

## PRINCIPI, REGOLE, BUONA FEDE CONTRATTUALE

MARIO ZANA

1. Dai principi alle regole, o dalle regole ai principi? I principi sono regole (*id est*, norme) generali che si fondano sulle (o si inducono dalle) regole espresse dall'ordinamento, ovvero un *prius* metagiuridico o extralegislativo? Di principi può parlarsi unicamente in relazione all'ordinamento giuridico nel suo complesso, o anche a singoli settori o istituti?

Gli interrogativi non si esauriscono qui, come sta a dimostrare la sconfinata letteratura di teoria generale del diritto sviluppatasi in argomento, né sarebbe possibile nell'arco di una breve relazione dare risposte appaganti senza cadere in una inaccettabile banalizzazione dei problemi sottostanti.

Sembra allora preferibile un approccio più pragmatico ai principi, cercando di definirne contenuti e funzioni attraverso una (per quanto sommaria) rassegna delle applicazioni che ne vengono fatte a vari livelli.

Una prima considerazione riguarda le diverse espressioni con le quali in vari testi normativi si nominano i principi: "principi fondamentali", "principi generali", "principi" senza ulteriori specificazioni; ma a ciascuna di esse non corrisponde sempre lo stesso significato, così come a espressioni diverse non corrispondono sempre significati diversi. Alcuni riferimenti chiariranno queste affermazioni.

Ai "principi fondamentali" sono intitolati i primi 12 articoli della Costituzione italiana: basterà citare il principio di sovranità popolare (art. 1), il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo (art. 2), il principio di uguaglianza e di pari dignità sociale di tutti i cittadini di fronte alla legge (art. 3); e lo stesso carattere contraddistingue -al di là di un'etichettatura formale- gli altri principi proclamati lungo tutto l'arco degli articoli della Carta: si pensi all'invio della libertà personale (art. 13), alla tutela giurisdizionale dei diritti e interessi legittimi (art. 113), al principio di costituzionalità (ovvero, di rigidità della Costituzione: art. 138). Siamo in presenza dei valori etico-politici che costituiscono fondamento e giustificazione dell'intero ordinamento giuridico.

Significato e contenuti diversi assume la stessa espressione all'art. 117 Cost., che regola il riparto della potestà legislativa tra lo Stato e le Regioni: al comma 3 si prevede che allo Stato è riservata la determinazione dei "principi fondamentali" ai quali le Regioni devono attenersi nelle materie di legislazione concorrente. Trattasi, in altri termini, di criteri e direttive di portata circoscritta a determinate materie espressamente in-

dividuate (per citarne alcune: tutela della salute, governo del territorio, ordinamento sportivo), che hanno la funzione di garantire uniformità di trattamento dei cittadini su tutto il territorio nazionale, lasciando alle singole Regioni il compito di regolare con norme di dettaglio gli aspetti più immediatamente connessi alle realtà locali.

L'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale, premesse al Codice civile, detta i criteri di interpretazione della legge (co. 1), e, in assenza di una "precisa disposizione", di applicazione in via analogica di norme "che regolano casi simili o materie analoghe"; ma se "il caso rimane ancora dubbio" il giudice deve decidere "secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (co. 2). Il legislatore assegna dunque ai principi il ruolo di ausilio dell'interprete nella risoluzione del caso concreto: siano essi direttamente espressi, o comunque desumibili da disposizioni positivamente formulate nelle fonti del diritto vigente. La formula usata all'art. 12, innovando rispetto ad analogia disposizione premessa al codice civile del 1865 (art. 3, co. 2, disp. prel.: "principi generali del diritto"), sottolinea, per un verso, l'ampiezza del campo di ricerca del principio posto alla base della decisione; per altro verso, la necessità che il giudice motivi in modo persuasivo che il principio, a cui è ricorso per colmare una lacuna della legge, è riconducibile ad una disposizione di diritto positivo che ne costituisca valida giustificazione o suo (seppur implicito) fondamento.

Nella legislazione ordinaria è ricorrente l'enunciazione di principi (variamente aggettivati): il che si ve-

rifica per lo più in apertura di normative speciali di contenuto innovativo, o intese a disciplinare uniformemente materie già regolate in modo frammentario. Il richiamo più frequente è ai "principi generali", ma le formule possono variare, evocando talora significati diversi.

Così, a titolo meramente esemplificativo:

- principi costituzionali vengono enunciati in termini coerenti con il contenuto della legge: l'art. 1 della L. 833/1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale, intitolato "I principi", parafrasando l'art. 32 della Costituzione, afferma solennemente che "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il Servizio sanitario nazionale" (co. 1); e che "la tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana" (co. 2);
- nell'ambito dei "principi generali" si riportano le "finalità" della legge: è il caso della L. 40/2004, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", che introduce nell'ordinamento questo istituto "al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana" (art. 1, co. 1). Lo stesso schema adotta il D. Lgs. 196/2003, "Codice in materia di protezione dei dati personali", che inserisce le "finalità" nel Titolo I, "Principi generali", indicandole in primo luogo nella garanzia che il trattamento dei dati personali "si svolga nel rispetto

dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali (art. 2, co. 1);

- i principi non sono enunciati espressamente, ma si individuano per la loro formulazione in sintonia con i valori costituzionali: come nella L. 300/1970, c.d. "Statuto dei lavoratori", che sancisce i diritti dei lavoratori nei luoghi di lavoro, regolandone quindi criteri e modalità di tutela; o nella L. 194/1978, "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione della gravidanza", che si apre affermando "il diritto alla procreazione cosciente e responsabile", il "valore sociale della maternità", e la "tutela della vita umana dal suo inizio" (art. 1);
- "Disposizioni generali e principi fondamentali" coesistono nello stesso contesto di norme introduttive, rendendo più difficile distinguere le prime dai secondi: accade nel D. Lgs. 30/2005, "Codice della proprietà industriale" (artt. 1-6).

L'uso legislativo dei principi si inserisce dunque nella sopra accennata prospettiva tracciata dall'art. 12 delle Disposizioni preliminari al codice civile, fornendo al giudice indicazioni sulla *ratio legis* e/o sugli scopi perseguiti dalle norme che egli deve applicare.

2.1. Nell'esercizio dell'attività ermeneutica la giurisprudenza crea a sua volta principi, traendoli in base

ad argomentazioni logiche da quelli formulati in norme scritte, o giungendo ad affermarli dalla lettura congiunta di una o più disposizioni.

La casistica in argomento è molto ampia; ma sarà sufficiente, ai fini che qui interessano, soffermarsi su alcune ipotesi particolarmente significative per il livello istituzionale al quale si collocano.

Già alla fine degli anni '50 del secolo scorso la Corte Costituzionale introduce il principio (non scritto) di "ragionevolezza" come parametro del giudizio di costituzionalità delle leggi, muovendo dal principio di uguaglianza affermato dall'art. 3 Cost. Sulla premessa che l'obbligo di trattare in modo uguale i cittadini non esclude che situazioni diverse siano regolamentate diversamente, giacché "a situazioni diverse non può essere posta un'identica disciplina legislativa", la Corte, da un lato, riconosce al legislatore la facoltà di valutare tali diversità e stabilire se un trattamento diverso sia giustificato; d'altro lato, riserva a se stessa il compito di verificare se ed in quale misura il principio di uguaglianza debba ritenersi violato a causa della irragionevolezza della valutazione legislativa circa la diversità della situazione regolamentata (Sent. 53/1958). In altri termini, come conferma la Corte in successive pronunce, possono ammettersi la sole discriminazioni "razionali", intendendo per tali solo quelle che rispettano le leggi della logica.

I successivi sviluppi della giurisprudenza costituzionale mostrano un mutamento di prospettiva nel valutare se ed in che limiti una determinata disparità di trattamento possa ritenersi razionale, argomentando

il giudizio in relazione non tanto al profilo dell'uguaglianza, quanto piuttosto a quello della coerenza delle norme *sub iudice* con il concreto assetto dei rapporti nella realtà sociale.

