

# DIRITTO E PROCESSO

DERECHO Y PROCESO - RIGHT & REMEDIES

Annuario giuridico della – Law Yearbook of the  
Università degli Studi di Perugia

International Annual Review in collaboration with  
Tecnológico de Monterrey (Campus de Ciudad de México) &  
Escuela Libre de Derecho (México)

*Editor in Chief*  
Antonio Palazzo - Università di Perugia

*Co-Editor in Chief*  
Mario I. Álvarez Ledesma - Tecnológico de Monterrey

FRANCESCO SCAGLIONE (\*)

## CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEL CONTRATTO PREGIUDIZIEVOLE

**ABSTRACT:** The paper aims to describe the discipline of equity and good faith in the Italian legal system, examining the most critical aspects of Law of Contracts. The essay examines then one of the objectives underlying the law of contract on an economic view, that is to curtail opportunism.

SOMMARIO: 1. Asimmetria e inefficienza economica del contratto. — 2. Asimmetrie informative e libertà negoziale. — 3. Responsabilità risarcitoria e riequilibrio del rapporto. — 4. Rilievo causale della culpa in contrahendo. — 5. Principio di flessibilità dei rimedi demolitori. — 6. Contratti del consumatore. — 7. Contratti ad offerta monopolistica.

### 1. — *Asimmetria e inefficienza economica del contratto.*

È un dato incontroverso, sin dalle raffinate elaborazioni dei *doctores medievales*, che il contratto di scambio debba essere equo <sup>(1)</sup>.

Nell'ordinamento italiano è innanzitutto il principio costituzionale di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2 Cost.) a richiedere l'equità del contratto, inteso quale strumento elettivo di partecipazione dei privati all'organizzazione economica e sociale del Paese <sup>(2)</sup>.

---

(\*) Università degli Studi di Perugia. Progetto “IR&RI - Individual Rights and Regional Integration”; Progetto Jean Monnet Modules 2013/2016 “Euplaw - Europeanization through Private Law Instruments”.

<sup>(1)</sup> Ad esempio, Isidoro di Siviglia (vissuto fra il VI e il VII secolo), Giovanni di Salisbury († 1180) e Tommaso d'Aquino († 1274), sui quali v. A. PALAZZO, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, I, p. 41 ss. V. altresì, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*<sup>6</sup>, Roma-Bari, 2000, p. 175 ss.; A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, p. 362 ss., spec. p. 266 ss.

<sup>(2)</sup> Cfr. E. NAVARRETTA, *Principio di eguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 547 ss.

Il concetto di eguaglianza o parità giuridica sostanziale tra le parti non significa però parità economica, ma ha come primo obiettivo la rimozione, ad opera del giudice, dei possibili effetti distorsivi della libertà contrattuale causati dalla disparità di potere economico tra i soggetti del nascente rapporto<sup>(3)</sup>.

Secondariamente, il principio di parità sostanziale impone di mantenere inalterato, nella fase esecutiva del rapporto, l'equilibrio contrattuale divisato originariamente dalle parti.

In entrambi i casi, è la clausola di buona fede oggettiva o correttezza (artt. 1337 e 1375 c.c.) lo strumento giuridico che consente al giudice di assicurare a ciascun contraente la prerogativa – costituzionalmente garantita – di determinare liberamente la propria volontà negoziale e di realizzarla con la collaborazione dovuta dall'altro, sulla base del programma pattuito<sup>(4)</sup>.

Del resto, nella nozione di accordo ed in quella di causa (concreta) del contratto è già insita l'idea fondamentale dell'equilibrio degli interessi economici delle parti, che trovano componimento proprio perché da esse condivisi, e assurgono al rango di diritti soggettivi solo in quanto siano ritenuti leciti e meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (cfr. artt. 1322 e 1343 c.c.).

Sotto questo profilo, il contratto equo è anche un contratto efficiente, perché realizza la migliore allocazione delle risorse patrimoniali dei contraenti, garantendo la massima soddisfazione dei bisogni di entrambi.

Questa vocazione efficientistica del contratto è in linea con i principi della scienza economica, secondo cui, in regime di concorrenza perfetta, lo scambio ha come conseguenza il miglioramento delle condizioni di entrambe le parti<sup>(5)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Cfr. E. DEL PRATO, *I principi nell'esperienza civilistica: una panoramica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 2014, p. 269. La distinzione tra parità giuridica e parità economica è già presente in F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3ª ed. (rist.), Milano, 1952, p. 33; ID., *Contratto*, Milano, 1961, pp. 24-25; ID., *Il contratto in genere*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo, vol. XXI, t. I, Milano, 1973 (rist.), p. 47 ss.

<sup>(4)</sup> Cfr. G. VILLANACCI, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013, p. 84 ss.

<sup>(5)</sup> Cfr. A. CHIANCONE, D. PORRINI, *Lezioni di analisi economica del diritto*, 3ª ed., Torino, 1998, p. 57 ss.; S. SHAVELL, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, Torino, 2005, p. 271 ss.; D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, 2004,

In particolare, un contratto è detto mutualmente vantaggioso o *Pareto efficiente* quando esso non può essere modificato in modo da aumentare l'utilità attesa da ciascuna delle parti<sup>(6)</sup>.

Ciò è dovuto principalmente al fatto che i contraenti, in un mercato perfettamente concorrenziale, sono in grado di valutare in modo ottimale i rischi derivanti dal rapporto obbligatorio che intendono costituire, in modo da considerare conveniente la conclusione dell'affare a date condizioni.

In questa prospettiva, quindi, la perfetta informazione di ciascun contraente sulla natura e sulle conseguenze della sua scelta è fondamentale per la massimizzazione del profitto che egli può trarre dall'operazione economica.

---

p. 275 ss; F. CAROCCIA, R. PARDOLESI, *Analisi economica del diritto: "the Italian job"*, in *Foro it.*, 2014, V, c. 193 ss., spec. c. 205 ss.

<sup>(6)</sup> S. SHAVELL, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, cit., p. 273. Cfr. V. PARETO, *Manuale di economia politica, con una Introduzione alla scienza sociale*, Milano, 1906, p. 357, secondo cui una situazione è efficiente quando non è possibile migliorare la condizione di qualcuno nel sistema senza peggiorare quella di qualcun altro (ottimo paretiano). Il fallimento del criterio di Pareto è stato però evidenziato da chi, come Guido Calabresi, ha improntato le sue analisi al bilanciamento dei valori dell'efficienza del mercato con l'attenzione a considerazioni di equità e giustizia distributiva della ricchezza, giustificative dell'intervento statale nell'economia: in questi termini, circa l'influenza di Calabresi nell'analisi economica del diritto, v. F. Mengaroni, *Analisi economica del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, *ad vocem*, p. 5; analogamente, v. già R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. I, Torino, 1987, p. 313 ss. Cfr., al riguardo, G. CALABRESI, *L'inutilità di Pareto: un tentativo di andare oltre Coase*, in AA.VV., *Analisi economica del diritto privato* a cura di G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani, Milano, 1998, p. 16 ss., spec. p. 28 (il saggio è stato originariamente pubblicato con il titolo *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, in *Yale Law Journal*, C, 1991, pp. 1211-1237), ove l'Autore si avvale del c.d. *test* di Kaldor-Hicks, che definisce uno spostamento efficiente «tutte le volte in cui coloro che traggono un utile guadagnano più di quanto perdono coloro che subiscono un danno, per cui, se i vincitori compensassero i perdenti, otterrebbero comunque un miglioramento della loro posizione rispetto a quella precedente lo spostamento». Sul *test* di Kaldor-Hicks, v. N. KALDOR, *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility*, in *Economic Journal*, II, 1939, p. 549 ss.

Che il criterio dell'ottimo paretiano, adoperato per definire la distribuzione dei beni nel sistema della concorrenza pura, non è invece utilizzabile in un contesto di scelte tragiche (*tragic choices*, riguardanti beni vitali e valori fondamentali), ove emergono i limiti del mercato puro, è stato ribadito da G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, trad. it. a cura di C. M. Mazzone e V. Varano, 2ª ed., Milano, 2006, p. 89 ss.

Un contratto con asimmetria informativa, per la cui conclusione una parte ha avuto a disposizione informazioni maggiori e più complete dell'altra sui punti essenziali dell'accordo, è, pertanto, inefficiente.

Il contratto iniquo e inefficiente è un contratto asimmetrico, perché in esso ciascuna delle parti non ha concorso in modo paritario alla determinazione delle condizioni contrattuali. Esso, inoltre, ha solo l'apparenza di un contratto, perché in realtà non è espressione di autonomia privata <sup>(7)</sup>.

Il contratto asimmetrico è una fattispecie assai frequente nella prassi, poiché i soggetti economici, che sono anche soggetti giuridici, tendono a comportarsi in modo opportunistico, vale a dire perseguono con astuzia finalità egoistiche; essi sono, pertanto, naturalmente propensi a omettere o a falsificare le informazioni di cui sono in possesso <sup>(8)</sup>.

In proposito, è l'economia dell'informazione ad indicare come prevenire i comportamenti opportunistici, attuati sia nella fase precontrattuale (selezione avversa, *adverse selection*) <sup>(9)</sup>, che in quella post-contrattuale (rischio o

---

<sup>(7)</sup> Cfr. A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 555: «La disciplina dell'informazione contrattuale è espressione della teoria economica marginalista su cui si basa la teoria del contratto. Un'informazione adeguata, per quantità e per qualità, è per essa la condizione per il valido esercizio dell'autonomia privata, perché senza un sufficiente intendere non è possibile volere razionalmente; ed è la volontà razionale che il diritto eleva a strumento di rapporti. Occorre dunque che il contraente prima di determinare le proprie scelte e tradurle in regole possa acquisire le informazioni necessarie alla valutazione dell'utilità marginale che dallo scambio ricaverà; è questa infatti nella sua prospettiva la ragione che muove lo scambio, e la ragione che nella prospettiva giuridica ne fonda la rilevanza».

<sup>(8)</sup> Cfr. A. NICITA, V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, Roma, 2005, p. 17 ss.; O. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, 1985 (trad. it. *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Milano, 1986), p. 134, secondo il quale gli agenti opportunisti sono soliti «mentire, imbrogliare, rubare, fuorviare, travisare, offuscare, fingere, distorcere e confondere».

<sup>(9)</sup> Cfr. D. BEGG, G. VERNASCA, S. FISCHER, R. DORNBUSCH, *Microeconomia*, 4ª ed., Milano, 2011, p. 224: «La selezione avversa (o selezione negativa) è un fenomeno che si verifica quando gli agenti utilizzano opportunisticamente, prima della stipulazione di un contratto, il vantaggio informativo di cui dispongono rispetto alla controparte. Coloro che stipulano i contratti risultano perciò clienti di qualità inferiore (ovvero, con una rischiosità superiore) rispetto a quella media della popolazione di riferimento».

Si tratta, ad esempio, della selezione avversa dei clienti di compagnie assicurative per la stipula di contratti di assicurazione sulla propria vita (v. artt. 1882 e 1919 c.c.). Orbene, a causa

azzardo morale, *moral hazard*)<sup>(10)</sup>.

I costi transattivi, cioè quelli necessari per concludere il contratto (costi legati all'assunzione di informazioni, onorari notarili, imposte, etc.), insieme alla carenza di informazioni rilevanti, derivante da reticenze di una parte nei confronti dell'altra, oltre che alla presenza di situazioni di monopolio sul mercato, che impediscono di reperire alternative soddisfacenti sul versante dell'offerta, costituiscono i fattori più incisivi di inefficienza o imperfezione dei contratti<sup>(11)</sup>.

## 2. — *Asimmetrie informative e libertà negoziale.*

Il problema giuridico delle asimmetrie negoziali si traduce nell'esigenza di assicurare la consapevolezza delle scelte dei contraenti in ordine alla costruzione del regolamento contrattuale o all'accettazione di un regolamento predisposto unilateralmente da uno di essi; nei mercati monopolistici esso denota la necessità di assicurare l'equità delle condizioni contrattuali secondo parametri concorrenziali.

---

del comportamento opportunistico degli assicurati, le società di assicurazione non sono in grado, al momento della stipulazione della polizza, di identificare a quale categoria di rischio appartengano i singoli assicurati, ma sanno comunque che l'offerta di polizze il cui prezzo sia basato sui tassi medi di rischio di malattia e di morte attrae tendenzialmente solo le persone ad alto rischio (quelle che, ad esempio, hanno un consumo elevato di alcol e tabacco, che nessuno, peraltro, rivelerebbe prima della stipula del contratto di assicurazione sulla vita). L'art. 1892, 1° comma c.c., si limita a stabilire che «le dichiarazioni inesatte e le reticenze del contraente, relative a circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alla medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose, sono causa di annullamento del contratto quando il contraente ha agito con dolo o colpa grave».

<sup>(10)</sup> Cfr. D. BEGG, G. VERNASCA, S. FISCHER, R. DORNBUSCH, *Microeconomia*, loc. cit.: «Il rischio morale consiste nell'uso opportunistico *post-contrattuale* di informazioni private per scaricare il rischio di un evento sulla parte meno informata di un contratto».

