

Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 2

Riccardo Cardilli Maria Floriana Cursi
Roberto Fiori Paola Lambrini
Antonio Saccoccio Gianni Santucci
Andrea Trisciuoglio Massimiliano Vinci

prefazione di
Pietro Rescigno

Estratto

Jovene Editore
2006

ROBERTO FIORI

BONA FIDES

FORMAZIONE, ESECUZIONE E INTERPRETAZIONE
DEL CONTRATTO NELLA TRADIZIONE CIVILISTICA

(Parte prima)*

I.

PREMESSA

1. *Histoire événementielle, longue durée, storia del diritto.*

1.1. *Le 'prigioni di lunga durata'*. – Il panorama delle scienze storiche è molto cambiato da quando, nel 1958, Fernand Braudel pubblicava, nel quarto volume delle *Annales*, il suo articolo sulla *longue durée*¹, fornendo di una veste più esplicitamente teorica la concreta analisi effettuata nove anni prima negli studi sul mondo mediterraneo all'epoca di Filippo II².

L'approccio di Braudel era maturato all'interno del laboratorio delle *Annales* di Marc Bloch e Lucien Febvre³, nell'ambito di quella

* Desidero ringraziare il prof. Giovanni B. Ferri per i preziosi consigli seguiti alla lettura del manoscritto.

¹ F. BRAUDEL, *Histoire et sciences sociales. La 'longue durée'*, in «*Annales E.S.C.*», IV, 1958, 725 ss., ora in *Écrits sur l'histoire*², Paris, 1990 = *Storia e scienze sociali. La 'lunga durata'*, in *Scritti sulla storia*, Milano, 2001, 37 ss. (da cui cito).

² F. BRAUDEL, *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*, Paris, 1949 = *Civiltà e imperi del Mediterraneo nell'età di Filippo II*, Torino, 1953 (l'opera è giunta alla quinta edizione [Paris, 1982], su cui è stata condotta una nuova edizione italiana [Torino, 1986]).

³ Per la vicenda della fondazione cfr. per tutti C. FINK, *Marc Bloch. A Life in History*, Cambridge, 1989 = *Marc Bloch. Biografia di un intellettuale*, Firenze, 1999, 133 ss. Per il rapporto con Durkheim, L. ALLEGRA - A. TORRE, *La nascita della storia sociale in Francia. Dalla Comune alle Annales*, Torino, 1977.

fase di rinnovamento degli studi storici determinatasi in Francia nella prima metà del Novecento, nel contatto tra la storia tradizionale e gli studi economici e sociali. Dalle comuni radici dell'*École* raccoltasi intorno all'*Année sociologique* fondata (tra gli altri) da Émile Durkheim nel 1897⁴, si sarebbero dipartite diverse direttive di ricerca spesso intersecantisi tra loro, talora anche criticamente, nel campo della linguistica, dell'etnologia, della storia, per approdare, verso la fine degli anni cinquanta del secolo scorso, a posizioni strutturalistiche⁵.

Braudel critica – sono cose troppo note per dovervisi soffermare – non solo la storiografia tradizionale che si ferma agli avvenimenti e che, seguendo François Simiand, egli chiama *histoire événementielle*, ma anche la storiografia economica e sociale che colloca al primo po-

⁴ Cfr. per tutti Ph. BESNARD (ed.), *The Sociological Domain. The Durkheimians and the Founding of French Sociology*, Cambridge, 1983.

⁵ Sulla possibile influenza della nozione durkheimiana di 'fatto sociale' su quella di *langue* in Ferdinand de Saussure cfr. W. DOROSZEWSKI, *Quelques remarques sur les rapports de la sociologie et de la linguistique: Durkheim et F. de Saussure*, in «*Journal de Psychologie*», XXX, 1933, 82 ss.; sul rapporto tra Durkheim e Antoine Meillet cfr. per tutti D. LANZA, *Introduzione* ad A. MEILLET, *Lineamenti di storia della lingua greca*, Torino, 1976, IX ss. (traduzione di A. MEILLET, *Aperçu d'une histoire de la langue grecque*, Paris, 1963); è per queste vie che si giunge alla linguistica strutturale, su cui basti rinviare a B. MALMBERG, *Analyse du langage au XX^e siècle. Théories et méthodes*, Paris, 1983 = *L'analisi del linguaggio nel XX secolo. Teorie e metodi*, Bologna, 1985, 103 ss. e a G. C. LEPSCHY, *La linguistica del Novecento*, in G. C. LEPSCHY (ed.), *Storia della linguistica*, III, Bologna, 1994, 431 ss. Per il rapporto con la ricerca etnologica, basti richiamare l'introduzione dello stesso C. LÉVI-STRAUSS a M. MAUSS, *Sociologie et Anthropologie*, Paris, 1950 = *Teoria generale della magia e altri saggi*, Torino, 1965, XV ss. L'influenza di queste impostazioni si avverte però fortemente anche rispetto alla ricerca storica. Per lo studio dell'antichità occorre ricordare almeno la linea che da Louis Gernet arriva sino a Jean-Pierre Vernant e alla sua scuola, su cui influiscono molto anche gli studi di psicologia storica di Ignace Meyerson – nipote del filosofo Emile e direttore di quel *Journal de Psychologie* intorno al quale si riuniscono linguisti, filosofi e storici – e quelli di storia del pensiero cinese, molto influenti sul piano metodologico, di Marcel Granet: su tutto ciò cfr. R. DI DONATO, *Per una antropologia storica del mondo antico*, Firenze, 1990, e J.-P. VERNANT - A. SCHIAVONE, *Ai confini della storia*, Torino, 1993; in particolare rispetto alla ricerca storiogiuridica, cfr. su Gernet M. BRETON, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Bari, 1996, 149 ss. Per la storia delle religioni, basti rinviare alla vasta opera di Georges Dumézil, sui cui rapporti personali e scientifici con Mauss, Lévi-Strauss, Granet, Meillet, Benveniste, cfr. G. DUMÉZIL, *Entretiens avec Didier Éribon*, Paris, 1987 = *Un banchetto di immortalità. Conversazioni con Didier Éribon*, Parma, 1992, e C. GROTTANELLI, *Ideologie miti massacri. Indoeuropei di Georges Dumézil*, Palermo, 1993.

sto, nella ricerca, le fasi di congiuntura. Egli richiama l'attenzione, invece, sulle strutture, ossia su quei quadri geografici, quelle realtà biologiche, quei limiti della produttività, quelle forme mentali che costituiscono entità che il tempo fatica a logorare e che divengono stabili per secoli, «prigioni di lunga durata»⁶.

Un approccio di questo tipo è – Braudel ne è consapevole – estremamente ambizioso, perché costringe lo storico ad accettare il rischio dell'interdisciplinarietà⁷, considerando che le scienze sociali – economia, geografia, demografia, etnologia, ecc. – tracciano per lo più una cesura tra l'attualità e il passato, ritenendo di potersi interessare solo al primo e lasciare lo studio del secondo agli storici. Ed è un metodo difficile da accettare, perché obbliga a ripensare le categorie consuete e ad abbandonare il sicuro terreno delle analisi di breve durata, facilmente documentabili e tutto sommato comode, per affrontare le ampie latitudini delle ricostruzioni secolari o addirittura millenarie. Ma è questo l'approccio che ha modificato – benché oggi certe rigidità iniziali siano attenuate, e i metodi siano meno schematici – l'orizzonte della storiografia del Novecento.

1.2. *La tradizione giurisprudenziale come 'prigione di lunga durata'*. – Di fronte a simili cambiamenti lo storico del diritto si trova in una situazione non semplice.

La sua scienza, per individuare il proprio statuto epistemologico, si è dovuta distaccare dalle 'strutture' istituzionali. Per certi versi, egli ha dovuto compiere il percorso inverso a quello dello storico *tout court*, ricercando la concretezza dei singoli avvenimenti storici e delle congiunture per sgretolare l'edificio del sistema ereditato dal diritto romano e riaffermato, generazione dopo generazione, dalle riletture e dagli adattamenti della tradizione. Ma è difficile non rilevare che in questo processo – giustificato e necessario – di ricerca della complessità dello studio storico, e dunque anche dell'*événement*, si è talora corso il rischio di dimenticare che anche la dimensione strutturale è parte della storia.

⁶ BRAUDEL, *La 'lunga durata'*, cit., spec. 44 s.

⁷ Cfr. anche F. BRAUDEL, *Unité ed diversité des sciences de l'homme*, in «Revue de l'enseignement supérieur», I, 1960, 17 ss., ora in *Écrits sur l'histoire*², cit. = *Unità e diversità delle scienze dell'uomo*, in *Scritti sulla storia*, cit., 73 ss.

La ‘struttura’, nella ricerca storico-giuridica, è innanzi tutto il contesto sociale ed economico entro cui sono nati e vissuti gli istituti⁸. Ma non meno rilevanti – ed anzi essenziali, perché costituiscono lo specifico dello studio della storia del diritto, la caratteristica che ne permette l’autonomia rispetto alla storia sociale⁹ – sono le strutture culturali. Queste infatti possono essere il risultato dell’influenza, sul pensiero giuridico, di concezioni religiose o filosofiche di media o lunga durata. Ma certamente si identificano anche in quella forma mentale, in quella ‘prigione di lunga durata’, che è rappresentata dalla tradizione dell’*interpretatio*.

Questa tradizione – il cui peso è notoriamente maggiore nella sfera del diritto privato – si radica, rispetto al diritto romano, nella convinzione dei *prudentes* di muoversi all’interno di un flusso nel quale il diritto può essere continuamente rinnovato, ma in piena e necessaria coerenza con le sue premesse, a meno di non far intervenire fattori in certo senso ‘arbitrari’ come la *lex* – usata però assai raramente nel diritto privato – o il diritto pretorio, che tuttavia vengono immediatamente riassorbiti nell’*interpretatio*.

⁸ E in ciò soprattutto lo studio della storia del diritto privato è in grave ritardo. Se infatti nello studio del diritto pubblico – limitandosi al diritto romano – l’influenza della pandettistica sul sistema di Theodor Mommsen (Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, I-III, Leipzig, 1887-1888; per il rapporto con la pandettistica cfr. A. HEUSS, *Theodor Mommsen und das 19. Jahrhundert*, Kiel, 1956, 44) è stata almeno in parte superata da F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², I-VI, Napoli, 1972-1990, l’analisi del diritto privato risente ancora fortemente dei condizionamenti della dogmatica ottocentesca che, pur essendo posta in crisi da numerosi studi specifici, riemerge con forza soprattutto nelle opere di carattere generale, la cui importanza nella formazione degli studiosi non deve essere sottovalutata, perché costituiscono la grammatica prima cui si è stati educati, e di cui si fatica a liberarsi. Tra i manuali, l’unico che tenga realmente conto del contesto storico rappresentato dalle strutture economico-sociali è quello di F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma. I. Dalla società gentilizia alle origini dell’economia schiavistica*³, Napoli, 2006.

⁹ Così da evitare il pericolo rappresentato da esiti come quelli prospettati dalle radicali affermazioni di Arnaldo Momigliano, allorché sosteneva la fine della storia del diritto come scienza autonoma, in quanto assorbita dalla storia sociale: A. MOMIGLIANO, *Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi*, in AA.VV., *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, 1966, 21 ss., ora in *Terzo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, I, Roma, 1966, 285 ss.

Nel diritto posteriore, è invece lo stesso *Corpus iuris civilis* a costituire il fattore primario di resistenza, poiché i suoi testi costituiscono un parametro di riferimento costante per l'esperienza giuridica occidentale: fino all'epoca delle codificazioni in modo esplicito, poi mascherati da norme codicistiche.

Naturalmente, astratto dal suo concreto contesto storico, questo *Corpus iuris* non è più il 'diritto romano', che – in quanto esperienza giuridica nata nella dialettica tra le forze economiche, sociali, culturali e i fattori di resistenza rappresentati dalla tradizione giuridica – è una vicenda storicamente conclusa. Il *Corpus iuris* consiste piuttosto in una selezione di regole giuridiche, in una 'struttura testuale' elevata a sistema. Una 'struttura testuale' che però è interamente calata nella storia.

Innanzitutto nella fase della sua genesi, perché le regole in essa contenute hanno assunto determinate forme per ragioni storiche e sono state selezionate in un dato momento storico, cosicché solo nella storia – che in questo caso coincide con il diritto romano – esse possono essere davvero comprese nel loro valore dogmatico. Un valore storico-dogmatico che, anche quando le regole vengono cristallizzate nei testi, e nelle epoche successive trasformate, svuotate, riadattate, talora fraintese, rimane in larga misura vincolante benché siano venute meno le necessità ordinamentali che, nel diritto romano, avevano contribuito a disegnarne la fisionomia¹⁰.

In secondo luogo nella sua interpretazione, perché sul piano della lunga, e anzi della lunghissima durata rappresentato dalle regole romane, si innestano altre forme mentali, che condizionano fortemente lo sviluppo della tradizione: la concezione delle scienze propria della filosofia aristotelica e scolastica, la centralità dell'uomo nella visione cristiana del mondo, la tensione totalizzante del giusnaturalismo e dell'illuminismo, il positivismo, e si potrebbe continuare. Qua-

¹⁰ In realtà, la 'prigione di lunga durata' rappresentata dai testi romani sopravvive nei secoli per il concorso di cause oggettive e soggettive. Da un lato, il sistema ereditato ha una sua logica operativa che spesso, per essere efficace, deve essere conservata oppure riadattata nel suo complesso: la modificazione di un elemento della struttura ha una serie di ricadute a catena su altri elementi, che poi a loro volta devono entrare in dialogo con il dato tradizionale, costringendo a nuove riletture. Dall'altro, è nella stessa natura del lavoro del giurista di innovare trasformando i materiali dati, senza poter inventare *ex nihilo* la regola.

dri ideologici che non si sostituiscono alla 'prigione' dei testi romani, bensì entrano in dialogo con essa, determinando esiti nuovi, che a loro volta confluiscono nella tradizione costituendo nuove e ulteriori 'prigioni' dogmatiche, ossia nuove concezioni (sul piano soggettivo) e nuove strutture ordinamentali (sul piano oggettivo) vincolanti per l'interprete successivo.

La storia del diritto non è dunque una *histoire immobile* – per continuare a utilizzare la terminologia della storiografia francese del Novecento – ma una vicenda complessa che si alimenta sia a fattori di trasformazione, sia a fattori di resistenza.

1.3. *'Prigioni di lunga durata' e interpretazione del diritto.* – Da tutto ciò il diritto attuale è fortemente condizionato, perché il giurista contemporaneo, come quello del passato, non potrebbe, anche volendo, eliminare dal proprio strumentario forme mentali sedimentate nei secoli, e spesso ormai inconsapevoli. Cosicché, per una migliore comprensione dell'attualità sembra imprescindibile – ma forse chi scrive patisce la deformazione professionale dello storico – che all'analisi sistematica si accompagni l'esame del formarsi delle regole vigenti e delle categorie culturali cui esse sono debitrice.

Da questa vicenda è però fortemente influenzata anche la ricostruzione storica del diritto, perché lo studioso delle esperienze giuridiche passate si è formato e opera nell'attualità, essendo perciò altrettanto esposto a condizionamenti, benché di senso opposto, del collega 'positivista'. Nel suo lavoro – e particolarmente nel lavoro del romanista, tradizionalmente più 'sistematico' – il rischio delle autoproiezioni è costante: cosicché decodificare la dogmatica attuale diviene la premessa per cogliere la specificità delle esperienze del passato.

Tuttavia, poiché i condizionamenti maggiori derivano dalla stratificazione delle strutture culturali di lunga durata, un simile lavoro di pulizia concettuale non può esaurirsi nell'analisi di un singolo segmento della storia dell'esperienza giuridica occidentale. Questa deve essere affrontata nel suo complesso. Occorre partire dal diritto romano, entro le cui regole ordinamentali si sono formati i testi del *Corpus iuris civilis*; seguire le interpretazioni di questi testi sviluppatesi nei secoli; cogliere le specificità del diritto che soggettivamente più lo condiziona, quello della propria esperienza nazionale – il che

naturalmente implica il confronto, *per differentiam*, con gli esiti della tradizione con le altre esperienze nazionali¹¹. Un percorso certo arduo e rischioso, e indubbiamente semplificante rispetto alle analisi di settore – le quali, sia chiaro una volta per tutte, non sono ad esso alternative, ma restano insostituibili e spettano agli specialisti di ciascuna materia – che però rispetto a queste ha il pregio di evidenziare, almeno in termini problematici, prospettive e linee di tendenza altrimenti non percepibili.

In questo senso – e senza con ciò voler esprimere nulla più che la mia opinione personale – intenderei i ‘modelli’ che danno il titolo a questa raccolta. Non nel senso, che già Braudel criticava¹², di sistemi esplicativi precostituiti, adattati alle diverse realtà come forme più o meno astratte di interpretazione dei fenomeni. Né tantomeno di strutture normative o dottrinarie decontestualizzate, trasportabili da un’epoca all’altra, eventualmente con la funzione di offrire schemi o paradigmi per il diritto attuale. Piuttosto, come il risultato del dialogo tra le strutture dogmatiche di lunga durata ereditate dalla tradizione e le sollecitazioni al mutamento determinatesi nelle diverse epoche. Attribuendo loro la funzione di contribuire, da un lato, ad una comprensione ‘dall’interno’ del diritto vigente, attraverso l’angolo prospettico della sua formazione; e, dall’altro, ad una ricostruzione meno ingenua delle esperienze del passato.

¹¹ Naturalmente, se tutto ciò contribuisce anche ad una migliore comprensione dei diritti attuali, la storia del diritto ne guadagnerà rispetto al dialogo con le altre branche della scienza del diritto: ma non bisogna sottovalutare l’utilità di un simile approccio innanzi tutto per l’analisi storico-giuridica. Peraltro, nelle discussioni attuali circa il ruolo della storia del diritto nei processi di armonizzazione europei, non si è tenuto conto di un aspetto a mio avviso piuttosto rilevante per lo storico. Se infatti è vero che i diritti europei, essendo in larga parte derivati dal diritto romano, possono in questo o nella sua tradizione trovare un minimo comun denominatore, è anche vero che dal loro confronto sta emergendo una complessità di soluzioni che possono aiutare lo storico nella riscoperta di problemi del passato che i singoli ordinamenti nazionali – entro i quali lo storico del diritto si è formato e che, come si è detto, volente o nolente lo condizionano nel suo lavoro – hanno messo da parte. In altre parole, così come – ad esempio – la comparazione indoeuropea ha permesso allo storico dell’antichità di ‘vedere’ temi e questioni in precedenza non percepiti dalla critica, allo stesso modo il confronto tra i diritti moderni potrebbe indurre lo storico del diritto a ‘vedere’ profili e problemi che il condizionamento della sua esperienza nazionale gli ha sinora impedito di cogliere.

¹² BRAUDEL, *La ‘lunga durata’*, cit., 55 ss.

2. *Il piano della ricerca.*

Le regole della buona fede oggettiva costituiscono certamente una struttura, ossia un complesso organizzato di norme e rimedi che, nelle diverse fasi storiche, ha la funzione primaria di risolvere alcune patologie della vita del contratto.

Benché la tradizione tenda a conservare alcuni principi che costituiscono lo schema logico minimo del suo funzionamento, si tratta però di una struttura mutevole, perché soggetta a un dialogo costante con il sistema – in perpetua metamorfosi – dell'ordinamento nella sua interezza. La trasformazione è tale, che una ricerca impostata sulla 'nozione' di buona fede, anziché sulle 'regole', rischierebbe di condurre a esiti parziali o fuorvianti: la struttura, infatti, assume nei secoli vesti diverse, storicamente documentabili, talora collocate sotto un diverso *nomen iuris*, anche in considerazione del fatto che la buona fede è una nozione – diciamo così – 'sensibile', ossia particolarmente esposta alle variazioni della cultura e dell'ideologia delle varie epoche.

Le ricerche di storia del diritto che si sono occupate del tema hanno assunto come oggetto del proprio studio la nozione, più che la struttura, della buona fede. Inoltre, si sono alternativamente indirizzate all'analisi di settori specifici della questione, oppure limitate allo studio di segmenti separati della tradizione civilistica, vedendosi interdetta la possibilità di una piena storicizzazione dei fenomeni studiati. In particolare, chiunque legga con occhio disincantato i lavori della dottrina romanistica in materia di *bona fides* non esita ad accorgersi della forte influenza, sugli stessi, di concezioni positivistiche che non solo forzano la lettura delle fonti, ma talora tendono addirittura a sostituirsi ad esse. È il caso, ad esempio, del problema della supposta origine pretoria dei *iudicia bonae fidei*¹³, oppure del rapporto tra la buona fede e altri concetti come quelli di *consensus*, *dolus*, *aequitas*, *ius strictum*, ecc.

¹³ Di questo particolare aspetto mi sono occupato in R. FIORI, *Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della 'recezione' dei iudicia bonae fidei*, in «BIDR», CI-CII, 1998-1999 (pubbl. 2005), 165 ss.; cfr. anche ID., *Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva*, in corso di pubblicazione negli atti dell'incontro di studio *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, organizzato dalla Società Italiana di Storia del Diritto a Padova il 25-26 novembre 2005.

Parallelamente si avverte, nella dottrina civilistica, uno sforzo di superamento di queste medesime concezioni che però, pur essendosi affermate in tempi relativamente recenti, tra il XIX e il XX secolo, vengono spesso rappresentate come una 'tradizione' da superare. Si tratta, in realtà, dell'ultima metamorfosi – la più vicina, e dunque la maggiormente percepita – di un sistema che per secoli si è mosso su binari assai più vicini alle esigenze attuali di quanto normalmente si ritenga, e oltretutto di una metamorfosi di breve durata, perché ancorata più alla retorica del volontarismo che non alle reali esigenze dell'economia e della società. Tuttavia la scienza giuridica contemporanea, nella sua opera di 'scoperta' della buona fede – che, come vedremo, è piuttosto una 'riscoperta' –, basandosi su un'analisi solo sincronica dei dati normativi, si è trovata senza sua colpa, per così dire, senza radici. Chiamata a interpretare strutture sostanziali e formule letterali formatesi in epoca pre-positivistica, dovendosi districare tra nozioni antiche, stratificate e ambigue come quelle di equità, dolo e buona fede, oltre che con dettati codicistici spesso contraddittori perché emersi dal talora incoerente accumulo di teorie e fraintendimenti, e non potendo contare sull'ausilio di un lavoro di ricostruzione storica che dipanasse la matassa delle nozioni, essa ha operato secondo buon senso ma con una non sempre piena pulizia concettuale. Ha, cioè, favorito il recupero del ruolo sostanziale della buona fede non solo come criterio di comportamento delle parti, ma soprattutto di interpretazione e integrazione del contenuto contrattuale, e tuttavia non è riuscita a fondare una chiara base dogmatica che legittimasse l'operazione. Di qui una serie di polemiche – solo apparentemente sopite – sul pericolo di attribuire un ruolo normativo al giudice e di mettere in crisi la certezza del diritto favorendo l'ingresso, nel regolamento contrattuale accettato dalle parti, delle convinzioni soggettive dell'organo giudicante.

Quel che si tenterà di proporre nelle pagine che seguono sarà una nuova analisi dei temi legati alla materia della buona fede, ragionando più sulle 'regole' che non sulla 'nozione'.

La prima parte della ricerca, che qui si pubblica, consiste in una ricognizione critica delle principali problematiche sottese al ruolo della buona fede nel diritto civile italiano. Una trattazione che naturalmente, dati gli scopi di questo lavoro e considerata l'enorme lette-

ratura accumulatasi nel tempo in materia, non ha alcuna pretesa di completezza, ma mira semplicemente ad enucleare le questioni essenziali. È bene peraltro chiarire che la scelta di partire dal diritto civile italiano non esprime una volontà di selezionare i temi della ricerca storica sulla base della loro maggiore o minore rilevanza nel presente, assecondando le opzioni ideologiche del 'diritto romano attuale', ma al contrario ha la funzione euristica di evidenziare le linee fondamentali della 'struttura' – o delle 'strutture' – della buona fede nel contesto in cui opera l'interprete, al fine di meglio evidenziare le peculiarità delle esperienze da lui distanti.

Nelle parti successive – che saranno pubblicate in un secondo momento – si tenterà una ricostruzione del ruolo della buona fede nelle diverse fasi storiche della tradizione civilistica e degli esiti di questi percorsi nei diritti europei.

Infine, tenteremo di riannodare i fili della tradizione.

II.

I PROBLEMI NEL DIRITTO CIVILE ITALIANO

3. *La buona fede nella fase formativa del contratto.*

3.1. *Le norme in tema di buona fede formativa.* – Volendo ordinare le evenienze della buona fede cd. oggettiva nell'ordinamento italiano, può forse essere utile partire dalla prima apparizione della nozione nella 'vita' del contratto, ossia nella fase della sua formazione:

Art. 1337 c.c. *Trattative e responsabilità precontrattuale.* Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.

Il primo problema posto dalla disposizione riguarda il momento del sorgere dell'obbligo.

È stato sostenuto che a tal fine sarebbe sufficiente l'intenzione interiore di concludere un contratto. Infatti, si afferma, nei casi in cui mancano trattative e si giunge subito alla proposta contrattuale, qualora quest'ultima avesse caratteristiche di contrarietà a buona fede (ad es. la reticenza sui vizi della cosa) si dovrebbe concludere che il me-

desimo atto produca il dovere e contemporaneamente lo violi¹⁴. A questa ricostruzione è stato obiettato – a mio avviso con buoni argomenti – che i profili dell’offerta, da cui nasce il dovere, e del comportamento scorretto, che lo viola, anche se si concretizzano in un medesimo atto, sono tra loro qualitativamente diversi; e che è difficile ammettere che una intenzione non esteriorizzata possa far nascere un dovere di buona fede¹⁵. Piuttosto, si è sostenuto, il dovere nasce allorché l’invito a trattare di una parte venga percepito dall’altra come serio e affidabile, o viceversa allorché il dichiarante, per il contenuto o per le circostanze entro cui si realizza l’offerta, sia indotto a fare affidamento sull’altra¹⁶.

È chiaro, però, che è anche possibile una lettura meno ‘soggettivistica’, che consideri vincolante il dovere sulla base di fattori e circostanze non solo individuali, ma anche di contesto, sulla base cioè di parametri di comunicazione standardizzati in un determinato ambiente giuridico, culturale e socio-economico. E quest’ultima possibilità è per noi particolarmente interessante perché evidenzia un (apparentemente) duplice ruolo della buona fede che, da un lato, è criterio per l’individuazione del dovere; dall’altro coincide con il contenuto dell’obbligo. Si tratta però, come dicevo, di una duplicità solo fittizia. Il ruolo della buona fede è – mutuando l’espressione dalla linguistica – per così dire ‘performativo’: si è vincolati a determinati comportamenti di correttezza, allorché è corretto assumerli.

Il momento del sorgere dell’obbligo di correttezza parrebbe perciò desumibile essenzialmente dal rapporto tra il contenuto del dovere e le circostanze concrete¹⁷. E qui rileviamo subito l’impossibilità di condividere l’assunto, fatto proprio dalla maggioranza dei civilisti e

¹⁴ D. RUBINO, *La compravendita*² (Trattato Cicu-Messineo), Milano, 1962, 183 s.

¹⁵ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 22 s.

¹⁶ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in «Riv. dir. comm.», 1956, II, 370; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 17 ss.

¹⁷ La proposta di assumere come criterio generale l’aver le parti sostanzialmente raggiunto l’accordo sugli elementi essenziali del contratto non mi sembra possa convincere pienamente, sia perché in questo caso si pone l’opposto problema di stabilire se il contratto addirittura non si sia formato, sia perché non può prescindere dalla valutazione delle concrete circostanze entro cui si svolgono le trattative – contesto sociale, qualità delle parti ecc. (indicazioni giurisprudenziali e loro critica in G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard* [artt. 1337-1342] [Commentario Schlesinger], Milano, 1993, 62 ss.).

degli storici del diritto, secondo cui sarebbe inutile una indagine su 'cosa' sia la buona fede, essendo rilevante solo 'come' essa opera (cfr. § 4.2): in realtà, il problema del 'come' è connesso in modo inestricabile con il contenuto del dovere – e questo sarà pertanto uno dei temi centrali della nostra indagine.

Alla questione del contenuto è peraltro connesso il problema della estensione del dovere. In particolare, se esso si limiti a regolare la fase delle trattative e della formazione¹⁸ o entri anche nella sfera del contenuto contrattuale.

Ora, è chiaro che la formulazione letterale della norma induce a ritenere che il ruolo della buona fede sia essenzialmente procedimentale. In questo senso si era senz'altro diretta la giurisprudenza allorché aveva limitato la portata dell'articolo alle ipotesi di comportamenti scorretti posti in essere in sede di trattative o durante la formazione del contratto allorché quest'ultimo non venga concluso¹⁹: doveri di informazione, di segretezza, di collaborazione, di custodia²⁰, e il dovere di non recedere ingiustificatamente dalle trattative²¹.

¹⁸ Da intendersi, quest'ultima, come «la fase che va dalla formulazione della proposta contrattuale alla conoscenza dell'accettazione da parte del proponente» (G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 76 s.).

¹⁹ G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 7 e nt. 4.

²⁰ Cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 38 ss.; M. L. LOI - F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, 16 ss.; G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 16 ss. (che tendono a ricondurre il dovere di segretezza piuttosto all'art. 2043 c.c., sulla scorta del rilievo che l'art. 1337 «sembra tendere unicamente all'imposizione di determinati comportamenti nei limiti in cui essi siano finalizzati alla conclusione del contratto»: *ibid.*, 18); P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in «Riv. dir. civ.», 2004, I, 311 ss.

²¹ Quest'ultima ipotesi sulla scorta dell'elaborazione compiuta, nella vigenza del vecchio codice, da G. FAGGELLA, *Dei periodi contrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi C. Fadda*, III, Napoli, 1906, 269 ss.; ID., *Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in «AG», LXXXII, 1909, 128 ss.; ID., *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*², Roma, 1918; per un'analisi del pensiero di questo a. cfr. G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, 16 ss.; per alcune indicazioni sulle reazioni della dottrina e della giurisprudenza dell'epoca cfr. *ibid.*, 23 ss. nonché G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 53 ss. Per un esame delle condizioni entro cui è ammessa la responsabilità, cfr. ancora G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, 69 ss.; MERUZZI, *op. ult. cit.*, 42 ss.; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, cit., 302 ss. Basti qui rilevare che come giusta causa deve intendersi anche la violazione dei doveri di buona fede da parte dell'altro contraente: G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, 18. Critici, rispetto ad

Ma l'opportuno ampliamento della previsione dell'art. 1337 alle ipotesi di contratto validamente concluso²² non può non avere ricadute sul rapporto tra buona fede formativa e contenuto del contratto. Attraverso questa estensione, infatti, rientrano nella previsione dell'art. 1337 sia quei comportamenti scorretti che abbiano determinato l'altra parte a contrarre, sia quelli che abbiano determinato un contenuto contrattuale diverso da quello che le parti avrebbero realizzato in assenza di scorrettezza²³. Rispetto a queste ipotesi, accanto ai tradizionali strumenti risarcitori²⁴ è stato proposto di consentire la risoluzi-

un'ampia applicazione dell'art. 1337 in ipotesi di recesso dalle trattative, BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 51 ss. e C. M. BIANCA, *Diritto civile*. III². *Il contratto*, Milano, 2000, 167 ss., i quali rilevano che non è il fatto dell'assenza di giusta causa nel recesso a determinare la responsabilità, ma il comportamento doloso o colposo che ha indotto l'altra parte a confidare ragionevolmente nella conclusione del contratto. Ampia rassegna giurisprudenziale in G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, 57 ss. nt. 9.

²² Riferimenti in G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 95 ss.; MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., 235 ss.

²³ Condivido, in ciò, le precisazioni di E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in «Riv. dir. civ.», 2005, I, 523: «nel contratto iniquo viene perseguito non un contenuto contrario alla buona fede, ma una condotta contraria alla buona fede che si riverbera su un contenuto in sé non illecito bensì squilibrato in senso normativo e, dunque, non coerente con i risultati a cui avrebbe dovuto condurre una contrattazione conforme a correttezza».

