificazione di responsabilità incentrata sul dettato dell’art. 1218 ma anche da un *tertium genus* di responsabilità, da affiancare ai modelli aquiliano e contrattuale⁴⁰.

³⁷ In tal senso *Manuale di diritto del consumo* cit., p. 109.

³⁸ Si v. sul punto V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 167 ove si legge: “La trattativa è l’interazione fra le parti del futuro eventuale contratto, che ciascuna parte cerca di orientare verso i risultati più vantaggiosi per sé; a seconda di come l’interazione si sviluppa, si decide se il contratto si fa o no, e se sì, a quali condizioni. Chi è coinvolto in una trattativa ha interesse che questa venga condotta da controparte in modo leale e serio. L’interesse alla lealtà e serietà della trattativa è protetto dall’art. 1337 con l’imposizione di un dovere generale di buona fede a carico delle parti coinvolte”.

³⁹ F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. giur. trecc.*, pp. 5 ss.

⁴⁰ L’adesione alla tesi della natura contrattuale o aquiliana della responsabilità ex artt. 1337-1338 c.c. possiede importanti risvolti sul piano applicativo. Segnatamente, l’accoglimento della tesi della natura contrattuale implica: prescrizione decennale; necessità di costituzione in mora per intimazione o richiesta fatta per iscritto (c.d. “mora ex persona”); regime probatorio favorevole in ordine alla prova dell’inadempimento e dell’elemento soggettivo dello stesso di cui all’art. 1218 c.c.; applicabilità dell’art. 1225, in virtù del quale il debitore inadempiente che versi in dolo è tenuto a risarcire solo i danni prevedibili nel momento in cui è sorta l’obbligazione. Al contrario, l’accoglimento della contraria impostazione comporta l’operatività del seguente regime: termine di prescrizione quinquennale; non necessità della costituzione in mora, ricorrendo l’ipotesi dell’art. 1219, comma 2, n. 2), c.c. (c.d. “mora ex re”); il danneggiato avrebbe l’onere di provare la colpa (o il dolo) dell’autore della condotta illecita; ai sensi dell’art. 2046 c.c., andrebbe esente da responsabilità il soggetto che, nel momento in cui ha commesso il fatto dannoso, era incapace di intendere e di volere.

Il *tertium genus*, in un’ottica di valorizzazione sostanzialistica e di rilettura costituzionale dell’istituto, forgia un prototipo di responsabilità precontrattuale molto elastico, in grado di attingere dalla disciplina dei modelli aquiliano e contrattuale, per consentire una più efficace ed armonica composizione del conflitto di interessi emergenti dal caso concreto, dal quale, considerate le variegate manifestazioni del reale, ciascuna dotata di proprie specificità, potrebbe risultare sconveniente, da un punto di vista di giustizia sostanziale, una rigida riconduzione allo schema aquiliano o a quello dell’art. 1218 c.c.⁴¹.

La natura contrattuale della responsabilità ex art. 1337 c.c. fonda sul rilievo che l’instaurazione delle trattative, farebbe sorgere tra i soggetti interessati un rapporto obbligatorio di buona fede, che si sostanzia in obblighi puntuali (ad esempio di informazione, custodia e segreto), riferibili alla categoria di fonti delle obbligazioni individuate dall’art. 1173 c.c.

Fermo il rilievo che l’art. 1174 c.c. modella il rapporto obbligatorio sulla prestazione, funzionale al soddisfacimento di un interesse, anche non patrimoniale del creditore⁴², assente nel “contatto sociale qualificato”⁴³, la possibile riconducibilità della responsabilità precontrattuale nell’ambito dell’art. 2043 c.c. consente che l’obbligo di buona fede e correttezza sia qualificabile in termini di generico dovere diretto a tutti i consociati e funzionale alla

⁴¹ A fondamento della conclusione può invocarsi il principio di effettività della tutela ricavabile dall’art. 24 Cost., il quale disegna un intimo legame tra i rimedi e gli interessi coinvolti in una data fattispecie concreta, imponendo all’interprete di calibrare i primi sui secondi. Sul punto sia consentito richiamare le riflessioni, collocate entro un orizzonte di più ampio respiro, contenute in: G. VILLANACCI, *Al tempo del neoformalismo giuridico*, Giappichelli, 2016, p. 23 per cui: “(...) l’interesse è la ragione che muove l’individuo ed al contempo il fondamento della situazione giuridica che l’ordinamento intende tutelare, la cui consistenza non può essere determinata in astratto entro rigide pareti normative, ma di volta in volta accertata tenendo conto delle circostanze che delineano la fattispecie concreta”.

