

1

Principio di buona fede e correttezza

Sommario: 1. Fonti. - 2. Profili comparati. - 3. Definizione. - 4. Portata e contenuto. - 5. Applicazione pratiche. - 5.1. Pagamento con mezzi diversi dal denaro e indebito rifiuto. - 5.2. Contratto con effetti protettivi verso terzi. - 5.3. Teoria del contatto sociale e principio di buona fede. - 5.4. Responsabilità precontrattuale. - 5.4.1. Violazione degli obblighi di informazione: responsabilità contrattuale o invalidità? - 6. Sentenze. - 7. Connessioni. - 7.1. Principio del divieto di abuso. - 7.2. Principio di equilibrio contrattuale.

1. Fonti

Art. 2 Cost; art. 1175, 1176, 1206, 1227, 1337, 1358, 1366, 1375, 1391, 1460, 1914, 2105, 2392, c.c..

2. Profili comparati

In **Germania** l'§242 BGB, enuncia la regola della *Treu und Glaube* prevedendo che *“il debitore è obbligato a eseguire la prestazione così come richiede la buona fede tenuto conto degli usi commerciali”*.

In **Francia**, invece, l'art. 1134 *code civil* prevede che *“Le convenzioni legalmente formate costituiscono legge per quelli che le hanno fatte. Non possono essere revocate che con il loro mutuale consenso o per le cause che la legge autorizza. Devono essere adempiute in buona fede”*.

In **Spagna**, infine, secondo l'art. 7 co. 2 *“I diritti si devono esercitare in modo conforme ai principi di buona fede. La legge non tutela l'abuso del diritto né il suo impiego antisociale”*.

In **Inghilterra** la giurisprudenza, prima nel caso *Spring v. Guardian Assurance plc* del 1995, poi nel recentissimo caso *McKie v. Swindon College* del febbraio 2011 ha espressamente enunciato la sussistenza dell'obbligo di buona fede e correttezza durante tutto il rapporto contrattuale, compresa la fase successiva alla cessazione del rapporto (nel caso di specie un rapporto lavorativo).

3. Definizione

La buona fede in senso oggettivo rappresenta quella regola di condotta, prevista dalla legge (art. 1175 c.c.) la cui natura giuridica comporta che la sua violazione è fonte di responsabilità da inadempimento ex art. 1218 cc. In questo senso, la buona fede è sinonimo di correttezza nel comportamento che devono tenere le parti, dando luogo alla “regola di governo della discrezionalità contrattuale”.

4. Portata e contenuto

La “buona fede” è un istituto che appare diverse volte nel codice, pur designando istituti che rispondono a *ratio* profondamente diverse. A tal fine occorre distinguere *in primis* tra **buona fede soggettiva** e buona fede oggettiva. La prima consiste ora a convinzione erronea di agire in conformità di un diritto, ora a ignoranza di ledere un altrui diritto, ora ad affidamento in una situazione giuridica apparente. L'effetto che si ricollega a questa buona fede consiste nella conservazione della situazione o degli effetti giuridici nei quali il soggetto aveva confidato ovvero alla limitazione della responsabilità (es. 129 cc, in tema di matrimonio, o l'art. 1147 cc. in tema di possesso, o l'art. 1994 cc in tema di titoli di credito che esclude la rivendicazione).

In materia di adempimento delle obbligazioni di legge (art. 1189 cc.) si sancisce la liberazione del debitore che paghi in buona fede al creditore apparente, mentre la buona fede dell'*accipiens* incide sull'ampiezza dell'obbligazione restitutoria in caso di indebito (art. 2033 c.c.). In materia contrattuale la buona fede tutela il terzo in caso di simulazione (art. 1415 c.c.) e annullamento (art. 1445 c.c.)

La **buona fede oggettiva**, invece, prevista chiaramente nel co. 2 dell'art. 1176 cod. civ., viene in rilievo quale regola di condotta in forza della quale è imposto ai soggetti dell'obbligazione di modellare il reciproco comportamento sulla scorta dei canoni di lealtà e correttezza al fine di porre in essere una condotta che non si limiti a soddisfare gli interessi soggettivi sottesi alla complessiva operazione, ma che ulteriormente realizzi la superiore finalità di assicurare uno spostamento di ricchezza conforme a giustizia.