²⁴ È bene ricordare che l'estensione alle ipotesi di contratti validi ha posto in crisi anche la tradizionale riconduzione del risarcimento del danno nella fase precontrattuale alla figura dell'interesse negativo – inteso come danno derivante dalla mancata stipulazione del contratto, secondo la teoria della *culpa in contrahendo* elaborata da Rudolph von Jhering per i casi di mancata o invalida conclusione del contratto (R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in «Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts», IV, 1861, 16 ss. = *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione* (tr. it. di F. Procchi), Napoli, 2005, 33 ss.; per una valutazione della teoria di Jhering da parte della dottrina italiana mi limito a richiamare BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 145 ss.; G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 337 s.; C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 46 ss.; M. MANTOVANI, *'Vizi incompleti' del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, 173 ss.; MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., 297 ss. Se infatti poteva apparire giusto limitare il risarcimento al ripristino della situazione precedente quando il contratto non fosse stato validamente concluso – benché nel pensiero di Jhering ciò non avesse necessarie ripercussioni sul piano quantitativo, cosicché l'ammontare dell'interesse negativo poteva eguagliare quello positivo (JHERING, *op. cit.*, 21 = 43) – l'estensione della responsabilità precontrattuale anche ad ipotesi di contratto validamente concluso non può che far coincidere il risarcimento con il ristoro di tutti i

zione del contratto per inadempimento tutte le volte che la scorrettezza nelle trattative abbia provocato una rilevante alterazione tra il programma economico che ci si sarebbe potuti attendere in assenza di scorrettezza e quello effettivamente realizzato, ampliando a tutti i contratti il regime delle regole 'edilizie' previste dall'art. 1492 e valorizzando il criterio dell'interpretazione del contratto secondo buona fede *ex art. 1366*²⁵. Altri hanno ipotizzato un concorso tra l'azione *ex art. 1494* e quella fondata sull'art. 1337²⁶, mentre altri ancora hanno senz'altro ricondotto alla responsabilità contrattuale i casi in cui una parte abbia taciuto circostanze che frustrino lo scopo del contratto o la presenza di vizi, sostenendo che, qualora il contratto sia stato concluso, i comportamenti produttivi di danno sarebbero assorbiti dall'inadempimento della prestazione²⁷. In ogni caso, appare evidente il problema della conservazione o del superamento della distinzione tra responsabilità precontrattuale e contrattuale.

danni che derivino dal comportamento scorretto della controparte: cfr. A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto. II. Le regole di comportamento*, Milano, 1974, 214 ss.; A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in «Contr. e impr.», 1988, 792 ss.; G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 83 nt. 60; MANTOVANI, *op. cit.*, 180 ss.; MERUZZI, *op. cit.*, 310. In questa direzione, la formula 'interesse negativo', che la dottrina tende a conservare, pur ampliandone la portata fino a trasformarla in una denominazione puramente descrittiva dei danni direttamente derivati dalle trattative in violazione dell'art. 1337 (F. BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in «Contr. e impr.», 1987, 306; ID., *Responsabilità precontrattuale, I (dir. civ.)*, in «Enc. giur. Treccani», XVII, Roma, 1991, 9; LUMINOSO, *op. cit.*, 802 s.; MANTOVANI, *op. cit.*, 186; GRISI, *op. cit.*, 350; MERUZZI, *op. cit.*, 310), potrebbe risultare ambigua: essa si giustificava nella logica della *culpa in contrahendo* di Jhering, ma quando si ammette la sostanziale identità qualitativa con le regole generali del risarcimento, non ha più senso distinguere un interesse 'precontrattuale' a sé stante.

²⁵ G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 319; L. NANNI, *Le trattative*, in G. ALPA - M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, III, Torino, 1991, 40; MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., 261 ss.

²⁶ L. MENGONI, *In tema di prescrizione della responsabilità del venditore per danni derivati dai vizi della cosa*, in «Riv. dir. comm.», 1956, II, 300; ID., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 371; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 14, 72 ss.; MANTOVANI, 'Vizi incompleti', cit., 162 ss.

²⁷ BIANCA, *Diritto civile. III². Il contratto*, cit., 164 s.; G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 102 ss. Per C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 450 ss. potrebbe parlarsi di sola responsabilità precontrattuale rispetto alle ipotesi previste dall'art. 1494 co. 1, mentre sarebbe contrattuale quella del co. 2.

Entro questo schema si inserisce la previsione dell'art. 1338 che, secondo unanime dottrina²⁸, costituisce una specificazione dell'articolo precedente:

Art. 1338 c.c. *Conoscenza delle cause d'invalidità*. La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto.

Il risarcimento del danno è dovuto in particolare quando la violazione della buona fede si sia sostanziata nella mancata comunicazione all'altra parte dell'esistenza di una causa di invalidità – e, la dottrina dominante aggiunge: di inefficacia²⁹ – del contratto che sia conosciuta o che si sarebbe dovuto conoscere. Tra queste cause rientrano tutte le ipotesi previste dall'art. 1418 c.c. (contrarietà a norme imperative³⁰, assenza dei requisiti essenziali del contratto previsti dall'art.

²⁸ Cfr. per tutti MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 365; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 15; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, 12 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale* (artt. 1321-1352) (Commentario Scialoja-Branca), Bologna-Roma, 1970, 219; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 56 ss.; G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 162 ss.; MANTOVANI, 'Vizi incompleti', cit., 146; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in AA.VV., *Il contratto in generale* (Trattato Bessone, XIII), II, Torino, 2000, 306.

²⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 222; BIANCA, *Diritto civile*. III². *Il contratto*, cit., 171; G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 178; R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*³, Torino, 2004, II, 602; ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 337 ss.; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, cit., 301. *Contra*, BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 57.

³⁰ La giurisprudenza ritiene applicabile l'art. 1338 solo quando la causa di invalidità del contratto coincida con un elemento di fatto, ritenendo che la normale diligenza eviti l'ignoranza di una norma imperativa di legge, e che dunque non avrebbe senso addossare la responsabilità a uno solo dei contraenti (riferimenti in G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 166 ss.; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, cit., 301 nt. 18). La dottrina ha tuttavia rilevato che la distinzione tra ignoranza di fatto e di diritto, rispetto alla scusabilità, non compare nel nostro ordinamento (BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 62), che l'impostazione giurisprudenziale risente di una indebita estensione al diritto privato del principio stabilito nell'art. 5 c.p., e che nel codice civile è prevista l'ipotesi dell'errore di diritto: cfr., variamente, G. PATTI - S. PATTI, *op. cit.*, 171 s.; SACCO, *Il contratto*³, cit., II, 604; ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 309 ss.; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, cit., 301 s.

1325, illiceità della causa, impossibilità, illiceità, indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto)³¹, tranne l'invalidità per motivo illecito, perché a norma dell'art. 1345 tale motivo deve essere comune a entrambe le parti³². Inoltre, le ipotesi di mancata comunicazione delle cause di annullabilità³³ derivanti da errore, quando conoscibili o note alla parte non errante³⁴; dolo di un terzo, se conosciuto alla parte che non lo subisce³⁵; violenza esercitata da un terzo, limitatamente al dovere di comunicazione da parte del soggetto passivo della violenza³⁶; incapacità di un contraente che non conosca il proprio stato³⁷.

³¹ G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 173 ss.

³² G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 174 s.; ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 308.

³³ Contro la dottrina che ritiene applicabile l'art. 1338 a tutte le ipotesi di annullabilità (R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 220 s.), cfr. per tutti G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 179 ss., 186 ss.

³⁴ G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 191 ss.; ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 312 ss.; M. FRANZONI, *Il contratto annullabile*, in AA.VV., *Il contratto in generale* (Trattato Bessone, XIII), VII, Torino, 2002, 2002, 358. Altri autori parrebbero limitare l'ambito della norma a casi di induzione in errore, anche colposa: BIANCA, *Diritto civile. III². Il contratto*, cit., 174; P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, cit., 302.

³⁵ Secondo G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 179 ss., 203 ss.: è da escludersi responsabilità ex art. 1338 per il caso di dolo esercitato da un contraente sull'altro, perché l'eventuale comunicazione del vizio eliminerebbe alla radice il dolo stesso. È invece ammissibile per il dolo di un terzo, purché conosciuto dall'altra parte: solo in questo caso infatti, si determina annullabilità ex art. 1439. Secondo P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, cit., 302, rientrerebbero nella previsione dell'art. 1338 i casi di dolo e violenza compiuti da una parte a danno dell'altra, i casi cioè in cui una parte non abbia semplicemente omesso di comunicare una causa di invalidità, ma l'abbia addirittura provocata; mi sembra però che queste ipotesi rientrino piuttosto nelle previsioni degli artt. 1427 ss.

³⁶ G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 179 ss., 203 ss.: non può aversi responsabilità ex art. 1338 quando la violenza sia stata commessa dal soggetto tenuto alla comunicazione o da un terzo, perché di una tale comunicazione il soggetto passivo della violenza non ha bisogno: in tali casi il soggetto passivo è tutelato rispettivamente dagli artt. in materia di violenza e dall'art. 1337 c.c. (*contra*, ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 333 s.). Al contrario, può aversi responsabilità ex art. 1338 per il soggetto passivo quando questi abbia omesso di comunicare all'altra parte la violenza esercitata da un terzo, che costituisce causa di invalidità ex art. 1434.

³⁷ G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 209 ss.; ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 329 ss.

3.2. *Buona fede formativa e dolo.* – È stata da tempo riconosciuta la necessità di coordinare le regole della buona fede precontrattuale con il più ampio quadro della vicenda formativa del contratto, e in particolare con la materia dei vizi del volere. Nell'adozione di questi ultimi come criterio primario di selezione del problema delle patologie formative del contratto si è vista un'influenza giusnaturalistica sul sistema dei codici, ed è stata richiamata l'attenzione sui concomitanti fatti oggettivi della minaccia, del raggirio, dello stato di necessità, nonché dello squilibrio contrattuale da questi derivato³⁸. Senonché, una volta che si accolga la valenza non solo 'procedurale', ma anche 'contenutistica' (nel senso che il comportamento si riflette sul contenuto) della buona fede formativa, ci si avvede che l'art. 1337 tende a porsi come norma-base del sistema, in un rapporto di *genus-species* con le altre figure³⁹.

Questo rapporto, per quanto concerne il dolo, ha effetti in più sensi.

In primo luogo, perché la buona fede garantisce una tutela laddove non arriva la protezione delle norme in materia di dolo. I comportamenti contrari a buona fede che non integrino gli estremi del dolo legittimano infatti al risarcimento sia nel caso in cui siano stati determinanti, sia nel caso che abbiano solo indotto a contrattare a condizioni diverse⁴⁰: è questo il caso del cd. 'raggirio colposo' – ossia della falsa rappresentazione della realtà che, per imprudenza, negligenza, imperizia di una parte, abbia indotto l'altra a contrattare o ad accettare condizioni contrattuali che altrimenti non avrebbe approvato⁴¹ – o della reticenza non dolosa⁴². Inoltre, il collegamento con la

³⁸ SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 454 s.

³⁹ Cfr. per tutti, rispetto al rapporto 'buona fede-dolo', MANTOVANI, 'Vizi incompleti', cit., 22 ss., 131, 255, 289; MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., 237.

⁴⁰ G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 104 ss.

⁴¹ Naturalmente, questa ipotesi dovrebbe essere egualmente ricondotta agli artt. 1439-1440, qualora si intendesse il termine dolo non nel senso dell'intenzionalità, ma nel senso generico di 'raggirio', comprensivo dunque anche delle ipotesi colpose: in questa direzione SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 549 s.

⁴² Basti rinviare a VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., 97 ss. e, più di recente, a GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 276 ss. e MANTOVANI, 'Vizi incompleti', cit., 230 ss.

buona fede porta ad estendere la rilevanza del dolo non solo ai casi in cui questo sia rivolto alla conclusione del contratto, ma anche a quelli in cui sia teso a impedirla⁴³.

In secondo luogo, perché la tutela basata sulla buona fede potrebbe cumularsi o essere alternativa con quella fondata sul dolo. E ciò in diverse direzioni.

Nel senso del cumulo depone il fatto che, ottenuto l'annullamento *ex art.* 1439, il *deceptus* può chiedere il risarcimento dei danni⁴⁴. Secondo alcuni, *ex art.* 1338⁴⁵; ma con una simile soluzione contrasta il fatto che questa norma non sanziona il fatto di aver causato l'invalidità (fattispecie cui provvedono gli artt. 1427 ss.), bensì solo il non aver dato informazione dell'esistenza di una causa di invalidità. È forse allora più corretto ritenere che il risarcimento si leghi all'art. 1337, in quanto il comportamento doloso integri una violazione della buona fede formativa⁴⁶.

Nel senso dell'alternatività è la scelta, riconosciuta al *deceptus*, tra l'azione per l'annullamento (ed eventualmente per il risarcimento) e l'azione per il solo risarcimento *ex art.* 1337⁴⁷. È stato rilevato che, in questa seconda ipotesi, si determinerebbe un sostanziale riequilibrio – in forma di risarcimento – del contratto stipulato a condizioni svantaggiose⁴⁸, e che ciò determinerebbe una 'riscrittura' del contratto da parte del giudice al di fuori delle ipotesi normativamente consentite⁴⁹. Ma a ben vedere ogni risarcimento mira a compensare uno squilibrio, e ogni correzione è in qualche modo risarcitoria. Se infatti, su un piano descrittivo, il risarcimento si lega alla re-

⁴³ Cfr. SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 455.

⁴⁴ Cfr. per tutti SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 548. Che si tratti di semplice possibilità discende dal fatto che l'art. 1439 non richiede, per l'annullamento del contratto, il requisito della lesione, ma è sufficiente che il *deceptus* sia caduto in errore: cfr. per tutti *ibid.*, 442 s.

⁴⁵ BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 68; FRANZONI, *Il contratto annullabile*, cit., 371.

⁴⁶ Contrario ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 335.

⁴⁷ Cfr. ancora, per tutti, SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 548. La tutela non dovrebbe essere ricondotta all'art. 1338, per il ridotto ambito di questo al solo dolo di un terzo noto alla parte che non lo subisce: cfr. *supra*, § 3.1.

⁴⁸ BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 68.

⁴⁹ ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 335.

sponsabilità delle parti e la correzione ne prescinde, essendo riconducibile a fattori oggettivi di rischio, tuttavia la seconda può anche essere vista come la reazione dell'ordinamento allo scorretto comportamento di un contraente che pretende l'esecuzione di un contratto squilibrato. Ed anzi sarà opportuno chiedersi se, sul piano storico, sia fondata una netta distinzione tra le due figure.

Piuttosto, ci si potrebbe interrogare sul rapporto tra una responsabilità per dolo e una responsabilità per violazione della buona fede. Se infatti è generalmente ammessa la natura extracontrattuale della prima⁵⁰, com'è noto si discute circa la seconda: se si ammette la natura extracontrattuale⁵¹, il risarcimento troverebbe in entrambi i casi una fonte diversa dal contratto e l'art. 1337 costituirebbe una specificazione dell'art. 2043⁵²; se invece si optasse per la natura contrattuale⁵³, l'unica fonte normativa per il risarcimento sarebbe l'art.

⁵⁰ Cfr. per tutti G. TRABUCCHI, *Dolo (dir. civ.)*, in «NNDI», VI, Torino, 1960, 151; F. MESSINEO, *Il contratto in genere* (Trattato Cicu-Messineo), II, Milano, 1972, 358; C. A. FUNAIOLI, *Dolo (dir. civ.)*, in «ED», XIII, Milano, 1964, 747; BIANCA, *Diritto civile. III². Il contratto*, cit., 174 e 664; FRANZONI, *Il contratto annullabile*, cit., 372 ss.

⁵¹ È la posizione maggioritaria: cfr. per tutti L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni. I. La struttura*, Milano, 1948, 117; F. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in «Temi», 1965, 463 ss.; ID., *Il contratto* (Trattato Cicu-Messineo), II, Milano, 1987, 734 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*², Torino, 1967, 96 ss.; BIANCA, *Diritto civile. III². Il contratto*, cit., 157 ss.; L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, 96; G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 45 ss.; SACCO, *Il contratto*³, cit., II, 260 ss. È questa, tradizionalmente, la posizione pressoché unanime della giurisprudenza: basti rinviare, anche per le rare eccezioni, a MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., 61 s. ntt. 58-59.

⁵² Per questo rapporto cfr., espressamente, SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 589.

⁵³ È questa l'opinione tradizionalmente minoritaria, che tuttavia sta guadagnando terreno: cfr. per tutti L. MENGONI, *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi'*, in «Riv. dir. comm.», 1954, I, 203 s., 369 e nt. 16; ID., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 360 ss.; Salv. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, in «ED», V, Milano, 1959, 682; F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in «ED», X, Milano, 1962, 712; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 126 ss.; ID., *Culpa in contrahendo*, cit., 287; F. LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, Milano 1964, 221 s.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 215; MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., 365; VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, cit., 68 ss. (ma cfr. *infra*); GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 74 nt. 66; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., 723 ss.; MANTOVANI, *'Vizi incompleti'*, cit., 154; G. D'AMICO, *'Regole di validità' e principio di correttezza*

1337⁵⁴. Senonché, ammettendo il rapporto *genus-species* tra buona fede e dolo potrebbero sorgere dubbi sulla natura della responsabilità per dolo.

Un ultimo problema, nel rapporto tra buona fede e dolo, è rappresentato dal dolo incidente, perché se la buona fede costituisce il *genus* della *species* 'dolo' ed entrambi portano al risarcimento, potrebbe sostenersi la superfluità della norma contenuta nell'art. 1440⁵⁵. Norma che, a ben vedere, è per noi particolarmente interessante, perché presenta l'ipotesi di un vizio della volontà – che, come tale, dovrebbe attenere alla validità del contratto – che determina un rimedio risarcitorio. Come dobbiamo intendere questa disposizione? Come una norma eccezionale, che non interferisce con la distinzione tra regole di validità e regole di condotta⁵⁶, oppure come l'esplicazione normativa di una compatibilità tra i due ambiti⁵⁷? Certo, a ben vedere, proprio questa possibile coincidenza di regime potrebbe indurre a negare la sovrapponibilità di buona fede e dolo. Ma una simile spiegazione, che opera esclusivamente sul piano sistematico, non può soddisfare sul piano storico, e richiederà una verifica.

nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 264; ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 361 ss. La teoria contrattualistica comincia ad essere accolta anche nella giurisprudenza di legittimità: cfr. Meruzzi, *op. ult. cit.*, 89 ss.

⁵⁴ Com'è noto, vi è anche una teoria minoritaria che raffigura la responsabilità contrattuale come *tertium genus*: cfr. R. SACCO, *Culpa in contrahendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*, in «Riv. dir. comm.», 1951, II, 86 (poi abbandonata: cfr. *supra*, nt. 53); G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1971, 628 nt. 53 (dubitativamente); P. RESCIGNO, *Obbligazioni (dir. priv.)*, in «ED», XXIX, Milano, 1979, 198; V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in «ED», XXXIX, Milano, 1988, 1270; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 221. Tendono ad attribuire una duplice natura alla responsabilità, L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in «Digesto⁴» (disc. priv., sez. civ.), II, Torino, 1988, 178 s.; LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo*, cit., 794 ss.

⁵⁵ MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 365 nt. 1; BENNATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 74; G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 111.

⁵⁶ Così ad es. L. MENGONI, *Metus causam dans e metus incidens*, in «Riv. dir. comm.», 1952, I, 28; MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., 357.

⁵⁷ L'alternativa è presentata molto efficacemente da MANTOVANI, 'Vizi incompleti', cit., 18 ss.

3.3. *Buona fede formativa ed errore.* – Problemi analoghi a quelli riscontrati nel rapporto tra buona fede e dolo si verificano rispetto agli altri due vizi del consenso.

Nel codice del 1942, l'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale e riconoscibile dall'altro contraente (art. 1428). L'essentialità opera su più piani. Quando attiene a requisiti giudicati talmente qualificanti per la scelta (errore sulla natura, sull'oggetto del contratto o sull'identità dell'oggetto della prestazione⁵⁸), essa è *in re ipsa* o, se si preferisce, oggettiva⁵⁹. Quando invece l'errore cada su una qualità dell'oggetto della prestazione⁶⁰, sull'identità o sulle qualità dell'altro contraente, l'essentialità coincide con la soggettiva valutazione dell'errante – pur se assunta attraverso parametri oggettivati come il «comune apprezzamento» o le «circostanze»⁶¹ – per il quale il dato erroneo era comunque determinante per il consenso. Infine, nel caso dell'errore di diritto – l'ipotesi che più ha fatto discutere⁶² – si richiede non solo che il consenso sia stato determinante, ma anche che sia stato la ragione unica o principale del contratto⁶³. La rico-

⁵⁸ Talora la dottrina fatica a distinguere tra le due ultime ipotesi (cfr. ad es. quanto rilevato da FRANZONI, *Il contratto annullabile*, cit., 248 s.), ma la distinzione dovrebbe essere ravvisata a mio avviso attribuendo all'errore sull'oggetto della prestazione il senso di errore sul bene o sul servizio prestati e all'errore sull'oggetto del contratto il senso di errore sull'intero programma contrattuale visto nella sua dimensione statica (per queste distinzioni sulla nozione di oggetto mi sia permesso di rinviare a R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, 2003, 169 ss.).

⁵⁹ SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 505 ss., 511.

⁶⁰ Sulla tendenza all'ampliamento di questa figura sino a ricomprendervi «gli attributi che valgono a qualificarla sul piano economico-sociale» (GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 307) cfr. per tutti M. BESSONE, *Errore sulle qualità dell'oggetto della prestazione, interpretazione integrativa del contratto, 'ratio decidendi' delle controversie*, in «Foro it.», 1978, IV, 377; ID., *Errore di valutazione economica, causa del contratto, giudizio di buona fede*, in «Riv. dir. comm.», 1978, I, 303 ss.; SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 516 ss.; FRANZONI, *Il contratto annullabile*, cit., 254 ss.

⁶¹ BIANCA, *Diritto civile. III*². *Il contratto*, cit., 649. FRANZONI, *Il contratto annullabile*, cit., 255 tende ad intendere le circostanze in senso soggettivo.

⁶² Mi limito a rinviare, per brevità, a SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 511 ss.; FRANZONI, *Il contratto annullabile*, cit., 266 ss.

⁶³ Sul problema della tassatività dell'elenco, cfr. per tutti SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 505; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 304 ss.; FRANZONI, *Il contratto annullabile*, cit., 245 ss.

noscibilità, invece, si determina secondo il parametro oggettivo della «persona di normale diligenza», in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti (art. 1431)⁶⁴.

Queste caratteristiche hanno indotto ad affermare che, mentre il dolo avrebbe natura 'relazionale', nel senso che imporrebbe all'interprete una valutazione dei comportamenti del *deceptor* e del *deceptus*, al contrario l'errore dovrebbe essere valutato solo con riferimento al soggetto errante⁶⁵. Tuttavia, se nella vigenza del vecchio codice si richiedeva che l'errore dovesse essere scusabile⁶⁶, in quanto si concentrava l'attenzione sulla volontà dell'errante, la formulazione del 1942 ha rovesciato il problema concentrandosi sulla posizione, e in particolare sull'affidamento, dell'altro contraente⁶⁷: l'errante può chiedere l'annullamento del contratto anche qualora l'errore sia inescusabile⁶⁸, ma solo se la controparte, pur potendo riconoscere l'errore, non l'ha riconosciuto. E questa valutazione – ritiene la maggioranza della dottrina⁶⁹ – deve essere compiuta secondo parametri oggettivi ma in concreto, ossia tenendo conto delle effettive circostanze del caso: se si ammettesse una sua rilevanza astratta, verrebbe meno il raccordo con l'affidamento⁷⁰.

Senonché, come non riconoscere in questa attenzione alla riconoscibilità dell'errore e all'affidamento del contraente non errante degli indizi per una costruzione 'relazionale' della stessa materia dell'errore⁷¹? In cosa differiranno, in sostanza, i parametri interpretativi

⁶⁴ Cfr. ancora SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 527 ss.; FRANZONI, *Il contratto annullabile*, cit., 284 ss.

⁶⁵ GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 313.

⁶⁶ Cfr. per tutti SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 498 ss.

⁶⁷ Circa il superamento del requisito della scusabilità cfr. per tutti la letteratura indicata in GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 316 nt. 99, e MANTOVANI, *'Vizi incompleti'*, cit., 199 ss.

⁶⁸ BIANCA, *Diritto civile. III². Il contratto*, cit., 650.

⁶⁹ Cfr. per tutti PIETROBON, *Errore*, cit., 206 ss.; SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 528 ss. Contraria la posizione di P. BARCELLONA, *In tema di errore riconosciuto e di errore bilaterale*, in «Riv. dir. civ.», 1961, I, 72; ID., *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 205 ss.; ID., *Errore (dir. priv.)*, in «ED», XV, Milano 1966, 276 s.; GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 317 ss., secondo i quali la riconoscibilità andrebbe verificata sulla scorta dei parametri offerti dall'art. 1431.

⁷⁰ GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 319.

⁷¹ In questo senso anche SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 500 s.

della persona di normale diligenza, del contenuto, delle circostanze del contratto, della qualità dei contraenti, da una valutazione fondata sulla buona fede oggettiva⁷²?

Il sospetto è che ancora una volta il legislatore abbia inteso sanzionare con l'annullamento un comportamento 'qualificato' contrario a buona fede: se l'errore è essenziale e poteva essere riconosciuto dall'altra parte secondo parametri di normalità del traffico e tenendo conto della fattispecie concreta, il contratto è annullabile; altrimenti no. Non a caso, qualora il contraente non errante avesse dovuto riconoscere – secondo una valutazione da compiersi verisimilmente secondo i parametri della buona fede⁷³ – l'errore invalidante e non ne abbia dato comunicazione all'altra parte, si ritiene violata la buona fede, determinandosi una responsabilità per danni (art. 1338)⁷⁴. E addirittura, qualora l'errore sia stato effettivamente riconosciuto, potrebbe non solo pensarsi al risarcimento *ex art.* 1338, ma addirittura a un annullamento per dolo⁷⁵.

Quest'ultima eventualità introduce il problema dell'errore incidente, ossia dell'errore – riconoscibile all'altra parte – che non sia stato determinante per la realizzazione del negozio, ma che abbia dato

⁷² Un raccordo con la buona fede in SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 529 s.

⁷³ Mi sembra qui possa cogliersi un'altra incidenza 'performativa' della buona fede (cfr. *supra*, § 3.1), piuttosto che invocarsi il criterio della diligenza dell'uomo medio, come pure per lo più si ritiene (cfr. per tutti BIANCA, *Diritto civile*. III². *Il contratto*, cit., 171; FRANZONI, *Il contratto annullabile*, cit., 288).

⁷⁴ Cfr. per tutti BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 65; LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, cit., 201 ss.; CARRESI, *Il contratto*, cit., 718; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., 132; G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 195; MANTOVANI, 'Vizi incompleti', cit., 207. Peraltro, in questo senso non deve essere enfatizzato il ruolo del requisito – introdotto in quest'ultima norma – della 'scusabilità' del comportamento del contraente che abbia confidato «senza sua colpa» nella validità del contratto, come invece mi sembra facciano BARCELLONA, *Errore*, cit., 279, e GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 331 ss. Esso discende infatti non da una diversità qualitativa della fattispecie di cui all'art. 1338 rispetto all'errore, ma solo dal fatto che sarebbe illogico e ingiusto stabilire un risarcimento del danno a favore di un soggetto che abbia colposamente ignorato una causa di invalidità. Anzi, al contrario, si riconosce che, qualora l'errore sia inescusabile, l'errante possa chiedere l'annullamento del contratto ma debba risarcire il danno *ex art.* 1337.

⁷⁵ GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, cit., 324 ss.

luogo a condizioni contrattuali differenti da quelle che il contraente errante avrebbe voluto.

La tradizionale dottrina che ne esclude il rilievo⁷⁶ è stata criticata, osservando che l'art. 1432 – nel quale si ammette la possibilità di una rettifica del contratto annullabile per errore se, prima che alla parte in errore sia derivato un pregiudizio, l'altra offra di eseguire il contratto in modo conforme al contenuto e alle modalità del negozio che quella intendeva concludere – sarebbe riferibile sia all'errore determinante, sia a quello incidente; e che perciò anche quest'ultimo potrebbe determinare l'annullabilità del contratto⁷⁷. Anche a questa costruzione può però obiettarsi non solo che in tale ipotesi l'errore (incidente) di una parte provocherebbe per l'altra una sanzione più grave di quella prevista per il caso in cui l'errore (incidente) sia stato causato da un comportamento doloso di quest'ultima⁷⁸, ma anche che l'art. 1428 limita espressamente la previsione dell'annullabilità al caso dell'errore essenziale di una parte, riconoscibile dall'altro contraente⁷⁹.

Resta la possibilità che l'errore incidente determini il risarcimento dei danni. Ancora una volta, la base normativa per questa eventualità potrebbe essere rintracciata innanzi tutto nell'art. 2043. Per negarla, si è affermato che, essendo l'errore imputabile all'errante, nell'*error incidens* mancherebbe l'elemento dell'illecito realizzato dall'altra parte⁸⁰, ma l'elemento della riconoscibilità – come si è detto – determina necessariamente una valutazione del comportamento della controparte: se la condotta di quest'ultima è dolosa, l'ipotesi ricadrà nella previsione dell'art. 1440; se è colposa, potrebbe richiamarsi la responsabilità aquiliana. Tuttavia, considerando il valore oggettivo dei parametri di riconoscibilità dell'errore, potrebbe anche ritenersi che il comportamento del contraente non errante debba essere valutato se-

⁷⁶ Mi limito a rinviare a F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 1966, 162; E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, 81 ss.; G. TRABUCCHI, *Errore (dir. civ.)*, in «NNDI», VI, Torino, 1975, 672; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 339 ss.; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., 709; G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 118 ss.

⁷⁷ LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, cit., 101 ss.

⁷⁸ G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 119.

⁷⁹ Cfr. QUADRI, *La rettifica del contratto*, cit., 81.

⁸⁰ FRANZONI, *Il contratto annullabile*, cit., 243.

condo buona fede, ossia tenendo conto delle circostanze, della qualità dei contraenti, ecc., in termini appunto di oggettiva (benché concreta) riconoscibilità, rivolgendosi alla protezione offerta dall'art. 1337⁸¹. E ciò porrebbe un problema analogo a quello intravisto parlando di dolo incidente, ossia l'autonomia della nozione di errore incidente.

3.4. *Buona fede formativa e violenza*. – Anche in materia di violenza ritroviamo parametri di identificazione del comportamento delle parti sostanzialmente coincidenti con una valutazione di buona fede. Il criterio adottato dall'art. 1435 c.c. per identificare la violenza, infatti, è oggettivo («la violenza deve essere di tal natura da far impressione sopra una persona sensata») ma tiene conto di fattori concreti (età, sesso e condizione delle persone)⁸², così come ad un esame delle «circostanze» fa riferimento l'art. 1436 co. 2 allorché dispone che, se il male minacciato riguarda la persona o i beni di soggetti diversi dal minacciato, dal suo coniuge o dai suoi discendenti o ascendenti, l'annullamento del contratto è rimesso alla prudente valutazione del giudice.

Ma il rapporto con la buona fede va anche oltre, perché la possibilità di riconoscere, accanto al *metus causam dans*, un *metus incidens*⁸³ che determina non l'annullabilità del contratto⁸⁴ ma solo il risarcimento del danno *ex art.* 1337 c.c.⁸⁵, pone il medesimo problema

⁸¹ QUADRI, *La rettifica del contratto*, cit., 83 ss.; MANTOVANI, 'Vizi incompleti', cit., 256 ss.

⁸² Sul rapporto tra queste due serie di criteri cfr. per tutti SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 579.

⁸³ Cfr. già G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, IV, Firenze, 1879, 91. Nella vigenza del codice attuale, cfr. per tutti MENGONI, *Metus*, cit., 20 ss.; G. TRABUCCHI, *Violenza (vizio della volontà) (dir. vig.)*, in «NNDI», XX, Torino 1975, 953. Contra, FRANZONI, *Il contratto annullabile*, cit., 308 s.

⁸⁴ Cfr. per tutti MENGONI, *Metus*, cit., 29.

⁸⁵ Cfr. per tutti TRABUCCHI, *Violenza*, cit., 953; LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, cit., 122 ss.; QUADRI, *La rettifica del contratto*, cit., 94 s. nt. 70; G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 114 s.; MANTOVANI, 'Vizi incompleti', cit., 260. Questa riconduzione permette di superare il rilievo di chi tende a negare la configurabilità della figura in quanto essa – richiedendo, a differenza del *metus causam dans*, la prova della provenienza della minaccia – aggraverebbe la posizione processuale del soggetto passivo della violenza, tranne il caso in cui essa provenga incontestabilmente dalla controparte, e non da un terzo (ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 336 s.).

incontrato in materia di dolo ed errore: la normativa sulla violenza determinante è solo una regolamentazione dei vizi del consenso, oppure può essere letta anche come una sanzione 'qualificata' dei comportamenti contrari a buona fede? E se così fosse, quali margini di autonomia concettuale avrebbe, se non in termini descrittivi, la figura della violenza incidente?

3.5. *Buona fede formativa e rescissione del contratto.* – Accanto al rapporto tra buona fede e vizi del volere si colloca la relazione tra queste nozioni e le norme in tema di rescissione del contratto.

È noto infatti che, tra le teorie che mirano a giustificare le regole in tema di rescissione⁸⁶, alcune presentano la lesione come vizio del consenso⁸⁷, e altre come abuso del diritto al di fuori delle ipotesi di dolo e violenza⁸⁸.

