

CAPITOLO 4

LA BUONA FEDE

GUIDA 1. Il rapporto obbligatorio e il rapporto contrattuale: buona fede e correttezza 1.2. Evoluzione interpretativa relativa al concetto di buona fede 1.3. *Segue*: Buona fede e giustizia contrattuale 2. La concretizzazione del principio di buona fede: la controversa figura dell'abuso del diritto 3. *L'exceptio doli* e l'abuso del processo 3.1. L'Adunanza Plenaria del 23 marzo 2011, n. 3: divieto di abuso del processo e pregiudiziale amministrativa 4. Buona fede come regola di comportamento o di validità dei contratti? 5. Buona fede e diligenza: gli obblighi di protezione.

1. Il rapporto obbligatorio e il rapporto contrattuale: buona fede e correttezza.

Nel capitolo precedente riguardante le fonti dell'obbligazione si è evidenziato come la disciplina dell'obbligazione considerata in maniera isolata dalle sue fonti ne dà una visione parziale ed incompleta. In un'ottica di completamento dell'oggetto dell'indagine che ci occupa, occorre dunque guardare alle fattispecie previste come fonti di rapporti obbligatori. In questo senso l'obbligazione che deriva dalla fonte contrattuale è regolata dalle norme sul contratto in generale, ma anche dalle disposizioni delle parti così come dalle norme sull'obbligazione, conseguentemente la disciplina sull'obbligazione può essere intesa come una disciplina che integra quella del rapporto contrattuale e viceversa, a seconda della prospettiva da cui si parte, ben potendo essere quella dell'atto negoziale (contratto), ovvero degli effetti dell'atto stesso (l'obbligazione è infatti un rapporto attraverso il quale si realizza il programma contrattuale costituendone momento esecutivo, in quanto adempiere l'obbligazione significa eseguire il contratto ¹).

¹ BIANCA, *Diritto civile*, Vol. IV, Giuffrè, Milano, 1994, 13.

L'interferenza tra l'art. 1175 c.c. e l'art. 1375 c.c. A livello sistematico l'interferenza delle norme di cui all'art. 1175 c.c. in tema di obbligazioni e di cui all'art. 1375 c.c. in materia contrattuale è stata foriera di un ampio dibattito a livello dottrinale e giurisprudenziale di cui ci apprestiamo a delineare l'evoluzione.

L'art. 1175 c.c. prevede che il debitore ed il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza nello svolgimento del rapporto obbligatorio. La norma rappresenta una clausola aperta e generale del sistema ed è ribadita da diverse previsioni normative che ne costituiscono diretta applicazione, non si esaurisce però nei singoli richiami normativi, bensì assume valenza programmatica e precettiva². Il principio di correttezza è quindi dotato di autonoma rilevanza e si ritiene violato, con conseguente responsabilità addebitabile, anche aldilà del caso in cui vi sia un comportamento scorretto lesivo di una posizione soggettiva tutelata da una specifica norma³. Con disegno di legge n.2284 del 2011, è stata data delega al governo per apportare modifiche al codice civile innovando l'art. 1175 c.c. e sancendo la sussistenza, in capo a entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio, degli obblighi accessori di protezione dei diritti personali e patrimoniali della controparte.

Il principio di correttezza si identifica con il principio di buona fede? La *querelle* interpretativa verte intorno alla possibilità di identificare il principio di correttezza con quello della buona fede che, a più riprese, è enunciato da tutta una serie di disposizioni in materia contrattuale, quali ad esempio quelle relative alle trattative (art. 1337 c.c.), all'interpretazione (art. 1366 c.c.) ed all'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), con riferimento ad un ambito che copre sia la *fase statica*, sia la *fase dinamica* del rapporto obbligatorio:

Tesi contrarie:

