

La clausola generale di buona fede in senso oggettivo: tipicità e fluidità di una regola. Profili di comparazione

Antonio Palma

1. Considerazioni introduttive

Nuove realtà, nuovi beni, nuovi diritti e doveri di comportamento, la clausola generale di correttezza o buona fede, in senso etico ed oggettivo, non declina mai il suo ruolo di valida *valvola* di sicurezza di adeguamento del sistema giuridico, non deludendo l'interprete quanto a spunti di riflessione.

In quanto clausola generale e regola di comportamento evoca lealtà, solidarietà ed affidamento, al fine di assicurare protezione anche alle ragioni dei «terzi» verso i quali possono individuarsi effetti diacronici dell'attività dispositiva ad opera sia dei pubblici poteri¹ sia dei poteri privati.

Il concetto di buona fede oggettiva – o *bona fides* nelle antiche fonti² –, sulla quale ci si soffermerà nelle pagine che seguono, manifesta la sua *fluidità* o, ove si

1 In proposito, cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001, spec. 3 e 41 ss. L'a. pone in risalto la rilevanza della buona fede in attuazione del principio di legalità dell'azione amministrativa, ricordando la dibattuta questione circa la sua possibile natura di principio costituzionale. In senso contrario, ossia nel senso della non «attinenza» di questo principio all'«ordinamento supremo dello Stato», v. SANTI ROMANO, voce *Correttezza e buona fede*, in *Noviss. Dig. it.*, 877 ss., le cui riflessioni restano fondamentali in argomento.

2 Al riguardo, tra i molti, cfr.: A. PALMA, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, in *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di Aa. Vv., III, Padova, 2003, 27 ss.; Id., in *Giustizia e senso comune*, Torino, 2006, 13 ss.; Id., in *Civiltà europea*, 2008, 35 ss.; Id., in *Scritti di diritto romano*, Napoli, 207 ss. Particolarmente significativa, inoltre, è la ricostruzione delle fonti in argomento operata da: L. LANTELLA, *Fides e Bona fides (proiezioni semantiche ed etiche)*, in *Civiltà europea*, 2008, 3 ss., cui si rinvia anche per ogni approfondimento di natura bibliografica; v., ancora, P. D. SENN, *Buona fede nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, 129 ss.; G. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli, 1964, 7 ss.; Id., *Ancora sulla fides e sui bona fidei iudicia*, in *Labeo*, 1966, 250 ss. L'inerenza dell'*exceptio doli mali* ai *bonae fidei iudicia* ha rappresentato patrimonio comune della scienza romanistica dopo il noto studio di B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, I, *La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*,

preferisca, *elasticità*, in quanto complesso concetto di «relazione», contribuendo, da un lato, a «concretizzare» i valori avvertiti da una determinata comunità storica e tradotti in «ordinamento giuridico»; anche se, sotto altro profilo, non nasconde il rischio di un suo possibile uso non del tutto controllabile né tanto meno prevedibile.

Utile, spesso determinante, strumento di controllo della liceità di una condotta o della validità di un «atto», nonché di valutazione³ dell'impegno e del sacrificio esigibile nell'ambito di una relazione custodita dall'Ordine oggettivo, con il limite del «sacrificio» della «vincolatività del precetto giuridico»⁴. Senza, però, neppure doversi omettere il riferimento alla funzione «interpretativa» svolta dalla buona fede, non solo in ambito negoziale-contrattuale (art. 1366 c.c.), ma anche a livello «normativo», in tal senso in analogia all'equità ed alla ragionevolezza.

In una simile prospettiva, si consideri, in particolare, la nuova dimensione assunta dai c.d. «doveri di protezione o conservazione (*Schutzpflichten, Schadensverhütungspflichten*). Di quei doveri, cioè, che hanno ad oggetto l'incolumità della persona e dei beni del contraente»⁵.

in AUPA, 7, 1918, 1 ss.; più di recente, A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in *φιλια. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli, 2007, 1731 ss.; G. I. LUZZATTO, voce *Dolo (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1974, 716 ss.; A. BURDESE, voce *Wxceptio doli (dir. rom.)*, in *NNDL*, VI, 1960, 1072 ss.; E. STOLFI, 'Bonae fidei interpretatio'. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede tra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004, 62 ss.; A. TRISCUOGLIO, *Bona fides e locazioni pubbliche nelle Opiones di Ulpiano*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, in *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, IV, cit., 213 ss. In argomento, inoltre, v. P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010, 11 ss.; GAROFALO, *Per un'applicazione dell' 'exceptio doli generalis' romana in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 651 ss.; Id., in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Gallo*, III, Napoli, 1997, 480 ss.; FIORI, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di Garofano, Padova, 2006, 49 ss.; CARDILLI, *La 'buona fede' come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America latina*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2002, 136 ss.; CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, 1, Torino, 2003, 22 ss. Sulla tematica dell'abuso del diritto nell'ambito delle fonti ed in termini di «eccesso di diritto», si ricordi, in particolare, il noto passo di Giavoleno «*omnis definitio in iure civili periculosa est: parum et enim, ut non subverti posset*» (D. 50.17.202), in relazione alla quale, per un approfondimento, v. A. CARCATERA, *Le definizioni dei giuristi romani*, Napoli, 1964, 1 ss.; inoltre, G. GROSSO, voce *Abuso del diritto (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 161 ss.

3 In tal senso, cfr. specialmente CASS., 22.4.2000, n. 5299, in *Foro it.*, I, 2003, 1847.

4 Così, CASS., 16.1.2007, n. 845, in *Dir. fall.*, 2008, II, 493.

5 Così, G. PANZA, *Buon costume e buona fede* (1973), ristampa, Napoli, 2013, 244 ss.

Doveri, questi, avvertiti sia in ambito «contrattuale» che «extracontrattuale», secondo una tradizionale, non sempre del tutto condivisibile, distinzione⁶.

Anche sotto il profilo del «linguaggio» di una regola giuridica, può, dunque, osservarsi, come efficacemente tracciato, che «si disegna un quadro in cui norme diverse ci appaiono come segnali di una sola linea di tendenza; un grande principio che ha forza prescrittiva propria, e non si risolve soltanto nelle singole norme che espressamente o implicitamente ne fanno applicazione: il principio di buona fede, che ha il suo nucleo forte in materia di obbligazioni e contratti, ma si espande poi in tutte le direzioni nell'ordinamento giuridico»⁷.

2. Il possibile quadro normativo di riferimento

Poche e scarse le disposizioni normative «esplicite» in materia di buona fede o correttezza all'interno del codice civile. Ma, la situazione non sembra mutare nell'ambito della legislazione speciale.

Le principali disposizioni in argomento possono essere così individuate: art. 1175 c.c. (comportamento secondo correttezza nell'ambito del rapporto obbligatorio, imposto sia al debitore che al creditore); gli artt. 1337 e 1338 del c.c. in materia di trattative e conoscenza di case di invalidità del contratto; artt. 1358 e 1359 (condizione, finzione di avveramento, ipotesi di c.d. «esecuzione in forma specifica»); art. 1366 c.c., in materia di interpretazione; art. 1460, co.2, (in caso di eccezione di inadempimento, il rifiuto di adempiere non deve essere contrario a buona fede, ipotesi di autotutela eccezionalmente consentita del privato); art. 1475 c.c., in materia di esecuzione della prestazione; art. 1147 c.c., in materia di possesso di buona fede (precisamente, buona fede in senso «soggettivo»); art. 1479 c.c. in materia di vendita di beni altrui; art. 2321 c.c., in materia di utili percepiti in buona fede; art. 1994 c.c., in materia di titoli di credito.

Ad eccezione della disposizione normativa di cui all'art. 1147 c.c. – che contempla, come accennato, la buona fede in senso «soggettivo» –, oggetto dell'indagine qui intrapresa è la clausola generale⁸ di buona fede in senso etico ed oggettivo, in

6 In maniera particolarmente significativa, in argomento le riflessioni di V. CARBONE, *La buona fede come fonte di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, 6 ss.

7 In tal senso, v. G. IUDICA-P. ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, 2003, spec. 221 ss.

8 Comunemente sono considerate «clausole generali», in aggiunta alla buona fede, l'ordine pubblico ed il buon costume.

termini, cioè, di regola di comportamento. Laddove l'uso, in particolare ad opera della giurisprudenza⁹, dell'aggettivo «etico», sta ad indicare la valutazione, convenzionalmente accettata dalla comunità storica, di un comportamento secondo ciò che è bene e ciò che è male. Di qui l'uso della terminologia di «buona fede» e «mala fede». Dalla buona fede oggettiva deve essere distinta, dunque, la buona fede in senso «soggettivo», intesa come ignoranza di ledere un diritto altrui, secondo la definizione tratta dalla predetta significativa disposizione normativa di cui all'art. 1147 c.c., dettata in materia di possesso, appunto, «in buona fede»¹⁰.

