



BREVE ANALISI COMPARATA SULLA CLAUSOLA GENERALE DELLA BUONA FEDE

IVANA MUSIO

SOMMARIO: 1. La clausola generale della buona fede nel contesto delle clausole generali: un breve *excursus* storico. – 2. La clausola generale della buona fede in Italia. – 3. La clausola generale della buona fede in Francia: un confronto con l'Italia. – 4. La clausola generale della buona fede in Germania: un confronto con l'Italia. – 5. La *good faith*: un confronto tra gli ordinamenti di *common law* e *civili law*. – 6. La clausola generale della buona fede nell'ordinamento comunitario.

1. Il tema delle clausole generali ed, in particolare, quello della buona fede, è da sempre oggetto di un imponente dibattito dottrinale e giurisprudenziale nell'esperienza dei vari ordinamenti continentali. Nel corso dei secoli, anche a seguito degli avvenimenti storico-politici ed all'evoluzione delle culture europee, il ruolo giuridico e la funzione sociale attribuiti alle clausole generali sono mutati nel tempo, si sono trasformati, ampliati, sviluppati in relazione alle sempre nuove esigenze del diritto.

Le clausole generali costituiscono particolari norme, dette anche “norme in bianco”, che si caratterizzano per la loro espressione generica, vaga, elastica che permette al giudice di interpretare i principi sottesi al diritto in chiave evolutiva. Esse costituiscono uno strumento legislativo che permette all'ordinamento di evolvere e di adeguarsi alle esigenze della società, attraverso un'attività giurisprudenziale di auto-integrazione di alcune lacune normative, per loro natura strutturali. Grazie all'utilizzo di tali strumenti tecnico-concettuali è possibile attuare un raccordo, ovvero un contemperamento, tra norma positiva e valori etico-sociali; infatti, grazie alla natura elastica delle clausole generali, tali valori ispirano direttamente determinati modelli giuridici, permanentemente recepiti nel sistema normativo.

La clausola generale viene concepita ed utilizzata in maniera diversa a seconda che ci si trovi in un sistema di *civil law* o in uno di *common law*. Negli ordinamenti di *civil law*, infatti, le clausole generali costituiscono una vera e propria tecnica legislativa, alquanto ricorrente, utilizzata per migliorare le potenzialità operative delle altre norme e per conferire maggiore elasticità alla struttura della codificazione. In tali ordinamenti, le clausole generali individuano orientamenti ed indirizzi di carattere generale, grazie ai quali il giurista può disciplinare, nel rispetto delle regole, i rapporti tra gli individui rifacendosi a concetti elastici e dinamici, capaci di sostenere la natura evolutiva del diritto. Nonostante le diversità strutturali e funzionali che caratterizzano le clausole generali nell'ambito dei singoli ordinamenti giuridici, è possibile rilevare,



tuttavia, una comune preoccupazione nei diversi sistemi giuridici, rispetto alle problematiche interpretative ed applicative derivanti da tali strumenti legislativi; l'utilizzo delle clausole generali, infatti, pone problemi interpretativi di non facile soluzione. Espressioni quali: “buona fede”, “correttezza”, “diligenza” appaiono, per certi versi, formulate in modo così generico e vago, da rischiare di divenire, in talune ipotesi, enunciazioni astratte, prive di qualsiasi risvolto pratico. Il pericolo maggiore, infatti, è rappresentato proprio da una certa indeterminatezza del contenuto di tali clausole, che condiziona, in taluni casi, la definizione dei relativi confini di applicazione.

Tra le clausole generali, la buona fede riveste un ruolo peculiare, dal momento che essa rappresenta uno strumento concettuale e tecnico concepito dalla teoria e dalla prassi dei vari ordinamenti, in maniera da attraversare trasversalmente tutto il campo degli istituti fondamentali del diritto civile, ed in particolare dell'area del contratto. La buona fede non può essere ricondotta ad una singola formula in grado di racchiudere la complessità dei suoi molteplici aspetti; affianco a tali difficoltà qualificatorie, è ancor più rilevante, come testimoniato dall'ampia e contrastante giurisprudenza, la problematica della specificazione delle sue modalità applicative.

La buona fede è una nozione che ha vissuto periodi di minore o maggiore rilevanza nei diversi sistemi giuridici, a seconda del periodo storico e culturale, ma, comunque, nel corso dei secoli, ha goduto di un costante e crescente interesse di giurisprudenza e dottrina che ne hanno, via via, modificato e rafforzato la portata. La buona fede (*bona fides*) nasce con il diritto romano¹ che, sostanzialmente, ne ha

¹ Per un'esauritiva analisi dell'*excursus* storico delle clausole generali, ed in particolare, della clausola generale della buona fede, si veda G. MERUZZI, *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Milano, 2005, p. 150 e ss. che descrive l'evoluzione storica della buona fede dal diritto romano all'età delle codificazioni. Interessante è l'approfondimento che l'Autore dedica alla nozione di *bona fides* ed allo studio del diritto romano, in particolare, alla incidenza che esso assume sul principio di buona fede come attualmente concepita. Inoltre, merita rilievo l'opera del Meruzzi, perché sintetizza efficacemente la mole di lavoro svolto dagli studiosi del diritto romano, rendendo, così, agevole, la comprensione dell'impegnativo *excursus* storico in cui si è cimentato. Si confronti, altresì, tra i vari testi di storia del diritto romano, quelli di: M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: "leerformeln" e valori tutelati dall'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14, 15, 16 giugno 2001), a cura di GAROFALO, Padova, 2003, vol. IV; P. D. SENN, *Buona fede nel diritto romano*, in *Digesto, disc. priv. sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 129 e ss. Secondo il Talamanca la *bona fides* è il tramite che permette l'ingresso, nei *iudicia bonae fidei*, di regole di correttezza che consentono di raggiungere un adeguato contemperamento degli interessi in causa. Senn, invece, si sofferma sulla nozione di *fides* e *bona fides* ed ammette che solo la seconda è un concetto giuridico. Tra gli studiosi della tradizione romana, si vedano, inoltre: M. J. SCHERMAIER, *Bona fides in Roman contract law*, in *Good faith in European Contract Law*, a cura di R. ZINNERMANN, S. WHITTAKER, Cambridge, 2000, p. 54 e ss.; R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 703 e ss.; X. GUODONG, in www.dirittoestoria.it; quest'ultimo, in particolare, ha approfondito la tematica della buona fede nel diritto romano partendo da *Quintus Mucius Scaevola* che per primo introdusse l'*actio bona fidei* tra



riconosciuto due ambiti applicativi: da un lato, quello dei diritti reali, in cui essa è definita come buona fede soggettiva, ovvero lo stato psicologico del soggetto, la sua convinzione di non violare alcun diritto; dall'altro, quello dei contratti, in cui essa diventa buona fede oggettiva, ovvero l'obbligo di comportamento per i contraenti, ulteriore rispetto all'obbligo di adempimento, secondo standard generali di correttezza e lealtà. Con l'evoluzione della società romana da società agricola a società commerciale, il focus del diritto si spostò dal diritto reale al diritto contrattuale, sancendo una maggiore rilevanza applicativa della buona fede oggettiva che ancora oggi alimenta elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali.

La *bona fides*, intesa nel senso di buona fede oggettiva, nasceva sulla base del rapporto di connessione tra *ius civile* e *ius honorarium*, con l'affermarsi dei c.d. *iudicia bonae fidei* che erano giudizi costituiti dai pretori romani in sostituzione ed in alternativa ai tipici procedimenti di diritto civile. Tali giudizi modificavano profondamente il diritto romano dei contratti, introducendo una superiore tutela basata su esigenze socialmente riconosciute, a prescindere dagli elementi sostanziali e formali tipici dello *ius civile*. Di fatto, i *iudicia bona fidei* permettevano di tenere conto di valori etici e sociali, attraverso l'introduzione di regole di correttezza che godevano, per la prima volta, di difesa processuale.

Mentre è difficile risalire con precisione al periodo storico in cui si è consolidato, attraverso i *iudicia bona fidei*, il concetto di *bona fides*, (secondo alcuni studiosi, tra cui Senn e Schermaier, già nel III sec. A.C., secondo altri, tra cui Talamanca, ancora all'inizio del I sec. A.C. esso non era ancora chiaramente delineato), la gran parte degli autori concorda sulla sua origine, quella della disciplina dei traffici commerciali tra i cittadini romani e i mercanti stranieri. Successivamente alla sua comparsa, e fino al VI sec. D.C., l'ambito dell'*actio bona fidei* si ampliò sempre di più, soprattutto grazie alla introduzione di una chiara distinzione tra obblighi di adempimento e obblighi di comportamento delle parti. La *bona fides*, da regola di mero rispetto della parola data, diventava una vera e propria regola del rapporto obbligatorio, assumendo la veste di fonte autonoma dell'obbligazione, distinta dal vecchio *ius civile*.

Nell'età medievale la *bona fides* acquistò nuovo vigore² infatti, durante il periodo del c.d. "diritto intermedio", essa, non solo venne riconosciuta giuridicamente

le altre azioni già riconosciute, quali: *l'actio tutelae*, *l'actio prosocio*, *l'actio fiduciae*, *l'actio mandati*, *l'actio ex empto*, *l'actio venditi*, *l'actio conducti*, *l'actio locati*.

² Con riferimento alla storia della buona fede nel periodo medioevale si veda, tra i vari: G. P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medioevale e moderno*, in *Digesto, disc. priv. sez. civ. II*, Torino, 1988, p. 133 e ss.; E. CORTESE, voce *Causa (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1961, p. 542; J. GORDLEY, *Good faith in contract law in the medieval ius commune*, in *Good faith in European Contract Law*, cit., p. 94 e ss.; A. DE VITA, *Buona fede e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 251, che evidenzia la stretta correlazione tra sviluppo della *law merchant* nel diritto inglese medioevale e l'introduzione del criterio di buona fede nella *common law*.



dall'ordinamento, ma cominciò ad assumere anche un ruolo più complesso ed importante nell'ambito delle obbligazioni. In particolare con il termine *bona fides* si descrivevano tre principali tipologie di condotte: l'obbligo delle parti di tener fede alla parola data, il divieto della parti di trarre vantaggio da propri comportamenti sleali, infine il dovere delle parti contrattuali di adempiere a quelle obbligazioni che, ancorché non espressamente previste, sarebbero ritenute giuste da una persona onesta e leale. Nell'ambito del consolidamento del concetto di buona fede, svolse un ruolo importante anche il diritto canonico, in base al quale la *bona fides* coincideva sempre di più con quello di coscienza, di morale, tant'è che i giuristi del "periodo intermedio" spesso finirono con l'identificare il concetto di *bona fides* con quello di *equitas*, dando inizio ad un allargamento dell'uso della buona fede oltre i limiti dell'interpretazione dello *ius strictum*. Nel corso del medioevo la *bona fides* assunse un ruolo sempre più centrale anche nell'ambito del commercio, in particolare internazionale, ed in tal senso diventava un criterio valutativo a tutti gli effetti. Proprio alla luce di queste considerazioni, la maggioritaria e più autorevole dottrina comparatistica afferma che la *lex mercatoria* medioevale rappresenta il più importante canale attraverso cui la buona fede viene riconosciuta, seppure in forme diverse, anche nel diritto anglosassone. In quel determinato periodo storico, si iniziava a sviluppare in parallelo al concetto di buona fede, quello di causa, elemento destinato ad assumere un ruolo sempre più centrale nel diritto dei contratti. Di conseguenza il *nudum pactum*, venne temperato dal riconoscimento della causa come condizione necessaria per rendere vincolanti gli accordi, introducendo il principio della meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti contrattuali.

Un nuovo impulso alla formulazione ed all'ampliamento del concetto di buona fede, è rilevabile nell'età della codificazione (in particolare tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo)³, come testimoniato dall'interesse mostrato dai giusnaturalisti, ad esempio Domat, Pothier, Rosmini, i quali consideravano la buona fede come il punto fondamentale della disciplina dei contratti onerosi. Tuttavia, la complessità delle relazioni tra giuspositivismo, codificazione ed ascesa del liberismo generò un restringimento dell'influenza della buona fede sui sistemi giuridici dell'epoca. Un esempio evidente di tale dinamica è dato dall'art. 1134 del *Code Napoléon*, che nel I e nel II comma dà rilevanza al concetto di autonomia contrattuale, riservando uno spazio minore, con un'unica menzione al III comma, alla buona fede in sede di esecuzione del contratto.

Nelle codificazioni dei vari ordinamenti contemporanei di *civil law*, il concetto di buona fede trova sempre spazio, anche se non ne viene mai descritto esplicitamente il contenuto, proprio in coerenza con la natura elastica ed evolutiva di clausola generale.

³ Con specifico riguardo, invece, all'opera di Jean Domat, si veda E. RUSSO, *Jean Domat, la buona fede e l'integrazione del contratto*, in *Vita not.*, 2002, p. 1245 e G. ALPA, *La buona fede integrativa: nota sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, vol. I, cit., p. 155 e ss.



Al contrario, nel sistema di *common law* i medesimi risultati vengono raggiunti attraverso una formulazione implicita e indiretta e, comunque, concettualmente diversa della buona fede. Per meglio comprendere la clausola generale della buona fede sarà necessario soffermarsi soprattutto sull'esperienza giurisprudenziale dei vari ordinamenti giuridici. Dopo averne delineato i profili concettuali, infatti, sarà importante analizzare il ruolo fondamentale del giudice chiamato ad applicare la norma, o meglio, a dar voce e senso alle clausole generali, pur muovendosi, in ogni caso, nel perimetro di ben determinati criteri di valutazione. A tal fine, a partire dalla contestualizzazione della clausola generale della buona fede nell'ordinamento italiano, nei paragrafi successivi vengono, dapprima approfondite, in diretta comparazione con l'Italia, le esperienze di Germania e Francia, e poi, con riferimento all'esperienza inglese, il confronto tra ordinamenti di *civil law* e ordinamenti di *common law*.

2. L'attuale codice civile italiano menziona più volte l'espressione buona fede (tra cui, agli artt. 535, 534, 936, 937, 938, 1147, 1153, 1155, 1159, 1162, 1175, 1337, 1358, 1375, 1415, 1416, 1445, 1460 c.c.). Il nostro legislatore usa il termine buona fede indistintamente, per fare riferimento sia alla c.d. buona fede soggettiva, sia alla c.d. buona fede oggettiva⁴.

In questo paragrafo viene approfondito, dapprima, l'esame della natura e della funzione della buona fede oggettiva nel diritto italiano, e, successivamente, l'esame della evoluzione dottrinale⁵ e giurisprudenziale, a partire dalle previsioni dei codici civili del 1865 e del 1942, fino agli orientamenti più recenti.

⁴ Come è noto per buona fede "soggettiva" si intende lo stato psicologico di un soggetto, ovvero la sua percezione della realtà, che si atteggia, di volta in volta: come erronea convinzione di agire in conformità del diritto, come ignoranza di ledere un diritto altrui, come affidamento in una situazione apparente, ma difforme dalla effettiva realtà giuridica. La buona fede intesa in senso "oggettivo" è, invece, riconducibile ad una esperienza generalizzata di un fatto o di un comportamento considerato in sé per sé, assumendo la natura di una obiettiva regola di condotta.

⁵ Per approfondimenti sulla natura giuridica e sulla funzione delle clausole generali in Italia si veda, tra gli altri: A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 59 e ss.; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21 e ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 1 e ss.; A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 455 e ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709 e ss.; S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 413 e ss.; E. FAGIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003, p. 25 e ss.; A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 21 e ss.; A. GUARNIREI, *Clausole generali*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 403 e ss.; P. RESCIGNO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *AA.VV., Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di L. CABELLA PISU e L. NANNI, Padova, 1998; G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *Iure Praesentia*, 1989, p. 426 e ss.; C. FOIS, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 433; N. IRTI, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984; V. MARINELLI, *Ermeneutica giudiziaria*, Milano, 1996; D. MESSINETTI, *I principi generali dell'ordinamento, Il pluralismo delle forme del linguaggio giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 7 e ss.; G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 475 e



Con riferimento alla natura della buona fede oggettiva è possibile rilevare, sul piano dottrinale, due differenti orientamenti rispetto alla molteplicità di riferimenti normativi presenti nel codice civile vigente. Da un lato, una parte della dottrina si è ispirata alla tradizione romanistica che intendeva la *bona fides* un principio etico consistente nell'onestà dell'agire. Tale orientamento ha ricondotto ad unità i ripetuti e differenti riferimenti del codice civile, individuando una sostanziale coincidenza tra la buona fede e la nozione di "correttezza", nella quale trovano espressione regole di comportamento e criteri di valutazione di tale comportamento conformi a onestà, lealtà e rettitudine, elementi necessari per la formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto⁶.