- a) *distinzione sul piano soggettivo;* – secondo un primo orientamento le due norme si differenziano da un punto di vista soggettivo, in quanto l'art. 1375 si rivolgerebbe al solo debitore, imponendogli un certo comportamento nell'adempimento dell'obbligazione, mentre l'art. 1175 avrebbe come destinatari entrambe le parti⁴;
- un'altra teoria, sempre distinguendo in base ai rispettivi destinatari, considera l'art. 1175 c.c. una norma riferita esclusivamente al creditore, poiché il debitore è interessato da altre disposizioni, quale ad esempio l'art. 1176 c.c. che pone a carico dello stesso la diligenza del buon padre di famiglia nel momento dell'adempimento⁵;

Critica Ad entrambe le teorie è stato obiettato che distinguere i due concetti in base ai soggetti del rapporto è fuorviante, in quanto ritenere ad

² Cass., 3362/89; Cass., 755/82.

³ RODOTÀ, Il foro padano 64, I, 1283; Cass., 3775/94.

⁴ NICOLÒ, *Adempimento (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 558.

⁵ FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Giuffrè, Milano 1947, 323; GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, in *NsDI*, XI, Torino 1965, 148; BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Zanichelli, Bologna 1959, 323.

esempio che la buona fede esecutiva *ex art. 1375 c.c.* si rivolga solo al debitore, significa non considerare che l'esecuzione non coincide esattamente con l'adempimento, bensì si inserisce in un ambito più ampio che va ad abbracciare il complesso dei diritti e degli obblighi scaturenti dal contratto senza che possa essere decisiva la posizione attiva o passiva dei protagonisti del rapporto ⁶.

– secondo un altro insegnamento i due concetti si differenzerebbero sul piano applicativo, nel senso che il criterio della correttezza si riferirebbe esclusivamente alla materia delle obbligazioni con fonte diversa dai contratti e si caratterizzerebbe per una intensità minore rispetto al criterio della buona fede applicabile solo in materia contrattuale ⁷. In senso contrario si è rilevato come da un punto di vista sistematico la distinzione non è soddisfacente poiché la materia contrattuale rientra essa stessa nella materia delle obbligazioni ⁸;

b) distinzione sul piano applicativo

– ulteriore dottrina evidenzia una differenza di contenuti tra i due principi. Mentre la correttezza comporterebbe obblighi negativi, racchiudibili nella formula dell'*alterum non laedere* e nell'esigenza di un comportamento che tenga ben presente il rispetto e l'integrità degli interessi altrui, la buona fede imporrebbe più penetranti obblighi positivi in termini di collaborazione attiva alla promozione degli interessi della collettività ⁹. Se la teoria in oggetto ha il pregio di evidenziare che i due criteri discendono dal principio generale della solidarietà sociale previsto e disciplinato dall'art. 2 Cost., non coglie nel segno laddove insiste su una diversità di contenuti che è perlopiù descrittiva, in quanto sono le diverse realtà fattuali che connotano i due principi a guisa di reazione ad un'identica regola, appunto il principio di solidarietà, che chiaramente si conformano a seconda dell'evoluzione del rapporto obbligatorio ¹⁰;

c) distinzione in base al contenuto

– la dottrina prevalente ha quindi optato per la sostanziale identità concettuale della correttezza e della buona fede oggettiva (intesa come dovere di comportarsi lealmente nella esecuzione del contratto ed in ciò differenziandosi dalla buona fede soggettiva sussumibile nell'ignoranza di ledere l'altrui diritto) ¹¹. Si afferma che non sono aprioristica-

Tesi prevalente: identità concettuale dei due principi

⁶ GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli 2003, 548.

⁷ BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Giuffrè, Milano 1948, 789.

⁸ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Tratt. di dir. civ. e comm. dir.* da Cicu e Messineo 1974, 11.

⁹ BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano 1953, 63.

¹⁰ GAZZONI, *op. cit.*, 549.