In termini oggettivi, come si avrà occasione di osservare, specificamente in ambito di obbligazioni e contratti, detta regola di comportamento sembra destinata ad imporre il rispetto di sentiti e comuni valori di correttezza e di lealtà, dei quali, pertanto, può a ragione essere considerata sinonimo.

In una simile prospettiva, la buona fede può, dunque, essere intesa sia come utile strumento di controllo della libertà negoziale contro gli abusi, sia come regola di giudizio del comportamento, anche in termini di liceità dello stesso, venendo, di conseguenza, qui in rilievo in un'accezione oggettiva e non soggettiva, vale a dire autonomamente da ogni considerazione delle intenzioni di colui che pone in essere l'azione, in un'ottica esclusiva di bilanciamento dei contrapposti interessi.

Ciò vuol significare che l'eventuale assenza di volontà dell'agente in relazione alla lesione inferta alla sfera soggettiva di altro soggetto non sembra ricevere alcuna rilevanza giuridica¹¹.

In quanto «clausola generale» del sistema giuridico, secondo una comune condivisa terminologia, si tratta di clausola o condizione in grado di contribuire ad adeguare metodologia e sistema normativi al mutare della realtà fenomenologica, nel perseguimento di quello che pare, pur sempre, essere il fine ultimo dell'Ordine oggettivo, ossia la realizzazione della «pace sociale» di kelseniana memoria.

Si tratta, difatti, di regola di condotta e anche di giudizio, in senso etico ed oggettivo, avente il fine immediato di assicurare, sotto i profili più vari, la

9 Si ricordi, tra tutte, Cass., 9.3.1991, n. 2503.

10 Cfr. l'art. 1147 del c.c.

11 Appare significativo, in proposito, rilevare l'irrilevanza della buona fede – almeno secondo una tradizionale impostazione – nell'ambito del possesso *ad usucapionem* e, dunque, al fine dell'acquisto a titolo originario del diritto. La malafede determinerà esclusivamente la necessità del decorso di un maggior termine.

protezione di interessi generali (o *libertà positive*) e di diritti individuali (o *libertà negative*), al fine di assicurare, in ultima analisi, il *benessere* del cittadino¹².

Ritornano attuali le riflessioni del Falzea, il quale, nel corso di un noto Convegno, manifestò la necessità di una «disciplina unitaria e generale», dell'azione, «essenziale per la vita delle comunità e tra le comunità e per la garanzia dei valori fondamentali dell'uomo in qualunque contesto di relazioni e di interessi». Tale disciplina non può che essere «affidata in linea primaria ai principi generali», con l'avvertenza, però, che, oggi,

«l'attenzione del giurista» deve «soffermarsi, soprattutto allo scopo di stabilire il loro diverso modo di concorrere alla conformazione dell'ordinamento giuridico»¹³.

Il tramonto del principio di legalità ha favorito il ricorso, si è osservato, a fonti alternative di regolamentazione e finanche di «produzione di regole» specialmente comportamentali, tra queste, come indicato, occupa un ruolo significativo proprio la regola della buona fede oggettiva.

La buona fede assume, dunque, rilevanza specialmente sotto il profilo della valenza come fonte del diritto. Fonte d'integrazione del diritto non più, sembra potersi ritenere, dunque, esclusivamente nell'ambito contrattuale.

In una simile prospettiva, può osservarsi, come pure è stato efficacemente detto, la buona fede oggettiva opera «come criterio che garantisce coerenza tra operazione privata e finalità generali perseguite dall'ordinamento»¹⁴.

Immediata conferma di ciò pare aversi nel dato legislativo e, segnatamente,, nell'ambito della disciplina in materia di clausole vessatorie nei contratti con i

12 Cfr., A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 455 ss

13 Ci si riferisce al celebre Convegno dell'Accademia dei Lincei sui Principi generali del Diritto, tenutasi nei giorni 27-29, giugno 1991. Le diverse, autorevolissime relazioni, tra le quali quella citata nel testo e nella nota precedente di A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, sono tutte pubblicate nella *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 455 ss. Si ricordino anche le Relazioni di OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, 475 ss.; COTTA, *I principi generali del diritto: considerazioni filosofiche*, 494 ss.; TRABUCCHI, *Regole di diritto e principii generali del diritto nell'ordinamento comunitario*, 511 ss. Convegno, questo, al quale è seguito altro celebre Convegno in onore e memoria di Alberto Trabucchi, Organizzato sempre dall'Accademia dei Lincei e tenutosi il 20 dicembre 1998, le cui Relazioni sono pubblicate nella *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 1 ss., tra le quali si ricordino quella di A. FALZEA, *Le "Istituzioni" del diritto privato verso l'età contemporanea*, 1 ss.; Id., *La Costituzione e l'Ordinamento*, 261 ss. Inoltre, sempre in materia di «azioni» e «tutela», più di recente, GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* a cura di Cicu-Messineo-Mengoni, 1, Milano, 1998, spec. 244 ss.; M. MANTELLO, *La tutela civile contro le discriminazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 439 ss., al quale si rinvia anche per ulteriori approfondimenti di natura bibliografica.

14 ¹⁴S. RODOTÀ, *Conclusione: Il tempo delle clausole generali*, in *Il principio di buona fede*, 269 ss.

consumatori contenuta, prima negli artt. 1469-bis e ss., oggi negli artt. 36 e ss. del Codice del Consumo che, nel definire abusive o vessatorie quelle clausole che determinano un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi delle parti, utilizza l'espressione «malgrado la buona fede» di colui che le ha predisposte, affermando così – almeno stando ad una delle tesi più accreditate - l'irrilevanza delle sue eventuali corrette intenzioni¹⁵.

L'utilizzazione della clausola generale della buona fede in funzione di controllo del comportamento dei consociati e di integrazione degli obblighi contrattuali, sino a poter assumere rilevanza anche in termini di *fonte di produzione normativa*, con ogni dovuta distinzione e precisazione, ha come significativa conseguenza – da valutarsi non necessariamente con sospetto o addirittura sfavore – quella di legittimare ed ampliare l'intervento del giudice in termini, appunto, di controllo dell'attività sia dei privati sia dei «pubblici poteri»¹⁶.

15 Sulle diverse letture del richiamo alla buona fede nella disciplina della tutela del consumatore, cfr.: F. DI MARZIO, *Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore*, in *Giust. civ.* 1996, I, 522; F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, R. GIOVAGNOLI, *La nozione di buona fede nella tutela del consumatore*, in *Giurisprudenza civile* 2005, Milano, 2005, 347 ss; *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, *Materiali raccolti da G. Alpa e M. Bessone*, Torino, 1997, spec. 32 e 161 ss.; F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore* a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, 1999, 12 ss; F. RINALDI, *La tutela del consumatore nella contrattazione standardizzata*, in *Unione Europea e limiti sociali del mercato* a cura di S. Prisco, Torino, 2002, 151 ss. Tra le due interpretazioni dell'inciso "malgrado la buona fede", se, cioè, facente riferimento alla buona fede in senso soggettivo o in senso oggettivo, quest'ultima viene preferita, pare il caso di ricordare, dal parerete del 20.12.2004, n. 11602/04 della Sezione normativa del Consiglio di Stato, secondo la quale, ove si accogliesse la tesi oggettiva, l'originaria espressione in lingua francese "*en dépit de l'exigence de bonne foi*" sarebbe dovuta essere stata tradotta, più correttamente, con l'espressione "*in contrasto con la buona fede*", anziché con l'equivoca espressione "*malgrado la buona fede*".

16 In argomento, cfr., in particolare, il saggio di RODOTÀ sulla *buona fede*, in *I contratti standard nel diritto interno e comunitario*, *Materiali raccolti da G. Alpa e M. Bessone*, a cura di F. Toriello, Torino, 1997, 62 ss., ma spec. 71-72. L'a. rileva che «credo che oggi, tra le varie possibili politiche interpretative, quella che fa leva sulla clausola di buona fede abbia maggiori possibilità di successo presso i giudici (...). Se, infatti, guardiamo ad alcune sentenze di questi ultimi tempi (non molte, ma significative), cogliamo il segno di un interesse generalizzato, che sarebbe stato vano cercare ancora dieci anni fa. E, infatti, la buona fede, pur essendo considerata da più di una norma del codice, deve risalire una corrente sfavorevole, alimentata da un lungo atteggiamento di sospetto degli studiosi, sui quali ricadono responsabilità assai gravi, ed ei giudici. Questo sospetto trova la sua origine nel fatto che clausole come quella di buona fede apparivano quasi come corpi estranei nel chiuso sistema della codificazione civile del 1942, di cui, al tempo dell'entrata in vigore di quel codice, non potevano certo presentarsi come fattori di rottura, anche per l'evidente ambiguità dei loro rapporti con i principi di base dell'epoca, quelli dell'ordinamento corporativo»

Il Giudice, in particolare, attese le gravi lacune presenti nell'ordinamento, attraverso un frequente ricorso alle clausole generali, è chiamato ad una attività sempre più intensa, non di applicazione ed esecuzione della norma, bensì di vera e propria creazione, sia in ambito pubblicistico che privatistico¹⁷. Senza contare, poi, che, di fronte ad una proliferazione di fonti normative di rango non legislativo, i giudici sono chiamati ad un'attività «creativa anche di valori, non disvelatrice di valori inespressi, ma impliciti e prefissati dalla norma»¹⁸. Nell'ambito del diritto pubblico, si considerino alcuni esempi significativi: il principio della gara, il principio della *par condicio*, il principio dell'adeguatezza o proporzionalità dei requisiti richiesti per fornire prestazioni alla P.A. Principi desunti, non dal diritto positivo, ma quasi da un diritto giusnaturalistico.