⁸⁶ Oltre a quelle di seguito indicate si segnalano, com'è noto, una teoria che inquadra la lesione come un vizio della causa: L. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1952, 574; M. COMPORTI, *Fondamento e natura giuridica della rescissione del contratto per lesione*, in «Studi Senesi», LXVIII, 1956-1957, 7 ss., spec. 35; S. GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive*, in «Riv. dir. comm.», 1963, I, 425 ss.; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, cit., 184; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 332; G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*², Napoli, 1962, 119 (limitatamente all'art. 1448). Una teoria che considera la rescissione al pari di una sanzione per l'illecito approfittamento: cfr. G. SCHERILLO, *In tema di usura e lesione*, in «Giur. it.», 1948, I.1, 49 ss., spec. 59; N. DISTASO, *Considerazioni intorno all'abuso dello stato di bisogno e al fondamento dell'azione generale di rescissione*, in «Giur. compl. Corte Supr. Cass. - sez. civ.», 1950, III, 262 ss., spec. 250; BIANCA, *Diritto civile. III². Il contratto*, cit., 683. E la cd. 'teoria eclettica', che propende per una piena autonomia concettuale del rimedio e per la sua irriducibilità ad altre categorie: G. MARINI, *Rescissione (dir. vig.)*, in «ED», XXXIX, Milano, 1988, 966 ss., spec. 975; M. SESTA, *La rescissione del contratto*, in «NGCC» 1991, II, 73 ss., spec. 76; B. CARPINO, *La rescissione del contratto (artt. 1447-1452)* (Commentario Schlesinger), Milano, 2000, 16 ss.

⁸⁷ È questa una spiegazione che ha avuto un certo seguito: cfr. G. SCALFI, *Il fondamento dell'azione di rescissione*, in «Temi», 1949, 39 ss.; A. GAMBogi, *Ancora sul fondamento dell'azione di rescissione dei contratti*, in «Giur. Compl. Corte Supr. Cass. - sez. civ.», 1951, III, 462 ss.; M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*², Torino, 1955, 205 ss.; LUCARELLI, *Lesione di interesse e annullamento del contratto*, cit., 93; E. LECCESE, *Sullo stato di bisogno come requisito soggettivo, di natura patrimoniale, della rescissione per lesione*, in «Rass. dir. civ.», 1987, 503 ss., spec. 508; MIRABELLI, *La rescissione del contratto*², cit., 172 (limitatamente all'art. 1447).

⁸⁸ L. CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto (Studio preliminare)*, Perugia, 1979, 59; S. ORRÙ, *La rescissione del contratto*, Padova, 1997, 16 s.

Naturalmente, esistono dei profili di peculiarità nella disciplina della rescissione che impediscono un suo annullamento nella materia dei vizi della volontà, e in particolare l'esistenza di parametri oggettivi⁸⁹ che si sostituiscono alla volontà dell'altro contraente (di contrarre o di contrarre a condizioni diverse) come criterio di valutazione. Le condizioni contrattuali devono infatti essere inique (art. 1447) o la lesione deve superare il limite dell'*ultra dimidium* (art. 1448); addirittura, l'oggettiva sproporzione non può essere sanata dal soggetto leso mediante convalida (art. 1451) – che pure costituisce la sanatoria tipica dei vizi della volontà (art. 1444) – mentre è ammessa la possibilità per la controparte di tenere in vita il contratto offrendosi di ricondurlo ad equità (art. 1450)⁹⁰.

Ma vi sono anche dei punti di contatto, perché è chiaro che la *scientia* del contraente che tragga vantaggio dal contratto concluso in stato di pericolo e l'approffittamento di chi si giovi del contratto concluso in stato di bisogno costituiscono atteggiamenti psicologici che possono oscillare tra gli estremi del dolo e del comportamento semplicemente scorretto⁹¹. Inoltre, la tendenza ad ampliare la nozione di stato di bisogno da valutazioni di natura puramente economica a fattori di natura morale⁹², fino a ricomprendervi addirittura il timore reverenziale⁹³, ha di molto ridotto la distanza con il *metus*. Se si con-

⁸⁹ GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni*, cit., 435.

⁹⁰ Per questi argomenti cfr. per tutti O. T. SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza degli scambi e la rescissione del contratto per lesione*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1978, 345; GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni*, cit., 435; ORRÙ, *La rescissione del contratto*, cit., 6 ss.; G. SCHIAVONE, *Approffittamento e lesione infra dimidium*, Napoli, 2004, 155 ss.

⁹¹ Si è discusso, in particolare, sul valore dell'espressione «approffittamento»: se per alcuni è addirittura comportamento attivo (MIRABELLI, *La rescissione del contratto*², cit., 97 ss., 167 ss.; SCALFI, *Il fondamento dell'azione di rescissione*, cit., 43), per altri è mera consapevolezza (F. CARRESI, *La fattispecie della rescissione per lesione*, in «Temi», 1963, 156 ss., spec. 170; SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza degli scambi*, cit., 309 ss., spec. 349; CORSARO, *L'abuso del contraente*, cit., 65 ss.; SESTA, *La rescissione del contratto*, cit., 78).

⁹² Cfr. V. RIZZO, *Sulla nozione di 'stato di bisogno' nella rescissione per lesione*, in «Rass. dir. civ.», 1980, 175; CARRESI, *Il contratto*, cit., 356; ID., *Rescissione*, I, in «Enc. giur. Treccani», XXIV, Roma, 1991, 4; MARINI, *Rescissione (dir. vig.)*, cit., 974.

⁹³ G. CRISCUOLI, *Timore reverenziale e approffittamento*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1988, 375 ss.

sidera poi che ai fini della configurabilità della violenza non è necessario un comportamento commissivo del contraente avvantaggiato, ma il contratto è annullabile anche per la minaccia esercitata da un terzo (art. 1434) o discendente oggettivamente dal contesto ambientale in cui si è realizzato il negozio (cd. violenza ambientale)⁹⁴, si comprende come la distinzione con lo stato di pericolo o di bisogno della rescissione sia assai tenue. Né potrebbe ravvisarsi la distinzione tra ipotesi di rescissione e vizi della volontà nel fatto che nei secondi il vizio deriva da un illecito e nei primi da un abuso di una posizione legittima⁹⁵. Da un lato, in materia di errore non si richiede la commissione di alcun illecito da parte dell'altro contraente, ma solo che egli possa riconoscere l'errore dell'altro; e, perché possa chiedersi l'annullamento in ipotesi di violenza ambientale, il contraente non coartato non deve necessariamente essere responsabile di un illecito. Dall'altro, è abbastanza discutibile che l'approffittamento dello stato di bisogno o l'imporre condizioni inique conoscendo uno stato di pericolo non possano costituire fatti illeciti almeno quanto la violenza. E allora, a ben vedere, l'unica distinzione possibile si fonda sul fatto che, ai fini dell'annullamento, e a differenza di quanto avviene nella rescissione, in materia di vizi della volontà non si richiede un vantaggio per la parte non coartata. Ma anche questo rilievo assume un valore relativo allorché si riflette sul dettato dell'art. 1438, che prevede come causa di annullamento del contratto la minaccia di far valere un diritto indirizzata a conseguire vantaggi ingiusti⁹⁶: qui, come nelle ipotesi di rescissione, si pone l'accento più sul dato oggettivo dello squilibrio che su quello del vizio del volere, nel senso che la minaccia di far valere un diritto diviene offensiva solo se diretta a realizzare un vantaggio ingiusto a favore del minacciante. E lo stesso potrebbe ripetersi per l'art. 428 co. 2, dove l'annullabilità del contratto discende dall'abuso («malafede») del contraente che, approfittando dell'incapacità dell'altro – nella cui fattispecie si ritiene, da alcuni, rientrano «non solo stati di obnubilamento mentale, ma anche di crassa igno-

⁹⁴ Mi limito a rinviare a MANTOVANI, 'Vizi incompleti', cit., 252 ss.; FRANZONI, *Il contratto annullabile*, cit., 313 ss.

⁹⁵ CORSARO, *L'abuso del contraente*, cit., 59.

⁹⁶ Mi limito a rinviare ancora a FRANZONI, *Il contratto annullabile*, cit., 320 ss.

ranza o di disinformazione oppure di dipendenza personale ed economica da un terzo interessato alla conclusione del contratto»⁹⁷ – gli abbia fatto concludere un contratto per lui svantaggioso: non è l'incapacità in sé a determinare l'annullamento, né la mera *scientia* di questo stato⁹⁸, ma il grave pregiudizio prodottosi per l'incapace e la conoscenza di questo svantaggio⁹⁹ da parte dell'altro contraente¹⁰⁰.

La conclusione meno impropria potrebbe essere allora che l'ordinamento disciplina, in forme diverse, differenti esplicazioni del medesimo fenomeno, ponendo l'accento su questo o quell'elemento senza che ciò escluda il ricorrere di una pluralità di fattori nell'uno o nell'altro caso, e dunque anche una certa sovrapposizione di fattispecie. Che ci si muova, cioè, in un'ottica rimediale, nella quale è rimessa alle parti lese dall'anomala formazione del contratto l'opzione tra i diversi strumenti, in considerazione delle differenti circostanze del caso concreto e della migliore tutela offerta al riguardo dall'ordinamento.

Naturalmente vi sono casi in cui il contraente svantaggiato non ha sostanzialmente scelta. Così, ad esempio, allorché il comportamento doloso o violento della controparte lo abbia indotto a contrarre senza che ciò abbia determinato un vantaggio per la contro-

⁹⁷ L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in «Banca, borsa e tit. cred.», 1997, I, 20. Ripercorre le vicende dell'ampliamento interpretativo MANTOVANI, «*Vizi incompleti*», cit., 261 ss.

⁹⁸ Com'è noto, si è discusso sul valore della malafede dell'art. 428 co. 2; se per alcuni è astratta conoscibilità dello stato dell'incapace (cfr. per tutti ALLARA, *La teoria generale del contratto*², cit., 153), per altri autentica conoscenza (ad es. SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 484 s.; FRANZONI, *Il contratto annullabile*, cit., 223 s.), e questa sembra essere la soluzione più convincente.

⁹⁹ Seguo, sul punto, l'impostazione che mi sembra più corretta, ossia quella che considera concorrenti, in materia contrattuale, gli elementi del pregiudizio e della malafede: cfr. per tutti P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, 36 ss.; SACCO, *Il contratto*³, cit., I, 482; FRANZONI, *Il contratto annullabile*, cit., 222 ss. (con sintesi delle diverse teorie e della giurisprudenza).

¹⁰⁰ Proprio per questa vicinanza è stato proposto di estendere all'ipotesi prevista dall'art. 1438 alcune regole proprie della rescissione come la possibilità di riduzione ad equità o il divieto di convalida: CORSARO, *L'abuso del contraente*, cit., 78 ss. Il medesimo a. – il quale tende a svalutare, nella sua interpretazione dell'art. 428, il requisito del pregiudizio per l'incapace (*ibid.*, 92 ss.) – ritiene invece che nel caso del negozio realizzato con l'incapace la riduzione ad equità debba essere ammessa solo «se l'incapace in condizioni normali avrebbe concluso quel contratto a condizioni eque» (*ibid.*, 107 s. nt. 21).

parte: in tal caso, la parte che agisce otterrà l'annullamento solo quando avrà provato l'atteggiamento psicologico proprio e della controparte (o del terzo). Ma, a ben vedere, quasi ogni ipotesi di stato di bisogno noto alla controparte può essere letta come una forma lata di violenza, e quando lo stato di bisogno sia stato creato dallo stesso profittatore potrebbe addirittura parlarsi di dolo¹⁰¹. In tali casi, la parte svantaggiata può scegliere di far valere il fatto obiettivo dello squilibrio, avvantaggiandosi della minore onerosità della prova rispetto a dolo e violenza, perché la condizione psicologica della controparte tende a ridursi alla mera *scientia*, ma patirà il limite dell'*ultra dimidium* e si vedrà interdire la possibilità di convalida – ossia di ovviare allo squilibrio oggettivo mediante una dichiarazione di volontà – e rifiutare la rescissione allorché l'altra parte elimini, attraverso una offerta di riduzione ad equità, il problema dello squilibrio oggettivo. Oppure potrà far valere il comportamento soggettivo della controparte (dolo o violenza), non essendo vincolata né dalla soglia della metà del valore¹⁰² né dalle altre regole in tema di rescissione.

In questo contesto, a un livello ulteriore si colloca la normativa sulla buona fede. In effetti, ogni comportamento doloso o violento comporta una violazione della buona fede, così come la condotta di chi sia (anche solo astrattamente) in grado di riconoscere l'errore altrui, ed anche l'approfitto di uno stato di bisogno o la contrattazione a condizioni inique di chi sia a conoscenza dell'altrui stato di pericolo o dell'altrui incapacità, nonché l'abuso di chi eserciti un diritto avendo di mira un vantaggio ingiusto. Il parametro della buona fede – così come la diligenza del soggetto non errante – costituisce, infatti, una sorta di 'grado zero' rispetto alla condotta delle parti, coincidendo con un criterio oggettivo e astratto di comportamen-

¹⁰¹ Non si intende con ciò avallare le teorie che leggono il fenomeno rescissorio nell'ambito dei vizi del volere (cfr. *supra*, nt. 88), ma semplicemente rilevare che vi sono punti di contatto tra i due ambiti sul piano soggettivo, e in particolare rispetto alla violenza, quando si ammetta un suo valore lato.

¹⁰² Per questo motivo mi sembra non debba essere fatta valere la regola dell'*ultra dimidium*, e non per estensione analogica dell'art. 1438, come propone CORSARO, *L'abuso del contraente*, cit., 89 s.: proprio perché questo articolo è attratto nella sfera dell'oggettività, esso non può costituire il veicolo delle regole della 'soggettività' nell'ambito della rescissione.

to¹⁰³, al di sopra del quale si collocano un piano soggettivo minimo, di conoscenza dell'altrui situazione di difficoltà – che troviamo in una nozione lata di violenza, nelle ipotesi di rescissione e nel contratto con l'incapace – e un piano soggettivo qualificato, che si ha nel caso in cui vi sia una condotta positiva, commissiva o omissiva, diretta a determinare la situazione di svantaggio – che si realizza nelle ipotesi di dolo e in una nozione ristretta di violenza.

Del rapporto tra la normativa 'speciale' in tema di annullamento e quella 'generale' in tema di buona fede ci siamo già occupati. Quale relazione possiamo ricostruire, adesso, con le ipotesi di rescissione?

Il problema si colloca, ai nostri fini, almeno a tre livelli.

In primo luogo, rispetto alla possibilità, postulata da alcuni¹⁰⁴, di agire per la lesione *infra dimidium* avvalendosi dell'art. 1337, ossia chiedendo un risarcimento del danno che in sostanza riequilibra il contratto, o addirittura in alternativa alla regola fissata dall'art. 1448¹⁰⁵. Una possibilità cui non può obiettarsi che l'ordinamento ha stabilito regole precise per l'ipotesi di stato di bisogno all'art. 1448¹⁰⁶, perché queste regole attengono all'esito estremo della rescissione, ma non limitano la tutela del contraente sfruttato¹⁰⁷. L'art. 1337 assumerebbe così le vesti di «norma di chiusura»¹⁰⁸ dell'intera fase formativa del contratto.

¹⁰³ In particolare, sulla possibilità di una tutela *ex art. 1337* delle cd. incapacità deboli – ossia ipotesi che non rientrano nella previsione dell'art. 428, ma che determinano uno stato di debolezza del contraente – cfr. M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, 83 ss.; MANTOVANI, 'Vizi incompleti', cit., 264 ss.

¹⁰⁴ SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza degli scambi*, cit., 350 ss., spec. 355 ss.; cfr. anche BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., 297 s.; ID., *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1999, III, 837 ss.; MANTOVANI, 'Vizi incompleti', cit., 282; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in AA.VV., *Il contratto in generale* (Trattato Bessone, IV), II, Torino, 2004, 312.

¹⁰⁵ G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 235 ss.; G. SCHIAVONE, *Approfitamento e lesione infra dimidium*, cit., 198. Cfr. anche RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, cit., 41 nt. 43.

¹⁰⁶ BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 113; CARPINO, *La rescissione del contratto*, cit., 74.

¹⁰⁷ G. PATTI - S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale*, cit., 236; G. SCHIAVONE, *Approfitamento e lesione infra dimidium*, cit., 198 s.

¹⁰⁸ BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., 298; ID., *Responsabilità precontrattuale*, I, cit., 5. Cfr. anche M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in

In secondo luogo, rispetto al rapporto tra risarcimento e correzione del contratto. Anche nelle ipotesi di rescissione, infatti, particolarmente ove si ammettesse la possibilità di una alternatività dei rimedi, potrebbe ritenersi che il risarcimento determini una sostanziale correzione del contratto¹⁰⁹. Ma anche in questo caso valgono le considerazioni svolte in precedenza rispetto al concorso tra rimedi di buona fede e rimedi di dolo: la distinzione tra risarcimento e correzione potrebbe essere abbastanza sovrastrutturale. Non a caso il medesimo rimedio della rescissione è stato, nella storia, legato al comportamento delle parti – come avviene nel nostro sistema, nel quale rileva la *scientia* (art. 1447) o l'approfittamento (art. 1448) della controparte – o meno.

Infine, rispetto alla natura della responsabilità *ex art.* 1337. Se infatti l'approfittamento dell'art. 1448 costituisce una condotta contraria a buona fede, in un rapporto di *genus a species*¹¹⁰, e conseguentemente può prospettarsi una tutela risarcitoria *ex art.* 1337 in ipotesi meno gravi di squilibrio o addirittura in alternativa allo strumento rescissorio; se cioè l'approfittamento e la violazione della buona fede condividono la medesima natura, in che rapporto si pongono rispetto alla responsabilità extracontrattuale? La maggioranza della dottrina, come si è detto, propende per una natura aquiliana della responsabilità precontrattuale e dei comportamenti che determinano un vizio del volere. Possiamo ripetere lo stesso per l'approfittamento? La natura di illecito di quest'ultimo è stata affermata sulla scorta del confronto con l'*actio quod metus causa* del diritto romano¹¹¹, ma è stata contestata rilevando che il fatto che dà luogo alla sanzione rescissoria non causa direttamente un danno all'altra parte, ma determina la na-

«Riv. trim. dir. proc. civ.», 1972, 983; MANTOVANI, 'Vizi incompleti', cit., spec. 195; D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 305 e nt. 13.

¹⁰⁹ Sul problema cfr. per tutti MANTOVANI, 'Vizi incompleti', cit., 283 s..

¹¹⁰ Cfr. per tutti E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. I. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 31 ss.; COMPORTI, *Fondamento e natura giuridica*, cit., 28 ss.; SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza degli scambi*, cit., 351 (con altre indicazioni bibliografiche in nt. 215); G. SCHIAVONE, *Approfittamento e lesione infra dimidium*, cit., 197 nt. 68.

¹¹¹ SCHERILLO, *In tema di usura e lesione*, cit., 59 ss.; cfr. anche DISTASO, *Considerazioni intorno all'abuso dello stato di bisogno*, cit., 262 ss.

scita di un contratto che a sua volta può causare un danno¹¹². Il problema rimane dunque aperto.

3.6. *Buona fede formativa e nullità*. – Sulle regole di carattere generale sin qui richiamate si innestano precetti relativi ad ipotesi specifiche, cui è sufficiente qui accennare, ma che comportano conseguenze notevoli perché conducono alla nullità delle clausole, talora con un espresso rinvio alla buona fede. Si tratta di casi in cui il contratto è stipulato tra contraenti in evidente disparità di condizione.

Alla buona fede facevano riferimento gli artt. 1469^{bis} ss. ora sostituiti dagli artt. 33 ss. del *Codice del consumo* (d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206)¹¹³, nei quali si prevede che, nei contratti conclusi tra consumatore e professionista, siano considerate vessatorie in quanto contrarie a buona fede¹¹⁴ e perciò nulle¹¹⁵ le clausole non oggetto di

¹¹² MIRABELLI, *La rescissione del contratto*², cit., 102 ss.; G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1986, 276; G. SCHIAVONE, *Approfitamento e lesione infra dimidium*, cit., 152. Meno rilevante l'argomento dell'esistenza di una *reductio ad aequitatem* (GATTI, *L'adeguatezza fra le prestazioni*, cit., 439; QUADRI, *La rettifica del contratto*, cit., 118; ORRÙ, *La rescissione del contratto*, cit., 11), perché anche questa ha in effetti valore risarcitorio (G. SCHIAVONE, *op. cit.*, 152 nt. 154).

¹¹³ E prima ancora il capo XIV^{bis} del libro IV, titolo II, del codice civile (artt. 1469^{bis} ss.), introdotto dall'art. 25 della l. 6 febbraio 1996 n. 52, in attuazione della direttiva n. 93/13 CE.

¹¹⁴ Nonostante l'infelice resa della traduzione italiana della direttiva CE, la maggioranza della dottrina ha inteso l'inciso «malgrado la buona fede» come un rinvio alla buona fede oggettiva, oppure addirittura come un errore materiale per significare 'in contrasto con la buona fede'. Cfr. per tutti, sulla questione, G.M. UDA, *Malgrado la buona fede*, in G. ALPA - S. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, I, Milano, 1997, 65 ss. (cfr. anche ID., *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 230 ss.); P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Studi A. Burdese, II, Padova, 2003, 176 e nt. 48; S. PATTI, *Significato del principio di buona fede e clausole vessatorie: uno sguardo all'Europa*, *ibid.*, III, 59 ss.; D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 270 s. e nt. 10; G. SCHIAVONE, *Approfitamento e lesione infra dimidium*, cit., 176 s.

¹¹⁵ Art. 36 co. 1 cod. cons.: «le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto» (l'art. 1469^{quinquies} co. 1 c.c. parlava di inefficacia, che una parte della dottrina interpretava come inefficacia in senso stretto: cfr. R. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in «Foro it.», 1996, V, 156; F. ALCARO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in «Vita not.», 1996,

trattativa individuale¹¹⁶ che determinino a carico del consumatore un «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi»¹¹⁷. Sul rapporto tra i requisiti della buona fede e del significativo squilibrio la dottrina è divisa: se per alcuni essi possono essere alternativi¹¹⁸, per altri devono invece concorrere¹¹⁹. Ma non manca chi trova superfluo il rinvio alla prima, posto che la valutazione del giudice si basa sul dato oggettivo dello squilibrio piuttosto che sul profilo della buona fede¹²⁰. In realtà, sembrerebbe riproporsi qui, in maniera esplicita, il raccordo tra comportamento secondo buona fede e squilibrio contrattuale che in materia di annullabilità e rescissione abbiamo ricostruito – nelle sue diverse gradazioni – dal sistema. La posizione più convincente appare perciò quella che considera necessario il concorso tra i due criteri, nel senso che il giudice, accertato lo squilibrio, valuterà se esso si giustifichi o no rispetto al parametro della buona fede nel comportamento delle parti¹²¹.

1119; G. ALPA, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in «NGCC», 1996, II, 46. Per altri autori, già la formulazione dell'art. 1469*quinquies* co. 1 c.c. doveva essere letta nel senso della nullità: cfr. per tutti A. GENTILI, *L'inefficienza delle clausole abusive*, in «Riv. dir. civ.», 1997, II, 415 s. Sulla questione cfr. in generale anche F. DI MARZIO, *Illiceità delle clausole abusive*, in «Giust. civ.», 1999, XII, 479 ss.

¹¹⁶ Art. 34 co. 4 cod. cons.: «non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale» (cfr. art. 1469*ter* co. 4 c.c.).

¹¹⁷ Art. 33 co. 1 cod. cons.: «nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista, che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» (cfr. art. 1469*bis* co. 1 c.c.).

¹¹⁸ G. ALPA, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in «Corr. giur.», 1993, 635 e 642; G. SCALFI, *La direttiva del Consiglio C.E.E. del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in «Resp. civ. prev.», 1993, 442.

¹¹⁹ F. D. BUSNELLI - U. MORELLO, *La direttiva 93/13 CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in «Riv. not.», 1995, 374; U. MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in «Riv. not.», 1996, 290.

¹²⁰ L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei 'contratti dei consumatori' nel sistema del codice civile*, in *Studi P. Rescigno*, III.2, Milano, 1998, 540 ss.; A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1995, 17.

¹²¹ G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano 1996, 16; C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie, cioè abusive*, in «Europa e dir. priv.»,

Considerazioni analoghe possono farsi per un'altra normativa di ispirazione comunitaria, quella sul rapporto di subfornitura (l. 18 giugno 1998 n. 192)¹²² – ma si noti che la generalità della formulazione legislativa ha indotto a sostenere l'applicabilità della normativa a ogni rapporto tra imprese avente ad oggetto lo scambio di beni o prestazioni¹²³. In essa si vieta «l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice», considerandosi «dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi»¹²⁴. Anche in queste ipotesi, il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo¹²⁵. Si tratta, come si vede, di una normativa non lontana dal modello della rescissione per lesione¹²⁶. E, benché il testo della legge non parli di buona fede, la dottrina unanimemente considera l'eccessivo squilibrio come rilevante solo in quanto ingiustificato rispetto al contesto economico, e spesso richiama il parametro della buona fede¹²⁷.

1998, 33; V. ROPPO, *La definizione di clausola 'vessatoria' nei contratti dei consumatori*, in «Contratti», 2000, 83 ss.

¹²² Non è possibile, naturalmente, trattare diffusamente dei problemi connessi a questa legge. Basti il rinvio ai problemi e ai riferimenti discussi in M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003.

¹²³ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*. III². *Il contratto*, cit., 404 s.; MAUGERI, *Abuso*, cit., 131 ss.

¹²⁴ Art. 9 co. 1, l. 18 giugno 1998 n. 192 (*Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*): «è vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti».

¹²⁵ Art. 9 co. 3, l. 18 giugno 1998 n. 192. Il riferimento alla nullità sarebbe «discutibile» per NAVARRETTA, *Buona fede*, cit., 324 s., che la intende come inefficacia.

¹²⁶ V. ROPPO, *Il contratto* (Trattato Iudica - Zatti), Milano, 2001, 928; D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 280.

¹²⁷ T. LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in «Riv. dir. civ.», 2000, II, 352; F. VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrat-*

Altra applicazione di queste regole si ha nel d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231, attuativo della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, che all'art. 7 prevede la nullità dell'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, che – «avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza» – risulti «gravemente iniquo» per il creditore. Questa grave iniquità viene spiegata, in particolare, con condizioni contrattuali che, ingiustificatamente, procurino al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, o con l'imposizione, da parte del contraente principale ai subcontraenti, di termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai propri, e anche in questo caso si è avvicinata la *ratio* della norma alle regole della buona fede¹²⁸. Al giudice è concesso non solo di dichiarare la nullità anche d'ufficio, ma anche di applicare i termini legali o addirittura di ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo¹²⁹. Si ripro-

tuale nel diritto dei contratti, in «Riv. dir. priv.», 2002, 319 nt. 34; G. SCHIAVONE, *Appropriamento e lesione infra dimidium*, cit., 184 ss.; D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 279; ID., *La buona fede ausiliaria del programma contrattuale*, in A. D'ANGELO - P.G. MONATERI - A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, 3.

¹²⁸ Cfr. per tutti A. PERRONE, *L'accordo 'gravemente iniquo' nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in «Banca borsa tit. cred.», 2004, I, 65 ss.; D'ANGELO, *La buona fede ausiliaria del programma contrattuale*, cit., 3.

¹²⁹ Art. 7 d.lgs. 9 ottobre 2002 n. 231: «1. L'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore. 2. Si considera, in particolare, gravemente iniquo l'accordo che, senza essere giustificato da ragioni oggettive, abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, ovvero l'accordo con il quale l'appaltatore o il subfornitore principale imponga ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi. 3. Il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo». Per una analisi di quest'ipotesi cfr. per tutti S. BASTIANON, *Direttive comunitarie e tutela del creditore in caso di ritardato pagamento nelle transazioni*

pone qui il problema già affrontato parlando del dolo e della rescissione: l'intervento del giudice è un'ipotesi di correzione del contratto o di risarcimento in forma specifica?

La nullità della clausola contrattuale è prevista anche nella nuova formulazione dell'art. 1815 c.c., che al secondo comma – aggiunto dall'art. 4 della legge 7 marzo 1996 n. 108 (*Disposizioni in materia di usura*), stabilisce che «se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi». La norma, dettata in materia di mutuo, potrebbe in realtà avere una portata molto più ampia, perché deve essere coordinata con il testo (novellato dalla medesima legge) dell'art. 644 c.p., nel quale si ricomprendono nella previsione normativa tutti i «vantaggi o compensi che avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria». In virtù di questo collegamento, si è sostenuto che la riforma intenda colpire la cd. 'usura reale', ossia la previsione di condizioni di contratto squilibrate in rapporti anche differenti dal mutuo o in generale dai contratti di finanziamento¹³⁰. Naturalmente, questa nuova disciplina pone problemi di coordinamento con la rescissione per lesione, che storicamente si legava alla materia dell'usura¹³¹, tanto che si è persino parlato di implicita abrogazione dell'art. 1448 e, ampliando la portata dell'art. 1815 co. 2 oltre la soglia dei contratti di credito, si è ritenuto di poter estendere la sanzione della nullità anche a rapporti squilibrati *infra dimidium*¹³². Altra soluzione – forse più corretta –

commerciali: prime osservazioni a proposito del D.lgs. n. 231/2002, in «Dir. Un. Eur.», 2003, II-III, 395 ss.; e soprattutto PERRONE, *L'accordo 'gravemente iniquo'*, cit., 65 ss.

¹³⁰ F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002, 355 ss.; A. RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, Padova, 2002, 187.

¹³¹ Cfr. per tutti SCOZZAFAVA, *Il problema dell'adeguatezza degli scambi*, cit., 353; A. PISU, *La sorte dei negozi usurari a séguito della riforma del reato*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2003, III, 887 ss.; G. SCHIAVONE, *Approfittamento e lesione infra dimidium*, cit., 250 ss.

¹³² Cfr. R. TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in «Riv. dir. priv.», 1997, 487 ss., spec. 489; E. QUADRI, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, in «NGCC», 1997, II, 69; PISU, *La sorte dei negozi usurari*, cit., 887 ss. Non sembra po-

potrebbe essere quella di escludere che l'art. 1815 co. 2 sia estensibile al di là dei contratti di credito, e che la tutela *infra dimidium* possa consistere in un risarcimento del danno ex art. 185 c.p. co. 2 oppure, in assenza di una sentenza penale di condanna, ex art. 1337 c.c.¹³³. In ogni caso, si pone il problema di chiarire se la nuova disciplina abbia affermato nel nostro ordinamento un principio di doverosa proporzionalità oggettiva tra le prestazioni¹³⁴, oppure se lo squilibrio sia avversato non in sé, bensì come effetto di un comportamento contrario a buona fede¹³⁵.

Altri esempi di questa tendenza sono l'art. 117 co. 6 del d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*), che stabilisce la nullità delle «clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati»¹³⁶; oppure l'art. 122 co. 3 del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*), che dispone la nullità dei patti relativi all'esercizio del diritto di voto nelle società con azioni quotate e nelle società controllanti, che non abbiano ricevuto adeguate forme di pubblicità¹³⁷.

Non è necessario, ai nostri fini, soffermarsi puntualmente su queste nuove fattispecie normative. Bastino alcuni rilievi.

tersi seguire la ricostruzione di chi (U. GRASSI, *Il nuovo reato di usura: fattispecie penali e tutele civilistiche*, in «Riv. dir. priv.», 1998, 246 ss.) ritiene che le norme degli artt. 1815 co. 2 e 1448 vadano armonizzate nel senso che, *infra dimidium*, la tutela del contratto usurario dovrebbe essere non invalidante – ché ciò determinerebbe una disparità di trattamento con le altre ipotesi – ma risarcitoria ex art. 1337.

¹³³ G. SCHIAVONE, *Approfitamento e lesione infra dimidium*, cit., 249 ss., spec. 297 s.

¹³⁴ Lo ipotizza ad es. RICCIO, *Il contratto usurario*, cit., 186 s.

¹³⁵ Così G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in «Riv. dir. priv.», 2000, 37; F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Studi A. Burdese, I, Padova, 2003, 244; D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 284.

¹³⁶ Mi limito a rinviare a D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 266 ss.

¹³⁷ In particolare, che non siano stati «a) comunicati alla CONSOB entro cinque giorni dalla stipulazione; b) pubblicati per estratto sulla stampa quotidiana entro dieci giorni dalla stipulazione; c) depositati presso il registro delle imprese del luogo ove la società ha la sede legale entro quindici giorni dalla stipulazione» (art. 122 co. 1, d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58).

Si tratta di ipotesi in cui emerge sul piano normativo una tendenza che – come vedremo meglio in seguito – si è già manifestata da alcuni decenni sul piano dottrinario, e cioè quella che è stata efficacemente definita come «una sorta di germanizzazione della buona fede»¹³⁸. Discendendo in larga misura da direttive comunitarie, le norme sin qui richiamate sono fortemente condizionate dall'uso tedesco della buona fede come strumento di controllo del contenuto del contratto, provvisto talora anche di conseguenze invalidanti. Ad esempio, la nozione di «significativo squilibrio» impiegata dalla normativa in materia di tutela del consumatore, discende essenzialmente¹³⁹ dalla legge tedesca sulle condizioni generali di contratto (AGB-Gesetz del 9 dicembre 1976), che prevede l'inefficacia (*Unwirksamkeit*) delle clausole che determinino condizioni svantaggiose contro i dettami della buona fede¹⁴⁰, utilizzata come modello dalla normativa europea¹⁴¹. E a sua volta questa legge discende dalla confluenza dell'elaborazione – compiuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche anche nell'ambito dell'Art. 2 Abs. 1 della Costituzione tedesca¹⁴² – del rapporto tra la regola di buona fede fissata dal § 242 BGB

¹³⁸ G. A. BENNACCHIO, *La buona fede nel diritto comunitario*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Studi A. Burdese, I, Padova, 2003, 199.