¹¹ NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo correttezza*, in *BBTC* 1961, I, 157; MICCIO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Utet*, Torino 1966, 50; BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *RDC* 1983, I, 86; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja Branca*, Bologna-Roma 1990, 290; BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *DI IV civ.*, Torino 1988, 176.

mente individuabili le due ipotesi e le stesse si pongono come fonte di nuovi oneri e doveri a carico delle parti in un'ottica di arricchimento del rapporto obbligatorio. Inoltre entrambi i criteri leniscono le conseguenze della brutta applicazione della stretta legalità ai fini della valutazione del comportamento tenuto dalle parti, considerando come la legittimità di un comportamento è dal giudice esaminata in concreto alla luce della funzione correttiva dei due principi in esame. Ed allora il giudice, in base alle allegazioni ed alle prove dedotte, d'ufficio potrà valutare la legittimità del comportamento, nonché dichiarare ammissibile l'esperibilità di una *exceptio doli generalis* (si veda *infra* par. 3) laddove la stessa sia prospettata dalle parti¹². L'orientamento è chiaramente espressione del pensiero¹³ secondo cui la solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. incardina l'intero campo del diritto privato e dei rapporti intersoggettivi, non limitandosi alla materia obbligatoria *stricto sensu*, e nella cui specificazione fa rientrare i criteri della correttezza e della buona fede.

*L'art. 1175
c.c. nell'evoluzio-
ne giurisp-
rudenziale*

La giurisprudenza ha inizialmente avuto un atteggiamento di chiusura rispetto all'applicazione di un criterio quale quello insito nell'art. 1175, che mal si coniuga con il rigoroso ossequio del principio della certezza del diritto. L'originaria tendenza dei giudici è stata quella di attenersi ad una valutazione legata alla stretta legalità, senza lasciare troppo spazio all'applicazione di principi legislativi che avessero la forza propulsiva di innovare i precetti giuridici alla luce di esigenze morali¹⁴. Gli orientamenti giurisprudenziali più recenti denotano invece ammiccamenti più marcati verso il pensiero della dottrina prevalente sopra citata, interpretando la regola della correttezza quale parametro che consente una valutazione comparativa degli interessi delle parti con gli adeguati correttivi ad un'applicazione rigorosamente fedele allo *strictum ius*, sino al punto di individuare nell'art. 1175 c.c. il fulcro della disciplina delle obbligazioni¹⁵.

¹² NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo correttezza*, in *BBTC* 1961, I, 162.

¹³ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano 1965, 162; ALPA, in *RDComm* 1971, II, 277; DI MAJO, *op. cit.*, 214.

¹⁴ Cass., 5610/1980, ritiene che agisca correttamente il creditore od il debitore che scrupolosamente si attiene alle prescrizioni di legge, mantenendosi rigorosamente nei limiti delle stesse, ma non tenendo conto della situazione sostanziale dell'altra parte; ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano 1983, 171 ss.; NICOLÒ, *op. cit.*, 247; NATOLI, *op. cit.*, 157; STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *RDComm* 1964, I, 163.

¹⁵ Cass., 2252/2000; Cass., 12310/1999; Cass., 831/1998; Cass., 755/1983; Cass., Sez. Un., 5688/1979, la pronuncia si segnala per aver considerato la violazione dell'obbligo di correttezza quale fonte di responsabilità, assurgendo lo stesso principio ad autonomo dovere giuridico la cui violazione non deve essere necessariamente legata ad un diritto tutelato espressamente da una specifica previsione normativa.

La casistica è ricca in materia di contratto di lavoro: si annoverano applicazioni concrete del principio di correttezza e buona fede per quel che riguarda l'espletamento di concorsi¹⁶, la scelta tra più dipendenti da promuovere o licenziare in caso di licenziamento collettivo¹⁷ ed in tema di trasferimento, sottoposizione a cassa integrazione, trattamento retributivo e malattia dei dipendenti anche di enti pubblici economici e di aziende municipalizzate¹⁸. Si è altresì fatto ricorso ai principi in esame in tema di contratti di assicurazione per quel che concerne la responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti¹⁹, nonché nell'ambito della fideiussione *omnibus* nel settore bancario alla luce della modifica degli artt. 1938 e 1956 ad opera della l. 154/1992²⁰.

