

ALESSANDRA LANGELLA (*)

EQUITÀ, BUONA FEDE E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

Abstract: The paper is structured as a work in progress. It is the preface of a larger body of work which rewrites the state of the art of equity and the contractual good faith aimed to understand the synergic power of the two tools which calibrate the negotiations to the socio-economic needs. The work wants to start a consideration on equity and good faith as legal-moral powers to react against a lack of legislations in a supplementary logic and to fix the autonomy as a replacement function, modulating the private interest towards a social solidarity required by the Constitution and by the European legal frame about the contracts. It appears as a schematic approach, a sort of bullet point, where the details of a research are established, but need to be deepened being. As of now, it has limited to highlight the typical signs of good faith and equity as well are being used in a corrective manner and in order to complete the contract by the force of law.

SOMMARIO: 1. Autonomia ed eteronomia – 2. Fonti suppletive e fonti cogenti. – 3. La difficile catalogazione del concetto di equità. – 4. Equità e regole dell'interpretazione. – 5. Interrelazione tra equità sostitutiva ed integrativa. – 6. Equità e buona fede nel contratto. – 7. Buona fede soggettiva e oggettiva. – 8. Buona fede e principio di *neminem laedere*. – 9. Responsabilità contrattuale e buona fede nell'esecuzione. – 10. Abuso del diritto e buona fede. – 11. La presunta superiorità della buona fede sull'equità nel diritto europeo dei contratti.

1. — *Autonomia ed eteronomia.*

La logica dell'autointegrazione contrattuale⁽¹⁾, e l'idea di un contratto inteso come sistema autosufficiente che rifiuta interventi esterni per il suo

(*) Dottoranda in «Diritto e Tutela: esperienza contemporanea e comparazione sistema giuridico-romanistico», Università di Roma Tor Vergata.

(1) Cfr. A. SASSI, *Equità integrativa e squilibri negoziali (il caso dei contratti usurari)*, in questa *Rivista*, 2002, p. 335 ss.; A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Roma-Perugia, rist. 2011; F. SCAGLIONE, *Abuso del diritto nel contratto*, in questa *Rivista*, 2012, p. 237 ss.

funzionamento, importa nella materia contrattuale il modello di matrice illuministica che intendeva la legge come regola onnipotente, procedimento logico capace di autocompletarsi date le proprie potenzialità e virtù.

La disciplina secondo cui il contratto incrementato nella sua struttura dal giudice, dallo Stato, o dall'Autorità pubblica sia un contratto usurpato e trafugato, trasferisce nella materia contrattuale l'idea ottocentesca che la legge, in quanto semplice manifestazione geometrica, potesse essere pronunciata da chiunque fosse capace di leggere e di legare insieme due idee⁽²⁾, non essendo necessario né interpretarla né integrarla.

Con questa teoria migra, cioè, nell'ambito della contrattazione quella che il Satta definiva «l'utopia della legge»: «L'utopia della legge, della sua personificazione e identificazione, della sua capacità di informare e regolare la realtà senza intermediazione di alcuno, della sua onnipotenza e più della sua sufficienza, perché la legge esaurisce tutta la realtà, è per definizione chiara e limpida, e come tale non ha bisogno di interpretazione o di integrazione»⁽³⁾.

I due sistemi, quello della legge e quello del contratto, risulterebbero entrambi retti dal principio di autointegrazione, fondato rispettivamente sull'analogia e l'interpretazione: come l'ordinamento giuridico colmerebbe le sue lacune mediante l'analogia, il contratto autointegrerebbe la volontà delle parti attraverso l'interpretazione.

Credere che il contratto possa autointegrarsi è un'utopia; il contratto, non può risolversi tutto, ed esclusivamente, nelle pattuizioni autonome delle parti, l'eterointegrazione risulta necessaria, come appare evidente nell'ambito ad esempio della contrattazione di massa.

Gli artt. 1371 e 1374 c.c. sono le norme dell'integrazione del contratto. In particolare la seconda disposizione enumera le fonti integrative.

Sebbene l'elencazione inserita nella norma non la menzioni, tuttavia, è opinione comune che ad esse debba aggiungersi anche la buona fede oggettiva, intesa come dovere di correttezza imposto alle parti.

⁽²⁾ Così riferisce il conte di Las Cases ritenesse Napoleone, *Memoriale di Sant'Elena*, Torino, 1884, 2, p. 464.

⁽³⁾ S. SATTA, *Corte di Cassazione*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 798.

Tutte le fonti indicate concorrono ad “assistere”⁽⁴⁾ il contratto, sia che l’integrazione avvenga per supplire ad una mancanza, essendo il regolamento lacunoso, sia che l’integrazione abbia lo scopo di adattare il contratto in quanto ingiusto o squilibrato. È questa funzione univoca di assistenza al contratto, di sostegno alla volontà delle parti, che porterebbe ad escludere la divisione tra fonti suppletive e cogenti, che pure una parte di dottrina continua a sostenere.

Nella classificazione de quo, le fonti suppletive sarebbero quelle rivolte a colmare una carenza del sistema negoziale che viene integrato in quanto carente, incompleto.

I contraenti non verrebbero usurpati del loro potere di autonomia essendo l’integrazione diretta a supplire una carenza, nel rispetto delle volontà dei contraenti, in senso conforme a quanto da questi voluto, dunque, un’integrazione “amica”⁽⁵⁾.

L’equità e le clausole generali, insieme alle norme dispositive e agli usi come fonti di integrazione suppletiva opererebbero in via subordinata ed eventuale nello spazio vuoto lasciato dai contraenti. Per loro tramite il contratto verrebbe incrementato sempre entro i confini di quanto voluto da esse, nel rispetto della loro autonomia e mai in antinomia con essa. L’autonomia privata è presupposto, ma anche limite, non potendo, la fonte suppletiva, derogare o contrastare quanto liberamente pattuito.

L’integrazione cogente sarebbe costituita dalle norme di natura imperativa, da combinare insieme all’art. 1339 c.c., in materia di sostituzione automatica delle clausole.

L’inserzione automatica di clausole è espressione fortissima della tendenza del legislatore ad utilizzare il contratto come strumento idoneo ad attuare interessi ulteriori rispetto a quelli delle parti, attraverso una specie di “operazione ortopedica”⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Così si esprime C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 10.

⁽⁵⁾ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 457.

⁽⁶⁾ P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, p. 232.

La fonte integrativa cogente determinerebbe un intervento esterno diretto ad escludere dal contratto le regole che l'ordinamento considera riprovevoli. Limitando l'autonomia privata, le fonti cogenti sarebbero ad essa nemiche; un «meccanismo che più di ogni altro sacrifica la libertà contrattuale»⁽⁷⁾. Il volere privato verrebbe corretto dall'intervento integrativo cogente, «in nome di interessi superiori agli interessi individuali di cui le parti dispongono col contratto»⁽⁸⁾; qualora risultino superati certi confini, la volontà dei contraenti dovrebbe essere modificata per un equilibrio *nel sistema e al sistema*.

L'integrazione cogente delle norme imperative sarebbe utile, e, in alcuni casi, perfino necessaria, a calibrare l'agire privato alla realtà sociale, armonizzando l'operazione individuale con gli interessi pubblici, proteggendo l'ordinamento giuridico-economico ed il mercato, che è bene di tutti⁽⁹⁾.

La delimitazione della sfera di autonomia diviene, perciò, la risposta ad un'esigenza di «strutturazione del mercato»⁽¹⁰⁾; lo Stato partecipa alle attività produttiva e commerciale per acquietare le istanze di giustizia sociale e rendere il contratto conforme agli interessi superiori del sistema per racchiudervi anche un senso del collettivo⁽¹¹⁾.

2. — *Fonti suppletive e fonti cogenti.*

La distinzione tra fonti suppletive e fonti cogenti risponde ad una logica meramente descrittiva dovendosi considerare il contratto come risultante di diverse componenti, contribuendo al regolamento negoziale l'autonomia e gli interventi esterni.