¹³⁹ MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 1 ss. ricorda come modelli anche la normativa inglese del *Consumer Credit Act* (1974) e l'*Unfair Contract Terms Act* (1977).

¹⁴⁰ § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz: «Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen».

¹⁴¹ Cfr. per tutti S. TROIANO, *Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*, in G. ALPA - S. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, I, Milano, 1997, 25 ss.; R. CALVO, *L'equilibrio 'normativo' del contratto standard nella AGB-Gesetz*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2001, IV, 1081 ss.; S. PATTI, *Significato del principio di buona fede e clausole vessatorie*, cit., 61.

¹⁴² Art. 2 Abs. 1 GG: «Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt». La norma è stata interpretata dalla giurisprudenza nel senso che essa garantisce l'autonomia privata come «auto-determinazione (*Selbstbestimmung*) del singolo nella vita giuridica», autonomia minata dalle disparità nelle posizioni dei contraenti. Cfr. per tutti, nella letteratura italiana, MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 1 ss.

e quella della nullità dei negozi realizzati contro il buon costume, in particolare abusando della situazione di necessità, inesperienza, incapacità di giudizio o grave debolezza di volontà dell'altra parte al fine di realizzare un considerevole squilibrio tra le prestazioni (§ 138 BGB)¹⁴³.

Si comprende allora perché, almeno in termini problematici, siano stati sollevati dubbi – a prima vista sorprendenti – circa l'identità tra la nozione di buona fede meramente 'procedimentale' e quella 'contenutistica'¹⁴⁴: è vera coincidenza, o sostanziale omofonia?

3.7. *Conclusioni.* – I problemi fondamentali della buona fede formativa possono essere sintetizzati, a mio avviso, in una serie di interrogativi.

Il primo. La responsabilità fondata sulla buona fede precontrattuale è una tipologia tra le altre all'interno del *genus* 'responsabilità nella formazione del contratto', oppure – come dalla sommaria ricognizione sin qui condotta parrebbe potersi sostenere – è una norma-base che costituisce essa stessa il *genus* entro cui si collocano le diverse *species* di tutela delle patologie formative del contratto (annullabilità per vizi del volere, rescissione, nullità di clausole abusive)?

¹⁴³ § 138 BGB *Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher* «(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. (2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen». D'altronde, queste medesime tendenze sono riscontrabili nei progetti di armonizzazione europea della disciplina del contratto (*Principles of European Contract Law*, *Principi Unidroit*), che prevedono la possibilità dell'annullamento del contratto o di singole clausole abusive, se una parte si sia trovata in una posizione di svantaggio e l'altra, essendo o dovendo essere a conoscenza della situazione, ne abbia tratto un vantaggio iniquo o un profitto ingiusto, salva la possibilità per le parti di chiedere l'adeguamento del contratto a quanto dovesse essere convenuto secondo buona fede e correttezza nei traffici (cfr. gli artt. 4:109 e 4:110 PECL, che parlano di «good faith and fair dealing», e l'art. 3.10 Unidroit, che richiama i «reasonable commercial standards of fair dealing»).

¹⁴⁴ S. PATTI, *Significato del principio di buona fede e clausole vessatorie*, cit., 62 ss.; pone il problema anche D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 270 ss., 290 ss.

Il secondo. Che rapporto sussiste tra le forme tradizionali di responsabilità per violazione della buona fede (risarcitorie) e le potenzialità della clausola emerse nella normativa più recente? E qualora dovessimo ritenere la buona fede come norma-base nella fase formativa del contratto, sulla quale si innestano i rimedi più gravi dell'annullabilità, della rescissione o della nullità, come si devono leggere le novità legislative rispetto alle fattispecie 'qualificate' tradizionali? Si tratta di soluzioni che si muovono sempre nell'ottica risarcitoria – benché si ammetta un risarcimento in forma specifica – oppure siamo nell'ambito della correzione giudiziale?

Il terzo. In una visione allargata e oggettivizzata della buona fede formativa, quale rapporto si determina con la buona fede esecutiva? Come vedremo meglio nel corso della ricerca, l'assenza nel *code civil* francese di una norma analoga all'art. 1337 si deve al fatto che nei lavori preparatori essa fu giudicata implicita nel dovere di esecuzione secondo buona fede codificato all'art. 1134 co. 3 c.c. fr.¹⁴⁵ (corrispondente all'art. 1124 c.c. 1865), dall'interpretazione del quale dottrina e giurisprudenza francesi e italiane hanno dedotto l'esistenza di un dovere di buona fede anche nella fase precontrattuale e nella conclusione del contratto¹⁴⁶. E, allo stesso modo, nel diritto tedesco la responsabilità precontrattuale viene fondata sul § 242 BGB in materia di buona fede nell'esecuzione¹⁴⁷. Questa vicinanza è forse un residuo della concezione dell'*exceptio doli generalis*, per cui ai fini della valu-

¹⁴⁵ Nella discussione al Consiglio di Stato svoltasi il 3 novembre 1803, Portalis chiede e ottiene che nell'ultimo comma dell'art. 31 del progetto (= art. 1134 c.c. fr.) si elimini la parola *contractées*, «que les dispositions antérieures rendent inutile» (P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, XIII, 54). Il dato doveva comunque essere considerato talmente pacifico, che nella *Présentation au Corps Législatif* del 28 gennaio 1804, Bigot-Préameneu fa nuovamente riferimento alla contrattazione (*ibid.*, 229). Non è perciò un'estensione di C. B. M. TOUILLER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*⁴, VI, Bruxelles, 1837, 356 s., il riconoscimento della buona fede nella fase delle trattative e dell'interpretazione, come ritengono D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato dal codice Napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano, 1970, 52 s. ed E. STOLFI, *Bonae fidei interpretatio. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004, 227 e nt. 14.

¹⁴⁶ Cfr. CORRADINI, *Il criterio della buona fede*, cit., 568 ss., spec. 571 ss.

¹⁴⁷ Cfr. per tutti A. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in «Digesto⁴» (disc. priv. sez. civ.), XVII, Torino, 1998, 395.

tazione di buona fede non rileva tanto l'atteggiamento psicologico del contraente nella fase formativa, quanto il fatto che appare contrario alla buona fede esecutiva la richiesta di soddisfare condizioni contrattuali oggettivamente inique¹⁴⁸? Oppure occorre mettere in crisi la stessa utilità di una distinzione tra buona fede formativa e buona fede esecutiva – o, se si preferisce, tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale?

Il quarto. In stretta connessione con quest'ultimo interrogativo, se si dovesse concludere che la nozione di buona fede oggettiva sia sostanzialmente unitaria in tutte le sue esplicazioni, ossia nelle fasi di formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto – come per lo più si ritiene¹⁴⁹ – a quale esiti dovrebbe condurre la teoria tradizionalmente maggioritaria di una natura extracontrattuale della responsabilità nella fase formativa del contratto?

4. *La buona fede nell'esecuzione del contratto. a) Le funzioni della buona fede e in particolare la sua funzione integrativa.*

4.1. *Le norme in tema di buona fede esecutiva.* – Passiamo a richiamare i problemi essenziali in tema di buona fede esecutiva.

Gli articoli principali sono due:

Art. 1175 c.c. *Comportamento secondo correttezza.* Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.

Art. 1375 c.c. *Esecuzione di buona fede.* Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.

Sono note le discussioni circa il rapporto tra le due disposizioni. Secondo alcuni, sarebbe ravvisabile una distinzione dei rispettivi ambiti sulla base dei destinatari dei doveri (il creditore, soprattutto, nell'art. 1175; il debitore, nell'art. 1375)¹⁵⁰. Altri ha individuato una dif-

¹⁴⁸ Si indirizza in questo senso D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 316.

¹⁴⁹ Basti il rinvio a MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., 78 s., con indicazioni di dottrina e giurisprudenza.

¹⁵⁰ A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, 57; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1951, 149; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*⁵, Bologna, 1973, 323.

ferenza nella collocazione topografica dei due articoli, che porterebbe a ricondurre il primo alle obbligazioni non contrattuali, il secondo ai contratti; e ciò, si è affermato, si giustificerebbe per una maggiore accentuazione dei profili di cooperazione e reciprocità nell'ambito contrattuale¹⁵¹. Infine, si è sostenuto che il dovere di correttezza avrebbe valore negativo, nel senso che coinciderebbe con il dovere di non ledere l'altrui sfera di interessi, e quello di buona fede valore positivo, in quanto obbligherebbe i consociati ad una attiva collaborazione¹⁵². In realtà – come vedremo meglio in seguito, allorché analizzeremo i lavori preparatori del codice civile del 1942 – nelle intenzioni del legislatore la nascita dell'art. 1175 è coincisa semplicemente con una estensione del principio di buona fede, espresso dall'art. 1375 per i contratti, a tutte le obbligazioni (comprese, nuovamente, quelle contrattuali), ispirata al § 242 BGB sulla esecuzione secondo buona fede¹⁵³. Un'estensione che però – anche, probabilmente, per la duplicazione del riferimento ai contratti – non ha assunto un particolare significato all'interno del codice, cosicché la dottrina e la giurisprudenza a noi più vicine non sembrano dare molta importanza alla distinzione tra i due articoli¹⁵⁴.

¹⁵¹ G. F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 72 s.

¹⁵² BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, 67 s., seguito da M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, 223 s.; M. T. SAFFIOTI, *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, Torino, 1999, 35 ss.

¹⁵³ Ed è stata proprio questa valenza 'tecnica' della norma a permetterne la conservazione anche dopo la caduta del fascismo, consentendone addirittura una rilettura 'costituzionalizzata' (cfr. S. RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 cod. civ.*, in *Studi E. Volterra*, IV, Milano, 1971, 419 ss.), nonostante essa mirasse – nelle intenzioni del legislatore – a indurre le parti del rapporto obbligatorio all'«osservanza dei principî di solidarietà corporativa», ossia al rispetto del «dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio» (*Codice civile. Testo e relazione ministeriale*, Roma, 1942, 116 [n. 558]).

¹⁵⁴ Cfr. per tutti S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 141 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 348 s. nt. 13; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale (artt. 1173-1176)* (Commentario Scialoja-Branca), Bologna-Roma, 1988, 290 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. II. Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori (artt. 1374-1381)* (Comm. Schlesinger), Milano, 1999, 171 ss.

Oltre a queste due norme principali, però, il principio di buona fede ritorna in una serie di disposizioni specifiche, anch'esse relative alla esecuzione del contratto.

In primo luogo l'art. 1358, circa il comportamento durante la pendenza della condizione¹⁵⁵. Questa norma è ai nostri fini interessante perché, nel rapporto con il successivo art. 1349, sembra riprodurre il rapporto ipotizzato in precedenza tra regole di buona fede e regole di validità: se la violazione della buona fede in pendenza della condizione ha generalmente l'effetto del risarcimento del danno *ex* art. 1358, il comportamento di una parte che impedisca o causi l'avverarsi della condizione, alterando in modo scorretto il regolare svolgimento degli eventi, può avere come conseguenza la cd. finzione di avveramento o di non avveramento della condizione, *ex* art. 1359¹⁵⁶: in altre parole, accanto alla tutela risarcitoria vi è una regola che consente – per quanto attraverso una *fictio*, ma il risultato è il medesimo – di vanificare o al contrario eseguire forzatamente una clausola del contratto¹⁵⁷.

Nella stessa direzione si collocano gli artt. 1746 e 1749 c.c.¹⁵⁸, che nei contratti di agenzia impongono ad agente e preponente di «agire

¹⁵⁵ Art. 1358 c.c. *Comportamento delle parti nello stato di pendenza*: «colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte». Per l'interpretazione del richiamo alla buona fede in termini di buona fede esecutiva cfr. per tutti, in dottrina, FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., 286 ss.; e, in giurisprudenza, Cass. 6 novembre 1999 n. 12358, in «Foro it.», 2000, I, 102 ss.; in «Dir. e prat. soc.», 2000, f. 11, 82; in «Studium juris», 2000, 335 ss.; in «Fallimento», 2000, 1350 ss., con nota di G. LIMITONE; Cass. 22 marzo 2001 n. 4110, in «Studium juris», 2001, 949 ss.; Cass. 18 marzo 2002 n. 3942, in «Arch. civ.», 2003, 62 ss.

¹⁵⁶ Nella vigenza del codice del 1942, l'estensione della norma alla 'finzione di non avveramento' è ammessa a partire da P. TRIMARCHI, *La finzione di avveramento e finzione di non avveramento della condizione*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1966, 811 ss.

¹⁵⁷ Cfr. per tutti P. RESCIGNO, *Condizione (dir. vig.)*, in «ED», VIII, Milano, 1961, 798; TRIMARCHI, *La finzione di avveramento*, cit., 811 ss.; L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*, Milano, 1975, 120 ss., 129 ss.; A. FALZEA, *Condizione (dir. civ.)*, in «ED», VII, Roma, 1988, 5; F. PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, Padova 1994, 29 ss.; G. PETRELLI, *La condizione 'elemento essenziale' del negozio giuridico*, Milano, 2000, 192 ss., spec. 199.

¹⁵⁸ Così come modificati dagli artt. 2 e 4 del d.lgs. 15 febbraio 1999 n. 65, a sua volta attuativo della direttiva 86/653/CEE del 18 dicembre 1986.

con lealtà e buona fede» nei reciproci rapporti, sia sul piano della corretta informazione, sia su quello dell'esecuzione in senso stretto, essendo nullo ogni patto contrario¹⁵⁹. La buona fede richiamata dalle norme è certamente esecutiva, e sicuramente determina un risarcimento dei danni, ma svolge anche una funzione di controllo sul contenuto del contratto esattamente come la buona fede formativa: ciò che è inderogabile dalle parti non è solo la buona fede come 'principio' (ossia gli artt. 1175 e 1375)¹⁶⁰, ma le concrete regole da essa derivanti. D'altronde è chiaro che la deroga alle regole della buona fede (esecutiva) non si determina nel momento dell'esecuzione, ma in quello della formazione; e poiché il parametro di valutazione della legittimità delle clausole non può che essere la stessa buona fede, ci accorgiamo di quanto possa essere relativa una netta distinzione tra buona fede formativa e buona fede esecutiva.

Infine, un ruolo analogo può essere ravvisato nella previsione dell'art. 1460 co. 2, relativo all'eccezione di inadempimento, che nei contratti a prestazioni corrispettive consente ai contraenti di rifiutare l'adempimento della propria prestazione in assenza di un contemporaneo adempimento (od offerta di adempimento) della controparte,

¹⁵⁹ Art. 1746 c.c. co. 1 *Obblighi dell'agente*: «nell'esecuzione dell'incarico l'agente deve tutelare gli interessi del preponente e agire con lealtà e buona fede. In particolare, deve adempiere l'incarico affidatogli in conformità delle istruzioni ricevute e fornire al preponente le informazioni riguardanti le condizioni del mercato nella zona assegnatagli, e ogni altra informazione utile per valutare la convenienza dei singoli affari. È nullo ogni patto contrario»; art. 1749 c.c. *Obblighi del preponente*: «1. Il preponente, nei rapporti con l'agente, deve agire con lealtà e buona fede. Egli deve mettere a disposizione dell'agente la documentazione necessaria relativa ai beni o servizi trattati e fornire all'agente le informazioni necessarie all'esecuzione del contratto: in particolare avvertire l'agente, entro un termine ragionevole, non appena preveda che il volume delle operazioni commerciali sarà notevolmente inferiore a quello che l'agente avrebbe potuto normalmente attendersi. Il preponente deve inoltre informare l'agente, entro un termine ragionevole, dell'accettazione o del rifiuto e della mancata esecuzione di un affare procuratogli. (...) 4. È nullo ogni patto contrario alle disposizioni del presente articolo». Queste norme si coordinano con la disposizione dell'art. 1748 co. 6 c.c., che, senza far riferimento alla buona fede, dispone la nullità dei patti che prevedano condizioni più sfavorevoli per l'agente, rispetto al dovere di questi di restituire le provvigioni riscosse nell'ipotesi in cui non abbia esecuzione il contratto tra il terzo e il preponente per cause non imputabili a quest'ultimo.

¹⁶⁰ Come sostiene D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 48 e 230 ss.

salvo che dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto risultino termini diversi per l'adempimento e tranne che il rifiuto, «avuto riguardo alle circostanze», appaia «contrario alla buona fede»¹⁶¹. Qui la buona fede non ha alcuna funzione risarcitoria, quanto piuttosto inibitoria di un abuso di una posizione di forza: il primo comma dell'art. 1460, infatti, indubbiamente pone un notevole strumento di difesa nelle mani del contraente che rifiuta l'adempimento; il secondo comma permette la disapplicazione del primo – ossia di una regola legislativamente incorporata nel regolamento contrattuale – così come la buona fede nella formazione del contratto vanifica, direttamente o indirettamente, regole convenzionali del programma contrattuale.

4.2. *L'iniziale opposizione della giurisprudenza e la 'rinascita' della buona fede nella dottrina civilistica.* – Tra le diverse esplicazioni del principio di buona fede, quella esecutiva ha dato luogo alle maggiori discussioni e ha avuto un ruolo trainante nella dottrina e nella giurisprudenza. È dunque soprattutto su di essa che occorre concentrarsi per comprendere il ruolo attuale del principio.

La sua valorizzazione e applicazione è, nella vigenza del codice del 1942, assai recente. Paradossalmente, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, gli spazi della buona fede si sono notevolmente ristretti rispetto al passato – dove pure, come vedremo, vi erano stati atteggiamenti oscillanti – tanto che, non impropriamente, si è potuto parlare di un «andamento parabolico» nella vicenda delle clausole generali¹⁶².

¹⁶¹ Art. 1460 c.c.: «nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto. 2. Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede».

¹⁶² G. ALPA, *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Studi A. Burdese, I, Padova, 2003, 155 ss. (cfr. anche ID., *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in S. MAZZAMUTO [cur.], *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 221).

La prima sentenza di una certa importanza risale al 1963¹⁶³, ed è una decisione in cui, in un *obiter dictum*, si nega rilievo obbligatorio autonomo alla buona fede. Vale la pena di riportare il passaggio, per la discussione che ha sollevato: «i doveri giuridici di lealtà e correttezza sono (...) entrati nel nostro ordinamento giuridico, specialmente in materia contrattuale, ma la violazione di tali doveri, quando la legge non ne faccia seguire una sanzione autonoma, costituisce solo un criterio di valutazione e di qualificazione di un comportamento. Essi non valgono a creare, di per se stessi, un diritto soggettivo tutelato *erga omnes* dall'osservanza del precetto del *neminem laedere* quando tale diritto non sia riconosciuto da un'espressa disposizione di legge; pertanto, un comportamento contrario ai doveri di lealtà, di correttezza e di solidarietà sociale non può essere reputato illegittimo e colposo, né può essere fonte di responsabilità per danni quando non concreti la violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altre norme»¹⁶⁴. In sostanza, la buona fede non creerebbe doveri, ma si limiterebbe a 'colorare' doveri già esistenti: avrebbe una funzione tutto sommato pleonastica e, in fondo, retorica.

La sentenza, che in un primo tempo ha avuto una certa influenza sulla giurisprudenza di merito¹⁶⁵, ha innescato in dottrina immediate reazioni¹⁶⁶. Si è così tentato di chiarire e approfondire il ruolo della buona fede nel nostro ordinamento.

La dottrina civilistica – in armonia, d'altronde, con l'impostazione diffusa tra gli storici del diritto – ha sostenuto l'insufficienza, o addirittura l'inutilità, di ogni definizione della buona fede-correttezza che miri a chiarire 'cosa' essa sia. Trattandosi di una 'clausola generale',

¹⁶³ Come avverte RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 cod. civ.*, cit., 423 nt. 15, «non devono trarre in inganno i riferimenti contenuti in alcune sentenze: sia perché, in molti casi, essi avevano un valore soltanto negativo (...); sia perché, in quasi tutti gli altri casi, il richiamo alla correttezza (o alla buona fede, o alla equità) era poco più di una espressione retorica, dal momento che la decisione era comunque possibile sulla base dello stretto diritto».

¹⁶⁴ Cass. 16 febbraio 1963 n. 357, in «Foro it.», 1963, I, 1768 ss.; in «Foro pad.», 1964, I, 1283 ss., con nota di S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, *ibid.*

¹⁶⁵ Cfr. App. Firenze, 27 ottobre 1967, in «Foro pad.», 1968, I, 448 s.

¹⁶⁶ RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, cit., 1283 ss.; G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in «Riv. dir. comm.», I, 1964, 163 ss.

sarebbe impossibile una sua definizione in termini analitici: se caratteristica delle clausole generali è infatti quella di consentire una certa elasticità, una puntuale specificazione ne contraddirebbe la natura¹⁶⁷, mentre occorrerebbe guardare al principio come a una 'norma in bianco' il cui contenuto si preciserebbe di volta in volta in relazione a contesti storici, ideologici, etici¹⁶⁸. Al contrario, bisognerebbe chiedersi 'come' questa clausola generale operi nel nostro ordinamento: quale ruolo, cioè, debba attribuirsi a quel sistema di valori cui essa rimanda¹⁶⁹.

4.3. *Le teorie principali sul fondamento e sul ruolo della buona fede esecutiva.* – Al problema del ruolo della buona fede oggettiva la dottrina civilistica contemporanea ha dato essenzialmente due risposte.

a) *La buona fede come criterio di integrazione del contenuto, di limite all'autonomia privata e di governo dell'equilibrio contrattuale.*

La prima posizione¹⁷⁰, senz'altro maggioritaria, si è sviluppata a partire dall'esempio offerto dall'elaborazione della nozione di *Treu und Glauben* nella dottrina e giurisprudenza tedesche. E qui vediamo

¹⁶⁷ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 190. Occorre però riconoscere che questo stesso a. è stato quello che più si è preoccupato di individuare un 'contenuto' per la nozione, individuandolo nei principi costituzionali (cfr. soprattutto ID., *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 cod. civ.*, cit., 429 s.).

¹⁶⁸ Cfr. per tutti, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del debitore* (Trattato Cicu-Messineo), Milano, 1974, 35 s.; C. M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni* (artt. 1218-1229), (Commentario Scialoja-Branca), Bologna-Roma, 1980, 93; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 304; C. A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale* (Trattato Rescigno), I², Torino, 1999, 43; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Studi A. Burdese, IV, Padova, 2003, 3 ss.; D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 3 ss.

¹⁶⁹ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 191.

¹⁷⁰ Cfr. almeno, oltre agli studi citati di seguito, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, 92 ss.; MENGONI, *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi'*, cit., 185 ss.; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*², cit., 304 ss.; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 372 ss.; G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 83; C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in «Riv. dir. civ.», 1983, I, 205 ss.; UDA, *La buona fede*, cit., 95 ss., 109 ss. (il quale però critica la giustificazione teorica proposta da questa dottrina, leggendo l'art. 1374 come 'norma di chiusura' e l'art. 1375 come autonoma norma di integra-

immediatamente una interferenza tra diritto vigente e storia del diritto.

La sistemazione ‘classica’ delle funzioni della buona fede nella dottrina tedesca – basata sull’esame del copioso materiale offerto dall’analisi della giurisprudenza a partire dagli anni venti del Novecento – è stata compiuta, alla metà del secolo scorso, da un grande romanista-civilista, Franz Wieacker¹⁷¹. La logica classificatoria seguita da questo autore per individuare le funzioni della buona fede assume come modello i compiti che, nel III sec. d.C., Papiniano attribuiva al *ius honorarium*: aiutare, supplire e correggere il *ius civile*¹⁷². Si tratterebbe, più precisamente: a) della concretizzazione, attraverso la decisione giudiziale, di una regola di diritto preesistente¹⁷³; b) dell’imposizione alle parti, *praeter legem*, dell’obbligo di esercitare i propri diritti e difese in modo equo e solidale (il campo d’azione dell’*exceptio doli*)¹⁷⁴; c) della correzione delle regole positive attraverso l’adozione di nuove soluzioni giuridiche¹⁷⁵.

La dottrina italiana ha riletto la prima funzione qualificandola come ‘integrativa’ del contenuto contrattuale. La buona fede sarebbe a

zione contrattuale: *ibid.*, 123 ss.). Altre indicazioni in D’ANGELO, *La buona fede*, cit., 34 s. nt. 145; UDA, *op. ult. cit.*, 110 ss. ntt. 3-4.

¹⁷¹ F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB* («Recht und Staat» 193/194), Tübingen, 1956.

¹⁷² Pap. 2 *def.* D. 1, 1, 7, 1: *ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*. Il riferimento al *ius honorarium* ricorre anche in altri autori: cfr. ad es. D. MEDICUS, *Schuldrecht. I. Allgemeiner Teil*¹⁰, München, 1998, 74 s.

¹⁷³ WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, cit., 22 ss. Rientrerebbe in questa funzione il controllo: 1) sulle modalità di esecuzione della prestazione principale; 2) sull’applicazione dei cd. *naturalia negotii*; 3) sul rispetto dei cd. doveri accessori di protezione (custodia, avviso, informazione, comportamenti colposi nell’esecuzione da parte del debitore e del creditore).

¹⁷⁴ WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, cit., 26 ss. Vi rientrerebbero le seguenti fattispecie: a) comportamento incoerente, contrario all’affidamento ingenerato nella controparte (*venire contra factum proprium*): in particolare, (a₁) la perdita di diritti (*Verwirkung*) e (a₂) i vizi di forma riconducibili al comportamento dell’attore; b) richiesta di ciò che si debba immediatamente restituire (*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*); c) acquisto di una posizione giuridica in modo scorretto (*Einrede des unredliche Rechtserwerbs*); d) comportamento scorretto (*inciviliter agere*).

¹⁷⁵ WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, cit., 36 ss.

fondamento di una serie di doveri (di avviso, di protezione, ecc.) accessori rispetto alla prestazione principale. È vero – si sostiene – che la buona fede non è menzionata tra le fonti di integrazione del contratto previste dall'art. 1374 c.c., accanto alla legge, agli usi e all'equità. Ma essendo prevista da un articolo del codice civile, essa potrebbe comunque rientrare tra le fonti in quanto 'legge'¹⁷⁶, benché non manchi una sua certa vicinanza con l'equità¹⁷⁷. E a questa impostazione si avvicina¹⁷⁸ l'approccio di chi, contestando la distinzione tra contenuto ed effetti del contratto, preferisce ancorare i doveri fondati sulla buona fede, invece che al momento dell'integrazione, a quello dell'esecuzione¹⁷⁹.

La seconda funzione sarebbe invece 'limitativa' dell'autonomia privata. Essa vieterebbe infatti quei comportamenti che arrechino un ingiustificato pregiudizio alla controparte. Si tratterebbe anche in questo caso di integrazione, pur se intesa in senso lato, ossia concepita non solo come riempimento di lacune, ma anche quale dovere delle parti di rispettare le regole generali dell'ordinamento, come ad es. i precetti costituzionali¹⁸⁰ (in particolare quelli espressi dagli artt. 2, 36, 37, 39, 41 e 42 Cost.¹⁸¹).

La terza funzione, che in Germania ha trovato applicazione principalmente rispetto al superamento del principio nominalistico per i

¹⁷⁶ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 118 e 165, seguito da F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in F. GALGANO - G. VISINTINI, *Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto per persona da nominare (artt. 1372-1405)* (Commentario Scialoja-Branca), Bologna-Roma, 1993, 95 ss.; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., 7 e 166; ROPPO, *Il contratto*, cit., 493; ALPA, *La completezza del contratto*, cit., 220. Meno persuasivo è il rilievo per cui l'elenco dell'art. 1374 sarebbe tassativo, ma che la tassatività – non essendo immodificabilità – permette un ampliamento effettuato dalla legge (ossia gli artt. 1175 e 1375): potrebbe apparire strano, infatti, che lo stesso testo normativo stabilisca in un articolo un elenco tassativo e poi vi aggiunga, al di fuori di tale elenco, altre voci. Forse non a caso, in altro punto della sua opera, l'a. scrive che l'elenco non è tassativo (RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 164).

¹⁷⁷ Cfr. per tutti ROPPO, *Il contratto*, cit., 493 s.

¹⁷⁸ La vicinanza è rilevata anche da S. RODOTÀ, *Conclusione: il tempo delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede* (Atti Pisa 1985), Milano, 1987, 269.

¹⁷⁹ Cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 298 ss.

¹⁸⁰ Così, riassuntivamente, DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 299.

¹⁸¹ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 151 ss., 167 ss.

debiti di valuta e alle circostanze sopravvenute che alterino l'equilibrio del rapporto, in Italia è stata discussa dalla dottrina soprattutto rispetto a questo secondo problema – di cui tratteremo con maggiore ampiezza tra breve (§ 5) – essendo il primo sostanzialmente risolto attraverso l'applicazione delle regole della responsabilità per 'maggiore danno'¹⁸².

b) *La buona fede come criterio di attuazione del contratto.*

A questa ricostruzione si oppone una diversa impostazione teorica che sembra al contrario negare il valore integrativo della buona fede¹⁸³. Sono stati utilizzati i seguenti argomenti.

Innanzitutto, i cd. doveri accessori alla prestazione e molti tra i cd. doveri di protezione o di sicurezza – in particolare, quelli diretti a preservare l'integrità di persone e cose – non sarebbero che specificazioni del contenuto della prestazione principale, costituendo *naturalia* della stessa, cosicché sarebbe del tutto inutile una loro configurazione autonoma¹⁸⁴. In altri casi, con riferimento ai cd. doveri di avviso, si è sostenuto che l'esigenza sarebbe già soddisfatta da precise norme di legge, e che nelle ipotesi mancanti non potrebbe immaginarsi un generale dovere di avviso, posto che questo sarebbe – oltre che marginale – privo di oggetto, dovendo il suo contenuto essere di volta in volta determinato in concreto dal giudice¹⁸⁵.

In secondo luogo, la funzione integrativa della buona fede sarebbe addirittura esclusa dalla legge, posto che il codice civile – diver-

¹⁸² Cfr. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 347 ss.

¹⁸³ Cfr., oltre agli studi richiamati di seguito, U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 131; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, 284 ss., spec. 292 ss.; CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, cit., 631; U. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 123 ss.; M. MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Napoli, 2003, 348 ss.

¹⁸⁴ Così, dal raccordo tra l'art. 1678 e l'art. 1681, si deduce che l'obbligazione del vettore non è solo quella di condurre il viaggiatore, ma anche quello di trasportarlo senza danno; e lo stesso è a dirsi per gli artt. 1575, 1576, 1578, 1580 in tema di locazione: NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 18 s.; BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 171.

¹⁸⁵ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 24 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 171.

samente da quello del 1865 – dedica due articoli distinti a integrazione ed esecuzione (artt. 1374-1375)¹⁸⁶.

Il riconoscimento di una funzione integrativa della buona fede equivarrebbe poi a «ridurre il complesso gioco delle relazioni intersubiettive ad una serie standardizzata di comportamenti preidentificati»¹⁸⁷.

Si rischierebbe infine – ma si tratta di un argomento controverso¹⁸⁸ – di attribuire al giudice un compito che nel nostro ordinamento non gli è riconosciuto, in quanto lo legittimerebbe non solo ad applicare il diritto, ma addirittura a crearlo¹⁸⁹.

La buona fede avrebbe, in altre parole, un ruolo di secondo grado¹⁹⁰ non molto diverso da quello dell'equità¹⁹¹, assumendo un ruolo significativo solo come criterio applicabile al fine di ridurre le asperità di un'applicazione formalistica del diritto, ossia come possibilità, per il giudice, di avvalersi dei criteri di equilibrio e di socialità espressi nella carta costituzionale, anche ai fini del riconoscimento della validità, nel nostro ordinamento, di un'*exceptio doli generalis*¹⁹².

Con ciò è chiaro che, al di là delle apparenze, non si giunge affatto ad una svalutazione del ruolo della buona fede¹⁹³, ma semplicemente si fonda diversamente la sua funzione: il principio non opererebbe come fondamento *a priori* di doveri¹⁹⁴, quanto piuttosto *a posteriori*, come criterio di giudizio sostanzialmente equitativo.

¹⁸⁶ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 26 s.

¹⁸⁷ BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 171.

¹⁸⁸ Non lo accetta, ad es., NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 31 s.

¹⁸⁹ BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 171.

¹⁹⁰ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 39.

¹⁹¹ Il rilievo è di DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 301; d'altronde, pur nell'affermata volontà di distinguere tra le due nozioni, la contaminazione si coglie facilmente ad es. in NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 5 nt. 8, 39 ss.

¹⁹² NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 5 e 37 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 173.

¹⁹³ Così, esplicitamente, NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 4 nt. 6: «la negazione della funzione 'integrativa' della regola della correttezza non toglie nulla all'importanza pratica della stessa, contrariamente a quanto non di rado si afferma».