Dall'altro lato, una opposta dottrina ha rinunciato ad una visione unitaria dei diversi riferimenti normativi del codice, negando la coincidenza tra correttezza e buona fede, considerando la prima complementare alla seconda. Per tali autori la buona fede va intesa come "un atteggiamento di fedeltà che il soggetto ha rispetto al vincolo contrattuale"⁷.

Data la natura generale della clausola della buona fede, il concetto di buona fede mantiene una sua intrinseca flessibilità rispetto alle regole morali e di costume generalmente accettate e seguite dalla comunità in un determinato momento storico. Di conseguenza, nonostante la ricchezza e la fertilità dei diversi orientamenti dottrinali, non sembra auspicabile proporre una univoca definizione della buona fede, la quale appare come un criterio deontologico attraverso cui il legislatore ha voluto affermare il dovere dei soggetti di comportarsi, nei rapporti giuridici, secondo regole morali e di costume.

In tal senso, il punto cruciale è comprendere la funzione svolta dalla clausola generale della buona fede. Anche a tale riguardo, è possibile identificare due posizioni dottrinali contrapposte. Da un lato, coloro che attribuiscono alla buona fede la funzione "debole" di criterio di valutazione del comportamento di un soggetto, senza fare riferimento a principi o a modelli di comportamento prefissati, bensì rifacendosi a quello che è "l'apprezzamento della giuridicità di un comportamento in concreto"⁸.

ss.; R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, p. 19 e ss.; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985; G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972.

⁶ In tal senso, si veda: C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buone fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 403; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO e continuato da L. MENGONI, III, t.1 Milano, 1988, p. 433.

⁷ In merito si confronti E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 68 e ss.; E. DELL'AQUILA, *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980.

⁸ Così U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XVI, 1974, p. 6. Secondo tale impostazione, il criterio della buona fede opera solo in una fase successiva, *ex post*.



Secondo tale impostazione, il criterio della buona fede opera solo in una fase successiva, *ex post*, dal momento che solo le circostanze di fatto che di volta in volta si costituiscono, offrono forme concrete e valutabili secondo la loro corrispondenza alla buona fede dei soggetti. Sarà, quindi, compito del giudice effettuare una valutazione del comportamento del soggetto rispetto al caso concreto. Dall'altro lato, altri autori⁹ hanno affermato la valenza della buona fede quale fonte autonoma di diritti ed obblighi, attribuendo alla clausola generale la funzione "forte" di regola di condotta, dal momento che il giudice, per individuare un criterio di valutazione di un comportamento, dovrebbe fare riferimento all'esistenza di specifiche regole di condotta, necessariamente stabilite *ex ante*. Questa seconda posizione dottrinale è stata criticata da coloro che attribuiscono alla buona fede la peculiarità di concetto giuridico che si modella e si adegua alle singole situazioni e che, di conseguenza, è suscettibile, di volta in volta, di nuove e mutevoli applicazioni, grazie all'assenza di rigidi vincoli nei confronti di un concetto di buona fede stabilito *ex ante*, una volta per tutte.

L'adesione ad una delle diverse tesi è problematica e, forse, infruttuosa. Probabilmente è opportuno citare chi rinviene una soluzione alla luce di una terza posizione che attribuisce alla buona fede il compito di consentire ai giudici la valutazione del comportamento di un soggetto rispetto al caso concreto, pur in assenza di regole specifiche di condotta, ma comunque alla luce di principi e regole generali rilevanti in quel contesto¹⁰.

L'inserimento nel nostro ordinamento della clausola generale della buona fede oggettiva non fu accolta, nel periodo immediatamente seguente alla promulgazione del codice civile del 1942, con particolare favore da parte degli interpreti, tant'è che il prolungarsi dell'iniziale atteggiamento di diffidenza da parte della dottrina e della giurisprudenza italiana ha condizionato negativamente l'applicazione della clausola all'interno del nostro sistema giuridico.

Sotto la spinta della cultura positivista del secolo scorso, infatti, le clausole generali venivano viste come "la riprova della coerenza e della completezza del sistema positivo in grado di riequilibrare il sistema attraverso l'uso, appunto, delle clausole generali"¹¹: vissute come il prezzo da pagare per garantire tale equilibrio.

In Italia, così come in Francia, l'influenza delle teorie volontaristiche aveva già limitato fortemente l'intervento del giudice, ristretto alla mera verifica dell'esatto rispetto delle regole contrattuali. Infatti, già durante la vigenza del codice civile del 1865, sulla scia delle concezioni soggettivistiche che dominavano la teoria del negozio

⁹ Di questo orientamento, M. L. LOI, F. TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975, p. 19.

¹⁰ In tal senso, C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., p. 205 e ss.

¹¹ A. MUSIO, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 2001, p. 22. Così anche S. RODOTÀ, *La tecnica legislativa per le clausole generali in Italia*, in AA.VV., *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, cit., p. 46.



giuridico, si consolidò un orientamento volto a ridurre il ruolo della regola della buona fede, nonostante la previsione letterale dell'art. 1124 c.c. (secondo cui i contratti dovevano essere eseguiti in buona fede)¹². Un esempio di tale *sfavor*, coerente peraltro con la concezione individual-liberista imperante all'epoca nel nostro Paese, è riscontrabile nella negazione di sanzioni contro il comportamento di chi iniziasse delle trattative al fine di concludere un contratto e le interrompesse senza giustificato motivo.

Con il codice civile del 1942, il legislatore italiano ha operato scelte volte a proporre il modello dell'oggettivazione dello scambio contrattuale, così che non si pone più al centro dell'attenzione l'aspetto della volontà della parte quale unico fattore determinante in grado di produrre effetti giuridici, bensì la funzione economico-sociale del contratto e la giustificazione patrimoniale dello scambio. Tale c.d. oggettivazione ha determinato due principali conseguenze: da un lato lo spostamento del fulcro del contratto dal requisito del consenso a quello della causa; dall'altro lato, la prevalenza della dichiarazione sulla volontà, nel caso in cui dovesse sorgere divergenza tra la prima e la seconda. Si supera, quindi, il dogma della volontà a tutto vantaggio dell'affidabilità degli scambi, infatti, il contratto non viene considerato più quale strumento di composizione di interessi individuali ed egoistici, ma quale mezzo di collaborazione economica e cooperazione delle attività individuali per il raggiungimento di fini sociali. In tale processo di oggettivazione del contratto assume una particolare valenza la buona fede oggettiva ed in caso di discrasia tra volontà e dichiarazione prevale quest'ultima tutelandosi l'affidamento che si è venuto a costituire in capo ad un soggetto in seguito ad un determinato comportamento tenuto dalla controparte.

In realtà, ad una più attenta analisi dell'evoluzione di dottrina e giurisprudenza nel corso degli ultimi sessanta anni, emerge una certa resistenza alla adozione del principio di affidamento, dal momento che nel dopoguerra è stata ancora forte l'influenza delle precedenti teorie della volontà e del clima storico-culturale in cui era nato il codice del 1942. La concreta applicazione della buona fede avverrà solo lentamente, a seguito di un percorso di progressiva maturazione nell'interpretazione

¹² L'interpretazione prevalente sul piano operativo era condizionata, in larga misura, dal ruolo marginale svolto dal principio di buona fede. Secondo A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937, p. 107 e ss., non è possibile estendere il criterio della buona fede in *executivis*, art. 1124 c.c. del codice civile del 1865, alla fase delle trattative. Infatti, l'Autore afferma che: "Nella nostra legge manca l'affermazione di un principio generale sull'obbligatorietà di agire in buona fede. Quello che la dottrina tedesca ricava dalle disposizioni dei paragrafi 157 e 242 BGB che, come è stato notato, sono i paragrafi di più vasta applicazione di tutto quel codice, noi non possiamo dedurlo per applicazioni analogiche dal requisito di buona fede nell'esecuzione dell'obbligazione sancito dall'art. 1124 c.c., essendo troppo diversa anche riguardo alla posizione delle parti, la conclusione dei contratti e la loro esecuzione: altro è il rispetto dovuto alla persona della controparte nella trattazione, altra la buona fede che si deve portare nell'adempiere l'impegno assunto...Un principio generale che ponga l'obbligo di agire in buona fede o preveda sanzioni alla mala fede, non è stato sancito nel nostro diritto positivo."



degli aspetti più pregnanti della teoria dell'oggettivazione e del concetto di affidamento. Infatti, alla fine di tale percorso, la dottrina maggioritaria riconoscerà all'affidamento una funzione centrale soprattutto in ambito contrattuale, quale "criterio di intersoggettività" nella valutazione dei fatti. L'influenza del clima storico-culturale in cui era nato il codice civile del 1942 si è protratta fino alla fine degli anni 70 del secolo scorso, conducendo ad un sostanziale diniego da parte della dottrina e, soprattutto, della giurisprudenza, della rilevanza della clausola generale della buona fede, spesso ricondotta a formula retorica, priva di autonomo contenuto, la cui violazione avrebbe dato luogo a responsabilità per danni solo se fosse stato leso un diritto soggettivo già riconosciuto in base ad una norma. Nel periodo fascista si temeva, infatti, che eccessi di autonomia nella interpretazione della clausola generale della buona fede, avrebbero potuto mascherare interventi di tipo politico finalizzati a limitare l'autonomia privata. Secondo alcuni giuristi, invece, i principi di buona fede e correttezza altro non erano che il risultato di una elaborazione politica fondata sulla solidarietà corporativa, per cui con la caduta del regime, venendo meno tale tipo di collegamento si poteva considerare tacitamente abrogata la norma¹³.

Anche negli anni successivi alla fine della seconda guerra mondiale, la giuridicità del principio di buona fede ha continuato ad essere sostanzialmente osteggiata; emblematica al riguardo è la sentenza della Cassazione n. 357 del 1963¹⁴ secondo cui la buona fede esecutiva troverebbe una sua collocazione nell'ambito dell'esperienza giuridica, solo se concretizzatasi in specifiche norme positive. In altri termini la violazione dei doveri di lealtà e correttezza non veniva reputata illegittima o colposa, né poteva essere fonte di responsabilità per danni, in assenza di una legge ad hoc che ne prevedesse una specifica sanzione. In altre occasioni, tale atteggiamento giurisprudenziale¹⁵ ha condotto a formali richiami del concetto di buona fede, ma con parametri eccessivamente generici, tali da svuotare di valore la norma stessa, così come quando si è collegata la buona fede al principio di solidarietà sociale, acuendo la

¹³ In tal senso G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 412 e ss.

¹⁴ Cass. 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro pad.*, 1964, I, c. 1283 con nota di S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, secondo cui la buona fede esecutiva troverebbe una sua collocazione nell'ambito dell'esperienza giuridica solo in quanto concretizzatesi in specifiche norme positive, cioè la violazione della buona fede darebbe luogo a responsabilità per danni solo nell'ipotesi in cui venisse leso un diritto soggettivo. "I doveri generici di lealtà e correttezza sono entrati nel nostro ordinamento giuridico, specialmente in materia contrattuale, ma la violazione di tali doveri, quando la legge non ne faccia seguire una sanzione autonoma, costituisce solo un criterio di valutazione e quantificazione di un comportamento. Essi non valgono a creare, di per se stessi, un diritto soggettivo tutelato *erga omnes* dall'osservanza del precetto del *neminem laedere* quando tale diritto non sia riconosciuto da un'espressa disposizione di legge; pertanto, un comportamento contrario ai doveri di lealtà, di correttezza e di solidarietà sociale non può essere reputato illegittimo e colposo, né può essere fonte di responsabilità per danni quando non concreti la violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altre norme".

¹⁵ Da ultimo, per esempio, la Cass. 6 novembre 1988, n. 5048, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2849.



percezione di vaghezza, da parte degli operatori del diritto, della previsione legislativa in tema di buona fede.

Un graduale riconoscimento, da parte della giurisprudenza italiana, della buona fede e della correttezza come cardini della disciplina della obbligazione, non è stato accompagnato da una puntuale specificazione dei loro contenuti, rendendo i concetti estremamente generici e di difficile applicazione. Significativa, in tal senso è stata la sentenza n. 89 del 1966 della Suprema Corte¹⁶ secondo cui la buona fede, intesa 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 creare pregiudizio, ma anche quando il comportamento non sia stato improntato alla schiettezza, alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale che integrano il contenuto della buona fede”.

Eppure, nonostante un lungo lasso di tempo di scarso interesse nei confronti della clausola della buona fede, a partire dal 1980, anche in Italia si è assistito ad una inversione di tendenza con la rivalutazione delle c.d. “nozioni a contenuto variabile”, grazie al riconoscimento dei grandi benefici che esse apportano in termini di tempestività dell’intervento dell’innovazione legislativa.

Gli ultimi orientamenti giurisprudenziali, infatti, appaiono di segno opposto rispetto alle prime decisioni di merito e di legittimità tant’è che sono volte a valorizzare l’importanza della clausola generale della buona fede durante tutte le sue fasi di vita, dalla trattativa all’esecuzione del contratto, compreso il momento dell’interpretazione.

Per meglio comprendere la rilevanza pratica della buona fede, a titolo esemplificativo, si riportano alcune delle numerose decisioni giurisprudenziali. Con riferimento all’interpretazione del contratto secondo buona fede, si richiama un caso giurisprudenziale relativo all’ipotesi di disdetta di un contratto di assicurazione “entro un termine prefissato”. Nel caso di specie, oggetto della questione era stabilire se il termine della disdetta si calcolasse dal momento della spedizione della lettera raccomandata o dal momento del suo ricevimento. Secondo la Cassazione, ai sensi dell’art. 1366 c.c., “non può che ritenersi in buona fede chi interpreti la clausola nel primo senso (al momento della spedizione della raccomandata di disdetta), essendo ragionevole presumere che, qualora si fosse voluto intendere il secondo significato, lo

¹⁶ Cass. 5 gennaio 1966, n. 89, in *Foro pad.*, 1966, I, c. 524, la quale ha sostenuto che: “La buona fede, 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 proposito doloso di creare pregiudizio, ma anche se il comportamento non sia stato improntato alla schiettezza, alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale che integrano il contenuto della buona fede”.



si sarebbe dovuto chiarire espressamente, perché comportante effetti ben più gravosi per la parte¹⁷.

Con riguardo alla clausola generale della buona fede durante la fase delle trattative del contratto (art. 1337 c.c.), si riporta, come esempio, la decisione della Suprema Corte, relativamente alla fattispecie di una trattativa per la conclusione di un contratto di compravendita di bene immobile, ove le parti si erano limitate a definire il prezzo e oggetto della compravendita, senza, però, prevedere nessun altro elemento, quale il versamento di una somma a titolo di anticipo sul prezzo o l'immissione nel possesso. Nel caso di specie la Cassazione¹⁸ ha negato la sussistenza di un "legittimo affidamento" nell'ambito di quelle trattative stabilendo che si incorra in responsabilità precontrattuale nel caso di recesso ingiustificato dalla trattativa, solo qualora siano stati predisposti gli elementi essenziali del futuro contratto, che possono essere presenti anche in una "minuta". In altri termini il giudice deve verificare la sussistenza del requisito "dell'affidamento legittimo" che una parte ha ingenerato nell'altra rispetto alla successiva conclusione del contratto. Secondo un'altra decisione della Suprema Corte¹⁹ si rileva una responsabilità precontrattuale per violazione del dovere di lealtà, nell'ipotesi in cui "la parte receda dalla trattativa senza giustificato motivo, dopo aver indotto l'altra parte all'assunzione di spese inerenti al futuro contratto". Appare evidente che si voglia garantire non già il buon esito delle trattative, bensì che le trattative vengano svolte lealmente e correttamente.

La giurisprudenza specifica anche il ruolo della buona fede durante la fase dell'esecuzione del contratto, riconoscendo un generale dovere di cooperazione delle parti tra loro, finalizzato al perseguimento dello scopo contrattuale. Ad esemplificazione dell'applicazione dell'art. 1375 c.c. (secondo cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede) si richiama una sentenza del Tribunale di Milano del 1981 in base alla quale, per una corretta applicazione dell'art. 1375 c.c., "al fine di raggiungere lo scopo del contratto, le parti devono modificare il proprio comportamento qualora ciò si renda necessario in base alle circostanze di fatto". La fattispecie in esame, riguarda un contratto di appalto, nell'ambito del quale il principio di buona fede "impone alle parti di collaborare" e, pertanto, "è conforme a buona fede il comportamento dell'appaltatore che richiede al committente di fornirgli i ponteggi necessari all'esecuzione dell'opera". Un interessante applicazione della clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto, si rinviene anche nell'ambito degli obblighi contrattuali delle società assicurative. Tra le numerose sentenze relative alla discrezionalità dell'assicuratore di gestire la vertenza in luogo dell'assicurato nei confronti dei terzi danneggiati, si cita quella della Cassazione²⁰

¹⁷ Cass. 8 giugno, 1979, n. 3250, in *Foro pad.*, 1979, I, c. 182.