In quest'ordine di argomentazioni si muove la motivazione della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 781 cod. civ., che vietava le donazioni tra coniugi: in sintesi, la norma è stata ritenuta in contrasto – ancor prima che con gli artt. 3 e 29, co. 2 (uguaglianza morale e giuridica dei coniugi), Cost. – con il principio di ragionevolezza, in coerenza con la nozione "moderna" di matrimonio e le "attuali esigenze familiari" in relazione alla "realtà economica e sociale del nostro tempo" (Sent. 91/1973); ma ancora si può ricordare l'orientamento assunto in merito al ricorso a norme con efficacia retroattiva, consentito nei limiti in cui esso si giustifichi – al di là della materia penale, per la quale vige un divieto coperto da garanzia costituzionale, ex art. 25 – sul piano della "ragionevolezza" (tra le altre, Sentt. 320/2005; 376/2004): orientamento che si è poi arricchito di un ulteriore sviluppo con l'affermazione che la retroattività non può porsi in contrasto, oltretutto con la razionalità, "con altri valori costituzionalmente protetti", tra i quali la Corte include "l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica ... quale elemento essenziale dello Stato di diritto" (Sent. 416/1999); ponendo le basi per quello che è stato interpretato come un primo tentativo di costituzionalizzare taluni principi, quale quello dell'affidamento, che affondano le loro radici – come si dirà meglio in seguito – nella tradizione del diritto privato (Astone).

La seconda creazione in riferimento ai principi, che si intende qui menzionare, è costituita da una categoria di principi non scritti, i "principi supremi", ai quali la Corte attribuisce "una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale": principi che, "pur non essendo espressamente menzionati tra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana" (Sent. 1146/1988). Il tema era emerso nella giurisprudenza costituzionale con riguardo ai rapporti tra Stato e Chiesa Cattolica, toccando poi l'ambito dei rapporti tra Italia e Comunità (oggi Unione) Europea: nel primo caso, ritenendosi che anche le disposizioni del Concordato, le quali godono della particolare "copertura costituzionale" fornita dall'art. 7, co. 2, Cost., non si sottraggono all'accertamento della loro conformità ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale (v. Sentt. 30/1971; 1/1977; 18/1982); nel secondo caso, affermandosi che "la legge di esecuzione del Trattato della CEE può essere assoggettata al sindacato di questa Corte in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana" (v. Sentt. 183/1973; 170/1984). La Corte Costituzionale ha poi individuato –sviluppandone i contenuti in successive pronunce– una serie di principi supremi, quali: il principio della laicità dello Stato, nella sua duplice specificazione di divieto di discriminazione dei cittadini per ragioni religiose e di divieto di discriminazione dei cittadini i quali non intendano professare alcuna religione (Sent. 203/1989);

il principio di solidarietà sociale (Sent. 307/1990); il diritto supremo di identità personale (Sent. 81/1993); il diritto supremo alla vita (Sent. 35/1997). In dottrina è stato espresso giudizio critico sulla costruzione della categoria dei principi supremi come insieme di una pluralità di figure, proponendosi di ricondurla ad una considerazione unitaria della persona, costante "punto di riferimento dell'analisi giuridica" (Casavola, Lipari).

2.2. In relazione alla legislazione ordinaria il compito di garantire la corretta e uniforme applicazione della legge spetta alla Corte di Cassazione, che, a norma dell'art. 384 cod. proc. civ., "enuncia il principio di diritto quando decide il ricorso proposto a norma dell'articolo 360, primo comma, n. 3 [cioè, per violazione o falsa applicazione di norme di diritto], e in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza" (co. 1). La stessa Corte precisa che "nell'esercizio della funzione di nomofilachia" le compete "controllare se la norma..., oltre ad essere applicata esattamente a livello di proclamazione astratta, lo sia stata anche sotto il profilo dell'applicazione a fattispecie concrete che effettivamente risultino ascrivibili alla fattispecie astratta" (Cass. Civ., 17535/2008). Alla formulazione del criterio di interpretazione della legge, così determinato, la Cassazione giunge compiendo di volta in volta percorsi logico-giuridici diversi.

Così, a titolo esemplificativo, e per quanto qui più direttamente interessa:

- si definiscono i criteri di qualificazione di un contratto: "...ricorrono gli estremi dell'affitto di fondi rustici solo quando il contratto abbia ad oggetto la cessione del godimento di un terreno al fine di ricavarne il reddito agricolo derivante dalla sua coltivazione" (Cass. Civ., 21492/2005);
- si desumono regole generali dai principi: la "regola generale della irrevocabilità (unilaterale) della promessa effettuata ... può desumersi dai principi generali in tema di promessa unilaterale di pagamento" (Cass. Civ., 510/1989);
- si chiarisce il ruolo dei principi: "...in materia di successione delle leggi nel tempo ... vige il principio di irretroattività. Tale principio, assunto nel campo penale a precetto costituzionale di carattere assoluto, resta valido per ogni altro settore del diritto come direttiva generale cui il legislatore può derogare, in modo espresso e comunque non equivoco, quando ricorrano particolari esigenze" (Cass. Civ., Sez. Un., 22954/2007); se ne definisce il campo di operatività: "...il principio della retribuzione sufficiente, di cui all'art. 36 Cost., riguarda esclusivamente il lavoro subordinato" (Cass. Civ., 16134/2007); se ne precisa il contenuto: "in tema di distanze tra costruzioni, in base al principio della prevenzione, è consentito a chi costruisce per primo di operare la scelta tra il costruire alla distanza legale e l'erigere la propria fabbrica fino ad occupare l'estremo limite del confine, determinando così le modalità da seguire per chi costruisce dopo..." (Cass. Civ., 3638/2007);

- si mettono in relazione principi e definizioni per individuare la disciplina applicabile: in un caso, avendo riguardo al principio del rispetto della volontà delle parti, si ritengono inapplicabili nel caso concreto le norme sulla condizione o sul termine quali elementi accidentali del negozio incidenti sulla sua efficacia, riportando la fattispecie alla normativa sul tempo dell'adempimento, di cui agli artt. 1183 ss. cod. civ. (Cass. Civ., 4339/1985).

I risultati a cui la Corte di Cassazione perviene svolgendo la sua opera di giudice di legittimità superano talora i confini dell'esistente, traducendosi nella creazione di nuovi principi e nella conseguente introduzione nell'ordinamento di istituti giuridici non previsti dalla legislazione vigente. Un esempio per tutti servirà a chiarire questa affermazione.

Con la sentenza a Sezioni Unite n. 1464 del 1983 venne per la prima volta stabilito il principio di diritto secondo cui "nelle ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione occupi un fondo di proprietà privata e tale occupazione sia illegittima, la radicale trasformazione del fondo, da un lato, comporta l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà del suolo in capo all'ente, dall'altro, costituisce un illecito che abilita il privato a chiedere la condanna dell'ente medesimo a risarcire il danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà"; risarcimento consistente in una somma di denaro pari al valore che il fondo aveva nel momen-

to della trasformazione del fondo. Nasce così l'istituto pretorio denominato (con espressioni equivalenti) "occupazione appropriativa", o "espropriazione sostanziale", o "accessione invertita" (operando in senso inverso a quello della comune accessione disciplinata agli artt. 934-938 cod. civ.), da cui si è originato un nutrito contenzioso sulla base delle contestazioni dei proprietari privati.

Dopo alcune oscillazioni interpretative l'indirizzo viene confermato da successive pronunce (v. di recente, Cass. civ., 7320/2008) anche a Sezioni Unite (v. Cass. Civ., Sez. Un., 3740/1988; 418/1989; 24397/2007), e ottiene l'avallo della Corte Costituzionale (Sentt. 188/1995; 24/2000). Sul principio affermato dalla Cassazione si è più volte espressa in termini fortemente critici la Corte Europea dei diritti dell'uomo (CEDU), ritenendo che esso violi la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (firmata a Roma il 4/11/1950 e resa esecutiva in Italia con L. 4/8/1955, n. 848), in particolare, l'art. 1 del Protocollo n. 1, a tenore del quale "Ogni persona fisica e giuridica ha diritto al rispetto dei propri beni. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblica utilità e alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali di diritto internazionale" (v. Sentt. 30/5/2000, ricorso 24638/1994; 30/5/2000, ricorso 31524/1996; 21/12/2006, ricorso 68852/2001).