¹⁹⁴ BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 173. Una più recente teoria

4.4. *La posizione della giurisprudenza.* – Sulla scia della dottrina, a partire dalla fine degli anni settanta del Novecento la giurisprudenza¹⁹⁵ ha compiuto un'inversione di tendenza rispetto al suo re-

ha fatto proprio il valore integrativo della buona fede, riferendolo però non al contenuto del contratto, bensì alla sola convenzione realizzata tra le parti (D'ANGELO, *La buona fede*, cit.). Si tratta di una concezione in certo modo intermedia. Da un lato, infatti, si afferma la necessità di un raccordo tra gli artt. 1374 e 1375 c.c., ripetendosi l'argomento della prima dottrina per provare il valore integrativo del principio (*ibid.*, 33 ss.), pur se si sostiene che il riferimento al contratto dell'art. 1374 nasconderebbe in realtà un rinvio alla convenzione: ciò sarebbe mostrato dalla frase «il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso ...», nella quale figura un chiaro riferimento alla manifestazione di volontà delle parti; e potrebbe dedursi anche dalla derivazione dell'articolo in discorso dall'art. 1134 c.c. fr., nel quale si parla non di 'contrat', bensì di 'convention' (*ibid.*, 45). Dall'altro, argomentando dal rapporto tra convenzione e buona fede, si sostiene il ruolo solo completivo di quest'ultima, ossia la sua non cogenza rispetto all'accordo. Si recupera, cioè, un argomento della seconda teoria qui ricordata sostenendo che la buona fede possa solo 'colmare i vuoti' lasciati dall'accordo. Infatti – pur essendo la norma sulla buona fede inderogabile, cosicché le parti non potrebbero accordarsi per escluderla in assoluto – sarebbe permesso ai contraenti di escluderne singole applicazioni concrete (*ibid.*, 230 ss.), in modo tale che il giudice non potrebbe intervenire sulla convenzione per correggerla secondo la buona fede (*ibid.*, 155 ss.). Non solo ma, anche quando subentrino nella vita del contratto fattori non previsti per il mutamento delle circostanze, il giudice non potrebbe intervenire contro la convenzione, essendo ammessi solo rimedi risolutori e dovendo essere lasciata «alla libera iniziativa dell'altra parte la revisione delle condizioni contrattuali» (*ibid.*, 147 ss., spec. 149). Per motivare queste conclusioni vengono addotti una serie di argomenti che talora riecheggiano quelli della teoria che tende a escludere il ruolo integrativo della buona fede: 1) esistenza di norme specifiche relative ad un intervento giudiziale sui contenuti negoziali (rescissione, incapacità naturale, dolo, errore, risoluzione, determinazione dell'oggetto del contratto) che non avrebbero senso se esistesse un principio generale (*ibid.*, 186 ss.); 2) effetti di incertezza del diritto (*ibid.*, 176 ss.); 3) funzione solo suppletiva dell'equità (salvi i casi di 'equità correttiva' espressamente previsti dalla legge: artt. 1384, 1526 co. 2-3, 1934 co. 2 c.c.) (*ibid.*, 213 ss.); 4) limitazione dell'autonomia privata (*ibid.*, 181 ss.).

¹⁹⁵ Manca una raccolta di giurisprudenza in tema di buona fede sufficientemente completa e aggiornata. Nell'impossibilità di fornire in questa sede adeguati riscontri all'enucleazione delle linee di tendenza richiamate in testo – data la vastità del materiale, la cui discussione snaturerebbe il senso del lavoro qui presentato – mi limito a rinviare, sino al 1988, a NANNI, *La buona fede contrattuale*, cit.; più di recente a FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., 198 ss.; D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 105 ss. e UDA, *La buona fede*, cit., *passim*, nei quali tuttavia i richiami giurisprudenziali sono funzionalizzati al discorso generale.

cente passato, ammettendo un ruolo della buona fede non meramente riproduttivo dell'accordo o di disposizioni di legge¹⁹⁶.

Tra le due teorie sopra ricordate, quella maggiormente seguita è stata la prima¹⁹⁷.

In una prima serie di impieghi il principio è stato inteso come dovere di comportamento nell'attuazione della prestazione principale, rispetto ai quali il canone di buona fede tende a legarsi strettamente alle regole legali del tipo, al punto che alcuni hanno negato la possibilità di invocare, in materia, il principio di buona fede¹⁹⁸. Così quando si adempia formalmente, svuotando il proprio adempimento di ogni sostanza; oppure quando il comportamento di una parte determini una riduzione dell'utilità dell'altro contraente, o un aggravio ingiustificato del suo sacrificio, o un'utilità ingiustificata per la parte scorretta – ad esempio facendo venir meno o riducendo il proprio debito –, anche attraverso comportamenti formalmente non scorretti, come iniziative processuali non corrispondenti a un concreto interesse o condotte lecite ma contraddittorie.

Accanto a queste regole più legate al tipo si sono però venuti enucleando una serie di doveri accessori che, almeno a prima vista, 'integrano' il modello legale e 'limitano' l'esercizio di diritti.

¹⁹⁶ Non mi sembra rilevante tanto Cass. 16 marzo 1963 n. 658, in «Giur. it.», 1964, I, 205, nella quale il rinvio alla buona fede non decide autonomamente la questione, ma costituisce il 'contesto' entro cui viene letto il dovere di cooperazione fissato dall'art. 1227 c.c. Una reale novità si ha invece con Cass. 5 gennaio 1966 n. 89, in «Foro pad.», 1966, I, 524.

¹⁹⁷ Cfr., espressamente, Cass. 8 febbraio 1986 n. 814, inedita (cfr. «Rep. Foro it.», 1986, sub *Lavoro [rapporto]*, n. 1783); Cass. 14 febbraio 1986 n. 873, in «Giust. civ.», 1986, I, 1672 ss., con nota di N. LIPARI; in «Giur. it.», 1987, I.1, 282 ss.; in «Vita notar.», 1986, 280; Cass. 20 agosto 1992 n. 9719, in «Giur. it.», 1993, I.1, 1256 ss.; Cass. 3 dicembre 1993 n. 12014, in «Arch. giur. oo. pp.», 1993, 554; Cass. sez. un. 28 ottobre 1995 n. 11312, in «Giur. it.», 1996, I.1, 1082; Cass. 27 settembre 2001 n. 12093, in «Foro it.», 2001, I, 3541 ss.; in «Diritto e giustizia», 2001, f. 36, 58 ss., con nota di G. GIACALONE; in «Vita notar.», 2001, 1309 ss.; Cass. 16 ottobre 2003 n. 15482, in «Arch. civ.», 2004, 914 ss.; in «Foro it.», 2004, I, 1845 ss.; in «Giur. it.», 2004, 2064 ss., nota di E. BERGAMO. Cfr. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., 166 nt. 2.

¹⁹⁸ P. VECCHI, *Buona fede e relazioni successive all'esecuzione del rapporto obbligatorio*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Studi A. Burdese, IV, Padova, 2003, 366 s. Cfr. invece, per una efficacia della buona fede oltre i termini della esecuzione, A. DI MAJO, *La buona fede oltre il contratto*, in «Corr. giur.», 2002, 334; UDA, *La buona fede*, cit., 280 ss.

Innanzitutto doveri di informazione e di segreto, sulla scorta dei quali le parti – soprattutto se fornite di un grado di professionalità specifica superiore alla comune diligenza – devono reciprocamente avvisarsi circa l'esistenza di fatti pregiudizievoli, fornire tutte le informazioni o i documenti necessari o funzionali all'adempimento, verificando le informazioni trasmesse almeno con la normale diligenza parametrata al grado professionale di ciascuna, oppure per converso non divulgare notizie dalle quali potrebbero derivare pregiudizi per la controparte¹⁹⁹.

Poi doveri relativi al compimento di attività integrative della prestazione o alla astensione da comportamenti vietati: obblighi di cooperazione, sostanzialmente diretti a rimuovere tutti gli ostacoli necessari all'adempimento; doveri di lealtà, in particolare nei contratti di agenzia e di lavoro subordinato; doveri di protezione, finalizzati a non compromettere l'interesse della controparte, sia in relazione ad atti umani che a fatti naturali.

Infine, il principio di buona fede ha fortemente permeato la materia del lavoro subordinato, nel quale è più facile che si determini una situazione di squilibrio tra le posizioni economico-sociali dei contraenti. L'attenzione della giurisprudenza si è perciò soffermata sul rapporto tra il singolo ed i cd. 'poteri privati', ossia quelle situazioni di supremazia economico-sociale legate alla dimensione dell'impresa, e anzi è in questo settore che si è realizzata la prima reale irruzione della buona fede nella materia contrattuale. Oltre a un'applicazione abbastanza risalente, ma ormai superata, in cui i principi erano utilizzati a tutela del datore di lavoro rispetto a forme ritenute

¹⁹⁹ La giurisprudenza si è giustamente preoccupata anche di fissare una serie di limiti all'applicazione generalizzata dei doveri di informazione. Non si è tenuti, ad es., a comunicare all'altra il verificarsi di eventi di generale risonanza, che ciascuno è in condizione di conoscere secondo parametri di normale informazione, o comunque fatti la cui mancata conoscenza è imputabile alla controparte. Più in particolare, si è notato che le parti sono tenute a fornire i documenti a loro noti e di difficile reperibilità per la controparte, e soprattutto il creditore è tenuto a non a rendere l'adempimento più gravoso per il debitore, ma non ad agevolarlo perché sia meno oneroso di quanto convenuto o, viceversa, perché il creditore possa trarne utilità non pattuite. Perciò non è doveroso comunicare circostanze note all'altro contraente, o comunque da egli conoscibili con la normale diligenza, anche se il disagio nell'informare sarebbe minore di quello sopportato dalla controparte.

‘anomale’ del diritto di sciopero²⁰⁰, ciò è avvenuto – al di là della casistica condivisa con la materia *stricto sensu* civilistica – essenzialmente in tre settori: procedure di promozione, assunzione e attribuzione delle note di qualifica; scelta dei lavoratori da collocare nella cassa integrazione guadagni, trasferimenti, licenziamenti e provvedimenti disciplinari; disparità di trattamento. Tuttavia, se rispetto ai primi due settori la giurisprudenza di legittimità riconosce ormai un’ampia incidenza dei doveri di correttezza e buona fede, rispetto al terzo si riscontra un atteggiamento sostanzialmente unanime di svalutazione del dovere di buona fede.

Il dato più interessante, al riguardo, è che questo approccio non viene motivato affermando che la buona fede – pur valida come principio di integrazione – non soccorre rispetto al problema della parità di trattamento. Al contrario, si recuperano tesi riduttive che in altri ambiti la stessa giurisprudenza di legittimità ha da decenni quasi completamente abbandonato²⁰¹.

²⁰⁰ Sentenze e discussione in NANNI, *La buona fede contrattuale*, cit., 235 ss.; un’analisi della storia della questione in SAFFIOTI, *Le clausole generali di buona fede e correttezza*, cit., 219 ss.

²⁰¹ Benché permangano, anche al di fuori del problema della disparità di trattamento, alcune resistenze. Cfr. Cass. 11 marzo 1992 n. 2915, in «Foro it.», 1992, I, 2725 ss.; in «Giur. it.», 1993, I.1, 676 ss., con nota di A. MUSY: le regole della buona fede esprimerebbero un principio di «comportamento congruo e corretto al fine della realizzazione del contratto», ma non imporrebbero «un ampliamento del contenuto del contratto o di una delle obbligazioni da questo scaturenti» (è bene rilevare, però, che la Corte perviene comunque, pur se per altra via, al risultato della tutela). In Cass. 4 gennaio 2000 n. 23, in «Foro it.», 2001, I, 1260 ss., con nota di R. COSSIO, si afferma che il principio di cui all’art. 1175 c.c. «è stato codificato – al pari di quello di buona fede previsto dall’art. 1375 c.c. – come *regula iuris* con esclusivo riferimento ai rapporti precontrattuali e all’interpretazione ed esecuzione del negozio, e non anche con riguardo al contenuto del negozio medesimo nel senso che i contraenti possono comporre i loro contrapposti interessi concordando del tutto liberamente il predetto contenuto negoziale» (segue citazione di una sentenza in tema di disparità di trattamento: Cass. 30 dicembre 1997 n. 13131, in «Giur. it.», 1998, 1644 ss.; in «Foro Pad.», 1999, I, 17 ss., con nota di R. SENIGALLIA). In Cass. 19 gennaio 2004 n. 741, in «Arch. civ.», 2004, 1332 ss.; in «Mass. giur. lav.», 2004, 601 ss., con nota di S. BRUZZONE, si sostiene che il dovere di buona fede non crea obbligazioni autonome, ma inerisce soltanto al puntuale adempimento di obblighi preesistenti. Da queste posizioni vanno naturalmente tenute distinte le sentenze che in concreto, ma senza affermazioni di principio, utilizzano la buona fede solo come criterio aggiuntivo rispetto a regole già codificate: cfr. ad es. Cass. 14 maggio 1998 n. 4854, in

Così, in una serie di sentenze emesse nel 1993 dalle Sezioni Unite della Cassazione²⁰² si è affermato che i principi di correttezza e di

«Giust. civ.», 1999, I, 200 ss.; in «Resp. civ. e prev.», 1999, 123 ss., con nota di S. MONTUORI (rispetto all'art. 1227 co. 2 c.c.); Cass. 6 dicembre 2000 n. 15505, in «Contratti», 2001, 771 ss., con nota di G. COLAIACOMO (rispetto all'art. 1220 c.c.); Cass. 4 marzo 2003 n. 3185, in «Arch. civ.», 2004, 93 ss. (rispetto di una clausola contrattuale).

²⁰² Cass. sez. un. 29 maggio 1993 n. 6030, in «Giust. civ.», 1993, I, 2341 ss., con nota di R. DEL PUNTA; in «Riv. it. dir. lav.», 1993, II, 653 ss., con nota di R. DEL PUNTA; in «Corr. giur.», 1993, 1057 ss., con nota di G. PERA; in «Orient. giur. lav.», 1993, 622 ss., con nota di L. CASTELVETRI; in «Riv. crit. dir. lav.», 1993, 775 ss., con nota di R. MUGLIA; n. 6031, in «Foro it.», 1993, I, 1794 ss., con nota di O. MAZZOTTA. Da questa sentenza sono tratte le citazioni che seguono, ma cfr. anche le contemporanee sentenze nn. 6032-6034, cui bisogna aggiungere la quasi coeva Cass. sez. un. 1 ottobre 1993 n. 9804, in «Foro it.», 1994, I, 1825; in «Resp. civ. e prev.», 1994, 236, con nota di R. CARANTA; in «Dir. lav.» 1994, II, 192. Con queste sentenze si intendeva dirimere il contrasto di interpretazioni nato a seguito della sentenza 9 marzo 1989 n. 103 della Corte costituzionale (in «Foro it.», 1989, I, 2105; in «Giust. civ.», 1989, I, 1297; in «Lav. nella p.a.», 1989, 1730; in «Mass. Giur. Lav.», 1989, 127, con nota di R. SCOGNAMIGLIO [cfr. *infra*]; in «Orient. giur. lav.», 1989, 112; in «Impresa», 1989, 1292; in «Lavoro 80», 1989, 371; in «Riv. giur. lav.», 1989, II, 3, con nota di U. NATOLI [cfr. *infra*]; in «Notiz. giur. lav.», 1989, 31; in «Riv. it. dir. lav.», 1989, II, 389, con nota di G. PERA [cfr. *infra*]; in «Dir. e prat. lav.», 1989, 934) che, ammettendo la tollerabilità di disparità e differenziazioni di trattamento, ha subordinato tali diseguaglianze alla necessità della loro giustificazione e ragionevolezza, e ne ha rimesso il controllo all'autorità giudiziaria. La giurisprudenza precedente il 1989 aveva infatti escluso unanimemente l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un diritto alla parità di trattamento, e la possibilità del giudice di sindacare in merito (cfr. per tutti L. ISENBURG, *Divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1984; L. VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984; P. CHIECO, *Principi costituzionali, non discriminazione e parità di trattamento*, in «Riv. giur. lav. prev.», 1989, I, 447 ss.); la sentenza della Corte costituzionale, tuttavia, ha dato luogo a tali perplessità interpretative da essere intesa in direzioni tra loro opposte. In dottrina la leggono nel senso di una innovazione, fra tutti U. NATOLI, *La Corte costituzionale e la 'parità di trattamento*, in «Riv. giur. lav.», 1989, II, 7 ss.; R. GRECO, *Il principio di eguaglianza nel rapporto di lavoro: parità di trattamento e divieto di discriminazioni dopo la svolta della Corte costituzionale*, in «Foro it.», 1990, I, 2882 ss. (estensore della sentenza); P. TULLINI, *A proposito di parità di trattamento e rapporto di lavoro*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1990, 1253 ss.; M. BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, 260 ss.; sostengono che la sentenza non avrebbe innovato rispetto alla giurisprudenza precedente R. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sulla sentenza n. 103/1989 della Corte costituzionale in tema di parità di trattamento retributivo tra i lavoratori subordinati*, in «Mass. giur. lav.», 1989, 127 ss.; G. FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in «Dir. rel. ind.», 1991, 159 ss.; M. DE LUCA, *Pa-*

buona fede non creerebbero obbligazioni autonome in capo al datore di lavoro, ma rileverebbero «come modalità di generico comportamento delle parti ai fini della concreta realizzazione delle rispettive posizioni di diritti ed obblighi, oppure come comportamento dovuto in relazione a specifici obblighi di prestazione, laddove il datore di la-

rità di trattamento nei rapporti privati di lavoro, in «Notiz. lav.» 1991 (n. 48), 37 ss.; contrari G. PERA, *Sulla parità di trattamento tra i lavoratori*, in «Riv. it. dir. lav.», 1989, II, 396 ss.; O. MAZZOTTA, *Parità di trattamento e autonomia collettiva: dal mercato economico al mercato giudiziario*, in «Foro it.», 1990, I, 2887 ss.; G. SANTORO-PASARELLI, *Il problema della parità di trattamento retributivo*, in «Giorn. dir. lav. rel ind.», 1990, 567 ss.; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro* (Trattato Cicu-Messineo), I, Milano, 2000, 546 ss. Si è divisa anche la giurisprudenza di legittimità: per alcune sentenze, la Corte costituzionale avrebbe affermato che nel nostro ordinamento sia effettivamente ravvisabile un principio di parità di trattamento, cui si potrebbe derogare solo (in positivo) per cause coerenti con le finalità previste dall'art. 41 Cost., e (in negativo) quando ciò non sia frutto di mera discrezionalità o arbitrio del datore di lavoro, oppure da ragioni discriminatorie (Cass. 9 febbraio 1990 n. 947, in «Foro it.», 1990, I, 827, con nota di G. AMOROSO, e *ibid.*, 2882, con note di GRECO e MAZZOTTA, cit.; in «Giust. civ.», 1990, I, 2079, con nota di G. MAMMONE; in «Rass. giur. En. el.», 1990, 463, con nota di A. LANARO; in «Riv. it. dir. lav.», 1990, II, 380; in «Mass. giur. lav.», 1990, 158, con nota di R. SCOGNAMIGLIO; in «Orient. giur. lav.», 1990 [fasc. 2], 105; in «Impresa», 1990, 1238; in «Riv. giur. lav.», 1990, II, 13, con nota di CHIECO, cit.; in «Notiz. giur. lav.», 1990, 85; in «Riv. it. dir. lav.», 1990, II, 800, con nota di G. CASSATA; in «Dir. lav.», 1990, II, 117; Cass. 8 marzo 1990 n. 1888, in «Foro it.», 1990, I, 826, con nota di AMOROSO, cit. e *ibid.*, 2881; in «Lav. nella p.a.», 1990, 1747; in «Rass. giur. En. el.», 1990, 462, con nota di LANARO, cit.; in «Riv. it. dir. lav.», 1990, II, 799, con nota di CASSATA, cit.; con note di GRECO e MAZZOTTA, cit.; in «Notiz. giur. lav.», 1990, 85; in «Riv. giur. lav.», 1990, II, 13, con nota di CHIECO, cit.; in «Impresa», 1990, 1238; in «Orient. giur. lav.», 1990 [fasc. 2], 111; in «Mass. giur. lav.», 1990, 158, con nota di R. SCOGNAMIGLIO, cit.; in «Arch. civ.», 1990, 591, con nota di A. ALIBRANDI; in «Dir. lav.», 1990, II, 121; in «Dir. prat. lav.», 1990, 1111, con nota di G. MANNACIO; Cass. 8 maggio 1991 n. 5590, in «Dir. prat. lav.», 1991, 2011, con nota di G. MANNACIO; in «Arch. civ.», 1991, 1264, con nota di A. ALIBRANDI; in «Mass. giur. lav.», 1991, 381; in «Notiz. giur. lav.», 1991, 576; in «Orient. giur. lav.», 1991, 613; nelle prime due sentenze, peraltro, si fa anche un accenno alla rilevanza, in materia, delle regole di correttezza e buona fede, nonché all'integrazione del contratto sulla base dell'equità). Per altre, la Corte costituzionale si sarebbe invece posta nel solco della giurisprudenza precedente, negando l'esistenza del principio e limitandosi a riaffermare il divieto di discriminazioni (Cass. 17 luglio 1990 n. 7300, in «Notiz. giur. lav.», 1990, 800; in «Arch. civ.», 1990, 1001; in «Orient. giur. lav.», 1990 [fasc. 4], 47; Cass. 6 novembre 1990 n. 10648, in «Notiz. giur. lav.», 1991, 23; Cass. 18 settembre 1991 n. 9695, in «Rep. Foro it.», 1991, sub *Lavoro [rapporto]*, n. 1009; Cass. 28 gennaio 1992 n. 886, in «Notiz. giur. lav.», 1992, 352; in «Mass. giur. lav.», 1992, 38).

voro nella esplicazione del suo potere di autonomia contrattuale agisce in piena libertà senza alcun vincolo, neppure generico, nei confronti della generalità dei dipendenti»²⁰³. Sembra di leggere le medesime espressioni utilizzate dalla Cassazione nella sentenza del 1963 che aveva innescato le reazioni della dottrina, aprendo ad un ripensamento del ruolo della buona fede (§ 4.2). E si tratta di un atteggiamento non occasionale, bensì ribadito allorché – dovendo dirimere i contrasti interpretativi delle sezioni semplici²⁰⁴ – nel 1996 le sezioni unite hanno affermato²⁰⁵ la possibilità di una valutazione in termini

²⁰³ Così Cass. 11 giugno 1988 n. 4011, in «Giust. civ.», 1989, I, 1897 ss., con nota di I. A. SANTANGELO.

²⁰⁴ Accanto a decisioni che si allineano alla prospettiva sopra descritta (Cass. 4 agosto 1995 n. 8562, in «Mass. Giust. civ.», 1995, 1484; Cass. 24 ottobre 1995 n. 11051, in «Riv. it. dir. lav.», 1996, II, 359 ss. con nota di G. CALAFÀ; Cass. 25 gennaio 1996 n. 557, in «Dir. lav.», 1996, II, 413, con nota di A. POMPONIO), possono rinvenirsi alcune sentenze che – pur riconoscendo l'inesistenza, nel nostro ordinamento, di un principio di parità di trattamento – tendono invece ad attribuire rilievo al dovere di correttezza e buona fede. In alcuni casi si è ragionato all'interno della concezione 'contrattuale' del rapporto di lavoro, e si è ritenuto che, quando sia dato riscontrare «una totale assenza di ragioni manifeste di differenziazioni», possa presumersi – fino a prova contraria fornita dal datore di lavoro – una violazione delle regole di correttezza tale da determinare conseguenze risarcitorie (Cass. 17 febbraio 1994 n. 1530, in «Giur. it.», 1995, I, 1, 464, nota di S. BELLOMO; Cass. 4 novembre 1995 n. 11515, in «Giust. civ.», 1995, I, 979, con nota di L. NOGLER; in «Lavoro nella giur.», 1996, 416; in «Foro amm.», 1997, 2259); ma tutto ciò solo rispetto alla contrattazione individuale, restando esclusa la contrattazione collettiva. In un'altra occasione (Cass. 8 luglio 1994 n. 6448, in «Riv. it. dir. lav.», 1995, II, 304 ss., con nota di G. BOLEGO, e 535 ss. con nota di F. BIANCHI D'URSO; in «Riv. giur. lav.», 1995, II, 296 ss., con nota di M. PALLINI. La sentenza è seguita, ma solo in parte, da Cass. 25 febbraio 1997 n. 1694, in «Dir. lav.», 1997, II, 526, con nota di L. FANTINI) si è invece impostata la questione nell'ambito della concezione 'comunitaria' del rapporto di lavoro, sostenendosi che una visione non 'atomizzata' del rapporto di lavoro impone di porre la singola posizione in relazione alle altre, e che le eventuali penalizzazioni, se non sorrette da alcuna razionalità, determinerebbero una vera e propria lesione alla 'persona'; in questa prospettiva, il sindacato del giudice ordinario potrebbe estendersi anche alla contrattazione collettiva (su quest'ultimo problema, in relazione ad ulteriori pronunce della Corte costituzionale, cfr. per tutti M. BARBERA, *La sfida dell'eguaglianza*, in «Riv. giur. lav.» 2000, 256 s.).

²⁰⁵ Oltre alla natura 'contrattuale' del rapporto di lavoro; all'insindacabilità dei contratti collettivi da parte del giudice ordinario; all'inesistenza di un diritto soggettivo del lavoratore subordinato alla parità di trattamento; alla presenza, nel nostro ordinamento, di previsioni normative di una disparità di trattamento.

di ragionevolezza del rapporto di lavoro – valutazione della quale le clausole generali di correttezza e buona fede costituirebbero il parametro – solo quando la diversità di trattamento ricada in ipotesi legali (e tipizzate) di discriminazione vietate. Il criterio della buona fede, infatti, opererebbe unicamente all'interno del singolo rapporto, non potendo essere utilizzato in relazione a rapporti di lavoro diversi, e sarebbe riferibile soltanto «alle modalità comportamentali ed esecutive del contratto quale esso è e non quale si vorrebbe che fosse»: le regole della correttezza non potrebbero perciò «essere forzate al punto di introdurre nel rapporto diritti e obblighi patrimoniali che il contratto non contempla e anzi esclude»²⁰⁶. E questa è l'attuale posizione della giurisprudenza di legittimità, ribadita anche negli ultimi anni dalle sezioni semplici²⁰⁷.

Una simile impostazione del problema ha determinato, peraltro, una sorta di effetto di ritorno in alcune recenti sentenze più conservatrici²⁰⁸. E la circostanza è ancora più singolare, considerando che in

²⁰⁶ Cass. sez. un. 17 maggio 1996 n. 4570, in «Riv. it. dir. lav.», 1996, II, 765, con nota di P. CHIECO; in «Giur. it.», 1997, I.1, 760 ss., con nota di L. FANTINI.

²⁰⁷ Cass. 6 marzo 1998 n. 2527, in «Mass. Giust. civ.», 1998, 533; Cass. 24 giugno 1998 n. 6268, in «Foro it.», 1999, I, 1254; in «Dir. lav.», 1999, II, 501, con nota di F. TESTA (*obiter dictum*); Cass. 10 luglio 1998 n. 6771, in «Rep. Foro it.», 1998, sub *Lavoro (rapporto)*, n. 1206; Cass. 5 ottobre 1998 n. 9867, in «Notiz. giur. lav.», 1999, 184 ss.; Cass. 10 agosto 1999 n. 8572, in «Dir. prat. lav.», 2000, 264; Cass. 24 ottobre 1998 n. 10598, in «Giur. it.», 1999, I.1, 1147 con nota di F. LUNARDON; Cass. 24 maggio 1999 n. 5046, in «Notiz. giur. lav.», 1999, 631; Cass. 5 maggio 2000 n. 5623, in «Dir. e giust.», 2000, 1974; Cass. 8 gennaio 2002 n. 132, in «Foro it.», 2002, I, 1033 ss.; in «Riv. it. dir. lav.», 2002, I, 784 ss., con nota di S. GIANINO; Cass. 10 maggio 2002 n. 6763, in «Arch. civ.», 2003, 318 ss.; Cass. 17 maggio 2003 n. 7752, in «Gius.», 2003, 2260; in «Mass. giur. lav.», 2003, 698; in «Arch. civ.», 2004, 393; in «Lav. nella giur.», 2003, 1163; Cass. 2 dicembre 2003 n. 18418, in «Arch. civ.», 2004, 1217; in «Gius.», 2004, 2071; in «Lav. nella giur.», 2004, 493; in «Mass. giur. lav.», 2004, 232. Non prende posizione Cass. 23 aprile 1999 n. 4070, in «Notiz. giur. lav.», 1999, 495.

²⁰⁸ Così, in Cass. 3 febbraio 1994 n. 1091, in «Foro pad.», 1996, I, 7, con nota di M. STROZZI, nella quale si cita Cass. sez. un. 29 maggio 1993 nn. 6030-6031, cit., non si è tenuto conto delle modalità in cui è stato esercitato il potere del datore di lavoro di recedere *ad nutum*, sostenendo che «i principi di correttezza e buona fede non creano obbligazioni autonome, ma rilevano soltanto per verificare il puntuale adempimento di obblighi riconducibili a determinati rapporti». La sentenza del 1994 è a sua volta richiamata da Cass. 28 ottobre 1999 n. 12123, in «Informaz. prev.», 2000, 828 ss., che ha escluso il dolo del lavoratore che abbia percepito erroneamente un'indennità integrativa speciale non dovuta, rilevando che la buona fede non crea obbli-

questo lasso di tempo è stata proprio la giurisprudenza del lavoro a dare maggiore vigore all'utilizzazione dei criteri di correttezza nella nuova direzione prospettata dalla dottrina. Ne deriva un certo imbarazzo argomentativo, come in quelle decisioni delle sezioni semplici nelle quali si afferma contraddittoriamente che la buona fede è sì fonte di integrazione del contratto, ma non crea obbligazioni autonome in capo al datore di lavoro, rilevando solo sul piano dell'adempimento di specifici obblighi negoziali assunti ad altro titolo²⁰⁹.

ghi autonomi. In Cass. 7 gennaio 1995 n. 208, in «Giur. it.», 1996, I.1, 687 ss., con nota di M. DE NICOLÒ (che cita Cass. 11 giugno 1988 n. 4011, cit., e Cass. sez. un. 29 maggio 1993 n. 6031, cit.), si è ripetuta l'affermazione con riguardo all'applicabilità delle regole della preventiva contestazione, previste per i provvedimenti disciplinari del datore di lavoro, rispetto alla violazione del dovere di diligenza da parte del lavoratore ed alla generica responsabilità derivatane. In Cass. 23 marzo 2002 n. 4187, in «Arch. civ.», 2003, 76 ss., il principio è stato invocato (con citazione di Cass. sez. un. 17 maggio 1996 n. 4570, cit., e Cass. sez. un. 29 maggio 1993 n. 6030, cit.) per escludere il dovere del datore di lavoro di sentire il lavoratore anche oralmente (dopo una difesa scritta) prima del licenziamento disciplinare. Ma l'influenza di queste decisioni è andata oltre il diritto del lavoro: in Cass. 8 aprile 2002 n. 5024, in «Arch. civ.», 2003, 185 ss. (che cita Cass. 11 giugno 1988 n. 4011, cit., e Cass. sez. un. 29 maggio 1993 n. 6030, cit.), si afferma doversi escludere la responsabilità della compagnia assicuratrice per non aver informato i clienti dei rischi della loro attività e delle misure più opportune per eliminare o ridurre i detti rischi (qui occorre rilevare che l'incidenza della buona fede era davvero da escludere, ma per il diverso principio che la parte di un contratto non è tenuta ad agevolare l'altro contraente, informandolo di fatti da egli conoscibili con la normale diligenza).

²⁰⁹ Cfr. Cass. 24 ottobre 1995 n. 11051, cit.: i doveri di correttezza e buona fede «non creano obbligazioni autonome in capo al datore di lavoro, ma rilevano solo sul piano dell'adempimento di specifici obblighi negoziali, come fonti di integrazione del regolamento contrattuale»; Cass. 10 maggio 2002 n. 6763, in «Arch. civ.», 2003, 318: «le clausole generali di correttezza e buona fede ... non introducono nei rapporti giuridici diritti ed obblighi, diversi da quelli legislativamente o contrattualmente previsti, ma sono destinate ad operare all'interno dei rapporti medesimi, in funzione integrativa di altre fonti, con la conseguenza che rilevano ... soltanto come modalità di comportamento della parti, ai fini della concreta realizzazione delle rispettive posizioni di diritto o di obbligo, ed – in quanto attengono alle modalità comportamentali ed esecutive del contratto, quale esso è stato stipulato dalle parti – si pongono nel sistema – come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente assunta o legislativamente imposta, appunto – così concorrendo, da un lato, alla relativa conformazione, in senso (eventualmente) ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, e, dall'altro, consentendo al giudice di verificarne la coerenza con i valori espressi nel rapporto». Cfr. anche, in un diverso contesto, Cass. 24 febbraio 1999 n. 1574, in «Corr. giur.», 1999, 1259, con

In realtà, il problema di fondo è che la giurisprudenza italiana stenta ad accettare una funzione 'correttiva' della buona fede, quale invece è stata sviluppata dalla giurisprudenza tedesca, cosicché le corti hanno generalmente rifiutato di riconoscere un proprio ruolo modificativo del contratto. In ciò sono avvertibili due preoccupazioni: la prima è quella di evitare una sostituzione del giudice alle parti nella determinazione del contenuto contrattuale, in violazione della autonomia dei contraenti; la seconda è quella di escludere un ruolo 'normativo' del giudice, in violazione del principio costituzionale della sua subordinazione alla legge. In altre parole, la giurisprudenza ha individuato il proprio limite nell'assetto di interessi determinato dalla volontà delle parti o dalla volontà del legislatore.