<sup>(11)</sup> Secondo il famoso teorema di Coase in assenza di costi transattivi è possibile raggiungere un'allocazione efficiente delle risorse, tramite la contrattazione fra generatori di esternalità e vittime: cfr. R. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, III, 1960, pp. 1-44 (trad. it., *Il problema del costo sociale*, in R. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995, pp. 199-259).

All'interno della categoria generale delle *asimmetrie negoziali* si distingue un duplice ordine di asimmetrie:

*asimmetrie economiche*, derivanti da situazioni di soggezione economica o morale ovvero di dipendenza economica. Qui l'aggettivo «economiche» non qualifica il risultato effettuale (lo squilibrio economico del contratto), bensì la causa di esso. Trattasi di disparità di forza economica o di soggezione morale nella fase precontrattuale che impedisce la libertà di scelta negoziale;

*asimmetrie informative*, che ostacolano la percezione della realtà fattuale di una delle parti prima della conclusione del contratto.

L'approfittamento di una parte della propria posizione di superiorità economica o della propria forza di persuasione morale oppure il dolo perpetrato ai danni dell'altra integrano comportamenti precontrattuali contrari alla regola di correttezza.

Infatti, sia che si tratti di contratti negoziati individualmente ovvero di contratti per adesione o di massa, tutte le volte in cui l'offerta sia concorrenziale un'asimmetria informativa in ordine alle condizioni ed ai presupposti contrattuali può determinare l'iniquità dello scambio.

Al di fuori dell'ipotesi di abuso di soggezione economica o morale, in presenza di un mercato merceologico e geografico contraddistinto da un certo grado di concorrenzialità, la libertà di determinare i termini dell'accordo in senso più vantaggioso per entrambe le parti dipende essenzialmente dalla esatta conoscenza delle condizioni di offerta praticate sul mercato.

Nel suddetto contesto economico, la libertà contrattuale *positiva* dipende e si traduce, di regola, nella libertà di scelta delle offerte più convenienti per gli interessi dell'oblato.

La disparità di potere contrattuale, pertanto, è data dal diverso grado di informazione delle parti al momento della conclusione del contratto.

Il principio di libertà della concorrenza postula, dal lato della domanda, la consapevolezza della scelta; l'assenza di questa, se collegata alla violazione di un obbligo informativo, indica in maniera inoppugnabile che la formazione del contratto è viziata da un comportamento di una parte contrario alla regola di correttezza.

In questa prospettiva, la responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*,

che è il rimedio tipico per proteggere la libertà negoziale del contraente debole, si incentra sulla garanzia della corretta informazione dell'oblato sui punti essenziali del contratto.

In particolare, nei *contratti negoziati* il dovere di correttezza nelle trattative è profondamente permeato dai *profili di personalizzazione della relazione precontrattuale*, che determinano la rilevanza delle circostanze non soltanto oggettive, ma anche soggettive in ordine alla determinazione del programma contrattuale, e, quindi, l'ampiezza ed il contenuto dei doveri informativi posti a carico delle parti.

In questa ipotesi il nodo cruciale per l'interprete è costituito dalla individuazione delle informazioni che ciascuna parte deve rendere note all'altra affinché essa ponderi adeguatamente i propri interessi e, quindi, la convenienza dell'affare che si sta per concludere<sup>(12)</sup>.

---

<sup>(12)</sup> In argomento, v. P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 641 ss. Non dovrebbe risultare scorretta la mancata rivelazione dei motivi e degli scopi che possono aver indotto un soggetto ad avviare e condurre una trattativa, salvo che «essi non costituiscano la ragione esclusiva o principale che muove la parte a ricercare l'accordo e manifestino in modo palese questa loro natura, o siano stati rivelati alla controparte come tali»: G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 98. Cfr. anche M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 241 ss., ove il riferimento all'obbligo di comunicare le circostanze sulle quali, in relazione alla natura del contratto e alla qualità delle parti, ciascuna di esse si attenda ragionevolmente di essere informata.

In giurisprudenza, v. Cass., 16 aprile 2012, n. 5965, in *Contratti*, 2012, p. 888 ss., con nota di F. VALENTI, *Il dolo omissivo incidente nel prisma della responsabilità precontrattuale*: «In ipotesi di domanda di risarcimento per dolo incidente relativa al danno derivante da un contratto valido ed efficace ma "sconveniente", l'eventuale esistenza dell'inganno nella formazione del consenso non incide sulla possibilità di far valere i diritti sorti dal medesimo contratto, ma comporta soltanto che il contraente, il quale abbia violato l'obbligo di buona fede, è responsabile del danno provocato dal suo comportamento illecito, commisurato al "minor vantaggio" ovvero al "maggior aggravio economico" prodotto dallo stesso. Tuttavia, pur non avendo il contraente diritto di occultare i fatti, la cui conoscenza sia indispensabile alla controparte per una corretta formazione della propria volontà contrattuale, l'obbligo informativo non può essere esteso fino al punto di imporre al medesimo contraente di manifestare i motivi per i quali stipula il contratto, così da consentire all'altra parte di trarre vantaggio non dall'oggetto della trattativa, ma dalle altrui motivazioni e risorse». (Nella specie, la circostanza taciuta riguardava il fatto che sul terreno, venduto come destinato a verde ed a parcheggi, sarebbe stata trasferita



In proposito, alcuni importanti studi di analisi economica del diritto condotti dalla dottrina statunitense sul *duty to disclose*<sup>(13)</sup> hanno messo in evidenza la differenza fondamentale tra informazioni acquisite deliberatamente, per le quali il possessore di esse ha sostenuto dei costi, e informazioni acquisite casualmente, senza sostenere alcun costo per l'ottenimento di esse<sup>(14)</sup>.

Ora, se si ha riguardo agli investimenti specifici sostenuti da una parte per acquisire delle informazioni rilevanti, si dovrebbe concludere che una norma che imponesse in relazione ad esse (nei contratti soggetti a trattativa) uno specifico obbligo informativo, la cui violazione fosse sanzionata, ad esempio, con l'annullamento (o la nullità) del contratto, inciderebbe notevolmente sulla ripartizione dei rischi e dei costi connessi all'operazione economica e, quindi, sull'efficienza allocativa, disincentivando il contraente più informato dal compiere indagini sull'oggetto del contratto *in fieri*<sup>(15)</sup>.

### 3. — *Responsabilità risarcitoria e riequilibrio del rapporto.*

Si è ricordato come l'osservanza della regola di correttezza nella formazione del contratto, posta dall'art. 1337 c.c., previene la conclusione di contratti iniqui, tutelando l'autonomia contrattuale quale cardine del sistema economico di mercato.

---

l'edificabilità da altri immobili di proprietà dell'acquirente, con conseguente incremento del valore del suolo). V. anche Cass., 26 aprile 2012, n. 6526, in *leggiditalia.it*.

<sup>(13)</sup> Cfr. A.T. KRONMAN, *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contract*, 7, *Journal of Legal Studies*, p. 35 ss. (1979), trad. it. *Errore e informazione nell'analisi economica del diritto contrattuale*, in *Pol. dir.*, 1980, p. 291 ss., ora in AA.VV., *Analisi economica del diritto privato*, a cura di G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulitini, S. Rodotà, F. Romani, cit., p. 172 ss., spec. p. 177 ss. (da cui le citazioni).

<sup>(14)</sup> A.T. KRONMAN, *Mistake, Disclosure, Information and the Law of Contract*, cit., p. 179: «Un analista finanziario, per esempio, raccoglie informazioni su di una determinata società deliberatamente, studiando con cura le risultanze del suo comportamento economico. Un uomo d'affari, al contrario, che venga in possesso di un'importante notizia origliando per caso un dialogo su di un autobus acquisisce l'informazione in maniera casuale».

<sup>(15)</sup> Sul punto, v. D. CARUSO, *La culpa in contrahendo. L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993, p. 83 ss., spec. p. 101 ss.

Il contratto iniquo, formatosi in modo non corretto, implica, infatti, che lo squilibrio delle condizioni contrattuali sia l'esito della pretermissione dell'interesse di una parte *sub specie* di lesione della sua libertà negoziale, intesa quale libertà e consapevolezza della scelta negoziale.

L'art. 1337 c.c., tuttavia, non è mai stato applicato dalla giurisprudenza quale fattispecie autonoma<sup>(16)</sup>, bensì per mezzo di altre norme, le quali ne rappresentano concrete epifanie e che – di regola – vengono invocate nella domanda giudiziale risarcitoria unitamente ad esso (v. artt. 798, 1338, 1398, 1440, 1494, 1578, 1812, 1821 c.c.).

In particolare, l'azione di dolo incidente *ex* art. 1440 c.c. (che può essere considerata il modello generale di tutela risarcitoria nel caso di conclusione di un contratto a seguito di scorrettezza precontrattuale) viene comunemente ricondotta nell'alveo dell'azione aquiliana, di cui costituisce una specificazione, ove l'attività illecita consiste nell'inganno (anche sotto forma di omesse informazioni: dolo omissivo) ai danni del *deceptus*, ed il danno ingiusto nella lesione della libertà negoziale (positiva) di costui<sup>(17)</sup>.

Non mancano però ipotesi in cui la Cassazione ha applicato direttamente l'art. 2043 c.c. per lesione della libertà negoziale del contraente vittima della condotta contraria a buona fede<sup>(18)</sup>; in proposito, la scelta è stata giustificata dalla dottrina sulla base della considerazione che la fattispecie esaminata dai giudici consisteva in un illecito precontrattuale di tipo *effettuale*, incidendo sulla

---

<sup>(16)</sup> Ma v., per l'autonomia della fattispecie, V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1273.

<sup>(17)</sup> Cfr. Cass., 4 aprile 1990, n. 2798, in *Giur. it.*, 1991, I, c. 456, con nota di C. IACOVINO, *Dolo incidente e prescrizione del diritto al risarcimento del danno*; Cass., 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 3303: «La norma dell'art. 1440 c.c. costituisce applicazione del principio generale di buona fede contenuto nell'art. 1337 c.c. (responsabilità precontrattuale), che impone alla parte un dovere di correttezza nel corso della formazione del contratto».

<sup>(18)</sup> Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Corr. giur.*, 2014, p. 489: «L'azione di risarcimento danni *ex* art. 2043 c.c. per lesione della libertà negoziale è esperibile allorché ricorra una violazione della regola di buona fede nelle trattative contrattuali - nella specie, finalizzate alla stipulazione di una transazione - che abbia dato luogo ad un assetto d'interessi più svantaggioso per la parte che abbia subito le conseguenze della condotta contraria a buona fede, e ciò pur in presenza di un contratto valido, ovvero, nell'ipotesi di invalidità dello stesso, in assenza di una sua impugnativa basata sugli ordinari rimedi contrattuali».

conformazione della realtà rilevante per la conclusione del contratto (transazione), costruita artatamente (annullamento di un lodo arbitrale per via di corruzione giudiziaria). Viceversa, l'art. 1440 c.c., secondo la tesi in esame, si collocherebbe «sul terreno *cognitivo*, consistendo nell'indurre ignoranza o falsa conoscenza di dati importanti per valutare la convenienza del contratto»<sup>(19)</sup>.

In ogni caso, si tratta, all'evidenza, di un ruolo assolutamente marginale e, tutto sommato, superfluo, dell'art. 1337 c.c., che si limita a duplicare l'art. 2043 c.c.; al riguardo, è stato autorevolmente sostenuto che «l'art. 1337 interpreta l'art. 2043, per rendere incontestabile che il danno arrecato con slealtà precontrattuale è “ingiusto”»<sup>(20)</sup>.

In questa prospettiva, la responsabilità precontrattuale avrebbe sempre natura extracontrattuale, tanto nel caso in cui le trattative siano state interrotte arbitrariamente<sup>(21)</sup>, quanto in quello in cui il contratto sia stato concluso, invalidamente (art. 1338 c.c.), oppure “validamente”, ma con esiti pregiudizievoli, sul piano contenutistico, per la vittima dell'altrui condotta scorretta.

In particolare, l'ipotesi secondo cui, in presenza di un contratto “valido”, ma pregiudizievole, possa sopravvivere una responsabilità precontrattuale a carico di chi ha violato la regola di correttezza nella fase formativa del rap-

---

<sup>(19)</sup> V. ROPPO, *Spunti in tema di responsabilità “pericontrattuale”. Dialogo con Giorgio De Nova a margine della sentenza di Cassazione sul lodo Mondadori*, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, p. 20.

<sup>(20)</sup> R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, vol. 10, t. II, 3ª ed., Torino, 2002, p. 510.

<sup>(21)</sup> V., ad es., Cass., 10 gennaio 2013, n. 477, in *Danno e resp.*, 2013, p. 754 ss., con nota di F. DALLA NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?*; Cass., 29 luglio 2011, n. 16735, in *leggiditalia.it*: «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 quibus*»; Cass., 5 agosto 2004, n. 15040, in *Danno e resp.*, 2005, p. 597, con nota di P. PARDOLESI, *Recesso dalle trattative: un esercizio di comparative law and economics*.

porto, implica sostanzialmente l'assegnazione al risarcimento del danno di una funzione correttiva del regolamento a scopi equitativi.