Così, ad esempio, in materia di risarcimento dei danni, si consideri l'attività creativa della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione in materia di danno alla persona, danno biologico e danno esistenziale, anzi, più correttamente, oggi, *danno patrimoniale e non patrimoniale*, secondo un condiviso sistema bipolare¹⁹, espressione di una delle più creative attività ermeneutiche degli interpreti.

La crisi della legge, come fonte di regolamentazione primaria e superiore, sembra dirigere il sistema verso un diritto giurisprudenziale, inducendo ad una analogia con il diritto inglese, dei Paesi del *Commonwealth*, con particolare riferimento alle regole di *equità*, alla quale la buona fede pure si dimostra particolarmente affine. In questo ordinamento, la regola di diritto è data dal giudice per la soluzione del caso concreto (*case law*), attesa l'assenza di una codificazione e di norme specifiche e dettagliate. La «regola del precedente» diventa, cioè, fonte del diritto.

17 In proposito, ROSSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, 156 ss.; e, più di recente, FABIANI, *Clausole generali e rendiconto della cassazione*, Torino, 2003, 17 ss. Gli aa. richiamano l'attenzione sull'utilizzazione da parte del Supremo Collegio del principio di cui all'art. 360, n. 3, c.p.c., in funzione di controllo sull'uso delle clausole generali. Circa i rapporti tra giustizia e legalità, si ricordi Kelsen (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, spec. 14, 137, 167, 274 e 287), il quale pone l'atto giurisdizionale «come grado del processo di creazione del diritto», osservando che «da un punto di vista dinamico, la norma individuale creata dalla decisione giurisprudenziale forma un grado di un processo che ha inizio con lo stabilimento della prima costituzione, è continuato dalla legislazione e dalla consuetudine, e conduce alle decisioni giurisdizionali» (si parla, in tal caso anche di *giurisprudenza normativa*, cfr. J. W. Bingham, *What is the law?*, in *Michigan Law Review*, vol. 11, 1912, 10 e ss.).

18 Così V. DOMENICHELLI, *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4.

19 Si ricordi la nota decisione sul danno biologico della Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 184; sino alle più recenti quattro contestuali decisioni di Cass., nn. 26972, 26973, 26974 e 26975 dell'11.11.2008; nonché, Cass., 19.8.2009, n. 18356 e Cass., 9.2.2010, n. 2847.

La legge, nel diritto inglese, continua, cioè, pur avendo un ruolo di rilievo, ad essere vista come un «*corpo estraneo*» nel sistema del diritto, e non la normale fonte di produzione dello stesso. La norma, cioè, diventerà tale e parte integrante del diritto soltanto dopo essere stata interpretata ed applicata dai giudici²⁰.

3. Il concetto di buona fede

Sicché, oggi la definizione che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti condividono è nel senso di attribuire al concetto di buona fede il contenuto dell' «obbligo derivante da un principio generale di solidarietà di ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra parte, nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio. Utilità dell'altra parte non specificamente tutelata dal rapporto contrattuale o obbligatorio né dal dovere del *neminem laedere* sancito dall'art. 2043 c.c., c. d. utilità mediate»²¹.

Secondo questa ricostruzione, dalla buona fede scaturiscono, dunque, obblighi di lealtà e di salvaguardia: c. d. «utilità mediate» della parte da tutelare (la controparte).

La buona fede si distingue, quindi, anche dalla diligenza, indicando questa «l'impiego normalmente adeguato delle energie e dei mezzi utili al soddisfaci-

20 Cfr. R. David – C. J. Spinosi, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, 1994, spec. 334 e ss.

21 Secondo la nota definizione elaborata da C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, 3, Milano 1987, 473, e ormai adottata anche dalla giurisprudenza: cfr., di recente, Cass. 15.3.2004, n. 5240, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 3, 342 ss., secondo cui «la clausola generale di buona fede nell'esecuzione del contratto impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali e da quanto espressamente stabilito da singole norme di legge; in virtù di tale principio ciascuna parte è tenuta, da un lato, ad adeguare il proprio comportamento in modo da salvaguardare l'utilità della controparte e, dall'altro, a tollerare anche l'inadempimento della controparte che non pregiudichi in modo apprezzabile il proprio». Secondo Cass. 9.2.2004, n. 2422, in *Dir. e Giust.* 2004, 119, la condizione di inevitabilità del danno da risarcire che il creditore ha concorso a cagionare per non aver usato l'ordinaria diligenza, stante la previsione dell'art. 1227, co. 2, c.c., deve essere intesa nel senso che «non si limita a richiedere a quest'ultimo la mera inerzia di fronte all'altrui comportamento dannoso, o la semplice astensione dall'aggravare, con fatto proprio, il pregiudizio già verificatosi, ma, secondo i principi generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., gli impone altresì una condotta attiva o positiva diretta a limitare le conseguenze dannose di detto comportamento, intendendosi comprese nell'ambito dell'ordinaria diligenza, all'uopo richiesta, soltanto quelle attività che non siano gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici». Nella medesima prospettiva, tra le altre, Cass. 4.3.2003, n. 3185, in *Giust. civ. mass.* 2003, 444 s.; Cass. 16.10.2002, n. 14726, in *Danno e Resp.*, 2003, 174 ss.; Cass. 5.11.1999, n. 12310, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Obbligazioni in genere*, n. 25.

mento dell'interessa del creditore; cioè, l'adeguato sforzo volitivo e tecnico per realizzare l'interesse del creditore», sforzo dal quale il debitore non può esimersi²².

Così, ad esempio, con specifico riferimento alla funzione integrativa degli obblighi negoziali della buona fede, si ricordi l'art. 1374 c.c., che disciplina la buona fede come fonte di integrazione del contratto (c. d. *contratto imposto*, cioè, il cui contenuto è stabilito direttamente dalla legge, dagli usi o equità), fonte, cioè, eteronoma *extra voluntas partium*. Sintomatica è la progressione normativa, 1374 e 1375 c.c., quest'ultima, sancisce la regola della buona fede nell'esecuzione del contratto.

Esigenza quest'ultima che, come già detto, oggi trova rinnovato ed ancor più pregnante fondamento nella necessità di adempiere ai doveri inderogabili di solidarietà sociale indicati nella nostra Carta Costituzionale, doveri il cui assolvimento conferisce legittimità a tutti gli interventi normativi che, in vario modo, limitano l'esercizio dell'autonomia privata²³.

La buona fede oggettiva si pone, pertanto, non soltanto come regola di comportamento che va ad integrare la disciplina negoziale posta dalle parti, contribuendo così a definire l'effettivo contenuto delle rispettive obbligazioni, ma svolge una funzione di metro oggettivo di valutazione a posteriori, così come nell'*actio doli*, di un determinato atto o comportamento attraverso il quale è possibile far emergere quegli elementi ed interessi altrimenti irrilevanti in un'ottica di pura e semplice verifica della corrispondenza formale ad un'astratta previsione normativa, consentendo un contemperamento degli interessi contrapposti alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento contenuti nella Costituzione²⁴.

22 BIANCA, *op. loc. ult. cit.*

23 In tal senso, da ultimo, Cass. 2.11.1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081 nonché Cass. 24.9.1999, n. 10511, in *Arch. civ.*, 2000, 46 ss., che ammette espressamente il potere del giudice di intervenire sul contenuto contrattuale nello svolgimento di "una funzione oggettiva di controllo dell'autonomia privata in sintonia con il dovere costituzionale di solidarietà, riferibile anche ai rapporti contrattuali, e con la clausola generale di buona fede e correttezza...". In dottrina, cfr., in particolare: S. RODOTÁ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 172 ss.; A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1, 1999, 21 ss.; A. D'ANGELO, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, cit. 702 ss., nonché, più di recente, L. NANNI, *La clausola generale di buona fede*, in *Clausole e principi generali sull'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di L. CABELLA PISU e L. NANNI, in *Le monografie di Contratto e Impresa*, Padova, 1998, 333 ss. Si veda, altresì, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 205 ss., in part., 232 ss.

24 In proposito, cfr., in particolare, U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 18; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano 1974; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1961, I, 157 ss.

I precetti riconducibili nell'alveo della buona fede non costituiscono una mera integrazione di altre norme ma sono esse stesse vere norme di diritto non scritto di contenuto precettivo immediato, benché non definibile a priori, le quali forniscono altresì al giudice dei modelli di giudizio, e sulle quali è possibile fondare l'attuale validità di un'*exceptio doli generalis*²⁵.