¹⁸ Cass. 22 ottobre 1982, n. 5492, in *Giust. it.*, I, c. 1199, con nota di A. FUSARO, *Fondamento e limiti della responsabilità precontrattuale*.

¹⁹ Cass. 17 giugno 1974, n. 1781, in *Foro it.*, 1974, c. 1200.

²⁰ Cass. 5 marzo 1994, n. 2177, in *Arch. circola.*, 1994, p. 844.



secondo cui il comportamento dell'assicuratore viola l'obbligo di correttezza e buona fede, implicito nel contratto di assicurazione, non solo quando, avvalendosi del patto di gestione, gestisca la lite in modo da arrecare pregiudizio all'assicurato, "per eccessiva cura dei propri interessi", ma anche "quando decida, senza motivo, di non aderire ad una vantaggiosa proposta di transizione con il terzo danneggiato"; in tale ipotesi si ritiene che l'assicuratore non esegua il contratto di assicurazione secondo un comportamento in buona fede.

Dalla lettura delle numerose interpretazioni giurisprudenziali si deduce che la buona fede opera secondo criteri di reciprocità e va letta alla luce dei valori costituzionali, vale a dire che la buona fede rappresenta una specificazione di inderogabili doveri di solidarietà sociale tutelati dall'art. 2 della Costituzione. Una interpretazione della buona fede alla luce di tale articolo, ha imposto, a ciascuna delle parti contrattuali, l'obbligo di comportarsi in modo da preservare anche gli interessi della controparte contrattuale (Cass. 1999, n. 12310; 2004, n. 12685; 2004, n. 3610). In tal senso la buona fede costituisce un obbligo di solidarietà costituzionalmente riconosciuto, capace di imporre alle parti "un dovere di tipo negativo, consistente dall'astenersi da ogni comportamento che possa aggravare ingiustificatamente la condizione della controparte, e doveri di tipo positivo che si concretizzano nell'obbligo delle parti contrattuali di preservare gli interessi della controparte, anche a prescindere da puntuali previsioni contrattuali; si parla, in tal senso, di operosa collaborazione tra le parti nei limiti in cui ciò non comporti un eccessivo sacrificio dei propri interessi".

Immediato è, allora, il collegamento tra clausola di buona fede e il principio di solidarietà costituzionale²¹, coerente con una rilettura costituzionale del diritto civile proposta dalla più recente dottrina civilistica; il concetto di buona fede viene, così, reinterpretato alla luce dei valori costituzionali, specificandone ruoli e funzioni. La buona fede, se interpretata secondo tali principi, infatti, può privilegiare valori prioritari tra cui il rispetto della solidarietà, nelle forme del comportamento concreto più idoneo ad assicurare la realizzazione dell'interesse delle parti.

Alla luce di quanto detto si deduce, quindi, che le parti contrattuali non possono esplicitare la loro attività negoziale nel mero rispetto di limiti formali, ma devono, altresì, subire ulteriori influenze, da dedurre di volta in volta in base al caso concreto, che riducono l'autonomia contrattuale dal punto di vista comportamentale.

²¹ Così P. RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, c. 224 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2^a ed., Napoli, 1991, p. 150 e ss.; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 109.; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, p. 10; R. NICOLÒ, *Codice civile*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 245; A. C. NAZZARO, *Obblighi di informazione e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, p. 129 e ss.; V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 319 e ss.; A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 261 e ss.



Gli orientamenti appena descritti mostrano come il percorso evolutivo iniziato all'indomani della promulgazione del codice civile del 1942, abbiano condotto la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria a riconoscere alla buona fede una effettiva rilevanza, soprattutto alla luce del consolidamento delle teorie che attribuiscono all'affidamento una funzione centrale, in particolare in ambito contrattuale, quale "criterio di intersoggettività" nella valutazione dei fatti. Secondo tale orientamento, si deve parlare, più precisamente di "affidamento senza colpa" o "incolpevole affidamento", vale a dire quell'affidamento che esclude atteggiamenti di imprudenza e/o negligenza da parte dell'interessato. Infatti, la ratio giustificatrice della norma, che arriva a sacrificare la volontà che sta dietro la dichiarazione, verrebbe meno in mancanza di un comportamento "prudente" e "diligente" della parte tutelata dallo strumento della buona fede.

Il concetto di affidamento, che ha assunto, nell'arco dei diversi contesti storici in cui è stato elaborato, una portata più o meno ampia, implica una valutazione secondo buona fede del contegno delle parti contrattuali²². La buona fede, che si esprime anche attraverso il dovere di rappresentazione obiettiva della realtà, diventa, così, ragionevole affidamento che è insito nelle regole di lealtà e correttezza cui le parti sono tenute a conformarsi durante tutte le fasi di vita del contratto²³.

3. Nell'ambito del codice civile francese si rinviene più volte il riferimento alla buona fede. Così come accade nel nostro ordinamento, anche in Francia, il legislatore usa indistintamente il termine "*bonne foi*" per riferirsi alla buona fede soggettiva ed alla buona fede oggettiva, lasciando all'interprete il compito di individuarne, di volta in volta, la natura ed il significato²⁴. Nel *code Napoléon* la buona fede è presente sia nella

²² Sull'argomento si veda, tra gli altri, G. MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, p. 106; V. PIETROBON, voce *Affidamento*, in *Enc. giur. Treccani*, I, *Ist. Enc. it.*, Roma, 1988, p. 1 e ss.; ID., *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 3, secondo l'Autore l'affidamento ha un ruolo "consistente nella realizzazione di una giustizia sostanziale anche nei rapporti fra le parti di un contratto".

²³ L'affidamento non va confuso, però, con il concetto di fiducia, intesa in senso tecnico, poiché attraverso l'affidamento si suole tutelare uno stato di "fiducia" su un fatto giuridico presente o passato e non su un fatto furto.

Il dovere di buona fede, incorpora l'affidamento delle parti nel suo incondizionato rispetto. Diversamente, invece, L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Commentario Schleisinger*, (artt. 1362 – 1371), Milano, 1991, p. 211, secondo cui la buona fede oggettiva non accorda rilevanza all'affidamento, poiché, mentre l'affidamento deve considerarsi quale criterio unilaterale di risoluzione di un conflitto di interessi, la buona fede, invece, rappresenta un criterio bilaterale e qualitativo.

²⁴ Per l'analisi della clausola della *bonne foi* si confronti, in particolare: G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd Paris, 1949, p. 155 e ss.; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, 1989; E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris, 1912; J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les obligations*, Paris, 1988; V. VOLANSKY, *Essai d'une définition expressive du droit basé sur l'idée de bonne foi*, th, Paris, 1929; F. GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, th, Paris, 1928; J. CARBONNIER, *Droit civil, T. IV Le obligations* 17 ed., 1993, p. 222 e ss.; R. DESGORGES, *La bonne foi dans*



disciplina dei diritti reali, sia nella disciplina del diritto di famiglia, sia nelle norme sui contratti. In particolare, nel c.d. “*droit des biens*”, all’ art. 550 c.c. sul possesso di buona fede, la buona fede consiste nella convinzione di un soggetto di essere titolare del diritto di acquistare un bene dal proprietario in base al presupposto dell’esistenza di un titolo²⁵, mentre nel c.d. “*droit de la famille*”, la buona fede emerge in relazione al *mariage putatif*. E’ soprattutto nell’ambito del “*droit des contracts*”, che la buona fede acquista una sua rilevanza specifica; in tal senso si fa riferimento, tra gli altri, all’ art. 1134 del code civile che rappresenta una delle fonti normative di riferimento per lo studio della buona fede contrattuale e che va letto in combinato disposto con il successivo art. 1135 c.c. L’art. 1134, comma 3, *code civile*, sancisce il dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede, mentre l’art. 1135 c.c. stabilisce che il contratto può essere integrato mediante fonti esterne allo stesso che possono essere: l’equità, gli usi, la legge e la natura del contratto stesso.

La storia della buona fede in Francia è alquanto complessa ed articolata; la sua antica tradizione storica è testimoniata dalle sue origine nell’ambito del diritto canonico, dalle successive previsioni nell’ambito della *lex mercatoria*, fino ad essere oggetto di approfondimenti da parte del Domat. In Francia, come in Italia, sia la dottrina che la giurisprudenza si sono soffermate principalmente sull’analisi del contenuto e della funzione del concetto di buona fede contrattuale, ed è naturale analizzare congiuntamente i due ordinamenti, date le notevoli affinità riscontrate sul piano operativo e dogmatico, espressione di una comune matrice di ispirazione romana.

In principio, l’influenza della concezione moralizzatrice, espressione della teoria del diritto naturale, ha indotto i francesi a concepire il principio della buona fede come una nozione fondamentale del diritto dei contratti. In tal senso basti pensare che l’originario art. 1134 c.c. nel project de code civile redatto dal Portalis recitava come “*les conventions doivent être contractées et exécutées de bonne foi*”. Ripert, in proposito, attribuiva alla buona fede un importante ruolo di mediazione, quale “punto di contatto” tra il diritto e la morale²⁶. In sede di redazione finale del *code civile*, però, contrariamente al progetto iniziale, l’operatività della buona fede è stata limitata alla sola fase esecutiva del contratto e questa scelta ha reso la base legislativa della buona fede alquanto insufficiente. Nonostante le sue antiche origini, infatti, nel XIX secolo la dottrina ha trascurato l’art. 1134 c.c., che è stato considerato dai giuristi d’oltralpe, per lo più, come una norma di puro stile, di fatto non applicata.

le droit contrats: rôle actuel et perspectives, th, Paris II, 1992; C. AUBRY - C. RAU, *Droit civil français* T. IV 6^e éd. Paris, 1942; M. J. BONELL - F. BONELLI, *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997.

²⁵ P. RAYNAUD, *Le biens*, in G. MARTY - P. RAYNAUD, *Droit civil*, Paris, 1980, p. 150 e ss.

²⁶ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, cit., p. 88; ID., *Abus ou relativité des droits*, in *Rev. crit. de législation et de jurisprudence*, 1929, n. 9.



Tale approccio, marcatamente riduttivo verso la clausola generale della buona fede, si determinava per due ordini di motivi concorrenti: da un lato, per l'affermarsi della volontà come dogma assoluto, in base al quale il contratto è la “legge” creata esclusivamente dalle parti contrattuali, in una logica della prevalenza dell'autonomia privata, dall'altro, per il timore di vedere espandersi l'arbitrio dei giudici, potenzialmente legittimati ad “insinuarsi” nel contenuto contrattuale e a modificare quanto pattuito dai contraenti, in una logica tipica del retaggio dell'*Ancien Régime*²⁷.

Proprio alla luce di queste premesse, per molti anni, dottrina e giurisprudenza hanno assunto un approccio di iniziale sfavore rispetto al tema della buona fede, solo in parte superato dagli orientamenti più recenti²⁸:

Per Gounot la buona fede è “la clausola generale in grado di delimitare l'autonomia negoziale dei privati”; per Volanski, invece, si deve intendere per buona fede la “concordanza tra le parole ed i comportamenti da un lato, e l'intenzione dall'altro”. In contrapposizione a tali orientamenti, altra parte della dottrina²⁹ considera la buona fede come una costruzione immaginaria, dal momento che è più opportuno parlare di “collaborazione necessarie tra le parti”. Non è mancato chi ha fatto coincidere il concetto di buona fede con quello di “correttezza” e “lealtà” e chi, invece, ha ritenuto che i due concetti siano, seppure complementari, comunque distinti³⁰.

Nella dottrina e nella giurisprudenza francesi prevalenti, la buona fede sostanzialmente consiste in un dovere di comportamento che deve essere assunto dalle parti contrattuali; più problematico è, però, individuare il tipo di comportamento richiesto ai contraenti ed il criterio di valutazione che deve essere adottato dal giudice al fine di stabilire se un comportamento sia o meno rispettoso del dovere di buona fede. Anche nel sistema francese, le difficoltà definitorie sorgono perché l'espressione

²⁷ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie d'abus des droits*, Paris, 1939.

²⁸ In merito all'importanza conquistata dalla clausola di buona fede all'interno dell'ordinamento francese, anche grazie ai recenti sviluppi della giurisprudenza, cfr. P. DELBECQUE, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Francia*, in AA.VV., *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, cit., p. 188. Relativamente alla clausola della buona fede nell'esperienza francese, si veda, inoltre: G. PIGNATARO, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale; gli ordinamenti italiano e francese*, Napoli, 1999 (la quale riprende, tra l'altro, il pensiero di Pothier e Domat); P. STANZIONE, *Studi di diritto civile*, Napoli-Roma, 1986; p. 289; F. P. TRASCIA, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazioni nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002; A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, *Contratto e impresa*, 2003, p. 709; J. MESTRE, *Une bonne foi, décidément très exigeante*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, p. 760.

Rilevante anche il contributo di F. BOTTONE, *Esperienze straniere e comparate, Buona fede e rimedi conservativi del contratto nel sistema francese e nell'avant-projet di riforma del diritto delle obbligazioni. In medio stat virus?*, in *Rass. dir. civ.*, n. 2, 2009, p. 566 e ss., il quale si sofferma sulla *force obligatoire* e sull'*imprévision*.

²⁹ Così, G. LYON-CAEN, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, *R.T.D. civ.*, 1946, p. 83 e ss.

³⁰ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, cit., il quale preferisce parlare di «dovere di lealtà» anziché di «buona fede», in particolare l'Autore sofferma la sua attenzione sull'analisi delle singole manifestazioni che conseguono all'applicazione dell'art. 1134, comma 3.



“buona fede” assume la dimensione di una nozione quadro e non di una specifica qualificazione. Proprio in merito a tali difficoltà qualificatorie, la dottrina francese, come in Italia, si è divisa in due macro-orientamenti. Da un lato, coloro che ritengono di poter oggettivizzare i comportamenti che i contraenti debbono assumere, e che, quindi, sono desumibili a priori, come comportamenti standard. Dall’altro lato, invece, coloro che sostengono che la clausola generale della buona fede delega al giudice la formulazione dei criteri che di volta in volta debbano essere utilizzati e che variano in base al caso concreto ed in base alle singole fattispecie giuridiche. Detto orientamento abbandona la logica delle definizioni e dell’individuazione delle funzioni della buona fede a priori, in astratto, ed opta, invece, per il trattare il “dovere di lealtà”, analizzandolo nelle sue singole manifestazioni più rilevanti. In particolare, secondo quest’ultima impostazione né la legge né il contratto siano in grado di specificare in maniera completa i comportamenti che debbono essere tenuti dalle parti contrattuali e che, per risolvere le questioni interpretative, è necessario l’intervento del giudice che, sulla base del caso concreto, indica, a titolo di direttiva, la condotta ritenuta conforme a buona fede³¹.

Nella stessa direzione si orienta anche Gorphe, secondo cui la funzione della buona fede è puramente quella di evitare che un contraente si possa trovare in una situazione di inferiorità rispetto ad un altro e, più nello specifico, che non si possa risalire ad una definizione unitaria e preventiva del principio, dovendosi, piuttosto, considerare la buona fede quale criterio indicativo cui il giudice può rifarsi per applicare le norme giuridiche. Similmente anche Ghestin, secondo cui la buona fede è espressione della morale e, proprio per questo motivo, può trovare spazio nel diritto positivo solo attraverso un costante riferimento alle applicazioni del principio a casi specifici.

Nell’ambito dei vari e contrastanti orientamenti dottrinali francesi, merita, poi, di essere menzionata la questione attinente la possibilità, o meno, di fare rientrare nel concetto di buona fede anche una serie di obblighi ulteriori, quali gli obblighi di: informazione, sorveglianza, assistenza, cooperazione. Anche in merito a questa costruzione interpretativa si sono sviluppati due contrapposti orientamenti. Secondo una certa corrente dottrinale solo l’equità (e, quindi, non la buona fede) è idonea a generare doveri ulteriori, in quanto la buona fede sarebbe una mera regola di condotta di obbligazioni già determinate. L’orientamento opposto, decisamente maggioritario ritiene, invece, che l’evoluzione metodologica in tema di buona fede abbia determinato come l’impiego della clausola possa imporre comportamenti ulteriori, di

³¹ Cfr. R. DEMOGUE, *Traité des obligations in général*, II, 6, *Effets des obligations*, Paris, 1932, p. 565 e ss., secondo cui “...poichè né il contratto né la legge precisano completamente quali devono essere i comportamenti del debitore, è, dunque, il giudice che deve indicare quale condotta questi debba tenere in presenza di circostanze particolari; condotta che, a titolo di direttiva, deve essere conforme a buona fede”.



carattere positivo, cioè nuove obbligazioni³². Secondo tale impostazione, dunque, assumono una rilevante importanza, oltre al dovere di lealtà, anche altri doveri, come quello di informare, vigilare, cooperare, tutti comportamenti attivi, positivi. La buona fede impone, quindi, alle parti contrattuali un comportamento cooperativo che, comunque, è volto a comporre un conflitto sociale in linea con le esigenze del sistema economico e della società.