Il contratto incorpora diversi segni, e molteplici criteri produttivi; si

⁽⁷⁾ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 471.

⁽⁸⁾ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 471.

⁽⁹⁾ Così definisce il mercato R. RORDORF, *la riforma delle società: la tutela giudiziaria - dall'istituzione del giudice di commercio alla revisione del diritto penale commerciale*, in *Società*, 2000, 2, p. 152 ss.

⁽¹⁰⁾ G. GRISI, *L'autonomia privata*, in *I contratti in generale*, I, Torino, 2000, p. 295.

⁽¹¹⁾ N. DISTASO, *I contratti in generale*, I, in *Giur. sist. civ. e comm.*, Torino, 1980, p. 33.

sovrappone alla capacità creativa di cui il privato è dotato il potere ordinante imposto⁽¹²⁾.

Questo affiancamento deve considerarsi funzionale al mercato e non limitativo dell'autonomia privata la quale, molto spesso, necessita di interventi in grado di sostenerla e di renderla praticabile. Il contratto non muta le proprie sembianze⁽¹³⁾; gli interventi ultronei rilevando solo da un punto di vista quantitativo, non già qualitativo, poiché l'autonomia privata resta il motore del contratto⁽¹⁴⁾.

Le regole del gioco vengono definite dalle parti ma queste non sono più le sole a porre la scelta e la valutazione di convenienza venendo concesso, ad altre fonti, il potere di influire sul regolamento, per indicare e perseguire risultati utili al benessere comune.

3. — *La difficile catalogazione del concetto di equità.*

L'essenza più intima del concetto di equità sfugge a qualsiasi tentativo di classificazione⁽¹⁵⁾.

Iperdeterminata ma ancora indeterminata⁽¹⁶⁾, l'equità è stata intesa come forza sottostante al diritto positivo che può arrivare a violarlo come suo momento di rottura, ma anche come sinonimo di giuridicità o diritto. Si è predicato che dovesse posizionarsi al di sopra della legge e dovesse essere rispettata dal subordinato diritto positivo; poi si è arrivati

⁽¹²⁾ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 4.

⁽¹³⁾ Il principio era stato affermato dalla dottrina degli anni 70, «attraverso l'utilizzazione di diversi meccanismi, il principio del monopolio privato nella costruzione della regola ha perduto il suo antico significato ideologico che derivava dalla aprioristica convinzione che i privati dovessero restare vincolati solo a ciò che direttamente poteva essere ricondotto alla loro volontà espressa nell'accordo contrattuale»: F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 192.

⁽¹⁴⁾ Così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004 (1ª ed. 1969), p. 87.

⁽¹⁵⁾ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 18.

⁽¹⁶⁾ Il legame iperdeterminazione/indeterminazione è stato pronunciato con riguardo al concetto di morale da G.M. CHIODI, *Equità la categoria regolativa del diritto*, 1991, Napoli, p. 68.

a ridurne l'essenza a mero indice interpretativo. Da alcuni è stata creata una dottrina dell'equità intesa come uguaglianza, «strumento di correzione dell'ingiustizia per i più deboli»⁽¹⁷⁾; altri l'hanno identificata ora come principio etico che deve ispirare il diritto, ora in funzione di criterio logico contrapposto al giudizio di diritto, poi come diritto positivo privo di coazione. È stata definita come giudizio del caso concreto, altrove come fonte di tutto il diritto e, poi, come parametro economico da tenere in considerazione nell'equilibrio dell'operazione ma anche come «valore fondamentale cui leggi e istituzioni devono ispirarsi»⁽¹⁸⁾.

L'equità ha, di fatto, nel corso dei secoli, oscillato tra una concezione che la esauriva a principio etico ineliminabile ed imprescindibile da ogni giudizio giuridico, ad una che la considerava rimedio del *logos*, esperibile per le lacune della legge in qualità di «stampella della giustizia»⁽¹⁹⁾.

Disegnata come elemento di congiunzione tra il diritto positivo e l'etica, il giudizio equitativo diventa la forza vitale che anima il corpo morto del diritto positivo poiché per suo tramite si «instaura quel rapporto che nel giudizio meramente legalistico è invece negato, giacché, come diceva Kant, legalismo ed etica stanno fra loro press'a poco come il cadavere sta al corpo vivente. Proseguendo con la stessa metafora, si potrebbe dire che l'equità serve a gettare un soffio vivificatore su quel cadavere; nel giudizio di equità, infatti, noi possiamo cogliere il momento dell'incidenza della morale nel diritto e constatare, nell'esperienza giuridica in atto, l'astrattezza intellettualistica della distinzione tra diritto e morale, teorizzata in formule filosofiche, ma che può venire negata dalla concreta realtà dell'azione»⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ La coincidenza dell'equità con l'eguaglianza che deve essere garantita contro l'inefficiente regola del caso è in J. RAWLS, *A theory of Justice*, tradotto da V. Santini, Milano, 1982. Secondo l'A. la correzione equitativa deve essere operata a livello strutturale e non in via pratica sul caso singolo confidando nelle capacità e nel rigore di un decisore equo. Per una ricostruzione del suo pensiero si veda pagina 310 dell'opera di M. Barberis indicata nella nt. successiva.

⁽¹⁸⁾ M. BARBERIS, *Equità*, Bologna, 1986, p. 304.

⁽¹⁹⁾ C. PERELMAN, *Justice et Raison*, Bruxelles, 1963, p. 50.

⁽²⁰⁾ V. FROSINI, *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 69 ss.

Secondo altre prospettive, e la storia giuridica romana lo conferma, l'equità è criterio esterno che interviene quando l'ordinamento di diritto entra in crisi.

Al di là della classificazione che si voglia attribuire al «mistero dell'equità»⁽²¹⁾, è certo che si tratta di una costante negli ordinamenti di tutti i tempi.

Le sue origini si rintracciano già nel mondo greco e nel diritto romano ove il ruolo che essa ha giocato è stato fondamentale in un momento in cui le esigenze economiche e politiche imponevano la creazione di un nuovo diritto, *ius honorarium*, più veloce, flessibile e svecchiato rispetto al *ius Quiritium*.

Il *praetor peregrinus* usa l'equità come criterio per mezzo del quale garantire nuove tutele: nel mutato contesto culturale, le conquiste economiche e sociali che alimentano il III secolo a.c. spingono alla creazione di un nuovo processo e di nuovi strumenti idonei ad inserire correttezza ed equità nella dinamica dei rapporti tra le parti. *Adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*, sono inseriti alcuni rimedi (*exceptio, praescriptio, actiones utiles* ...) con i quali viene modulata la formula processuale per superare le disarmonie del sistema. L'equità si inseriva nell'ordinamento con lo scopo di estendere la tutela civilistica, per completare il diritto, non contrapponendosi alla legge ma accompagnandola, come si evince dal riportato brocardo papiniano⁽²²⁾.

4. — *Equità e regole dell'interpretazione.*

L'equità, inserita negli artt. 1374 e 1371 c.c. come fonte d'integrazione del contratto, è sovente richiamata nel codice del 1942 ed il suo raggio d'azione risulta ampiamente aumentato rispetto a quanto avveniva nel precedente

⁽²¹⁾ Definisce il giudizio secondo equità “mistero” F. GALGANO, *Dialogo sull'equità (fra il filosofo del diritto e il giurista positivo)*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da Walter Bigiavi, Torino, 1999, p. 383 ss.

⁽²²⁾ La stessa logica è quella che ispira i sistemi di common law ove si afferma che «equity follows the law».

corpo codicistico, come dimostrato dall'incremento quantitativo delle disposizioni che richiamano il criterio equitativo, insieme alla buona fede e alla correttezza⁽²³⁾.