Ciò avviene tipicamente con la ricordata azione di dolo *ex art.* 1440 c.c., che, infatti, può essere esperita solo in ordine ad un contratto già concluso. Del resto, la Suprema Corte ha precisato, in proposito, che il danno risarcibile è commisurato al “minor vantaggio” ovvero al “maggior aggravio economico” prodotto dall'inganno nella formazione del contratto<sup>(22)</sup>.

In tal modo, resta superato quell'orientamento giurisprudenziale minoritario secondo cui la configurabilità della responsabilità precontrattuale è preclusa dalla intervenuta conclusione del contratto<sup>(23)</sup>.

Il risarcimento del danno può, dunque, servire a ristabilire l'equità dello scambio secondo gli interessi di entrambe le parti, e la determinazione del *quantum* assume i contorni dell'interesse positivo (*Erfüllungsinteresse*)<sup>(24)</sup>.

La limitazione del danno risarcibile all'interesse negativo (*negatives Vertragsinteresse*), com'è noto, riguarda, infatti, la fattispecie di responsabilità precontrattuale individuata da Jhering con riferimento all'ipotesi di recesso ingiustificato dalle trattative o di conclusione di un contratto invalido<sup>(25)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> Cass., 16 aprile 2012, n. 5965, cit. E v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 176: «Così, nel caso di dolo incidente il danno si determina in base al vantaggio che la parte avrebbe presumibilmente avuto se non fosse stata vittima del dolo». V. anche A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, p. 216.

<sup>(23)</sup> Cass., 5 febbraio 2007, n. 2479, in *Mass. Giur. it.*, 2007.

<sup>(24)</sup> A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 792 ss., spec. p. 797. Secondo C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 707, «Nella stessa disciplina legislativa, e segnatamente nel contenuto e nelle finalità del diritto del *deceptus* al risarcimento dei danni, trova infatti conferma il rilevato assorbimento della lesione di siffatto interesse in quella dell'interesse positivo, con la conseguente reciproca identità direzionale della relativa tutela: la quale, nella specie, rinviene oltretutto il suo titolo immediato nello stesso contratto validamente concluso, su cui finisce poi col riflettersi in quanto, giova ribadirlo, il risarcimento tende a riequilibrare e correggere il concreto assetto dei contrapposti interessi diviso dalle parti e falsato dall'inganno intervenuto in violazione della buona fede *ex art.* 1337 c.c.».

Sull'argomento, v. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: il quantum*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 487 ss.

<sup>(25)</sup> Cfr. R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. dal tedesco e nota di lettura di F. Procchi, Napoli,

In particolare, l'art. 1338 c.c. stabilisce che la reticenza sulle cause di invalidità del contratto è fonte dell'obbligo risarcitorio per la lesione dell'affidamento incolpevole della controparte circa la validità del contratto. Qui l'invalidità del contratto deriva da cause *esterne* al processo di formazione della volontà di una delle parti.

Il risarcimento del danno *ex art.* 1440 c.c. svolge così la stessa funzione riequilibratrice del rapporto assegnata dall'art. 1450 c.c. all'offerta di modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità, effettuata dal contraente contro il quale è domandata la rescissione<sup>(26)</sup>.

Questa speciale funzione del risarcimento consente al giudice un intervento correttivo del contratto quando il *deceptus* lo richieda.

In alternativa alla richiesta di risarcimento per equivalente, la parte svantaggiata a seguito del comportamento contrario alla regola di correttezza *ex artt.* 1337 e 1440 c.c., può chiedere al giudice l'applicazione dell'art. 2058 c.c., sul risarcimento in forma specifica: il danno può essere risarcito ripristinando l'equilibrio del contratto tramite la sua rettifica, richiesta dal *deceptus* (v., invece, l'art. 1432 c.c.), secondo il contenuto e le modalità del contratto che tengano conto della reale volontà di costui<sup>(27)</sup>.

---

2005, p. 47 ss. (ed. originale, *Culpa in contrabendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, IV, 1861, p. 1 ss.). V., *ex multis*, Cass., 3 dicembre 2015, n. 24625, in *leggiditalia.it*.

<sup>(26)</sup> In argomento, cfr. A. GENTILI, *De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2004, p. 153 ss; E. GABRIELLI, *L'offerta di riduzione ad equità del contratto*, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, vol. 4, *I contratti di composizione delle liti*, I, a cura di E. Gabrielli e F.P. Luiso, Torino, 2005, p. 221 ss.

<sup>(27)</sup> Cfr. R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da P. Rescigno, cit., p. 234: «E intanto si prende coscienza del fatto che l'art. 2058 c.c. suggerisce di riparare il danno costruendo la situazione che si sarebbe creata se non fosse intervenuto il fatto illecito nocivo. Per cui il vizio incidentale dà luogo, a richiesta della vittima, alla rettifica del contratto». Nello stesso senso, v. G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., p. 267, nt. 203; cfr. anche V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1274: «Una volta abbandonata l'angusta prospettiva della rottura delle trattative, e preso, dunque, in considerazione il contenuto effettivo della norma di condotta cui si ricollegano anche doveri specifici di comportamento, non soltanto non si giustifica sul piano logico alcuna limitazione

Anzi, poiché il danno da lesione della libertà negoziale consiste proprio nello squilibrio tra le prestazioni contrattuali, la rettifica del contratto su ordine del giudice appare forse la via più appropriata per la tutela del contraente debole.

Si tratta, ovviamente, di una soluzione del tutto nuova, atteso che una cosa è la condanna al pagamento di una somma di denaro che equivalga alla differenza tra ciò che è stato «pattuito» ed il reale valore attribuito dal contraente leso alla propria prestazione, un'altra è, invece, la rettifica giudiziale del contratto sufficiente da ricondurlo ad equità.

Tuttavia, il risarcimento non ha sempre questa funzione di riequilibrio del rapporto, e non è l'unico rimedio a disposizione della parte debole.

Le regole di responsabilità, infatti, possono intersecarsi con quelle di validità tutte le volte in cui la condotta contraria a buona fede si riverberi, in modo sfavorevole ad una parte, sul contenuto del contratto; ciò è testimoniato, innanzitutto, già dalla disciplina del dolo determinante *ex art. 1439 c.c.*, ove la domanda di annullamento ben può cumularsi con quella risarcitoria<sup>(28)</sup>. Ed è proprio la *culpa in contrahendo* in caso di conclusione di un contratto pregiudizievole, ormai ammessa pacificamente<sup>(29)</sup> che apre la via ad

---

al danno risarcibile, ma potrebbe poi configurarsi la possibilità di un suo risarcimento in forma specifica ove le circostanze lo consentano».

<sup>(28)</sup> In argomento, cfr. I. FEDERICI, *Dolo incidente e regole di correttezza*, Napoli, 2010, p. 198 ss.

<sup>(29)</sup> V., *ex multis*, Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Foro it.*, 2008, I, c. 784 ss., con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2008, p. 347 ss., con nota di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle sezioni unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 344, ss., con nota di G. GOBBO, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, II, p. 17 ss.; in *Contratti*, 2008, p. 221, ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la cassazione esclude la nullità*, in *Guida al dir.*, 2008, 5, p. 41 ss., con commento di F. MAZZINI, *La legittimazione attiva del contraente "copre" solo la forma e il contenuto* (*ivi*, p. 53 ss.); in *Dir. fall.*, 2008, p. 1 ss., con nota di F. SARTORI, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725*. Su tale decisione v. anche F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1 ss.; A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p.

una diversa ricostruzione della natura giuridica della responsabilità precontrattuale, in base alla quale possano acquistare rilievo altri rimedi civilistici a tutela del contraente che non ha accettato liberamente e consapevolmente le condizioni contrattuali.

#### 4. — *Rilievo causale della culpa in contrahendo.*

Alla tesi della natura aquiliana della responsabilità precontrattuale, secondo cui l'illecito consiste nella lesione della libertà negoziale della parte vittima della condotta scorretta<sup>(30)</sup>, si contrappone tradizionalmente quella

---

107 ss. La sentenza giunge a seguito di un contrasto giurisprudenziale sorto in ordine alla questione delle conseguenze (nullità o semplice risarcimento) del mancato rispetto della regola di correttezza nella formazione del contratto. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite è di Cass., 16 febbraio 2007, n. 3683, in *Giur. it.*, 2007, p. 2704 ss.; sul punto, cfr. F. SCAGLIONE, *Buona fede in contrahendo e ordine pubblico economico nel sistema del diritto privato del mercato*, in *Giur. it.*, 2008, p. 249 ss.; v. anche Trib. Terni, 14 luglio 2006, n. 443, in *Rass. giur. umbra*, 2007, p. 78 ss., con nota di F. SCAGLIONE, *La responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi informativi nei confronti del cliente investitore*.

In precedenza, nello stesso senso v. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1105 ss., con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; in *Danno e resp.*, 2006, p. 25 ss., con nota di V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; in *Giur. it.*, 2006, p. 1599 ss., con nota di G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento della S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*; in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 626 ss., con nota di C.E. SALODINI, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*; in *Contratti*, 2006, p. 446 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 897 ss., con nota di E. PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*. Sul punto, cfr. V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 896 ss.; F. GALGANO, *L'inadempimento ai doveri dell'intermediario non è, dunque, causa di nullità virtuale*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 579 ss., ove è riportata la sentenza del Trib. Rovereto, 18 gennaio 2006. Sulla stessa linea v., in precedenza, Cass., 9 gennaio 2004, n. 111; Cass., 25 settembre 2003, n. 14234.

<sup>(30)</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2000, p. 158, secondo cui dalle trattative instaurate tra le parti nascono *doveri assoluti o obblighi generici*, posti a presidio di «interessi della vita di relazione suscettibili di essere lesi nei contatti sociali». Nello stesso senso, ad esempio, G. PATTI, in G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*



della natura contrattuale della stessa, risalente alla elaborazione concettuale di Luigi Mengoni<sup>(31)</sup>. Gli epigoni di questa dottrina, sulla scia della dogmatica tedesca sugli obblighi di protezione<sup>(32)</sup>, hanno ravvisato nella clausola

---

*e contratti standard*, artt. 1337-1342, in *Cod. Civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, p. 45.

Il termine «contatto sociale», com'è noto, deriva dall'esperienza giuridica tedesca ove, all'interno della categoria dei rapporti contrattuali di fatto o *faktische Vertragsverhältnisse*, individuata da Haupt in un importante studio pubblicato nel 1941, sulla scia delle tesi già formulate da Wolfgang Siebert in tema di rapporto di lavoro e di società di fatto, i c.d. rapporti derivanti da contatto sociale (*kraft sozialen Kontaktes*) si contraddistinguono per l'assegnamento che una delle parti fa sulla cooperazione dell'altra per il raggiungimento del risultato previsto, in virtù dell'univoco significato che socialmente si connette al comportamento di questa. Cfr. G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941, p. 9. Si tratta della celebre prolusione tenuta presso l'Università di Lipsia il 29 gennaio 1941; l'edizione più nota è però del 1943: G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Sieber*, II, Leipzig, 1943, p. 5 ss. V. anche W. SIEBERT, *BGB-System und völkische Ordnung*, in *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1936, p. 204 ss.; ID., *Die faktische Gesellschaft*, in *Festschrift für Hedemann*, Jena, 1938, p. 266 ss.; ID., *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, 1953; P. LAMBRECHT, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis*, Tübingen, 1994.

<sup>(31)</sup> L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360 ss., spec. p. 362. Sulla scia di Mengoni, v. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Milano, 2006, p. 458 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, pp. 115 ss., spec. p. 126 ss.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., pp. 179 ss., 723 ss.; ID., *L'interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 194 ss.; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 2ª ed., Padova, 2009, p. 317; G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, p. 53 ss.; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, vol. XIII, *Il contratto in generale*, t. II, Torino, 2000, p. 364, ove si evidenzia la necessaria specificazione della regola di correttezza nella fase precontrattuale come regola di "governo di un progetto", che si traduce in un'obbligazione specifica; pertanto, l'inadempimento dell'art. 1337 c.c. è sempre fonte di responsabilità ex art. 1218 c.c. (*ivi*, p. 372 ss.); G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in Alb. DONATI, A. GARILLI, S. MAZZARESE, A. SASSI (a cura di), *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzio*, 3, *Proprietà e rapporti obbligatori*, Torino, 2009, pp. 878-879.