Prima dell'evoluzione che a partire dagli anni '70 ha interessato il concetto di buona fede, si pensava che le fonti di integrazione del contratto fossero solo quelle enunciate dall'art. 1374 cc, (legge, usi ed equità), mentre l'art. 1375 c.c. rilevasse esclusivamente nella fase dell'esecuzione la quale doveva avvenire secondo, appunto, buona fede. Questa idea è venuta meno negli anni successivi, che hanno portato a una lunga evoluzione del concetto di buona fede, valorizzandone l'importanza fino a giungere alle più recenti pronunce giurisprudenziale

1. Principio di buona fede e correttezza

In un primo momento, la buona fede venne intesa come **mero strumento di integrazione**, sicché da criterio di valutazione delle condotte, l'art. 1375 c.c. divenne vero e proprio strumento di integrazione degli obblighi contrattuali. In questo senso, la parte nell'eseguire il contratto, oltre ad adempiere alla prestazione contrattuale e a quelle di cui all'art. 1374 cc, era tenuta altresì a modificare le proprie prestazioni, porre in essere quelle non previste, tollerare le modificazioni delle prestazioni altrui che non incidano significativamente, adempiere ai doveri di avviso e informazione, anche se non previsti esplicitamente nel contratto. Da questa impostazione assurse a **clausola generale atipica fonte di tutti quasi comportamenti aprioristicamente non determinabili**, ma necessari per la salvaguardia dell'altrui sfera giuridica.

A questa fase è seguita quella che, prendendo le mosse dal *leading case* tedesco, nel quale è stato riconosciuto alla buona fede la fonte di obblighi anche nei confronti dei terzi che si trovino rispetto all'obbligazione in una situazione di *proximity*, considera la buona fede quale regola precettiva e quindi come **fonte dei c.d. obblighi di protezione** o *Schutzpflichten*. Tali obblighi possono essere definiti come quelli il cui contenuto va individuato nel generale dovere di salvaguardare la sfera giuridica dei soggetti con i quali venga instaurato un rapporto, in modo tale da evitare che dal proprio comportamento derivi un pregiudizio per questi ultimi.

Chiarita la dimensione positiva, va tuttavia precisato che la buona fede è stata anche come **clausola protesa a limitare funzionalmente le pretese creditorie** e, in generale, l'esercizio del diritto. In altri termini il principio di buona fede pone un limite funzionale all'esercizio del diritto, dato dalla *ratio* per cui l'ordinamento riconosce quel diritto. La conseguenza è il riconoscimento dello strumento *dell'exceptio doli generalis* che consiste nella paralisi dell'azione che concreti l'esercizio di un diritto abusivo a cui non può essere fornita tutela alla luce della buona fede (Cfr. cap. 2 "*Principio del divieto di abuso del diritto*").

In particolare si può quindi affermare (CARBONE) che il principio di buona fede assume il ruolo di **simbolo del nuovo volto del contratto nella società moderna**, e va considerato come **regola di responsabilità del singolo contraente e di governo del rapporto**, il cui contenuto deve indurre a optare per l'equilibrio contrattuale onde salvaguardare l'assetto contrattuale e limitare il rimedio caducatorio.

L'ultima fase dell'evoluzione del principio di buona fede è quella nella quale ci si è interrogati circa la possibilità che la stessa assurga a **regola di validità del contratto**, o di singole clausole.

L'impostazione tradizionale era nel senso di escludere che la buona fede potesse essere considerata una regola di validità: la dottrina e dalla giurisprudenza prevalente, infatti, hanno sempre concluso nel senso per cui la buona fede è un criterio che se da un lato è idoneo a incidere sul

regolamento contrattuale, dall'altro non può assurgere a clausola di validità contrattuale.

A tal fine, le Sezioni Unite, chiamate a pronunciarsi sul tema della responsabilità degli intermediari finanziari per omessa informazione, hanno chiaramente affermato che il principio della sostanziale differenza tra norme di validità e norme di comportamento, queste ultime idonee a integrare solo il risarcimento del danno e mai la nullità del contratto (Cfr. **Sez. Un. 19 dicembre 2007, n. 26725**).