⁴² In chiave critica dell’orientamento in esame, V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 177.

⁴³ A tale riguardo si è soliti affermare che dal “contatto sociale qualificato” deriverebbero meri obblighi di protezione, riducibili a rapporti obbligatori senza prestazione. L’assunto è criticabile sotto un duplice profilo: innanzitutto a livello normativo, posto che l’art. 1174 c.c., individuando nella prestazione un elemento essenziale dell’obbligazione, impedisce di ricondurre ad essa, già di per sé solo considerato, anche gli obblighi di protezione; poi a livello dogmatico, ove si consideri che l’impossibilità di domandare l’adempimento o di agire per l’esecuzione forzata degli obblighi di protezione evidenzerebbe la mancanza in questi ultimi del binomio debito e responsabilità (*schuld und haftung*), che invece connota, secondo una tradizione risalente agli studi della pandettistica tedesca, il rapporto obbligatorio.



tutela dell'altrui libertà negoziale⁴⁴. Una prospettiva dalla quale, non potendosi individuare nella violazione dell'obbligo ex art. 1337 c.c. l'inadempimento di un rapporto obbligatorio in senso tecnico, che postula la determinatezza o, quantomeno, la determinabilità dei soggetti tra cui esso intercorre e la sostanza individuale dell'interesse che è diretto a soddisfare (ex art. 1174 c.c.), esclude che la responsabilità precontrattuale potrebbe avere natura aquiliana poiché riduce il vincolo di buona fede a *species* dell'astratto dovere di "*neminem laedere*" di cui all'art. 2043 c.c.⁴⁵

5. Invalidità o di inefficacia del contratto e l'includibilità della loro comunicazione.

⁴⁴ In tal senso C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., p. 155.

⁴⁵ La natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale ha avuto ampio riconoscimento in giurisprudenza. Si v.: Cass. civ. n. 6587/2017 secondo cui: "la responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione delle regole di condotta posta dall'art. 1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del contratto, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale"; Cass. civ. n. 5762/2016 per la quale la lesione della libertà negoziale per violazione della buona fede nelle trattative dà luogo all' "azione di risarcimento danni ex art. 2043 c.c."; Cass. civ. n. 16735/2011 per cui: "La responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta, posta dall'art. 1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova. Ne consegue che, qualora gli estremi del comportamento illecito siano integrati dal recesso ingiustificato di una parte, grava non su chi recede la prova che il proprio comportamento corrisponde ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che il recesso esula dai limiti della buona fede e correttezza postulati dalla norma "de qua"; Cass. civ. S.U., 26 giugno 2007, n. 14712 per la quale: "è opinione oramai quasi unanimemente condivisa dagli studiosi quella secondo cui la responsabilità nella quale incorre il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta (1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto (...) ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente quale ne sia la fonte"; Cass. civ. n. 13164/2005: "La responsabilità precontrattuale per violazione dell'art. 1337 cod. civ., costituente una forma di responsabilità extracontrattuale, che si collega alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter formativo dell'accordo, presuppone che tra le parti siano intercorse trattative per la conclusione di un contratto. Ciò conduce ad escludere la configurabilità della responsabilità precontrattuale in relazione ad un procedimento cui si riferisce l'art. 1337 c.c., ma soltanto quella di partecipanti alla gara, cui è riconnesso l'interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta da parte dell'amministrazione stessa, senza che possa configurarsi quella relazione specifica tra soggetti consistente nello svolgimento delle trattative, che nella norma del codice costituisce il presupposto dell'obbligo di comportamento secondo buona fede, valido anche per l'autorità amministrativa".