Se nel codice del 1865 chi si avvicinava all'equità era tenuto a chiarire il rapporto con il dato normativo essendo l'ordinamento basato sulla norma scritta; a fronte del processo "di decodificazione"⁽²⁴⁾, il sistema è oggi caratterizzato da un momento produttivo della legge e da uno creativo dell'equità la quale opera in caso di assenza di legge, ma, anche, in alcuni casi, in direzione *contra legem* con funzioni sostitutive nel caso concreto.

Il fenomeno equitativo attraversa la legislazione del 1865 e le conquiste raggiunte vengono elaborate nel codice successivo.

Sotto il primo codice, in molti ambiti le corti di merito precedono il legislatore, ad esempio nella materia del lavoro, ove si percepisce impellente il bisogno di annullare l'ineguaglianza della posizione dei soggetti coinvolti nel contratto d'opera. Facendo ricorso all'art. 1124 c.c. i giudici prescindono dal dato normativo, o perché carente o perché inadeguato e inseriscono nella costruzione del regolamento negoziale nuovi vincoli: l'istituto della sopravvenienza contrattuale e la riconduzione ad equità della clausola penale manifestamente eccessiva ne sono esempi evidenti.

Ma dall'uso dell'equità per reagire alle carenze normative si passa, con il codice del 1942, alla classificazione di istituti che, ignorati fino ad allora dalla legge, avevano trovato origine nella giurisprudenza⁽²⁵⁾.

Nel codice attuale vengono normativizzate le conquiste che la giurisprudenza antecedente aveva compiuto. L'equità diventa componente essenziale del sistema in quanto strumento atto a recepire le trasformazioni della so-

⁽²³⁾ Nel vigente codice civile si è determinata una «valorizzazione dei presupposti etici nell'agire dei soggetti di diritto», così, P. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Scritti giuridici in onore di M. Cavaliere*, Padova, 1960, p. 412.

⁽²⁴⁾ È N. Irti che definisce come «età della decodificazione» quella «caratterizzata dal fitto e quotidiano moltiplicarsi delle leggi speciali che edificano accanto alle solenni architetture dei codici, un altro diritto: più mutevole ed effimero, ma portatore di esigenze e criteri di disciplina, ignoti al vecchio sistema» in *L'età della decodificazione*, IV, Milano, 1999, p. 27.

⁽²⁵⁾ Un esempio è quello dell'art. 2054 c.c. La giurisprudenza, sotto il vigore del codice del 1865, aveva già reso vincolante la norma poi positivizzata nel 1942.

cietà in campo giuridico, fattore dinamico che modella il diritto ai luoghi, ai tempi e alle circostanze che cambiano.

Se la relazione sotto il codice del 1865 era equità-legge, sotto il codice successivo il binomio diventa equità-autonomia privata e l'operatività del principio equitativo non può ipotizzarsi senza l'attività discrezionale del giudice.

5. — *Interrelazione tra equità sostitutiva ed integrativa.*

«Il termine equità ha senza dubbio assunto un significato giuridico stereotipo e tralatizio che fa sì che il legislatore lo utilizzi senza nemmeno rendersi conto di ciò che esso dovrebbe in realtà esprimere»⁽²⁶⁾.

La natura proteiforme e le sue molteplici funzioni rendono la materia dell'equità sotto molti aspetti evanescente, inafferrabile.

L'equità sostitutiva processuale in un sistema chiuso come il nostro è il potere di decidere le controversie secondo le facoltà concesse al giudice dal legislatore. Rivelano le norme inserite negli artt. 113 e 114 del codice di rito. La prima statuisce che «nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità. Il giudice di pace decide secondo equità la causa il cui valore non eccede millecento euro, salvo quelli derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'articolo 1342 del codice civile». La seconda che «il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità quando essa riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta».

Quando al giudice è lasciato il potere di decidere non mediante l'applicazione della norma di legge ma formulando una regola particolare tagliata sul caso concreto, allora si crea, sulla base del sentire sociale e morale dell'operatore, una "legge del caso specifico". Egli giudica col proprio discernimento⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 129.

⁽²⁷⁾ Come è stato detto, «è come se la legge dicesse al giudice: giudica secondo il criterio che io stessa ti avrei imposto se mi fossi pronunciata sul caso»: G.M. CHIODI, *Equità la categoria regolativa del diritto*, Napoli, 1991, p. 35.

La pronuncia secondo equità è la dichiarazione da parte del magistrato di una regola di giudizio del singolo caso che si sostituisce alla regola generale ed astratta che risulta dalla norma. Il legislatore abdica alla propria funzione di produzione delle norme e investe il giudice del potere di creare la regola adatta al caso.

Il giudizio equitativo avviene sulla base di quanto il giudice, con la sua coscienza, la sua morale e le sue convinzioni ritiene giusto per il caso che gli è sottoposto. Il potere giudiziario e quello legislativo si condensano nella persona del giudice che opera come legislatore e giudice al tempo stesso, con la conseguenza che, per mezzo del ricorso al parametro equitativo, si possono far entrare, nel nostro sistema, codificato, fisso, chiuso, nuovi valori attraverso valutazioni intuitive e non sillogistiche. Il nostro modello si avvicina allora, in questi casi, a quello proprio dei paesi di *common law*, diventando centrale la figura del magistrato.

Fenomeno diverso è quello dell'equità integrativa, la quale risulta necessaria a specificare elementi del regolamento contrattuale non configurabili in astratto⁽²⁸⁾.

L'equità integrativa di diritto positivo costituisce uno strumento di equilibrio fra gli opposti interessi in gioco, per la congruità dello scambio contrattuale. Essa si sostanzia nel criterio del giusto temperamento delle dinamiche della relazione che coinvolge i contraenti, avendo riguardo allo scopo e alla natura dell'affare.

Il criterio di equità è un criterio di valutazione sussidiario che adiuva l'ordinamento e il regolamento contrattuale: nell'architettura ideata dalle parti si inserisce come parametro di risposta agli interrogativi posti dalle esigenze economiche, per mezzo del quale si completa la volontà pattizia valorizzando le circostanze concrete che, altrimenti, in quanto non positivizzate, rischierebbero di non essere considerate. Il tema dell'equità, difatti, è stato rilevato⁽²⁹⁾: «emerge nei momenti in cui (...) è difficile controllare e gestire la

⁽²⁸⁾ C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile, Ed. minor*, 1, Torino, 2016, p. 67.

⁽²⁹⁾ C. SALVI, *L'equità, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale*, collana dei convegni di studio *Problemi attuali di diritto e procedura civile*, 1975, p. 295.

dinamica sociale mediante le consuete tecniche della legislazione analitica».

Secondo parte della dottrina la forza e il carattere globale dell'attività integrativa che il giudice può compiere *ex art.* 1374 è tale che può arrivare anche a sovvertire la conformazione negoziale scelta dalle parti, in modo così profondo e radicale da definire un nuovo perimetro del contratto. In queste ipotesi, tra l'equità integrativa e il giudizio del caso concreto *ex art.* 114 c.p.c. ci sarebbe perfetta convergenza.

Tale teoria parte dal pensiero aristotelico. Il filosofo nell'Etica Nicomachea affermava infatti che: «quando la legge parla in senso generale, ma si riferisce a fatti particolari, allora è bene integrare ciò che è stato tralasciato dal legislatore, per avere parlato in senso assoluto, con ciò che lo stesso legislatore avrebbe detto se fosse stato presente e ciò che avrebbe prescritto se lo avesse preveduto nel particolare. Perciò l'equo è giusto e migliore di un certo giusto; non del giusto assoluto, ma di quello che pecca per assolutezza; ed è questa la natura dell'equo, di essere correzione della legge ove essa manca per la sua assolutezza»⁽³⁰⁾.