In particolare, con riferimento al dovere di cooperare che implica un comportamento attivo e positivo da parte dei contraenti, Carbonnier ha parlato di “cooperazione antagonista”, in quanto ogni contraente vuole perseguire, attraverso il contratto, fini individuali, in una logica assolutamente utilitaristica³³. Diversamente da questa impostazione, Demogue ritiene che il contratto tende a raggiungere oltre ai fini individuali anche uno scopo ulteriore e comune³⁴.

Esiste, infine, un orientamento che ha sviluppato un approccio ancora più favorevole al ruolo operativo della buona fede; uno dei suoi più importanti interpreti è Desgorges, secondo il quale affermare che gli accordi devono essere eseguiti in buona fede significa riconoscere la forza obbligatoria del contratto³⁵. Per tale autore, la buona fede è oggetto di una obbligazione a sé, autonoma, rispetto a quella principale che è alla base del contratto; proprio tale obbligazione ulteriore consente di riconoscere e quantificare un eventuale risarcimento del danno, qualora il comportamento della parte contrattuale sia contraria, appunto, alla buona fede.

Una migliore comprensione del principio di buona fede nell'ordinamento giuridico francese può beneficiare dell'esame di una rilevante differenza rispetto al nostro sistema giuridico. Mentre in Italia il riconoscimento e l'applicazione del principio di buona fede si era reso necessario per strutturare il c.d. equilibrio contrattuale attraverso la costituzione di obblighi ulteriori, in Francia si è percorsa una strada diversa per garantire tale equilibrio contrattuale, vale a dire l'applicazione della disciplina dell'abuso del diritto. In Francia, così come in Italia, non esiste nel codice

³² In tal senso si veda, tra gli altri, R. DESGORCES, *La bonne foi dans le droit contrats: rôle actuel et perspectives*, cit., il quale ritiene che la buona fede è oggetto di una obbligazione autonoma rispetto all'obbligazione principale posta alla base del contratto.

³³ Cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., p. 234 e ss. Secondo Carbonnier, ognuno dei contraenti, nel perseguire i fini individuali, sceglie strumenti giuridici sulla base di un criterio di opportunità; proprio per questo motivo parla di “cooperazione antagonista”, in quanto ritiene che nell'ambito di un rapporto contrattuale vi sia un costante conflitto di interessi. Alla luce di questa visione l'Autore ritiene che proprio per questo motivo nel *code civile* si parla solo di buona fede e non di lealtà, tolleranza, cooperazione.

³⁴ R. DEMOGUE, *Traité des obligations in général*, cit., p. 565 e ss. L'Autore ritiene che il “dovere di cooperazione” indica, oltre all'astensione di comportamenti in mala fede, anche il porre in essere un *facere*, cioè comportamenti positivi posti in essere dalle parti. In particolare, secondo Demogue “i contraenti formano una sorta di microcosmo, nell'ambito del quale ognuno deve operare per uno scopo comune, anche se, pur sempre, nell'ambito del raggiungimento di un fine individuale”.

³⁵ R. DESGORCES, *La bonne foi dans le droit des contrats: rôle actuel et perspectives*, th, cit., 1992.



civile una norma di carattere generale che disciplini l'abuso del diritto ed, infatti, la sua teoria nasce dall'insieme di una serie di fattispecie diversificate presenti nel codice. Il divieto dell'abuso del diritto è derivato dalla necessità di mitigare quel senso di assolutezza dei diritti che si era andato sviluppando subito dopo il periodo della rivoluzione francese. All'indomani della rivoluzione francese, infatti, si era determinato un clima di assoluta tutela dell'autonomia contrattuale e di predominanza, su tutti, del principio della libertà del soggetto contrattuale. Proprio per mitigare questa concezione, la teoria del divieto dell'abuso del diritto ha rilevato come il cattivo esercizio di tutti i diritti, anche quelli assoluti, possa dare vita ad abusi³⁶. Nel sistema francese, la sanzione prevista dalla disciplina del divieto dell'abuso del diritto opera attraverso due schemi: quello della responsabilità civile, quando l'abuso deriva dall'aspetto psicologico, dall'intenzione, cioè dall'*animus nocendi*, e quello dell'inefficacia, quando l'abuso deriva da una responsabilità oggettiva³⁷. Un elemento peculiare della dottrina e della giurisprudenza francesi è rilevabile proprio nell'attenzione dell'elemento oggettivo, che permette un superamento dell'impostazione soggettivistica del concetto di abuso, ed un riconoscimento dell'imparzialità del divieto di abuso, come strumento indipendente dall'intenzione che guida l'azione, capace di realizzare un migliore bilanciamento di contrapposti interessi. Se si considera l'abuso come una figura generale di illecito, ne deriva che anche in assenza di una specifica norma che disciplini la fattispecie, il principio del divieto dell'abuso troverà ugualmente riconoscimento ed applicazione, atteggiandosi sotto forme diverse come quella del rispetto delle regole di correttezza e buona fede.

Nell'ordinamento giuridico francese è riconosciuta una predominante rilevanza all'autonomia privata e tale premessa diventa importante per meglio comprendere il ruolo assunto nell'ambito del sistema francese dalle clausole generali, capaci di per sé di limitare o, comunque, di incidere proprio sull'autonomia negoziale. Nell'ordinamento francese per lungo tempo ha prevalso la *force obligatoire* del contratto che mal tollerava qualsiasi forma di limitazioni. L'unica ipotesi in cui si accettava una limitazione dell'autonomia contrattuale era il caso di *force majeure* (caso di forza maggiore) che si verifica in presenza di un evento esterno ed imprevedibile al momento della conclusione del contratto, in grado di impedirne la sua l'esecuzione e di consentire al debitore di liberarsi dal vincolo obbligatorio. Solo l'ipotesi di forza maggiore (cioè un caso eccezionale, inaspettato, sovranaturale) era considerato

³⁶ L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, cit., p. 40 e ss.

³⁷ Così, L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, cit., p. 45 e ss., la cui attenta analisi dei casi giurisprudenziali ha evidenziato la propensione della giurisprudenza francese ad un controllo contenutistico del diritto soggettivo, dichiarando la responsabilità del titolare del diritto per danni causati con il suo esercizio abusivo.



capace di incidere sul contratto e di limitare l'autonomia delle parti, per esempio incidendo sull'esecuzione della prestazione e determinarne l'impossibilità³⁸.

Oltre al caso estremo della *force majeure*, tuttavia, possono verificarsi, durante le varie fasi di vita del contratto, altre situazioni, altrettanto imprevedibili e nuove che, seppur non in grado di determinarne l'impossibilità dell'esecuzione, sono comunque capaci di influenzare il contratto stesso; tali situazioni prendono il nome di: *imprévision*³⁹. Rispetto ai casi di *imprévision* il discorso diventa più complesso e l'atteggiamento dei giuristi francesi è stato influenzato, a lungo, dai retaggi storico-culturali post-rivoluzionari. La dottrina si è divisa in due orientamenti: da un lato coloro che ritenevano applicabile, nelle ipotesi di *imprévision*, l'art. 1134, comma 3, c.c., perché norma interpretabile in maniera estensiva attraverso cui le parti sono obbligate ad adattare e modificare il contratto nel caso in cui si verificano, appunto, casi di *imprévision*; e coloro che, al contrario, non ammettevano, a nessun titolo, l'intervento del giudice all'interno del contratto, perché non consentito allo stesso di disporre la revisione o la perequazione del contratto, neanche a cospetto di un evento che aggravasse una prestazione a danno di una parte⁴⁰. E' evidente che attribuire al giudice un potere di intervento nel contenuto contrattuale rappresenta un'ingerenza sull'atto di autonomia negoziale e riconoscere rilevanza giuridica all' *imprévision*, significa incidere in maniera profonda sia sulla disciplina generale del contratto che su quella dell'abuso del diritto. Si pensi che, applicando l'art. 1134, comma 3, c.c., si può impedire ad un creditore di abusare della propria posizione contrattuale qualora dovesse sopraggiungere un evento nuovo rispetto al momento della stipula del contratto che abbia generato un mutamento delle circostanze. In altri termini, applicare l'art. 1134 c.c. ai casi di *imprévision*, renderebbe possibile l'impiego della buona fede, per cui le parti sarebbero obbligate a modificare ed adattare il contratto in tutte quelle ipotesi in cui si verificano circostanze nuove che ingenerino squilibrio.

La giurisprudenza francese⁴¹ nel periodo di tempo che, orientativamente, va dalla fine del secondo conflitto mondiale fino alla fine degli anni sessanta del secolo corso, si è mostrata ostile rispetto alla possibilità di applicare la regole dell'art. 1134, comma 3, c.c. alle ipotesi di *imprévision*; infatti, si tendeva ad evitare un intervento integrativo del giudice nel contratto, in quanto si considerava in termini negativi sostituire la volontà delle parti contrattuali con quella del giudice. Secondo questo

³⁸ Sul punto, cfr. F. BOTTONI, *Esperienze straniere e comparate, Buona fede e rimedi conservativi del contratto nel sistema francese e nell'avant-projet di riforma del diritto delle obbligazioni. In medio stat virus?*, cit., p. 567 e ss. Si veda, inoltre, P. ESMEIN, *Obligations, in Traité prat. dr. civ. fr.* PLANIOL e RIPERT, Paris, 1952; J. L. AUBERT, *Le contrat*, Paris, 1996, p. 105 e ss.; L. FIN LANGER, *L'équilibre contractuel*, Paris, 2002, p. 79 e ss.

³⁹ Sull'argomento cfr., H e L. MAZEAUD, L. MAZEAUD e F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, Paris, 1998, p. 663 e ss.

⁴⁰ Per le varie posizioni contrattuali, si veda F.P. TRAISCI, *Sopravvivenze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003, p. 301 e ss.

⁴¹ Cfr., K. DE ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, Paris, 2006, p. 269 e ss.



orientamento giurisprudenziale, al di fuori delle specifiche disposizioni normative presenti nel *code civile* con tassative ipotesi di mitigazione della *force obligatoire* del contratto, il giudice aveva un limitato potere di modificare l'atto di autonomia quando questo fosse divenuto squilibrato a danno di una parte.

Tuttavia, i più recenti orientamenti non solo dottrinali⁴² ma anche giurisprudenziali⁴³ in tema di *imprévision*, hanno mutato le iniziali interpretazioni, volte ad esaltare, a tutti i costi, la *force obligatoire* del contratto. Le tendenze più recenti, infatti, hanno rivisto il dogma dell'intangibilità degli accordi presi dalle parti, optando per il superamento, o quanto meno il temperamento, della libertà contrattuale. Anche in Francia, infatti, verso la metà del secolo scorso, si è andata trasformando la visione del contratto. La valorizzazione del profilo economico del contratto, l'evoluzione del diritto contrattuale, "l'oggettivazione" del contratto, l'esigenza di certezza dei traffici, sicuramente hanno indotto a temperare la concezione del principio di autonomia contrattuale; in tal senso, l'art. 1134, comma 3, c.c. rappresenta lo strumento più idoneo a mitigare il principio dell'intangibilità delle previsioni contrattuali⁴⁴.

L'oggettivazione degli scambi, del resto, induce a giustificare una revisione del contenuto negoziale ed in questa logica un importante orientamento dottrinale ritiene che sia consentito al giudice (anche se entro certi limiti) di entrare nel tessuto del contratto ed eventualmente modificare l'equilibrio contrattuale in due modi differenti: o limitandosi ad imporre un obbligo di rinegoziazione o, addirittura, controllando l'attività di rinegoziazione. Diversamente, invece, un altro filone dottrinale⁴⁵ critica l'utilizzo della clausola generale della buona fede per riequilibrare le posizioni contrattuali, ritenendo che l'adeguamento dello squilibrio contrattuale è disciplinato da una specifica norma, diversa da quella in esame.

Importante è citare l'evoluzione giurisprudenziale francese, a partire dagli anni 70 del secolo scorso, che ha visto la giurisprudenza riconoscere, seppur molto lentamente, un maggiore valore giuridico alla clausola della buona fede, quale vero e proprio strumento di protezione a favore di una eventuale parte debole nell'ambito del rapporto contrattuale. A titolo esemplificativo si citano alcune delle rare decisioni giurisprudenziali, come, per esempio, una sentenza della Corte di Cassazione francese del 1976 che ha applicato l'art. 1134, comma 3⁴⁶, c.c. in tema di clausole risolutive

⁴² In argomento, tra i vari, si veda, D. M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Bruxelles, 1986. Contrariamente, G. LEGIER, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1993, p. 62.

⁴³ Cfr. C. THIEBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 357; J.P. CHAZAL, *De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 267.

⁴⁴ Così, P. STOFFEL-MUNK, *Regards sur la théorie de l'imprévision*, Aix-Marseille, 1994, p. 10 e ss.

⁴⁵ C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, Paris, 2006.

⁴⁶ Cass. civ., 3e, 29 giugno 1976, inedita; Cass. civ., 3e, 15 dicembre 1976, in *Bull. civ.*, III, n. 354.



relativamente ad un contratto di locazione nell'ambito del quale si reputava scorretto ed in "mala fede" il comportamento del locatore che, approfittando dell'assenza del conduttore, ingiungeva a quest'ultimo il pagamento del canone di locazione o l'esecuzione di riparazioni obbligatorie. Significativa è anche una sentenza del 1984 della Corte d'Appello di Parigi⁴⁷ che ha riconosciuto il dovere di collaborazione e cooperazione tra le parti contrattuali durante le varie fasi del contratto, specificando l'importanza che assume la diversa posizione iniziale delle parti contrattuali, vale a dire la conoscenza di informazioni utili ai fini contrattuali o il diverso grado di professionalità e tecnicismo che una delle parti ha rispetto alla materia oggetto del contratto. Si pensi, per esempio, all'obbligo di una azienda di *software* di offrire consulenza ed ausilio ai propri clienti, in quanto non esperti né tecnici e, quindi, con minore conoscenze specifiche e minori informazioni sul prodotto oggetto del contratto. In questa direzione è simbolica anche un'altra sentenza della Corte d'Appello di Parigi del 1985⁴⁸ che ha espresso e chiarito i concetti di "cliente profano" e "contraente specialista", sancendo una serie di doveri di cooperazione in capo a quest'ultimo al fine di riequilibrare l'asimmetria informativa e conoscitiva a favore del c.d. "cliente profano". La sentenza è meritevole di nota perché chiarisce il dovere di cooperazione ed i limiti entro cui la nozione debba operare, escludendo un comportamento di totale passività da parte del soggetto profano e distinguendo due aspetti: uno è quello che analizza il comportamento delle parti, l'altro che indica gli eventuali obblighi ulteriori, scaturenti dal principio di buona fede (tra cui gli obblighi di cooperazione, informazione, riserbo, discrezione)⁴⁹.

Eppure, nonostante la lenta apertura da parte della dottrina e della giurisprudenza nei confronti della clausola generale della buona fede, ancora oggi continuano ad persistere nel sistema giuridico francese atteggiamenti controversi e numerosi dubbi interpretativi in merito al contenuto della buona fede; in particolare la base testuale dell'art. 1134, comma 3, c.c. appare insufficiente e la dottrina è tuttora profondamente divisa tra coloro che considerano la buona fede come una obbligazione a sé, che affianca le altre obbligazioni contrattuali, insieme alle quali concorre a costituire il regolamento contrattuale; e coloro che, invece, ritengono che non è necessario attribuire alla buona fede una particolare autonomia di contenuti e lo dimostra il fatto che esistono numerose leggi speciali, concepite *ad hoc*, per sanzionare condotte altrimenti non punibili.

⁴⁷ Corte app. Paris, 18 giugno 1984, *Lamy Droit de l'Informatique*, 1988, n. 4, p. 22.

⁴⁸ Corte app. Paris, 26 giugno 1985, inedita.

⁴⁹ Alla buona fede sono, dunque, ricollegati una serie di obblighi ulteriori al fine di rispettare le aspettative legittime dell'altra parte. In merito, si veda, H. AUBRY, *Un apport du droit communautaire au droit français des contrats: la notion d'attente légitime*, in *Rev. int. dr. comp.*, 2005, p. 639 e ss. La giurisprudenza, da ultimo, in tal senso, con la sentenza della Cassazione: Cass., 18 ottobre 2006, in *Rev. contr.*, 2007, p. 714.



Anche una recente giurisprudenza continua ad orientarsi in modo ancora non del tutto univoco rispetto all'interpretazione e l'applicabilità della clausola di buona fede; si pensi, per esempio, tra le varie, ad una sentenza della Cassazione civile francese del 2003⁵⁰ la quale ha negato la revisione di un contratto di *leasing* immobiliare nell'ipotesi in cui le iniziali condizioni di pattuizione sono state alterate da circostanze economiche imprevedute e posteriori rispetto alla sua conclusione, tali da rendere la prestazione troppo onerosa per il debitore.