A questa tesi, si opponeva parte della dottrina che riteneva di dover considerare la buona fede come **strumento di controllo dell'autonomia contrattuale** e quindi di sindacato sulla conformità del contratto al principio in esame. Aderendo a questa concezione, la violazione della buona fede avrebbe comportato la nullità virtuale della stipulazione ex art. 1418 c.c. per violazione della norma imperativa che impone condotte corrette tra le parti.

In senso opposto la giurisprudenza, a partire dal **caso Fiuggi**, ha affermato che *"In tema di esecuzione del contratto, la buona fede si atteggiava come impegno di cooperazione o un obbligo di solidarietà che impone a ciascun contraente di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, o dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, siano idonei a preservare gli interessi della controparte senza rappresentare un apprezzabile sacrificio"*. (Cfr. **Cass. 20 aprile 1994 n. 3775**).

A sostegno di tale tesi, si adducevano casi espressamente codificati dal legislatore nei quali si dà rilevanza alla buona fede e alla giustizia contrattuale ai fini della validità del contratto. In primis, l'art. 36, Codice del consumo che sanziona con la nullità di protezione le clausole abusive che innescano un significativo squilibrio a danno di una parte e a vantaggio dell'altra. In particolare, sanziona la violazione della c.d. **procedural justice**, ossia l'ingiustizia derivante da un abuso a opera della parte più forte ai danni dell'altra. In secondo luogo, in tema di usura, l'art. 1815 c.c. dà rilevanza alla **substantive justice**, cioè l'ingiustizia del contratto in quanto tale, sanzionando con la nullità la pattuizione di interessi usurari.

Ci si è chiesti se questi casi siano eccezionali o espressione di una regola generale. Pacificamente è da escludersi che sussista una regola generale di tutela per i casi di substantive justice, mentre più sostenibile è l'idea che sussista una regola generale che tuteli la parte debole nel caso di violazione della procedural justice concretizzatasi in un abuso di diritto.

Ciò sarebbe d'altronde confermato dalla Carta di Nizza che, in materia di contratti, stabilisce una stretta corrispondenza tra regole di comportamento e regole di validità.

L'intero dibattito va rivisto alla luce della recentissima pronuncia della Corte costituzionale (**Ord. 2 aprile 2014 n. 77**) che, nel contesto relativo all'estendibilità della disciplina della clausola penale alla caparra confirmatoria, ha affermato **l'ammissibilità della nullità del contratto o di una**

1. Principio di buona fede e correttezza

sua clausola ex art. 1418 c.c. per violazione del canone della buona fede, integrata dal principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., cui si deve attribuire *vis normativa*.

In sostanza, si prospetta un'operazione triangolare (art. 2 Cost, art. 1322 cc e art. 1375 cc.), in virtù della quale la buona fede diviene parametro idoneo a verificare la corrispondenza della stipulazione ai canoni di correttezza e buona fede imposti dall'ordinamento e che trascendono rispetto all'autonomia contrattuale. In questi termini, la libertà contrattuale è libera nei limiti in cui porti ad un risultato finale sostanzialmente giusto, corretto e conforme a buona fede.

5. Applicazioni pratiche

5.1. *Pagamento con mezzi diversi dal denaro e indebito rifiuto*

Problemi di interazione con il principio di buona fede si sono posti in relazione alle ipotesi di adempimento di obbligazioni pecuniarie con mezzi di pagamento diversi dal denaro, al fine di comprendere se si possa configurare un **adempimento in senso stretto o una *datio in solutum***, e conseguentemente si richieda il consenso del creditore.

In particolare la questione si è posta in relazione agli assegni, rispetto ai quali occorre distinguere tra assegno circolare e assegno bancario, stante le diverse conclusioni cui è giunta la Cassazione rispetto ai due titoli di credito.