L'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza nel corso delle trattative si specifica⁴⁶, e in passato si esauriva, nel dovere posto dall'art. 1338 c.c., il quale commina la sanzione del risarcimento del danno alla parte "*che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra*", la quale abbia confidato, senza sua colpa, nella sua validità.

La responsabilità grava sia su colui che appresa l'esistenza di una causa di invalidità, abbia taciuto e stipulato comunque il contratto, sia a carico della parte, che pur di fatto inconsapevole, avrebbe dovuto conoscerla⁴⁷.

L'applicazione del rimedio contemplato dall'art. 1338 c.c. postula, inoltre, che la parte lesa abbia confidato nella validità del contratto "senza sua colpa", onde il danno che abbia patito non è risarcibile se conosceva, o avrebbe dovuto conoscere, l'esistenza della causa di invalidità del contratto⁴⁸.

⁴⁶ Hanno inteso la norma in esame come specificazione dell'art. 1337 c.c.: G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm.*, Torino, 1958, pp. 79 ss.; F. BENATTI, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. giur. Treccani*, 3; P. RESCIGNO, voce *Contratto in generale*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1989, 25; C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., p. 140; in *giur.* Cass. civ. n. 16508/2004. In senso critico, invece, L. BIGLIAZZI GERI, *Contributi ad una teoria dell'interesse legittimo di diritto privato*, Milano, 1967, p. 258.

⁴⁷ In quest'ultima ipotesi la responsabilità fonda su un comportamento colposo, consistente nell'omessa verifica dell'esistenza di cause di invalidità da parte del soggetto che avrebbe dovuto effettuare il controllo secondo il canone di ordinaria diligenza. A ciò si aggiunga che si ritiene generalmente che la locuzione "causa di invalidità" ricomprenda anche l'inefficacia in senso stretto. Così C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., p. 141 per il quale: "Il riferimento del codice alle cause d'invalidità concerne i casi di nullità e annullabilità del contratto, ma dev'essere interpretato estensivamente con riguardo ai casi di inefficacia del contratto. Il rappresentante, ad es., è responsabile nei confronti del terzo se non dà notizia delle limitazioni del suo potere rappresentativo"; V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 175 secondo cui: "(...) al di là della lettera della norma [n.d.r. ossia dell'art. 1338], la sua ratio induce a riferirla, oltre che al *contratto invalido*, anche al *contratto inefficace*. La troviamo infatti puntualmente trasposta nell'art. 1398, con riguardo alla conclusione di un contratto che, per essere concluso con un *falso rappresentante*, è affetto non da invalidità ma da inefficacia".

⁴⁸ La giurisprudenza ha interpretato il requisito in modo rigoroso, escludendo a priori la responsabilità precontrattuale ex art. 1338 c.c., ogni qualvolta il contratto sia inficiato da una causa di invalidità prevista direttamente dalla legge. Per una parte della dottrina, tale orientamento andrebbe rimeditato, quanto meno con riferimento a quelle ipotesi in cui la conoscenza della legge richieda una specifica competenza tecnica propria di una sola delle parti, ovvero si tratti di diritto straniero. Sul punto, si vedano in giurisprudenza Cass. civ. n. 6337/1998: "se la causa di invalidità del negozio deriva da una norma imperativa o proibitiva di legge, o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali – cioè – da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e – comunque – tali che la loro ignoranza bene avrebbe potuto o dovuto



Evidentemente inapplicabile risulta essere la disposizione di cui all'art. 1338 all'incapace legale svincolato dall'obbligo di avvertire l'altro contraente il quale, per converso, è onerato dello stato di capacità legale del primo⁴⁹.

5.1. La correlazione dell'abuso del diritto con il recesso ingiustificato delle trattative.

Altro fondamentale campo di applicazione della responsabilità precontrattuale, direttamente legato alla clausola di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., è quello del recesso ingiustificato dalle trattative, che ricorre quando “*il contraente recede senza una valida giustificazione da trattative condotte fino al punto da indurre l'altra parte a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto*”⁵⁰.