In risposta ai rilievi della CEDU il legislatore è intervenuto prevedendo nel T.U. in materia di espropriazioni per pubblica utilità (D. P. R. 8/6/2001, n. 327) che in caso di "utilizzo senza titolo di un bene per scopo

di interesse pubblico" –come recita la rubrica dell'art. 43– la P.A. possa disporre l'acquisizione del bene stesso al suo patrimonio indisponibile, e che al proprietario vadano risarciti i danni, da liquidarsi (*ex art. 55*, così come modificato dalla L. 24/12/2007, n. 244) in misura pari al valore venale del bene. La Corte di Cassazione ha poi precisato che il *quantum* del risarcimento "non può superare in nessun caso il valore che il proprietario trarrebbe dall'immobile se decidesse di porlo sul mercato con la destinazione stabilita dallo strumento urbanistico" (Cass. Civ., 8384/2008). Il nuovo istituto –etichettato in dottrina come "acquisizione coattiva sanante"– non ha fatto modificare atteggiamento alla CEDU, che lo ritiene una forma di espropriazione indiretta, tendente a "ratificare una situazione di fatto derivante dalle azioni illegali commesse dall'amministrazione", permettendole di "trarre beneficio dal proprio comportamento illegale" (v. Sentt. 17/5/2005, ricorso 43662/1998; 15/1/2006, ricorso 14793/2002).

3.1. Principi generali (o fondamentali, o supremi) come valori sottostanti all'ordinamento, o –per usare una definizione della Corte Costituzionale in una delle sue prime sentenze– "direttive di carattere fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dall'intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico" (Sent. 6/1956): laddove il riferimento all' "intima razionalità delle norme" considerate nel contesto di "un dato momento storico" sembra anticipare gli sviluppi della

giurisprudenza della Corte in relazione al principio di uguaglianza, a cui si è sopra accennato.

Principi come una delle tecniche utilizzate dai giudici nell'applicazione della legge secondo le metodologie indicate all'art. 12 delle Preleggi, in particolare, nella ricerca della *ratio legis*, o, "se il caso rimane ancora dubbio", nella formulazione della "regola del caso".

Principi tramandati dalla tradizione, che affondano le loro radici nel linguaggio giuridico e nelle regole che i giuristi romani più importanti avevano enunciato, passando attraverso la compilazione del *Corpus juris* giustiniano (*Digesto*, Libro L, titt. XVI e XVII). Vengono espressi in massime, in broccardi, in formule ricorrenti nella manualistica come giustificazione dei vari istituti; i giudici ne fanno largo uso nelle sentenze come argomenti che contribuiscono a rafforzare il dispositivo dando maggior coerenza interna alla motivazione.

I principi, ora formulati dal legislatore, ora creati dall'interprete attraverso un procedimento induttivo da norme positive, ora espressi con broccardi, costituiscono dunque una componente essenziale della struttura del diritto; in particolare, per quanto più direttamente interessa la presente indagine, del diritto privato. A dimostrare l'importanza e il ruolo dei principi in questo settore valga il riferimento al tema della tutela civile della persona umana e alla disciplina generale del contratto.

Il significato dell'affermazione del valore giuridico della persona può cogliersi nel passaggio dalla logica tipica del diritto privato classico espressa nel codice ci-

vile, che vedeva nell'uomo il protagonista dell'attività giuridica funzionale all'economia e al mercato, alla logica che emerge dalle norme fondamentali dell'ordinamento italiano ed europeo, orientata al valore primario ed irrinunciabile della dignità della persona umana. In questa prospettiva, infatti, oltre alle norme costituzionali un ruolo essenziale va riconosciuto alle norme dell'Unione Europea, in particolare alla già citata Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che all'art. 6 ha posto come principio fondamentale dell'Unione il rispetto e la protezione dei diritti inviolabili dell'uomo; alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, approvata nel 2000, poi trasfusa nel Trattato di Lisbona del 2007, che riprende i principi ispiratori delle diverse Costituzioni degli Stati membri; nonché alla Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, approvata a Oviedo nel 1997, della quale è stata dall'Italia autorizzata la ratifica con L. 28/3/2001, n. 145.

Ne risulta un quadro unitario di strumenti di tutela della persona, che ha il suo centro di gravità nei principi sanciti nei primi articoli della Costituzione. Si pensi al riconoscimento e garanzia dei "diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità" (art. 2): una garanzia che assume una dimensione sociale nell'espresso richiamo alle realtà intermedie fra l'individuo e lo Stato (in primo luogo, la famiglia, ma più in generale, a tutte le forme associative alle quali danno vita le relazioni umane); all'affermazione del principio di uguaglianza e di pari dignità sociale di tutti i cittadini dinanzi alla legge (art. 3, co. 1: *uguaglianza formale*); all'impegno a

rendere effettiva la garanzia di un "pieno sviluppo della persona umana" affidando all'ordinamento il compito di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale" che limitano "di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini" (art. 3, co. 2: *uguaglianza sostanziale*). Un impegno che ha trovato attuazione in tutta una serie di interventi di legislazione speciale: *ex multis*, il D. Lgs. 11/4/2006, n. 198, sulle pari opportunità tra uomo e donna; il D. Lgs. 9/7/2003, n. 215, per la tutela contro le discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi; la L. 1/3/2006, n. 77, per le persone con disabilità; la L. 25/2/1992, n. 215 sull'imprenditorialità femminile; la L. 8/11/2000, n. 152, legge-quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali.

A questi principi fondamentali si ispira una fitta rete di diritti e libertà, che la Costituzione traccia al fine di garantire il pieno sviluppo della persona umana: si pensi all'inviolabilità della libertà personale (art. 13, co. 1) nelle sue diverse accezioni (tra le quali, la volontarietà dei trattamenti sanitari: art. 32, co. 2; il diritto di "professare liberamente la propria fede religiosa: art. 19); al diritto di associazione (art. 18, co. 1), in particolare, in partiti politici (art. 49) e organizzazioni sindacali (art. 39, co. 1); al diritto al lavoro (art. 4, co. 1); alla libertà di iniziativa economica (art. 41, co. 1); alle garanzie della proprietà privata (art. 42).

Particolare interesse suscitano gli aspetti del più ampio diritto della personalità, che si pongono in relazione con le interferenze tra azione dei *mass-media* e potenziali riflessi negativi che la manifestazione del

pensiero, la libertà di stampa, la raccolta e la divulgazione di informazioni concernenti la persona possono provocare. A tal riguardo, è la Corte di Cassazione ad affermare che "nell'ordinamento italiano sussiste, in quanto riconducibile all'art. 2 Cost., ... il diritto all'identità personale, quale interesse, giuridicamente meritevole di tutela, a non veder travisato o alterato all'esterno il proprio patrimonio intellettuale, politico, sociale, religioso, ideologico, professionale, ecc." (Sent. 3769/1985); e a distinguerlo dal diritto al nome (e agli altri segni distintivi, di cui agli artt. 6 - 10 cod. civ.), che si pone "sul piano dell'esistenza materiale e della condizione civile e legale della persona", e dal diritto alla riservatezza, tendente ad assicurare al soggetto "la non rappresentazione all'esterno delle proprie vicende personali non aventi per i terzi un interesse socialmente apprezzabile". Pochi anni più tardi il diritto all'identità personale riceve l'avallo della Corte Costituzionale, che lo inserisce -come più sopra si è accennato- tra i "principi supremi" dell'ordinamento (Sent. 81/1993).

I casi in cui è stata ravvisata la violazione di questo diritto sono quanto mai numerosi: si possono citare "la pubblicazione non autorizzata della fotografia di una persona ... ove possa indurre il pubblico a credere che il soggetto ripreso abbia aderito ai valori espressi nella pubblicazione" (App. Milano, 21/5/2002: nella specie, l'immagine di una presentatrice e conduttrice televisiva era stata riprodotta, senza il suo consenso, sulla copertina di una rivista pornografica); la deformazione delle dichiarazioni rilasciate durante un'intervista ad un giornale (Trib. Roma, 11/12/2002); l'attribuzio-

ne –senza verificare l'attendibilità della notizia– di un determinato orientamento politico ad un soggetto, che in realtà non lo aveva mai reso pubblico (Trib. Milano, 26/11/2004).