Quanto all'**assegno circolare**, questo è un titolo di credito emesso dall'istituto bancario quando il denaro necessario al pagamento sia già disponibile presso l'istituto stesso. La giurisprudenza prevalente ha ritenuto che la consegna di assegni circolari non sia pienamente equiparabile al pagamento mediante denaro, ma configuri un'ipotesi di *datio in solutum*, con conseguente necessità che il creditore presti il proprio consenso ex art. 1197 cc. In particolare, tra tante. A tal fine, si è precisato che si tratta di una proposta di datio pro solvendo, la cui efficacia liberatoria dipende dal preventivo assenso del creditore, ovvero della sua accettazione ex art. 1197 cc, che è configurabile quando trattenga e riscuota l'assegno. In questa ultima ipotesi la prestazione diversa è accettata con riserva, quanto al definitivo effetto liberatorio, dell'esito della condizione "salvo incasso".

Tanto premesso, si ritiene, tuttavia, che sia ingiustificato non accettare il pagamento a mezzo di assegni circolari perché configura un **atteggiamento contrario a buona fede, stante la certezza di riscuotere il credito presso la banca**. Quanto all'individuazione del momento in cui il debitore possa considerarsi liberato, si ritiene che in questo caso il debitore sarà liberato solo quando il creditore acquisti concretamente la disponibilità giuridica della somma di denaro (**Cass. Sez. un. 18 dicembre 2007 n. 26617**).

Diverso è il discorso per ciò che attiene all'**assegno bancario**: questo è un titolo di credito che consente al titolare di un conto corrente bancario il pagamento di una somma a un altro soggetto o a se stesso. In questo caso il debito non è garantito a priori dalla banca il che comporta che ben può verificarsi il caso di assegni emessi "a vuoto". Questa è la ragione per la quale in questo caso la giurisprudenza ha concluso nel senso che il rifiuto del creditore di accettare il pagamento con questo mezzo non sia contrario a buona fede (**Cass. sez. III, 15 luglio 2008 n. 19427**), **salvo che non si tratti di rapporti privati caratterizzati da una certa continuità nel tempo e da un consolidato rapporto fiduciario** basato sull'esito positivo di precedenti analoghe operazioni.

Più di recente la Cassazione, valorizzando maggiormente il principio di buona fede, ha chiarito che il pagamento con un sistema diverso dalla moneta avente corso legale nello Stato o dall'assegno circolare, ma che assicuri al creditore la disponibilità della somma dovuta, può essere rifiutato dal creditore soltanto per un **giustificato motivo, dovendosi altrimenti intendere il rifiuto come contrario al principio di correttezza e buona fede**. (Cass. sez. III 17 dicembre 2014 n. 26543)

5.2. Contratto con effetti protettivi verso terzi

A partire dal noto **Caso Gasuhrfall** della Corte Suprema tedesca, si è affermata l'ammissibilità di una responsabilità contrattuale per i danni cagionati a terzi, che si trovino in **rapporto di proximity**, in esecuzione del contratto. Nel caso di specie era stata dichiarata la responsabilità dell'appaltatore per i danni subiti dalla domestica in servizio presso la committente e causati dall'esplosione di un contatore di gas installato dallo stesso. In questo caso quindi la responsabilità di natura contrattuale è stata riconosciuta anche in assenza di un vincolo contrattuale perché, pur se è vero che l'ordinamento tutela in maniera più incisiva i soggetti legati da un vincolo specifico, tuttavia è irragionevole trattare in maniera differenziata soggetti **che sono lesi in modo identico in quanto gravitano stabilmente nell'orbita del soggetto titolare del contratto**.

Sulla base di questo assunto, la Cassazione ha ammesso la sussistenza degli obblighi di protezione nei confronti di terzi, chiarendo con il **contratto di ricovero ospedaliero della gestante** l'ente ospedaliero si obbliga non soltanto a prestare alla stessa le cure e le attività necessarie al fine di consentirle il parto, ma altresì ad effettuare, con la dovuta diligenza, tutte quelle altre prestazioni necessarie al feto (ed al neonato), sì da garantirne la nascita evitando qualsiasi possibile danno. **Il contratto, intercorso tra la partoriente e l'ente ospedaliero, si atteggia come contratto con effetti protettivi a favore di terzo nei confronti del nato**, alla cui tutela ten-

1. Principio di buona fede e correttezza

de quell'obbligazione accessoria, ancorché le prestazioni debbano essere assolte in parte, anteriormente alla nascita; ne consegue che il soggetto, che con la nascita acquista la capacità giuridica, può agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui il contraente sia tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi, a garanzia di un suo specifico interesse.