La coincidenza tra l'equità e il giudizio del caso concreto sussisterebbe, secondo questa visione, nei casi in cui il potere del giudice è totale, completo e libero, ammettendo le due disposizioni un intervento potenzialmente globale. D'altro canto la stessa dottrina escluderebbe l'identità tra equità civile e processuale laddove il compito del giudice sia quello di mera applicazione di un parametro economico-patrimoniale, non potendosi cogliere, in questa operazione, alcuna forza autonoma e peculiare.

La concezione maggioritaria rifiuta l'idea di aderenza tra le due equità, ritenendole contrapposte⁽³¹⁾: mentre l'equità processuale sostitutiva causa la disapplicazione della *regula iuris*, quella integrativa è uno strumento che la legge mette a disposizione del giudice per concepire in concreto elementi che la norma di diritto applicata non conterrebbe né configurerebbe in astratto, rischiando, altrimenti, l'inefficienza della tutela apprestata.

⁽³⁰⁾ Traduzione di R. VECCHIONE, *Equità (giudizio di)*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1957, p. 626.

⁽³¹⁾ Parla in questi termini della contrapposizione E. GRASSO, *Equità (giudizio di)*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1980, p. 443 ss.

La differenza si coglie con facilità ammettendo che, mentre nell'ambito della materia contrattuale «l'equità non rappresenta un autonomo principio regolativo»⁽³²⁾ che porti alla sostituzione della norma di diritto venendo in rilevanza solo nei limiti e nei casi in cui la legge la richiama espressamente, data la sua funzione sussidiaria ed integrativa; nell'ipotesi di cui all'art. 114 c.p.c. il giudizio secondo equità rimpiazza quello di legalità e il giudice può sostituire le conseguenze che discendono dalla norma con quelle che provengono dall'equità. Ciò nonostante la decisione è pur sempre atto secondo diritto anche se non applicativo della legge positiva⁽³³⁾.

L'equità processuale è attività giudiziale che sostituisce e disapplica la legge, fondando il giudizio nel foro *conscientiae* del magistrato; il principio equitativo civile trova espressione nella legge e l'attività giudiziale diventa un mezzo di co-partecipazione alla costruzione del contratto. Si disconosce così l'identità tra i due tipi di equità, restando il *trait d'union* solo quello del legame con la figura del magistrato.

6. — *Equità e buona fede nel contratto.*

L'equità è richiamata nel codice civile in diverse disposizioni e, seppure diverse siano le dinamiche per mezzo delle quali essa agisce, lo scopo perseguito è comune, vale a dire quello di mettere il contratto in equilibrio, realizzando la parità sostanziale tra i soggetti coinvolti.

Prima norma è l'art. 1371 c.c. La disposizione impone la regola interpretativa del contratto a titolo oneroso, qualora il suo significato sia rimasto oscuro, nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti.

L'equo contemperamento degli interessi è realizzato in considerazione dell'accordo raggiunto dalle parti; qualora non sia possibile accertare la

⁽³²⁾ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 225.

⁽³³⁾ Così scrive R. CALVO, *L'equità nel diritto privato, individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010, p. 56.

volontà originaria dei contraenti, neppure con l'impiego della buona fede, il giudice sarà legittimato a stabilire l'ordine che consenta l'equilibrata esecuzione delle prestazioni, secondo il criterio commutativo. L'intervento del giudice stabilisce l'equilibrio economico del contratto oneroso mediante un'interpretazione che tenga conto dei reali interessi di entrambe le parti e li omogeneizzi sulla base della regola della commutatività. In tale valutazione il giudice deve tenere conto di quanto appare dal contesto dell'operazione negoziale più che dal testo del contratto per rendere equilibrate le obbligazioni secondo il principio del giusto prezzo di mercato.

La materia delle fonti integrative del contratto è condensata in due articoli fondamentali.

Il codice attuale ha, difatti, sdoppiato in due disposizioni – artt. 1374 e 1375 c.c. – quanto il testo Pisanelli del 1865 prevedeva in un unico articolo, il 1124⁽³⁴⁾.

La duplicazione sarebbe, secondo una dottrina, il frutto di una scelta redazionale che risponde dell'influenza che l'esperienza francese (Code Napoléon, artt. 1134 e 1135) ha giocato sul nostro codice⁽³⁵⁾.

Altri ritengono invece si tratti di una consapevole scelta legislativa, non dovendosi attribuire alla buona fede, funzione integrativa⁽³⁶⁾.

I sostenitori di quest'ultima visione ipotizzano un'incompatibilità ontologica-funzionale tra la clausola generale della buona fede e il processo integrativo a causa non solo dell'eccessiva genericità o "vaghezza" della prima

⁽³⁴⁾ Il testo dell'articolo 1124 cod. civ. 1865 disponeva che: «I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano».

⁽³⁵⁾ Per una indagine sul ruolo della buona fede nel Code Napoléon, nei codici preunitari e del 1865, si veda G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, p. 64 ma anche, dello stesso autore, *Appunti sulla buona fede integrativa nella prospettiva storica e del commercio internazionale*, in *Contratti*, 2001, p. 723; e, anche E. RUSSO, *J. Domat, la buona fede e l'integrazione del contratto*, in *Vita not.*, 2002, p. 1247.

⁽³⁶⁾ U. Majello nega la funzione integrativa della buona fede in *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 47; ma, anche, U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, pp. 361-363; e M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Artt. 1374-1381*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1999.

ma anche per il fatto che la fase in cui la buona fede opera, quella esecutiva, è successiva da un punto di vista logico-cronologico al momento costitutivo-programmatico in cui agiscono le fonti eterointegrative⁽³⁷⁾.

Chi afferma la potenzialità della buona fede ad integrare il contratto ritiene che l'elenco dell'art. 1374 c.c., debba essere arricchito dalla correttezza, fonte legale che sarebbe prevista dalla stessa disposizione⁽³⁸⁾, la quale ammette, oltre all'equità e agli usi, anche, appunto, la legge⁽³⁹⁾.

In materia di obbligazioni il principio di buona fede e correttezza è previsto nella norma base contenuta nell'art. 1175 c.c. come «requisito etico della condotta delle parti di ogni rapporto obbligatorio»⁽⁴⁰⁾.

In sede negoziale il valore della correttezza è considerato e inserito in diverse disposizioni che coprono sia la fase statica di formazione del contratto che quella dinamica di sua esecuzione. Il legislatore valuta la buona

⁽³⁷⁾ L'idea di ritenere la buona fede come forza di integrazione del contratto è stata esclusa in dottrina, tra gli altri, anche da U. Natoli, il quale escludeva che «la regola della buona fede stesse sullo stesso piano dell'equità, dell'uso, e della legge ai fini della integrazione del contenuto del contratto», dato che «il codice vigente riserva ai due principi due disposizioni diverse (...), distinguendo nettamente il momento della integrazione da quello della esecuzione del contratto (...) l'uno riguarda in astratto il *sensu* del comportamento dei soggetti, l'altro attiene, invece, al *come* di tale comportamento in concreto», in *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1966, p. 27 s.

⁽³⁸⁾ La Relazione al codice civile del 1942 a proposito della integrazione del contratto *ex* art. 238 del progetto (attuale art. 1374) richiama la buona fede: «perché di buona fede deve anche essere esercitato il diritto».

⁽³⁹⁾ Diverso è il discorso relativo all'integrazione del contratto, che sarà approfondito in seguito, ove ad una prima tesi classica nella quale l'equità poteva avere solo funzione suppletiva nel senso di strumento a sostegno dell'autonomia privata per fornire sostegno alle carenze e lacune previste dalle parti, si contrapponevano i fattori della integrazione cd. cogente nella quale l'equità potrebbe addirittura prevalere su quanto previsto pattiziamente. Tuttavia tale ultima lettura non tiene in debita considerazione il tenore dell'art. 1374 che non prevede affatto un principio di sostituzione automatica al pari dell'art. 1339 ove l'integrazione di fonte legale è disciplinata da apposite norme. Sul tema per una sintetica ma esauriente ricostruzione e sui risvolti soprattutto in tema di contratti bancari ad interessi usurari si veda A. SASSI, *Equità integrativa e squilibri negoziali (il caso dei contratti usurari)*, in questa *Rivista*, 2002, pp. 342-344; e più ampiamente A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, cit., pp. 35-47.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. in questi termini, Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Giur. it.*, 2005, p. 1810.

fede in numerose norme con relazione al primo momento di assunzione dell'obbligazione contrattuale fino a quello della sua estinzione: l'art. 1337 c.c. per le trattative del negozio e l'art. 1366 c.c. per la sua interpretazione, l'art. 1375 c.c. per l'esecuzione, oltre a norme più settoriali (artt. 1358, 1460, 2° comma e 1746 c.c.).