<sup>(32)</sup> Il principale teorico del concetto dell'obbligo di protezione è Heinr. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch. Civ. Pr.*, 136, 1932, p. 257 ss.; v. anche Hans STOLL, *Il contratto e i terzi*, in *Annuario del diritto tedesco*, a cura di S. Patti, Milano 2000, p. 17. In Italia, v. soprattutto C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss.; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, ad vocem, p. 1 ss.; ID., *Sul significato di "materia contrattuale" e "materia di illeciti civili" nelle fonti europee relative alla competenza giurisdizionale*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 526 ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di*



generale di buona fede *in contrahendo* la fonte di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione<sup>(33)</sup>. Un recente arresto della Cassazione, in proposito, ha ricondotto il dovere di correttezza precontrattuale ad un'obbligazione di fonte legale *ex art.* 1173 c.c., nell'ambito di un contatto sociale "qualificato"<sup>(34)</sup>.

La responsabilità precontrattuale rientrerebbe pertanto nell'alveo dell'art. 1218 c.c., con i conseguenti risvolti applicativi, sia in ordine al termine di

---

*protezione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1342 ss., spec. p. 1354 ss.; ID., *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. prin., sez. civ.*, VII, Torino, 1994, 225 ss.; F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa dir. prin.*, 2014, p. 109 ss.; A. DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, in *Europa dir. prin.*, 2015, p. 1 ss.

<sup>(33)</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 443 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *La conclusione e la rappresentanza*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. III, t. II, *Il Contratto in generale*, Milano, 2009, p. 238. Per un'ipotesi di responsabilità contrattuale derivante da inadempimento di un obbligo di protezione, v. Cass., Sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Contratti*, 2007, p. 991.

<sup>(34)</sup> Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Corr. giur.*, 2012, p. 235 (con nota critica di F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*): «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.». A favore della sentenza, v. C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa dir. prin.*, 2012, p. 1227 ss. e C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ. e pren.*, 2012, p. 1949 ss. Il riferimento, nella dottrina e giurisprudenza italiane, alla categoria del contatto sociale, ormai superata anche nell'esperienza tedesca, è criticato da A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 344 ss.; ID., *Der Aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del "contatto sociale")*, *ivi*, 2013, I, p. 78 ss. V. anche Cass., 21 novembre 2011, n. 24438, in *Giur. it.*, 2012, p. 2662 ss. (con nota di M. RENNA e A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*): «L'erronea scelta del contraente di un contratto di appalto divenuto inefficace e *tamquam non esset* per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, espone la P.A. a responsabilità e al risarcimento dei danni per le perdite e i mancati guadagni subiti dal privato aggiudicatario; tale responsabilità non è qualificabile né come aquiliana né come contrattuale in senso proprio, sebbene a questa si avvicini poiché consegue al "contatto" tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto, e ha origine nella violazione del dovere di buona fede e correttezza».

prescrizione della relativa azione risarcitoria (dieci anni)<sup>(35)</sup>, che al regime probatorio: l'attore si limiterà a provare la fonte dell'obbligo e ad allegare l'inadempimento, mentre il debitore dovrà provare di avere adempiuto secondo correttezza<sup>(36)</sup>.

In realtà, però, anche nell'ipotesi in cui la violazione della regola posta dall'art. 1337 c.c. si ritenga fonte di responsabilità aquiliana, si è ammessa un'inversione dell'onere probatorio, considerando la prova dell'assenza di colpa quale causa di esclusione della responsabilità del convenuto<sup>(37)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni del 2002, tuttavia, ha parificato il termine di prescrizione dell'azione contrattuale e di quella extracontrattuale, riducendolo a tre anni: cfr. S. DELLE MONACHE, *Profili della attuale normativa del codice civile tedesco in tema di prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 179 ss.

<sup>(36)</sup> G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 282. Ma v., in senso contrario, P. GALLO, *Contratto e buona fede*, Torino, 2009, p. 130 ss., secondo il quale le opinioni che sostengono la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale risentono dell'onda lunga dell'influenza di Jhering, la cui impostazione, tuttavia, era «in realtà dovuta a motivi di carattere del tutto contingente; vale a dire la ristrettezza dei rimedi delittuali romani, sulla cui base la pandettistica tedesca stava elaborando un sistema di rimedi tipici, il quale a sua volta doveva sfociare nel sistema di rigorosa tipicità degli illeciti previsto dal BGB (§§ 823 ss.)». È altresì vero, però, che la natura aquiliana della *culpa in contrahendo* poteva sostenersi con maggior forza sotto il vigore del codice civile del 1865, che, diversamente dall'attuale codice, non prevedeva una norma apposita sulla responsabilità precontrattuale: cfr. M. FRANZONI, *L'illecito*, 2ª ed., in *Tratt. resp. civ.* diretto da M. Franzoni, Milano, 2010, p. 1076. L'argomentazione fondata sull'art. 1151 c.c. del 1865 (corrispondente all'attuale art. 2043 c.c.) era presente, ad esempio, in V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 509 ss.; E. PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1908, IV, p. 457 ss.

<sup>(37)</sup> Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 1568: «La responsabilità precontrattuale, configurabile per la violazione del precetto posto dall'art. 1337 c.c. – a norma del quale le parti, nello svolgimento delle trattative contrattuali, debbono comportarsi secondo buona fede – costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, che si riconnette alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto, cosicché la sua sussistenza, la risarcibilità del danno e la valutazione di quest'ultimo devono essere vagliati alla stregua degli artt. 2043 e 2056, tenendo, peraltro conto delle caratteristiche tipiche dell'illecito in questione. Ne consegue che – essendo l'elemento soggettivo richiesto dall'art. 2043, quale componente necessaria del fatto illecito, implicito nella violazione dell'obbligo di comportamento secondo buona fede, quanto meno sotto il profilo della colpa – una volta accertato l'obiettivo contrasto tra il comportamento dell'agente e l'obbligo di correttezza imposto dall'art. 1337, non occorre, per

La differenza tra tesi extracontrattuale o contrattuale della responsabilità in esame è ulteriormente ridimensionata (e ricondotta sostanzialmente al termine di prescrizione dell'azione risarcitoria e alla prevedibilità del danno *ex art. 1225 c.c.*) dal fatto che l'illecito precontrattuale richiede sempre un'indagine attenta sulla condotta in concreto tenuta dalle parti, della quale è necessario valutare la conformità al canone della buona fede.

In tal senso, ad esempio, l'omissione di informazioni nel corso delle trattative è qualificabile come danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.* oppure come inadempimento *ex art. 1218 c.c.* soltanto ove sia accertata nel caso concreto la sua idoneità a ledere la libertà negoziale di una delle parti.

In particolare, qualora si invochi in giudizio l'inadempimento derivante dalla violazione di una clausola generale, l'attore dovrà indicare quale sia lo specifico obbligo violato, concretizzando in tal modo il dovere di correttezza<sup>(38)</sup>.

In altri termini, la rilevanza delle informazioni omesse non può essere valutata in astratto, altrimenti il giudizio di buona fede si tradurrebbe in una verifica della osservanza o meno di obblighi puramente formali, quali, appunto, quelli di fornire determinate informazioni precontrattuali indicate espressamente dalla legge.

Sotto questo profilo, nei contratti negoziati il contenuto dell'informazione è calibrato sul profilo del singolo contratto *in fieri*, tenuto conto delle qualità soggettive delle parti, della storia dei loro rapporti personali e dei loro interessi concreti.

In questa prospettiva, la responsabilità della parte postula l'imputabilità dell'omissione di informazioni rilevanti nel corso delle trattative, all'esito di un accertamento di fatto che è rimesso al giudice di rinvio.

Questo accertamento, in verità, non può mancare, in alcuni casi, anche al di fuori dei contratti negoziati, come è confermato, ad esempio, dalla di-

---

l'accertamento della responsabilità precontrattuale, la verifica di un particolare comportamento oggettivo di malafede, né la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente, perché sussista l'elemento psicologico necessario *ex art. 2043 c.c.*. Analogamente, con particolare riferimento al recesso dalle trattative, Cass., 5 agosto 2004, n. 15040, cit.

<sup>(38)</sup> Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento*, cit., p. 1959; C. TENELLA SILLANI, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e "incoerenze" della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1266.

sciplina del rapporto di consumo. In questa fattispecie, dove il grado di relazionalità tra le parti è ridotto al minimo, essendo il contratto nel suo insieme standardizzato, la slealtà della condotta precontrattuale del professionista va sempre valutata mediante un giudizio *ex post*, tenuto conto delle ricadute di essa sull'equilibrio complessivo del rapporto negoziale, considerato però su scala seriale. Infatti, ai sensi degli artt. 33 e 36 cod. cons. la clausola di un contratto del consumatore può considerarsi vessatoria solo quando determini a carico di quest'ultimo, in contrasto con la regola di buona fede, un *significativo* squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto stesso. Il rimedio è la nullità di protezione a favore del consumatore (art. 36 cod. cons.).

Analogamente, ai sensi dell'art. 67-*septiesdecies*, comma 4 cod. cons. il contratto di fornitura a distanza di servizi finanziari è nullo quando il fornitore viola gli obblighi di informativa precontrattuale, ma solo se ciò alteri *in modo significativo* la rappresentazione delle sue caratteristiche. Anche in questo caso il rimedio è la nullità relativa prevista espressamente dalla legge per la violazione di una regola di comportamento, ove il giudizio di buona fede oggettiva si incentra sulla significatività della violazione.

Questi rilievi conducono ad osservare l'esistenza di un nesso inscindibile tra la condotta delle parti nella fase formativa del contratto e la causa concreta di quest'ultimo; nesso che non può disconoscersi tutte le volte in cui la prima abbia inciso in modo significativo sul nascente regolamento di interessi<sup>(39)</sup>.

È naturale allora chiedersi se il suddetto collegamento debba o possa tradursi anche in rimedi di tipo demolitorio che si cumulino con l'obbligazione risarcitoria sorta *ex art.* 1337 c.c. per violazione della regola di buona fede *in contrahendo*, pur al di fuori delle ipotesi espressamente previste dal legislatore (come quelle emblematiche, già ricordate, del dolo determinante o del codice del consumo).

In questa prospettiva, è interessante ricordare come in dottrina sia stata prospettata la possibilità di estendere il rimedio della risoluzione per inadempimento – oltre l'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive – «an-

---

<sup>(39)</sup> Cfr. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 67.

che per la violazione di obblighi precontrattuali specificamente previsti dalla legge (ad esempio, fornire determinate informazioni o documenti) in mancanza di qualche altro rimedio specifico», in alternativa all'azione di annullamento per dolo (omissivo) determinante *ex art.* 1439 c.c., ove è necessaria la prova dell'efficienza determinante dei raggiri<sup>(40)</sup>.

Più in generale, quando la legge non prevede rimedi specifici, anche l'ineadempimento dell'obbligo precontrattuale di correttezza, così come "specificato" alla luce delle circostanze del caso concreto, può dar luogo a risoluzione del contratto successivamente stipulato, ove il giudice lo consideri di non scarsa importanza (art. 1455 c.c.), nell'ottica di una valutazione complessiva della fase delle trattative e di quella esecutiva del contratto<sup>(41)</sup>.

---

<sup>(40)</sup> E. DEL PRATO, *Patologia del contratto: rimedi e nuove tendenze*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, pp. 32-33. Sulla prova dei raggiri, v. Cass., 17 dicembre 2012, n. 23207, in *leggiditalia.it*. In questa prospettiva, la reticenza può integrare un raggiri ai sensi dell'art. 1439 c.c. solo alla luce di un'interpretazione del comportamento omissivo alla stregua del principio di buona fede. L'idea era già presente in G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 91 ss., spec. p. 121, ove si afferma che «In verità anche la normativa sul dolo vizio della volontà assicura indirettamente la realizzazione delle regole di correttezza nelle relazioni contrattuali, allo stesso modo come a questo scopo è preordinato l'istituto della responsabilità precontrattuale. E l'annullamento si pone come rimedio analogo al risarcimento, in quanto riparatore di un pregiudizio insito nella conclusione di un contratto che non si sarebbe posto in essere se non ci fosse stata la falsa rappresentazione della realtà provocata dal dolo». Cfr. Cass., 20 aprile 2006, n. 9253, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 948: «Il dolo omissivo, pur potendo viziare la volontà, è causa di annullamento, ai sensi dell'art. 1439 c.c., solo quando l'inerzia della parte si inserisca in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito, determinando l'errore del deceptus. Pertanto, il semplice silenzio, anche in ordine a situazioni di interesse della controparte, la reticenza, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione della realtà alla quale sia pervenuto l'altro contraente, non costituiscono di per sé causa invalidante del contratto» (Nella specie è stato escluso che potesse integrare il dolo omissivo in ordine alle effettive condizioni dell'immobile compravenduto la circostanza che l'alienante avesse taciuto all'acquirente la pendenza, al riguardo, di un'azione di danno temuto proposta da terzi). In senso conforme, v. Cass., Sez. un., 12 agosto 2005, n. 16875, in *Mass. Giur. it.*, 2005.

<sup>(41)</sup> Cfr. G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 944 ss., sulla scia di G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., p. 319.

Si può dire, anzi, che la violazione della buona fede *in contrahendo* ex art. 1337 c.c. può, in certe circostanze, integrare anche un vero e proprio inadempimento contrattuale; quest'ultimo, però, non dipende dalla mancata o inesatta esecuzione della prestazione, perché, viceversa, è la stessa esecuzione del contratto a dare completa attuazione al programma negoziale illecito già manifestato e inizialmente portato avanti con la condotta scorretta nella fase precontrattuale.