La vicenda evolutiva della buona fede ha quindi influenzato la stessa complessiva riflessione sul contratto e sui rapporti tra autonomia privata, ordinamento, ruolo del giudice nella risoluzione delle controversie contrattuali, valori costituzionali e metagiuridici²¹. Questa intensa incursione della buona fede in ambiti tradizionalmente riservati al programma negoziale definito dai contraenti nella convenzione ha richiesto la composizione di opposte visioni liberistiche e solidaristiche dell'autonomia negoziale²². Gli orientamenti di decisione dei giudici nel contemperare le opposte esigenze denotano un atteggiamento nella risoluzione dei conflitti di interesse alla stregua della buona fede perlopiù aderente al rispetto del vincolo contrattuale, in termini di coerenza e di compatibilità con lo stesso²³.

*Nuove
prospettive*

¹⁶ Cass., 13922/2001; Cass., 14547/1999.

¹⁷ Cass., 11875/2000: "la correttezza evita che la discrezionalità si trasformi in arbitrio e si risolve nella trasparenza ed imparzialità dei criteri di valutazione dei requisiti dei singoli dipendenti, criteri sindacabili dal giudice in termini di ragionevolezza e congruità della motivazione" [GAZZONI, *op. cit.*, 549]; Cass., 4724/1998.

¹⁸ Cass. Sez. Un. 1323/1997; Cass., 1015/1988; Cass., 1431/1988; Cass., 6158/1988. In materia di contratto di lavoro v. di recente, Cass. civ., sez. lav., 7 novembre 2005, n. 21479, *Giust. civ. Mass.* 2005, f. 7/8; Cass. civ., sez. lav., 1 luglio 2005, n. 14046, *Giust. civ. Mass.* 2005, f. 6.

¹⁹ Cass., 11916/1995; Cass., 7974/1991; Cass., 6233/1987; Cass., 6851/1986.

²⁰ Cass., 6414/1998; Cass., 7050/1997. Vedi inoltre in tema di società di intermediazione Cass., 7 aprile 2006 n. 8229, *Diritto e giustizia*, 2006, n. 46, f. 22; in tema di leasing finanziario, Cass., 29 aprile 2004 n. 8218; in materia di assegni circolari, Cass., 7 luglio 2003 n. 10695, *Giust. civ. Mass.* 2003, f. 7-8 e Cass., 21 dicembre 2002 n. 18240, *Giust. civ. Mass.* 2002, 2236.

²¹ Per un'ampia disamina dell'impiego della buona fede in campo contrattuale v. D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, vol. XIII - t. IV, 2004 (*Tratt. di dir. priv. dir.* da Bessone).

²² Nel senso della buona fede come espressione del dovere di solidarietà v. Cass., 16 ottobre 2002 n. 14726, *Danno e resp.* 2003, 174; Cass., 5 novembre 1999 n. 12310, *Foro pad.* 2000, I, 348; Cass., 18 ottobre 2004 n. 20399, *Giust. civ. Mass.* 2004, f. 10.

²³ Cass., 30 dicembre 1997, n. 13131, *Giust. civ. Mass.* 1997, 2456; Cass., 3 febbraio 1994, n. 1091, *Foro padano* 1996, I, 7.

Non sono mancati anche *dicta* giurisprudenziali ²⁴ che configurano una buona fede non solidale, ma antagonista all'autonomia privata ed al programma stabilito dai contraenti, così trasponendo la buona fede da fonte integrativa del regolamento contrattuale a criterio di controllo della validità delle pattuizioni private, per non dire della possibilità che divenga criterio di costruzione ed inserzione di regole del rapporto sostitutive di quelle enunciate nella convenzione.

Sempre nel segno dell'espansione dell'influenza della buona fede contrattuale si segnalano innovazioni di origine comunitaria ed indici evolutivi dell'ordinamento ²⁵, dai quali si evince una direttiva comune a quelli che sono contratti stipulati in situazione di asimmetria di potere negoziale dei contraenti. Alla luce di questo quadro normativo si invoca la prospettiva di generalizzazione di queste regole poste dalla normativa speciale inerenti ai criteri di controllo di validità dei contratti alla stregua della conformità a buona fede dei loro contenuti.