L'impiego del termine “recesso” è senza dubbio metaforico, essendo il medesimo propriamente utilizzato nel Codice civile per indicare il potere, convenzionalmente attribuito ad una o ad entrambe le parti, di svincolarsi unilateralmente da un rapporto contrattuale, prima che lo stesso abbia avuto esecuzione.

Dalle considerazioni testé riferite, è possibile cogliere i cardini sui quali è imperniata l'ipotesi di responsabilità in parola: da un lato, il ragionevole affidamento di una delle parti nella conclusione del contratto e dall'altro l'assenza di una valida giustificazione di abbandono della relazione precontrattuale intrapresa. Presupposto indefettibile è, dunque, l'affidamento, il quale scandisce l'accesso del rapporto precontrattuale nello spazio del giuridicamente rilevante, mentre l'inopinabilità del disimpegno consente di destinare lo stesso nell'area dell'illecito,

essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa contrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia omissso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse”; Cass. civ. n. 5240/1979. Per la valutazione critica di questo orientamento, cui sopra si è fatto cenno, si v. G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, CEDAM, 1972, p. 265. La dottrina tende, peraltro, a negare che l'ignoranza della legge integri senz'altro una colpa del soggetto. Si v., tra gli altri, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale (Comm.)*, Bologna, 1970, p. 222. Si veda, altresì, T. Roma 14 maggio 1980, in *Tem rom.*, 1980, 531.

⁴⁹ Così C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., p. 150: “La questione se l'incapace possa incorrere in responsabilità precontrattuale trova soluzione negativa in tutti i casi in cui il contratto è annullato per la sua incapacità. L'invalidità del contratto è infatti prevista a preminente tutela dell'incapace e il pregiudizio derivante da tale invalidità è quindi un rischio a carico del contraente capace, il quale ha l'onere di accertarsi dello stato di capacità legale della controparte già al momento di iniziare le trattative”.

⁵⁰ La definizione è tratta da C.M. BIANCA, *Il contratto* cit., p. 145.

con conseguente operatività dell'art. 1337 c.c., o in quella del lecito, rispetto alla quale, ove l'abbandono delle trattative si sia estrinsecato nella revoca della proposta, vale l'obbligo di indennizzo posto dall'art. 1328 c.c.⁵¹

Il dovere costituzionale di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), che illumina la relazione precontrattuale per il tramite della clausola di buona fede oggettiva, impone di elevare a generale quest'ultima regola particolare per renderla applicabile a tutte le ipotesi di avvenuta maturazione, in uno dei contraenti, di un ragionevole affidamento nel positivo esito della trattativa. A partire dalle circostanze concrete si deve, altresì, apprezzare la sussistenza di una “valida giustificazione” del recesso, per il quale oltre al principio di buona fede, viene in rilievo il precetto di ordinaria diligenza (art. 1176 c.c.), cui le parti devono conformarsi per non pregiudicare l'altrui libertà negoziale⁵².

È indubbio che la valida giustificazione, oltre ad essere supportata dalla sussistenza di un interesse ragionevolmente apprezzabile ai fini dell'abbandono, non risulti essere un rimedio sproporzionato.

⁵¹ L'art. 1328 c.c., che consente la revoca della proposta e dell'accettazione, è rilevante sotto un duplice profilo: in primo luogo, perché mostra che l'ordinamento non tutela l'interesse delle parti alla conclusione del contratto; in secondo luogo, perché riconosce all'accettante, che abbia intrapreso in buona fede l'esecuzione del contratto prima di avere notizia della revoca dell'accettazione, il diritto di ottenere l'indennizzo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto. L'esercizio della facoltà di revoca della proposta costituisce, dunque, esercizio di un atto lecito dannoso.