Vi è, infatti, tra la buona fede precontrattuale e quella *in executivis* ex art. 1375 c.c. uno stretto collegamento, in forza del quale l'omissione di un'informazione rilevante prima della conclusione del contratto comporta necessariamente anche una scorrettezza nell'esecuzione di esso.

Non può, infatti, sostenersi che il contratto pregiudizievole sia efficace sol perché eseguito correttamente, atteso che il pregiudizio si manifesta, in concreto, proprio con la sua esecuzione. In altri termini, il fondamento della responsabilità risarcitoria è un danno che deriva dall'attuazione del rapporto.

Quando il contratto è concluso a condizioni inique è potenzialmente pregiudizievole, mentre diviene effettivamente dannoso allorché viene eseguito. Ciò val quanto dire che, se il giudice rileva un inadempimento di non scarsa importanza avuto riguardo all'interesse della parte debole, il risarcimento non ha più funzione riequilibratrice del rapporto, bensì mira alla integrale riparazione del danno che deriva dall'esecuzione del contratto.

La scelta di fondo tra il mantenimento di un contratto ricondotto ad equità e la sua risoluzione, ove il contratto abbia avuto un principio di esecuzione, è affidata all'iniziativa della vittima della slealtà precontrattuale.

L'accoglimento della domanda di risoluzione da parte del giudice, però, è subordinato alla valutazione della rilevanza causale della scorrettezza precontrattuale nella fattispecie concreta, *sub specie* di gravità dell'inadempimento per violazione dell'art. 1375 c.c.

Il contratto eseguito in attuazione di un disegno illecito, reso evidente nella fase formativa di esso, non può dirsi eseguito secondo buona fede quando dalla stessa attuazione del rapporto derivi un serio pregiudizio a carico della parte debole.

La buona fede *in contrahendo*, nel caso di conclusione del contratto, condi-

zione allora, inevitabilmente ed in misura – a seconda dei casi – più o meno ampia, la buona fede *in executivis*.

Ciò, sul piano risarcitorio, significa ammettere che la responsabilità precontrattuale resti in ogni caso assorbita da quella contrattuale, senza perciò alcuna necessità di ricorrere all'inutile orpello dell'obbligazione legale da contatto sociale, secondo una concettuologia peraltro ormai superata anche nell'evoluzione della dogmatica tedesca, dove in passato pur trovò origine<sup>(42)</sup>.

Da queste considerazioni deriva che, ad esempio, in ordine alla *vexata quaestio* della responsabilità degli intermediari finanziari nei confronti dei clienti-investitori, la distinzione tra regole di condotta nella fase precontrattuale e nella fase esecutiva del rapporto, accolta dalla Cassazione per escludere che la violazione delle prime, a differenza di quella delle seconde, possa condurre alla risoluzione del contratto<sup>(43)</sup>, non può trovare accoglimento, se non

---

<sup>(42)</sup> Cfr. A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo*, cit., p. 344 ss.; ID., *Der Aufhaltsame*, cit., p. 78 ss.

<sup>(43)</sup> Cfr., *ex multis*, Cass., 12 giugno 2015, n. 12262, in *Contratti*, 2015, p. 699 ss., ove la Suprema Corte ha cassato la decisione della Corte d'Appello di Genova del 21 giugno 2008, la quale aveva ritenuto che «il giudice di primo grado avesse errato nel pronunciare la risoluzione del contratto concluso il 27 luglio 2000, avente ad oggetto la compravendita delle obbligazioni, nonchè la condanna alla restituzione della somma investita, e ciò in quanto – non essendo stata dedotta la conclusione di un contratto-quadro rispetto a quello di compravendita delle obbligazioni “Cirio” – la violazione, da parte della banca ed allegata dall'investitore, degli obblighi afferenti la violazione dell'obbligazione attiva e passiva di informazione e di astenersi dalla vendita inadeguata, pur accertata, avrebbe semmai potuto comportare la mera responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., in quanto collocata in un momento antecedente al perfezionamento dell'ordine». Tuttavia, in motivazione (punto 3.4) è confermata la netta distinzione tra fase precontrattuale e fase esecutiva: «La sentenza impugnata ha errato nel ritenere che la domanda non riguardasse violazioni afferenti il contratto-quadro specificamente nella sua fase esecutiva, e nell'affermare, invece, che le violazioni contestate alla banca fossero state dedotte dall'attrice unicamente con riguardo ad eventi precontrattuali rispetto al singolo atto negoziale posto in essere, privo di qualsiasi inquadramento generale: tale ricostruzione cozza con l'allegazione degli obblighi violati, considerando che l'esecuzione del singolo ordine si poneva quale fase esecutiva del contratto-quadro e che le dedotte violazioni attenevano alle relative regole di comportamento dell'intermediario in tale fase del rapporto». Tale orientamento, peraltro, ribadisce quello inaugurato da Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, cit., secondo cui «La



esclusivamente sul piano pratico della mera opportunità contingente, ovverosia su un piano di politica del diritto.

Il sospetto e, per così dire, la diffidenza con cui la giurisprudenza prevalente guarda al rimedio demolitorio (in generale) per *culpa in contrabendo* è, infatti, alimentato – a nostro avviso – soprattutto dalla evidente preoccupazione, di natura prettamente economica, derivante dalla possibile gravosità degli obblighi restitutori che ad esso conseguono, piuttosto che da insormontabili ragioni dogmatiche, pur radicate in dottrina, legate alla vigenza nel nostro ordinamento del c.d. principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità del contratto. Queste ragioni di “*policy*” potrebbero venir meno – al di fuori della risoluzione – solo qualora si ammetta un’integrazione “conformativa” del contratto *ex art. 1374 c.c.* <sup>(44)</sup>, nel caso, ad esempio, di nullità parziale, come si dirà tra breve.

##### 5. — *Principio di flessibilità dei rimedi demolitori.*

Fatta salva la responsabilità risarcitoria a carico della parte che ha violato l’art. 1337 c.c., la risoluzione del contratto, tuttavia, non è l’unica alternativa all’annullamento per dolo determinante. Il sistema rimediare del diritto privato attuale offre, infatti, altri strumenti di tutela del contraente debole.

L’assunto secondo cui la violazione di regole di comportamento possa condurre all’invalidità del contratto o di singole clausole, oltre che risultare

---

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 conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d’intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti. Può, invece, dar luogo a responsabilità contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d’intermediazione finanziaria in questione».

<sup>(44)</sup> Sul contenuto integrativo della buona fede v. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, 2<sup>a</sup> ed., II, in *Cod. Civ. Comm. Schlesinger* diretto da Busnelli, Milano, 2013, p. 211 ss.



dal codice civile (ad es., annullabilità per dolo o violenza, rescissione per lesione), è ormai ampiamente confermato soprattutto dalla congerie di norme della legislazione speciale che introducono la sanzione della nullità assoluta o il rimedio della c.d. nullità relativa di protezione (dal codice del consumo, alla legge sull'intermediazione finanziaria, alla normativa antitrust, a quella sull'abuso di dipendenza economica, solo per citare alcuni esempi).

Il fatto è, però, che l'opinione (ancora) prevalente, soprattutto in giurisprudenza, considera le suddette nullità "speciali" quali nullità *testuali* ricadenti nella previsione del terzo comma dell'art. 1418 c.c., e non, invece, quali nullità "virtuali", ai sensi del primo comma del citato articolo <sup>(45)</sup>.

Tuttavia, che una norma speciale debba per ciò stesso ritenersi eccezionale e, quindi, non suscettibile di applicazione analogica, è affermazione smentita dalla fondamentale considerazione che la qualificazione di essa come regolare o eccezionale «non è un giudizio assoluto», ma dipende dall'interpretazione dell'intero sistema, alla luce dei valori – di rango costituzionale – da esso emergenti <sup>(46)</sup>.

E proprio la nullità di protezione per violazione della buona fede *in contrahendo* sembra essere divenuto oggi un vero e proprio principio generale, la cui applicazione giudiziale nel caso concreto, tuttavia, deve essere sempre sottoposta al vaglio interpretativo condotto alla luce dei criteri di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza, secondo il metodo della valutazione comparativa e del bilanciamento degli interessi in gioco <sup>(47)</sup>.

Ciò è testimoniato dalla recente affermazione, da parte della Suprema Corte, della rilevabilità d'ufficio della nullità in parola, sulla base del rilievo dello scopo "indiscutibile" della nullità relativa, «volto anche alla protezione

---

<sup>(45)</sup> Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Danno e resp.*, 2008, p. 525, con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rodorf*.

<sup>(46)</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., I, Napoli, 2006, pp. 253-254.

<sup>(47)</sup> G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., pp. 80 ss., 114 ss.; ID., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 114 ss. In argomento, v. V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, in *Cod. Civ. Comm. Schlesinger* diretto da Busnelli, Milano, 2015, p. 70 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali: per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008.

di un interesse generale tipico della società di massa», espresso dai valori costituzionali del corretto funzionamento del mercato in senso concorrenziale (art. 41 Cost.) e dell'uguaglianza "quanto meno formale" tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)<sup>(48)</sup>.

Si tratta, peraltro, di una conferma di quanto già statuito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in materia, a proposito della direttiva sui contratti del consumatore<sup>(49)</sup>.

D'altro canto, il suddetto riconoscimento della tutela di interessi (anche) pubblici attraverso il rimedio della nullità di protezione è in linea con la precedente introduzione, nel 2012, dell'art. 37-*bis* del codice del consumo, secondo cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può inter-

---

<sup>(48)</sup> V. la motivazione di Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 299 ss. (con nota di N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, e in *Contratti*, 2015, p. 113 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione... a mò di bussola per rivedere Itaca*), al punto 3.12.1: «Si è detto 'indiscutibile' lo scopo della nullità relativa volto anche alla protezione di un interesse generale tipico della società di massa, così che la legittimazione ristretta non comporterebbe alcuna riqualificazione in termini soltanto privatistici e personalistici dell'interesse (pubblicistico) tutelato dalla norma attraverso la previsione della invalidità. Il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.: si pensi alla disciplina *antitrust*, alle norme sulla subfornitura che sanzionano con la nullità i contratti stipulati con abuso di dipendenza economica, alle disposizioni sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, che stabiliscono la nullità di ogni accordo sulla data del pagamento che risulti gravemente iniquo in danno del creditore, ex d.lgs. n. 231 del 2002), poichè lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese. La pretesa contraddizione fra legittimazione riservata e rilevabilità d'ufficio risulta soltanto apparente, se l'analisi resta circoscritta al profilo della rilevazione della causa di nullità. Non può, infatti, tralasciarsi di considerare che il legislatore contemporaneo codifica fattispecie di nullità nelle quali convivono la legittimazione riservata e la rilevabilità d'ufficio (*ex aliis*, quelle di cui all'art. 36, comma 3 e art. 134, comma 1, cod. consumo; quella prevista dal d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, art. 127, comma 2; e la nullità di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, art. 7). E il potere del giudice, in questi ambiti, rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata».

<sup>(49)</sup> Corte Giust. CE, 27 giugno 2000, n. 240, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 1173.

venire per accertare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti del consumatore<sup>(50)</sup>.

Questo approdo giurisprudenziale, unitamente all'applicazione dei già ricordati canoni ermeneutici fondamentali, costituiscono, a nostro parere, solide argomentazioni per confutare la tesi secondo cui affidare al giudice, attraverso la valutazione del comportamento corretto o meno delle parti, la statuizione circa la validità di un contratto significa, in buona sostanza, contravvenire alla necessaria formalizzazione – garanzia di certezza del diritto – delle condizioni alle quali un atto di autonomia privata può ritenersi vincolante per il suo autore<sup>(51)</sup>.

Del resto, se è vero che può dubitarsi del fatto che un singolo rapporto contrattuale, non annoverabile tra i contratti di impresa, abbia un rilievo “macroeconomico”, tale da giustificare la sua declaratoria giudiziale di nullità a tutela della integrità e dell'efficienza del mercato, è altrettanto vero che, a prescindere da tale rilevanza (la quale non può neppure essere esclusa in via di principio), la nullità relativa di protezione può rivelarsi il rimedio più adeguato e ragionevole per garantire l'effettività della tutela della parte debole, tutte le volte in cui la giustizia del caso concreto ne richieda l'applicazione.

Ciò è indirettamente confermato da una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, riguardante la direttiva 2005/29 CE sulle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno, disciplina che nasce originariamente per colpire comportamenti imprenditoriali reiterati su scala generale, ma in una prospettiva estranea al singolo rapporto di consumo<sup>(52)</sup>. Infatti, secondo i giudici di Lussemburgo la direttiva dev'essere interpretata nel senso che la comunicazione, da parte di un professionista a un consumatore, di un'informazione errata

---

<sup>(50)</sup> Cfr. L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 7 ss.

<sup>(51)</sup> G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 43.