In conclusione, ciò che si evidenzia dallo studio della buona fede nell'ordinamento giuridico francese è una sua interpretazione non univoca né da parte della dottrina che da parte della giurisprudenza. Il riconoscimento giuridico della clausola generale della buona fede è tutt'oggi ancora profondamente influenzato dai retaggi del dogma della volontà e dalla prevalenza del principio di autonomia contrattuale; da ciò deriva la conseguente difficoltà di far convivere l'autonomia negoziale con le più recenti teorie relative all'oggettivazione del contratto.

4. In Germania, così come in Italia, non sono rilevabili né una definizione legislativa, né una interpretazione concettuale univoca della buona fede; tuttavia il sistema giuridico tedesco è, tra quelli europei, quello che ha dato maggiore rilevanza, sia in dottrina che in giurisprudenza, alla clausola generale in esame. Anche nell'ordinamento tedesco, il codice civile prevede la buona fede soggettiva ed oggettiva, ma, a differenza dell'Italia, il legislatore tedesco ha scelto di distinguere i due concetti, utilizzando due termini diversi, ovvero "*Guter Glaube*", che sta per buona fede soggettiva (§ 922, 955, 957, ecc. BGB) e "*Treu und Glauben*" che sta per buona fede oggettiva così come è citata, tra gli altri, nel § 242.

Il § 242 BGB, che si colloca nella disciplina dei contratti, è intitolato: "Prestazione secondo buona fede" e così recita: " Il debitore è tenuto ad eseguire la prestazione secondo buona fede, tenendo conto degli usi" ("*der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf Verkehrssitte es erfordern*"). Detta disposizione normativa ha costituito un cardine del sistema giuridico tedesco, in quanto ha consentito agli operatori tedeschi di interpretare in chiave evolutiva le previsioni del BGB.

Treu und Glauben è un'espressione di origine medioevale, usata nei rapporti commerciali e consiste in un criterio di valutazione del comportamento che può essere rilevato solo in presenza di uno specifico rapporto giuridico. Al contrario, il concetto di "*Gute sitten*" (buon costume), previsto dal BGB al § 138, rappresenta un criterio di valutazione del comportamento di un soggetto, a prescindere dall'esistenza di un rapporto giuridico di carattere obbligatorio.

⁵⁰ Cfr. Cass. 10 dicembre 2003 in *www.courdecassation.fr*.



Preme sottolineare, in via preliminare, che il principio di *Treu und Glauben* ha una portata più ampia rispetto a quello di ispirazione romanista di *bona fides*, cui, invece, si è ispirato il nostro ordinamento. Il legislatore tedesco, infatti, attribuisce alla *Treu und Glauben* un ruolo che va fortemente ad incidere sull'autonomia contrattuale. La conseguenza di questa impostazione è che, mentre la buona fede di ispirazione romanistica, così come in Italia, è potenziale fonte solo di risarcimento del danno per violazione di una norma comportamentale, il principio di *Treu und Glauben* conferisce al giudice anche un potere di controllo sul contenuto del contratto, al fine di un più equo e conveniente bilanciamento degli interessi delle parti. In altre parole, mentre in Italia i concetti di buona fede e di equità sono ben distinti⁵¹ per contenuto e contesto applicativo, nell'ordinamento giuridico tedesco la buona fede si "confonde", sostanzialmente, con l'equità, fino quasi a coincidere con essa.

La portata di tale fenomeno è evidente alla luce del diverso potere attribuito al giudice. In particolare nell'ordinamento italiano, l'equità svolge la funzione di riequilibrare gli interessi delle parti contrattuali, attribuendo al giudice un criterio di giudizio che si rifà a circostanze di fatto, non riconducibili a fattispecie tipizzate, ed un potere di penetrare il contenuto del contratto, fino a modificare gli accordi assunti dalle parti. Non va dimenticato, del resto, che nell'ordinamento italiano, l'equità non è considerata una clausola generale e, quindi, non si rifà a modelli generali ed astratti; viceversa, la buona fede, data la sua natura di clausola generale, impone al giudice una valutazione non del contratto in sé, ma dei criteri comportamentali richiesti alle parti durante le varie fasi di vita del contratto. Nell'ordinamento giuridico tedesco⁵² al contrario, proprio a causa della sottile differenza tra buona fede ed equità, le conseguenze applicative del § 242 BGB sono sicuramente più profonde⁵³. Infatti, il

⁵¹ Con riferimento alla rapporto tra equità e buona fede si veda, M. FRANZONI, *Buona fede ed equità fra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1999, 1, p. 83; G. TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contratto e impresa*, 1998, 2, p. 486 e ss.; G. DE CRISTOFARO (a cura di) *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, Padova, 2003; U. MAGUS, *La riforma tedesca del diritto delle obbligazioni: la fattispecie unitaria delle violazioni dell'obbligo ed il sistema dei rimedi contro la violazione del contratto*, in *Contratto, impresa/Europa*, 2004, p. 680 e ss.; G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, p. 611 e ss.; F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970.

⁵² In argomento si veda, tra gli altri: A. DI MAJO, *La modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 533 e ss. e A. MUSIO, *La buona fede nei contratti con i consumatori*, cit., 2001, p. 73 e ss.; M.R. WILL, *Le condizioni generali di contratto secondo la nuova legislazione tedesca: la loro disciplina nei rapporti interni e internazionali*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, p. 87.

⁵³ Per un'analisi della funzione che svolgono le clausole generali nell'ordinamento tedesco, si faccia riferimento, tra gli altri, a: G. MERUZZI, *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 3 e ss.; K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, trad. ital. *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di A. BARATTA, Milano, 1970; J. BASENDOW, *Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica federale tedesca*, *Contratto e impresa*, 1985, p. 455; W.F. EBKE-B. M. STEINHAEUER, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, in *AA.VV., Good Faith and Fault in Contract Law*, a cura di J. BEATSON e D. FRIEDMANN, Oxford, 1994, p.171; E. A. KRAMER, *Le funzioni dei principi generali del diritto: tentativo di strutturazione*, in *Europa dir. priv.*, 2002, p. 977; S. GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*,



giudice tedesco, attraverso l'applicazione di tale norma, può entrare nel merito degli accordi tra le parti, fino a valutare non solo il loro comportamento, ma anche la validità ed il contenuto del contratto stesso⁵⁴, ampliando così l'ambito applicativo della clausola generale della buona fede, fino a ricomprendere gli effetti della nostra concezione di equità. In tal senso, autorevole dottrina ha ritenuto che la giurisprudenza tedesca ha attribuito alla clausola della buona fede non già il "significato di norma che indica al giudice un criterio per la decisione secondo legge di una generalità di casi, bensì il significato di norma che fornisce al giudice un mezzo per scoprire una lacuna legislativa e, al tempo stesso, la possibilità di colmare tale lacuna con una decisione che si rifaccia a giudizi di valore extrapositivi"⁵⁵.

Il § 242 BGB assume, senza dubbio, una centralità nel sistema giuridico tedesco, dal momento che esso amplia in modo significativo il potere del giudice in tema di buona fede. In quest'ottica ha svolto un rilevante ruolo anche la dottrina che ha distinto, attraverso l'identificazione di tipici gruppi di casi (*Fallgruppen*), tre funzioni principali del § 242: quella concernente l'interpretazione e la concretizzazione del contratto, che impone un adeguamento del contratto stesso in presenza di fatti sopravvenuti che ne alterino l'equilibrio (*Veränderungsfunktion*); la seconda, relativa all'integrazione del contenuto del contratto sulla base di circostanze concrete (*Ergänzungsfunktion*); ed, infine, quella di limitare le ipotesi di abuso del diritto. A conferma di tale centralità viene approfondita l'analisi comparativa tra Germania e Italia, con specifico riferimento a tre categorie fondamentali:

il divieto dell'abuso del diritto;

l' *exceptio doli generalis*;

il divieto di *venire contra factum proprium*.

Per abuso del diritto si intende "un uso cattivo, riprovevole e, pertanto, illegittimo di un diritto da parte del suo titolare", ovvero un "improprio uso" del diritto in violazione della c.d. solidarietà sociale. Il divieto dell'abuso del diritto indica un limite all'esercizio di un diritto soggettivo che è di per sé potenzialmente pieno ed assoluto, ma che viene, appunto, limitato in caso di un suo uso anomalo, ovvero quando il suo titolare lo esercita in contrasto con gli scopi sociali per cui il diritto stesso viene riconosciuto e protetto dall'ordinamento giuridico. Il codice civile tedesco contiene una norma specifica per vietare l'abuso del diritto, il § 226 BGB, che

in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 365 e ss.; F. NEUMANN, *The Democratic and the Authoritarian State*, trad. ital., *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, a cura di G. SIVINI, Bologna, 1973; G. DE CRISTOFARO, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, cit.; G. CIAN, *Significato e lineamenti della riforma dello schuldrecht tedesco*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 2 e ss.; U. MAGUS, *La riforma tedesca del diritto delle obbligazioni: la fattispecie unitaria della violazione dell'obbligo ed il sistema dei rimedi contro la violazione del contratto*, cit., p. 680 e ss.

⁵⁴ In merito al rapporto tra buona fede ed equità, si veda, F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, cit., vol. II, Padova, 2003, p. 411 e ss.

⁵⁵ Così L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 e ss.



recita: “L’esercizio del diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di provocare danno ad altri”; tuttavia, nonostante l’esistenza di una norma ad hoc, in Germania, la repressione dell’abuso del diritto (*unzulässige Mißbrauch*) ha trovato il proprio fondamento normativo, principalmente, nel § 242, cioè nella *Treu und Glauben*. In altri termini, secondo la giurisprudenza tedesca⁵⁶, il divieto dell’abuso del diritto trova una sua consacrazione nella disposizione in cui è codificata la buona fede. La disciplina del divieto dell’abuso del diritto, infatti, si sofferma sul comportamento del titolare del diritto e non sul diritto in sé. Chiarificatrice diventa la distinzione, posta in essere da una parte della dottrina, tra diritto (elemento statico) e modalità di attuazione del diritto stesso (elemento dinamico), vale a dire distinguere l’astratta previsione normativa dalla sua esplicazione dinamica, che si concretizza attraverso una determinata condotta; tale condotta, intesa in senso oggettivo, diventa oggetto di valutazione da parte del giudice e, pertanto, rientra nell’ambito del § 242 BGB.

Nel nostro codice civile non esiste, invece, una norma che sanzioni in via generale l’abuso del diritto e la motivazione di tale scelta è da rinvenirsi nella cultura giuridica degli anni ’30 del secolo scorso, quando si riteneva l’abuso del diritto non tanto una nozione giuridica, quanto un concetto di natura etico-morale, tale da non richiedere alcun tipo di sanzione. Proprio il contesto storico culturale impedì che venisse trasfusa nella stesura definitiva del codice civile del 1942 l’art. 7 del progetto di norma preliminare che sanciva: “Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto”. Il legislatore italiano, a differenza di quello tedesco, pertanto, ha preferito ad una norma di carattere generale, singole e specifiche norme in grado di sanzionare l’abuso del diritto in relazione a particolari categorie. Esempi presenti nel nostro codice civile sono: l’art. 330 “abuso della potestà genitoriale”, l’art. 1050 “abuso del diritto di usufrutto”, l’art. 833 “divieto di atti emulativi”, fino ad arrivare alla disciplina del contratto. La scelta del legislatore italiano di evitare una specifica norma di carattere generale e, viceversa, di prevedere singoli riferimenti normativi contro l’abuso del diritto⁵⁷, ha inciso, inizialmente sulle scelte giurisprudenziali ed, infatti, per lungo tempo ai giudici veniva attribuita una minore possibilità di interpretazione. Tuttavia, gradualmente, anche in Italia, gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali più recenti hanno di fatto prodotto una inversione di tendenza, tant’è che gran parte della dottrina ha addirittura superato il restringimento dell’abuso del diritto alle fattispecie tipizzate nel codice civile. Un esempio significativo è rappresentato dal fatto che, inizialmente, l’abuso del diritto veniva interpretato in conformità dell’art. 833 c.c. ovvero sulla base del c.d. *animus nocendi*, cioè esclusivamente in relazione dell’intenzione psicologica del

⁵⁶ P. KLINDER, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in *Contratto e impresa. Europea*, 1998, p. 662; L. KLESTA DOSI, *Il controllo delle clausole abusive: la Direttiva 93/13 alla luce della giurisprudenza tedesca, francese ed inglese*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, p. 434 e ss.;

⁵⁷ Si veda G. PELLIZZI, *Exceptio doli (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1960, p. 1074.



soggetto. Al contrario, negli orientamenti più recenti, anche giurisprudenziali⁵⁸, le ipotesi di abuso del diritto vengono risolte, non solo facendo richiamo alla sua disciplina specifica prevista dal codice civile, ma anche secondo il criterio della buona fede oggettiva, cioè applicando la clausola generale prevista dagli artt. 1175, 1366, 1375 e ss. c.c. A titolo esemplificativo si riporta una delle decisioni giurisprudenziali in cui si richiama la disciplina della buona fede oggettiva nell'ambito del divieto di abuso del diritto. Il caso è quello di una studentessa-lavoratrice, alla quale era riconosciuta la possibilità di usufruire di una serie di permessi retribuiti per sostenere esami universitari; tuttavia gli scarsi risultati raggiunti hanno fatto pensare che la stessa avesse utilizzato il proprio diritto in assenza di un reale interesse a superare gli esami.

Il datore di lavoro, citandola in giudizio, invocava il divieto dell'abuso del diritto; il Pretore di Milano, con una sentenza del 1995⁵⁹, ha richiamato il principio di buona fede oggettiva, infatti ha osservato che l'esercizio di un diritto non deve sconfinare in un abuso dello stesso perché "la studentessa lavoratrice deve eseguire la sua prestazione lavorativa secondo buona fede e saper conciliare lo studio con gli obblighi che derivano dal contratto di lavoro".

Un ulteriore approfondimento delle differenze tra *Treu und Glauben* in Germania e buona fede oggettiva in Italia passa anche attraverso l'esame della moderna *exceptio doli generalis*. L'*exceptio doli generalis* è un istituto che rinvie le sue antiche origini nel diritto romano, in particolare all'epoca del repubblicano Aquilio Gallo; essa nasceva con lo scopo di evitare che sorgessero situazioni di ingiustizia a causa di una rigida applicazione dello *ius civile*. Gli studiosi del diritto romano affermano che già in un testo di Gaio (Gai, 4.119, frammento del *test. ad ed. urbicum*) si tramanda che tale categoria giuridica potesse essere invocata in ambito processuale da parte del convenuto al fine di difendersi dall'attore, il quale faceva valere in giudizio una sua

⁵⁸ Per un approfondimento relativo alla giurisprudenza italiana, si confronti, F. ROSSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, p. 152 e ss. Inoltre, in materia di divieto di abuso del diritto, si veda, tra le numerose sentenze: Cass. 19 gennaio 2005, n. 1094, in *Resp. civ. on line*, 2005; Cass. 3 agosto 2004, n. 14813, in *Arch. locazioni*, 2005, p. 87; Cass. 28 agosto 2003, n. 12629, in *Arch. civ.*, 2004, p. 773; Cass. 6 giugno 2002, n. 8251, in *Arch. civ.*, 2003, p. 456; Cass. 11 aprile 2001, n. 5421, in *Vita not.*, 2001, p. 825.

⁵⁹ Cfr. Pret. Milano 12 gennaio 1995, in *Giur. merito*, 1995, I, p. 442. Un altro esempio può essere rappresentato da una delle ultime sentenze della Cass. 8 settembre 2009, n. 20106, con nota di A. MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e resp.*, n. 4, 2010, p. 347, che bene esprime il collegamento tra buona fede oggettiva ed abuso del diritto. In particolare, la Suprema Corte ha ritenuto illegittimo, nell'ambito di un contratto di concessione di vendita, l'esercizio del recesso *ad nutum* previsto a favore del concedente attraverso modalità arbitrarie; più nello specifico i giudici della Cassazione hanno ritenuto, nella fattispecie in esame, violata la clausola generale della buona fede oggettiva nel caso del verificarsi di una situazione di abuso del diritto, infatti "i due principi si integrano a vicenda, utili per valutare condotte che le parti contrattuali adottano, nell'ambito della formazione ed esecuzione del contratto".



pretesa apparentemente fondata, che aveva, in realtà, l'unico scopo di recare un danno ed un pregiudizio all'altra parte. Da un punto di vista processuale l'*exceptio doli generalis* costituiva, quindi, un mezzo di difesa a favore del convenuto, il quale poteva chiedere al giudice chiamato a dirimere la controversia di disapplicare le regole proprie del diritto (*ius strictum*), qualora queste fossero invocate dall'attore al solo fine di danneggiarlo. In tal senso l'*exceptio doli generalis* attribuiva al giudice la possibilità di valutare il caso concreto secondo un criterio etico di correttezza delle parti. In Germania, fin dal XIX secolo, si era accolto e sviluppato sia l'istituto dell'abuso del diritto sia l'interpretazione più moderna dell'*exceptio doli generalis*⁶⁰. In sintesi, nell'ordinamento tedesco anche l'*exceptio doli generalis* è riconducibile al principio di buona fede sancito dal § 242 e tanto ciò è vero, che secondo la prassi delle Corti tedesche⁶¹, la disciplina dell'abuso del diritto ricomprende anche l'applicazione dell'*exceptio doli generalis* fondata sulla *Billegkeitsklausel* del § 242 BGB⁶²; pertanto le decisioni dei giudici si basano sulla valutazione di una eventuale violazione della buona fede oggettiva⁶³.