4. Buona fede e abuso del diritto

La tematica è così destinata ad integrarsi con quella affine dell'abuso del diritto²⁶.

25 In tal senso, U. NATOLI, *Lattuazione*, cit. 39 s. Sul punto, cfr. anche l'efficace sintesi di L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, 172 ss. In argomento, fondamentali le riflessioni di A. BURDESE, voce *Exceptio doli (Diritto romano)*, in *Nss. D.I.*, VI, 1960, 1072 ss.; e di G. I. LUZZATTO, voce *Dolo (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1974, 716 ss. In materia, più di recente, v. P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010, spec. 16 ss.

26 La teoria dell'abuso di diritto, con riferimento a quello che ne ha storicamente costituito il principale campo di esplicazione, vale a dire quello degli atti emulativi, trova numerosi spunti nell'esperienza giuridica romana: cfr. G. GROSSO, voce *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 161 ss. Cfr. SALV. ROMANO, voce *Abuso del diritto (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 163 ss. La stretta connessione della tematica dell'abuso del diritto con la regola della buona fede è comunemente riconosciuta dalla dottrina, cfr.: U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 18; ID., *Lattuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano 1974; ID., *Lattuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1961, I, 157 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 205 ss.; ID., *L'abuso del diritto*, Bologna 1998; C. SALVI, voce *Abuso del diritto, I (diritto civile)* in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 3 s.; S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Digesto, Discipline privatistiche, Sez. civ.*, I, Torino, 1987, 61 ss.; SALV. ROMANO, voce *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 168; A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto, II (diritto comparato e straniero)*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 5. Sulla distinzione tra buona fede e abuso del diritto, specificamente, G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 613 ss. Secondo R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto privato*, Padova 1997, 217, invece, l'abuso del diritto rappresenterebbe un «inutile doppione» della buona fede, negando rilevanza giuridica al fenomeno dell'abuso del diritto, ponendosi, sostanzialmente, sulla scia del ROTONDI, *L'abuso di diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1923, in part. 105, 116, 209. Si consideri anche il recente contributo di C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007: l'a., dopo aver dato ampia contezza dell'incerta definizione del concetto di «diritto soggettivo», tra «interesse protetto» e «signoria del volere», con particolare riferimento all'ambigua relazione con il «diritto oggettivo» ed il c.d. *agere licere*, affronta la «contraddittoria» formula dell'abuso del diritto. Circa la tradizionale *querelle* relativa all'effettiva autonomia del fenomeno dell'abuso del diritto rispetto alla buona fede, l'a. conclude per la distinzione ontologica tra «buona fede» e «abuso del diritto». In argomento, attente riflessioni sulle conseguenze e sull'opportunità di introdurre l'istituto nel nostro ordinamento sono svolte da F. RINALDI, *Verwirkung, ritardato esercizio del diritto e giudizio di buona fede*, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2005, 3, I, 444-456. Particolarmente significative, inoltre, le riflessioni di F. ASTONE, *Ritardato esercizio del diritto Verwirkung e buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 5, 603 ss.; e di M. MIRRIONE, *Il comportamento delle parti esecutivo del giudicato e la clausola generale di buona fede*, in commento a APP. GENOVA, 10.10.2012, in *Nuova*

Affinità tanto evidente che molti negano che vi sia autonomia dell'abuso del diritto rispetto alla buona fede²⁷.

Recentemente si è assistito ad un più incisivo e frequente ricorso da parte della giurisprudenza alla clausola generale di buona fede al fine di vagliare ipotesi di esercizio abusivo del diritto. La buona fede, in particolare, è stata invocata per la risoluzione di controversie in materie di particolare urgenza sociale: si pensi, ad esempio, a quanto affermato in Cass. 21.5.1997, n. 4538 dove, in materia di recesso della banca dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato, i giudici della Suprema Corte hanno ritenuto che, ove pure il recesso sia esercitato nel rispetto del termine di preavviso pattuito o previsto dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni fissato dall'art. 1855 cc., ciò non toglie che esso possa essere considerato illegittimo ove in concreto assuma connotazioni del tutto impreviste ed arbitrarie, tali da porlo in contrasto con il fondamentale principio di buona fede che presiede all'esecuzione dei contratti²⁸.

Dunque, la buona fede, proprio perché funzionale all'attuazione di valori costituzionalmente protetti, può giungere ad imporre alle parti un comportamento finanche difforme da quello stabilito nel contratto, assurgendo così a limite generale dell'autonomia contrattuale²⁹. E solo apparentemente ciò può

giur. civ. comm., 2013, I, 451 ss., la cui fattispecie inerisce ad ipotesi di *Verwirkung*: «non è socialmente tollerabile e, dunque, contraria a buona fede la tardiva richiesta di pagamento delle spese generali, in aggiunta alle spese legali liquidate in sentenza e prontamente rimborsate, pretendendosi, in tal modo, di protrarre nel tempo un rapporto obbligatorio che è già stato adempiuto, in conformità all'impostazione impressa al diritto dallo stesso creditore». Comunemente, nell'ambito dell'abuso del diritto si evidenzia uno «sviamento di potere», di qui, la naturale comparazione con il celebre vizio di eccesso di potere ed il rimedio dell'autotutela nell'ambito del diritto amministrativo. In argomento, anche M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003; e, più di recente, M. P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006; A. LA TORRE, *Diritto civile e codificazione. Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2006. In argomento, inoltre, M. ATIENZA - J. R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, e la relativa *Recensione* a cura di C. RESTIVO, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 571 ss

27 Particolarmente significative, con specifico riferimento al divieto degli atti emulativi tra «illecito di dolo e limite del diritto», le riflessioni, in argomento, di C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà*, Artt. 832-833, in *Commentario Cod. civ.* a cura di P. Schlesinger, Milano, 1994, spec. 127 ss.

28 Pubblicata in *Foro it.*, 1997, I, c. 2479 nonché in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, 648. Per un ampio e lucido commento, cfr. F. GALGANO, *L'abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contratto e impresa*, 1998, 18 ss.

29 Cfr. Cass. 2.11.1998, n. 10926, cit., nonché Cass. 24.9.1999, n. 10511, cit.; in dottrina, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 172 ss.; RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, cit., 21 ss.; D'ANGELO, *La tipizzazione giurisprudenziale*

in qualche modo incrinare il dogma della certezza del diritto³⁰, se è vero che - come ha osservato il Bianca - esso è un obiettivo ed un valore solo quando «non sia funzionale ad una certezza formalistica e farisaica che diventa strumento di abuso... dovendo invece perseguirsi la certezza dei rapporti giuridici giusti»³¹.

Anche la già ricordata disciplina delle clausole vessatorie di cui agli artt. 1469 bis e ss. cc., oggi artt. 36 e ss. del codice del consumo, che sancisce l'inefficacia delle clausole che, violando il principio di buona fede, determinano a svantaggio del consumatore un significativo squilibrio delle posizioni contrattuali delle parti, riconferma il ruolo del criterio di buona fede quale strumento idoneo a consentire un vaglio ulteriore rispetto a quello di mera legittimità e finalizzato all'attuazione dell'equità contrattuale³²

della buona fede contrattuale, cit. 702 ss.; NANNI, *La clausola generale di buona fede*, cit., 333 ss.; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., 205 ss., spec. 232 ss.

30 La profonda crisi del diritto, segno tra i più evidenti del tramonto dei valori occidentali, è, con chirurgica precisione, individuata da uno dei Maestri della scienza giuridica contemporanea, il Calamandrei: «progressivo affievolimento del diritto soggettivo, fino a ridursi a un interesse occasionalmente protetto; allargamento del diritto amministrativo a scapito del diritto civile; assorbimento del processo civile nella giurisdizione volontaria o nella giustizia amministrativa; aumento di poteri volontari del giudice; annebbiamento dei confini non solo tra diritto privato e diritto pubblico, ma anche tra diritto sostanziale e diritto processuale; discredito crescente non solo delle codificazioni, ma della stessa legge intesa come norma generale ed astratta preesistente al giudizio; aspirazione sempre più viva al diritto del caso per caso, tutti questi sono gli aspetti di una crisi che il processualista segue con ansietà nel suo specchio: nel quale si riflette, tradotto in formule di teoria, il vasto travaglio del mondo». La citazione è tratta da F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), pubbl. nella collana *Civiltà del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968, 38 ss., alle cui mirabili riflessioni in materia si fa espresso rinvio. Il testo del Lopez diede luogo ad un profondo dibattito in materia di certezza del diritto, sollecitando autorevoli ed opposte reazioni, tra le quali, in particolare: *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* di P. Calamandrei; *La certezza del diritto* di F. Carnelutti; *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico* di P. Fedele; *Considerazioni conclusive* di G. Capogrossi; *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950* di M. Corsale. Saggi, questi, tutti editi nell'opera della Giuffrè.