<sup>(52)</sup> Cfr. G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 1 ss.

va qualificata come pratica commerciale ingannevole «anche qualora tale comunicazione abbia riguardato un solo consumatore»<sup>(53)</sup>.

In questa prospettiva, l'utilizzo di clausole vessatorie nei contratti del consumatore può di certo considerarsi “attuazione” di una pratica commerciale scorretta, con conseguente applicazione del rimedio della nullità relativa della clausola; e, tuttavia, deve ricordarsi, in proposito, che l'art. 19 cod. cons., nel definire l'ambito di applicazione del titolo III del codice del consumo, dispone che lo stesso non pregiudica «l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto» (comma 2, lett. a), aprendo così la via all'operatività della regola generale di buona fede *in contrahendo* anche al di fuori del giudizio di vessatorietà della clausola. Ne consegue che una pratica commerciale ingannevole nei confronti di un singolo consumatore può legittimarlo anche ad esperire, a seconda dei casi, l'azione di annullamento per dolo oppure l'azione di risoluzione del contratto.

Orbene, sembra che la porta d'ingresso della nullità virtuale di protezione nel nostro ordinamento possa rinvenirsi proprio nell'art. 1337 c.c., da guardarsi, in un'ottica di “autonomia” della fattispecie disegnata dal legislatore del 1942, quale norma imperativa la cui violazione non è soltanto fonte di responsabilità risarcitoria, ma può anche condurre alla nullità (relativa) del contratto o di singole clausole, ai sensi dell'art. 1418, comma 1 c.c. o dell'art. 1419, comma 1 c.c.<sup>(54)</sup>, vieppiù ove si consideri che, secondo parte della dottrina, la nullità *de qua* non sarebbe speciale, «ma solo la manifestazione più moderna della funzione di protezione storicamente tipica di una delle

---

<sup>(53)</sup> Corte giust. UE, 16 aprile 2015, n. 388, in *Contratti*, 2015, p. 770 ss., con nota di A. GENOVESE, *Pratiche sleali, diligenza professionale e regola de minimis*.

<sup>(54)</sup> Cfr. F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 423 ss.; V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, ora in Id., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2013, pp. 389 s., 400; S. PAGLIANTINI, *La nullità d'ufficio*, in AA.VV., *Treccani. Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2016, p. 35; Id., *Spigolando a margine di Cass., 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, p. 185 ss.

In senso critico in ordine all'applicazione del rimedio della nullità di protezione in luogo della risoluzione, v. G. SICCHIERO, *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 368 ss.

forme tradizionali di nullità, già nota ai codici, in cui interagiscono fra loro l'interesse del privato e l'interesse generale»<sup>(55)</sup>.

Al contrario della *communis opinio*<sup>(56)</sup>, infatti, non vi sono ragioni insuperabili – alla luce di quanto precedentemente rilevato – per ritenere che l'annullamento per dolo determinante *ex art.* 1439 c.c. sia l'unico rimedio a disposizione della parte debole del rapporto al fine di far valere un'eventuale invalidità del contratto per violazione della buona fede *in contrahendo*.

In particolare, non appare decisivo l'argomento secondo cui «l'invalidità dell'atto può discendere esclusivamente al verificarsi di una fattispecie delineata dal legislatore, giammai invece da una fattispecie costruita dal giudice in sede di applicazione/concretizzazione della clausola generale di buona fede»<sup>(57)</sup>.

Ciò in quanto, innanzitutto, la individuazione e la valutazione delle concrete condotte precontrattuali scorrette non è rimessa al mero arbitrio del giudice di merito, ma deriva da un'attenta ponderazione delle circostanze di fatto da parte di quest'ultimo, alla luce dei principi generali dell'ordinamento di rango costituzionale; in secondo luogo, perché la valutazione comparativa degli interessi delle parti, sottesi alla fattispecie concreta esaminata, è in ogni caso *l'ubi consistam* dell'ermeneutica giudiziale, anche quando si tratti di applicare norme che “delineano” espressamente una fattispecie di invalidità (ivi comprese le nullità “testuali” di cui al comma 3 dell'art. 1418 c.c.).

Che dire poi del giudizio di illiceità della causa *ex art.* 1418, comma 2 c.c.? Esso è l'esempio più evidente in cui la nullità deriva da una ricostruzione degli interessi delle parti operata dal giudice anche – e soprattutto – sulla base del canone interpretativo fondamentale della buona fede oggettiva *ex art.* 1366 c.c.

Senza contare il fatto che una declaratoria di nullità parziale di singole clausole potrebbe aprire la strada, sulla scia delle indicazioni provenienti dai

---

<sup>(55)</sup> A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 77 ss.

<sup>(56)</sup> Ben rappresentata da Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.

<sup>(57)</sup> G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. contr.* diretto da V. Roppo, V, 2, Milano, 2006, p. 1003.

Principi *Unidroit* e dai progetti di unificazione del diritto europeo dei contratti<sup>(58)</sup>, ad una integrazione “conformativa” del contratto, che miri a ristabilire l’equilibrio negoziale senza caducare gli effetti dell’intero contratto<sup>(59)</sup>.

In buona sostanza, riteniamo che esista un principio di *flessibilità* del sistema rimediabile a favore della parte vittima di una condotta precontrattuale scorretta, nell’ipotesi di conclusione del contratto, in virtù del quale il giudice può concedere un rimedio demolitorio (anche relativamente a singole clausole), cumulabile con quello risarcitorio, tutte le volte in cui ciò sia richiesto al fine di garantire l’effettività della tutela del contraente debole.

Ciò presuppone, in ogni caso, un’interpretazione costituzionalmente orientata e condotta nel rispetto dei canoni di ragionevolezza e di adeguatezza del rimedio accordato all’interesse tutelato.

Il principio di conservazione del contratto e l’*horror vacui* (*horror nullitatis*)<sup>(60)</sup>

---

<sup>(58)</sup> Cfr. l’art. 3.10 dei Principi Unidroit, secondo cui «il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio»; l’art. 4:109 dei PECL, a norma del quale «il giudice può, ove il rimedio sia inadeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza». V. anche l’art. 7:207 dei *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law -Draft Common Frame of Reference* (DCFR), intitolato “Unfair exploitation”: (1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill and (b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party’s situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage. (2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed. (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it.

<sup>(59)</sup> V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 843 ss.; A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 728; A. CATAUDELLA, *Il giudice e le nullità*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 682; M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1 ss.

<sup>(60)</sup> Avverte particolarmente questo timore V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, cit., p. 378.

non possono giustificare la validità di un contratto pregiudizievole, in tutto o in parte, per il contraente che non ha liberamente o consapevolmente accettato le condizioni contrattuali.

6. — *Contratti asimmetrici del consumatore.*

Tra i rapporti giuridici di mercato, il rapporto di consumo, cui è intitolata la parte terza dell'omonimo codice, si contraddistingue per essere il modello della contrattazione di massa ove il professionista, vale a dire colui che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale (art. 3, lett. c), cod. cons.), è deputato a rivestire, per così dire, il ruolo istituzionale di contraente «forte»<sup>(61)</sup>.

Ciò è una conseguenza del fatto che costui, di regola, predispone le clausole alle quali il consumatore (la parte che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta: art. 3, lett. a), cod. cons.) presta adesione.

Tale predisposizione è frutto dell'organizzazione e della ripartizione del rischio imprenditoriale secondo parametri di efficienza gestionale, che impongono di semplificare le procedure di conclusione del contratto in modo da eliminare *in radice* la complessa fase delle trattative in ordine ai punti qualificanti del contratto<sup>(62)</sup>.

---

<sup>(61)</sup> Cfr. E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli ed E. Minervini, in *Tratt. contr.* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, I, Torino, 2005, p. 5 ss.

<sup>(62)</sup> V. Relazione al codice civile, n. 612: «Il bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una più precisa determinazione dell'alea che vi è connessa, la difficoltà che si oppone alle trattative con i clienti [...], l'esigenza di semplificare l'organizzazione e la gestione delle imprese, inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non voglia rinunciare all'affare. Un tal metodo di conclusione del contratto non deve ritenersi illegittimo solo perché non dà luogo a trattative e a dibattiti di clausole, ma costringe ad accettare patti preordinati. La realtà economica odierna si fonda anche su una rapida conclusione degli affari, che è condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo; a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattativa, che imporrebbe intralci spesso insuperabili».

In tal modo, infatti, si ottiene un notevole risparmio sui costi transattivi, con importanti ricadute sul livello dei prezzi, che, in linea teorica, dovrebbero tendenzialmente essere più bassi rispetto a quelli praticati a seguito di una negoziazione individuale <sup>(63)</sup>.

La predisposizione unilaterale delle condizioni generali di contratto da parte dell'imprenditore è però sovente il veicolo privilegiato delle clausole vessatorie, che si prestano a divenire strumento di prevaricazione nei confronti dell'oblato tutte le volte in cui questi non disponga di informazioni sufficienti per ponderare la convenienza dell'affare ovvero non abbia alternative soddisfacenti alla conclusione del contratto standard per la soddisfazione dei propri interessi. Lo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto a carico del consumatore, tuttavia, si traduce in vessatorietà della clausola solo se, alla luce delle circostanze del caso concreto, esso appaia "significativo": artt. 33, comma 1 e 34, comma 1, cod. cons.

Si tratta di casi di abuso della libertà contrattuale, ove è violata la regola della buona fede *in contrahendo* <sup>(64)</sup>, mentre il rimedio predisposto dall'ordinamento a favore del consumatore consiste nella nullità di protezione della clausola vessatoria (art. 36 cod. cons.) <sup>(65)</sup>.

---

<sup>(63)</sup> Secondo G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, p. 130, «la prassi negoziale attuata mediante condizioni generali di contratto consente di: a) praticare a tutti i consumatori eguali condizioni con un notevole risparmio di tempo e di costi nella contrattazione; b) trasferire sui consumatori rischi e oneri non negoziabili, operando una distribuzione della economia del contratto in modo più vantaggioso per il predisponente; c) accentrare i procedimenti giudiziali eventualmente sorti dalla acquisizione di beni e servizi in un unico foro, che coincide con quello dove ha sede l'impresa. Il punto sub a) opera anche a vantaggio dei consumatori, dal momento che l'eguaglianza di trattamento esclude che i consumatori possano essere discriminati nell'uso o nel consumo di beni e servizi; e il risparmio di costi da parte dell'impresa può (non necessariamente deve) convertirsi nella riduzione dei prezzi praticati al pubblico».

<sup>(64)</sup> In argomento, v. F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 681 ss., spec. p. 701 ss. Assai interessante è la prospettiva in materia della dottrina degli Stati Uniti d'America: cfr. E. BAFEL, *La tutela dei consumatori contro le clausole abusive: le teorie americane e il diritto italiano*, in *Contratti*, 2010, p. 392 ss.

<sup>(65)</sup> Cfr. A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 728; A. CATAUDELLA, *Il giudice e le nullità*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 682; M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1 ss.



Ma i contratti del consumatore sono innanzitutto un modello di contratti di impresa <sup>(66)</sup> ove la garanzia dell'equità dello scambio è essenziale per il funzionamento del mercato in senso concorrenziale.

L'indubbio rilievo macroeconomico dei contratti in esame deriva dal fatto che si tratta di contratti di massima diffusione e non negoziati, ove è assente – salvo che, eccezionalmente, per singole clausole (v. art. 34, comma 4, cod. cons.) – la fase delle trattative.

Ciò giustifica sia la predisposizione normativa di una tutela amministrativa che concorre con quella civile, sia la rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione <sup>(67)</sup>, a sottolineare il fatto che la correttezza nella formazione del contratto soddisfa tanto l'interesse privato del consumatore quanto l'interesse pubblico alla fruizione dei benefici connessi alla vigenza di un regime di libera concorrenza <sup>(68)</sup>.

In particolare, il codice del consumo prevede un sistema in cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può intervenire con un proprio provvedimento:

per accertare la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari (art. 37-*bis* cod. cons., inserito con d.l. n. 1/2012, convertito in l. n. 27/2012), avvalendosi anche degli speciali poteri istruttori previsti nella normativa *anti-trust* (art. 14, l. n. 287/1990) <sup>(69)</sup>;

al fine di garantire il rispetto degli obblighi precontrattuali di informazione diretti ad offrire una tutela preventiva del consumatore, di recente

---

<sup>(66)</sup> Cfr. P. SIRENA, *La categoria dei contratti di impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 415 ss.

<sup>(67)</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.

<sup>(68)</sup> Cfr. F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di F.D. Busnelli e C.M. Bianca, in *Nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1997, p. 766, secondo il quale «un mercato evoluto postula (...) un sistema normativo che abbia la sua parola-chiave nella correttezza».

<sup>(69)</sup> Cfr. L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 7 ss.

riformulati a seguito della direttiva n. 83/2011 del Parlamento Europeo e del Consiglio (c.d. direttiva *consumer rights*), recepita in Italia con il d.lgs. 21 febbraio 2014 n. 21, che ha novellato il codice del consumo, sostituendo gli articoli da 45 a 67 (v. art. 66, comma 1, cod. cons.)<sup>(70)</sup>;

al fine di inibire la continuazione delle pratiche commerciali scorrette ed eliminarne gli effetti (art. 27 cod. cons.)<sup>(71)</sup>.