3.2. Situazione diversa si presenta in materia contrattuale, dove ad una prima indagine suscita perplessità il gran numero di principi richiamati in nome della tradizione, o creati dalla giurisprudenza: principi (o dichiarati tali) che vengono individuati come espressi in modo esplicito in qualche norma, o sono dedotti per via interpretativa da gruppi di norme, quando non siano conosciuti a complemento di una disciplina ritenuta lacunosa o generica. L'analisi delle motivazioni, specie della giurisprudenza di legittimità, dimostra che, pur appartenendo allo stesso settore, sono disomogenei per l'origine, storicamente diversificata; per le esigenze che intendono corrispondere: ora, riflettendo un senso di giustizia (*neminem laedere*; "principio di necessaria corrispondenza tra le prestazioni", nella specie, "tra l'ammontare del premio dovuto dall'assicurato e contenuto dell'obbligazione dell'assicuratore": Cass. Civ., 10596/2010), ora, regole ovvie (*ad impossibilia nemo tenetur*; *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*), ora condizioni di uno stesso rapporto (*pacta sunt servanda*); per le funzioni che sono chiamati ad esercitare: da quella interpretativa, a quella integrativa, a quella direttiva o limitativa.

Nell'impossibilità di operare qui una ricognizione di questi c.d. principi –una stima necessariamente approssimativa ne enumera circa un centinaio (ALPA)–,

peraltro di scarso significato ai fini della presente indagine, l'attenzione si rivolge ai "valori" sui quali si fonda la disciplina generale del contratto (artt. 1321-1469-bis cod. civ.), in particolare, al principio di autonomia e al principio di apparenza del diritto, che riflettono scelte fondamentali operate dal legislatore del codice del 1942 in questa materia.

Il principio di autonomia privata si traduce nel potere attribuito dall'ordinamento di darsi regole vincolanti che producono effetti giuridici. Nella prospettiva dell'autonomia contrattuale, sancita dall'art. 1322 cod. civ., esso si specifica:

- nel potere di "liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge" (co. 1). Si pensi all'apposizione di elementi accidentali; all'inserimento in una fideiussione della clausola di pagamento "a prima richiesta" (con la conseguenza del venir meno dell'accessorietà, in deroga all'art. 1945 cod. civ.: Cass. Civ., 11890/2008); alla previsione di una unilaterale o reciproca assunzione di un rischio futuro estraneo al tipo contrattuale adottato (Cass. Civ., 16568/2002: nella specie, contratto di mutuo fondiario correlato a prestito in ecu);
- nel potere di "concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" (co. 2). La casistica è quanto mai ampia: a mero titolo esemplificativo, si possono citare il leasing,

il contratto autonomo di garanzia (che ha ormai acquistato cittadinanza anche nel nostro ordinamento: *cfr.* Cass. Civ., 903/2008; e, da ultimo, Cass. Sez. un., 3947/2010), l'engineering, i contratti di sponsorizzazione, il "vitalizio alimentare" (confermato da una consolidata giurisprudenza: *ex multis*, Cass. Civ., 6395/2004; 14796/2009). Spesso da una "tipicità sociale" si passa ad una tipizzazione normativa, grazie all'intervento del legislatore, che recepisce gli schemi contrattuali creati dalle parti facendone oggetto di una disciplina speciale: sono, tra gli altri, i casi del factoring, che ha ricevuto una parziale regolamentazione nella L. 21/2/1991, n. 52, recante "Disciplina della cessione dei crediti d'impresa"; del contratto di multiproprietà, avente ad oggetto la c.d. "proprietà turnaria", che è stato disciplinato dal D.Lgs. 427/1998, attuativo della Direttiva comunitaria 97/47/CE, poi trasfuso negli artt. 69/81 del Codice del consumo (D.Lgs. 206/2005); del franchising, ora oggetto della L. 6/5/2004, "Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale".

Va segnalato che in tempi recenti il principio di autonomia contrattuale, e, più in generale, di autonomia privata ha conosciuto un processo di espansione in campi che tradizionalmente gli erano preclusi.

Significativo è il ruolo riconosciuto allo strumento contrattuale nel ridimensionamento del principio di tipicità dei diritti reali: dalla creazione di situazioni ca-

ratterizzate da impegni di natura obbligatoria, che di fatto si assimilano a nuovi vincoli di natura reale (si pensi al regime della multiproprietà, che le parti determinano con il relativo contratto, sopra citato); alla possibilità, riconosciuta alle parti "in base al principio dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c.", di "sottrarsi alla regola della tipicità dei diritti reali su cosa altrui attraverso la costituzione di rapporti meramente obbligatori" (Cass. Civ., 2651/2010: nella specie, in materia di servitù prediali).

Nella stessa prospettiva si registra la tendenza ad attribuire validità ad intese relative ai rapporti patrimoniali tra coniugi, o ex coniugi, in relazione a vicende di separazione personale, di nullità del matrimonio, o di divorzio; così, si è stabilito che "gli accordi di separazione consensuale tra i coniugi possono contenere ... un contenuto eventuale ... ed attinente a pattuizioni patrimoniali tra i coniugi, che configurano non una convenzione matrimoniale ma un contratto atipico, valido sempre che non incida negativamente sui diritti e i doveri nascenti dal matrimonio" (Cass. Civ., 24321/2007).

Anche nel settore degli atti *mortis causa* il principio di autonomia privata si è visto riconoscere spazi che finora gli erano negati in nome del principio di tipicità del testamento: basti ricordare che lo stesso legislatore è di recente intervenuto (art. 2, co. 1, L. 14/2/2006, n. 55) introducendo nel codice civile l'istituto del "patto di famiglia" (artt. 768-bis-768-octies, in deroga al divieto di patti successori, di cui all'art. 458 cod. civ.), definito "il contratto con cui ... l'imprenditore trasfe-

risce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti".

Il principio generale di apparenza del diritto, formulato dalla Corte di Cassazione già sotto il vigore del codice civile del 1865 (Sez. I, 22/5/1931), si può esprimere, in assenza di un'espressa formulazione normativa, nel senso che chi crea una situazione di apparenza non può invocare a danno dei terzi, che abbiano confidato sulla sua esistenza, la situazione reale.

Il codice civile del 1942 detta numerose norme a protezione della buona fede soggettiva dei terzi, ivi comprese quelle a tutela dell'apparenza (quali, gli artt. 534, in relazione agli atti compiuti dall'erede apparente; 1189, "pagamento al creditore apparente"; 1415, sugli effetti della simulazione nei confronti dei terzi). L'esigenza sottesa a tale principio è dunque quella di garantire effettività al correlato principio di tutela dell'affidamento (Cass. Civ., Sez. un., 5035/2002; Cass. Civ., 408/2006), cioè, di "chi ha fatto ragionevole affidamento su di una data manifestazione giuridica, e si è comportato in coerenza ad essa ... anche se non corrisponde alla realtà" (in questi termini, già Cass. Civ., 1586/1942): e ciò, a garanzia della sicurezza delle contrattazioni, e, più in generale, degli scambi patrimoniali (Betti).

Preoccupazione costante è tuttavia quella di chiarire i presupposti di operatività dei due principi, da individuarsi nella condotta rispettivamente di chi crea apparenza e di chi confidi in tale situazione. Così, in tema di rappresentanza, si richiede "un comportamento

colposo –non meramente omissivo– del rappresentato, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente" (Cass. Civ., 408/2006; 18191/2007); lo stesso criterio viene enunciato in relazione al mandato (Cass. Civ., 16740/2002), e ritenuto applicabile anche nel diritto di famiglia (Cass. Civ., 7501/1995: nel caso, responsabilità del marito per le obbligazioni contratte in suo nome dalla moglie). Parallelamente, per riconoscere tutela all'affidamento del terzo, si richiede che l'opinione circa la situazione di apparenza sia "ragionevole e cioè non determinata da un comportamento colposo del terzo medesimo, il quale, non attenendosi ai dettami della legge o a quelli di normale diligenza, trascuri di accertarsi della realtà facilmente controllabile e si affidi invece alla mera apparenza incorrendo in errore" (Cass. Civ., 6756/2001; in termini di "ragionevolezza dell'affidamento", Cass. Civ., 20906/2005; 3471/2007): talché, tale tutela "non è invocabile nei casi in cui la legge prescrive speciali mezzi di pubblicità mediante i quali sia possibile controllare con l'ordinaria diligenza la consistenza effettiva dell'altrui potere, come accade in ipotesi di organi di società di capitali regolarmente costituiti" (Cass. Civ., 703/2004).