31 C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 215.

32 Cfr., S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, 48 ss. e L. MENGONI, *La disciplina delle "clausole abusive" e il suo innesto nel corpo del codice civile*, in *Rass. Giur. Enel*, 1997, 301 s.; G. ALPA, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, 46 ss.; F. DI MARZIO, *Illiceità delle clausole abusive*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 479 ss. In giurisprudenza, qualificava come "nullità" la "inefficacia" delle condizioni generali di contratto, già CASS., 15.2.1992, n. 1873, in *Giust. civ. Mass.*, 1992; e, più di recente, CASS., Sez. Un., 20.12.2004, n. 11602, in *Foro it.*, I, 2005, 335 ss. Pare il caso di ricordare il già in precedenza citato parere della Sezione normativa del Consiglio di Stato del 20.12.2004, n. 11602/2004, che, con massima determinazione e chiarezza, qualifica detta "inefficacia" come ipotesi di "nullità di protezione". Impostazione, seguita anche dai più recenti pronunziati della giurisprudenza di merito,

L'affermazione dell'inefficacia delle clausole abusive conferisce altresì fondamento normativo esplicito a quell'orientamento giurisprudenziale che, avvertendo l'esigenza di rimedi ulteriori rispetto a quelli tradizionalmente esperibili in caso di violazione delle regole di buona fede e riconducibili essenzialmente nel novero di quelli esperibili in caso di inadempimento, a partire dagli anni '70 aveva individuato nel diniego di effetti la risposta maggiormente idonea a contrastare comportamenti valutati come scorretti o sleali. Di nuovo, la *denegatio actionis* pretoria³³.

Si tratta peraltro dell'esito di un lungo percorso che addirittura comincia con una posizione della giurisprudenza più restrittiva la quale, sovrapponendo la nozione di buona fede con il principio del *neminem laedere*, giungeva a sostenere che la prima rappresentasse soltanto un criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti: di conseguenza, la sua violazione poteva costituire fonte di responsabilità solo in caso di specifica lesione di un diritto altrui già riconosciuto da una norma giuridica (ad esempio, nel caso di concorrenza sleale ex art. 2598, n. 3 cc.).

Progressivamente, anche sulla scorta della dottrina maggioritaria, i giudici sono giunti ad affermare che la buona fede costituisce un autonomo obbligo giuridico la cui violazione comporta di per sé conseguenze giuridiche e non soltanto in quanto lesiva di un diritto già riconosciuto: è ormai divenuta tralatizia nelle pronunce della Corte di Cassazione l'affermazione secondo cui «l'autonoma rilevanza del principio di buona fede comporta la responsabilità di colui che agisce non tenendo un comportamento improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale che integrano appunto il contenuto della buona fede»: traduzione di Gaio dove afferma *nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*³⁴.

In altri termini, la buona fede si atteggia quale dovere di cooperazione per la realizzazione dell'interesse della controparte ed in tale accezione si pone come elemento integrativo ovvero correttivo del contenuto e degli effetti del contratto; la violazione della buona fede, dunque, rappresenta un comportamento illegittimo atto a produrre conseguenze giuridiche ed in primo luogo l'obbligo

tra i quali, di recente, TRIB. BRINDISI, Sez. Fall., 21.6.2005, inedita, ma pubbl. in CARINGELLA, GAROFOLI, GIOVAGNOLI, *Giurisprudenza civile 2005*, cit.

33 Cfr., in particolare, D'ANGELO, *La tipizzazione giurisprudenziale della buona fede contrattuale*, cit. 702 ss.; ed il mio precedente scritto in argomento *Violazione del criterio della buona fede e risarcibilità del danno conseguente: brevi profili comparatistica*, in *Giustizia e senso comune*, Torino, 2006, 15 e ss.

34 Cfr. A. PALMA, *Giustizia e senso comune*, cit., spec. 20 ss.

di risarcimento del danno, pur senza escludere, se del caso, altri rimedi quali la risoluzione del contratto, la condanna all'adempimento, la reintegrazione in forma specifica. Una funzione restitutoria che la dottrina e la giurisprudenza hanno pienamente recepito: e qui immediato mi sembra il rinvio alla *restitutio in integrum* ed all'*actio de dolo*.

I rimedi esperibili in caso di violazione della buona fede coincidono in larga parte con quelli accordati dalla legge in caso di inadempimento³⁵ e ciò non solo quando una parte ponga in essere una condotta contraria alla correttezza ma anche quando essa tenga un comportamento positivo contrario a buona fede ovvero compia atti di esercizio di diritti o di poteri non conformi a quest'ultima.

Dunque una vera e propria responsabilità contrattuale per la quale, tuttavia, come sopra accennato, non è necessario la sussistenza dell'elemento soggettivo di recare intenzionalmente danno alla controparte³⁶, rilevando soltanto il fatto oggettivo che il comportamento tenuto non sia stato improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale. E sul punto è pienamente recuperata la prospettiva romanistica della valutabilità *ex dolo* di comportamenti pienamente conformi a diritto.

La Cassazione³⁷ ha poi, da ultimo, riconosciuto in via generale il potere del giudice di intervenire sul contratto nell'esercizio di un generale potere di controllo che può spingersi sino al punto di consentire al giudice di modificare *ex officio* la clausola contrattuale che contrasti con il principio di buona fede. Come è stato osservato³⁸, la clausola di buona fede è divenuta così lo strumento per lo svolgimento di una funzione oggettiva di controllo dell'autonomia privata in sintonia con il dovere costituzionale di solidarietà ovvero «strumento di controllo del contenuto, dell'equilibrio e della congruità causale del contratto», dunque di un vaglio di ragionevolezza sugli atti di autonomia privata; in tale logica la dichiarazione di inefficacia delle clausole contrattuali e, più in generale, dei comportamenti valutati come scorretti e sleali, dà luogo a quella che è stata

35 V. Cass. 20.10.1980, n. 4942, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2669.

36 V. Cass. 24.9.1999, n. 10511, in *Arch. civ.*, 2000, 46 ss.

37 V. ancora Cass. n. 10511 del 1999, cit. V. ancora Cass. n. 10511 del 1999, cit.

38 RICCIO, *La clausola generale di buona fede*, cit. 21 ss.

perspicacemente definita «una sorta di esecuzione in forma specifica del dovere di buona fede»³⁹.

Si recupera così il valore della *iurisdictio* come funzione, partecipe della sovranità, di invero di principi e norme di carattere generale di diritto non scritto⁴⁰.

Un profilo di indagine del fenomeno dell'abuso del diritto, destinato ad assumere particolare interesse, si manifesta, poi, nell'ambito del diritto tributario e con specifico riferimento alle *condotte elusive*⁴¹.

In un simile contesto, difatti, la tensione tra l'esercizio del potere valutativo del giudice, i principi dell'autonomia privata ed i limiti posti all'interpretazione assume peculiare vigore. Come dianzi in parte accennato, appare, difatti, evidente che il sindacato sugli effetti conseguenti ad un esercizio *anomalo* del diritto si manifesta in maniera particolarmente incisiva.

In materia tributaria e, segnatamente, di *imposte dirette* (v. art. 37 bis d.P.r. n. 600/93 e s. m. e i.), sono considerate *inopponibili* all'amministrazione finanziaria quei negozi privi di valide ragioni economiche e volti solo ad aggirare l'ordinamento tributario ed ottenere riduzioni delle imposte. In tal senso, l'abuso del diritto si identificerebbe in un'ipotesi di elusione fiscale, non di evasione⁴², naturalmente in presenza dei relativi presupposti⁴³.

39 F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, 1997, 423; P. RESCIGNO, *Prefazione*, in S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, XXI ss., il quale pone l'attenzione sulla "funzione equitativa della buona fede, componendo i conflitti di interessi, secondo canoni di giustizia che prescindono dallo statico rigore della norma scritta".

40 PALMA, *op. ult. cit.*, 22 ss.

41 In argomento, cfr. G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario, L'inopponibilità delle condotte elusive*, Napoli, 2012, 7 ss. All'a. si rinvia anche per ogni opportuno approfondimento di natura bibliografica.

42 L'elusione evita che si verifichino i presupposti per l'applicazione della norma tributaria.

43 3 Secondo la giurisprudenza del Supremo Collegio i presupposti dell'abuso del diritto tributario possono essere così individuati: mancanza di «valide finalità economiche» e volontà volta solo a beneficiare di un regime fiscale migliore, con onere della prova è a carico dell'amministrazione. Tuttavia, secondo parte della giurisprudenza, i due descritti requisiti dovrebbero coesistere, ma non vengono escluse anche ulteriori finalità, come, a titolo esemplificativo, agevolare un terzo per motivi *d'affetto*. Il fondamento costituzionale è, poi, individuato nell'ambito dell'art. 53 Cost., in quanto immanente all'ordinamento, anche comunitario, è il dovere di corrispondere le tasse in forza del principio contributivo. Si esclude, di conseguenza, la nullità del contratto, pur essendoci violazione di norme imperative, in quanto considerate non di «tipo proibitivo». In argomento, cfr., in particolare: Cass., 21.1.2009, n. 1465, in *Boll. Trib.*, 2009, 465 ss.; Cass., sez. trib., 11.5.2012, n. 10807, in *www.dejure.giuffre.it*; Cass., sez. trib., 26.2.2010, n. 4737, in *Corr. trib.*, 2010, 1347 ss. In dottrina, basti rinviare a PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario*, cit., spec. 38 e 68 e ss.