Solo di recente parrebbe essersi affermato un diverso approccio al problema, a seguito di una sentenza delle sezioni unite della Cassazione nella quale è stato stabilito il principio secondo cui «il potere di diminuire equamente la penale, attribuito dall'art. 1384 c.c. al giudice, può essere esercitato anche d'ufficio», essendo concesso «in funzione correttiva della volontà delle parti per ricondurre l'accordo ad equità»²¹⁰. La 'rottura' rappresentata dalla sentenza non deve tuttavia essere esagerata. Anche in questo caso – così come nei pochi precedenti conformi²¹¹ – la Suprema Corte non ha ammesso un intervento giudiziale analogo a quello talora praticato dalla giurisprudenza tede-

nota di F. ROLFI; in «Studium juris», 2000, 85; in «Giur. it.», 2000, 736, con nota di P. MIGLIORE: «il dovere di eseguire il contratto secondo buona fede non impone nuovi obblighi od oneri alle parti, ma si limita ad indicare le modalità di adempimento degli obblighi contrattualmente assunti, facendo eventualmente sorgere doveri meramente complementari di protezione e di informazione».

²¹⁰ Cass. sez. un. 13 settembre 2005 n. 18128, in «Foro it.», 2005, I, 2985, e 2006, I.1, 106, con nota di A. PALMIERI; in «Obbl. e Contr.», 2005, II, 103; in «Corr. giur.», 2005, 1534, con nota di A. DI MAJO; in «Danno e resp.», 2005, 1257; in «Riv. notar.», 2006, I, 13, con nota di G. TATARANO; in «Impresa», 2006, I, 113.

²¹¹ Cass. 24 settembre 1999 n. 10511, in «Giust. civ.», 1999, I, 2929 ss.; in «Foro it.», 2000, I, 1929 ss., con nota di A. PALMIERI; in «Giur. it.», 2000, I.1, 1154 ss., con nota di G. GIOIA; in «Corr. giur.», 2000, 68 ss., con nota di M. FANCELLI; in «Riv. notar.», 2000, 488 ss.; in «NGCC», 2000, I, 507 ss., con nota di U. STEFINI; in «Contratti», 2000, 118 ss., con nota di G. BONILINI; Cass. 23 maggio 2003 n. 8188, in «Contratti», 2003, 1115; in «Gius.», 2003, 2384; in «Impresa», 2003, 1244; in «Arch. civ.», 2004, 371. Su entrambe queste sentenze cfr. inoltre, in senso fortemente critico, G. B. FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in «Dir. e giur.», 2004, I, 1 ss. (cito dall'estr.).

sca, ossia *contra legem*, cosicché è forse eccessivo parlare al riguardo di «eversione della norma giuridica positiva»²¹². Al contrario – certo echeggiando quelle posizioni minoritarie che in dottrina riconoscono un ruolo cogente dell'equità²¹³ – la Cassazione ha tentato di presentare l'intervento giudiziale come una tutela degli interessi dell'ordinamento. Infatti, dopo aver rilevato che nell'art. 1384, a differenza di altre norme, non si richiede come necessaria l'iniziativa di parte, la Suprema Corte ha sostenuto che l'art. 1322 c.c. attribuisce alle parti un potere di autonomia contrattuale ponendo ad esso dei limiti, sia perché i contraenti possono liberamente determinare il contenuto del contratto solo «nei limiti imposti dalla legge», sia perché la libertà di dare vita a negozi atipici è subordinata alla realizzazione di «interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Questi limiti e questi interessi sarebbero individuabili sia a livello costituzionale, nel dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.), sia a livello di normazione codicistica nei principi di buona fede e correttezza²¹⁴. Cosicché il giudice – riducendo d'ufficio la penale – non farebbe altro che esercitare il «normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata»²¹⁵, operando in modo non diverso da quando dichiara l'automatica sostituzione delle clausole contrattuali con disposizioni di legge cogenti: l'unica differenza si ravviserebbe nel fatto che, quando l'ordinamento non può determinare in anticipo la prestazione dovuta da una delle parti, il compito di individuare la misura della prestazione è demandato al giudice²¹⁶.

²¹² G. MERUZZI, *Funzione nomofilattica della Suprema Corte e criterio di buona fede*, in «Contr. e impr.», 2000, 47.

²¹³ GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., *passim* e spec. 325; cfr. anche ID., *Manuale di diritto privato*¹⁰, Napoli, 2003, 633, nonché, rispetto alla clausola penale, A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, 152.

²¹⁴ La sentenza aggiunge – per contrastare le affermazioni delle decisioni contrarie – che il giudice è vincolato alle allegazioni delle parti, ma «la mancata allegazione (o la impossibilità di riscontri negli atti acquisiti) della eccessività della penale incide sul piano fattuale dell'accertamento della sussistenza delle condizioni per la riduzione della penale medesima, ma non sull'esercizio officioso del potere del giudice».

²¹⁵ Cass. 24 settembre 1999 n. 10511, cit.

²¹⁶ La riduzione della penale fissata dalle parti non sarebbe infatti prevista dalla legge come istituto a tutela degli specifici interessi del debitore, ma a tutela di interessi generali dell'ordinamento, cosicché l'iniziativa non deve necessariamente essere

Sembra di assistere, in questo come in altri casi, ad un fenomeno interpretativo complesso, che forse può essere distinto su tre livelli. Il primo livello è quello dell'enunciato, nel quale si tenta di ridurre al minimo l'idea che la giustizia contrattuale venga perseguita in modo arbitrario dal giudice; si presenta così l'intervento correttivo come semplice affermazione del primato della legge sulla autonomia delle parti. Il secondo livello è quello in cui si dà effettivamente spazio sostanziale a nozioni elastiche come la buona fede e l'equità: si noti però che nella fattispecie il richiamo a queste nozioni è dovuto essenzialmente alla maturazione del loro impiego negli ultimi decenni, ma potrebbe non essere essenziale alla soluzione, come mostra il fatto che, pur se minoritariamente, la possibilità di una riduzione d'ufficio della penale era stata già prospettata dalla giurisprudenza alla fine degli anni cinquanta del Novecento senza attribuire alcun ruolo alla buona fede²¹⁷: in fondo, potrebbe bastare il rilievo che, a differenza di altri casi, la norma non richiede l'iniziativa di parte. Il terzo livello è più profondo, e riguarda non solo il rapporto tra buona fede e autonomia delle parti, ma più in generale tra equità e diritto: nell'affermazione della Suprema Corte di un ruolo del giudice di concretizzazione delle astratte regole legali sulla base dell'equità, si avverte chiaramente l'influsso della nozione aristotelica di ἐπιείκεια. Senonché questo rapporto è molto ambiguo, perché nel pensiero moderno la nozione di equità è estremamente confusa, essendosi sedimentate nella storia, sul medesimo termine, concezioni diversissime tra loro e talora quasi opposte. Cosicché ogni utilizzazione del concetto, anche quando privilegia una singola accezione di equità, tende inevitabilmente a trascinare con sé una qualche eco delle altre.

Capita così di cogliere anche nelle altre due funzioni della buona fede postulate dalla dottrina, pure le meno 'eversive', una certa sfumatura di opposizione tra buona fede / equità e diritto codificato. 'Limi-

rimessa al debitore. D'altronde, rileva ulteriormente la Suprema Corte (Cass. sez. un. 13 settembre 2005 n. 18128, cit.), se così non fosse, «apparirebbe quanto meno singolare ritenere (...) che l'esercizio del potere del giudice di riduzione della penale debba essere condizionato alla richiesta della parte, quasi che, a questa, fosse riconosciuto uno *jus poenitendi*, e, quindi la facoltà di sottrarsi all'adempimento di un'obbligazione liberamente assunta (quella appunto del pagamento di una penale che fin dall'origine si manifestava come eccessiva)».

²¹⁷ Riferimenti in GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., 325 nt. 70.

tare' un diritto soggettivo, infatti, può apparire come una compressione del diritto oggettivo; e la scelta di investire il giudice di un ruolo suppletivo rispetto alla legge può sembrare il riconoscimento di una funzione normativa che, in sé e per sé, appare dubbia da un punto di vista costituzionale.

Le resistenze della giurisprudenza ad accettare un ruolo 'correttivo' della buona fede, in realtà, sono almeno in parte il segnale di una qualche incompletezza dimostrativa delle teorie dominanti. Non a caso, leggendo le sentenze in materia, si ha la sensazione che dietro il largo impiego della buona fede come principio di integrazione del contenuto contrattuale vi sia, più che una reale adesione alle proposizioni della dottrina, l'urgenza di giustificare in qualche modo a livello teorico – e dunque, sul piano normativo, di legittimare – soluzioni che appaiono istintivamente giuste, ma che senza un uso integrativo della buona fede sarebbero irraggiungibili.

4.5. *I limiti della dottrina.* – E qui veniamo al problema per noi più rilevante, ossia alle difficoltà teoriche delle dottrine che sorreggono l'impiego giurisprudenziale della buona fede.

La prima teoria – che postula un ruolo innanzi tutto 'integrativo' della buona fede – non convince completamente perché, a ben vedere, ammette *a priori* ciò che deve dimostrare. Non è sufficiente affermare che la buona fede è un principio integrativo perché è contenuta in una norma di legge, ossia in una delle fonti previste dall'art. 1374 c.c. Esistono infatti anche altri principi posti dalla legge – penso, ad es., alla diligenza, ma anche al dolo, alla colpa, ecc. – che però non sono, solo per questo, integrativi del contenuto contrattuale, ossia fonti di doveri²¹⁸: una cosa è che la buona fede sia posta da una norma, altra è che sia essa stessa un principio normativo²¹⁹. Occorre-

²¹⁸ Oltretutto, quando la legge dispone un'integrazione questa è esplicitamente segnalata: cfr. ad es. gli artt. 1339 e 1419 c.c.

²¹⁹ Mi pare che questo argomento critico sia proposto anche in C. SCOGNAMILLO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 374 (cfr. anche ID., *L'integrazione*, in P. RESCIGNO [dir.], *Trattato dei contratti. I contratti in generale* [a cura di E. GABRIELLI], II, Torino, 1999, 1042 s.) e da UDA, *La buona fede*, cit., 124 s. (rispetto alla cui ricostruzione, richiamata *supra*, nt. 170, occorre però rilevare che, se distaccata dal raccordo con l'art. 1374, la formulazione dell'art. 1375 rende difficile l'individuazione di un valore integrativo del principio).

rebbe innanzi tutto dimostrare il suo valore integrativo, e solo in un secondo momento potrebbe sostenersi che, essendo prevista dal nostro ordinamento, essa può integrare il contratto²²⁰.

La seconda impostazione – non negando in assoluto valore alla buona fede, ma respingendo solo il suo ruolo integrativo, ossia la sua capacità di porre doveri – non persuade perché anche l'ipotizzata verifica successiva finisce necessariamente per definire, pur se in modo mediato, una serie di doveri che le parti, per non incorrere nella 'correzione' giudiziale, devono rispettare già nella fase negoziale²²¹. E ciò costringe a porsi il problema del fondamento normativo di tali doveri, tutte le volte che non coincidano con regole codificate. Inoltre, la sostanziale equiparazione del principio all'equità correttiva determina una contraddizione nel pensiero di quegli autori che, all'interno di questa linea, contestano il ruolo 'creativo' attribuito al giudice. Infine, possiamo sin d'ora rilevare come non valga l'argomento²²² dell'esistenza di una serie di norme 'speciali' che sarebbero vanificate qualora si accettasse l'esistenza di una regola 'generale' di correttezza: come vedremo, la buona fede costituisce, storicamente, il fondamento di una serie di precetti che, codificati in questo o quell'ordinamento, non si pongono affatto in contraddizione o in alternativa con il principio generale, ma ne costituiscono appunto specificazioni.

²²⁰ E le obiezioni possono estendersi alla costruzione di D'ANGELO, *La buona fede*, cit., su cui cfr. nt. 194. A questa teoria potrebbe inoltre obiettarsi che il ruolo meramente 'completivo' da essa ipotizzato per la buona fede farebbe perdere interamente la funzione di limite all'autonomia delle parti, lasciando scoperte vaste aree di incidenza del principio, tutte le volte che sia dato cogliere nel contratto una previsione espressa delle parti, pur se contraria alla buona fede. Cosicché si sarebbe costretti a pensare – come in effetti si è fatto – che il rinvio alla buona fede nei contratti dei consumatori contenuta nell'art. 1469bis co. 1 c.c. sia strutturalmente diversa da quella tradizionalmente riconosciuta nel codice civile (D'ANGELO, *op. ult. cit.*, 270 ss.). Il che, almeno ad una prima ricognizione, appare un po' forzato.

²²¹ D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 37. Mi sembra che la critica regga anche tenendo conto dei rilievi di NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 27 nt. 54, per il quale non sarebbe necessario immaginare sempre degli obblighi preesistenti per ammettere il risarcimento dei danni, in quanto tale risarcimento «non potrebbe mai trovare la sua base nella violazione della sola regola della correttezza o di un 'dovere' da essa discendente».

²²² Fatto proprio anche da D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 186 ss.: cfr. *supra*, nt. 194.

Tenuto conto di simili incertezze, un problema centrale nella nostra ricerca sarà quello di verificare se la storia del diritto possa contribuire a chiarire il rapporto tra buona fede e integrazione del contratto.

5. (Segue): *b) Buona fede e sopravvenienze contrattuali.*

5.1. *La tutela delle sopravvenienze nel codice del 1942.* – Come si è detto, tra le teorie che hanno tentato di determinare, in generale, il ruolo della buona fede nell'ordinamento italiano, quella che ha avuto più seguito ed articolazioni è stata senz'altro la prima, che individua nel principio tre funzioni: integrativa, limitativa e correttiva. Acquisita una relativa stabilità le prime due, negli anni a noi più vicini è stata discussa soprattutto la terza funzione, che vorrebbe riservare alla buona fede un ruolo di governo dell'equilibrio contrattuale. Si tratta certamente della funzione più problematica, che non solo presuppone la soluzione del problema del ruolo integrativo della buona fede, ma presenta rilevanti peculiarità. Sarà dunque opportuno dedicarle particolare attenzione, specialmente rispetto al problema più complesso, quello del governo delle sopravvenienze.

La risposta del nostro codice agli squilibri contrattuali prodottisi dopo la stipulazione del contratto si situa a due livelli. Sono cose note che però – a costo di apparire didascalici – è bene puntualizzare a fini di chiarezza espositiva.

5.1.1. *La 'teoria generale'.* – Il primo livello è quello della disciplina 'generale' dei contratti, che individua due distinte fattispecie.

a) L'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

La prima attiene all'impossibilità sopravvenuta della prestazione.

In questo caso, l'evento provoca (se l'impossibilità è assoluta) lo scioglimento del vincolo per entrambe le parti e la ripetizione di quanto già ricevuto (art. 1463 c.c.) oppure (se l'impossibilità è parziale) la corrispondente riduzione della controprestazione o lo scioglimento del rapporto qualora la parte non impossibilitata non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale (art. 1464 c.c.). (Nei contratti ad effetti reali, invece, è stata codificata la regola *res perit domino*: art. 1465 c.c.).

Queste norme devono naturalmente essere collegate con quelle in tema di responsabilità del debitore (art. 1218 c.c.) e di estinzione dell'obbligazione (artt. 1256-1258 c.c.). Ne è stata dedotta una nozione di impossibilità assoluta e oggettiva: assoluta, nel senso che l'impedimento non può essere in alcun modo superato; oggettiva, nel senso che non è sufficiente una impossibilità economica del singolo debitore, ma è necessario che nessun debitore possa adempiere. È stato però rilevato che questi criteri non possono essere applicati in maniera rigida. Pur trattandosi di formule spesso ripetute dalla giurisprudenza, la loro reale portata mira ad escludere la liberazione del debitore che subisca una mera difficoltà della prestazione, ma non giunge a considerare impossibile solo la prestazione che nessuno al mondo potrebbe realizzare o che prescinde totalmente dalla sfera soggettiva del debitore. Nel concetto di impossibilità, potranno dunque rientrare tutte quelle ipotesi che eccedono la diligenza normalmente richiesta nel contratto, nonché casi in cui – anche se in astratto qualcun altro potrebbe adempiere – il debitore non può farlo in alcun modo: furto della cosa, malattia, lesione, ecc.²²³.

Si tende così a sostituire alla nozione di impossibilità in senso stretto – talora facendole coincidere, talaltra affiancandole – quella più ampia di inesigibilità, ossia della impossibilità di richiedere secondo buona fede al debitore un comportamento che snatura la logica del rapporto cui egli aveva originariamente consentito²²⁴. Peraltro, si ravvisa un ruolo della buona fede anche rispetto al problema dell'impossibilità temporanea. Se infatti di regola, per essere liberatoria, l'impossibilità deve essere definitiva, essendo altrimenti il debitore semplicemente scusato per il ritardo, al contrario il vincolo si estingue se l'impossibilità si protrae al punto che, «in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può

²²³ Cfr. per tutti L. BIGLIAZZI GERI - U. BRECCIA - F. D. BUSNELLI - U. NATOLI, *Diritto civile*. III. *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, 191 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*. IV. *L'obbligazione*, Milano, 1990 (rist. agg. 2005), 531 ss.

²²⁴ Cfr. per tutti variamente MENGONI, *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi'*, cit., 282 s.; BRECCIA, *Diligenza e buona fede*, cit., 43 ss.; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 363 ss.; BIGLIAZZI GERI - BRECCIA - BUSNELLI - NATOLI, *Diritto civile*. III. *Obbligazioni e contratti*, cit., 193; BIANCA, *Diritto civile*. IV. *L'obbligazione*, cit., 536 s.; ROPPO, *Il contratto*, cit., 1006 ss.

più essere ritenuto obbligato ad eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla» (art. 1256 co. 2). In altre parole, occorrerà stabilire quando in concreto la prestazione sia divenuta inesigibile per il debitore: e il parametro viene ancora una volta individuato nella buona fede²²⁵.

Infine, l'impossibilità può essere totale, e pertanto senz'altro liberatoria, giustificando la risoluzione del contratto (artt. 1256-1257 e 1463 c.c.), oppure parziale, liberando il debitore solo rispetto alla parte divenuta impossibile, e consentendo alla controparte, nei contratti a prestazioni corrispettive, di chiedere una riduzione della propria prestazione o addirittura – qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale – la risoluzione (artt. 1258 e 1464 c.c.).

b) L'eccessiva onerosità sopravvenuta.

La seconda fattispecie, limitata ai contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, attiene all'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione. In questo caso, se l'accadimento era straordinario e imprevedibile, nei contratti a prestazioni corrispettive la parte che è colpita dall'evento può chiedere la risoluzione del contratto, salva la possibilità, per la controparte, di offrire un'equa modificazione delle condizioni del contratto (art. 1467 c.c.). Nei contratti unilaterali, invece, l'obbligato può chiedere la revisione del contratto, riducendo la prestazione o modificandone l'esecuzione, in modo da «riconduirla ad equità» (art. 1468 c.c.). Nei contratti aleatori (per natura o per volontà delle parti), naturalmente, non è dato alcun rimedio (art. 1469 c.c.).

Com'è noto, gli artt. 1467 e 1468 prevedono due condizioni.

La prima è che si siano verificati avvenimenti straordinari e imprevedibili: qualificazioni che per lo più si giudica non coincidenti²²⁶,

²²⁵ BIGLIAZZI GERI - BRECCIA - BUSNELLI - NATOLI, *Diritto civile*. III. *Obbligazioni e contratti*, cit., 195 s. Dottrina e giurisprudenza tendono però a svalutare questa parte della norma, valorizzando l'interesse del creditore quale unico parametro di valutazione: cfr. per tutti SACCO, *Il contratto*³, cit., II, 653 ss.

²²⁶ Cfr. per tutti P. TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, in «ED», XXX, Milano, 1980, 162 ss.; F. P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003, 75 ss.

e che occorre mettere in relazione con il co. 2 dell'art. 1467, allorché esclude l'applicazione della norma alle ipotesi in cui la sopravvenuta onerosità rientri «nell'alea normale del contratto». Si è sostenuto che questo concetto di 'normalità' coinciderebbe sostanzialmente con quella di 'prevedibilità'²²⁷, ed è interessante notare che l'una e l'altra nozione sono state lette come espressione della natura tipica del contratto (dovendosi quindi ulteriormente porre in relazione con l'art. 1469, sui contratti aleatori)²²⁸.

La seconda è che l'intervento degli avvenimenti abbia determinato una eccessiva onerosità della prestazione. Quest'ultima nozione ha dato luogo a diverse discussioni, che possono essere sintetizzate essenzialmente in tre teorie.

Per alcuni si avrebbe eccessiva onerosità quando si determini una abnorme variazione della prestazione in sé considerata rispetto a quella inizialmente prevista²²⁹, eventualmente utilizzando come parametro di riferimento il valore monetario della stessa²³⁰. Questa impostazione ha il pregio di mantenere unità di *ratio* agli artt. 1467 e 1468, e di ravvisare una eccessiva onerosità anche in un aggravio di entrambe le prestazioni²³¹, ma porta a respingere la possibilità che si determini eccessiva onerosità anche in caso di svalutazione della controprestazione²³² e – si sostiene – tende ad avvicinare eccessivamente le nozioni di eccessiva onerosità sopravvenuta e impossibilità²³³.

Una seconda e prevalente dottrina ravvisa la *ratio* dell'eccessiva onerosità nella necessità di mantenere l'equilibrio tra le prestazioni²³⁴.

²²⁷ Dottrina in TRAISCI, *Soppravvenienze contrattuali e rinegoziazione*, cit., 80.

²²⁸ Cfr. ad es. SACCO, *Il contratto*³, cit., II, 674 rispetto alla prevedibilità; A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità della prestazione e superamento dell'alea normale del contratto*, in «Riv. dir. comm.», 1960, I, 447; TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., 166 s., rispetto all'alea normale.

²²⁹ Cfr. ad es. CARRESI, *Il contratto*, cit., 839 ss.; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in «Digesto⁴» (disc. priv. sez. civ.), VII, Torino, 1991, 240.

²³⁰ A. GAMBINO, *Eccessiva onerosità*, cit., 429.

²³¹ P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., 240.

²³² P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, cit., 240.

²³³ Cfr. per tutti TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., 163 s.; TRAISCI, *Soppravvenienze contrattuali e rinegoziazione*, cit., 79 ss.

²³⁴ Cfr. ad es. A. BOSELLI, *Eccessiva onerosità*, in «NNDI», VI, Torino, 1960, 334; TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., 164.

Essa costringe ad immaginare un fondamento diverso negli artt. 1467 e 1468, che sarebbero stati collocati insieme solo per affinità di materia (anche se la prova di una simile differenza risulta abbastanza tautologica: si afferma che la *ratio* è diversa perché nella prima norma si mira a contrastare lo squilibrio tra le prestazioni e nella seconda di evitare un aggravio dell'unica prestazione²³⁵), ma permette di tener conto anche della diminuzione della controprestazione²³⁶. Inoltre, da alcuni, si è ricondotta la logica dell'equilibrio contrattuale al dovere di cooperazione fondato sulla buona fede²³⁷.

La terza posizione è quella che individua un rapporto di reciprocità tra aggravio della prestazione e alterazione dell'equilibrio contrattuale, sulla base della considerazione che, nei contratti sinallagmatici, l'eventuale maggiore onerosità di una prestazione sarebbe comunque alleviata da una controprestazione proporzionale, mentre resterebbe eccessiva se ne derivasse un impegno economico sproporzionato²³⁸. Ne deriva un'unità di *ratio* tra gli artt. 1467-1468 e la possibilità di tener conto anche dello svilimento della controprestazione.

Conseguenze dell'eccessiva onerosità sono: nei contratti a prestazioni corrispettive, la risoluzione su richiesta del debitore, o la riduzione ad equità su offerta dell'altra parte²³⁹; nei contratti con obbligazioni di una sola parte, la riduzione ad equità.

5.1.2. *Il 'regime speciale'*. – Il secondo livello di gestione delle sopravvenienze è relativo, nel nostro codice, ad alcuni contratti tipici, in particolare ai contratti di locazione, di affitto, di appalto, di trasporto, di assicurazione.

Nella locazione, l'ipotesi di vizi sopravvenuti della cosa locata è parificata a quella di vizi iniziali (art. 1581), determinando il diritto alla risoluzione o alla riduzione del corrispettivo, quando si verifichi

²³⁵ Cfr. per tutti TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., 172 ss.

²³⁶ TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., 164 s.; TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione*, cit., 84 ss.

²³⁷ G. SCALFI, *Risoluzione del contratto*, in «Enc. giur. Treccani», XXVII, Roma, 1991, 14.

²³⁸ C. G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti (artt. 1467-1469)* (Commentario Schlesinger), Milano, 1995, 45 ss.

²³⁹ Sulla natura di questo rimedio, cfr. per tutti TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione*, cit., 92 s.

una diminuzione del godimento (art. 1578). Inoltre, quando la cosa locata richieda riparazioni indifferibili, e queste si protraggano «per oltre un sesto della durata della locazione e, in ogni caso, per oltre venti giorni», il conduttore ha diritto ad una riduzione del prezzo oppure «secondo le circostanze», la risoluzione (art. 1584).

Rispetto all'affitto, le modificazioni che derivino da un *factum principis* possono portare alla risoluzione o ad una revisione del contratto (art. 1623). In particolare per quanto riguarda l'affitto di fondi rustici, la perdita fortuita dei frutti può portare ad una revisione del contratto (artt. 1635-1636). Il diritto alla riduzione del prezzo deriva anche da una diminuzione del godimento, superiore al quinto del reddito, causata da riparazioni a carico del locatore; peraltro, «secondo le circostanze», può chiedersi anche la risoluzione (art. 1622).

Per quanto riguarda l'appalto, l'impossibilità dell'esecuzione dell'opera determina il dovere, per il committente, di pagare «la parte dell'opera già compiuta, nei limiti in cui è per lui utile, in proporzione del prezzo pattuito per l'opera intera» (art. 1672). Se invece si determinano variazioni nella prestazione dell'appaltatore, nel senso di un mutamento della stessa (entro un sesto del prezzo) o di una sua maggiore onerosità (oltre un decimo), l'appaltatore avrà diritto ad una variazione corrispondente nel prezzo; nel primo caso, si può anche giungere al recesso dell'appaltatore (per variazioni superiori a un sesto) o del committente (per variazioni di notevole entità), previa corresponsione all'appaltatore di un'equa indennità (artt. 1660, 1661, 1664).

Nel contratto di trasporto, in caso di interruzione del trasporto il vettore ha diritto al rimborso delle spese nonché, se il trasporto è iniziato, «al pagamento del prezzo in proporzione del percorso compiuto, salvo che l'interruzione del trasporto sia dovuta alla perdita totale delle cose derivante da caso fortuito» (art. 1686 co. 3).

Nel contratto di assicurazione, quando il rischio cessa di esistere il contratto si scioglie, ma i premi e/o il rimborso delle spese devono essere corrisposti sino alla conoscenza dell'assicuratore (art. 1896). Se il rischio diminuisce in modo significativo (nel senso che, se la variazione fosse stata conosciuta al momento della conclusione del contratto, avrebbe inciso sulla determinazione del premio), il contratto

viene ridefinito corrispondentemente, salva la possibilità, per l'assicuratore, di recedere entro due mesi (art. 1897). Se invece il rischio aumenta in modo significativo, l'assicuratore può recedere dal contratto entro un mese, ma se si verifica un sinistro prima che siano trascorsi i termini per la comunicazione e l'efficacia del recesso, il contratto si considera risolto (se l'assicuratore non l'avrebbe stipulato) o il risarcimento è ridotto (se l'assicuratore l'avrebbe stipulato ad altre condizioni) (art. 1898).

5.2. *I 'vuoti' del nostro sistema.* – Come si vede, il nostro codice ha essenzialmente due 'vuoti', in particolare nella parte generale.

Il primo vuoto riguarda la previsione circa le cause delle sopravvenienze. Nella parte generale, infatti, non è tutelato il venir meno dei presupposti della prestazione: il debitore è protetto se questa diviene impossibile (anche parzialmente) o eccessivamente onerosa, ma non se per lui essa perde ogni senso o viene modificata qualitativamente, particolarmente quando le modificazioni non siano né straordinarie né in assoluto imprevedibili. Questa insufficienza normativa pone alcuni problemi, soprattutto se confrontata con altre esperienze – e in particolare quella tedesca – dove invece, accanto alla modificazione quantitativa dell'equilibrio tra le prestazioni, trova tutela anche la frustrazione dello scopo (*Zweckvereitelung*). Una previsione in tal senso si ha invece nei singoli contratti: nell'appalto, rispetto alle variazioni qualitative e quantitative che si rivelino necessarie o che comunque possano essere ricontrattate; nel contratto di assicurazione, rispetto alle variazioni del rischio; nell'affitto, rispetto alla perdita fortuita dei frutti. Ma qui si avverte la difficoltà di distinguere in modo netto – al di là delle definizioni generali – le ipotesi di frustrazione, impossibilità ed eccessiva onerosità.

Il secondo vuoto concerne i rimedi. Infatti, se nei singoli contratti è prevista in primo luogo la revisione delle condizioni di contratto e talora, solo per ipotesi di particolare gravità, la risoluzione, invece nella parte generale la revisione del contratto è regola primaria solo nelle ipotesi di impossibilità parziale oppure di eccessiva onerosità per i soli contratti con obbligazioni di una sola parte. Per i contratti a prestazioni corrispettive, il debitore la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa può soltanto chiedere la risoluzione del

contratto; sarà eventualmente il creditore a offrire, se crede, una riduzione ad equità dello stesso. Una restrizione che – a ben vedere – nella concreta vita economica potrebbe talora indurre il debitore addirittura ad accettare il ‘ricatto’ dell’eccessiva onerosità pur di non presentare una domanda di risoluzione: si pensi, ad esempio, ad un’impresa la cui economia sia fortemente dipendente dal rapporto in corso, che riceverebbe dalla risoluzione un danno ancora maggiore di quello derivante dalla sopportazione dello squilibrio.

5.3. *L’ampliamento delle cause di risoluzione.* – Di fronte a questi problemi, una prima reazione della dottrina e della giurisprudenza è stata quella di adottare soluzioni che potremmo chiamare ‘sogettive’, perché muovono da una valutazione della volontà dei contraenti.

a) *Presupposizione ed errore.*

Innanzitutto, conservando costruzioni e argomenti della scienza giuridica italiana espressasi sul vecchio codice²⁴⁰, è stata utilizzata la teoria della ‘presupposizione’. Si è perciò proposto di tener conto, nella vita del contratto, anche di quelle motivazioni che avevano indotto le parti a contrattare, pur non essendo state espressamente dedotte nel contratto. Queste sarebbero infatti condizioni inesprese, che una o entrambe le parti avrebbero ritenuto essenziali, e senza le quali in negozio non potrebbe raggiungere il proprio scopo, dovendo perciò essere annullato (*Aufhebung*)²⁴¹. Soprattutto la giurisprudenza, anche dopo il 1942, ha ampiamente fatto ricorso alla nozione, ritenendola sostanzialmente codificata nell’art. 1467 c.c.²⁴². E tuttavia, è stato notato, in queste decisioni il richiamo dell’articolo sembra spesso solo di occasione, e lo stesso rinvio alla presupposizione nasconde in realtà una certa attenzione agli sviluppi in senso oggettivistico delle teorie del contratto e in particolare delle dottrine delle so-

²⁴⁰ Cfr. l’estesa analisi di C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 190 ss.

²⁴¹ Così almeno nella classica impostazione di B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850; ID., *Die Voraussetzung*, in «AcP», LXXVIII, 1892, 161 ss.

²⁴² BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 83 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 307 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 247.

pravvenienze maturate in altri paesi²⁴³, al punto che talora la tutela è concessa anche al di là dei requisiti di straordinarietà e imprevedibilità²⁴⁴.