Lo sviluppo della tematica, anche con riferimenti di diritto comparato, è ripreso da (Cass. Sez. un. 22 dicembre 2015 n. 25767), emessa su contrasto giurisprudenziale che approfondisce la posizione del nascituro, nato con malformazioni, affermando che il nato non è legittimato a pretendere dal medico il risarcimento dei danni per mancata informazione sanitaria lesiva del diritto di autodeterminazione della madre.

Preme sottolineare che affinché possa sussistere la protezione del terzo è necessario che il soggetto danneggiato si trovi in una posizione di "**prossimità qualificata**" rispetto alla prestazione e dunque rispetto al comportamento dannoso, prossimità che deve derivare dal rapporto che lega il terzo ad una delle parti (es. cura, lavoro, parentela ecc...). A tal fine ci si è interrogati circa la determinazione dei **parametri per individuare i terzi "protetti" dal contratto**. Sul punto due tesi:

Secondo un primo orientamento estensivo, di matrice tedesca, il contratto obbliga alla protezione di tutti i soggetti conviventi con l'avente diritto alla prestazione, nonché con i soggetti legati allo stesso da un rapporto di lavoro, e tutti i soggetti che possono essere pregiudicati dalla pericolosità del bene

La giurisprudenza maggioritaria, tuttavia è nel senso di interpretare restrittivamente i casi in cui il terzo è protetto dal contratto, limitandoli a quelli in cui siano ravvisabili rapporti individualizzati tra il contraente e il terzo.

Tanto premesso, ci si è interrogati circa il **fondamento giuridico degli obblighi di protezione nei confronti di terzi**. Escludendosi l'applicazione dell'art. 1176 cc, che attiene specificamente alle parti, si sono formate due tesi.

Secondo una prima impostazione, il fondamento sarebbe il medesimo sia nel caso di obblighi di protezione verso le parti che verso i terzi, e quindi dovrebbe essere individuato nel principio di **buona fede integrativa ex art. 1375 c.c.** Il principio di buona fede integrativa è quindi idoneo non solo a completare il contenuto del contratto, ma vale altresì ad ampliare la sfera dei soggetti protetti.

A questa impostazione sono state, tuttavia mosse alcune **critiche**. In particolare, si è affermato che non si può parlare di integrazione del contenuto contrattuale, perché l'integrazione presuppone una lacuna del regolamento contrattuale e questo non può rinvenirsi con riferimento a soggetti terzi rispetto all'operazione contrattuale. In secondo luogo, la buona fede integrativa è idonea a estendere l'ambito soggettivo del rapporto senza

che ciò sia espressamente determinato da una manifestazione di volontà delle parti. L'art. 1375 c.c. integra il contratto in sede di attuazione ed esecuzione nell'assunto che siano preventivamente individuati i soggetti tenuti al rispetto degli obblighi derivanti dal rapporto. Infine, gli obblighi di protezione nei confronti dei terzi sono senza prestazione, sicché la natura sostanzialmente diversa di questi obblighi ne impedisce la riconduzione alla fonte della buona fede.

Alla luce della nuova visione maggiormente ispirata a una concezione solidaristica dell'autonomia privata, secondo **altra impostazione**, la buona fede non può più essere intesa come autoregolamento egoistico dei propri interessi, ma anche come regolamentazione funzionale alla tutela della sfera dei terzi legati. In questi termini, la fonte del contratto con effetti protettivi verso i terzi non sarebbe l'art. 1375 cc. in sé solo considerato, ma più propriamente l'art. 1175 cod. civ. con richiamo al principio sanciti dall'art.2 Cost, quale addentellato normativo che integra il **canone della buona fede con il principio di solidarietà**.