5. Applicazioni giurisprudenziali della regola della buona fede, con particolare riguardo alla sua funzione di integrazione degli obblighi negoziali: la «tipizzazione» della buona fede contrattuale è un'esigenza ?

Effettuate queste riflessioni di ordine generale, sembra utile, nella proposta prospettiva esegetica, proporre alcuni esempi di applicazione della regola della buona fede ad opera della giurisprudenza, con particolare attenzione alla sua funzione di integrazione degli obblighi contrattuali, attraverso, cioè, l'introduzione nell'ambito del regolamento contrattuale di obblighi e regole di condotta non *originariamente* previsti.

La scelta di condurre, ora, l'indagine su applicazioni concrete del principio di buona fede è motivata dalla questione, oggi singolarmente avvertita, dell'esigenza, da alcuni autori auspicata, di «tipizzazione» o «concretizzazione»⁴⁴ della buona fede contrattuale e, più in generale, delle *clausole generali*⁴⁵.

44 La questione è posta, in maniera particolarmente significativa, da S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 263 ss., ma spec. 264 ss. All'a. si rinvia per opportuni approfondimenti anche di natura bibliografica, oltre che per un'attenta comparazione con l'ordinamento tedesco, ove la *Konkretisierung* e la *Präzisierung* hanno iniziato a svilupparsi (*Fallgruppen*). Fondamentali in argomento le riflessioni di L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, 1 ss.: Id., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss.; nonché di F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja-Barnca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, 94 ss.; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, 363 ss. In argomento, inoltre, v.: G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, XII, 39 ss.; CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 717 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Clausole generali e linguaggio del legislatore: lo standard della ragionevolezza nel d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224*, in *Quadrimestre*, 1992, 68 ss.; S. RODOTA', *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in *Lezioni sul contratto*, a cura di Orestano, Torino, 2009, 102 ss.; G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 2011, 1704 ss.

45 In argomento, cfr.: NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 411 ss.; LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 360 ss.; BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. Scialoja-Barnca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 284 ss.; GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja-Barnca*, cit., 94 ss.; FRANZONI, *Degli effetti del contratto, II, Integrazione del contratto. Suoi effetti reali ed obbligatori*, in *Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, 165 ss.; GUARNIERI, voce *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 403 ss.; Id., *Le clausole generali*, in *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1999, 131 ss.; UDA, *Buona fede nell'esecuzione del contratto*,

In una simile direzione, non senza manifestare legittime perplessità, deporrebbe l'esigenza di limitare l'esercizio di poteri discrezionali dell'attività giudicante e, dunque, l'esigenza di certezza del diritto, anche attraverso la «prevedibilità della decisione»⁴⁶.

Anche se, in contrario, pare quasi scontato osservare che una «tipizzazione» della clausola generale specialmente di buon fede sembrerebbe tradire la funzione stessa della clausola generale, ossia la sua *elasticità*, nel senso di capacità di adattamento ad ogni astratta possibile fattispecie concreta di riferimento, così valorizzando anche

«l'adeguatezza sociale della sentenza»⁴⁷.

Dunque, la problematica interpretazione delle clausole generali, ed specialmente la buona fede, si pone tra esigenze di «certezza» ed esigenze di «giustizia», assumendo particolare significato, al fine di poter risolvere in un senso o nell'altro, un'attenta valutazione delle diverse teorie dell'interpretazione, tra le quali la «teoria soggettiva» e quella «oggettiva», ma pur sempre alla luce dell'«interpretazione storica» ed «evolutiva», che maggiormente pare in grado di poter comprendere e spiegare il complesso significato e la dinamica applicazione delle clausole generali, pur sempre portato di principi generali⁴⁸.

Torino, 2004, 143 ss.; GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2011, 581 ss.; MACARIO, *sub art. 1375 c.c.*, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, in *Comm. Gabrielli*, Torino, 2011, 730 ss.; gli scritti di Rescigno, Carusi, Chiassoni, Mazzamuto, Roselli, D'Amico, Astone, Cuffaro, Moscati e Velluzzi, *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. it.*, 2011, 1689 ss.; FABIANI, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, 183 ss.; MEMMO, *Le clausole generali nel diritto privato europeo*, in *Contr. e impr. Europ.*, 2008, 50 ss.

46 L'espressione è di PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, cit., spec. 268. L'a., in nota 23, cita ad esempio la decisione di CASS., 26.4.2012, n. 6526, in *Foro it.*, 2012, I, c. 3420 ss., «secondo cui la responsabilità prevista dall'art. 1337 .c., oltre che in caso di rottura ingiustificata dalle trattative, può derivare anche dalla violazione dell'obbligo di lealtà reciproca nella necessità di osservare il dovere di completezza informativa circa la reale intenzione di concludere il contratto, senza che alcun mutamento delle circostanze possa risultare idoneo a legittimare la reticenza o la maliziosa omissione di informazioni rilevanti nel corso della prosecuzione delle trattative».

47 In tal senso, sostanzialmente il pensiero della dottrina, in parte citata nelle pagine precedenti. Per tutti, v. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, cit., spec. 267, per il quale «la creazione della «sottonorma», che disciplina il gruppo di casi simili, colmerebbe la lacuna rappresentata dalla indeterminatezza concettuale della clausola generale, ma causerebbe un inaccettabile vincolo per le decisioni successive».

48 Cfr. PATTI, *op. ult. cit.*, 269. Con particolare riferimento all'interpretazione *evolutiva*, v. F. BOCCHINI, in *Diritto privato* a cura di F. Bocchini e E. Quadri, Bologna, 2011, spec. 67 ss. Fondamentali in argomento le riflessioni di A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *I principi generali del diritto*, Roma, 1992, 11 ss. Cfr., inoltre, VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2000, 221 ss.

Proprio con specifico riferimento alla clausola di buona fede può osservarsi, attraverso un'efficace espressione, come il «legislatore», attraverso la clausola generale, offrira uno «schizzo di regolamentazione»⁴⁹, «nel momento della formulazione della norma che contiene la clausola, che deve essere concretizzata con riguardo alle singole fattispecie»⁵⁰.

Un recente, particolarmente significativo esempio di «concretizzazione» si ha in materia di «insidie» e «trabocchetti» e, dunque, di *culpa in vigilando* dell'amministrazione e responsabilità conseguenti ex art. 2043 c.c.: «l'ipotizzata concretizzazione dell'insidia appena prima del fatto ne avrebbe prima ancora che escluso la prevedibilità da parte del danneggiato, la tempestiva eliminazione da parte del Comune, così escludendo i profili di colpa su cui si basa la responsabilità ex art. 2043 c.c.». Inoltre, «l'insidia stradale non è un concetto giuridico, ma un mero stato di fatto, che per la sua oggettiva invisibilità e per la sua conseguente imprevedibilità, integra una situazione di pericolo occulto. Tale situazione, pur assumendo grande importanza probatoria, in quanto può essere considerata dal giudice idonea a integrare una presunzione di sussistenza del nesso eziologico con il sinistro e della colpa del soggetto tenuto a vigilare sulla sicurezza del luogo, non esime il giudice dall'accertare in concreto la sussistenza di tutti gli elementi previsti dall'art. 2043 c.c. Pertanto, la concreta possibilità per l'utente danneggiato di percepire o prevedere con

l'ordinaria diligenza l'anomalia, vale altresì ad escludere la configurabilità dell'insidia e della conseguente responsabilità della P.A. per difetto di manutenzione della strada pubblica».⁵¹

6. Ipotesi applicative della regola di buona fede oggettiva e considerazioni conclusive

Veniamo, dunque, ad alcune significative applicazioni giurisprudenziali della clausola generale della buona fede oggettiva, con particolare riferimento all'ambito delle obbligazioni e dei contratti.

49 L'espressione è di STRACHE, *Das Denken in Standards*, Berlin, 1968, 101; ed è tratta da PATTI, *op. ult. cit.*, 277.

50 Così, PATTI, *op. ult. cit.*, 277.

51 Così, Cass., 18.6.2013, n. 15196, in *Guida al diritto*, 2013, 65 ss.; e già Cass., 13.7.2011, n. 15375.

L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in materia si manifesta particolarmente evidente⁵², specialmente a partire dagli anni '70. Particolarmente favorevoli e sensibili all'uso di questa regola si sono mostrate le Corti di merito⁵³.