4.1. Nell'ambito dei rapporti tra principi e regole in materia contrattuale un ruolo di primo piano occupa la clausola generale di buona fede oggettiva o correttezza, della quale è opportuno chiarire in estrema sintesi i connotati strutturali e operativi che la differenziano

dalla buona fede soggettiva, di cui si è ora accennato in relazione al principio di apparenza del diritto.

Mentre quest'ultima fa riferimento ad uno stato intellettuale (*ignoranza di ledere l'altrui diritto*: art. 1147 cod. civ.; e, più in generale, "positiva convinzione di comportarsi *iure*": Bigliuzzi Geri) che costituisce parte integrante di una fattispecie prevista e disciplinata dalla legge (quali, il possesso: art. 1147; il pagamento al "creditore apparente": art. 1189; la "rappresentanza senza potere": art. 1398), la buona fede oggettiva presenta una natura precettiva, ponendo l'obbligo di comportarsi secondo un modello socialmente apprezzabile, che si specifica in relazione al caso concreto. Il che la pone tra le clausole generali (al pari della diligenza, *ex art. 1176 cod. civ.*), che un'autorevole definizione descrive come "norme incomplete, [che] non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito di programmi normativi di altre disposizioni" (Mengoni); diversamente dalle norme generali, che sono invece norme complete, in cui però la fattispecie non è la risultante della descrizione di un caso, ma di una categoria riassuntiva di casi (si pensi all'art. 1206 cod. civ., che abilita il creditore a rifiutare la prestazione del debitore solo in presenza di un "motivo legittimo"). In altri termini, sono norme che impartiscono al giudice una direttiva per la formazione della regola da applicare al caso concreto attraverso il riferimento a *standards* valutativi rapportati al livello medio di correttezza del settore a cui il contratto si riferisce, cioè, a fatti o comportamenti riconoscibili come forme esemplari dell'esperienza sociale dei "valori".

Una conferma a questa impostazione viene dalla Relazione al codice civile (n. 558), laddove a proposito del comportamento delle parti nell'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175) si chiarisce che "quale sia in concreto il contenuto del dovere di correttezza il nuovo codice non dice, avendo preferito una formula elastica che ammette adattamenti con riferimento a singole situazioni di fatto"; ma si danno anche alcune indicazioni assai significative, affermando che si tratta di "uno stile morale della persona, che indica spirito di lealtà, abito virile di fermezza, di chiarezza e di coerenza, fedeltà e rispetto di quei doveri che, secondo la coscienza generale, devono essere osservati nei rapporti tra i consociati".

Nella stessa direzione si muovono sostanzialmente i tentativi di definizione formulati in dottrina, pur nella consapevolezza della "impossibilità di una definizione precisa ed aprioristica del contenuto normativo della correttezza e della buona fede" (Natoli): "comportamento onesto" (Breccia), "fedeltà ad un accordo concluso", e "impegno all'adempimento delle altrui aspettative" (Betti); spesso risolvendosi nell'indicazione di sinonimi: "correttezza o lealtà" (Galgano). Con formula più articolata la Corte di Cassazione afferma che la buona fede contrattuale "intesa in senso etico, come requisito della condotta, costituisce uno dei cardini della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, che viene violato non solo nel caso in cui una delle parti abbia agito con il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche se il comportamento da essa tenu-

to non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza ed al senso di solidarietà sociale, che integrano, appunto, il contenuto della buona fede" (Sent. 960/1986); ponendo così le premesse per un aggancio ai principi costituzionali, che è motivo costante della giurisprudenza più recente.

La duplice valenza della buona fede contrattuale in relazione alle peculiarità della singola fattispecie — come dovere di comportamento, e quindi, come criterio di valutazione *a posteriori* della condotta tenuta — ne sottolinea la funzione, nel senso di colmare le inevitabili lacune legislative, posto che la legge può prevedere o sanzionare solo i comportamenti più frequenti; la regola della correttezza consente di identificare altri obblighi e altri divieti, realizzando la "chiusura" dell'ordinamento relativamente alla varietà delle situazioni della vita economica e sociale (Galgano). Un ruolo che conosce un significativo processo di espansione nel passaggio dal vecchio al nuovo codice civile.

Nel codice del 1865, infatti, l'espresso richiamo alla buona fede quale regola di condotta si esauriva nel disposto dell'art. 1124, a tenore del quale "i contratti debbono essere eseguiti di buona fede"; prevedendosi poi un'applicazione specifica in tema di recesso dal contratto di società (art. 1733), definito contrario a buona fede nell'ipotesi in cui venisse esercitato dal socio "per appropriarsi egli solo il guadagno che i soci si erano proposti di ottenere in comune" (art. 1734).

Il codice attuale amplia significativamente l'ambito di operatività della clausola generale, inserendola in tutta una serie di norme che coprono l'arco della vicen-

da contrattuale, fino alla fase di attuazione del rapporto obbligatorio.

E così, l'art. 1337 impone alle parti di comportarsi secondo buona fede "nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto"; l'art. 1375 dispone che "il contratto deve essere eseguito in buona fede"; l'art. 1358 assume la buona fede a regola di comportamento dei contraenti in pendenza di condizione; l'art. 1366 prevede che "il contratto deve essere interpretato secondo buona fede"; l'art. 1460, co. 2, individua nella buona fede il criterio dell'esercizio legittimo della facoltà di rifiutare l'adempimento in ragione dell'inadempimento dell'altro contraente; l'art. 1175 sancisce che "il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza".

All'imposizione della regola il codice in alcuni casi fa seguire indicazioni atte ad individuare (e quindi, a valutare) una condotta conforme (o contraria) alla regola stessa: si pensi al comportamento (corretto) che "colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva" deve tenere in pendenza della condizione, per "conservare integre le ragioni dell'altra parte" (art. 1358); ovvero, alla responsabilità prevista a carico della parte che nella fase di perfezionamento del contratto "conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte" (art. 1338). Tali previsioni, se, da un lato, non esauriscono il contenuto della clausola generale di buona fede oggettiva (o correttezza), dall'altro, ne confermano l'essenziale

elasticità in relazione alle caratteristiche delle singole fattispecie, precisandone nello stesso tempo l'accennata funzione integrativa e/o correttiva dello *strictum ius* (Natoli).

4.2. Nell'imporre alle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nella fase che precede la stipulazione del contratto, l'art. 1337 cod. civ., rubricato "Trattative e responsabilità precontrattuale", esige "un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere o di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuol soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti". Queste indicazioni, fornite dalla Relazione al codice (n. 612), vanno messe in relazione con la distinzione operata dalla norma tra il periodo delle "trattative" e il momento della "formazione del contratto".

Una prima interpretazione porta a ritenere che con ciò si è voluto pretendere una condotta corretta sin dall'inizio, anche in una fase meramente esplorativa che non si sia ancora espressa in atti negoziali tipici (Trib. Bari, 13/5/2004).

In realtà, il significato della clausola generale si specifica diversamente in rapporto alle due fasi, posto che la prima è contrassegnata da contatti tra le parti non ancora finalizzati alla perfezione dell'accordo, bensì all'accertamento dell'idoneità dello stesso a soddisfare le proprie esigenze sulla base di valutazioni di opportunità e convenienza; la seconda individua uno stadio

ulteriore e, per alcuni aspetti, autonomo, che già presuppone una certa definizione dell'assetto di interessi che si intende realizzare.

In relazione alla fase delle trattative la regola di buona fede e correttezza è "da intendersi ... come dovere di informazione della controparte circa la reale possibilità di conclusione del contratto, senza omettere circostanze significative rispetto all'economia del contratto medesimo" (Cass. Civ., 5297/1998). Più recentemente, la Cassazione, dopo aver precisato che "la regola posta dall'art. 1337 c.c. ... ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso", ha confermato questo indirizzo, nel senso che essa "implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto" (Cass. Civ., 24795/2008: nella specie, una società di leasing aveva ommesso di informare la controparte che le agevolazioni fiscali connesse al contratto –in considerazione delle quali la controparte medesima si era indotta a stipularlo– erano state sospese, fornendo anzi assicurazioni circa la loro applicabilità).