5.3. Teoria del contatto sociale e principio di buona fede

Parlare di responsabilità civile significa evocare la principale distinzione fra le due forme di responsabilità che il nostro ordinamento conosce, ovvero quella aquiliana da un lato e la responsabilità contrattuale dall'altro. Terze forme di responsabilità, nonostante i tentativi di enuclearne, non ci sono. Tuttavia, l'espressione responsabilità contrattuale è ambigua in quanto evoca una responsabilità che nasce solo dalla violazione o inadempimento di un contratto e dunque che esiste soltanto se c'è un contratto.

In realtà è una responsabilità che nasce per l'inadempimento di un'obbligazione, la cui fonte privilegiata è il contratto, ma la formulazione dell'art. 1173 c.c. sancisce il cosiddetto **principio di atipicità delle fonti delle obbligazioni**, sicché queste nascono da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle secondo l'ordinamento giuridico, quali le c.d. obbligazioni *ex lege*, come il dovere di correttezza (art. 1175 c.c.) o l'indebito oggettivo (art. 2033 c.c.). Secondo questa disposizione dell'art. 1173 che segna il ritorno alla tripartizione di Gaio (III, 91 «*obligationes nascuntur aut ex contractu, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*») – abbandonando la bipartizione giustiniana (*ex contractu vel ex delicto*) fatta propria dal cod. civ. del 1865 tra contratto e quasi contratto da un lato e delitto e quasi delitto dall'altro – si afferma che, qualunque atto o fatto è potenzialmente idoneo a far nascere un'obbligazione quando superi il vaglio di conformità rispetto all'ordinamento giuridico.

La formula dell'art. 1173 c.c. è stata poi valorizzata alla luce dei principi generali dell'ordinamento quali il **principio di correttezza e buona fede**,

di informazione non si spinge fino a colmare l'altrui negligenza, sicché le parti non sono dovuti a dare nessuna informazione che l'altra parte avrebbe potuto reperire con l'ordinaria diligenza. Nel secondo caso, invece, **la parte forte ha l'obbligo di sopperire all'altrui mancanza fornendo tutte le informazioni non facilmente acquisibili, pena incorrere in responsabilità precontrattuale** e quindi risarcimento del danno. Per chiarire il contenuto di questo obbligo è intervenuta la legislazione speciale, si pensi a titolo esemplificativo al codice del consumo e ai contratti conclusi a distanza.

Tanto premesso la giurisprudenza è stata da sempre costante nel ritenere che la violazione degli obblighi di informazione può dare luogo solo a responsabilità e mai alla caducazione del contratto. A tal fine segna la distinzione tra **regole di comportamento e regole di validità**.

Tuttavia, una deroga a questo principio è stato rinvenuto nei **contratti derivati**. Questi ultimi sono essenzialmente contratti nominati ma atipici, in quanto privi di disciplina legislativa (ovvero solo socialmente tipico), a termine, consensuali, onerosi e aleatori la cui funzione economica consiste tendenzialmente nella copertura di un rischio mediante un contratto aleatorio con la finalità di depotenziare le incertezze connesse ai costi dei finanziamenti oppure, in assenza di un rischio da cui cautelarsi, in una sorta di scommessa che due operatori contraggono in ordine all'andamento futuro dei tassi d'interesse. In questo caso la causa si va individuata nell'alea accettata dalle parti che si concretizza nello scambio di flussi di pagamento basati su tassi di interesse. **Tutti gli elementi dell'alea e gli scenari a essa conseguenti, quindi, costituiscono e integrano la causa del contratto**: ciò non equivale ad affermare la necessaria simmetria dell'alea, potendo una parte accettare una scommessa improbabile. **La mancata conoscenza dell'alea producono la nullità del negozio, per mancanza di causa o per indeterminatezza dell'oggetto**.