L'accesso della buona fede come fonte del contratto sarebbe assicurato dalla regola di correttezza nella fase di esecuzione. L'elenco contenuto nell'art. 1374 c.c. si estenderebbe sulla base di un ragionamento sillogistico le cui premesse sarebbero: *a)* l'art. 1374 c.c. ammette la legge come fonte eterointegrativa; *b)* la buona fede è prevista dalla legge, *ergo c)* la buona fede, in quanto richiamata dalla legge, è fonte integrativa del contratto.

La critica eccepisce che l'art. 1374 c.c. non si possa considerare norma in bianco. Se così fosse solo la legge sarebbe fonte integrativa ed anche il richiamo all'equità e agli usi sarebbe superfluo, essendo, questi e quella, comunque previsti da disposizione di legge.

La soluzione sarebbe allora di considerare tassativo il contenuto della norma, e, «a fronte della previsione di una chiusura generale, il legislatore avrebbe inserito delle singole autonome aperture»⁽⁴¹⁾.

L'art. 1375 c.c. sarebbe fonte integrativa *ex se*, autonoma e slegata rispetto alla disposizione che la precede, la quale, verrebbe addirittura superata. L'autonomia spiegherebbe, del resto, la previsione di due distinte disposizioni.

Tanto accogliendo la prima lettura quanto quest'ultima, comunque si dovrebbe riconoscere nella buona fede uno strumento integrativo del sistema contrattuale.

Sia che si riconosca la buona fede esecutiva come fonte integrativa prevista dalla legge *de relato* all'art. 1374 c.c., ovvero che si assuma l'art. 1375 c.c. come fondamento normativo autonomo, in ogni caso, la buona fede, come fonte legale, integrerebbe il contratto, come confermato dalla recente giurisprudenza che le riconosce ruolo fondamentale nella rinegoziazione del

⁽⁴¹⁾ Così, testualmente, G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 126.

contratto di durata, quando alcune circostanze lo abbiano reso eccessivamente oneroso per alcuna delle parti⁽⁴²⁾.

La concreta operatività della clausola di buona fede sarebbe, secondo alcuni⁽⁴³⁾, riconducibile direttamente alle norme costituzionali e ai doveri di solidarietà ivi contenuti mentre, per altri⁽⁴⁴⁾, occorrerebbe far riferimento alle scelte negoziali compiute dalle parti al momento di conclusione del contratto per ricavare il dovere di correttezza che obbliga i contraenti a ridiscutere le condizioni dell'affare qualora la situazione sia mutata⁽⁴⁵⁾.

7. — *Buona fede soggettiva e oggettiva.*

La buona fede nella sua veste integrativa deve esser considerata non in senso soggettivo⁽⁴⁶⁾ come stato intellettuale di mancata conoscenza della lesione del diritto altrui⁽⁴⁷⁾, ma, piuttosto, in senso oggettivo, come regola di

⁽⁴²⁾ Nelle parole di G. ALPA, «estrema applicazione della regola della buona fede», in *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale in onore di A. Burdese*, Padova, 2003, p. 157.

⁽⁴³⁾ G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, p. 277; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 169.

⁽⁴⁴⁾ V.M. CESÀRO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 187, rileva che per l'operatività della buona fede non è necessario utilizzare elementi esterni al contratto quanto avere come base da valorizzare il contratto stesso e da esso ricavare l'operatività della clausola di buona fede.

⁽⁴⁵⁾ M. PIGNALOSA, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 421, secondo cui le parti «in esecuzione dell'obbligo rinegoziativo, sarebbero tenute in forza del principio di buona fede a cooperare per ricostruire l'originario equilibrio economico tra le prestazioni, turbato dalla sopravvenienza».

⁽⁴⁶⁾ La buona fede in senso soggettivo è negli artt. 1147, 1415, 1445, 1192, 2° comma, 2033, 129-bis, ma anche 534 e 584 c.c.

⁽⁴⁷⁾ Accurata analisi delle distinzioni relative alla buona fede in senso soggettivo-oggettivo è stata fatta da G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., pp. 1-30.

condotta⁽⁴⁸⁾, «impegno di cooperazione», «spirito di lealtà», «attiva cooperazione e rispetto reciproco tra i contraenti»⁽⁴⁹⁾; cooperazione, lealtà e correttezza diventano i canoni volti a valutare la condotta di ciascuna parte e la legittimità delle pretese di una nei confronti dell'altra.

La buona fede è «clausola generale per eccellenza»⁽⁵⁰⁾ che si limita ad indicare un criterio di giustizia all'interprete tenuto ad elaborare una regola specifica legata al caso *de quo*, con lo scopo di massimizzare il benessere individuale e collettivo⁽⁵¹⁾.

Le clausole generali sono come dei contenitori vuoti che l'interprete deve riempire tramite un processo che si avvale di valori costituzionali e di principi generali volti a materializzarla. Alla clausola della buona fede l'interprete conferisce concretezza tramite il principio di solidarietà sociale di cui all'articolo 2 della Carta Costituzionale, oltre che con gli artt. 3 e 41.

La buona fede come veicolo del principio solidaristico diventa presupposto necessario per il funzionamento dell'attuale economia fondata sullo scambio di beni e servizi poiché solo conferendo rilevanza alle esigenze pubbliche e sociali si riesce ad ottenere l'equilibrio sostanziale dell'operazione negoziale.

Il principio di solidarietà⁽⁵²⁾ opera come criterio di reciprocità che impone a ciascuna parte di comportarsi in modo tale da garantire il rispetto degli interessi dell'altra, a prescindere dagli obblighi contrattuali specifici e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*.

⁽⁴⁸⁾ Sulla distinzione tra buona fede intesa come fatto psicologico e buona fede quale criterio di comportamento, si confronti R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, p. 17.

⁽⁴⁹⁾ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 65 ss.

⁽⁵⁰⁾ L'espressione è di C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 29.

⁽⁵¹⁾ Così definisce, nella sua indagine sul mercato e le sue regole, la clausola della correttezza F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova 2010, p. 61.

⁽⁵²⁾ Con riguardo alla giuridicità della solidarietà si consulti G. NICOLETTI, *Solidarismo e personalismo*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 835 ss.; ma, anche G. ALPA, *La solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 365 ss.

La correttezza dell'agire «non si ferma a delimitare diritti e doveri delle parti»⁽⁵³⁾ diventando piuttosto strumento di attuazione di etica imprenditoriale, congegno attraverso il quale si adatta l'intesa contrattuale alle sottostanti richieste di giustizia contrattuale, realizzando una saldatura con il collegato principio di equità.

La regola perentoria della buona fede "s'impone" del contratto diventando suo elemento essenziale; migra nel negozio giuridico la *vis imperativa* del precetto costituzionale di solidarietà e si inseriscono nel patto convenzionale obblighi che il limite generale della correttezza rende valevoli anche qualora determinino un sacrificio all'autonomia negoziale volendo garantire la validità sociale, ancor prima che quella giuridica, del contratto.

La fattispecie legale della buona fede prescrive comportamenti di lealtà che si aggiungono agli obblighi stabiliti dal progetto negoziale pattuito, arricchendo il rapporto obbligatorio di nuovi oneri e doveri a carico delle parti, vincoli correttivi che «consentono la formazione di una norma contrattuale adeguata alle finalità di ordine sociale perseguite dall'ordinamento»⁽⁵⁴⁾.