Altro comportamento contrario a correttezza, e quindi fonte di responsabilità precontrattuale, è rappresentato dal recesso dalle trattative senza giusto motivo. La proposta contrattuale, infatti, è liberamente revocabile –tranne che si realizzino le condizioni previste dalla legge (artt. 1329, 1331 cod. civ.)– fino a quando il contratto non sia concluso; responsabilità nasce quando

(dolosamente o colposamente) si interrompono le trattative eludendo le aspettative della controparte, che, confidando nella conclusione del contratto, sia stata indotta a sostenere spese o abbia rinunciato ad occasioni più favorevoli (Cass. Civ., 2525/2006; 11243/2003). In tale ipotesi il danno risarcibile –liquidabile anche in via equitativa– è quello “consistente nelle perdite che sono derivate dall’aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute (c.d. *interesse negativo*)” (Cass. Civ., 12313/2005; 12147/2002).

Quanto alla stipulazione dell’accordo, l’interpretazione sistematica degli artt. 1337 e 1338, già menzionati, porta a ritenere la seconda norma una “specificazione” della prima (Cass. Civ., 16508/2004); ne risulta che entrambe “mirano a tutelare nella fase precontrattuale il contraente di buona fede [ *soggettiva* ] ingannato o fuorviato dalla ignoranza della causa di invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta”: peraltro, una tutela non incondizionata, richiedendosi che il contraente non fosse in condizioni di conoscere tale motivo di invalidità; con la conseguenza che dette norme non sono applicabili nel caso in cui egli avesse potuto, “con l’ordinaria diligenza, venire a conoscenza della reale situazione e, quindi, della causa di invalidità del contratto” (Cass. Civ., 3272/2001: nella specie, causa di invalidità era la omessa iscrizione della società di intermediazione mobiliare nell’albo previsto dalla legge; Cass. Civ., 16508/2004; detto indirizzo è stato condiviso recentemente anche da C. Stato, 3827/2009).

4.3. Una decisa valorizzazione del ruolo della buona fede contrattuale si realizza in particolare relativamente ai contenuti della clausola generale nella fase di esecuzione del contratto e di attuazione del rapporto obbligatorio. Il collegamento con i valori costituzionali, in particolare con i “doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”, di cui all’ art. 2 Cost., vale a dare fondamento ad una funzione integrativa e/o correttiva degli effetti del contratto, quale emerge da un’interpretazione “costituzionalmente orientata” dell’art. 1374 cod. civ. (“Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità”).

A questi risultati si giunge su sollecitazioni della dottrina, che dalla seconda metà degli anni ‘90 del secolo scorso –ma già la strada era stata aperta una diecina d’anni prima da Betti– indicava nella buona fede oggettiva la fonte di obblighi giuridici in capo ai soggetti dell’agire privato, posto che essa riflette “quell’aspirazione generalizzata all’instaurazione di una garanzia di sostanziale rispetto della personalità dei soggetti, della loro sicurezza, della loro libertà e della loro dignità umana, che ... rappresenta la direttiva fondamentale di svolgimento delle strutture dell’intero sistema” (Natoli); collegandosi più specificamente con il principio di solidarietà (Rodotà). Quanto poi all’individuazione di tali obblighi, essi sono riconoscibili dalle parti nei termini in cui si pongano in un rapporto di necessità finalistica rispetto alla realizzazione dell’affare economico regolato dal contratto (Uda).

A livello giurisprudenziale una chiara espressione di questi indirizzi si ha con una decisione della Corte di Cassazione (3775/1994) su un caso (in materia di prezzi di acque minerali) di condotta formalmente rispettosa delle regole, ma sostanzialmente in violazione di un elementare senso di giustizia. Nell'ampia motivazione si legge che il "dovere di correttezza (art. 1175 c.c.) ... si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo quindi alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti quindi disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che applicato ai contratti ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375 c.c.), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio".

Queste affermazioni trovano conferme nella giurisprudenza di merito e di legittimità, e ormai costituiscono *ius receptum* in una formula più articolata, costantemente ricorrente, a tenore della quale la clausola di buona fede, "la quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile (n. 558) "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interes-

se del creditore" deve essere intesa in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost, che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre 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 o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge" (Cass. Civ., 28056/2008; 1618/2009) nella misura in cui ciò non comporti "un apprezzabile sacrificio a suo carico" (Cass. Civ., 264/2006; 2878/2007).

Va inoltre notato che la correttezza costituisce "regola di governo" della discrezionalità delle parti nell'esecuzione del contratto (Cass. Civ., 3775/1994), ossia -come chiarisce una più recente sentenza- "opera sul piano della selezione delle scelte discrezionali dei contraenti, assicurando che l'esecuzione del contratto avvenga in armonia con quanto emerge dalla ricostruzione dell'operazione economica che le parti avevano inteso porre in essere, filtrata attraverso uno standard di normalità sociale e, quindi, di ragionevolezza" (Cass. Civ., 2855/2005).

Di tali "principi di diritto" si riportano di seguito alcune significative applicazioni:

- il "principio nominalistico", sancito dall'art. 1277 cod. civ. relativamente ai debiti di somme di denaro ("I debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento") viene applicato, alla luce dei limiti imposti dall'art. 49 del D. Lgs. 231/2007 (in at-

tuazione della Direttiva 2005/60/CE antiriciclaggio), nel senso che “il creditore di una somma di denaro inferiore ad euro dodicimilacinquecento può rifiutare il pagamento con assegno circolare, in alternativa al denaro contante, solo per giustificato motivo da valutare secondo le regole della correttezza e della buona fede oggettiva” (Cass. Civ., Sez. Un. 26617/2007); ma già in precedenza si era affermato essere contrario al dovere di correttezza il rifiuto del creditore, “senza plausibili motivi” di accettare assegni circolari in luogo di somme di denaro (Cass. Civ., 18240/2002);

- si è affermato che “è contrario alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà, di cui all’art. 2 Cost., ... il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario” (Cass. Civ., Sez. Un., 23726/2007: nella specie, trattavasi di distinti decreti ingiuntivi per fattura o gruppi di fatture): con ciò, mutando orientamento rispetto a quanto affermato (in senso esattamente contrario) dalle stesse Sezioni unite con la sentenza 108/2000. Il principio enunciato da ultimo è stato poi riaffermato in successive pronunce (Cass. Civ., 15476/2008; 24539/2009);
- è stata cassata la sentenza di merito che aveva ritenuto ingiustificato l’inadempimento di parte del canone di locazione a fronte dell’inadempimento del locatore (*exceptio inadimpleti contractus*, ex art. 1460 cod. civ.) consistente nell’aver impedito parzialmente il godimento dell’immobile, avendo

lasciato nelle stanze date in locazione sei casse mortuarie con relativi arredi; secondo la Corte di Cassazione l’eccezione di inadempimento “postula la proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti”, da valutarsi oggettivamente “con riferimento all’intero equilibrio del contratto ed alla buona fede” (Sent. 2855/2005). In altri termini, il giudice deve valutare –secondo il criterio della buona fede, di cui al comma 2 dell’art. 1460– se la condotta della parte inadempiente, “avuto riguardo all’incidenza sulla funzione economico-sociale del contratto, abbia influito sull’equilibrio sinallagmatico dello stesso, in rapporto all’interesse perseguito dalla parte, e perciò abbia legittimato, casualmente e proporzionalmente, la sospensione dell’adempimento dell’altra parte” (Cass. Civ., 2720/2009);