⁵² Sulla differenziazione funzionale tra buona fede oggettiva e diligenza si v. G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva* cit., pp. 37-39: “È (...) opportuno evidenziare come i due principi, sul piano funzionale, appaiano idonei ad evocare un modello di condotta, costituendo parametri per valutare la responsabilità di chi dallo stesso si discosta. In particolare, la diligenza, quale norma elastica, nonostante alcune affinità, si distingue nettamente dalla buona fede in quanto riassume una pluralità di modelli comportamentali definiti da altre norme e, dunque, presuppone come determinato il precetto che deve essere adempiuto. Diversamente opinando, si cadrebbe nella contraddizione di identificare una regola di condotta con la medesima dedotta in obbligazione. L'obbligo di buona fede vieta, pertanto, un comportamento sleale e impone di salvaguardare l'utilità di quello di controparte, ma non richiede un impegno elevato fino alla soglia dello sforzo diligente, elemento intrinseco alla prestazione contrattuale principale, che si concretizza sinanche nell'attenzione necessaria affinché la prestazione non risulti falsata sotto il profilo economico. L'art. 1176 c.c. nel configurare l'esatto adempimento, per la realizzazione della pretesa creditoria, connota la diligenza come parametro per misurare l'obbligo cui il soggetto è tenuto e la buona fede, regola di condotta che impone alla parte di tenere in considerazione le ragioni dell'altra salvaguardandone anche gli interessi non specificamente menzionati nel titolo”.

Sul punto possono valere talune riflessioni relative al differente, ma contiguo ambito dell'abuso del diritto ispirate ai canoni di ragionevolezza i quali esigono, in un rapporto conflittuale, di valutare la proporzionalità dei mezzi usati. Nella specie per quanto riguarda l'esercizio del diritto di recesso⁵³.

Senza altro contraria a buona fede, la condotta di colui che inizia a trattare pur non avendo alcuna intenzione di concludere il contratto. Un comportamento siffatto può essere mosso dall'interesse ad ottenere informazioni concernenti la controparte, o più semplicemente, al fine di recare pregiudizio a quest'ultima.

Quanto all'onere della prova, il danneggiato dovrà limitarsi a dimostrare, oltre al pregiudizio subito, che l'interruzione delle trattative ha leso un affidamento ragionevole nella conclusione del contratto.

5.2. I vizi non invalidanti e il loro labirintico percorso.

La patologia del consenso è tradizionalmente eretta su due pilastri, l'uno rappresentato dalla disciplina dei vizi dell'errore, del dolo e della violenza, e l'altro costituito dal rimedio dell'annullabilità⁵⁴. Con il riassetto dell'istituto contrattuale, fondato su una negoziazione non più solo tra eguali ma anche tra soggetti ontologicamente dotati di impari forza convenzionale, la materia è stata interessata da un'importante evoluzione, soprattutto sulla scorta di legislazioni di matrice sovranazionale (come, ad es., il Codice del consumo). L'innovativo paradigma verso cui l'ordinamento tende è quello del potenziamento degli strumenti di presidio già esistenti, per scongiurare il rischio della formazione di contratti *ab origine* squilibrati in favore dell'operatore professionale.

L'esigenza poc'anzi tratteggiata è divenuta così stringente da indurre gli interpreti a ritagliare spazi di tutela crescenti, anche al di là del tracciato normativo sovente dimostratosi ricco di strettoie e veicolo di una protezione inadeguata del contraente debole.

Orbene, in questa prospettiva, si è riconosciuto non solo che alla parte la cui volontà sia viziata da

errore, dolo, violenza, stato di necessità o bisogno, l'alternativa tra demolizione del contratto e rifusione del danno, bensì a prefigurare un presidio di tipo risarcitorio, imperniato sull'art. 1337 c.c., quando il contegno di uno dei contraenti, perpetrato in violazione della buona fede, non è riconducibile alle norme sui vizi del consenso o sulla rescissione⁵⁵. Verso questa soluzione ermeneutica si è mostrata favorevole anche la giurisprudenza di legittimità, che ha ribadito l'ammissibilità di un'azione risarcitoria in presenza di un contratto valido, al fine di tutelare la parte che abbia subito l'altrui comportamento scorretto⁵⁶.