⁶⁰ Sul punto si veda, tra gli altri, G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva ed abuso del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1971, II, p. 613 e ss. Inoltre, cfr., K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1968, p. 111 e di G. SIEBERT- H. KNOPP, in *Soergel-Siebert*, BGB, II, Stuttgart - Berlin - Köln - Mainz, 1967, §242, n. 37 ss., p. 25 e ss.

⁶¹ Un commento interessante rispetto alcune recenti pronunce giurisprudenziali emesse dalle Corti tedesche è da rinvenirsi in K. HAFERKAMP, *Die "exceptio doli generalis" in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914*, in *Das bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, herausgegeben von Falk und Mohrhaupt*, Frankfurt am Main, 2000.

⁶² Sull'argomento, tra gli altri, cfr. K. LUIG, *Il ruolo della buona fede nella giurisprudenza della Corte dell'Impero prima e dopo l'entrata in vigore del BGB dell'anno 1900*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, cit., p. 411 e ss.

⁶³ Per ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali relativamente alla clausola della buona fede in Germania, si consulti: S. VIARO, *Abuso del diritto ed eccezione del dolo generale*, in *L'eccezione del dolo generale, Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2006, la quale si sofferma non solo sul concetto di "*Treu und Glauben*", ma analizza, in maniera approfondita, anche le categorie dell'abuso del diritto, dell'*exceptio doli generalis* e del *venire contra factum proprium*. Si veda, inoltre, P. KINDLER, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in cit., 1988, p. 666; K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, cit.; V. RIZZO, *Le "clausole abusive" nell'esperienza tedesca, francese, italiana nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994; G. ALPA, *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, cit., p. 158 e ss.; P. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1232; P. FAVALE, *"Formnichtigkeit" e "Treu und Glauben": una sineddoche*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 415 e ss.; J. BASENDOW, *Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica federale tedesca*, in *Contratti e impresa*, 1985, 2, p. 455 e ss.; W.F. EBKE-B.M. STEINHAEUER, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, in *AA.VV., Good Faith and Fault in Contract Law*, a cura di J. BEATSON-D. FRIEDMANN, Oxford, 1994, p. 170 e ss.; K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, II, Milano, 1995, p. 16 e ss.; A. BARENGHI, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, p. 203.; A. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006, p. 105.



Probabilmente, l'esperienza storico-politica e giuridica della Germania ha generato una minore perplessità in merito all'introduzione di tale interpretazione, vista anche la minore difficoltà del sistema tedesco ad accettare che le decisioni dei giudici evolvano in coerenza con i mutamenti politici e sociali.

In Italia, motivazioni analoghe, ma di segno contrario, hanno indotto la dottrina e la giurisprudenza⁶⁴ a rifiutare, per lungo tempo, l'ingresso nel sistema giuridico anche della categoria dell'*exceptio doli generalis*; ha prevalso, infatti, l'esigenza di evitare una discrezionalità, da parte dei giudici, troppo ampia e dai confini incerti, tale da limitare la tutela dell'autonomia privata. Solo recentemente, tuttavia, anche in Italia si è assistito, seppur lentamente, ad una evoluzione dell'orientamento dottrinale⁶⁵ e giurisprudenziale⁶⁶, non solo con riguardo al riconoscimento dell'*exceptio doli generalis* ma anche in merito alla sua applicazione secondo il principio di buona fede.

In quest'ottica la categoria dell'*exceptio doli generalis* rappresenta, nei sistemi giuridici moderni, un *genus* omnicomprensivo che ricomprende un'altra fondamentale fattispecie collegata all'abuso del diritto, che è quella del divieto di *venire contra factum proprium*.

Il *venire contra factum proprium* consiste in più comportamenti leciti, posti in essere da un soggetto, ma caratterizzati dal fatto di essere in aperta contraddizione tra loro. E' proprio in Germania, che emerge l'esigenza di individuare le origini dogmatiche di tale divieto, al fine di sanzionare tutti quei comportamenti iniqui, ancorché leciti nell'ambito dello *ius strictum*. Nell'ordinamento giuridico tedesco, infatti, è riconosciuto, affianco alle citate figure dell'abuso del diritto e dell'*exceptio doli generalis*, anche il divieto di *venire contra factum proprium* (*Schikane*), oggetto di apposite decisioni giurisprudenziali basate sull'applicazione della *Treu und Glauben* del § 242⁶⁷. In realtà, in un primo momento, i giudici tedeschi utilizzavano le varie espressioni quasi come sinonimi, contribuendo, in tal modo, a generare incertezza sul piano dogmatico e lessicale. A fronte di tale iniziale confusione, probabilmente derivante dall'assenza di

⁶⁴ A testimonianza del diffuso iniziale scetticismo in Italia nei confronti dell' *exceptio doli generalis*, si cita, a titolo esemplificativo, la sentenza della Corte app. Bologna 5 settembre 1955, in *Foro pad.*, 1956, I, c. 894 e la sentenza della Corte app. Napoli 25 gennaio 1952, in *Foro pad.*, 1952, I, c. 1090.

⁶⁵ Cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, cit., 1961, I, p. 169 e ss.; S. VIARO, *Abuso del diritto ed eccezione del dolo generale*, in *op. cit.*, p. 41 e ss.

⁶⁶ Negli ultimi anni, anche in Italia, compare, nelle decisioni dei giudici, il richiamo ed il riconoscimento all'*exceptio doli generalis*. Tra le varie, cfr.: Corte app. Genova 25 maggio e Corte app. Roma 11 aprile 2005, in *Infonet, Repertorio*, 2006; Trib. Bologna 22 giugno 2004, in *Guida al diritto*, 2005, 3, p. 80; Cass. 20 febbraio 2004, n. 2464, in *Foro it.*; Cass. 2 agosto 2001, n. 10694, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 74.

⁶⁷ Per un approfondimento sull'argomento, si confronti, F. PROCCHI, *L'exceptio doli generalis e il divieto di venire contra factum proprium*, in *L'eccezione del dolo generale, Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, cit., p. 79; J. BEHREND, DIESELHORST, ECKART VOSS, *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker*, Ebelsbach, 1985, p. 294.



un esplicito riferimento normativo nel BGB, si è rafforzata l'esigenza di creare uno specifico fondamento dottrinario. In questo senso, è stato fondamentale l'apporto di Riezler, noto giurista tedesco dei primi del '900, che, nella sua nota opera a sfondo comparatistico del 1912⁶⁸, ha analizzato le diverse sanzioni predisposte nei vari ordinamenti giuridici contro i suddetti comportamenti contraddittori posti in essere dal titolare di un diritto. Partendo dal Digesto, Riezler aveva individuato un esemplificativo elenco di azioni giudiziarie capaci di paralizzare, a livello processuale, condotte contraddittorie seppure legittime.

Tralasciando l'exkursus storico del principio del *venire contra factum proprium*, nonostante il lungo silenzio dottrinale rispetto a detta categoria, intorno agli anni '60-'70 del secolo scorso essa ha recuperato la ribalta, sia in Germania⁶⁹ che in Italia, trovando fondamento normativo nell'ambito della buona fede oggettiva. In particolare modo, la dottrina e la giurisprudenza tedesche, per lo più unanimi, ritengono che il divieto di *venire contra factum proprium* operi, appunto, oggettivamente, a prescindere dall'aspetto psicologico del soggetto che pone in essere comportamenti contraddittori.

Nell'esperienza giuridica tedesca, merita, infine, una menzione la c.d. *Verwirkung*. Detta espressione indica la situazione in cui si viene a trovare un diritto che non è stato esercitato per lungo tempo dal suo titolare e che, proprio per questo motivo, non può più essere esercitato senza determinare conseguenze lesive in capo ad un altro soggetto, per violazione della buona fede oggettiva⁷⁰. Tale categoria, che rientra nel più generale divieto di *venire contra factum proprium*, ha trovato una sua consacrazione in un determinato periodo storico e politico della Germania⁷¹, ovvero immediatamente dopo la fine della prima guerra mondiale quando il tasso di inflazione nel Paese schizzò verso cifre iperboliche. In questo contesto, pertanto, il

⁶⁸ Cfr. K. RIEZLER, "Venire contra factum proprium". *Studien im römischen, englischen und deutschen Civilrecht*, Leipzig, 1912.

⁶⁹ In merito, cfr. G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, p. 53 e ss.; J. JHERING, *Culpa in contraendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbücher*, 1861, vol. IV, (vedi trad. ital. A cura di F. PROCCHI, Napoli, 2005); G. MERUZZI, *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 49 e ss.; K. BRUNS, *Venire contra factum proprium im Strafrecht?*, in *JZ*, 1956, p. 147; D. CANARIS, *Die Vertrauenshaftung in deutschen Privatrecht*, München, 1971; K. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*³, München, 1980, p. 206.

⁷⁰ Per approfondimenti sull'argomento, si veda F. PROCCHI, *Divieto di venire contra factum proprium*, cit., p. 106. L'Autore, nello specifico riprende la dottrina tedesca più e meno recente. Concentrando la sua attenzione proprio sul ritardo sleale nell'esercizio del diritto da parte del titolare al solo fine di ricavare un maggior utile per sé a danno dell'altra parte.

Si riportano, inoltre, alcune delle prime decisioni dei giudici tedeschi ove si riconosce il *Verwirkung*: RG, 23 novembre 1927, in *RGZ*, vol. 117, p. 358; RG, 17 novembre 1929, in *JW*, 1929, p. 3488.

⁷¹ In tale direzione è stato importante anche il contributo di F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, in *Franz Wieacker - Kleine juristische Schriften*, a cura di M. DIEBELHORST, Göttingen, 1988, p. 43.



ritardato esercizio di un diritto, come quello di credito, poteva determinare un inammissibile squilibrio di prestazioni tra il creditore ed il suo debitore. Infatti, a fronte dello sfasamento temporale tra il momento della assunzione dell'obbligazione ed il momento dell'adempimento, il galoppante tasso di inflazione (in alcuni casi con incrementi rilevanti da un giorno all'altro) produceva un aumento abnorme della misura monetaria dell'iniziale debito. Proprio per porre fine a questa insostenibile situazione la giurisprudenza tedesca emise una decisione coraggiosa, importante e, comunque, permeante nell'ordinamento giuridico tedesco. In particolare i giudici stabilirono che tramite la *Verwirkung* il debitore potesse rifiutarsi di adempiere, se la richiesta del creditore fosse avvenuta dopo un decorso di tempo intollerabile, capace di danneggiarlo in maniera eccessiva. Per i giudici tedeschi, il diritto non era perso, ma era suo esercizio ad essere impedito in virtù del principio della buona fede oggettiva, quale strumento di protezione a tutela dell'affidamento che si è ingenerato nell'altra parte.

Anche in Italia si è giunti in taluni casi, seppure per altre vie, al sostanziale riconoscimento della *Verwirkung*; un'ipotesi è offerta dalla situazione in cui il titolare di un diritto resta consapevolmente inerte rispetto all'esercizio del suo diritto, dando l'impressione di rinunciare al diritto stesso, in una sorta di volontaria abdicazione al suo uso. In realtà, la giurisprudenza e la dottrina⁷² italiana non si sono mostrate particolarmente attente ad una ricostruzione di detta categoria giuridica, confondendola, spesso, con quella più generale del divieto di *venire contra factum proprium*, ma ciò che più rileva, tuttavia, è che anche in Italia il principio di *Verwirkung* è stato, via via, ricollegato alla buona fede oggettiva, seppure moderato dalla necessità di rilevare la presenza di un danno nei confronti dell'altra parte. Esemplare, in tal senso è la decisione dei giudici rispetto ad un caso di ritardato esercizio di un diritto da parte del suo titolare, in quanto "... (il ritardato esercizio) può determinare violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, qualora ciò non comporti nessun vantaggio al titolare del diritto ed un danno alla controparte" (Cass. 15 marzo 2004, n. 5240)⁷³.

⁷² Tra i vari P. RANIERI, *Rinuncia tacita e "Verwirkung". Tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Padova, 1971.

⁷³ La sentenza richiamata è quella della Cass. 15 marzo 2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, I, 1397. Detta sentenza è stata commentata, tra i vari, anche da A. ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, "Verwirkung" e buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 603 e ss. Nell'ambito della citata sentenza la Suprema Corte di Cassazione, inizialmente, sembrava negare l'introduzione nel nostro ordinamento del principio della *Verwirkung*, affermando che in caso di ritardo nell'esercizio di un diritto non sarebbe possibile richiamare ed accertare la conformità o meno di un comportamento alla buona fede; tuttavia, nel seguito della motivazione, il senso della sentenza diventa più chiaro. In particolare si specifica che il semplice ritardo non fa estinguere in capo al titolare del diritto la possibilità di agire per inadempimento dell'altra parte, in nome di una sua presunta rinuncia tacita, ma, piuttosto, non la Cassazione afferma che non è permesso più l'esercizio ritardato di un diritto in ragione della



Alla luce di quanto sin qui detto si evince l'importanza del principio di *Treu und Glauben* nell'ordinamento giuridico tedesco e la imponente portata applicativa del § 242, norma richiamata molto spesso nelle decisioni dei giudici tedeschi per regolamentare diverse categorie giuridiche. Appare chiara, inoltre, la differenza tra la funzione dal principio di buona fede in Germania e in Italia; in Germania il principio di buona fede svolge un ruolo centrale nell'ambito delle categorie civilistiche a scapito dell'autonomia contrattuale, in quanto la *Treu und Glauben* ha un contenuto ben più ampio e profondo rispetto a quello che viene riconosciuto in Italia alla buona fede oggettiva. *Treu und Glauben*, infatti, consiste non solo in un criterio di valutazione del comportamento delle parti, ma, anche e soprattutto, in un criterio di valutazione del contratto, al fine garantire un qualcosa in più, cioè un equo e conveniente bilanciamento degli interessi.

5. Nel diritto inglese, ed in particolare nel diritto contrattuale, è del tutto originale il recepimento del concetto "continentale" di buona fede oggettiva sviluppato nel resto d'Europa. In Inghilterra la buona fede prende il nome di *good faith* ed il termine è inteso sia in una accezione "soggettiva" che in una "oggettiva". Nel primo caso non si rileva alcuna differenza tra la *good faith* e la buona fede soggettiva continentale, tant'è che in entrambi i casi si adottano regole comuni intese a tutelare il possessore e l'acquirente in buona fede. Il senso di "*good faith* oggettiva" è, invece, profondamente diverso rispetto alla nozione di "buona fede oggettiva" utilizzato nei Paesi di *civil law*, dove essa indica i criteri oggettivi di valutazione del comportamento delle parti contrattuali.

Nell'ambito della disciplina contrattuale dei sistemi di *common law*, infatti, il discorso relativo alla buona fede è molto diverso rispetto a quello svolto sinora a proposito degli ordinamenti di *civil law*⁷⁴. Tale peculiarità deriva, in primis, dal disagio dei giuristi anglo-americani rispetto alla tematica della buona fede oggettiva, legato ad un insieme di fattori propri della tradizione giuridica di *common law*, il cui retroterra è costituito da casi pratici (i cosiddetti *cases*) su cui si sviluppa e si articola la *law of the contract*. I casi pratici a cui si fa riferimento non determinano certamente una

meritevolezza della tutela dell'affidamento determinatasi in capo all'altra parte, valutata secondo una un criterio oggettivo.

⁷⁴ Per un maggior approfondimento delle clausole generali nei sistemi di *common law*, si veda: W. VAN GERVEN, *Harmonization of Private Law: do We Need it?*, in *Common Market Law Rev.*, n. 41, 2004, p. 516 e ss.; J. F. O'CONNOR, *Good faith in English Law*, Aldershot, 1990, p. 85 e ss.; AA.VV., *Good faith in European Contract Law*, a cura di R. ZINNERMANN-S. WHITTAKER, cit., p. 58 e ss.; E. ALLEN, *Law in the Making*, Oxford, 1961, p. 366 e ss.; R. MATTEI, *Il modello di Common Law*, in *Sistemi Giuridici Comparati*, a cura di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, 2^a ed. Torino, 1996; G. HOLMES, *The Common Law*, London, 1881, rist. 1963; A. ANSON, *Principles of the english law of contracts*, London, 1945; A. W. B. SIMPSON, *A history of the Common Law of the Contract*, Oxford, Clarendon, 1987.



condiscendenza verso la mala fede, ma, di sicuro, una ritrosia a formulare regole e principi di carattere generale e, quindi, una propensione ad intervenire ogni volta in maniera diversa, a seconda del singolo caso di specie.