- recentemente la Corte di Cassazione è tornata sul complesso (quanto controverso) argomento dell’abuso del diritto. La Renault Italia S.p.A. aveva esercitato il diritto di recesso *ad nutum* previsto dal contratto che aveva stipulato con diverse concessionarie di automobili; in primo grado e in appello la decisione del concedente di recedere dal contratto di concessione di vendita era stata ritenuta insindacabile sul presupposto che tale diritto gli era espressamente riconosciuto dal contratto. La Cassazione accoglie il ricorso dei concessionari, e in un’ampia motivazione, riconoscendo al divieto di abuso del diritto il ruolo di principio generale del diritto civile, pur in

assenza di una espressa previsione normativa, ne ricollega l'operatività alla regola di buona fede, affermando che "qualora il contratto preveda il diritto di recesso *ad nutum* in favore di una delle parti, il giudice del merito non può esimersi, per il semplice fatto che i contraenti hanno previsto espressamente quella clausola in virtù della loro libertà e autonomia contrattuale, dal valutare se l'esercizio di tale facoltà sia stato effettuato nel pieno rispetto delle regole di correttezza e di buona fede cui deve improntarsi il comportamento delle parti del contratto": e ciò, al fine di "evitare che il diritto soggettivo, che spetta a qualunque consociato che ne sia portatore, possa sconfinare nell'arbitrio"; infatti, "la mancanza della buona fede in senso oggettivo, espressamente richiesta dagli artt. 1175 e 1375 del codice civile nella formazione e nell'esecuzione del contratto, può rivelare ... un abuso del diritto, pure contrattualmente stabilito, ossia un esercizio del diritto volto a conseguire fini diversi da quelli per i quali il diritto stesso è stato conferito": (Cass. Civ., 20106/2009). In precedenza, gli stessi principi di diritto erano stati applicati con riferimento: al recesso improvviso e immotivato di una banca da un rapporto di apertura di credito (Cass. Civ., 2642/2003; 15482/2003); alla delibera assembleare adottata ad esclusivo beneficio della maggioranza e in danno dei soci di minoranza (Cass. Civ., 27387/2003); al contratto di mediazione (Cass. Civ., 5348/2009); al contratto di *sale*

*and lease bak* connesso al divieto di patto commissorio (*ex art 2744 cod. civ.*) (*ex multis*, Cass. Civ., 8481/2009); al contratto autonomo di garanzia ed *exceptio doli* (Cass. Civ., 14239/2004; 5273/2007); alla materia tributaria, in relazione all'affermata esistenza di un generale principio antielusivo (Cass. Civ., Sez. Un., 30057/2008). Da ultimo, è stato ritenuto abusivo l'esercizio del diritto del locatore a intimare lo sfratto se esistevano altre vie per tutelarsi (Cass. Civ., 13208/2010: nella specie, ad un'impresa costruttrice era stato intimato lo sfratto per morosità, sebbene, come società che aveva ristrutturato l'immobile preso in locazione, essa fosse divenuta creditrice dell'ente locatore di un credito di importo più elevato rispetto all'ammontare dei canoni di locazione dovuti).

4.4. Sul significato della buona fede quale criterio di interpretazione del contratto il codice civile non fornisce indicazioni; ma la stessa collocazione dell'art. 1366 viene presentata dalla Relazione (n. 622) come significativa della funzione esercitata dalla norma. Si chiarisce, infatti, che negli artt. da 1362 a 1365 viene regolato "il primo momento del processo interpretativo", volto ad accertare la c.d. volontà in concreto delle parti (interpretazione soggettiva); mentre negli artt. da 1367 a 1371 viene disciplinato "il secondo momento dell'interpretazione", che presuppone – come espressamente si prevede nelle stesse norme – il persistere di dubbi sul "preciso contenuto delle dichiarazioni negoziali":

dubbi che il giudice è chiamato a sciogliere applicando "principi legislativamente fissati" (interpretazione oggettiva). L'art. 1366, disponendo che "il contratto deve essere interpretato secondo buona fede", rappresenta "il punto di sutura tra questi due momenti dell'interpretazione", ed è "il necessario complemento" tanto dell'art. 1337, quanto dell'art. 1375; il che vuol significare, in primo luogo, che si fa riferimento alla "buona fede obiettiva"; in secondo luogo, che "la dichiarazione di volontà contrattuale deve essere intesa secondo il criterio di reciproca lealtà di condotta tra le parti". Più oltre (n. 624) si precisa che "alle proposte e alle dichiarazioni di ciascuna parte si dovrà, cioè, attribuire ... il significato oggettivo in cui la parte ... poteva e doveva ragionevolmente intenderle secondo la regola della buona fede".

Questa impostazione è stata recepita diversamente dalla dottrina, che si è divisa, dando luogo ad un quadro quanto mai variegato di opinioni: da chi ha sostenuto l'assoluta irrilevanza della disposizione in esame (Oppo; Messineo; Sacco), a chi, all'opposto, ha ritenuto che la norma eserciti comunque un ruolo integrativo della volontà delle parti (Varrone; Rodotà); da chi la colloca tra le disposizioni relative all'interpretazione soggettiva (Bianca; Scognamiglio), a chi la considera come espressione di una regola di interpretazione oggettiva (Carresi; Grassetti); da chi vi ravvisa un criterio di controllo (Bessone; Alpa), a chi ne evidenzia una funzione correttiva (Bigliuzzi Geri).

In quest'ultimo senso si esprime anche la giurisprudenza, facendo del canone della buona fede un criterio

di interpretazione *lato sensu* correttiva del testo contrattuale. Si afferma, infatti, che correttezza e buona fede nell'interpretazione dei contratti "consentono al giudice di intervenire anche in senso modificativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo temperamento degli interessi delle parti" (Cass. Civ., 20106/2009), precisando tuttavia che "la buona fede come fattore di interpretazione del contratto ... deve intendersi come fattore di integrazione del contratto non già sul piano dell'interpretazione di questo, ma su quello -diverso- della determinazione delle rispettive obbligazioni, come stabilito dall'art. 1375 c.c." (Cass. Civ., 8619/2006); in altri termini, il giudice non può sulla base del criterio della buona fede "assegnare all'atto una portata diversa da quella che emerge dal suo contenuto obiettivo" (Cass. Civ., 5239/2004). Alcune applicazioni chiariranno il significato di queste affermazioni:

- in relazione ad un contratto di locazione commerciale, è stato respinto il ricorso della società conduttrice inteso ad ottenerne la risoluzione per inadempimento della società locatrice indicato nella mancata destinazione dell'immobile alla vendita al dettaglio; la Corte ha ritenuto che la conduttrice non aveva inteso attribuire al contenuto del contratto un significato in luogo di un altro, ma integrare il contenuto stesso nel senso che il suo oggetto non era la generica locazione di un immobile adibito ad uso diverso dall'abitazione, ma la locazione di un immobile che

avesse la menzionata destinazione (Cass. Civ., 8619/2006);

- la clausola di un contratto preliminare secondo la quale il promettente alienante deve provvedere alla cancellazione dei vincoli sull'immobile "al più tardi alla data del rogito", deve essere intesa, con interpretazione secondo buona fede, "in tempo utile affinché il promissorio acquirente possa ottenere dalla banca la concessione di un mutuo ipotecario" (Cass. Civ., 2992/2004);
- in un contratto di mediazione per una trattativa di vendita immobiliare viene inserita la clausola, con cui si stabilisce che non sarà dovuto alcun compenso "ad incarico scaduto in caso di mancata vendita"; le parti concludono un contratto preliminare, poi risolto consensualmente per inadempimento del promissorio acquirente. La Corte d'Appello nega al mediatore il diritto al compenso sulla base di un'interpretazione meramente letterale della suddetta clausola, essendo il preliminare stato concluso a incarico di mediazione scaduto. La Corte di Cassazione ritiene questa interpretazione contraria al canone della buona fede, dovendosi riconoscere alla conclusione del preliminare l'effetto dell'insorgere del diritto alla provvigione, indipendentemente dalla scadenza o meno del mandato, essendo indifferenti le vicende successive che avevano condotto le parti alla mancata conclusione del contratto definitivo (Cass. Civ., 5348/2009);

- è stato ritenuto che "è possibile e doveroso far ricorso alla interpretazione del contratto secondo buona fede, ex art. 1366 c.c., in presenza di clausole ambigue e predisposte unilateralmente dall'impresa assicuratrice nelle condizioni generali" (Cass. Civ., 11487/2004: nella specie, trattavasi di polizza contro il rischio di malattie infettive e di infezioni, in cui era inserita una clausola che in apparenza estendeva la copertura assicurativa, ma, in realtà, ne diminuiva la portata con la previsione di due condizioni limitative dell'efficacia del contratto; la sentenza d'Appello viene cassata, ritenendosi "incompleta ed insoddisfacente" la valutazione del giudice di merito per non aver tenuto conto "né della natura del rapporto, né della sua prevalente atipicità, né dell'equilibrio causale al fine dell'interpretazione di buona fede" della suddetta clausola).