A conforto di questi fermenti non si possono dimenticare i "Principi dei contratti commerciali internazionali" UNIDROIT ed il corpo di norme in materia contrattuale elaborato dalla Commissione Lando, testi normativi che esplicitano ancor più il ruolo della buona fede e della correttezza, quale criterio di risoluzione delle controversie e di adattamento delle stipulazioni negoziali ²⁶.

1.1. *Evoluzione interpretativa relativa al concetto di buona fede.*

Di seguito si descriverà l'evoluzione giurisprudenziale nell'interpretazione e applicazione della clausola generale della buona fede, che ha conosciuto essenzialmente una triplice evoluzione. Ciascuna fase di tale evoluzione verrà vagliata, più nel dettaglio, nei paragrafi successivi.

Prima fase: buona fede come strumento di integrazione degli obblighi derivanti dal contratto

1) Nella prima fase, ormai consolidata, si è assistito alla **trasformazione della buona fede da mero criterio per la valutazione delle condotte a strumento di integrazione degli obblighi discendenti dal contratto** in capo alle parti tramite la determinazione e l'individuazione di condotte ulteriori.

²⁴ Cass., 3362/1989.

²⁵ Gli artt. 1469-bis e ss. c.c., introdotti dall'art. 25 della l. 52/1996, in attuazione della direttiva 93/13/CEE, ora confluiti nel d.lgs. 206/2005; la l. 192/1998 in tema di subfornitura, emanata tenendo conto anche di regole elaborate in sede comunitaria; la l. 142/1992 sul credito al consumo; il d.lgs. 58/98 per i contratti di investimento finanziario; la l. 108/96 in tema di usura; il d.lgs. 427/1998 sulla vendita di multiproprietà; il d.lgs. 231/2002 in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

²⁶ Per approfondimenti si veda CARINGELLA, *Studi di Diritto Civile*, Giuffrè, Milano 2003, 1689 ss.

Fino alla metà degli anni Settanta si pensava che le fonti di integrazione del contratto fossero quelle enucleate dall'art. 1374, c.c., intitolato "integrazione del contratto" (ossia precisamente la legge, gli usi e l'equità) e che l'art. 1375, c.c., concernente l'esecuzione del contratto secondo buona fede, ritenuto formalmente e sostanzialmente slegato dall'art. 1374, fosse una norma tesa a valutare la correttezza del comportamento delle parti nell'esecuzione del contratto e non a stabilire quali sono gli obblighi diversi da quelli enunciati dal contratto che devono essere osservati dalle parti.

Viceversa la simbiosi dell'art. 1374 con l'art. 1375 è diventata molto nitida nell'evoluzione giurisprudenziale la quale ha portato a ritenere che **l'art. 1375 è una delle principali fonti di integrazione del contratto**, in quanto la clausola di buona fede, letta alla luce del **principio costituzionale di solidarietà ex art. 2 Cost.**, fa sì che le parti del contratto siano tenute non solo ad eseguire ciò che è previsto nel contratto ed a tenere i comportamenti imposti, in via integrativa (*ex art. 1374*), dalla legge, dagli usi e dall'equità, ma anche a porre in essere, ai sensi dell'art. 1375, quelle condotte che, in base a correttezza, siano necessarie per preservare in modo solidale l'utilità e l'interesse della controparte.

Dunque la parte nell'eseguire il contratto non si può porre in una dimensione egoisticamente protesa alla tutela del proprio interesse, ma deve adoperarsi solidaristicamente, entro i limiti di un sacrificio non apprezzabile (e per questo esigibile in quanto non eccessivo), onde tutelare l'interesse della controparte.