Capire le differenze strutturali che insistono sui due sistemi di *civil law* e di *common law* diventa premessa indispensabile per comprendere la peculiarità della concezione della *good faith*. Una delle più rilevanti differenze tra i due sistemi in esame è costituita dal fatto che, mentre nei sistemi giuridici di *civil law* il punto di partenza è l'analisi e la definizione dei diritti soggettivi, nell'ordinamento giuridico inglese fondamentale rilevanza viene attribuita ai rimedi (*remedy*) elaborati, nel corso del tempo, dalla due giurisprudenze, di *common law* e di *equity*. Il *remedy* costituisce un concetto cruciale del sistema giuridico anglo-americano, in quanto esso è alla base del riconoscimento di un diritto e non è l'effetto del diritto stesso. In tale prospettiva si comprende il perché si usa dire che il *remedy* precede i *rights* ed il senso del brocardo latino: *ubi remedium, ibi jus*.

Per quanto concerne l'origine storica della *good faith* è fatta risalire al periodo medioevale inglese, ed in particolare modo, a quel momento storico, politico e culturale che ha determinato la nascita e, successivamente, lo sviluppo, della giurisdizione dell'*equity*, quando negli usi dell'epoca, spettava al re, con l'ausilio di un Cancelliere (con un ruolo via via prevalente), il compito di preservare la pace e di amministrare la giustizia. Tralasciando un dettagliato *excursus* storico che ha determinato l'affermazione della giurisdizione di *equity*, ciò che preme specificare è che proprio in tale contesto fa il suo primo formale ingresso il concetto di *good faith*. Il Cancelliere individuato dal re era un ecclesiastico, quasi sempre un Vescovo, la cui giurisdizione consisteva nell'applicazione del diritto romano e del diritto canonico. I primi Cancellieri della *Court of Chancery*, infatti, al pari degli avvocati canonici delle Corti Ecclesiastiche, si rifacevano alla legge canonica secondo cui si riconosceva alla buona fede un fondamento morale. In particolare si riteneva che una promessa potesse essere vincolante per il solo fatto di essere tale per la coscienza dell'uomo; le regole applicate erano prevalentemente quelle della morale cristiana, in virtù delle quali diventava importante mantenere e rispettare la parola data. La giurisdizione di *equity* interveniva, dunque, in nome della coscienza e della morale per ingiungere ad una parte un determinato comportamento; la *Chancery Court*, infatti, indicava criteri di valutazione positivi o negativi di un comportamento, sulla base di valori etici o morali. Progressivamente, tra il XIV e XV secolo, diventava sempre più decisiva, in tema di *good faith*, l'opera del Cancelliere ecclesiastico, consigliere e confessore del re, in grado di giudicare le suppliche e le petizioni presentate dai sudditi, offrendo soluzioni in armonia con il diritto naturale. Il Cancelliere scrutava l'animo delle parti e le loro intenzioni, al fine di assicurare il rispetto della buona fede, in nome della coscienza e dell'equità. Il dovere generale della buona fede, sotteso all'assunzione del vincolo e dell'accordo, ispirò, dunque, fortemente i giudici della Cancelleria.



Successivamente, tra il XVII ed il XIX secolo (epoca che è stata successivamente definita dai giuristi moderni, di “cristallizzazione dell’*equity*”), sotto l’influenza del clima storico, politico e culturale del resto d’Europa, si determinò, in Inghilterra, come conseguenza, una graduale evoluzione dell’attività svolta dai cancellieri, i quali accostarono alla logica di una giustizia guidata da un ordine morale, una giurisdizione guidata e deducibile dalle proprie decisioni precedenti; in tal modo, anche l’*equity*, come la giurisdizione di *common law*, cominciò a legarsi al principio del precedente giurisprudenziale. Nell’ambito della naturale evoluzione del sistema giudiziario inglese, il merito principale della giurisdizione dell’*equity* risiede nella continua rilevanza attribuita alle clausole generali, tra cui, quella di buona fede. Ancora oggi, infatti, si può affermare che la *good faith* trova riconoscimento nella giurisdizione dell’*equity*, come è chiaramente deducibile dai criteri ispiratori di tale giurisdizione.

Una volta analizzato il particolare contesto storico in cui la *good faith* è stata gradualmente riconosciuta dalla giurisdizione dell’*equity*, è interessante, poi, soffermare l’attenzione su un’altra questione, a più riprese affrontata da dottrina e giurisprudenza, circa il riconoscimento della *good faith* anche nella giurisdizione di *common law*. Nel sistema inglese, la risposta a tale quesito è, senza dubbio, negativa; infatti, nell’ambito dei rimedi previsti dalla giurisdizione di *common law* non esiste un “*general positive duty of good faith*”. Gli ultimi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali inglesi, in merito al principio di buona fede nella *common law*, sostengono che essa non trova applicazione nel diritto dei contratti⁷⁵. L.J. Potter⁷⁶ ha affermato che non esiste una dottrina generale della buona fede nella disciplina inglese dei contratti, pertanto le parti contrattuali sono libere di agire nel modo che esse ritengono migliore, con l’unico vincolo di non violare le regole contrattuali.

La negazione nel diritto inglese di *common law* di un dovere generale, a negoziare o ad eseguire un contratto secondo buona fede, è strettamente collegata ad un altro

⁷⁵ In merito all’operatività della clausola della buona fede nei sistemi di *common law*, si ritrovano, tra gli altri, in: A. DE VITA, *Buona fede e common law*, cit., p. 255 e ss.; E. FERRARIS, *La buona fede negli orientamenti giurisprudenziali inglesi*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 759 e ss.; A. PARISI, *Good faith nell’esecuzione del contratto*, in *Quaderni del Dipartimento dei Rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei dell’Università di Salerno*, diretti dal P. Stanzone, Salerno, 2002; G. ALPA, “*Contratto nei sistemi di common law*”, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ. III, Torino, 1989, p. 344 e ss.; J. F. O’CONNOR, *Good Faith in English Law*, cit.; R. S. SUMMERS, *The General Duty of Good Faith - Its Recognition and Conceptualization*, *Cornell Law Rev.*, 1982, p. 810; R. ZIMMERMANN, S. WHITTAKER, *Good Faith in European Contract Law*, p. 68 e ss., cit.; M. BESSONE, *Principio di buona fede, disciplina del common law e massime di equità*, in *Ann. fac. giur. Univ. Genova*, 1972, p. 1 e ss.; V. TEDESCHI, G. ALPA, *Appunti e materiali sul contratto nel diritto nord-americano*, Padova, 1983; V. TEDESCHI, *Il contratto come promessa anziché come accordo nella dottrina anglo-americana*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 5 e ss.; L. SAPORITO, *I vizi della volontà*, in *Atlante di diritto privato comparato*, a cura di F. GALGANO, Bologna, 2006, p. 124 e ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 1975; U. MATTEI, *Diritto e rimedio nell’esperienza italiana ed in quella statunitense*, Padova, 1988.

⁷⁶ L. J. POTTER, *Historical Introduction to English Law*, London, 1958.



principio, tutto inglese, che consiste nel generale rifiuto della teoria dell'abuso del diritto. A tal proposito, una parte importante della dottrina ammette il principio secondo cui il titolare di un diritto, derivante da un contratto o da un altro atto, possa esercitarlo "per una buona ragione, per una cattiva ragione, senza ragione" (Person). Nello stesso senso, anche Lord Ackner, nel noto caso *Walford v/Miles*⁷⁷, affermava, con una forma inconcepibile per i *civil lawyers*, che "il dovere di concludere negozi secondo buona fede è per sua natura contrario alle posizioni contrattuali ed è qualcosa di irrealizzabile nella pratica".

E' importante specificare, tuttavia, che, per comprendere l'approccio dei sistemi di *common law* verso la clausola di *good faith*, è necessario non solo svolgere un'attività deduttiva rispetto ai *cases*, ma anche utilizzare diverse qualificazioni rispetto alle nostre categorie civilistiche, al fine di evitare che formulazioni generali possano rimanere incomprese. I *common lawyers*, infatti, non sono estranei ai valori sottesi alla *good faith*, ma sono resistenti ad una introduzione universale di buona fede come "panacea di tutti i mali", imposta dall'alto nella disciplina generale del contratto, senza effettuare nessun tipo di differenziazione a seconda delle tipologie contrattuali e delle fattispecie concrete. In altri termini, il diritto inglese non punta a tutelare la buona fede intesa come "una francescana rinuncia di un soggetto di perseguire i propri interessi, per aiutare l'avversario a raggiungere i suoi"⁷⁸. La specificità del sistema inglese consiste nel riconoscimento della buona fede solo laddove essa è utile e praticamente rilevante, in considerazione dei singoli *cases*. Infatti, la realtà contrattuale non è considerata omogenea e, quindi, ciascuna categoria di contratti esige regole differenziate.

In questa prospettiva il diritto inglese riconosce il principio di *good faith* nei contratti *uberrimae fidei*, caratterizzati da un particolare rapporto di fiducia che lega le parti. Un esempio evidente è rappresentato dai contratti di assicurazione, ove sussiste a carico di uno o più soggetti l'obbligo di comunicare (*disclosure*) quei fatti (*material fact*) in grado di influire sulla decisione dell'altra parte di concludere o meno l'accordo. Si pensi a come la *good faith* debba essere interpretata come parametro oggettivo di onestà nel caso dei contratti di assicurazione sulla vita, in cui assume rilevanza l'informazione detenuta dall'assicurato circa le possibili condizioni del proprio stato di salute.

Al di fuori di questi casi specifici, tuttavia, l'applicazione ed il riconoscimento della *good faith* nella giurisdizione di *common law* delle Corti inglese, di fatto, è esclusa; la giurisprudenza di *common law* predilige concetti diversi, come *fairness* (correttezza) e *reasonableness* (ragionevolezza). In particolare, i termini *good faith* e *reasonableness* non vanno intesi come sinonimi, dal momento che essi sottendono principi diversi: nel primo caso si intende un criterio di valutazione di un comportamento sulla base di valori etico-sociali; nel secondo caso, invece, si fa riferimento alla razionalità, per

⁷⁷ *Walford v Miles* (1992) 2 A.C. 128.

⁷⁸ Così, A. DE VITA, *Buona fede e common law*, cit., p. 257.



quanto limitata, dell'uomo, richiamata durante tutte le fasi di vita del contratto. Parte della dottrina di *civil law* si è domandata se la *reasonableness* nella *common law* possa operare quale criterio di valutazione di comportamento nello stesso modo in cui nel nostro ordinamento ci si appella alla buona fede. La risposta a tale quesito non può che essere negativa, perché, se è vero che sia la buona fede che la *reasonableness* offrono criteri di valutazione del comportamento della parte contrattuale, nel primo caso tali criteri sono riconducibili a valori assoluti di ordine superiore (etico, sociale), mentre nel secondo caso essi derivano solo dalla possibilità di fare riferimento alla razionalità ed al buon senso dell'uomo medio.

Nell'ambito di questo discorso, tuttavia, va sottolineato il diverso orientamento delle Corti nord-americane le quali testimoniano con le loro decisioni di discostarsi dal tradizionale approccio tipicamente inglese, mostrando una sostanziale apertura verso la clausola della *good faith*. Al fine di una migliore comprensione degli orientamenti nord americani rispetto alla *good faith*, è sempre utile partire dai *cases*. In tal senso, a titolo esemplificativo, si riprende il caso *Borg-Warner Co. v/. Anchor Coupling Co*, deciso dalla Suprema Corte dell'Illinois nel 1958⁷⁹, in ambito di buona fede durante le trattative contrattuali. Premesso che, con riferimento alla fase delle trattative e della formazione del contratto, nei sistemi di *common law*, tradizionalmente non è ammessa la responsabilità precontrattuale, così come, invece, è concepita negli ordinamenti di *civil law*; infatti, sia nell'ordinamento inglese che in quello nord-americano la fase delle trattative è vista come in una dimensione aleatoria, cioè fondata sulla *freedom of contract* e sulla *freedom to negotiate*; tuttavia, nonostante ciò, le Corti statunitensi hanno creato nuovi modelli giurisprudenziali fondati sul criterio proprio della *good faith*. Nella fattispecie *Borg-Warner Co. v/. Anchor Coupling Co* si fa riferimento ad un accordo negoziato successivamente ad una lettera di intenti. La società *Borg-Warner Co.* chiedeva alla società *Anchor Coupling Co.* la stipulazione di un contratto di opzione per l'acquisto del suo pacchetto azionario. La *Anchor Coupling Co.*, negava il rilascio dell'opzione richiesta ma proponeva alla *Borg-Warner Co.*, con una *letter of intent*, l'acquisto immediato dell'intera società alle stesse condizioni offerte nella precedente proposta, con l'aggiunta di una ulteriore richiesta, cioè il rilascio di una garanzia (da specificarsi in un secondo momento) da parte della società *Borg-Warner Co.*, avente ad oggetto la conferma del rapporto di lavoro con il personale dell'*Anchor*. Tale lettera di intenti conteneva, quindi, oltre ad un'offerta di vendita anche clausole lasciate ancora in bianco, da concordare successivamente nel dettaglio. A questo punto la *Borg-Warner* accettava la proposta e chiedeva di perfezionare l'acquisto, ma la *Anchor Coupling*, per il mancato perfezionamento delle clausole lasciate ancora in bianco, rifiutava l'adempimento. Rispetto al contenzioso si è espressa la Suprema Corte dell'Illinois, che ha riconosciuto le ragioni della società Borg, in quanto i patti *with open terms* (lasciati in bianco) hanno una determinatezza tale da essere eseguiti.; rispetto agli

⁷⁹ *Borg-Warner Co. V. Anchor Coupling Co.*, (1958) 16 Ill., 2d, p. 234.



accordi lasciati in sospeso, infatti, la Corte poteva esprimersi, definendoli sulla base di parametri oggettivi, utilizzando, appunto, la *good faith* oggettiva.

Relativamente all'obbligo di esecuzione del contratto secondo buona fede, si richiama, invece, un noto caso del 1933, *Kirke La Shelle Co. v/ Paul Armstrong Co.*, decisa dalla Corte di Appello di New York⁸⁰. Un attore aveva ottenuto, in una composizione giudiziale di un giudizio precedente, il diritto a ricevere dalla società *Kirke La Shelle* la metà delle entrate lorde relative alle future rappresentazioni teatrali di un dramma, oltre al diritto di approvare ogni contratto, vendita, licenza ed ogni altro accordo riguardante la rappresentazione teatrale dell'opera, ad eccezione dei diritti cinematografici. Con l'avvento del sonoro, l'attore decise, però, di vendere i diritti per il film sonoro ad un'altra società. La *Kirke La Shelle Co.* intentò, allora, azione per ottenere la metà del prezzo della vendita. La Corte di Appello di New York decise in suo favore, perché il sonoro avrebbe inciso negativamente sul mercato delle rappresentazioni teatrali. La Corte newyorkese ritenne che l'attore sia stato inadempiente rispetto al patto implicito di buona fede e di *honeste agire* nell'esecuzione del contratto. In particolare modo, in ogni contratto vi è un patto implicito in cui nessuna delle parti contrattuali può danneggiare o limitare il diritto dell'altra a ricevere dei vantaggi dal contratto stesso, il che vuol dire che in ogni contratto esiste un patto implicito di buona fede.

Un'altra decisione di una Corte nord-americana, relativa all'applicazione della *good faith* nell'esecuzione del contratto, riguarda il caso *Wood v./Lucy, Lady Duff-Gordon*⁸¹. *Lady Duff Gordon*, stilista di moda, aveva concluso un contratto con *Wood* per la concessione del diritto esclusivo di vendita degli articoli da lei firmati, in cambio del 50% dei profitti sui guadagni derivanti dalla vendita. Tuttavia, *Lady Duff Gordon* vendette i suoi articoli di abbigliamento ad altri, violando l'accordo di esclusiva con *Wood*. La stilista si difese adducendo la non vincolatività della sua promessa, in quanto non sorretta da *consideration*. La Corte di Appello di New York non condivise la sua tesi difensiva; infatti, da un punto di vista formale, ha affermato che anche *Wood* aveva, tacitamente, effettuato una promessa, e cioè quella di mettere in vendita gli articoli di *Lady Duff Gordon*; in tal modo ha ritenuto esserci una *consideration* in rapporto alla promessa di esclusiva fatta dalla stilista; da un punto di vista sostanziale, soprattutto, la Corte riconobbe l'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede.