6. Sentenze

Pagamenti con mezzi diversi dal denaro

Cass. civ., Sez. Un., 18 dicembre 2007, n. 26617 "Dando una lettura innovativa e costituzionalmente orientata sia dell'art. 1277 c.c. che dell'art. 1182, comma 3, c.c. (e della nozione di domicilio del creditore ivi richiamata), le Sezioni Unite risolvono il contrasto in atto sull'idoneità solutoria del pagamento fatto a mezzo di assegno circolare affermando che nelle obbligazioni pecuniarie, il cui importo sia inferiore a 12.500 euro e per le quali non sia imposta per legge una diversa modalità di pagamento, il debitore ha facoltà di pagare, a sua scelta, in moneta avente corso legale nello Stato o mediante consegna di assegno circolare; nel primo caso il creditore non può rifiutare il pagamento mentre nel secondo può

1. Principio di buona fede e correttezza

farlo solo per giustificato motivo da valutare secondo la regola della correttezza e della buona fede oggettiva; l'estinzione della obbligazione con l'effetto liberatorio del debitore si verifica nel primo caso con la consegna della moneta e nel secondo quando il creditore acquista concretamente la disponibilità giuridica della somma di denaro, ricadendo sul debitore il rischio dell'inconvertibilità dell'assegno”.

Contatto sociale

Cass. civ., Sez. III, 30 settembre 2014, n. 20547 “Nel giudizio di risarcimento del danno conseguente ad attività medico chirurgica, l'attore danneggiato ha l'onere di provare l'esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e di allegare l'inadempimento qualificato del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, restando, invece, a carico del medico e/o della struttura sanitaria la dimostrazione che tale inadempimento non si sia verificato, ovvero che esso non sia stato causa del danno; ne consegue che qualora, all'esito del giudizio, permanga incertezza sull'esistenza del nesso causale fra condotta del medico e danno, questa ricade sul debitore (nella specie, la suprema corte ha cassato la sentenza di merito che, escludendo il nesso di causalità, aveva rigettato la domanda risarcitoria avanzata dai familiari di una paziente deceduta, in quanto la consulenza tecnica d'ufficio aveva assegnato un identico grado di possibilità alle due cause di morte tecnicamente ipotizzabili, una sola delle quali ascrivibile alla condotta del sanitario, con conseguente stallo in tema di accertamento del nesso causale)”.

Cass. civ., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589 [omissis] secondo il più recente orientamento della Corte di cassazione, il contratto sociale surroga la consensualità tipica dell'accordo negoziale, giustificando la nascita di vincoli contrattuali in tutto equivalenti a quelli generati da un contratto di prestazione d'opera. Quella in esame, alla luce dei nuovi orientamenti giurisprudenziali, può essere definita come una fattispecie contrattuale a struttura complessa, dominata dalla presenza di un collegamento negoziale tra tre rapporti “ex contractu”: quello tra ente e medico, quello tra ente e paziente e quello tra paziente e medico. Ne consegue che, mentre le prestazioni pecuniarie – prezzo, compenso, spese – sono regolate dai primi due rapporti e la predisposizione di un'adeguata struttura organizzativa compete principalmente all'ente, la prestazione professionale è oggetto, a diverso titolo, di entrambi i rapporti facenti capo al paziente: quello instaurato con l'ente, in quanto l'ente assicura la disponibilità di personale qualificato a cui rivolgersi, riservandosi di condizionare la scelta del medico da parte del paziente; quello instaurato col medico nel momento in cui il paziente decide di avvalersi di quella disponibilità, in quanto è in questo preciso ambito in cui il rapporto di cura si sviluppa che la prestazione viene definita ed eseguita concretamente. L'esistenza di un rapporto contrattuale tra medico e paziente, il cui contenuto obbligatorio si individua nel contratto di prestazione d'opera professionale, configura in capo al primo una responsabilità da inadempimento nei confronti del secondo che, dunque, concorre con quella dell'ente, emergente ad altro titolo [...].