Il primo stadio evolutivo ci fa quindi percepire chiaramente come la parte, nell'eseguire il contratto, oltre ad eseguire le prestazioni contrattuali e quelle che si evincono dall'art. 1374, debba anche **modificare le proprie prestazioni, porre in essere prestazioni non previste²⁷, tollerare le modificazioni delle prestazioni altrui che non incidano significativamente sul proprio interesse, adempiere a doveri di avviso e di informazione, anche se non assunti espressamente nel contratto, ed esercitare correttamente poteri discrezionali** (vedi il potere disciplinare del datore di lavoro privato).

*Doveri del
contraente*

Si capisce, in sostanza, non solo come la buona fede diventi uno strumento teso a fissare le condotte dovute e non solo a valutarle, ma anche che detto canone, in quanto collegato ad una clausola generale caratterizzata da una naturale atipicità, rappresenti una fonte dal potenziale dirompente. Infatti, mentre le fonti di integrazione di cui all'art. 1374 sono tipiche (almeno la legge e gli usi) e generano com-

²⁷ Cfr. Cass., Sez. III, 15.2.2007, n. 3462

portamenti precisi, viceversa la buona fede, dotata di una potenzialità elevata, in quanto contenutisticamente elastica, impone tutti quei comportamenti, non predeterminabili, che in concreto siano necessari per salvaguardare l'altrui sfera nei limiti di un non apprezzabile sacrificio.

Obblighi di protezione

All'interno di questa prima fase un ulteriore passaggio consegna alla buona fede il ruolo di strumento non solo volto ad imporre, in via integrativa, le prestazioni necessarie per salvaguardare l'interesse contrattuale della controparte (ad esempio modificare la prestazione per consentire il soddisfacimento dell'interesse che la controparte persegue come da contratto), ma anche capace di prescrivere **condotte doverose ai fini della tutela di interessi dell'interlocutore estranei al contratto**. Questa sfaccettatura della buona fede integrativa, che amplia la sua sfera di applicazione, fa sì che il debitore, quando esegue il contratto, debba non solo tutelare al meglio l'interesse contrattuale della controparte, ma anche impegnarsi a proteggere efficacemente interessi diversi ed ulteriori quali, in particolar modo, la sfera personale e la salute della controparte. Il contratto non può essere infatti occasione di danno per gli interessi *extracontrattuali* del proprio *partner*.

Allora la buona fede diventa lo strumento per partorire i cd. **obblighi di protezione**, per tali intendendosi quegli obblighi comportamentali che sono finalizzati alla protezione della sfera personale, ovvero di un interesse che è estraneo al nucleo essenziale degli interessi specificamente perseguiti con la stipulazione contrattuale.

Buona fede come espressione del divieto di abuso del diritto

2) Le applicazioni della buona fede finora evidenziate sono in qualche misura contrassegnate da un minimo comune denominatore, ovvero il manifestarsi della buona fede quale strumento per imporre ad entrambe la parti comportamenti che, anche se non contrattualmente previsti, sono solidaristicamente doverosi per la tutela dell'interesse della controparte o persino di terzi. La dimensione che, invece, ci si appresta ad esporre disegna **la buona fede come clausola protesa a limitare funzionalmente le pretese creditorie** e, in generale, l'esercizio dei diritti (in applicazione estensiva del divieto degli atti emulativi scolpito, in tema di proprietà, dall'art. 833 c.c.). In questo senso la buona fede chiarisce, con ricadute giurisprudenziali particolarmente interessanti, che un diritto non è mai illimitato, con la conseguenza che la titolarità dello stesso, e nella specie di un diritto di credito, non conferisce in nessun caso un potere incondizionato di porre in essere comportamenti formalmente consentiti; all'opposto, in base al principio di solidarietà e di buona fede oggettiva, **un diritto conferisce un potere che conosce sempre un limite funzionale dato dalla ragione per cui l'ordinamento riconosce quel diritto**: i comportamenti oggetto

della posizione giuridica riconosciuta in base al tenore letterale della norma sono solo quindi consentiti in quanto obbedienti alla *ratio* che giustifica la generazione e la tutela della posizione stessa, al contempo delimitandone i confini.