Un problema al quale la giurisprudenza non dà risposte uniformi è se all'interpretazione secondo buona fede il giudice debba ricorrere in ogni caso, o solamente quando residuino dubbi sul senso letterale delle espressioni usate dalle parte e sulla loro comune intenzione. E' infatti affermazione ricorrente –in nome di un "principio di ordinazione gerarchica (o gradualismo) delle regole ermeneutiche", affermato sostanzialmente sulla base del passo della Relazione al codice, sopra riportata– che "qualora il senso letterale delle espressioni impiegate riveli con chiarezza e univocità la volontà comune e non sussistano residue ragioni di

divergenza tra il tenore letterale del negozio e l'intento effettivo avuto di mira, il giudice del merito deve arrestarsi al significato letterale delle parole e non può fare ricorso ad ulteriori criteri di ermeneutica" (Cass. Civ., 23066/2009; 26690/2006; 5239/2004). E tuttavia, questo criterio di sussidiarietà dell'interpretazione condotta *ex art* 1366 cod. civ. viene messo in dubbio in più di un'occasione, ritenendosi necessario il ricorso al canone interpretativo della buona fede "anche quando l'interpretazione delle clausole che concorrono alla formazione del testo negoziale, compiuta sulla base del senso letterale delle parole, conduca a risultati di certezza" (Cass. Civ., 2992/2004): e ciò, perché "il dato testuale, pur assumendo un rilievo fondamentale, non può essere ritenuto decisivo ai fini della ricostruzione del contenuto dell'accordo", dovendo il processo interpretativo "estendersi alla considerazione di tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratestuali, indicati dal legislatore" (Cass. Civ., 12120/2005; 29029/2008).

4.5. Particolare rilievo assume la clausola di buona fede nella legislazione consumeristica; anche se non si è ancora formata una prassi applicativa tale da fugare i molti dubbi che il legislatore nazionale ha contribuito a suscitare nel momento in cui ha dato attuazione alla Direttiva CEE 93/13 del 5 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. La L. 6/2/1996, n. 52, art. 25, ha in un primo tempo inserito nel Libro IV del codice civile, al termine della normativa sul contratto in generale, il Capo XIV-bis, intitolato "Dei contratti del consumatore" (artt.

da 1469-bis a 1469-sexies); successivamente tali norme sono confluite nel "Codice del consumo" (D.Lgs. 6/9/2005, n. 206), che –per quanto qui interessa– prevede la buona fede all'art. 2, e all'art. 33. La prima di tali norme sancisce i "diritti dei consumatori", tra i quali il diritto "all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà" (co. 2, lett. c-bis). L'art. 33 definisce "vessatorie" nel contratto concluso tra il professionista e il consumatore le clausole che "malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto" (co. 1).

L'espressione *malgrado la buona fede*, risultante dalla traduzione del par. 3.1 della Direttiva 93/13, è passato indenne dall'art. 1469-bis all'art. 33 cod. cons. attraverso una nutrita serie di critiche in dottrina (Bigliuzzi Geri, De Nova) e proposte di modifica in sede parlamentare, essendo da subito apparsa una errata traduzione, come stanno a dimostrare le versioni francese (*en dépit de l'exigence de bonne foi*), inglese (*contrary to the requirement of good faith*), tedesca (*entgegen dem Gebot von Treu und Glauben*): univocamente orientate verso il significato di *contrarietà a buona fede* del significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi.

Il dibattito si è principalmente incentrato sulla natura (soggettiva o oggettiva) della clausola di buona fede ivi richiamata. Secondo una tesi, peraltro risultata minoritaria, il requisito della buona fede sarebbe da intendersi in senso soggettivo, con riferimento alla circostanza che una parte (il predisponente) abbia avuto, o no, consapevolezza del carattere vessatorio della

clausola (Rizzo): ma in tal caso l'avverbio "malgrado" comporterebbe l'irrilevanza della valutazione di buona fede nel giudizio di vessatorietà, che rimarrebbe condizionato unicamente dal significativo squilibrio. A identico risultato giunge chi intende il riferimento alla buona fede in chiave oggettiva, come criterio di valutazione del comportamento del predisponente, senza tuttavia attribuirgli alcun rilievo ai fini del giudizio sulla clausola (Scalfi; Alpa).

Nettamente prevalente è la tesi di chi, attribuendo al termine "malgrado" il significato di "in contrasto con", ritiene necessari, al fine di fondare la valutazione sulla clausola, sia il significativo squilibrio, sia la contrarietà a buona fede (intesa in senso oggettivo) del comportamento tenuto dal professionista (Roppo; Bigliuzzi Geri; Cataudella).

In giurisprudenza non si sono ancora delineati chiari indirizzi interpretativi, come dimostrano alcune sentenze intervenute in argomento:

- Cass. Civ., 4208/2007: la clausola derogatoria della competenza territoriale deve essere considerata abusiva se, "in contrasto con il requisito della buona fede, determini un significativo squilibrio, in danno del consumatore, tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto";
- Trib. Roma, 18/8/2006: considera vessatoria, "in quanto diretta a costituire nei rapporti tra professionista e consumatore significativi squilibri contrattuali in contrasto con il principio di buona fede, la clausola di un contratto di servizi di

investimento immobiliare che preveda la devoluzione alla decisione inappellabile di un arbitro delle eventuali controversie relative alla validità, all'interpretazione e all'esecuzione del contratto";

- per Trib. Torino, 22/9/2000, "nei contratti conclusi tra il consumatore e il professionista la buona fede consiste nella reciproca lealtà e correttezza dei contraenti in ordine a tutte le circostanze inerenti le trattative";
- ma per App. Roma, 24/9/2002, "la vessatorietà delle clausole contenute in un contratto concluso tra un consumatore ed un professionista, una volta accertato il significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi a carico del consumatore, può essere dichiarata anche in presenza della buona fede del professionista".

Un punto di equilibrio tra orientamenti contrastanti sembra riconoscersi nell'opinione che, pur negando alla buona fede il ruolo di criterio di giudizio dell'abusività di una clausola, ne recupera la rilevanza nel sistema come criterio valutativo della significatività dello squilibrio (Lener); ponendosi, a ben vedere, maggiormente in sintonia con la logica della normativa a tutela del consumatore, che alle clausole generali preferisce indici di valutazione tipizzati: basti riferirsi alle due liste di clausole, di cui all'art. 33, co. 2, e 36, co. 2, cod. cons. La prima –indicata in dottrina come "lista grigia"– contiene ben venti ipotesi nelle quali si presume, fino a prova contraria, la vessatorietà delle clausole; la seconda –indicata come "lista nera"– pre-

vede tre ipotesi nelle quali le clausole sono (per definizione) vessatorie, con la conseguenza della loro nullità "mentre il contratto rimane valido per il resto" (co. 1: "nullità di protezione").

Il fatto che la clausola di buona fede e correttezza venga evocata, come si è accennato, tra le regole fondamentali di comportamento nelle pratiche commerciali, e costituisca, negli spazi non coperti dalle presunzioni, di cui agli artt. 33 e 36 cod. cons., elemento di valutazione della vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionista e consumatore, è indice di una scelta di politica legislativa nel senso di limitare nel settore consumeristico la libertà contrattuale delle parti, imponendo un controllo sulle modalità di contrattazione adottate in condizioni di disparità economica e (soprattutto) informativa: significativa in questo senso, tra le altre, la previsione contenuta nel comma 4 dell'art. 34 cod. cons., laddove si stabilisce che "non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale".

Alla giurisprudenza spetta ora il compito di dare concretezza ad una normativa ancora troppo recente — e soprattutto adottata su impulso esterno all'ordinamento italiano — per consentire giudizi definitivi.