Tuttavia è evidente che l'allontanamento dallo steccato normativo andrebbe ad incidere negativamente sulla stabilità delle negoziazioni, essendo disagevole l'individuazione delle concrete condizioni sufficienti del rimedio. Né, in senso positivo, varrebbe stabilire un limite di riferimento sulla base dell'entità del pregiudizio, trattandosi di soglia eccessivamente vaga e legislativamente non supportata così che potrebbe finire per normalizzare un inaccettabile governo giudiziario sull'equilibrio del contratto, a partire dall'art. 1337 c.c.⁵⁷. D'altro canto la

⁵⁵ Così M. MANTOVANI, voce *Vizi del consenso*, in *Enc. dir.*, "I tematici – il contratto", Milano, 2021, p. 1198.

⁵⁶ Il riferimento è a Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725 ed ai relativi commenti tra cui, tra i tanti: A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 107 ss.; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Cont.*, 2008, 393 ss.; U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*, in *N. giur. civ.*, 2008, I, p. 445 ss.; E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro it.*, I, 2008, p. 784 ss.; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1 ss.; U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto aquis*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 59 ss. Si v., inoltre, C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 599 ss. L'esperibilità di un'azione risarcitoria per la violazione di una regola di buona fede nelle trattative, che dia luogo ad un assetto contrattuale svantaggioso per la parte che abbia subito le conseguenze della condotta contraria a buona fede è ribadita da Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, I, 2009, p. 440, con nota di E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, nonché in *N. giur. civ.*, 2009, I, p. 205 ss., con nota di M. CONFORTI, *Responsabilità precontrattuale e dovere di informazione*. Non mancano, tuttavia, pronunce discordanti della Suprema Corte, tornate a sostenere la tesi della non esperibilità del rimedio della responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto validamente concluso: così Cass. civ., 25 luglio 2006, n. 16937, in *Contr.*, 2007, p. 550 ss. e Cass. civ., 5 febbraio 2007, n. 2479.

⁵⁷ In tale direzione, G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto* diretto da V. ROPPO, V. I Rime-

⁵³ Sul rilievo dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità nell'ambito dei rapporti privatistici sia consentito rinviare a G. VILLANACCI, *La ragionevolezza nella proporzionalità del diritto*, Torino, 2020.

⁵⁴ Si v. C. SCOGNAMIGLIO, voce *Vizi del consenso*, in *Enc. dir.*, vol. "I tematici – il contratto", Milano, 2021, p. 1197; A. GENTILI e V. CINTIO, *I nuovi "vizi del consenso"*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 149.





disposizione codicistica ha conferito rilievo al vizio incidente solo con riguardo al dolo (art. 1440 c.c.), di talché la categoria sarebbe altrove immeritevole di considerazione (“*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”)⁵⁸, e ciò anche con riferimento alla disciplina degli altri vizi del consenso (errore, violenza) e della rescissione, la cui operatività è contenuta entro rigorosi presupposti⁵⁹.

Nondimeno queste osservazioni, che senza dubbio colgono alcune criticità della teoria dei vizi incompleti, possono essere superate, sul presupposto che un rimedio risarcitorio per responsabilità che ricadano nella fase precontrattuale, non si pone di per sé in contrasto con esigenze di stabilità e certezza dei traffici, venendo in considerazione la logica del rapporto e non quella della fattispecie⁶⁰.

Inoltre, il timore che dall'accoglimento di siffatta impostazione discenda un indefinito controllo sull'equilibrio contrattuale da parte del giudice, si scontra con la circostanza che, in questo caso, vi sarebbe la revisione di un assetto di interessi adulterato dall'inosservanza dell'obbligo precontrattuale di informazione⁶¹.

In aggiunta, l'esplicazione della regola di buona fede nei termini indicati, sarebbe conforme all'orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte⁶² in materia di responsabilità precontrattuale, il quale che ha individuato in quest'ultima un criterio di controllo del contegno tenuto dalle parti durante le trattative, riconoscendogli al contempo, natura di *tertium genus*, fonte di un rapporto giuridico peculiare, dotato però dei crismi indicati negli artt.