Se il titolare tiene allora comportamenti formalmente consentiti dalla legge, ma per il perseguimento di finalità eccentriche rispetto a quelle in funzione delle quali l'ordinamento ha riconosciuto quello stesso diritto, e in particolare ove l'uso delle facoltà che la norma conferisce sia piegato a fini fraudolenti, abietti o capricciosi, l'esercizio del diritto è abusivo e pertanto non meritevole di protezione da parte dell'ordinamento: si crea in altri termini uno iato tra il dato formale per cui il comportamento è consentito dalla legge, ed il dato funzionale per cui le finalità perseguite dal soggetto entrano in conflitto con il fine principe che, solo, giustifica la creazione del diritto e, con essa, la meritevolezza della sua tutela da parte del tessuto ordinamentale.

3) L'ultima evoluzione della buona fede concerne la sua funzione di regola di validità dei contratti.

*Buona fede
come regola
di validità dei
contratti*

Sino ad ora si è osservato come il ruolo della buona fede sia essenzialmente teso a valutare se i comportamenti delle parti siano conformi al contratto o ad imporre comportamenti che, sebbene non derivino dal contratto, discendono dalla buona fede stessa.

Sul piano sanzionatorio la violazione del canone di buona fede, nella sua dimensione tradizionale di regola tesa alla valutazione della correttezza comportamentale o all'imposizione di comportamenti doverosi, comporta essenzialmente due rimedi.

La sanzione cardinale per la violazione di una regola che impone comportamenti non può che essere il risarcimento del danno cagionato dal comportamento illecito: se si tiene un comportamento contrario a buona fede si ha quindi la violazione di un obbligo sanzionabile sul piano della responsabilità precontrattuale o contrattuale a seconda che si tratti di condotta che precede la stipula del contratto o ne viola le prescrizioni; alla responsabilità si affianca ovviamente, nel secondo caso, la risoluzione del contratto se l'inadempimento è qualificabile come grave *ex art. 1455 c.c.*

La seconda sanzione è la paralisi, con *l'exceptio doli generalis*, dell'azione che concreti l'esercizio di un diritto abusivo a cui non può essere fornita tutela alla luce della buona fede intesa come limite alle pretese creditorie.

In uno sforzo volto ad ampliare ulteriormente la sfera applicativa della buona fede ci si è allora interrogati sulla possibile configurabilità di un'ulteriore sanzione tesa ad invalidare la stipulazione del contratto che sia il frutto di condotte contrarie a buona fede.

L'ammissibilità di questo rimedio affiderebbe allora alla buona fede non più un ruolo di controllo delle condotte doverose al fine di portare a compimento l'assetto di interessi partorito dall'autonomia negoziale spesa nel contratto; ma, all'opposto, una funzione antagonistica rispetto all'autonomia negoziale, tesa cioè a verificare non le condotte necessarie per darvi attuazione compiuta (in un'ottica che vede la buona fede come strumento che aiuta l'autonomia negoziale a spiegare i suoi effetti), ma la congruità dell'assetto di interessi plasmato con l'atto di autonomia (in una logica che vede la buona fede come strumento di contrasto di un'autonomia negoziale che produca frutti iniqui od ingiusti).

Buona fede come strumento di controllo dell'autonomia negoziale

Ebbene, **la dottrina più innovativa reputa di elevare la buona fede a strumento di controllo dell'autonomia negoziale e, quindi, di sindacato sulla conformità del contratto, in quanto tale, al precepto di buona fede; la buona fede assurge, dunque, a regola di validità del contratto la cui violazione comporta la nullità virtuale della stipulazione, ex art. 1418, co. 1, per violazione della norma imperativa che impone condotte corrette in sede di stipulazione.** L'ingresso nell'ordinamento di uno strumento di tal fatta porterebbe a ricadute pratiche di non poco momento se solo si pensi, ad esempio, che varrebbe a tacciare di invalidità il prodotto dell'autonomia negoziale che partorisca uno squilibrio nell'assetto dei diritti e degli obblighi capace di favorire la parte forte rispetto a quella debole; e tanto specie se si considera che la portata generale della clausola di buona fede le conferirebbe un ruolo di norma imperativa dalle potenzialità applicative pressoché illimitate.