Se in alcuni casi il legislatore ha fissato in specifiche norme la regola di correttezza da seguire, in altre circostanze, essa resta in incognita, in quanto atipica, fino a quando non venga valutata con riguardo all'operazione concreta; in queste ipotesi, essa genera vincoli da calibrare sull'operazione economica programmata dalle parti, tenendo in considerazione la coscienza giuridico-morale della comunità.

Solo valutando il programma dei contraenti nel contesto delle relazioni politiche e sociali che fanno da cornice all'attività privata si possono individuare, infatti, delle regole di condotta specifiche anche contro la volontà dei soggetti coinvolti, dovendosi tutelare un principio generale superiore agli interessi privati interessati.

Ai costi e ai profitti rientranti nell'assetto voluto dalle parti si aggiungono quelli che l'integrazione tramite buona fede procura.

⁽⁵³⁾ Così testualmente C. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 1984, p. 493.

⁽⁵⁴⁾ Così testualmente S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 178.

8. — *Buona fede e principio di neminem laedere.*

Dalla clausola generale discende un vincolo specifico, differente dal mero, generico dovere di *neminem laedere*⁽⁵⁵⁾.

Il “non recare danno ad altri” è un vincolo generale⁽⁵⁶⁾; indeterminato oggettivamente perché non prevede atti di natura specifica o tipica, ma solo un certo contegno, esso è, anche soggettivamente indefinito, in quanto rivolto a tutti i consociati.

Qui il legislatore sanziona chiunque violi il dovere, mentre nelle norme che prevedono la buona fede il comando che la clausola generale aziona è rivolto ad un soggetto specifico, vale a dire, la parte del contratto.

L' 'inottemperanza delle peculiari attività e degli obblighi “caratterizzati” che la correttezza impone non comporta, perciò, la collisione del principio di *neminem laedere* ma, piuttosto, la rottura di una regola fissa; una norma di convivenza superiore, che esige un comportamento onesto e leale nelle attività che prendono vita nella comunità economica, rispettando gli interessi pattuiti e non frustrando gli ordini legali nei quali è stato consacrato e dedotto il principio di buona fede.

Mentre in caso di responsabilità aquiliana si viola un principio valevole *erga omnes* come dovere di astensione, qui c'è una condotta doverosa *ex lege* che, se non attuata, determina la configurabilità di una deviazione dalla clausola contrattuale di lealtà, con conseguente responsabilità per inadempimento contrattuale.

La legge della buona fede appresta una disciplina inderogabile in quanto funzionale all'interesse pubblico e, per questo, opera con la stessa forza tipica del meccanismo dell'inserzione di diritto di clausole e prezzi di beni o servizi di cui all'art. 1339 c.c.

⁽⁵⁵⁾ «La correttezza non si identifica con un generico dovere di rispetto della sfera giuridica altrui: così intesa, essa diverrebbe un vano concetto, impossibilitato ad assumere un proprio significato tra la disciplina dell'inadempimento e quella della responsabilità civile; o destinato a duplicare, come misura dello sforzo del debitore, la diligenza»: così scrive S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 161.

⁽⁵⁶⁾ S. PUGLIATTI, *Alterum non laedere*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 98 ss. L'autore identifica nell'*alterum non laedere* sia un principio generale che un dovere generale.

La determinazione legale della correttezzapregna il negozio giuridico come elemento normativo che supera la libertà privata, per tutelare interessi generali; essa non può essere derogata dai soggetti coinvolti, alla stregua di quanto avviene per i prezzi imperativi, in quanto nella norma inderogabile si ha una trasposizione dell'interesse pubblico.

La condotta violativa della regola imperativa di buona fede porterebbe ad un'anomalia del sistema, dannosa per il funzionamento del contratto e, come tale, da modificare.

La condotta contraria a buona fede deve essere "bloccata", tuttavia, se si ammettesse che la violazione dell'obbligo di correttezza determinasse l'invalidità dell'atto negoziale, si arriverebbe all'insensatezza che quanto inserito *ex lege* per garantire le posizioni contrattuali, porterebbe, all'opposto, alla loro dissoluzione. Ciò che l'ordinamento offrirebbe in un'ottica di salvaguardia e conservazione del contratto, acquisterebbe potenzialità distruttiva. Il paradosso sarebbe evidente: la buona fede inserita per solidificare il contratto e proteggere le parti, diverrebbe strumento pericoloso e lesivo.

La sua violazione condurrebbe all'esito opposto rispetto al motivo per il quale opera ed il contraente disonesto potrebbe agire in modo non conforme a buona fede allo scopo di sabotare l'operazione.

La soluzione è trovata nel fenomeno della sostituzione automatica delle clausole per una «pubblicizzazione» del contratto⁽⁵⁷⁾.

Si ricorrere al meccanismo dell'art. 1419, 2° comma c.c. che ammette l'assorbimento e il rimpiazzo della clausola nulla con la disposizione legale della buona fede, per la salvaguardia generale, essendo gli interessi non solo quelli dei privati, ma anche quelli della collettività⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ S. PATTI, *Responsabilità e contratti standard*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993, p. 244 ss.

⁽⁵⁸⁾ Si confronti la sentenza di Cass., 29 Settembre 2005, n. 19156, la quale riconosce nella sostituzione di clausole nulle un diritto alla salvaguardia del contratto posto a tutela di interessi di carattere generale.

9. — *Responsabilità contrattuale e buona fede nell'esecuzione.*

Assodato il ruolo della buona fede come fonte integrativa, occorre tuttavia chiarire come il collegamento dell'art. 1375 c.c. con la disposizione contenuta nel precedente 1374 c.c. non risolva integralmente l'operatività del principio di correttezza nella materia contrattuale.

Come principio generale di solidarietà contrattuale, con la sua struttura polivalente, la buona fede si articola in due canoni di condotta: il primo attinente alla fase di formazione-interpretazione, come espresso negli artt. 1337, 1338 e 1366 c.c., il secondo proprio della fase di esecuzione, ove viene in rilievo la norma dell'art. 1375 c.c.

Se con riguardo alla prima funzione la buona fede si traduce in un dovere di reciproca lealtà ovvero come fedeltà ad un accordo concluso, la norma su cui si basa l'integrazione del contratto, l'art. 1375 c.c., svolge funzione aggiuntiva, ponendo, altresì, dei limiti in sede esecutiva, così da controllare e direzionare il potere discrezionale che le parti hanno in questa fase.

La norma quando afferma che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, stabilisce un precetto diretto al giudice, al quale viene indicato il modello di decisione, ma, anche, ai consociati, ai quali viene spiegata la regola di comportamento da seguire.

Nella fase di esecuzione, il canone della correttezza esige che la parte compia tutto quanto è necessario perché l'altro contraente possa avere soddisfazione della propria pretesa, cooperando, pur sempre entro certi limiti (non si può richiedere che venga offesa e sacrificata eccessivamente la posizione dell'agente), per il conseguimento di quanto voluto dall'altro.

La regola determinerebbe il dovere per le parti di preservare l'interesse altrui spingendosi oltre lo sforzo di diligenza: il contraente non solo dovrebbe impiegare tecnicamente e volitivamente quanto necessario nell'esecuzione della prestazione, ma sarebbe tenuto altresì ad orientare la sua condotta ad un dovere maggiormente esteso, vale a dire fare tutto ciò che può consentire il soddisfacimento delle altrui ragioni.

Chi esegue la prestazione deve, per essere adempiente, non solo agire in modo attento ed esente da colpa ma anche prendersi cura degli interessi

della controparte e spingere il suo operato tanto quanto risulti necessario affinché l'altro contraente ottenga il massimo godimento., in relazione alle circostanze del caso concreto, con il principio di cui all'art. 1375 c.c.