Responsabilità precontrattuale

Cass. civ., Sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648 “Nel caso in cui una convenzione, relativa all’affidamento ad un professionista di un incarico di progettazione e direzione dei lavori concernenti l’esecuzione di un’opera pubblica, abbia avuto un principio di esecuzione da parte del professionista e sia poi rimasta inefficace a causa della mancata registrazione della medesima da parte della Corte dei conti, la domanda risarcitoria introdotta dal professionista, e con la quale questi denunci la contrarietà a buona fede del comportamento della pubblica amministrazione, è validamente proposta come domanda relativa all’accertamento di un’ipotesi di responsabilità precontrattuale sulla base di elementi idonei a dimostrare la lesione della buona fede posta in essere dalla pubblica amministrazione nel corso della vicenda e, dunque, dell’obbligo sancito dall’art. 1337 c.c.; quest’ultima fattispecie si risolve in un rapporto particolare, che con la trattativa si istituisce tra le parti ed alle quali è normativamente imposto un obbligo di comportamento secondo buona fede, così distinguendosi dalla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. e configurando, invece, un caso di responsabilità compreso tra quelli indicati dall’art. 1173 c.c. In tal caso, pertanto, l’attore, il quale intenda far valere questa ipotesi di responsabilità, ha soltanto l’onere di allegare, ed occorrendo provare, oltre al danno, anche 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, del quale questa ipotesi costituisce una figura normativamente qualificata, in una delle ipotesi previste dall’art. 1173 c.c.”.

Cass. civ., Sez. III, 29 luglio 2011, n. 16735 “La responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta, posta dall’art. 1337 c.c. a tutela del corretto dipanarsi dell’iter formativo del negozio, costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell’onere della prova. Ne consegue che, qualora gli estremi del comportamento illecito siano integrati dal recesso ingiustificato di una parte, grava non su chi recede la prova che il proprio comportamento corrisponde ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull’altra parte l’onere di dimostrare che il recesso esula dai limiti della buona fede e correttezza postulati dalla norma de qua”.

Violazione degli obblighi di informazione

Cass. civ., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725 “La violazione dei doveri d’informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni, che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario, può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, qualora 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, qualora si tratti di violazioni riguardanti operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d’intermediazione finanzia-

1. Principio di buona fede e correttezza

ria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei sopracitati doveri di comportamento può, però, determinare la nullità del contratto d'intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti per violazione di norme imperative ex art. 1418, comma I, c.c..”.

Tribunale Torino, Sez. I, 17 gennaio 2014 “Nelle operazioni di “interest rate swap” la circostanza che, al momento della conclusione del contratto, l'investitore non sia a conoscenza del c.d. “mark to market” (inteso come il valore di mercato del contratto la cui stima venga effettuata attualizzando i flussi di cassa attesi) e che tale elemento non rientri nel contenuto dell'accordo, determina la radicale nullità del contratto. Infatti tutti gli elementi dell'alea e gli scenari che da essa possono discendere, integrano la causa del contratto derivato e devono pertanto essere definiti e conosciuti “ex ante”, con assoluta certezza, sia dal “contraente debole” che dall'intermediario: in mancanza di ciò, il contratto di “interest rate swap” deve considerarsi nullo per difetto di causa, non potendo meritare tutela un negozio caratterizzato dalla creazione di alee reciproche e bilaterali ignote ad uno dei contraenti”.

Corte appello Milano, Sez. I, 18 settembre 2013 n. 3459 “Perché l'alea possa considerarsi razionale debbono essere definiti e conosciuti “ex ante” i suoi elementi da entrambe le parti. In mancanza, il contratto deve ritenersi nullo per difetto di causa. La circostanza che, al momento della conclusione del contratto, l'investitore non conosca il c.d. “mark to market” e che questo elemento non rientri nel contenuto dell'accordo, comporta la radicale nullità dei contratti di “interest rate swap”, perché esclude che l'investitore abbia potuto concludere la scommessa conoscendo il grado di rischio assunto, laddove, per contro, l'intermediario aveva perfetta conoscenza del proprio rischio avendolo misurato scientificamente e su di esso predisposto lo strumento finanziario”.

7. Connessioni

7.1. Principio del divieto di abuso

Il principio di buona fede deve necessariamente essere analizzato congiuntamente a quello del divieto di abuso del diritto, quale manifestazione del primo.

7.2. Principio di equilibrio contrattuale

La sentenza della Consulta sopra citata va analizzata necessariamente avendo riguardo anche al principio di equilibrio contrattuale. Infatti, il problema è l'individuazione della misura al di là della quale lo squilibrio richieda un correttivo, la misura del correttivo stesso, limitato alla rettifica dei