Anteriormente la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, si era mostrata molto diffidente nei confronti dell'uso della regola della buona fede, come regola di comportamento di portata generale. In un celebre precedente, che può essere preso a giusto esempio di quest'orientamento di chiusura, si è addirittura negato che il comportamento contrario a buona fede potesse essere fonte di responsabilità al di fuori del caso in cui esso concreti la «violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altra norma»⁵⁴.

A cominciare dagli anni '80, si inizia ad utilizzare con maggiore efficacia il principio della buona fede in termini di «clausola generale», inizialmente in materia di fideiussione *omnibus* ed in materia bancaria in generale, a tutela specialmente dei consumatori e, più in generale, del *contraente debole*⁵⁵. Nei termini, dunque, sopra descritti, cioè, di «clausola di salvaguardia del sistema e di adattamento del diritto positivo al concreto evolversi dei fatti», valvola di sicurezza del sistema, capace di adeguarlo all'evolversi della società.

In una simile prospettiva, si consideri la discussa ipotesi dell'uso della buona fede come strumento di protezione dei terzi, che, in buona fede, ricevono effetti pregiudizievoli da un contratto al quale sono estranei. In una nuova concezione del *contratto a favore del terzo*, non limitato negli angusti limiti di cui all'art. 1411 del c.c., bensì nel senso di «*contratto con effetti protettivi a favore del terzo*» (*Schutzwirkungsvertrag*), in attuazione dei c. d. «doveri sociali di protezione», argomentando anche dall'art. 2 della Costituzione⁵⁶. In tali casi, la buona fede assume anche funzione di integrazione del contenuto e degli obblighi contrattuali. Per un esempio significativo, si ricordi, in materia di prestazioni sanitarie, il

52 In aggiunta agli autori citati nelle note precedenti, per una descrizione, si ricordi anche CASS., 4.4.1996, n. 6225, in *Foro it.*, 1997, I, 1345.

53 Tra le tante, si ricordi Trib. Verona, 30.5.1981.

54 Così, Cass., 16.2.1963, n. 357, cit. In dottrina, tra gli «oppositori» all'uso della clausola generale di buona fede, come regola precettiva, si ricordi, in particolare, U. NATOLI, *op. loc. ult. cit.*

55 Cfr., RODOTA', *La buona fede*, cit., 56 ss.; Id., *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 112 ss.

56 Cfr., CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto*, *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Diritto civile*, Milano, 1995, spec. 224 e ss. L'a. indica come fondamento normativo degli obblighi di protezione, il principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Cost.; Id. voce «*Obblighi di protezione*», in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1991, n. 9, 7 e ss.

noto caso del contagio da sangue infetto, sino a giungere ai casi oggi definiti di responsabilità da «contatto sociale»⁵⁷

Si consideri ancora la tutela del consumatore, in ambito negoziale (ad esempio, le clausole abusive), in ambito extracontrattuale (ad esempio, la responsabilità del produttore da prodotti difettosi), ed in ambito concorrenziale (l'esperienza dei c. d. «cartelli anticoncorrenziali», intese restrittive, abusi di posizione dominante, concentrazioni, ipotesi di atti lesivi della leale concorrenza, la cui inefficacia può essere fatta dichiarare anche, oggi, dai «consumatori finali privati»⁵⁸).

Altri esempi di applicazione del principio di buona fede si hanno in materia di doveri di informazione nello svolgimento di attività professionale (ad esempio, il medico, l'avvocato, l'intermediario finanziario, il notaio, e così via)⁵⁹. Attenta

57 Ad esempio, il caso della responsabilità del medico dipendente di ente ospedaliero per i danni causati al paziente (v. Cass., 22.1.1999, n. 589, cit., che, affermando la natura contrattuale di questa responsabilità, ha mutato il pregresso consolidato orientamento, v., tra le altre, Cass., 13.3.1998, n. 2750). Nonché, in materia di Pubblica Amministrazione, la c. d. «responsabilità da contatto procedimentale della p.a.», che involge anche la complessa e dibattuta tematica della natura dei c. d. «interessi procedimentali», oggi, alla luce delle recentissime riforme legislative, maggiormente rafforzati. In questo caso, si tende a configurare una responsabilità precontrattuale, e non contrattuale, benché l'argomento sia vivacemente dibattuto e gli orientamenti oscillanti (v. Consiglio di Stato, 6.8.2001, n. 4239, con commento di R. CARBONE, *Il giudice amministrativo adotta la responsabilità da «contatto procedimentale»*, in *Danno e resp.*, 2, 183 e ss.; Cass., 29.4.1999, n. 1501, in *Giust. civ.*, 2000, 678). Questa peculiare ipotesi di responsabilità trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 97, per il quale la P.A. ha il dovere di comportarsi secondo i canoni della legalità, efficienza, trasparenza e buon andamento. Per una pregevole sintesi ricostruttiva in materia, cfr. A. LEPRE, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie. Ospedali pubblici, case di cura private e attività intramuraria*, Milano, 2011, spec. 59 e 101 ss. All'a. si rinvia anche per ogni opportuno riferimento di natura bibliografica.

58 In argomento, basti rinviare a F. RINALDI, *La tutela del consumatore nella contrattazione standardizzata*, in *Unione Europea e limiti sociali del mercato*, a cura di S. Prisco, Torino, 2002, 151 ss.; Id., *L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?*, in *La Nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2009, II, 39 ss. All'a. si rinvia anche per ogni ulteriore approfondimento di natura bibliografica.

59 In argomento, in materia di obbligo del notaio di preventivo accertamento della libertà del bene, v. CASS., 22.3.1994, n. 2699, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 569 ss., con commento di E. CONIO, *Effetti dell'applicazione del principio generale di correttezza e buona fede sull'estensione dei doveri professionali del notaio, con riferimento all'obbligo di procedere alle visure ipocatastali*; CASS., 13.6.2002, n. 8470, in *Notariato*, 2003, 24 ss., con commento di F. TACCINI, *Responsabilità del notaio in caso di dispensa dalle visure da parte del solo acquirente*. In dottrina, v. P. MOTTA, *Funzione notarile e responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, 418 ss.; Id., *Limiti dell'indagine ipotecaria e responsabilità del notaio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 1998, 95 ss., in commento a Trib. Milano, 30.9.1996.

dottrina proprio dall'invadenza dei doveri di informazione ha sostenuto la responsabilità, in ogni caso contrattuale del medico, nei confronti del paziente⁶⁰.

L'indagine si amplia, estendendosi, come in parte accennato, al fenomeno dell'abuso del diritto, nell'ambito del quale – anche per la difficoltà di distinzione dalla violazione dell'obbligo di buona fede – un esempio particolarmente significativo proviene dalle relazioni commerciali tra imprenditori e consiste nel recesso ingiustificato dall'accordo (art. 1337 cod. civ.), anche nel caso in cui il contratto sia a tempo indeterminato, ove tale scioglimento unilaterale non trovi alcuna oggettiva giustificazione (ad esempio, una diminuzione di produttività dell'imprenditore concessionario, nei relativi contratti di vendita di prodotti industriali)⁶¹.

Il ricorso a casi concreti appare, dunque, utile al fine di meglio potersi comprendere la portata effettiva della clausola generale della buona fede.

Dai proposti esempi, tra di loro molto diversi, emerge, tuttavia, una diversa ed ulteriore funzione svolta dalla buona fede oggettiva, ossia di individuazione del «tipo» di responsabilità configurantesi a seconda del caso concreto, cioè, contrattuale, extracontrattuale o precontrattuale, a seconda se, cioè, la regola di condotta o di comportamento tragga origine da una obbligazione o un contratto, per intenderci, dalla violazione di un diritto relativo; oppure da un diritto assoluto (art. 2043 c.c.)⁶².

In una simile prospettiva, si considerino, specificamente in materia di *obbligazioni e contratti*, la funzione della regola della correttezza o buona fede in termini di fonte del dovere di avviso alla controparte nello svolgimento del rapporto contrattuale. Noto è il caso dell'avvocato che mette in esecuzione un provvedimento di condanna ad una somma pecuniaria pur in presenza dell'invio dell'assegno circolare da parte del debitore, e soltanto perché su detto assegno non era stata apposta la firma per girata. Un comportamento di buona fede, nel caso di specie, avrebbe imposto di contattare il debitore chiedendo di apporre

60 In particolare, E. QUADRI, *Profili della responsabilità medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive*, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 319 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 22.1.1999, n. 589, e Cass., 22.11.1993, n. 11503.

61 Tra le diverse decisioni in argomento, più di recente, v. CASS., 6.4.2012, n. 6526, in *Foro it.*, 2012, I, c. 3420 ss.

62 In una simile prospettiva, significative le descritte ipotesi di responsabilità del medico; nonché l'atteggiarsi della responsabilità nel caso della doppia alienazione dal medesimo avente causa (v. Cass., 15.6.1988, n. 4090, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 309 ss.).

la firma per girata, nel caso l'avesse dimenticata per mera svista; ed in caso di inerzia o diniego agire in esecuzione⁶³.