Un secondo atteggiamento – anch'esso legato ad un'impostazione 'psicologista', e anch'esso già presente nella letteratura formatasi sul vecchio codice²⁴⁵, oltre che in altre esperienze di *civil e common law*²⁴⁶ – tenta di risolvere il problema facendo appello alla materia dell'errore. Sostenendo cioè che la falsa rappresentazione di circostanze potrebbe portare all'annullamento del contratto *ex art.* 1428 c.c. tutte le volte che la circostanza erroneamente rappresentata abbia avuto, soggettivamente, valore di errore essenziale²⁴⁷; oppure all'annullabilità *ex art.* 1429, trattandosi di errore sul 'motivo comune' alle parti, identificato con l'oggetto del contratto²⁴⁸.

b) *La buona fede come indice di esigibilità.*

Com'è noto, a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso è stata condotta una forte critica agli schemi volontaristici, rilevandosi come il riferimento alla volontà delle parti – rispetto ad eventi non previsti e nemmeno prevedibili dai contraenti – non sia altro che un artificio²⁴⁹. E si è sostenuto che, al contrario, il problema

²⁴³ Lo rileva BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 84, 88 s.

²⁴⁴ Cfr., ad es., Cass. 2 gennaio 1986 n. 20, in «Arch. civ.», 1986, 276 ss.; Cass. 11 novembre 1986 n. 6584, in «Foro it.», 1987, I, 2177 ss., con nota di G. MASSA; in «Giust. civ.», 1987, I, 1493 ss., con nota di M. COSTANZA; Cass. 31 ottobre 1989 n. 4554, in «Rass. giur. En. el.», 1991, 523 ss.; Cass. 28 agosto 1993 n. 9125, in «Foro it.», 1995, I, 1601 ss., con nota di N. COSENTINO.

²⁴⁵ Cfr. A. GIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la sopravvenienza (La dottrina della clausola 'rebus sic stantibus')*, Padova, 1941, 117 ss.

²⁴⁶ Cfr. per tutti BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 104 ss., 121 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, cit., 219 ss., 372 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 153 ss.

²⁴⁷ Purché si ammetta la non tassatività dell'elenco di cui all'art. 1429 c.c.: F. MARTORANO, *'Presupposizione' ed errore sui motivi nei contratti*, in «Riv. dir. civ.», 1958, I, 98 s., 101 ss.

²⁴⁸ PIETROBON, *Errore*, cit., 520 s.; ID., *Presupposizione*, in «Enc. giur. Treccani», XIII, Roma, 1991.

²⁴⁹ Ma era una considerazione che la storia e la comparazione avevano reso evidente già ai primi del Novecento: cfr. E. M. MEIJERS, *Essai historique sur la force majeure*, in *Études d'histoire du droit*, IV.2, Leyde, 1966, 38 (tr. fr. parziale di *Behoort verandering in de feitelijke omstandigheden, waaronder een overeenkomst is gesloten*,

delle sopravvenienze andrebbe collocato all'interno di una concezione pienamente oggettivistica del contratto²⁵⁰.

In particolare, è stato rilevato che non può derivarsi *a contrariis*, dal tenore dell'art. 1467, l'irrilevanza delle circostanze sopravvenute non imprevedibili²⁵¹ – anche se questo sarebbe stato l'intendimento dei redattori del codice²⁵² – e che se si dovesse considerare quale unica ipotesi di sopravvenienze rilevanti per l'ordinamento, al di là della previsione dell'art. 1467, quella dell'impossibilità della prestazione, ogni altro squilibrio non potrebbe essere tutelato²⁵³. Occorrerebbe invece ammettere che il debitore è vincolato all'adempimento non in ogni caso di possibilità della prestazione, ma solo entro i limiti individuati dalla regola della buona fede, che integra il contratto determinando i doveri contrattuali e le modalità della loro esecuzione²⁵⁴ – da adempiere con diligenza²⁵⁵ – avvalendosi essenzialmente di due parametri.

Il primo è quello del tipo contrattuale, assunto non come mero modello ordinamentale ma in concreto, tenendo conto delle circostanze del singolo rapporto²⁵⁶.

Il secondo è quello del valore economico delle prestazioni, calcolato sui prezzi di mercato, da assumere però ancora una volta non in assoluto, ma con specifico riferimento al rapporto concretamente posto in essere²⁵⁷.

In entrambi i casi, l'autonomia dei contraenti sarebbe rispettata: il tipo, infatti – e in questa affermazione riecheggiano suggestioni della dottrina tedesca²⁵⁸ – sarebbe già in sé un modello di distribu-

invloed te hebben op haar voorbestaan?, in «Handelingen Nederlandsche Juristenvereniging», XLVIII, 1918, I, 85 ss.).

²⁵⁰ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit.

²⁵¹ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 50 s.

²⁵² BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 394.

²⁵³ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 392 ss.

²⁵⁴ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 338 ss., 354 ss.; in particolare, sul ruolo integrativo della buona fede, *ibid.*, 375 ss.

²⁵⁵ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 395 ss.

²⁵⁶ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 349 ss.

²⁵⁷ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 354 ss.

²⁵⁸ In particolare dei lavori di W. FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960*, I, Tübingen, 1960, 234 ss.; ID., *Allgemeiner Teil des*

zione dei rischi, che le parti accettano adottando lo schema di riferimento²⁵⁹; mentre il valore di mercato sarebbe assunto solo come criterio per identificare l'economia assegnata all'affare dalle parti²⁶⁰.

In altre parole, il giudizio di buona fede mirerebbe a «indurre dall'economia del negozio il margine di sacrificio fino al quale sono rispettivamente tenuti i contraenti», consentendo «di accertare se – date le circostanze – la prestazione delle parti può ancora essere richiesta o se costituisce piuttosto abuso del diritto la pretesa di ottenerla fatta valere dall'altra»²⁶¹. Entro l'esigibilità, ci sarebbe eventualmente inadempimento; oltre questa soglia opererebbe, anche in presenza di circostanze prevedibili, la risoluzione²⁶².

c) *Frustrazione dello scopo, 'causa concreta' e buona fede.*

Limitatamente al problema della frustrazione dello scopo o – per usare una terminologia invalsa in Italia ad indicare più il problema che non la teoria che vorrebbe risolverlo – della 'presupposizione', posizioni recenti hanno anche cercato di valorizzare la nozione di causa del contratto. Non però nella formulazione imperante negli anni della codificazione – e non a caso recepita dal legislatore – di 'funzione economico-sociale', sostanzialmente coincidente con il 'tipo' visto sotto il profilo funzionale²⁶³, quanto nel senso di una 'funzione economico-individuale', intesa come «funzione della singola operazione negoziale, considerata nella sua intierezza, attraverso cui le parti hanno razionalmente inteso regolare propri, specifici, concreti interessi»²⁶⁴.

Bürgerlichen Rechts. II. *Das Rechtsgeschäft*⁴, Berlin ecc., 1992, 498 ss., 518 ss. (cfr. anche *ibid.*, 80).

²⁵⁹ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 291 e 351.

²⁶⁰ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 357 ss.

²⁶¹ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 399.

²⁶² BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 397 ss., spec. 401.

²⁶³ Sulla genesi di questa nozione cfr. per tutti G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, 106 ss., con bibliografia.

²⁶⁴ FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., 2001, 124. Cfr. già ID., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 345 ss., seguito – per limitarsi ad autori già citati – da BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 262 ss.; BIANCA, *Diritto civile*. III². *Il contratto*, cit., 452 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 331 ss.; MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, cit., 333 ss.

Questa impostazione consente di rileggere il problema della frustrazione dello scopo in stretta aderenza allo schema negoziale oggettivo, superando l'impostazione volontaristica delle tradizionali dottrine della presupposizione. Si afferma infatti che, se i semplici motivi personali delle parti restano ininfluenti per la ricostruzione del contenuto negoziale, al contrario gli interessi delle parti dedotti nella 'causa concreta' del contratto, pur se estranei alla 'causa tipica', costituiscono una parte del negozio sul piano funzionale, cosicché il loro venir meno può portare alla caducazione del contratto²⁶⁵.

In una simile direzione, un ruolo fondamentale assume il momento dell'interpretazione – riletta in chiave oggettivistica, e attraverso il raccordo con la nozione di integrazione²⁶⁶ – come ricostruzione del contenuto del rapporto. E, in particolare, l'interpretazione secondo buona fede, intesa come criterio per la ricostruzione dell'atto sulla base di schemi socialmente tipici²⁶⁷ (cfr. *infra*, § 6.2).

5.4. *Dalla risoluzione alla revisione del contratto.* – Ricerche recenti hanno ulteriormente ampliato il quadro del problema, soprattutto rispetto al profilo dei possibili rimedi e a quello dei criteri di ripartizione del rischio.

a) *Critica della buona fede e criteri di ripartizione del rischio.*

Nel primo senso si è individuata quale possibile soluzione per lo squilibrio non solo la risoluzione, ma anche la revisione del contratto²⁶⁸. Questa potrebbe essere realizzata in due forme (oltre alle ipotesi, non problematiche, che le parti vogliano concordemente rinegoziare, o che nel contratto siano contenute clausole espresse di revisione).

Innanzitutto come dovere di rinegoziazione²⁶⁹: la sua prospettività, tuttavia, sarebbe dubbia, per la difficoltà di individuare il fon-

²⁶⁵ CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 175 ss., 231 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 256 ss.; FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., 225 ss.; MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, cit., 202 ss., 210 ss., 333 ss.

²⁶⁶ Cfr. soprattutto C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 273 ss.

²⁶⁷ C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 256 ss., 266 ss., 273 ss., 300 ss., 334 ss., 368 ss.

²⁶⁸ P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, cit.

²⁶⁹ P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, cit., 367 ss.

damento di un tale obbligo, essendo generalmente negata dalle corti la proposta di utilizzare il criterio di buona fede.

In secondo luogo come revisione giudiziale, il cui potere di intervento potrebbe essere fondato, oltre che sul principio di buona fede – che però, ancora una volta, non viene usato dalle corti, come avviene invece in Germania – su un principio generale di conservazione del contratto desumibile da una serie di norme specifiche, come ad es. quelle in materia di appalto, oppure su un principio di equilibrio tra le prestazioni, o ancora sfruttando le regole dell'arricchimento ingiustificato²⁷⁰.

La scelta tra le due soluzioni dovrebbe variare a seconda delle circostanze concrete in cui interviene lo squilibrio. Se prima dell'inizio dell'esecuzione, sembrerebbe equo consentire la rinegoziazione e, in caso di rifiuto, la risoluzione, ma non la revisione giudiziale²⁷¹. Se durante l'esecuzione, si dovrebbe permettere la rinegoziazione, la revisione o la risoluzione²⁷², oppure, nell'ipotesi in cui la parte gravata abbia comunque portato a termine la sua prestazione, potrebbero applicarsi rimedi quasi-contrattuali come l'arricchimento senza causa e la gestione d'affari²⁷³.

Nel secondo senso, è stato criticato l'impiego della buona fede come parametro di giudizio perché, si afferma, troppo generico²⁷⁴, e si è proposto invece di adottare un criterio di efficienza economica, ponendo i rischi dell'operazione economica in capo al beneficiario finale dell'attività o del servizio. Questi sarebbe infatti normalmente il soggetto da cui è partita l'iniziativa economica e che ha il controllo sull'intera vicenda economica, potendone meglio valutare la convenienza complessiva²⁷⁵. Una simile ripartizione si avrebbe allorché si

²⁷⁰ P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, cit., 380 s.

²⁷¹ P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, cit., 412 ss.

²⁷² P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, cit., 414 ss.

²⁷³ P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, cit., 417 ss.

²⁷⁴ P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, cit., 313.

²⁷⁵ P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, cit., 390 ss. In particolare, occorre: a) verificare se l'operazione sia opportuna in senso oggettivo (cioè nel rapporto costi / benefici); b) verificare se sia opportuna in senso soggettivo (ossia per ciascuna parte); c) far gravare i rischi «su quella parte la cui opportunità in senso soggettivo si avvicina maggiormente all'opportunità in senso oggettivo» (*ibid.*, 395).

determinino squilibri contrattuali legati a dinamiche di mercato, ossia «per quei maggiori oneri che il beneficiario sarebbe in ogni caso tenuto a pagare quand'anche si rivolgesse ad altri», rientrando invece nell'alea normale il caso fortuito e particolare²⁷⁶.

b) *La buona fede come criterio di rinegoziazione.*

Muovendo da premesse analoghe – e cioè dalla rilevata tendenza dell'ordinamento a conservare i rapporti, anziché a scioglierli²⁷⁷ – in anni a noi ancor più vicini ci si è nuovamente interrogati sulla configurabilità di un obbligo legale di rinegoziazione²⁷⁸.

Un simile obbligo, si è affermato, consentirebbe di risolvere problemi di gestione che si determinano soprattutto nei contratti a lungo termine²⁷⁹, nei quali il tempo dell'esecuzione è maggiormente protratto e dunque le parti sono più esposte a pericoli di mutamento, e rispetto ai quali la previsione esplicita di clausole pattizie di adeguamento potrebbe essere economicamente del tutto irragionevole per gli elevati costi transattivi²⁸⁰.

Al riguardo, si è negata l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un generale obbligo di rinegoziare ogniqualvolta si sia prodotto uno squilibrio²⁸¹, posto che ciò vanificherebbe la disposizione dell'art. 1467 c.c.²⁸². Si è proposto, al contrario, di considerare l'obbligo di ri-

²⁷⁶ P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale*, cit., 403.

²⁷⁷ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, 16 s, 19, 76, 103, 232. Riafferma questo principio, all'interno di una concezione della buona fede come principio di solidarietà contrattuale, UDA, *La buona fede*, cit., 84 ss.

²⁷⁸ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit.

²⁷⁹ È la terminologia invalsa sull'esempio anglosassone (che distingue tra *long-term contracts* e *discrete transactions*; ma cfr. già la distinzione tradizionale tra contratti *qui unico momento perficiuntur* e *qui habent tractum successivum*, su cui G. OSTI, *Clausola 'rebus sic stantibus'*, in «NNDI», III, Torino, 1959, 356): nella categoria, opposta a quella dei contratti a scambio istantaneo, rientrano i contratti a esecuzione continuata o periodica e a esecuzione differita.

²⁸⁰ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 28 ss.

²⁸¹ E che in ipotesi potrebbe essere fondato sulla buona fede (artt. 1366 e 1375) o sull'equità (art. 1374), come propone SACCO, *Il contratto*³, cit., II, 722 ss.: per una critica, cfr. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 313 ss.

²⁸² MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 315 ss.

negoziiazione come una espressione dell'obbligo di cooperazione gravante sulle parti del rapporto. Sarebbe infatti implicito nella stessa 'natura dell'affare'²⁸³ versato nei contratti a lungo termine – sia per il loro protrarsi nel tempo, sia perché essi richiedono alle parti un maggior grado di reciprocità, solidarietà, cooperazione²⁸⁴ – il dovere di rendersi disponibili alla modificazione del contratto allorché mutino le condizioni obiettive²⁸⁵.

Questa rinegoziiazione si distinguerebbe da quella derivante dall'art. 1467 co. 3 c.c. – prevista come possibilità, per la parte contro cui è stata chiesta la risoluzione, di offrire un'equa modificazione delle condizioni contrattuali²⁸⁶ – sia perché potrebbe essere attivato anche su iniziativa della parte svantaggiata dallo squilibrio, sia perché non mirerebbe a salvare un contratto squilibrato da eventi imprevedibili, ma ad eseguirlo (anche all'interno dell'alea normale²⁸⁷) secondo criteri di ragionevolezza²⁸⁸. Se infatti condizione della rinegoziiazione ex art. 1467 co. 3 è l'imprevedibilità, premessa di questo diverso adeguamento sarebbe la mancata (perché irragionevole sul piano economico) previsione dell'allocazione del rischio. Inoltre, mentre l'offerta ex art. 1467 co. 3 è una facoltà della parte avvantaggiata, configurando per entrambe le parti un dovere di trattare in buona fede solo una volta che l'offerta sia stata fatta²⁸⁹, al contrario l'obbligo di rinegoziiare per squilibri verificatisi entro l'alea normale vincolerebbe i contraenti «a trattare in buona fede e a condurre a termine la trattativa pervenendo al risultato»²⁹⁰.

²⁸³ Per questo riferimento alla 'natura dell'affare' cfr. spec. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziiazione*, cit., 322 s., 352, 355 (cfr. anche *ibid.*, 93).

²⁸⁴ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziiazione*, cit., 61 ss. La dottrina anglosassone parla di *relational contracts*.

²⁸⁵ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziiazione*, cit., 320.

²⁸⁶ Rispetto alla quale, secondo MACARIO, *Adeguamento e rinegoziiazione*, cit., 295 s. e nt. 93, sarebbe rintracciabile anche un dovere di trattare in buona fede (sia in applicazione dell'art. 1375 che dell'art. 1337) le condizioni della modificazione.

²⁸⁷ Identificata con tutto ciò che è 'al di sotto' dell'eccessiva onerosità: MACARIO, *Adeguamento e rinegoziiazione*, cit., 274.

²⁸⁸ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziiazione*, cit., 320.

²⁸⁹ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziiazione*, cit., 290 ss.

²⁹⁰ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziiazione*, cit., 346.

In definitiva, all'interno del regolamento contrattuale dovrebbe considerarsi implicita una 'clausola in bianco'²⁹¹ che induca le parti a rinegoziare il contratto divenuto incongruo rispetto al suo scopo economico. Proprio in ciò si ravvisa il ruolo della buona fede: come criterio per l'interpretazione (art. 1366), perché si dovrebbe presumere che, se avessero avuto conoscenza delle modificazioni, le parti avrebbero diversamente trattato; e come regola di esecuzione (art. 1375), perché sarebbe scorretto il comportamento della parte che si ostinasse ad eseguire la prestazione secondo le modalità originarie²⁹², non tenendo in alcun conto le ragioni della controparte in relazione alle circostanze e alla natura dell'affare²⁹³. Inoltre, specificandosi l'obbligo di esecuzione in quello di rinegoziazione, concorrerebbe anche l'art. 1337 in tema di trattative²⁹⁴.

La buona fede interverrebbe pertanto come criterio di responsabilità sia nel caso di rifiuto di trattare, sia in quello di scorrettezza nelle trattative²⁹⁵, potendo condurre tanto al risarcimento del danno²⁹⁶, quanto all'adempimento in forma specifica, ottenibile per sentenza ex art. 2932 c.c. e direttamente discendente dalla qualificazione dell'obbligo di rinegoziazione come obbligo di condurre a termine la trattativa²⁹⁷. Quest'ultimo rimedio, in particolare, si giustifica osservando che la discrezionalità connessa alla scelta della negoziazione, espressione dell'autonomia privata, non potrebbe spingersi al punto di sottrarsi all'esecuzione del contratto, specificata nell'obbligo di rinegoziazione²⁹⁸, che è limitato al 'come' regolare il rapporto, non al 'se' contrarre²⁹⁹, e che non dà vita ad un 'nuovo' contratto, ma semplicemente individua le condizioni del suo divenire³⁰⁰. In definitiva, l'obbligo di rinegoziazione contribuirebbe a conservare l'impegna-

²⁹¹ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 327.

²⁹² MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 321.

²⁹³ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 353 ss.

²⁹⁴ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 399 ss.

²⁹⁵ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 401.

²⁹⁶ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 402 ss.

²⁹⁷ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 414 ss. e spec. 419 ss.

²⁹⁸ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 421.

²⁹⁹ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 425.

³⁰⁰ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 426.

tività del vincolo, realizzando la volontà delle parti e limitando il suo venir meno alle ipotesi di risoluzione³⁰¹.

5.5. *I limiti delle ricostruzioni della dottrina.* – Se avevamo rilevato problemi rispetto alla definizione del ruolo della buona fede in generale (§ 4.5), ancora più complesse e discutibili appaiono le argomentazioni specificamente relative alla terza funzione.

Le teorie ‘sogettive’ (§ 5.3 *sub a*) sono state criticate rilevando, in primo luogo, che il riferimento alla volontà presunta o tacita si risolve spesso in un artificio, in quanto le parti – non avendo previsto le sopravvenienze – potrebbero non aver affatto tenuto presenti né i presupposti né il motivo comune posti a base del rapporto³⁰². Si è notato, poi, che è difficile dedurre dall’art. 1467 la vigenza della teoria della presupposizione nel nostro ordinamento, posto che – al di là del fatto che la risoluzione stabilita dall’articolo in discorso ha indubbiamente natura di rimedio specifico, e come tale è strettamente legata ai presupposti applicativi individuati dalla norma³⁰³ – l’eccessiva onerosità sopravvenuta riguarda solo l’incremento economico della prestazione, mentre la presupposizione ricomprende in sé anche le ipotesi di impossibilità di raggiungere lo scopo negoziale³⁰⁴. Infine, anche se talora è stata impiegata in questo senso³⁰⁵, la teoria dell’errore – come i suoi stessi assertori hanno rilevato – si colloca al di fuori del problema delle sopravvenienze, perché essa può risultare utile rispetto ad una inesatta percezione della realtà esistente, ma non in ordine ad

³⁰¹ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 322 e 428.

³⁰² Cfr. per tutti BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 31 ss., 69 ss., 306 ss.

³⁰³ Cfr. per tutti TARTAGLIA, *Onerosità eccessiva*, cit., 157 s.; cfr. anche A. GENTILI, *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza*, in «Giur. it.» I.1, 1983, 1737.

³⁰⁴ BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 48 (con riferimenti in nt. 84 alla letteratura precedente), 85; P. GALLO, *Sopravenienza contrattuale*, cit., 309.

³⁰⁵ Cfr. la dottrina inglese del *common mistake* (su cui mi limito a richiamare BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 121 ss.; di recente, cfr. J. CARTWRIGHT, *The rise and fall of mistake in the English law of contract*, in R. SEFTON-GREEN (ed.), *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, Cambridge, 2005, 67 s.) e quella francese dell’*erreur* (su cui cfr. per tutti ancora BESSONE, *op. ult. cit.*, 110 ss. e C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 153 ss.).

eventi che non si sono ancora realizzati³⁰⁶. Peraltro, è bene rilevare che – diversamente da quanto sostenuto da un'autorevole dottrina tedesca³⁰⁷ – non può assimilarsi all'ipotesi dell'errore comune quella della previsione di un programma contrattuale che poi viene alterato dalle sopravvenienze: in molti casi, potrebbe trattarsi di sopravvenienze imprevedibili, cosicché solo artificiosamente potrebbe qualificarsi come 'errata' la loro mancata previsione.

Certo, è possibile che la critica alle teorie 'soggettivistiche' si sia spinta troppo oltre. Come è stato rilevato, per individuare i criteri di ripartizione del rischio occorre guardare innanzi tutto alle clausole contrattuali, e solo in un secondo momento ci si potrà rivolgere a criteri 'oggettivi'³⁰⁸, cosicché non appare ingiustificata la proposta di chi propone di ricondurre l'intera materia dei presupposti all'ambito dell'interpretazione del contratto – intesa non come ricostruzione della volontà delle parti, ma dell'oggettivo regolamento contrattuale³⁰⁹. E, in ogni caso, anche le teorie 'oggettivistiche' non sfuggono del tutto alla critica.

Se si immagina una possibilità di risoluzione del rapporto al di fuori dell'ambito dell'art. 1467 ogni volta che la prestazione divenga inesigibile, e si fonda sulla buona fede il potere di controllo del giudice (§ 5.3 *sub b*), si coglie certamente – lo vedremo nel corso dell'analisi storica – una delle funzioni fondamentali della buona fede. Tuttavia, se un simile ruolo di controllo potrebbe giustificarsi entro esperienze giuridiche che non conoscono regole specifiche in materia – cosicché dottrina e giurisprudenza hanno dovuto ragionare sulla base dei principi³¹⁰ – l'introduzione dell'art. 1467 nel codice del 1942 costituisce indubbiamente un vantaggio e un vincolo. Un vantaggio, perché permette di ancorare a una norma il grave problema dello scioglimento del contratto a seguito del prodursi di uno squilibrio ec-

³⁰⁶ PIETROBON, *Errore*, cit.

³⁰⁷ K. LARENZ, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung 'veränderter umstände' im Zivilrecht*³, München-Berlin, 1963, 47 ss.

³⁰⁸ P. GALLO, *Sopravenienza contrattuale*, cit., 311 s.

³⁰⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit. Sul rapporto tra interpretazione e integrazione cfr. comunque *infra*, § 6.2.

³¹⁰ Una panoramica nelle stesse pagine di BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 99 ss.

cessivo nelle prestazioni. Un vincolo, perché circoscrive in maniera netta i termini della questione nel nostro ordinamento. Se infatti è vero che l'articolo non esclude in assoluto la rilevanza delle circostanze che mutano l'equilibrio del rapporto al di là delle condizioni di straordinarietà e imprevedibilità in esso previste, certo occorre riconoscere che la esclude ai fini della risoluzione: «la risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto» (co. 2).

In presenza di un simile dettato, per ammettere una risoluzione anche al di sotto degli «avvenimenti straordinari e imprevedibili» del co. 1, bisognerebbe ipotizzare uno 'spazio' tra questi e l'«alea normale» del co. 2³¹¹. Ma si tratta di una possibilità difficile da accogliere quando – come la teoria qui discussa – si individua il 'tipo' contrattuale quale parametro per valutare se la prestazione sia ancora esigibile o meno: bisognerebbe infatti sostenere che l'alea 'normale' di un contratto sia diversa da quella 'tipica', il che è generalmente escluso. Evidentemente, il legislatore italiano ha scelto di trattare una materia tradizionalmente – ma faticosamente – ricondotta alla buona fede, fissando dei limiti normativi: se dunque appare esatta, in linea di principio, la ricerca di una soluzione all'interno del parametro della buona fede, tuttavia la strada appare impraticabile per la riduttiva previsione di legge. A meno di non ammettere – ed è un problema che per ora lasciamo aperto, riservandoci di tornarvi in seguito – un uso 'correttivo' della buona fede rispetto all'art. 1467 co. 2.

La teoria che riconduce la presupposizione alla causa concreta del contratto (§ 5.3 *sub c*) è probabilmente la più convincente, e sarà maggiormente discussa in seguito. Si può tuttavia sin d'ora rilevare che essa dovrebbe essere maggiormente precisata rispetto al generale problema delle sopravvenienze e ai rimedi individuabili dall'ordinamento.

Mentre, per converso, la dottrina che sostiene la configurabilità di un potere giudiziale di revisione basato sui principi di conservazione del contratto ed equilibrio tra le prestazioni, ed eventualmente

³¹¹ È questa l'interpretazione che ad esempio ne dà F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, 18 e 20 ss.

sulla buona fede (§ 5.4 *sub a*) individua una serie di strade percorribili ma dovrebbe essere precisata rispetto al fondamento di questi principi, al loro rapporto con la buona fede e alla relazione con la regola risolutoria dell'art. 1467 c.c.

Infine, la teoria che postula l'esistenza, in tutti i contratti a lunga durata, di una clausola in bianco di rinegoziazione (§ 5.4 *sub b*) certamente evidenzia alcune caratteristiche significative del nostro sistema (la tendenza a conservare, anziché distruggere, il contratto, e la preoccupazione di mantenere un certo equilibrio tra le prestazioni) ma suscita alcune perplessità.

In primo luogo, non appare chiaro il ruolo della buona fede³¹². Infatti, da un lato, per evitare la vanificazione dell'art. 1467, si esclude l'esistenza di un obbligo generale di rinegoziazione basato sulla buona fede come elemento del contenuto contrattuale, riconducendolo invece al momento dell'esecuzione³¹³ e pertanto distinguendo nettamente la fattispecie dagli effetti³¹⁴: un approccio che, a rigore, non dovrebbe implicare un ruolo 'integrativo' della buona fede. Dall'altro, si sostiene l'esistenza di una 'clausola in bianco' nel regolamento contrattuale – ritornando cioè sul piano del contenuto – la cui base normativa si rintraccia nel ruolo 'integrativo' della buona fede³¹⁵. Il problema non è solo teorico. È chiaro infatti che, se la buona fede ha solo un ruolo esecutivo, il dovere di rinegoziazione dovrebbe trovare un altro fondamento, oppure diluirsi nella corretta esecuzione del contratto, non essendo configurabile come dovere autonomo³¹⁶; ma se così fosse, non potrebbe ammettersi una esecuzione in forma specifica, bensì solo risarcitoria. Se invece la buona fede è integrativa,

³¹² Che si esprimerebbe, nello specifico, come dovere di cooperazione. Ma quest'ultimo, almeno per come è normalmente inteso dalla giurisprudenza (cfr. quanto detto brevemente *supra*, § 4.4), costituisce un dovere accessorio alla prestazione principale finalizzato ad una sua corretta esecuzione, e non alla sua modificazione, come invece nel caso dei doveri di rinegoziazione.

³¹³ Cfr. ad es. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 152.

³¹⁴ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 159 ss., spec. 166.

³¹⁵ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 356, che cita due autori (Rodotà e di Majo) i quali contestano la distinzione contenuto ~ effetti (cfr. *supra*, ntt. 178-179).

³¹⁶ Mi sembra sia sostanzialmente questa la conclusione di F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., 185.

non vi sarebbe motivo di escludere l'esistenza di un obbligo generale di rinegoziazione, il che pone però effettivamente il problema del rapporto con l'art. 1467.

Proprio rispetto a quest'ultimo emergono ulteriori difficoltà. La norma, infatti, riferendosi ai «contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita», ricomprende anche i contratti di durata, tra cui i cd. *long-term contracts*³¹⁷. Ora, per quale motivo – se non per superare l'ostacolo della norma – nelle ipotesi in cui si siano verificati «avvenimenti straordinari e imprevedibili», pur essendo comunque possibile rimediare allo squilibrio mediante la rinegoziazione – come presuppone il co. 3 – la 'clausola in bianco' non dovrebbe operare, se non limitatamente allo scopo di prevenire la situazione estrema che consentirà la risoluzione? E come giustificare la disparità di trattamento che nelle due ipotesi si determina in capo al debitore, il quale per squilibri verificatisi entro l'alea normale può esigere la rinegoziazione, mentre oltre questa soglia, qualora preferisca la revisione alla risoluzione, può solo sperare nell'offerta della controparte ex art. 1467 co. 3? Oltretutto, nella teoria qui discussa, si ammette che quest'ultima possa limitarsi a riportare il contratto entro l'alea normale³¹⁸, ossia in una situazione di squilibrio che normalmente l'avrebbe costretta a una rinegoziazione. E a questo punto viene da chiedersi: se nelle ipotesi di revisione ex art. 1467 co. 3 è tollerabile uno squilibrio comunque contenuto nell'alea normale, perché non dovrebbe esserlo in tutti gli altri casi? Per certi versi, potrebbe apparire più coerente la soluzione da taluni proposta di riconoscere un obbligo generale di rinegoziazione³¹⁹; ma ciò potrebbe determinare una piena antitesi con il dettato dell'art. 1467³²⁰.

Infine, il ricorso all'art. 2932 c.c. La premessa teorica di questa proposta è nella scelta di configurare il dovere di rinegoziazione – secondo linee emerse nelle prime proposte in materia formulate dalla

³¹⁷ In questo senso, tende ad enfatizzare eccessivamente la peculiarità dei contratti a lungo termine, per distaccarli dall'alternativa intangibilità-risoluzione, MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 289.

³¹⁸ Così anche MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 267, 276, 287.

³¹⁹ SACCO, *Il contratto*³, cit., II, 686.

³²⁰ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 315.

dottrina tedesca³²¹ – non solo come obbligo di condurre le trattative secondo buona fede, ma addirittura come dovere di pervenire ad un risultato. Questa configurazione permetterebbe, si sostiene, di attuare pienamente la volontà delle parti. Ora, una simile impostazione pone almeno due problemi.