Sono veramente numerose le decisioni delle Corti nord-americane ove si richiama e si esplica la *good faith*⁸². Il *common law* nord-americano, infatti, riguardo al tema, sembra porsi in una posizione diversa rispetto al diritto inglese, orientandosi in una direzione sicuramente più vicina a quella di *civil law*. Il diritto nord-americano

⁸⁰ *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.*, 263 N.Y. 79, 87, p. 188 N. E. 163 167 (1933).

⁸¹ *Wood v./Lucy, Lady Duff-Gordon*, 222 N. Y. 88, 118, N. E. 214 (1917).

⁸² G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, Ohio, 1974, p. 151.



applica la *good faith*, ne riconosce l'indeterminatezza della nozione, ed ammette l'esistenza di un implicito patto di buona fede sotteso ad ogni contratto.

A prescindere, però, dagli specifici orientamenti nord-americani, è importante affermare che i sistemi di *common law*, propongono, principalmente, rimedi diversi dalla *good faith* per disciplinare casi in cui rilevi l'affidamento dei terzi e la buona fede. In tal senso, vale la pena di approfondire, tra vari, due istituti in particolare e cioè quello dell'*estoppel* e quello della *misrepresentation*.

L'*estoppel*, che assume le diverse forme di *estoppel by conduct* e *promissory estoppel*, è un termine di difficile traduzione nella lingua italiana, che esprime, in maniera indiretta, un principio ben noto nel *civil law*, quello dell'*exceptio doli generalis*. L'istituto dell'*estoppel* definisce determinate ipotesi in cui ad una parte è preclusa la possibilità di affermare o negare una determinata circostanza, permettendo in determinati casi di tener conto dell'affidamento dei terzi e della buona fede. Anche se non è facile elaborare una definizione unitaria dell'*estoppel by conduct*, esso può sinteticamente essere inteso come una situazione giuridica determinata da un soggetto che, con dichiarazioni o comportamenti induce, volontariamente o negligenemente, l'altra parte contrattuale ad effettuare delle scelte, per poi disconoscere quelle stesse dichiarazioni e/o quei comportamenti iniziali, recando un pregiudizio a colui che incolpevolmente ne aveva fatto affidamento. L'*estoppel by conduct* può consistere anche in un silenzio o in un'omissione che è in grado di indurre l'altra parte in inganno, dal momento che in tale ipotesi si violano i doveri di informazione o di avviso.

Il *promissory estoppel* (o quasi *estoppel*), invece, indica l'ipotesi in cui al promittente viene preclusa la possibilità di rinnegare una promise che, ancorché assunta in assenza di *consideration*, abbia ingenerato nel promissario o in un terzo un affidamento. In tal caso la promise è vincolante per il promittente, pur in mancanza della *consideration* formale, a tutela dell'affidamento del promissario. Esempio di questa fattispecie è la decisione di Lord Denning nel caso *Central London Property Trust Ltd. v/ High Trees House*, del 1947⁸³. Con un contratto di *lease under seal*, stipulato nel 1937 la società *Central London*, parte attrice, aveva concesso alla società *High Trees*, parte convenuta, la detenzione di un immobile attraverso una *tenancy* (istituto sconosciuto nel nostro ordinamento, che può essere tradotto come il rapporto tra detentore e bene detenuto) di un caseggiato per un canone di 2500 sterline all'anno. A causa della carenza di domanda di immobili indotta dalla guerra, la *High Trees House* si rese conto di non essere in grado di versare il canone pattuito e, pertanto, diede avvio ad una trattativa alla fine della quale venne raggiunto un agreement formale tra le parti che permise alla *High Trees House* di versare solo la metà del canone pattuito. La *High Trees House*, in forza di una formale lettera di accettazione dell'agreement da parte della *Central London*, versò solo la metà del canone inizialmente pattuito per tutto il periodo dal 1941 al 1945, momento in cui gli appartamenti, alla fine della guerra, vennero da essa,

⁸³ *Central London Property Trust Ltd. V. High Trees House Ltd (1947) I K. B. 130.*



a propria volta, dati in locazione. Nel 1945 la *Central London* informò la *High Trees House* che il canone sarebbe stato nuovamente riportato a 2500 sterline ma, soprattutto, chiese alla stessa la metà del canone inizialmente pattuito, non versata dal 1941 al 1945. La società convenuta presentò a sua difesa l'*agreement* formale, ritenendo la società attrice *estopped* dal richiedere gli arretrati. Lord Denning, nell'occasione, sostenne che la promessa relativa alla riduzione del canone aveva ingenerato un affidamento nella società *High Trees House*, e, pertanto, statui la perfetta validità della promessa nel periodo di tempo che andava dal 1940 al 1945, riconoscendo alla parte convenuta il diritto a non versare la metà richiesta. Con la sua decisione egli riconobbe tutela giuridica alla *reliance* (affidamento), indipendentemente dalla *consideration* e, quindi, riconobbe la rilevanza giuridica della promessa quando questa in maniera inequivocabile, ingenerava nell'altra parte un affidamento in grado di condizionare il futuro rapporto giuridico.

La *misrepresentation* è una categoria della *common law* che identifica una serie di situazioni giuridiche che nella tradizione continentale sono concepite in maniera slegata. Con il termine *misrepresentation* si suole indicare una inesatta, falsa, erronea dichiarazione posta in essere da una parte contrattuale (*representor*) durante la fase delle trattative, al fine di indurre l'altra parte (*representee*) a concludere un contratto per effetto di un ragionevole affidamento (*reasonable reliance*). La *misrepresentation* si differenzia dal concetto di dolo previsto nell'ordinamento italiano, che indica e presuppone raggiri, manovre, macchinazioni. La *misrepresentation*, invece, consiste in una dichiarazione inesatta fatta nel corso delle trattative, tale da indurre l'altra parte a contrarre. La *misrepresentation* può essere *innocent e fraudulent*; la prima consiste in una dichiarazione inesatta posta in essere dalla parte senza alcuna intenzionalità; la *misrepresentation fraudulent*, invece, consiste in una inesatta dichiarazione posta in essere con consapevolezza. Le conseguenze sono differenti, ed, infatti, nel primo caso il *representee* potrà optare per la *rescission* o, in alternativa, per il risarcimento dei danni, mentre nel secondo caso potrà richiedere entrambi i rimedi.

Mentre la giurisdizione di *equity* sembra riconoscere in modo diretto la rilevanza della *good faith*, secondo modalità assimilabili alla buona fede oggettiva analizzata nei paragrafi precedenti, l'esame, esemplificativo dei due istituti dell'*estoppel* e della *misrepresentation* mostrano come, pur nelle differenze culturali, strutturali e procedurali tra il sistema inglese ed i sistemi "continentali", il concetto di buona fede oggettiva abbia trovato anche nella giurisdizione di *common law*, una propria espressione.

Pur ricordando come nella *common law* non trovi spazio la clausola generale della buona fede nell'ambito della disciplina contrattuale, risulta chiaro come i principi sottesi alla tutela della buona fede oggettiva abbiano confermato anche qui, sebbene con difficoltà connesse alla diversità culturale e procedurale, la necessità di istituti specifici capaci di tutelare, in nome di una pratica ragionevolezza dell'uomo medio, l'affidamento delle parti.



In conclusione, anche nei Paesi di *common law*, la buona fede sembra trovare, su un terreno culturale decisamente meno poroso rispetto all'assorbimento dei valori etici e sociali in sistemi di carattere generale, come un fiume carsico, proprie strade non sempre lineari ed immediatamente visibili, ma comunque capaci di assicurare, caso per caso, negli interstizi di un diritto che emerge *ex post*, sistemi speciali che tutelino, direttamente, l'interesse delle parti e, indirettamente, l'esigenza sociale del contratto.

6. Anche nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario sono presenti, e svolgono un ruolo molto importante, le clausole generali, ed in particolare quella della buona fede⁸⁴. Il motivo dell'introduzione di tali clausole è da rinvenirsi dalla constatazione che norme elastiche e concetti indefiniti di matrice comunitaria, facilitano la "convivenza" delle culture giuridiche differenti dei vari Paesi e, quindi, consentono, in maniera più agevole, l'adattamento dei principi comunitari alle diverse tradizioni giuridiche.

La clausola generale della "buona fede comunitaria" ha, tra le sue fonti normative, quella del "diritto privato europeo" ed, in particolare, il codice europeo dei contratti, che consiste in un insieme di principi e regole, istituiti da Commissioni di giuristi europei, da invocare come strumenti di ermeneutica ed integrativi del contratto. Tali clausole generali vengono richiamate, per esempio, nell'art. 32 (clausole implicite) secondo cui rientrano nel contenuto del contratto tutte quelle clausole che derivano da un generale dovere di buona fede. Anche l'art. 39 del codice europeo dei contratti richiama la clausola della buona fede, infatti relativamente all'analisi del testo contrattuale ed alle valutazioni degli elementi extratestuali dell'atto, assumono rilievo sia i comportamenti delle parti (improntati sulla correttezza) che la funzione della buona fede quale canone di interpretazione del contratto. La Commissione Lando, inoltre, sempre nell'ambito del diritto europeo dei contratti, ha richiamato più volte la clausola di buona fede: in particolare modo, all'art. 1.106 e all'art. 5.102. Nel primo caso, relativamente all'interpretazione ed analogia, affermando la necessità di promuovere la buona fede e la correttezza; nel secondo caso, relativamente alle circostanze del contratto, affermando che per una giusta interpretazione del contratto

⁸⁴ Per il diritto comunitario ed il diritto privato europeo, si veda: F. MARRELLA, *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contratto impresa Europa*, 2000, p. 29 e ss.; G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, 2^a ed., Padova, 2001; P. KLINDER, *La direttiva comunitaria sugli agenti commerciali: un primo bilancio nel confronto tra Italia e Germania*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 235 e ss.; G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 11 e ss.; AA.VV., in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, cit.; A. SASSI, *Il ruolo delle permanenze nella formazione del mercato interno*, in *Diritto privato del mercato*, a cura di A. PALAZZO e A. SASSI, in *Manuale di diritto e processo* a cura di A. PALAZZO - Università degli Studi di Perugia - Perugia, 2007, p. 31 e ss.



occorre avere riguardo anche alla buona fede e correttezza. Ancora si fa riferimento alla buona fede nell'art. 4.109 (Ingiusto profitto e vantaggio iniquo) in cui si prevede che: "il giudice, può, ove il rimedio sia adeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto sarebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza".

Ulteriori fonti normative delle clausole generali di buona fede di diritto comunitario sono rappresentate dalle varie direttive comunitarie che devono essere recepite dagli ordinamenti degli Stati membri.

Come è stato detto, la caratteristica della clausola generale della buona fede è la sua estrema elasticità e duttilità, nonché la sua predisposizione ad essere interpretata in base alle esigenze del caso concreto e rispetto al periodo storico-politico e sociale in cui viene applicata. In tale contesto, un ruolo fondamentale viene attribuito, quindi, all'interprete. Con riferimento al diritto comunitario, ci si domanda, tuttavia, chi è il soggetto deputato alla "concretizzazione" della clausola generale della buona fede. Il dubbio è tra la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, il legislatore nazionale dei singoli Stati membri, il giudice nazionale dei singoli Stati membri. La questione è stata chiarita nel 2003, nell'ambito del caso SENA (*Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten c. Nederlandse Omroep Stichting*), quando la Suprema Corte olandese al fine di interpretare la nozione di "equa remunerazione" presente nell'art. 8, n. 2, della Direttiva 92/100/CE, ha adito, in via pregiudiziale la Corte di Giustizia Europea. Alla luce della decisione del caso SENA si evince che l'interpretazione delle clausole generali (tra cui quella di buona fede) costituisce una prerogativa propria della Corte di Giustizia, tuttavia non in via esclusiva, ma solo qualora il suo intervento sia richiesto, in via incidentale, per la necessità di comprendere il significato della norma. Inoltre, nell'ambito della decisione del caso SENA, la Corte di Giustizia ha colto l'occasione per chiarire, nelle motivazioni, l'esistenza di clausole generali che sono proprie del diritto comunitario, sganciate dal diritto nazionale dei singoli Stati membri; in tal senso le clausole generali vengono considerate come una disposizione autonoma di diritto comunitario che devono essere interpretate in modo uniforme nell'intero territorio della Comunità. Solo in mancanza di una nozione comunitaria della clausola generale, cioè in assenza di un contenuto definito dal giudice comunitario, allora l'esercizio interpretativo sarà attribuito ai singoli Stati membri, nei limiti imposti dal diritto comunitario; infatti gli Stati membri quando devono operare la "concretizzazione" della clausola, lo fanno sotto il controllo delle istituzioni comunitarie, nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario e dei limiti ricavabili dalla direttiva. Per una maggiore chiarezza, quindi, occorre effettuare un'ulteriore differenziazione tra le clausole generali di diritto comunitario, il cui contenuto è specificato dallo stesso legislatore comunitario, e le clausole generali in cui il legislatore comunitario omette la precisazione di contenuto. In quest'ultimo caso, la Corte di Giustizia svolge un ruolo di controllo della "congruità dei parametri adottati" dal legislatore e dal giudice nazionale.



Una volta chiarita l'esistenza della clausola comunitaria di buona fede ed individuate le sue norme di riferimento nonché il soggetto tenuto ad darne senso e "concretizzazione", ci si pone un'altra questione rilevante, vale a dire capire la funzione che svolge la buona fede di matrice comunitaria. Sicuramente, la funzione primaria svolta dalla clausola in esame è quella di superare o, comunque, ridurre, le differenze tra le diverse legislazioni nazionali; si è parlato, in tal senso "dell'armonizzazione" del diritto comunitario per realizzare un diritto comune europeo. La clausola generale rappresenta, senza dubbio, uno dei migliori strumenti legislativi, per tendere un tale risultato. Proprio al fine di raggiungere la c.d. "armonizzazione del diritto europeo" le clausole generali comunitarie hanno un contenuto proprio, che non è rinviato alle legislazioni nazionali, ma viene "predeterminato tramite un'operazione di sintesi che tenga conto del contenuto che le clausole generali, di volta in volta evocate, assumono nelle varie legislazioni nazionali"⁸⁵.

Il contenuto della clausola generale della buona fede comunitaria è, pertanto, una sintesi (in chiave comparata) delle varie nozioni di buona fede analizzate fin qui nei singoli ordinamenti giuridici europei. Tuttavia, per ovviare gli inevitabili problemi applicativo-interpretativi della clausola generale, il legislatore comunitario ha scelto di affiancare alle nozioni a "contenuto elastico" una disciplina di settore altamente dettagliata, in grado di ridurre al minimo l'ambito interpretativo del contratto. La globalizzazione del mercato, l'oggettivazione dei contratti, la facilità di scambi commerciali hanno indotto il legislatore comunitario ad optare per criteri semplici ed universali, e norme ad alto contenuto specifico. La clausola della buona fede comunitaria, in quanto clausola generale, pur non potendo essere, per sua natura, schematizzata entro parametri eccessivamente rigidi, tuttavia, esprime in maniera plastica, quel senso comune assunto dalla buona fede nei vari ordinamenti presi in esame oggetto di approfondimento nel corso di queste pagine. I diversi concetti di buona fede: in Francia, in Germania, in Italia, nonostante presentino differenze che sono state precedentemente analizzate, tuttavia, sono tutti legati da un *file rouge* secondo cui i principi sottesi alla buona fede oggettiva sono facilmente riconducibili ad un concetto superiore presente in tutti gli ordinamenti. In questa stessa ottica assume meno rilievo anche soffermarsi ad analizzare le differenze, tra l'altro costitutive ed evidenti, tra il sistema di *civil law* e quello di *common law*, perché alla luce dell'analisi svolta, prevale un principio superiore che è la *ratio* comune sottesa alla disciplina del contratto in tutti gli ordinamenti presi in esame.

Il diritto comunitario diventa, allora, espressione di una esigenza comune di un unico grande territorio, grazie al quale è possibile individuare categorie e principi generali ed uniformi.

⁸⁵ G. MERUZZI, *L'Exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, cit., p. 11



“L’unità del diritto europeo è esistita. Il c.d. “diritto comune” durato tutto il medioevo e oltre, e che traeva le sue sostanze dal diritto romano, ha dato l’orditura e lo stampo alla vita civile dei popoli europei...Ora, quel che è stato dovrà e potrà essere di nuovo. La grande legislazione della storia civile non deve andare perduta, perché quando una fondamentale unità del diritto potrà essere ripristinata e adeguata alle più progredite esigenze della vita moderna e del continente europeo, noi potremo già considerare con mutato spirito la funzione delle frontiere politiche”⁸⁶.

⁸⁶ Le parole di Scialoja sono state tratte da S. CAPRIOLI, *Introduzione al Seminario di Studi “I problemi dei contratti”*, San Marino, 8-9 settembre, in *Miscellanea dell’Istituto giuridico sammarinese*, n. 6 settembre 2000, p. 100.