A sostegno di questa interpretazione evolutiva si segnala la presenza di alcuni **casì codificati nei quali la legge dà rilevanza espressa alla buona fede e alla giustizia contrattuale ai fini della validità del contratto.**

Sono ipotesi nelle quali, per scelta legislativa, il contratto è nullo o comunque inefficace se il suo contenuto è iniquo ed ingiustificatamente squilibrato a favore di una parte ed in danno dell'altra, a causa dell'influenza negativa spiegata sul contenuto del patto dalla violazione dell'obbligo di correttezza con condotte integranti abuso della posizione egemone.

Giustizia contrattuale e ipotesi codificate

L'**art. 36 del Codice del consumo** ad esempio sanziona con la nullità di protezione le clausole abusive che innescano un significativo squilibrio a danno di una parte e a vantaggio dell'altra; nella specie l'ordinamento sanziona la violazione della c.d. *procedural justice*, ovvero l'ingiustizia non del contratto in quanto tale (*substantive justice*), ma in quanto frutto di un abuso perpetrato dalla parte più forte (il

professionista) ai danni dell'antagonista più vulnerabile (il consumatore). Infatti, la stessa operazione negoziale intrapresa tra due professionisti o tra due consumatori (tra parti quindi non asimmetriche) non sarebbe sindacabile; questa diventa invece sindacabile in quanto frutto di una relazione asimmetrica in cui, senza una vera trattativa individuale paritetica, si registra un utilizzo distorto della posizione di maggiore forza contrattuale del professionista nei confronti del consumatore.

L'ordinamento riconosce invece rilevanza alla *substantive justice* nell'usura. Nella nuova configurazione dell'usura (su cui si veda lezione 4), dopo la legge 108/96, che civilisticamente si è tradotta nella riscrittura dell'art. 1815, c.c., un mutuo è considerato usurario quando (e solo per il fatto che) gli interessi superano la soglia dell'usura come perimetrata con le rilevazioni periodiche di cui all'art. 2 della stessa legge 108/96. L'ordinamento ha allora abbracciato ormai una nozione meramente oggettiva dell'usura, in cui il negozio viene qualificato come ingiusto (usurario) sol che quantitativamente sia inaccettabile in base alla soglia dell'usura.

A fronte di questi casi specifici nei quali la legge sanziona con la nullità la violazione della regola di correttezza e di giustizia contrattuale che si traduca in un programma iniquo e contrario alla buona fede, viene da chiedersi se queste disposizioni vivano in splendida solitudine ovvero siano espressione di un principio di portata più generale, con la conseguenza che vanno considerate come nulle (o perlomeno inesigibili e quindi inefficaci *ex bona fide*), al di là dei casi specifici, anche quelle clausole o quei contratti che siano palesemente iniqui e fortemente squilibrati. Questo approdo innovativo va ovviamente delimitato per non risultare, già ad una prima analisi, inaccettabile: le basi normative su cui fondare l'idea di un sindacato sull'ingiustizia in sé rimangono allo stato dell'arte non sufficientemente salde (salvo l'usura) ed allora sarebbe preferibile dirottare l'analisi sui casi in cui nel corso delle trattative vi sia stata la violazione del canone della *procedural justice* in rapporti asimmetrici concretizzatasi in un prodotto ingiusto a causa dell'abuso della condizione di maggiore forza di una parte ai danni della condizione di debolezza della controparte. E tanto anche in omaggio alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che dedica un intero capo (Capo IV) alla "solidarietà"; nonché ai principi del diritto europeo dei contratti (segnatamente art. 1:102), che danno sfogo ad una prepotente **contaminazione tra regole di comportamento e regole di validità**, elevando buona fede e correttezza alla soglia di norme imperative capaci di consentire un sindacato intrinseco e penetrante sul cuore dell'autonoma negoziale, sfatando il mito della sua insindacabilità.

*Giustizia
contrattuale
e solidarietà
sociale*