L'adempimento si colora di contenuti etico-sociali; l'esigenza di solidarietà e il dovere di collaborazione che la correttezza pone in capo agli obbligati è più della mera esattezza o coscienziosità che la diligenza vuole⁽⁵⁹⁾. Deriva che, indipendentemente dal fatto che l'esecuzione del contratto sia avvenuta con l'impiego del massimo grado di diligenza possibile, potrebbe verificarsi difformità dell'attività compiuta, in relazione alle circostanze del caso concreto, con il principio di cui all'art. 1375 c.c.

Le funzioni che la buona fede svolge atteggiandosi ora come regola di fedeltà al regolamento, ora come obbligo di protezione degli interessi dell'altro possono operare contemporaneamente: accertato il contenuto del contratto con l'impiego della clausola della correttezza, si dovrebbe verificare se sia legittima e in buona fede la pretesa avanzata da una delle parti in relazione agli interessi collettivi coinvolti nel contratto.

Le due funzioni possono coesistere ed entrambe devono essere riconosciute come inderogabili, non potendo le parti escludere pattiziamente un intervento giudiziale volto a tale sindacato. Tale duplice natura del canone di buona fede determina la necessità che non resti estraneo all'indagine sulla clausola di correttezza lo studio dell'abuso del diritto e dell'*exceptio doli generalis* essendo entrambe manifestazioni tipiche della sua violazione.

10. — *Abuso del diritto e buona fede.*

La formula «abuso del diritto» fu coniata, nel secolo scorso, dai giudici francesi in relazione alle distorsioni relative al diritto di proprietà⁽⁶⁰⁾. Si iniziò

⁽⁵⁹⁾ Nella lettura compiuta da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 160, nel rapporto che lega la diligenza alla lealtà, «la buona fede sarebbe il contenuto del dovere esecutivo mentre la diligenza definirebbe la misura di quanto richiesto».

⁽⁶⁰⁾ La ricostruzione della figura dell'abuso del diritto è contenuta in S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, p. 1.

a parlare di abuso del diritto innanzitutto con riferimento ad un uso distorto rispetto alle finalità cui lo stesso è preordinato. Il riferimento al diritto di proprietà ed al suo esercizio, in funzione di limite ai poteri del proprietario, deriva dal fatto che esso è stato considerato paradigma del diritto soggettivo, che ne ha costituito il prototipo⁽⁶¹⁾.

Interrogandosi circa la legittimità di un diritto esercitato oltre quanto la coscienza sociale ritenesse giusto, si cominciò a sindacare per una composizione degli interessi che risultasse adeguata, al di là del contenuto specifico delle facoltà attribuite da quel diritto.

Il principio dell'abuso nato in sede giurisprudenziale è stato recepito dai legislatori di alcuni paesi in forma esplicita. In Germania il principio è avvicinato all'intenzione di nuocere (§226 BGB) e sanzionato con l'inaammissibilità del diritto esercitato con il solo scopo di provocare danno ad altri. Nel codice civile svizzero il riferimento si trova all'art. 2 che prevede che «ognuno è tenuto ad agire secondo buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi. Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge».

Nel nostro codice, invece, manca una definizione del diritto abusivo nonostante nel progetto di Codice italo-francese fosse stata ideata la presenza di una disposizione generale relativa all'abuso del diritto, oltre che nel progetto originario del nostro codice, il quale, all'art. 7, stabiliva che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è riconosciuto».

Il timore di un'eccessiva apertura al potere discrezionale del giudice determinò una rinuncia alla norma definitoria; ciononostante, le disposizioni che si riferiscono all'abuso nell'ambito del codice non mancano.

Si tratta dell'art. 833 c.c. in materia di atti emulativi; del 1059 c.c., il quale impone al comproprietario che abbia concesso una servitù di non ostacolarne l'esercizio; del 1015 c.c. per l'abuso dell'usufruttuario; del 2793 c.c. relativo all'abuso della cosa da parte del creditore pignoratizio, ma anche di recenti

⁽⁶¹⁾ Per una ricostruzione sintetica dell'evoluzione del diritto soggettivo di proprietà come esempio paradigmatico si veda F. SCAGLIONE, *Abuso del diritto nel contratto*, in questa *Rivista*, 2012, pp. 240-245.

interventi normativi rivolti alla protezione di soggetti ritenuti deboli, come il caso dell'art. 9 della l. 192/1998 che stabilisce che «è vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice».

In tutte queste ipotesi si vuole sanzionare l'uso del diritto che fuoriesce dai limiti dello scopo e degli interessi per il quale quello è stato riconosciuto dalla legge. La disciplina dell'abuso trasforma, difatti, da legittima ad antiggiuridica la posizione del titolare del diritto che lo eserciti con modalità non corrette.

Si afferma che da una pluralità di modi di realizzazione dell'interesse, uno soltanto è quello lecito, vale a dire corretto⁽⁶²⁾. In tal senso la nozione di abuso del diritto non può essere scissa da quella di correttezza, costituendone un'applicazione generalizzata⁽⁶³⁾.

Riconoscere che un diritto possa diventare abusivo significa ammettere che il conferimento della facoltà da parte dell'ordinamento di disporre di un potere non è premessa sufficiente per una situazione di giuridicità, essendo all'uopo necessario che quel potere venga esercitato in modo legittimo.

La disciplina dell'abuso porta il titolare del diritto da una zona *in ius*, quella nella quale viene riconosciuta ed attribuita la facoltà, ad un'area *contra ius*: chi fruisce della legittima facoltà in modo arbitrario, distorto ovvero anormale, perché non conforme ai principi dell'ordinamento, siano essi espressi in apposite norme o rinvenibili tra le maglie dei principi generali e l'elasticità delle clausole generali, entra in collisione con la legge e commette abuso.

La reazione si palesa: quel comportamento viene percepito dall'ordina-

⁽⁶²⁾ F. SCAGLIONE, *Abuso del diritto nel contratto*, in questa *Rivista*, 2012, p. 246.

⁽⁶³⁾ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989 (rist.), p. 77, nega la rilevanza della figura dell'abuso del diritto in quanto gli atti contrari alla buona fede e alla correttezza altro non sarebbero che atti contrari alla solidarietà e come tali non costituiscono uno "sviamento del diritto" ma ne sono fuori, oltre il suo limite, perché costituiscono un eccesso e pertanto sono illeciti. *Contra* P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 53, secondo cui «appare più corretto il tentativo di costruire il divieto generale dell'abuso, piuttosto che sulla norma relativa agli atti emulativi, sul principio di correttezza nel rapporto obbligatorio o sulla clausola generale della buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175, 1375 c.c.)».

mento non più come espressione di un diritto, ma come abuso del consociato, «tramonto del suo diritto soggettivo»⁽⁶⁴⁾.

Non dice verità il brocardo *qui iure suo utitur neminem laedit*, e, per questo, possono essere imposti dei confini al diritto, tanto attraverso delle regole specifiche (ad es., art. 833 c.c.) quanto mediante clausole generali che, come quella di buona fede, intervengono come parametri atti a valutare il tipo di uso che venga fatto di quel diritto.

Ecco allora il legame funzionale che avvicina la buona fede all'esercizio equilibrato del diritto soggettivo. La connessione è palesata in alcuni casi come quello dell'art. 2 cod. svizzero, ma è evidente anche nella realtà tedesca, ove giurisprudenza e dottrina, hanno preferito alla norma del codice che richiama l'abuso (§ 226 BGB) quella relativa alla buona fede (§ 242 BGB).

È però soprattutto negli ordinamenti come il nostro, ove manca una formula che espressamente preveda l'abuso del diritto, che il richiamo alla correttezza è stato essenziale. In questi casi la buona fede è diventata l'espedito per ovviare alle deficienze normative tanto da essere considerata, addirittura, come «doppione dell'abuso, non essendo niente di più che un mezzo sicuro ed originale per ottenere un criterio di giudizio più appagante, per la nostra coscienza, di quanto non sia il criterio della legittimità formale degli atti umani»⁽⁶⁵⁾.