1173 ss. c.c.⁶³. Ridotta l'operatività della buona fede precontrattuale allo schema obbligatorio, la tutela risarcitoria nei confronti del contraente che non si sia astenuto da comportamenti sleali, costituisce un mero precipitato logico.

6. Il riqualificato interesse della buona fede nei rapporti della Pubblica Amministrazione.

Tradizionalmente, si escludeva la possibilità che una condotta pubblica potesse soggiacere al principio della buona fede, sancito dall'art. 1337 c.c., cosicché la tipologia di interesse che l'azione dell'Amministrazione perseguiva, nonché la sua connotazione in termini di discrezionalità e la presunzione di correttezza che la accompagnava conduceva a rifiutare la configurabilità, a carico del soggetto pubblico, di una responsabilità precontrattuale.

In seguito è intervenuto un graduale mutamento di opinione che ha dato luogo alla possibilità che un soggetto pubblico, sia pure nel perseguimento di un interesse generale, potesse agire secondo le norme del diritto privato, con conseguente esposizione al risarcimento dei danni ex art. 1337 c.c. Il supporto all'innovativo percorso interpretativo è rappresentato dal fatto che il procedimento ad evidenza pubblica è dotato di una doppia natura, quella pubblicistica che culmina con la scelta del contraente, e quella privatistica, caratterizzata dalla stipulazione del contratto, che tuttavia devono essere letti in un rapporto di successione logica, nel quale ogni elemento costituisce il naturale portato del precedente. Ogni singolo provvedimento è dotato della forza necessaria a generare un legittimo affidamento nel terzo contraente, pertanto nello svolgimento dell'attività volta alla ricerca e alla scelta del contraente, l'amministrazione è tenuta a rispettare le regole dettate dall'interesse pubblico e quelle di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. A nulla rileva che la scorrettezza si sia verificata prima o dopo l'aggiudicazione, poiché la matrice costituzionale del dovere di buona fede, che si incunea nel dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., impone una lettura unitaria della procedura ad evidenza pubblica⁶⁴.

di-2 a cura di V. ROPPO, Giuffrè, 2006, p. 1013 ss., nonché, in precedenza, ID., “*Regole di validità*” e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 245 ss.; ID., Buona fede in contrahendo, in Riv. dir. priv., 2003, p. 351 ss., e, più di recente, ID., Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (l'isola che non c'è), in Giust. civ., 2014, p. 197 ss.

⁵⁸ Un'ulteriore conferma dell'assunto si trae dalla Relazione al Codice civile per la quale: “*ciò che fuoriesce dai mezzi di impugnazione non è necessariamente un vuoto normativo che “deve” essere colmato attraverso un rimedio aquiliano concepito come “cerotto universale” di qualsiasi insoddisfazione equitativa*”.

⁵⁹ C.f. M. BARCELLONA, Trattato della responsabilità civile, Torino, 2011, p. 487 ss., nonché ID., Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale, in *Judicium*, www.judicium.it, 14 febbraio 2011.

⁶⁰ In tal senso E. SCODITTI, Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido, cit., p. 441 ss. per cui: “la responsabilità precontrattuale esprime la logica funzionale del rapporto e non può integrare, in funzione di norma di chiusura, il sistema delle invalidità negoziali, che esprime invece la logica strutturale della fattispecie”.

⁶¹ M. MANTOVANI, Vizi del consenso cit., p. 1201.

⁶² Cass. civ., 21 novembre 2011, n. 24438.

⁶³ Cass. civ., 20 dicembre 2011, n. 27648. Sulla natura della responsabilità precontrattuale quale responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente si v. Cass. 12 luglio 2016, n. 14188.

⁶⁴ A tale riguardo, occorre precisare che la dottrina distingue tra: le ipotesi di *culpa in contrahendo* “pura” della P.A. - ricondotta dalla più recente giurisprudenza alla responsabilità contrattuale da contatto sociale - in cui il soggetto pubblico non

La ormai ferma convinzione che in materia di contratti pubblici si è in presenza di una formazione necessariamente progressiva del contratto, secondo lo schema dell'offerta al pubblico, dove si registra un primo contatto con una pluralità di possibili contraenti, esclude possa scindersi il momento di sviluppo negoziale e limitare l'applicazione delle regole di responsabilità precontrattuale alla fase in cui il contatto sociale viene qualificato con l'aggiudicazione del contratto. Pertanto anche la condotta anteriore a tale momento temporale deve sottostare alle disposizioni di cui all'art. 1337 c.c.