I problemi di coordinamento della tutela amministrativa con la tutela civile riguardano essenzialmente la possibilità che una clausola ritenuta vessatoria dall'AGCM o, eventualmente, dal giudice amministrativo (in sede di impugnazione del provvedimento) non lo sia anche in sede di giudizio civile, essendo comunque unico il parametro – la violazione della regola di correttezza – alla cui stregua valutare la vessatorietà (v. art. 37 *bis*, comma 4 cod. cons.). Un possibile contrasto tra giudicato amministrativo e giudicato civile in ordine al carattere vessatorio di una stessa clausola, pone, infatti, in

---

<sup>(70)</sup> In argomento, v. A.M. GAMBINO, G. NAVA (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Torino, 2014; E. BATTELLI, *La nuova disciplina degli obblighi informativi nei contratti con i consumatori*, in *Giur. it.*, 2014, p. 11 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 5 ss.; V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del D. Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 745 ss.; C. GRANELLI, *“Diritti dei consumatori” e tutele nella recente novella del codice del consumo*, in *Contratti*, 2015, p. 59 ss.

<sup>(71)</sup> Secondo l'art. 20, comma 2, cod. cons., «Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori». È importante ricordare, al riguardo, che, ai sensi dell'art. 18, lett. d), cod. cons., per pratiche commerciali tra professionisti e consumatori si intende «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori». Inoltre, l'art. 18, lett. e), cod. cons., specifica il significato dell'espressione «falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori», nei seguenti termini: «l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso». In argomento, v. D. VALENTINO, *Timeo Danaos et dona ferentes. La tutela del consumatore e delle microimprese nelle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1157 ss.

serio pericolo il principio di certezza del diritto in questa delicata materia <sup>(72)</sup>. Ciò, va sottolineato, tanto più ove si consideri l'incertezza giurisprudenziale, affiorata di recente, circa gli effetti del giudicato amministrativo nel processo pendente innanzi al giudice civile <sup>(73)</sup>.

Inoltre, poiché, come si è visto (*supra*, § 5), la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha, da ultimo, sancito l'applicabilità della direttiva 2005/29 CE sulle pratiche commerciali sleali anche nei rapporti con un singolo consumatore, ne consegue un ulteriore possibile problema di sovrapposibilità di tutele (civile e amministrativa).

#### 7. — *Contratti ad offerta monopolistica.*

Il quadro dell'analisi muta radicalmente nei mercati affetti da oligopolio collusivo o da situazioni di (quasi) monopolio, ove il consumatore o, più in generale, la parte debole del costituendo rapporto contrattuale non

---

<sup>(72)</sup> Cfr. V. LOPILATO, *Tutela pubblica e privata della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 443 ss., spec. p. 452. In argomento, v. anche S. PERUGINI, *I "nuovi" strumenti di intervento dell'AGCM*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 44 ss.

<sup>(73)</sup> Cfr. Cass., 4 luglio 2014, n. 15393, in *leggiditalia.it*: «Il giudicato amministrativo, anche se si forma sull'atto e non sul rapporto, attiene a tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, compresa la risoluzione delle questioni che costituiscono la premessa necessaria o il fondamento logico e giuridico della pronuncia dispositiva, con la conseguenza che esso, ancorché la sentenza provenga da un giudice speciale, preclude il riesame di tali questioni in altro giudizio proposto tra le stesse parti separatamente o con finalità diverse dinanzi al giudice ordinario, negli stessi limiti previsti dall'art. 2909 c.c.». Ma v. Cass., 14 maggio 2015, n. 9869, in *leggiditalia.it*: «La pronuncia del giudice amministrativo, investito della domanda di annullamento della licenza, concessione o permesso di costruire (rilasciati con salvezza dei diritti dei terzi), ha ad oggetto il controllo di legittimità dell'esercizio del potere da parte della P.A. ovvero concerne esclusivamente il profilo pubblicistico relativo al rapporto fra il privato e la P.A., sicché non ha efficacia di giudicato nelle controversie tra privati, proprietari di fabbricati vicini, aventi ad oggetto la lesione del diritto di proprietà determinata dalla violazione della normativa in tema di distanze legali, che è posta a tutela non solo di interessi generali ma anche della posizione soggettiva del privato».

In argomento, v. A.D. DE SANTIS, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1495 ss.

ha alcuna possibilità di reperire alternative soddisfacenti all'offerta praticata dall'impresa a condizioni inique.

Ci troviamo pertanto innanzi a casi di abuso di posizione dominante attuato mediante il contratto ovvero di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra imprese, ove il rispetto di un eventuale obbligo informativo a carico del contraente forte non servirebbe comunque a tutelare gli interessi del contraente debole, il quale non ha alcuna possibilità di scelta.

I contratti che vengono stipulati in queste situazioni di mercato possono qualificarsi *ad offerta monopolistica*, a condizione che non si intenda tale qualificazione come sinonimo di contratti conclusi dal monopolista.

Infatti, anche un controllo parziale del mercato può avere effetti distortivi della concorrenza tutte le volte in cui la capacità di scelta dell'oblato sia inesistente, come nell'ipotesi di una differenziazione dei prodotti o dei servizi forniti (o richiesti), all'interno dello stesso mercato rilevante, sufficiente a determinare un grado elevato di fidelizzazione del cliente/consumatore che si traduca in una vera e propria estorsione contrattuale ai suoi danni.

L'offerta, quindi, può dirsi monopolistica in una duplice accezione:

- a) *oggettiva*, quando la quota di mercato detenuta dall'impresa sia totale o quasi totale;
- b) *soggettiva*, quando, invece, la dipendenza economica del cliente (impresa o consumatore) dall'impresa che abusa del proprio potere contrattuale sia determinata da ragioni tecniche che non consentono di reperire alternative soddisfacenti all'offerta praticata a condizioni inique<sup>(74)</sup>.

---

<sup>(74)</sup> È il caso dell'*abuso di dipendenza economica* nei contratti tra imprenditori *ex art. 9, l. 192/1998*. Si tratta tipicamente di un rapporto di subfornitura industriale ove il contraente debole è il subfornitore, il quale «fornisce ad altra impresa prodotti o servizi – in conformità a progetti, modelli o tecnologie forniti dalla committente – destinati a essere utilizzati nel processo produttivo della committente stessa. Si pensi ai componenti di un motore, affidati alla produzione di un piccolo industriale metalmeccanico, e utilizzati poi da una grande casa automobilistica: è chiara qui la dipendenza economica e la subordinazione imprenditoriale del subfornitore, che non potrebbe vendere a nessun altro quegli specifici componenti, e perciò il rischio di abusi da parte del committente»: M. PARADISO, *Corso di istituzioni di diritto privato*, 8ª ed., Torino, 2014, p. 350. In argomento, v. M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 1 ss.

Il legame tra interesse privato ed interesse pubblico al corretto funzionamento del mercato concorrenziale, già evidenziato nei contratti dei consumatori, ricorre anche in questa tipologia di contratti asimmetrici.

Se è vero, infatti, che l'autonomia contrattuale genera l'iniziativa economica privata<sup>(75)</sup> (v. art. 41 Cost.), al legislatore non potevano sfuggire anche le ancora più forti interrelazioni tra la necessità di tutelare il mercato, attraverso le regole *antitrust* poste a presidio della libertà di concorrenza, e le ricadute negative che le condotte imprenditoriali in violazione di quelle regole possono avere sui contratti che realizzano il programma illecito degli autori di tali condotte.

Il riferimento è non solo ai contratti conclusi con i consumatori "a valle" delle intese restrittive della concorrenza (queste ultime dichiarate dall'ordinamento interno e da quello europeo, rispettivamente, nulle "ad ogni effetto" e "di pieno diritto": art. 2, comma 3, l. 287/1990, e art. 101, comma 2, TFUE), ma anche e soprattutto ai contratti mediante i quali l'impresa che abusa della propria posizione dominante impone agli acquirenti, diretti o indiretti, dei suoi prodotti prezzi o altre condizioni "non eque" (art. 102, comma, comma 2, lett. a), TFUE) o "ingiustificatamente gravose" (art. 3, lett. a), l. 287/1990).

Nei contratti asimmetrici ad offerta monopolistica, l'asimmetria negoziale è il risultato di condotte imprenditoriali che violano le norme a tutela della concorrenza; queste condotte possono, quindi, considerarsi contrarie anche alla regola di correttezza nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.).

La complementarità del ruolo delle giurisdizioni nazionali rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri dell'Unione europea ai fini dell'applicazione delle regole *antitrust* è stata evidenziata per la prima volta dal Regolamento CE n. 1/2003. In particolare, è stato previsto che l'autorità giudiziaria ordinaria sia chiamata a tutelare i diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie tra i privati, «accordan-

---

<sup>(75)</sup> Cfr. A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, vol. III, t. II, *Il Contratto in generale*, cit., p. 55, e già in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Roma-Bari, 2008, p. 3.

do risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni» (considerando 7) <sup>(76)</sup>. L'art. 16 del Regolamento prevede, in proposito, il divieto per il giudice nazionale di emettere decisioni in contrasto con quelle già adottate dalla Commissione europea, nonché la possibilità di sospensione del giudizio civile.

L'art. 140-*bis*, comma 6 cod. cons., dispone, inoltre, che il tribunale chiamato a pronunciarsi sull'ammissibilità dell'azione di classe possa sospendere il giudizio «quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo».

Da ultimo, la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014 n. 104 («Norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea») ribadisce questa integrazione tra *private* e *public enforcement* del diritto *antitrust*, stabilendo che «per garantire un'efficace applicazione a livello privatistico a norma del diritto civile e un'efficace applicazione a livello pubblicistico da parte delle autorità garanti della concorrenza, i due canali devono interagire in modo da assicurare la massima efficacia delle regole di concorrenza» (considerando 6).

La tutela del contraente debole nei contratti ad offerta monopolistica è prevista, in base ad una norma sulla competenza giurisdizionale, dall'art. 33, 2° comma della legge n. 287 del 1990 (legge antitrust o L.A.), secondo cui «Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla Corte d'Appello competente per territorio» <sup>(77)</sup>.

---

<sup>(76)</sup> Sull'argomento, v., per tutti, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 455 ss.

<sup>(77)</sup> La norma ha fatto sorgere non pochi dubbi in merito al fatto che, invece, per la violazione delle norme antitrust comunitarie, la competenza è, in primo grado, del Tribunale: cfr. M. TAVASSI, M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust. Tutela giurisdizionale della concorrenza*, Milano, 1998, p. 185 ss. Sul punto, v. App. Milano, ord., 24 maggio 2007, in *Corr. merito*, 2008, p. 156 ss., con nota di L. CAJAZZO, *Abuso di posizione dominante: Corte d'appello o tribunale?*. Secondo i giudici milanesi, «sussiste un abuso di posizione dominante di rilevanza comunita-

La previsione delle azioni di nullità è tradizionalmente ricollegata alla sanzione prevista dall'art. 2 L.A. per la violazione del divieto di intese restrittive della concorrenza. Viceversa, il rimedio contro gli abusi di posizione dominante è ricondotto all'azione risarcitoria, che si ritiene di natura extracontrattuale<sup>(78)</sup>.

Questa visione del sistema rimediale civilistico contro gli illeciti antitrust è però da ritenere, a nostro avviso, ormai definitivamente superata.

Invalidità del contratto e risarcimento del danno, infatti, si intrecciano e assumono contorni differenti a seconda della natura degli interessi da tutelare, che possono trovare adeguata collocazione sistematica solo attraverso una sintesi concettuale propria dell'indagine dottrinale<sup>(79)</sup>.

Tentiamo, dunque, di fornire un quadro ricostruttivo il più possibile chiaro e coerente con i valori espressi dal sistema giuridico ed economico di mercato concorrenziale, partendo dalla rilevazione della sostanziale unità del tema trattato, tanto in ordine ai contratti stipulati in esecuzione di un'intesa vietata quanto nei riguardi dei contratti con i quali si realizza un abuso di posizione dominante. In entrambi i casi, infatti, le situazioni rimediali prospettabili sono identiche, e vanno distinte in base all'interesse fatto valere in giudizio. Infatti, gli *interessi fondamentali* che il contraente debole può far valere innanzi al giudice civile sono di un duplice ordine e coincidono con quelli già esaminati a proposito dei contratti negoziati:

- a) *l'interesse all'eliminazione del contratto* squilibrato o iniquo ed al ristoro dei danni subiti;

---

ria, di competenza del tribunale quale giudice unico di primo grado, allorché sia ravvisabile un pregiudizio al commercio tra stati membri in grado di nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico interstatale; a tal fine, la circostanza che un'intesa abbia per oggetto soltanto la distribuzione dei prodotti in un unico stato membro non è sufficiente ad escludere che il commercio interstatale possa essere pregiudicato».