11. — *La presunta superiorità della buona fede sull'equità nel diritto europeo dei contratti.*

Indagando sul rapporto che lega la buona fede e l'equità, in dottrina, come in sede comunitaria, è stata affermata la superiorità della prima sulla seconda.

⁽⁶⁴⁾ L'affermazione che il tramonto del diritto soggettivo è fenomeno emergente dalla figura dell'abuso del diritto è di G. Alpa, il quale analizza, con taglio pratico, l'abuso del diritto nel suo contributo *Esercizio del diritto e abuso del diritto*, in M. BESSONE (a cura di), *Casi e questioni di diritto privato*, Milano, 2000, p. 173.

⁽⁶⁵⁾ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 11.

Il progresso economico-sociale della vita moderna ha dettato l'esigenza di un'armonizzazione dell'impianto contrattuale a livello europeo. Per questo scopo sono state istituite Commissioni con il compito di creare delle regole comuni, il c.d. "Diritto privato europeo"⁽⁶⁶⁾.

La correttezza⁽⁶⁷⁾, in quanto principio generale uniforme, è divenuta un mezzo di omogeneizzazione dei sistemi negoziali oltreché uno strumento di connessione tra i diversi ordinamenti. Essa ha assunto valore di raccordo sistematico⁽⁶⁸⁾ affermando un limite di impronta solidaristica alla libertà contrattuale⁽⁶⁹⁾.

Nonostante secondo alcuni non fosse nata sotto una buona stella⁽⁷⁰⁾, è apparsa, in sede europea, in posizione sovraordinata⁽⁷¹⁾ all'equità, già a partire dalla Direttiva 93/13/CEE ove è stata valutata come principio cardine che opera come stella polare per il giudice chiamato a sindacare delle clausole contrattuali.

⁽⁶⁶⁾ Per un quadro delle attività dirette a formare regole comuni europee in materia contrattuale si veda L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, p. 1014 ss.

⁽⁶⁷⁾ «Il riconoscimento della buona fede come principio generale del diritto europeo dei contratti è riconoscimento che un diritto europeo comune è già realtà del presente, ed è una realtà che si muove verso l'ideale di un giusto diritto dei contratti»: così si esprime C.M. BIANCA, *Buona fede e diritto privato europeo*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale in onore di A. Burdese*, cit., p. 205.

⁽⁶⁸⁾ Come precisato da A. Palazzo, «l'idea che della buona fede non si possa fare a meno nella disciplina dell'autonomia contrattuale, ha condizionato tutta l'impostazione dei recenti Principi di diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione presieduta da Ole Lando, in essi, infatti, la correttezza può considerarsi come *trait d'union* tra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*», in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, I, p. 125.

⁽⁶⁹⁾ Art. 1:102, secondo il quale: «Le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto, nel rispetto della buona fede e della correttezza nonché delle norme imperative contenute nei Principi».

⁽⁷⁰⁾ Così G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, cit., p. 2975.

⁽⁷¹⁾ Per uno studio della buona fede, non solo oggettiva, nell'ordinamento comunitario si veda G.A. BENACCHIO, *La buona fede nel diritto comunitario*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, cit., p. 189 ss.

Il predominio è stato sostenuto anche in dottrina avendo «la buona fede finito per occupare uno spazio che avrebbe potuto essere dell'equità»⁽⁷²⁾.

La buona fede avrebbe preso il campo dell'altra, in parte, per l'indeterminatezza che permane intorno al concetto di equità e, in parte, per la percezione che l'equità sia estranea al giuridico⁽⁷³⁾.

In realtà, nonostante proliferino le disposizioni contrattuali in favore della buona fede, anche i riferimenti relativi a quest'ultima non mancano essendo rivolta nuova attenzione al potere equitativo-correttivo del giudice.

Ricordando l'efficace metafora di un autore⁽⁷⁴⁾, la buona fede e l'equità sarebbero come due compagni di viaggio che avanzano dal diritto romano fino ai nostri giorni.

Il moto che coinvolge le due forze integrative è quello di un flusso continuo, un andirivieni: il percorso dell'interprete deve partire dall'indagine sulle circostanze fattuali sulle quali si è formato l'accordo e solo dopo aver considerato la *fides*, vale a dire le qualità personali, le circostanze oggettive, le caratteristiche proprie delle parti, le vicende antecedenti e successive alla conclusione del contratto oltretutto la natura dell'accordo, l'interprete-giudice può applicare, verosimilmente, un'equità integrativa che permetta la corretta esecuzione del contratto⁽⁷⁵⁾.

Se l'intero sistema è permeato dalla buona fede, intesa come canone a cui il giudice deve fare riferimento per far emergere l'equità del contratto,

⁽⁷²⁾ Così scrive M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 89.

⁽⁷³⁾ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 113, afferma che «Il richiamo alla correttezza, sollecitava gli spiriti assai più di quello all'equità, quasi che, di quest'ultima, la lunga abitudine e la tradizione antichissima avessero scolorito i contorni e cancellato le possibilità operative: già dalla lettura della *Relazione* al codice civile, invece, sembrava possibile cogliere la nuova consapevolezza che reggeva quel diverso strumento ed individuare per esso concrete possibilità operative, di cui più d'una norma appariva come sicura testimonianza».

⁽⁷⁴⁾ F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, cit., p. 225.

⁽⁷⁵⁾ Sempre A. Palazzo, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, cit., p. 116.

tuttavia l'attuazione del principio di correttezza necessita di un procedimento equitativo da parte del giudice. La conseguenza è che tra buona fede ed equità non c'è preminenza, ma alternanza.

La nozione di equità evoca, infatti, un processo di integrazione che deve tenere in considerazione e valorizzare le circostanze concrete che si colgono attraverso un'interpretazione secondo buona fede delle volontà delle parti; tuttavia, altrove, è l'equità che funge da criterio interpretativo per tenere in considerazione lo spirito più che la lettera della legge⁽⁷⁶⁾.

Da ciò è evidente che le due fonti e le loro funzioni si integrano, come dimostrato dal fatto che in molti ambiti esse vengono allineate, ad esempio nell'ambito dell'art. 1, 2° comma, lett. e) della l. 30 luglio 1998, n. 281, ove vengono considerate, insieme alla trasparenza, diritti fondamentali riconosciuti ai consumatori e agli utenti⁽⁷⁷⁾.

L'interprete, talvolta parte dalla buona fede per stabilire l'equilibrio ovvero la scorrettezza del contratto usando, poi, il giudizio equitativo per darvi esecuzione, altre volte, invece, parte dall'equità per correggere il contratto scorretto: le due fonti agiscono in una continua convergenza, integrandosi reciprocamente.

Il discorso potrebbe concludersi affermando che la buona fede è lo strumento teorico al quale l'interprete deve fare riferimento per valutare l'equilibrio del contratto mentre l'equità sarebbe la tecnica attuativa con la quale il giudice dà giustizia al caso concreto, operando quando sia stato stabilito il punto di proporzione contrattuale⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁶⁾ Circa la relazione tra equità e buona fede F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova, 2010, p. 57.

⁽⁷⁷⁾ Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, Art. 1, 2° comma: «Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi; f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza».

⁽⁷⁸⁾ C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 233 ss.

La repressione, con la buona fede, di un abuso è il presupposto logico e giuridico per riequilibrare con l'equità, «senza fare della prima lo strumento di un giudizio equitativo»⁽⁷⁹⁾.

Continuando e rafforzando la metafora viatica verrebbe da dire che i due viaggiatori percorrono il cammino mano nella mano, con andatura costante e nella direzione comune di sindacare il contratto eccessivamente sproporzionato per renderlo corretto ed equilibrato alle parti.

⁽⁷⁹⁾ L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, p. 149.