Il principio di buona fede inteso come dovere della parte di attivarsi, collaborando con la controparte per l'esecuzione della sua prestazione, ove ciò non comporti eccessivi sacrifici, come accade nel caso dei «ponteggi», ossia il caso in cui, nell'ambito di un contratto di appalto, il committente si obbliga a fornire ponteggi idonei all'appaltatore, e poi non provvede, dando luogo alla risoluzione del contratto. Viene, successivamente, concluso con diverso appaltatore altro contratto di appalto, fornendo, questa volta, i ponteggi idonei, che si era dichiarato di non avere⁶⁴.

Neppure può omettersi il riferimento alla controversa problematica della ridicibilità d'ufficio o meno ad opera del giudice della clausola penale, in applicazione del principio di buona fede in funzione di controllo degli atti di autonomia privata⁶⁵.

Particolare interesse assume, inoltre, il dibattito circa la natura e gli effetti della violazione della regola di buona fede nelle previsioni normative di cui agli artt. 1337 e 1338 del cod. civ., in ambito precontrattuale, tra *regola di condotta* e *regola di validità*. Al riguardo, la differenza tra le due ipotesi di responsabilità precontrattuale – di cui ai citati artt. 1337 e 1338 del cod. civ. –, è stata puntualmente indicata nella circostanza che «la responsabilità prevista dall'art. 1338 a differenza di quella di cui all'art. 1337, non tutela l'affidamento di una delle parti sulla conclusione del contratto, ma sulla validità di esso»⁶⁶. Ed in maniera ancora più esplicita, «la responsabilità prevista dalla norma di cui all'art. 1338 in tema di colpa precontrattuale, a differenza della fattispecie prevista dall'art. 1337, non tutela l'affidamento di una delle parti nella conclusione del contratto, ma l'affidamento della parte sulla validità del contratto, per cui il danno risarcibile non è in relazione alla mancata conclusione del contratto, ma soltanto quello riconducibile al fatto di avere confidato nella validità del contratto»⁶⁷.

Le sopra riportate disposizioni normative hanno dato la stura ad ampia ed efficace applicazione dei doveri di informazione in particolari categorie di con-

63 Così, Trib. Bologna, 21.7.1970, in *Riv. dir. comm.*, 1971, I, 277.

64 Cfr., Trib. Verona, 30.5.1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 372.

65 L'orientamento della ridicibilità di ufficio della clausola penale (v. Cass., 24.9.1999, n. 10511, in *Foro it.*, I, 2000, 789) appare oscillante. Difatti, per un ritorno al passato, ovvero per la non ridicibilità di ufficio, nota è Cass., 27.10.2000, n. 14172, in *Nuova giur. civ. commo.*, 2001, I, 567.

66 Così, Cass., 26.8.1997, n. 7997.

67 Cass., 26.5.1992, n. 6294.

tratti, quelli finanziari, particolarmente sensibili alle dinamiche, non solo di mercato, ma anche sociali e politiche degli Stati⁶⁸.

Un'altra applicazione della clausola generale di buona fede merita di essere segnalata, in materia di contratto preliminare di vendita ad effetti anticipati ed in funzione di integrazione degli obblighi contrattuali: «in tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè, della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione e, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase, sicché la clausola generale di buona fede e correttezza è operante tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione di un contratto (art. 1375 c.c.), concretizzandosi nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e ponendosi come limite di ogni situazione, attiva o passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto. La buona fede, pertanto, si atteggia come un impegno ed obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del

68 Il riferimento è al noto e recente caso dei *bond argentini*. Tra le diverse decisioni di merito in argomento, si ricordi, in particolare, In tal senso, specialmente, Trib. Mantova, 12.12.2004, in Corr. giur., 2004, 145 ss., per il quale «l'intermediario deve agire con la diligenza dell'operatore particolarmente qualificato ed è tenuto ad informare il cliente dei rischi connessi alle specifiche operazioni di investimento, segnatamente la natura altamente rischiosa dell'investimento secondo le valutazioni operate dalle agenzie di rating». Pertanto, «è inefficace ai sensi dell'art. 1469 bis, n. 18, c.c., e non esonera l'intermediario dall'onere di fornire la prova del tipo di informazione concretamente fornita, la clausola contenuta su un ordine di acquisto secondo la quale i clienti hanno ricevuto adeguate informazioni in merito ai rischi connessi allo strumento finanziario oggetto di negoziazione». Inoltre, «ai fini della valutazione dell'adeguatezza di un'operazione di investimento in strumenti finanziari ad alto rischio devono essere presi in considerazione l'età e l'esperienza dei risparmiatori, la dimensione dell'operazione, nonché la propensione al rischio dell'investitore». In mancanza di tali informazioni necessarie, afferma il Giudice del merito, «è nullo ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c. il contratto d'acquisto di strumenti finanziari concluso in violazione dei doveri di comportamento imposti agli intermediari dall'art. 21 t.u.f. e dal regolamento Consob 11522/98». Nel caso all'esame dei Giudici del Tribunale di Mantova, questi ha dichiarato nullo l'ordine di borsa avente ad oggetto l'acquisto di obbligazioni argentine (c. d. tango bond), relativamente al quale l'intermediario finanziario non aveva provato di aver informato il cliente dei rischi connessi alla specifica operazione di investimento e di averne segnalato la non adeguatezza. La nullità dell'ordine di acquisto determina l'obbligo della Banca di restituire la somma investita dall'istante, con diritto agli interessi legali dal fatto sino all'effettiva restituzione, trattandosi di debito di valuta ai sensi e per gli effetti dell'art. 1224,c o. 2, del c.c.

«neminem laedere», senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte»⁶⁹.

Ed inoltre, la regola della buona fede oggettiva viene «utilizzata» in funzione di fonte non solo integrativa del contratto, ma anche del diritto, sicché «è inadempiente perché viola il principio dell'art. 1375 c.c., l'artista, che in assenza di un preciso accordo sulle modalità di esecuzione della prestazione, e più precisamente sulla sua durata, esegua uno spettacolo eccessivamente breve in contrasto con la consolidata prassi secondo cui la durata minima di una rappresentazione teatrale deve essere di almeno un'ora»⁷⁰.

La clausola generale di buona fede oggettiva, sia in funzione di regola di condotta che di validità dell'atto, si presta, dunque, ad infinite ed imprevedibili applicazioni, come si è tentato di porre in debita evidenza nelle pagine che precedono.

Sarà, dunque, difficile compito del *giurista* – e non, sembra potersi ritenere, del legislatore – quello di provvedere a «riempire di significato»⁷¹ la nozione di questa complessa e flessibile clausola generale del sistema, qual è la regola della buona fede. E, se il prezzo da pagare, è il rischio di una discrezionalità spesso difficilmente controllabile, sembra, almeno per adesso, possa essere corrisposto, al fine di assicurare quella insopprimibile necessità di adattamento dell'Ordine oggettivo alla realtà fenomenica.

69 Si tratta di Cass., 18.10.2004, n. 20399, in *I contratti*, 2005, 429, con commento di M. Selvini. Nel caso di specie, la Corte, nell'ambito di un contratto preliminare di vendita antecedente l'entrata in vigore della legge 47/85, afferma l'inadempimento dei promittenti venditori, per non avere «sanato» l'immobile, abusivamente costruito, e per non avere acquisito il relativo certificato di abitabilità. E ciò a prescindere da una esplicita previsione negoziale di attribuzione a carico dei venditori di tali obblighi.

70 Cfr., Trib. Chiavari, 14.3.2008, in *Dir. e giur.*, 2009, 462 ss.

71 Nell'*Introduzione* al citato fondamentale testo in argomento di G. PANZA, *Buon costume e buona fede* (1973), ristampa, Napoli, 2013, IX ss., E. CAPOBIANCO, *Buon costume e buona fede di Giuseppe Panza: abuso del diritto e dinamiche rimediali nei contratti*, osserva, con specifico riferimento alla regola del *buon costume*, come si tratti, al pari della buona fede, di «regole non di dettaglio, corrispondenti a nozioni fluide, flessibili, valutative, relativamente alle quali il legislatore delega consapevolmente all'interprete il difficile compito di specificarle, svilupparle e integrarle, legittimando scelte e decisioni che non possono richiamarsi allo schema della fattispecie. Il giurista è pertanto chiamato a svolgere quell'insopprimibile ruolo di «riempimento» ed i «significazione» della nozione di buon costume, quale concetto valvola o norma in bianco, che sottende inevitabilmente scelte a caratura assiologica e arbitrati anche di ordine politico tra gli interessi in gioco». In argomento, P. PERLINGIERI, *L'informazione E Il Contratto*, In Id., *Il Diritto Dei Contratti Tra Persona E Mercato*, Napoli, 2003, 375 Ss., Richiama, In Questa Prospettiva, L'attenzione Sul Fondamento Costituzionale (Art. 2 Cost.) Delle Clausole Generali, Di Cui Si È Ampiamente Discorso Nelle Pagine Che Precedono, Ispirate «Ad Un Principio Di Solidarietà Non Soltanto Economica, Ma Politica E Sociale».