<sup>(78)</sup> Ma cfr. Corte Giust., 30 gennaio 1974, n. 127/73, *BRT c. Sabam*, in *Racc.*, 1974, p. I-51, secondo cui il fatto che l'art. 82 (ex 86) TCE (ora 102 TFUE) nulla disponga in merito alla invalidità del contratto tramite il quale si realizza l'abuso, non esclude che il contratto possa essere dichiarato nullo in base alle singole discipline degli ordinamenti nazionali.

<sup>(79)</sup> Cfr. M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006, spec. pp. 33 ss, 51 ss, 93 ss.

b) *l'interesse alla conservazione del contratto* mediante il riequilibrio delle condizioni contrattuali.

Orbene, mentre nell'ipotesi *sub a)* il rimedio più consono è quello della nullità di protezione dell'intero contratto, quale modello generale di tutela demolitoria per (gravi) condotte precontrattuali scorrette, accompagnato da un'azione risarcitoria, nell'ipotesi *sub b)* la nullità relativa può essere soltanto parziale, ed è il risarcimento del danno ad aprire il varco al riequilibrio del rapporto.

Alla luce di quanto sin qui ricordato, è agevole constatare come la nullità comminata dal 3° comma dell'art. 2 L.A., secondo cui «Le intese vietate sono nulle ad ogni effetto», è essenzialmente una *nullità-sanzione*, perché gli interessi *condivisi* delle imprese partecipanti all'intesa, al di fuori dei casi di esenzione, urtano inesorabilmente contro l'interesse pubblico alla efficienza ed alla competitività del mercato.

Qui si affaccia il cuore del problema giuridico dei contratti conclusi in esecuzione di un'intesa vietata; non si tratta di una illiceità o nullità «derivata» da quella dell'intesa a monte, bensì di illiceità per contrasto con le norme imperative, che sono anche norme di ordine pubblico economico *di protezione*, in quanto vietano di coartare la libertà negoziale del contraente debole, *sub specie* di *culpa in contrahendo*<sup>(80)</sup>. Deriva che, diversamente dalla nullità dell'intesa, che è assoluta, perché vede coinvolti allo stesso modo tutti i partecipanti ad essa, la nullità dei contratti a valle è soltanto relativa, perché posta *a protezione del contraente debole o vessato*.

Stesso ragionamento può utilmente farsi per i casi di abuso di posizione dominante mediante contratti squilibrati o iniqui, essendo unica la *ratio* della eventuale invalidità *sub specie* di nullità relativa, che si pone quale *rimedio generale* ad una asimmetria di potere economico e, quindi, negoziale<sup>(81)</sup>.

---

<sup>(80)</sup> Cfr. Trib. Roma, 20 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 449.

<sup>(81)</sup> Cfr. Trib. Milano, 4 agosto 2000, in *Contratti*, 2001, p. 127 ss., e Trib. Milano, 14 settembre 2000, in *Giur. comm.*, 2002, I, 318 ss., ove la nullità del contratto è stata ricondotta alla violazione di norme imperative a tutela della concorrenza. Le radici delle nostre deduzioni si ritrovano nel solco tracciato dallo studio fondamentale di T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, p. 169.



Con riferimento all'azione risarcitoria, il problema principale è dato dalla prova del danno *antitrust*, sulla base di indagini volte ad accertare la palese arbitrarietà o irrazionalità della fissazione del prezzo da parte dell'impresa, in assenza di giustificazioni tecnico-aziendali legate ai costi di produzione sostenuti, ovvero la discriminazione nelle condizioni contrattuali praticate alla clientela per prestazioni equivalenti, non giustificate da circostanze oggettive<sup>(82)</sup>. La casistica esaminata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel corso di pregevoli istruttorie da essa condotte costituisce, al riguardo, l'esempio più efficace e autorevole di tale orientamento<sup>(83)</sup>.

Bisogna, intanto, osservare come non è infrequente che il giudice civile sia chiamato ad intervenire su fatti che hanno formato oggetto di un procedimento amministrativo ad opera dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato o della Commissione europea. In questo caso, l'azione giudiziaria civile è di tipo *follow-on*, poiché è fondata su un illecito antitrust accertato già dall'Autorità (nazionale o europea)<sup>(84)</sup>.

I provvedimenti amministrativi con cui si accertino violazioni della normativa antitrust, che precedano l'instaurazione del processo civile, concorrono a formare il convincimento del giudice ordinario chiamato a pronunciarsi sui medesimi fatti sui quali si è espressa l'Autorità garante della concorrenza

---

<sup>(82)</sup> Cfr. Trib. di primo grado CE, sent. 29 settembre 2006, causa T-168/01, *Società GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione CE*, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 38, secondo cui «L'art. 82, lett. c) del Trattato CE (ora art. 102, lett. c), TFUE) non osta a che un'impresa in posizione dominante fissi prezzi differenziati nei vari Stati membri, in particolare quando le differenze di prezzo siano giustificate da variazioni nelle condizioni dello smercio e nell'intensità della concorrenza, ma le vieta di praticare differenze di prezzo artificiali nei vari Stati membri, tali da comportare uno svantaggio per i suoi clienti e da falsare la concorrenza, nel contesto di una compartimentazione artificiale dei mercati nazionali».

<sup>(83)</sup> Cfr., *ex multis*, quali *leading cases*, AGCM, provvedimento n. 10115 del 15 novembre 2001, *Veraldi/Alitalia*, in *Boll.*, n. 46/2001, nonché AGCM, provvedimento n. 13697 del 28 ottobre 2004, *Associazione bancaria italiana*, in *Boll.*, n. 44/2004.

<sup>(84)</sup> L'azione civile è detta invece *stand-alone* quando viene condotta in assenza di un precedente accertamento della violazione antitrust da parte dell'autorità amministrativa: cfr. L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Bologna, 2009, p. 34.

e del mercato, dovendosi ritenere che il provvedimento stesso costituisca prova dell'esistenza dell'illecito antitrust<sup>(85)</sup>.

D'altro canto, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è l'organo istituzionalmente deputato ad emettere valutazioni tecnico-discrezionali in ordine alla compatibilità o meno dei comportamenti imprenditoriali con i

---

<sup>(85)</sup> Cfr. App. Napoli, 12 luglio 2007, in *Danno e resp.*, 2008, p. 115 ss. (con commento di G. ROMAGNOLI, *Rilevanza «esterna» dell'accertamento delle intese assicurative da parte dell'autorità garante per la concorrenza ed il mercato*), secondo cui «La prova del nesso eziologico tra illecito concorrenziale e danno, per cui è richiesto il risarcimento, può essere assolta tramite la produzione dei documenti relativi agli accertamenti svolti dall'Autorità relativamente agli obbiettivi perseguiti dalle imprese sanzionate ed all'impatto dell'intesa sulla determinazione dei premi»; Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Concorrenza*, n. 59: «Nel giudizio instaurato, ai sensi dell'art. 33, 2° comma, l. n. 287 del 1990, per il risarcimento dei danni derivanti da intese restrittive della libertà di concorrenza, pratiche concordate o abuso di posizione dominante, sebbene le conclusioni assunte dall'autorità garante per la concorrenza ed il mercato, nonché le decisioni del giudice amministrativo che eventualmente abbiano confermato o riformato quelle decisioni, costituiscano una *prova privilegiata*, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, ciò non esclude che sia possibile per le parti offrire prove a sostegno di tale accertamento o ad esso contrarie».

Da ultimo, sulla falsariga delle indicazioni provenienti dalla Direttiva UE n. 104/2014 in ordine alla divulgazione delle prove (artt. 5-7), v. Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, in *Dir. ind.*, 2015 p. 537 ss.: «In tema di risarcimento del danno derivante da paventate violazioni agli artt. 2 e seguenti della legge 10 ottobre 1990, n. 287, il giudice non può decidere la causa applicando meccanicamente il principio dell'onere della prova, ma è chiamato a rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in giudizio, tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, sicché, fermo restando l'onere dell'attore di indicare in modo sufficientemente plausibile seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale, il giudice è tenuto a valorizzare in modo opportuno gli strumenti di indagine e conoscenza che le norme processuali già prevedono, interpretando estensivamente le condizioni stabilite dal codice di procedura civile in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e consulenza tecnica d'ufficio, al fine di esercitare, anche officiosamente, quei poteri d'indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata». La sentenza si può leggere anche in *Foro it.*, 2015, I, c. 2742 ss., con nota di M. CASORIA e R. PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*. V. anche M. CASORIA, *Private enforcement: il cuore (del giudice) oltre l'ostacolo?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2015, p. 337 ss.

principi di libertà di concorrenza<sup>(86)</sup>. In proposito, l'art. 9, comma 1, della direttiva UE n. 104/2014, dispone che «gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza».

Deriva una conseguenza pratica assai importante, giacché nel giudizio civile risarcitorio il consumatore potrà provare l'esistenza del nesso di causalità tra la condotta anticoncorrenziale dell'impresa ed il danno subito a causa del sovrapprezzo monopolistico imposto nel contratto stipulato dall'impresa con il consumatore<sup>(87)</sup>, semplicemente allegando il provvedimento ammi-

---

<sup>(86)</sup> Diversa è l'ipotesi del c.d. *multiple enforcement*, derivante dalla coesistenza di più istruttorie aperte sulla stessa condotta anticoncorrenziale da parte di più di una autorità nazionale garante della concorrenza e del mercato ovvero in cui siano pendenti più processi in una o più giurisdizioni, nello stesso momento o in diversi momenti. Ciò soprattutto alla luce del fatto che gli artt. 101, § 1, e 102 TFUE sono applicabili tanto dai giudici che dalle autorità nazionali. Cfr. art. 3 del Regolamento CE n. 1/2003: «Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ai sensi dell'art. 81, paragrafo 1, del Trattato (ora art. 101 TFUE) che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l'art. 81 del Trattato a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza agli sfruttamenti abusivi vietati dall'art. 82 del Trattato (ora art. 102 TFUE), esse applicano anche l'art. 82 del Trattato». Nel caso di due procedimenti giudiziari in due Stati membri in ordine alla medesima fattispecie, la parte può invocare la litispendenza sulla base dell'art. 27 del Regolamento n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Ai sensi di tale articolo, in linea di principio, una volta che un contenzioso è stato instaurato davanti ai giudici di uno Stato membro non sarà possibile presentare lo stesso ricorso contro gli stessi soggetti in altri Stati membri.

<sup>(87)</sup> Si tratta, ovviamente, di una semplificazione, perché il novero dei soggetti interessati dal danno da sovrapprezzo monopolistico si può allargare, oltre che ai consumatori finali, agli intermediari che operano lungo la catena distributiva del prodotto. La questione richiama quella della traslazione del danno antitrust, atteso che l'acquirente diretto (interme-

nistrativo dell'AGCM che accerti la violazione della normativa antitrust da parte del soggetto imprenditoriale. L'art. 17, comma 2 della Direttiva UE n. 104/2014, pone espressamente, al riguardo, una presunzione *iuris tantum* che le violazioni consistenti in intese restrittive della concorrenza causino un danno <sup>(88)</sup>.

---

diario) cercherà sempre di traslare (*pass-on*) il sovrapprezzo patito sull'acquirente indiretto (consumatore finale). In Italia ed in Europa è ammessa sia la *offensive passing-on*, cioè la legittimazione attiva all'azione risarcitoria da parte degli acquirenti indiretti, sia la *defensive passing-on*, vale a dire la possibilità dell'impresa convenuta in giudizio di eccepire che l'attore ha già traslato il danno subito e dunque difetta di legittimazione attiva: cfr. App. Torino, 6 luglio 2000, in *Danno e resp.*, 2001, p. 46 ss.; App. Cagliari, 23 gennaio 1999, in *Giur. it.*, 2000, p. 143 ss. Viceversa, negli Stati Uniti d'America la legittimazione attiva spetta solo agli acquirenti diretti: cfr. *amplius*, L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust*, cit., p. 52 ss. L'art. 12, comma 1 della Direttiva n. 104/2014, stabilisce ora che «Per garantire la piena efficacia del diritto al pieno risarcimento di cui all'articolo 3, gli Stati membri provvedono affinché, in conformità delle norme stabilite nel presente capo, il risarcimento del danno possa essere chiesto da chiunque lo abbia subito, indipendentemente dal fatto che si tratti di acquirenti diretti o indiretti dell'autore della violazione, e affinché siano evitati sia un risarcimento del danno superiore al danno causato all'attore dalla violazione del diritto della concorrenza sia l'assenza di responsabilità in capo all'autore della violazione».

<sup>(88)</sup> Sui problemi teorici ed applicativi sollevati dalla Direttiva UE n. 104/2014, v. G. ALPA, *Illecito e danno antitrust. Un dialogo tra le Corti nazionali e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 1227 ss.; E. MALAGOLI, *Il risarcimento del danno da pratiche anticoncorrenziali alla luce della direttiva 2014/104/UE del 26 novembre 2014*, in *Contr. e impr./Europa*, 2015, p. 390 ss.