Ne deriva che, se durante la fase formativa del contratto la P.A. viola il dovere di lealtà e correttezza ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l'affidamento della controparte, ne dovrà rispondere per responsabilità precontrattuale.

L'ampliamento dell'operatività della responsabilità precontrattuale della P.A., hanno ricevuto un autorevole avallo dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 4 maggio 2018, n. 5 il quale ha valorizzato il fondamento costituzionale ex art. 2 Cost. dei doveri di buona fede e correttezza, giungendo ad affermarne l'operatività ben oltre la sfera meramente contrattuale, in tutte le ipotesi in cui "(...) tra i consociati si instaurano momenti relazioni socialmente o giuridicamente qualificati, tali da generare, unilateralmente o, talvolta, anche re-

adotta provvedimenti illegittimi, ma tiene comportamenti illeciti contrari agli artt. 1337 e 1338 c.c. E le ipotesi di responsabilità precontrattuale spuria, discendente dalla adozione di provvedimenti illegittimi nel corso della procedura ad evidenza pubblica. In tale secondo caso, il privato che deduce la responsabilità da provvedimento illegittimo precontrattuale della P.A. non intende far valere la violazione del principio di buona fede oggettiva ex art. 1337 c.c., bensì il pregiudizio che un provvedimento amministrativo illegittimo arreca all'interesse legittimo pretensivo al conseguimento del bene della vita, rappresentato dall'aggiudicazione, o meglio, dalla stipulazione del contratto e del relativo utile. Non sarebbe, pertanto, configurabile una responsabilità precontrattuale in senso ontologico, quanto piuttosto in senso cronologico e ciò in quanto la responsabilità della P.A. precede la stipula del contratto. Tra le ipotesi di *culpa in contrahendo* da "mero comportamento" della P.A. è frequente il caso in cui l'Amministrazione aggiudicatrice adotti un provvedimento legittimo di secondo grado, determinante la sopravvenuta inefficacia o eliminazione degli atti di gara: l'esercizio del potere di autotutela, infatti, deve conciliarsi con la tutela dell'affidamento ingenerato nei concorrenti privati in ordine, a seconda che si accolga la tesi restrittiva o estensiva del concetto di legittimo affidamento, alla conclusione del contratto ovvero all'osservanza delle regole di correttezza e buona fede. Ne consegue che la configurabilità della responsabilità precontrattuale della P.A. per violazione dei principi di correttezza e buona fede, alla cui osservanza la stessa è tenuta nella fase pubblicistica dell'evidenza pubblica, non è preclusa dal legittimo esercizio del potere di autotutela perché la legittimità del provvedimento non esclude l'applicazione dell'art. 1337 c.c.

ciprocamente, ragionevoli affidamenti sull'altrui condotta corretta e protettiva"⁶⁵.

In definitiva il procedimento ad evidenza pubblica è un "unicum" all'interno del quale gli obblighi di buona fede e correttezza presiedono anche alla fase iniziale, quella pubblicistica, nella quale la P.A. non ha ancora abbandonato la veste di autorità in luogo di quella di contraente poiché il vincolo solidaristico imposto dalla Carta fondamentale richiede l'adempimento dei citati obblighi, al fine di impedire la verificazione di un danno nella sfera giuridica del concorrente.

⁶⁵ I principi di diritto enunciati dall'A.P. richiamata sono i seguenti: "1. Nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza. 2. Nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono anche prima e a prescindere dall'aggiudicazione, in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento. 3. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione può derivare non solo da comportamenti anteriori al bando, ma anche da qualsiasi comportamento successivo che risulti contrario, all'esito di una verifica da condurre necessariamente in concreto, ai doveri di correttezza e buona fede.

4. Affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione".