Il primo riguarda l'opportunità di un simile procedimento, che è in fondo il maggiore argomento della dottrina favorevole all'esistenza

³²¹ Si tratta di questioni che discuteremo meglio più avanti. Basti per ora rilevare che la teoria della rinegoziazione è dovuta soprattutto agli studi di N. HORN, *Neuverhandlungspflicht*, in «AcP», CLXXXI, 1981, 255 ss.; ID., *Die Vertragsdauer als schuldrechtliches Regelungsproblem. Empfiehlt sich eine zusammenfassende Regelung der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?*, in BUNDESMINISTER DER JUSTIZ (hrsg.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrecht*, II, Köln, 1981, 551 ss.; una sintesi in inglese in ID., *The Concepts of Adaptation and Renegotiation in the Law of Transnational Commercial Contracts*, in N. HORN (ed.), *Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance*, Antwerp-Boston-London-Frankfurt, 1985, 3 ss.), secondo il quale graverebbe sui contraenti un obbligo generale di rinegoziazione (*Neuverhandlungspflicht*), che si aggiungerebbe a quelli derivanti da clausole contrattuali o da previsioni di legge e che discenderebbe dal § 242 BGB (così, esplicitamente, H. EIDENMÜLLER, *Neuverhandlungspflichten bei Wegfall der Geschäftsgrundlage*, in «ZIP», 1995, 1068). Questo dovere coinciderebbe non solo con il dovere di condurre le trattative, concepito come obbligo procedimentale (dovere di rinegoziazione 'in senso stretto': HORN, *Neuverhandlungspflicht*, cit., 282 s.; ID., *Rec. ad A. Nelle* [cit. oltre], in «Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht», CLVIII, 1994, 426), che troverebbe sanzione (*ex* § 888 ZPO) nella richiesta di adempimento o nel risarcimento del danno per la violazione della buona fede (cfr. G. FECHT, *Neuverhandlungspflichten zur Vertragsänderung unter besonderer Berücksichtigung des bundesdeutschen Rechts und der UN-Kodizes über Technologietransfer und das Verhalten transnationaler Unternehmen*, München, 1988, 137 ss.; M. MARTINEK, *Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten – Bestandaufnahme, Kritik ... und Ablehnung*, in «AcP», CXCVIII, 1998, 341 s.); ma anche con il dovere di concludere le trattative (dovere di rinegoziazione 'in senso lato' o 'qualificato': MARTINEK, *op. cit.*, 340) ossia di accordarsi, che invece troverebbe tutela nell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre *ex* § 894 ZPO (HORN, *Neuverhandlungspflichten*, cit., 285; FECHT, *op. cit.*, 142 ss.; MARTINEK, *op. cit.*, 342 s.). A questa iniziale configurazione sono seguite critiche che hanno distinto le due ipotesi, sostenendo la riconducibilità ai 'doveri di rinegoziazione' solo dei doveri procedimentali: le parti sarebbero obbligate a dar corso alle trattative ma non necessariamente a condurle a termine (in questo senso soprattutto A. NELLE, *Neuverhandlungspflichten. Neuverhandlungen zur Vertragsanpassung und Vertragsergänzung als Gegenstand von Pflichten und Obliegenheiten*, München, 1994, 17 ss., 262 ss., 288 s.; cfr. anche la critica di MARTINEK, *op. cit.*, 372, in particolare rispetto all'analisi della giurisprudenza compiuta da Horn).

dei doveri di rinegoziazione. È vero che l'obbligo di restare vincolati al contratto rinegoziandone le condizioni potrebbe apparire come la 'quadratura del cerchio' dell'esigenza di rispettare l'autonomia delle parti e di adattare il contratto. Ma ciò è vero più in teoria³²² che in pratica, perché una rinegoziazione seguita alla modificazione delle condizioni iniziali, anche nel rispetto delle regole di buona fede, pone le parti in una posizione diversa da quella iniziale e di oggettiva disparità, in quanto il contraente che subisce le sopravvenienze è contrattualmente più debole di quanto non fosse all'inizio del rapporto³²³.

Il secondo problema è strettamente giuridico, e riguarda le condizioni entro cui dovrebbe operare il rimedio dell'esecuzione in forma specifica. Come vedremo meglio in seguito, la dottrina tedesca più recente ha distinto l'obbligo di condurre le trattative da quello di concluderle, dubitando della riconducibilità del secondo alla categoria dei 'doveri di rinegoziazione' e conseguentemente escludendo per questi ultimi una possibilità di tutela in forma specifica³²⁴. La scelta della dottrina italiana di mantenere il dovere di conclusione all'interno dell'obbligo di rinegoziazione e di individuare soluzioni unitarie, determina una difficoltà nell'individuare l'esito della vicenda nel caso in cui le trattative, pur condotte da entrambe le parti secondo buona fede, non pervengano all'accordo: esito che, ricordiamolo, si considera obbligatorio. Se infatti, come si afferma, «l'esito infruttuoso delle trattative non implica l'inadempimento, com'è ovvio»³²⁵, e se «la sentenza ex art. 2932 potrà essere richiesta, e quindi emessa, soltanto

³²² F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, cit., 69 s. afferma che in tal modo l'autonomia sarebbe limitata al momento iniziale; in realtà, nella teoria di Macario restano ammessi i normali strumenti del recesso e della risoluzione, cosicché anche l'autonomia successiva è garantita. Certo, però, è difficile utilizzare come argomento a favore dei doveri di rinegoziazione una migliore tutela della volontà dei contraenti, posto che la conservazione obbligata del contratto potrebbe essere al massimo un dato ordinamentale, ma non un fatto voluto dalle parti, delle quali almeno una, quella favorita dalle sopravvenienze, normalmente non 'vorrà' la rinegoziazione (cfr., per analoghe obiezioni rispetto al dibattito sviluppatosi in ambito tedesco, MARTINEK, *Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten*, cit., 374 s.).

³²³ Cfr. ancora MARTINEK, *Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten*, cit., 376 s.

³²⁴ Cfr. provvisoriamente quanto brevemente ricordato *supra*, nt. 321.

³²⁵ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 350.

in caso di inadempimento della parte che, con il suo comportamento, abbia impedito la conclusione dell'accordo modificativo ed in presenza degli elementi che, concretamente, consentano al giudice di stabilire il contenuto delle obbligazioni che sarebbero scaturite dal corretto svolgimento della trattativa»³²⁶, l'azione è promossa davvero rispetto al dovere di pervenire al risultato della rinegoziazione, o non invece semplicemente rispetto al dovere di condurre le trattative secondo buona fede?

In realtà, l'ipotesi di un dovere di rinegoziazione implicito nei rapporti di durata sembra più che altro un tentativo di giustificare l'adattamento del rapporto all'interno di una concezione volontaristica del contratto e senza ammettere un intervento diretto del giudice. Ma la sua vera finalità si svela allorché si afferma che al dovere di condurre le trattative si somma il dovere di concludere il contratto, e soprattutto la possibilità di chiedere un adempimento in forma specifica: in tal modo si permette, nella sostanza, al giudice di intervenire sul rapporto, aggirando sul piano formale il problema della sua legittimazione a 'riscrivere' il contratto in vece delle parti.

5.6. *Conclusioni.* – La buona fede esecutiva pone ancora più problemi di quella formativa.

Innanzitutto non è chiaro se si tratti davvero di un criterio di integrazione del contratto. Il tentativo di ricomprenderla nell'elenco dell'art. 1374 all'interno della 'legge' non può dirsi riuscito, e anzi ha l'effetto opposto di evidenziare macroscopicamente la sua assenza nella norma espressamente dedicata all'integrazione contrattuale. Da questa incertezza, peraltro, viene travolta anche la funzione 'limitativa', perché è chiaro che il limite all'esercizio di un diritto contrattuale può derivare solo da una integrazione – quand'anche fosse *ex lege* – dei doveri delle parti nel contratto. Questa difficoltà teorica richiede un approfondimento della vicenda storica delle fonti di integrazione del regolamento contrattuale.

D'altra parte non convince nemmeno la teoria della buona fede come criterio (non integrativo) di attuazione del contratto, non solo

³²⁶ MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., 426.

per alcune incoerenze interne, ma soprattutto perché essa realizza di fatto una equazione tra buona fede ed equità (correttiva) che, se portata avanti con coerenza, determinerebbe la sindacabilità giudiziale di ogni rapporto giuridico che dovesse apparire al giudice ingiusto o squilibrato. Certo è, però, che questa dottrina sollecita una chiarificazione, sul piano storico, delle diverse nozioni di equità e del loro rapporto con la buona fede.

La funzione più controversa è tuttavia quella correttiva. Se per certi versi essa pone problemi che si intersecano con la teoria della buona fede come criterio equitativo – è chiaro, infatti, che se si ammettesse l'equazione 'buona fede = equità correttiva' si supererebbero tutte le difficoltà – d'altra parte il suo principale campo di incidenza, la gestione delle sopravvenienze, evidenzia una serie di apparenti incoerenze nel nostro sistema.

In primo luogo, mentre nel 'regime speciale' di alcuni contratti la regola primaria è l'adeguamento del contratto e solo secondariamente la risoluzione, si tratti di riduzione o di aumento delle prestazioni, al contrario nella 'teoria generale' l'adeguamento è regola primaria solo nelle ipotesi di riduzione della prestazione ('impossibilità parziale'), mentre in caso di aumento ('eccessiva onerosità') vale la regola esattamente contraria. Ciò che peraltro pone problemi se si ammette che nel regime dell'eccessiva onerosità rientri anche l'ipotesi dello svilimento della controprestazione.

In secondo luogo, non viene tutelato il venir meno dello scopo contrattuale così come voluto dalle parti, e il tentativo di trasformare l'impossibilità in inesigibilità, proprio attraverso la buona fede, mostra la difficoltà teorica di tracciare chiare linee di demarcazione tra le figure della frustrazione dello scopo, dell'impossibilità e dell'eccessiva onerosità. E allora è impossibile non chiedersi, per lo storico, non solo attraverso quali percorsi si siano formate queste nozioni, e se esse siano davvero affidabili, ma anche se il loro impiego 'categoriale' nella ricerca storico-giuridica sia davvero lecito per ogni epoca, o non si debba invece distinguere in relazione ai singoli contesti.

La soluzione del problema più grave, e cioè cosa sia consentito al giudice e cosa gli sia interdetto, non può che discendere dalla soluzione di questi interrogativi.

6. *La buona fede nell'interpretazione del contratto.*

6.1. *Le interpretazioni dell'art. 1366 c.c.* – Prima di concludere questa prima parte della ricerca è necessario rivolgersi brevemente alla terza esplicazione – nel nostro codice civile – della buona fede:

Art. 1366 c.c. *Interpretazione di buona fede.* Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede.

Anche questa norma è stata introdotta dal legislatore del 1942, probabilmente per l'influenza del § 157 BGB³²⁷, ma si è inserita senza eccessivi traumi all'interno dell'impianto 'francese' ereditato dal codice del 1865, tra le regole cd. 'soggettive' di interpretazione (artt. 1362-1365) e quelle cd. 'oggettive' (artt. 1367-1371). Come era accaduto per la buona fede formativa, infatti, dottrina e giurisprudenza italiane e francesi hanno sempre enucleato la buona fede interpretativa dall'art. 1124 c.c. 1865 e dall'art. 1135 c.c. fr.³²⁸.

Proprio questo rapporto con le norme in materia di esecuzione del contratto segna però in modo significativo il ruolo attuale dell'interpretazione di buona fede. Le interpretazioni tradizionali dell'articolo, a ben vedere, si riducono infatti a due³²⁹.

Una prima lettura è quella che tende ad enfatizzare le caratteristiche soggettive dell'interpretazione di buona fede, identificandola con l'attività ermeneutica che mira a intendere il contratto tenendo conto dello stato psicologico dei contraenti³³⁰, dell'intenzione del dichiarante³³¹, dell'affidamento del destinatario della dichiarazione³³²,

³²⁷ Lo presume anche FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., 250.

³²⁸ Cfr. in particolare, C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova 1938, 190 ss. In generale, sul fenomeno, cfr. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, cit., 37 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 341 e nt. 205; FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., 219 e 241 nt. 293.

³²⁹ Per quanto segue, cfr. in generale COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, cit., 27 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto (artt. 1362-1371)* (Commentario Schlesinger), Milano, 1991, 204 ss., e soprattutto C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 345 ss.

³³⁰ G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, cit., 167.

³³¹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994 (rist. con integrazioni a cura di G. CRIFÒ), 340 s.

³³² G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 71.

del significato su cui, in relazione alle concrete circostanze, entrambe le parti potevano e dovevano fare ragionevole affidamento³³³. Le caratteristiche di questa impostazione tendono inevitabilmente a mettere in crisi la riconduzione – pure generalmente accettata – del canone interpretativo dell'art. 1366 alla buona fede oggettiva, perché nel momento in cui la buona fede viene impiegata come parametro di ricostruzione della volontà dei contraenti, essa inevitabilmente tende a confondersi con la buona fede soggettiva³³⁴.

La seconda lettura tende invece a proporre una concezione obiettiva della buona fede interpretativa. Così, coerentemente con la concezione di una operatività *a posteriori* della buona fede come criterio sostanzialmente equitativo di ricostruzione del contenuto contrattuale (cfr. § 4.3 *sub b*)³³⁵, è stato proposto di considerarla come fase finale del procedimento interpretativo, attribuendo conseguentemente all'art. 1371 semplicemente il compito di criterio di determinazione quantitativa patrimoniale dei doveri delle parti³³⁶. Oppure come un criterio attraverso il quale, esaurita la fase dell'interpretazione 'soggettiva' ex artt. 1362-1365, possano essere corrette le restanti incertezze circa il significato del regolamento contrattuale, tenendo conto delle circostanze soggettive e oggettive entro cui si è realizzato il contratto³³⁷, in funzione sostanzialmente integrativa³³⁸.

Senonché queste due letture presentano una difficoltà di fondo.

Le teorie 'soggettive' non riescono a giustificare in modo persuasivo l'utilità della interpretazione secondo buona fede rispetto ai ca-

³³³ BIANCA, *Diritto civile*. III². *Il contratto*, cit., 422 ss. (una precedente interpretazione in ID., *Sulla sussidiarietà dei criteri legali di interpretazione del contratto*, cit., 138 ss.; ID., *Note in tema di interpretazione del contratto*, in «Giust. civ.», 1974, 1279, ove si enfatizzava il profilo della credenza nel significato del contratto secondo diligenza, 138 ss.).

³³⁴ Il problema è colto da BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, cit., 199 ss. e da E. STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit., 266 s.

³³⁵ Rileva la corrispondenza anche C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 350 nt. 236.

³³⁶ BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, cit., 211 s., 217.

³³⁷ COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, cit., spec. 35.

³³⁸ Cfr., rispetto alla fase formativa del contratto, COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, cit., 88; rispetto alla fase esecutiva, *ibid.*, 130 ss.

noni dell'interpretazione 'soggettiva' in generale: se l'art. 1366 serve a ricostruire l'effettiva volontà delle parti, eventualmente anche tenendo conto delle circostanze, a che serve l'art. 1362, che prescrive di «indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole», valutando «il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto»³³⁹? Di qui la tendenza a spostarsi verso posizioni più 'oggettive', chiarendo che il parametro della buona fede va inteso comunque in senso oggettivo, come dovere di lealtà e correttezza, e trasformando la ricerca della reale volontà delle parti in una sorta di volontà ipotetica o fittizia – con ciò avvicinandosi ad una interpretazione 'oggettiva' del canone³⁴⁰.

Le teorie 'oggettive', da parte loro, non riescono a spiegare l'utilità dell'art. 1366 rispetto agli artt. 1175 e 1375: se la buona fede opera in entrambi i casi *a posteriori*, o se in entrambi i casi integra il contratto, perché questa ripetizione di articoli? Di qui la tendenza – opposta alla precedente – di distinguere tra il ruolo propriamente integrativo della buona fede esecutiva e quello interpretativo dell'art. 1366: quest'ultimo avrebbe la funzione di esplicitare il contenuto contrattuale «in ragione della volontà dei contraenti», mentre gli artt. 1175 e 1375 mirerebbero ad identificare il «regolamento eteronomo» sulla base del parametro della correttezza³⁴¹ – con il che, mi parrebbe, si abbandona l'attribuzione alla buona fede interpretativa di una valenza 'oggettiva' e si propende per una valenza 'soggettiva'³⁴².

A me parrebbe non ingiustificata la prospettiva di chi ritiene necessario superare la tradizionale distinzione tra regole di interpretazione soggettiva e oggettiva³⁴³, riconducendo alla funzione di indivi-

³³⁹ Cfr. anche SACCO, *Il contratto*³, cit., II, 391 ss.

³⁴⁰ Come mi sembra avvenga ad es. nel caso di BIANCA, *Diritto civile*, III², *Il contratto*, cit., 424 s.

³⁴¹ COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, cit., 132 s.

³⁴² Coglie la difficoltà anche C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 355 ss.

³⁴³ Diverso è il caso di chi ha proposto soluzioni intermedie tra l'interpretazione 'soggettiva' ed 'oggettiva' della buona fede, che si muovono comunque all'interno della tradizionale distinzione: così BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 340 s., ha letto la regola interpretativa come criterio per l'individuazione

duare l'intento comune dei contraenti anche alcune regole usualmente collegate con la interpretazione oggettiva³⁴⁴, oppure valorizzando l'unitarietà dell'operazione ermeneutica nel dialogo tra la peculiarità della regola negoziale predisposta dai contraenti e le regole tipiche predisposte dall'ordinamento o enucleabili dalla realtà sociale³⁴⁵: dialogo che troverebbe il momento di coordinamento proprio nell'art. 1366³⁴⁶.

Ma, soprattutto, mi sembrano del tutto motivati gli stimoli ad un ripensamento di altre e più generali distinzioni – che hanno una forte ricaduta nella lettura dell'art. 1366 e in generale sul tema della buona fede – come quelle tra interpretazione / integrazione e tra contenuto / effetti del contratto.

6.2. *Interpretazione e integrazione.* – Com'è noto, l'opinione tradizionale collega l'operazione interpretativa alla ricostruzione del contenuto del contratto così come determinato dalle parti, e il fenomeno dell'integrazione alla determinazione degli effetti così come previsti dall'ordinamento. In questa direzione, l'integrazione contrattuale prevista dall'art. 1374 finisce per essere sostanzialmente un meccanismo di riempimento delle lacune esistenti nel contratto, oppure di addizione di effetti non previsti o addirittura non voluti dalle parti, mentre l'interpretazione sarebbe unicamente diretta alla determinazione del 'voluto' dei contraenti, eventualmente anche attraverso finzioni (nelle ipotesi di interpretazione oggettiva).

Si tratta però di una distinzione artificiosa, che la dottrina più attenta ha da tempo criticato³⁴⁷ e che – come vedremo nel prosieguo

dell'intenzione del dichiarante e come parametro di riconoscimento del negozio secondo la coscienza sociale e gli usi del traffico; e V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, 293 ss., ha proposto di riconoscerli il veicolo, nel contratto, dei principi generali dell'ordinamento, talvolta rispetto al dichiarante, talaltra al destinatario. Cfr., per una più articolata critica, C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 345 ss., 352 ss.

³⁴⁴ CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 124 ss. (il riferimento è agli artt. 1367-1368).

³⁴⁵ C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 384 ss., spec. 187.

³⁴⁶ C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 360.

³⁴⁷ Mi riferisco all'impostazione di FERRI, *Causa e tipo*, cit., 275, 279 ss., 286 ss.; ID., *Il negozio giuridico*, cit., 251 ss.

dell'indagine – non si giustifica in alcun modo sul piano dell'analisi storica, conducendo spesso i suoi sostenitori a ricostruzioni non del tutto coerenti³⁴⁸. Al contrario, come è stato esattamente notato, l'art. 1374 contribuisce a far emergere quei profili del contenuto contrattuale che sono impliciti nel rapporto perché derivano dalla stessa 'natura' del contratto: si tratta, entro certi limiti, dei *naturalia* della tradizione³⁴⁹, che sono certamente 'elementi' del contenuto³⁵⁰, e che confluiscono nella più ampia nozione di *natura contractus*. Non è questo il momento per affrontare la storia di queste nozioni: basti per ora rilevare – al fine di meglio identificare il problema – che il processo di distinzione tra contenuto ed effetti e tra interpretazione e integrazione è verisimilmente un effetto della concezione volontaristica del contratto, che colloca l'accordo al centro del negozio mettendo in ombra le fonti 'oggettive' del rapporto. In tal modo i *naturalia contractus* – in quanto non 'voluti' dalle parti – sono stati posti tra gli effetti ed estromettersi dal contenuto, e l'interpretazione del contratto è stata fatta sostanzialmente coincidere con la ricerca della volontà delle parti: reale (cd. interpretazione soggettiva) o presunta sulla base di para-

³⁴⁸ In Grassetti, ad esempio, se la distinzione è portata avanti per tutta l'opera, tuttavia essa parrebbe valere solo quando bisogna impedire che la regole attinenti alla determinazione degli effetti investano la determinazione del contenuto. Quando invece si tratta di trasportare regole dell'esecuzione e dell'integrazione sul piano dell'interpretazione (come rispetto all'art. 1124 cod. civ. 1865, per la buona fede e l'equità), si sostiene che «le questioni sulle modalità dell'esecuzione non possono essere scisse da quelle sul contenuto della prestazione» (GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., 36), e che ciò che vale per la determinazione degli effetti del negozio deve valere anche per la determinazione del contenuto, «di cui quegli effetti altro non sono che la conseguenza» (*ibid.*, 214). Lo stesso avviene in un'opera molto recente come quella di A. SCALISI, *La comune intenzione dei contraenti. Dall'interpretazione letterale del contratto all'interpretazione secondo buona fede*, Milano, 2003, il quale critica l'interpretazione integrativa affermando che l'interpretazione non può essere fonte di doveri (*ibid.*, 192 ss.), ma poi ritiene e che l'interpretazione secondo buona fede debba mirare ad esplicitare il contenuto del contratto sulla base di parametri di equità e giustizia (*ibid.*, 203), giungendo addirittura ad ammettere un intervento correttivo giudiziale in termini di riduzione ad equità (*ibid.*, 207 s.).

³⁴⁹ Il rilievo è ancora in FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., 251.

³⁵⁰ Sulla vicenda dei *naturalia*, nel rapporto con *substantialia* e *accidentalialia*, mi sia permesso di rinviare a FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto*, cit., 182 ss.

metri oggettivi (cd. interpretazione oggettiva)³⁵¹, ritenendo che al di là di questa ricerca non vi sarebbe interpretazione ma integrazione *tout court*³⁵². L'ambiguità del termine 'contratto' – come accordo e come regolamento – ha fatto il resto: in realtà, se le fonti 'oggettive' del contratto sono certamente estranee al contenuto del contratto-acquisto, esse sono invece integrative del contenuto del contratto-regolamento³⁵³.

Peraltro, l'artificiosità della distinzione si coglie non appena si va oltre le regole dell'interpretazione cd. soggettiva. È difficile dire se, nello scegliere un determinato schema negoziale – sia esso tipizzato giuridicamente o sul piano socio-economico – le parti abbiano taciuto caratteristiche ritenute ovvie oppure deliberatamente lasciato da parte o ignorato tutte le implicazioni, comunque necessarie, del negozio³⁵⁴. Soprattutto, ai fini della ricostruzione del contenuto e degli effetti del contratto, un simile esame è inutile. Entrambe le possibilità sono infatti concepibili – lo ha messo in luce l'analisi economica del diritto – come cause dell'incompletezza contrattuale: prevedere tutto a volte non conviene sul piano dei costi transattivi, e altre volte non si può, per le limitazioni della razionalità umana³⁵⁵. D'altronde, a ben vedere, anche all'integrazione è sempre sotteso un atto di volizione 'reale', perché le parti, adottando determinati schemi ordinamentali o costruendo rapporti economici nuovi, hanno aderito a una serie di regole implicite nel diritto o nella logica economica del rapporto, che – la differenza è in concreto irrilevante – esse non ritengono necessario richiamare, o addirittura non conoscono, e che tuttavia scelgono 'oggettivamente' adottando lo schema negoziale di riferimento.

Se questa ricostruzione è in qualche modo persuasiva, può sin d'ora cogliersi il significato della presenza – come esito di una lunga

³⁵¹ GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., 18 ss., 93 ss., spec. 109 e 130

³⁵² GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., 19 s.; cfr. anche *ibid.*, 100. La dottrina di Grassetti è ancora oggi fortemente seguita: cfr., ad es., C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 1 ss.

³⁵³ Così SACCO, *Il contratto*³, cit., II, 405 s.

³⁵⁴ Lo nota ancora FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., 251 nt. 300.

³⁵⁵ Una recente sintesi di questi problemi in MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, cit., 93 ss.

vicenda interpretativa, che avremo modo di ricostruire – nell'art. 1135 c.c. fr., di un rinvio alla «nature» dell'obbligazione, successivamente omissa nel corrispondente art. 1124 c.c. 1865 e nell'art. 1374 c.c. 1942 che ne deriva. E valorizzare la circostanza che nella *Relazione al Re* si affermasse che il principio fissato dall'art. 1366 «poteva già desumersi dall'art. 1374», essendo esplicitato solo per simmetria con gli artt. 1337 e 1375, al fine di misurare l'intera vicenda contrattuale (formazione-determinazione del contenuto-esecuzione) con il metro della buona fede³⁵⁶.

In questo senso, la stessa teoria cui qui si è aderito è forse criticabile allorché tende – più che ad abbandonare definitivamente, almeno sul piano normativo, la distinzione tra interpretazione e integrazione³⁵⁷ – a ricondurre l'art. 1374 all'interpretazione³⁵⁸, limitandone il valore integrativo alle ipotesi di 'lacune' contrattuali³⁵⁹. Mi parrebbe piuttosto doversi riconoscere che i contraenti non scelgono singoli obblighi, ma una 'struttura' che essi possono variare entro certi limiti e che, in assenza di esplicite variazioni, si presume immutata rispetto ai parametri oggettivi offerti dal contesto giuridico e socio-economico. Ne discende che nell'atto di autonomia privata, in quanto rilevante per l'ordinamento, vengono assorbite anche le regole legislative che si sovrappongono o si affiancano all'accordo contrattuale, perché anche queste sono parte della 'struttura'. In questa direzione, cessa di essere un «paradosso»³⁶⁰ la nozione, elaborata dalla dottrina tedesca, di interpretazione integrativa (*ergänzende Auslegung*), e si apprezza maggiormente, all'interno delle esperienze di *common law*, l'elaborazione unitaria della nozione di *implication* da

³⁵⁶ *Codice civile. Testo e relazione ministeriale*, cit., 135 (n. 622). Entrambi i dati sono valorizzati da FERRI, *Il negozio giuridico*, cit., n. 257 nt. 310.

³⁵⁷ È una preoccupazione che si avverte soprattutto di C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 364, 378.

³⁵⁸ FERRI, *Causa e tipo*, cit., 286 ss.; ID., *Il negozio giuridico*, cit., 257 nt. 310.

³⁵⁹ Cfr. FERRI, *Causa e tipo*, cit., 291 s.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 379.

³⁶⁰ Così C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., 90, che peraltro fornisce un quadro estremamente ricco dello sviluppo di questa nozione nel diritto tedesco (*ibid.*, 86 ss.).

parte della dottrina e giurisprudenza inglesi³⁶¹ rispetto alla distinzione nordamericana tra *interpretation* e *construction*³⁶².

D'altra parte può essere non inutile notare che, al di là delle sovrastrutture ideologiche, la connessione tra interpretazione e integrazione si impone nella realtà delle cose, come mostra il fatto che, negli esiti giurisprudenziali, l'incidenza dell'art. 1366 è limitata a materie che possono senz'altro rientrare nella previsione degli artt. 1175 e 1375 – ossia delle norme che, nella *communis opinio*, fondano l'integrazione secondo buona fede³⁶³.

6.3. *Conclusioni.* – Il problema dell'interpretazione ci riporta al centro del dibattito sulla teoria generale del contratto. Anche in questo caso, mi limiterò ad enunciare alcuni interrogativi.

In primo luogo viene da chiedersi se – al di là delle costruzioni codicistiche – esista un problema autonomo dell'interpretazione secondo buona fede rispetto alla buona fede formativa ed esecutiva.

In secondo luogo, come debba essere impostato e risolto il rapporto tra interpretazione di buona fede e integrazione del contratto attraverso la buona fede – ammesso che un'integrazione del genere sia ipotizzabile (cfr. § 5.6).

Infine, non si può fare a meno di domandarsi quali siano i rapporti tra l'art. 1366 e l'art. 1374, che il legislatore del 1942 parrebbe considerare, come abbiamo visto, sostanzialmente fungibili, e – conseguentemente – tornare a interrogarsi sul rapporto tra integrazione ed esecuzione secondo buona fede, ossia tra gli artt. 1374 e 1375 (cfr. § 5.6).

³⁶¹ Una sintesi efficace della teoria in MANTELLO, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, cit., 1 ss.

³⁶² Su cui cfr. per tutti, con giudizio positivo, BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 199 s. e 328.

³⁶³ Cfr. NANNI, *La buona fede contrattuale*, cit., 400 ss.: in alcuni casi si tratta della cd. presupposizione (che, come vedremo meglio in seguito, era stata teorizzata dal Windscheid come rimedio alla neutralizzazione pandettistica della buona fede, e che pertanto rientra nel campo semantico di quest'ultima), in altri si ha una vera e propria sovrapposizione tra i due ambiti, tanto che l'a. disegna il richiamo all'art. 1366 come una «finzione» (*ibid.*, 431) che nasconde la vera *ratio decidendi*; altre applicazioni (*ibid.*, 449 ss.) sono del tutto secondarie. Cfr. anche BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, cit., 223 ss.; C. RUPERTO - V. SGROI (a cura di), *Nuova rasse-*

7. *I problemi della buona fede oggettiva nel diritto civile italiano.*

In conclusione di questa prima parte della ricerca è forse opportuno fissare alcuni snodi tematici fondamentali, limitatamente ai problemi che parrebbe porre il diritto civile italiano.

A) In primo luogo, viene da chiedersi quanto sia utile una distinzione tra buona fede formativa, esecutiva e interpretativa.

a) Tra le prime due figure il rapporto è particolarmente stretto allorché si ammette il rilievo della prima in caso di (a_1) contratto validamente concluso, al punto che in concreto – ossia sul piano del risarcimento – la differenza tende ad annullarsi³⁶⁴. Ma è impossibile non interrogarsi sull'autonomia concettuale – se non dal punto di vista meramente descrittivo delle diverse fasi della vita del contratto – della buona fede formativa anche nel caso in cui (a_2) il contratto sia mancato o sia invalido. Se infatti postulassimo uno iato tra l'ipotesi a_2) e la buona fede esecutiva, dovremmo interrogarci – posto il rapporto tra quest'ultima e a_1) – sull'unità concettuale della categoria della buona fede formativa. L'alternativa è ritenere che la nozione di buona fede sia sempre la stessa e che il risarcimento (dell'interesse negativo) dovuto nella fase formativa sia diverso solo in fatto, perché non si è ancora concretizzato un interesse alla prestazione contrattuale, ma non sul piano teorico.

b) Del rapporto tra buona fede esecutiva e interpretativa abbiamo parlato in queste ultime pagine³⁶⁵ ed è inutile ripetersi: in entrambi i casi, non può prescindersi dal medesimo problema, e cioè la determinazione del contenuto contrattuale. Ancora una volta, la distinzione tra le due figure di buona fede potrebbe essere più descrittiva delle diverse fasi della vita contrattuale che non autenticamente normativa.

B) Un secondo problema è il rapporto tra la funzione procedimentale della buona fede e il contenuto contrattuale. La norma di

gna di giurisprudenza sul Codice civile. Libro IV (tomo II), artt. 1321-1386, Milano, 1994, 1014 ss.; FRANZONI, Degli effetti del contratto, cit., 218 ss.; SCALISI, La comune intenzione dei contraenti, cit., 170.

³⁶⁴ Cfr. *supra*, § 3.1.

³⁶⁵ Cfr. *supra*, § 6.2.

comportamento della buona fede ha infatti effetti sul contenuto del contratto, potendo determinare squilibri ingiustificati nel rapporto sia nel momento della formazione del vincolo, sia nel momento della sua concreta esecuzione, condotta in modo tale da non tener conto di una serie di doveri impliciti nel regolamento.

Nel nostro ordinamento, questi comportamenti danno luogo, a volte, al solo risarcimento del danno *ex artt.* 1337, 1440 e 1375; altre volte, rispetto ai singoli tipi contrattuali (nel caso dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali³⁶⁶ e nelle ipotesi richiamate nel § 5.1.2), a interventi correttivi del contenuto; altre volte ancora all'annullamento dell'intero vincolo (vizi della volontà determinanti³⁶⁷, rescissione³⁶⁸, impossibilità sopravvenuta totale, risoluzione per eccessiva onerosità³⁶⁹) o di una sua parte (normativa speciale richiamata nel § 3.6 e impossibilità sopravvenuta parziale³⁷⁰).

Che rapporto c'è tra questi diversi esiti? Possiamo immaginare – mi parrebbe – due soluzioni. La prima è che tra le fattispecie e i rimedi sussista un rapporto necessario, ossia che la correzione o l'annullamento possano ammettersi solo nei casi previsti dalla legge. La seconda è che i rimedi correttivi e invalidanti siano semplicemente esplicazioni 'nominate' di un principio generale di buona fede che può importare, quando vi sia identità di *ratio* tra le fattispecie e il risarcimento non appaia rimedio sufficiente, un intervento giudiziale sul contratto, modificativo o caducatorio. Naturalmente, questa seconda possibilità pone l'ulteriore e grave problema del ruolo del giudice di fronte alle cd. clausole generali: un simile intervento comporterebbe l'attribuzione al giudice di un potere normativo, oppure sarebbe normale esplicazione del dovere di quest'ultimo di applicare la legge?

C) Un terzo problema, strettamente legato ai precedenti, è il rapporto tra buona fede ed equità, sia nella fase formativa che in quella esecutiva del contratto.

³⁶⁶ Cfr. *supra*, § 3.6.

³⁶⁷ Cfr. *supra*, §§ 3.2-3.4.

³⁶⁸ Cfr. *supra*, § 3.5.

³⁶⁹ Cfr. *supra*, § 5.1.1.

³⁷⁰ Cfr. *supra*, § 5.1.1.

Innanzitutto, viene da chiedersi in che termini il regolamento contrattuale debba essere equo, e sulla base di quali principi possa essere integrato. Ma, più in generale, appare necessaria una chiarificazione storica – e dunque dogmatica – del contenuto e del valore dei principi di buona fede ed equità: se si tratti di regole soggettive; di regole oggettive ma ‘vuote’, da determinarsi caso per caso all’interno delle diverse società; oppure di principi che hanno una qualche stabilità ‘strutturale’ all’interno della tradizione civilistica.