



Università
Ca' Foscari
Venezia

**Scuola Dottorale di Ateneo
Graduate School**

Dottorato di ricerca in Diritto, Mercato e Persona

Ciclo 29

Anno di discussione 2017

Titolo

Clausole generali e certezza del diritto

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA: IUS/01

Tesi di Dottorato di Ilaria Marrone, matricola 956091

Coordinatore del Dottorato

Prof.ssa Carmelita Camardi

Supervisore del Dottorando

Prof. Roberto Senigaglia

INDICE

Introduzione.....	7
-------------------	---

PRIMO CAPITOLO LE CLAUSOLE GENERALI TRA DOGMATICA ED ERMENEUTICA

Sezione 1

Le clausole generali nella teoria del diritto e nella storia del pensiero

1. Avvertenze metodologiche.....	11
2. Una difficile tassonomia concettuale.....	13
3. Dalla fuga <i>dalle</i> clausole generali alla fuga <i>nelle</i> clausole generali.....	16
4. I caratteri.....	20
5. La struttura e l'inferenza.....	23
6. <i>Segue</i> . Le affinità strutturali (o funzionali?) con altre categorie.....	26
7. La "sostanza" delle clausole generali.....	29

Sezione 2

Autonomia contrattuale *versus* giustizia contrattuale

1. L'autonomia privata.....	33
2. La giustizia contrattuale: definizione e funzione.....	37
3. Il ruolo del diritto vivente secondo la dottrina.....	41
4. <i>Segue</i> . Gli indici normativi e la prospettiva giurisprudenziale.....	43
5. <i>Segue</i> . Il ruolo del diritto vivente europeo.....	47
6. La disparità contrattuale: una garanzia di libertà?.....	49
7. La parabola discendente dell'intangibilità e l'ascesa dell' <i>aequitas</i>	53
8. <i>Segue</i> . L'art. 1374 c.c. e l'equità correttiva.....	57
9. La solidarietà come espressione di equilibrio contrattuale.....	62
10. La clausola generale come rimedio (generale)?.....	67

SECONDO CAPITOLO
ESPERIENZE APPLICATIVE DELLE CLAUSOLE GENERALI
IN MATERIA CONTRATTUALE

Sezione 1

Metodologie di concretizzazione delle clausole generali

1. Una nuova concezione del rapporto Stato - Mercato.....	71
2. Vincoli e condizioni d'uso. Il metodo della precomprensione.....	74
3. La ragionevolezza nei sistemi di <i>civil law</i> e in quelli di <i>common law</i>	77
4. Modalità applicative a confronto.....	81
5. <i>Segue</i> . Tecniche operative della buona fede.....	83
6. Il metodo del " <i>Fallkruppen</i> ".....	84
7. Le modalità di funzionamento.....	87
8. Il metodo della <i>Drittwirkung</i> e le sue varianti.....	92
9. Dal connubio tra solidarietà sociale e buona fede: la giustizia contrattuale?.....	97

Sezione 2

Metodo concettuale *versus* metodo valoriale

1. La tecnica del <i>Fallkruppen</i> nella buona fede precontrattuale.....	103
2. <i>Segue</i> . Il recesso ingiustificato dalle trattative.....	105
3. <i>Segue</i> . Il corretto adempimento degli obblighi informativi.....	108
4. La buona fede esecutiva. Tecniche diverse a confronto.....	111
5. L'equità correttiva tra penali e caparre confirmatorie eccessive.....	119
6. Buona fede ed equità: un rapporto di equivalenza?.....	128
7. La (fallita) tipizzazione dell'obbligo di rinegoziazione.....	131
8. Le clausole generali e gli obiettivi di armonizzazione europea.....	138
9. <i>Segue</i> . Questioni di competenza tra giudice europeo e giudice nazionale.....	140
10. I ritardi nelle transazioni commerciali: questioni di ortopedia giudiziale.....	144
11. La sostituzione del termine iniquo nella giurisprudenza europea.....	150

TERZO CAPITOLO
L'IMPATTO DELLE CLAUSOLE GENERALI EUROPEE SUL
COMMON LAW IN PROSPETTIVA DI UNA CODIFICAZIONE
EUROPEA

Sezione 1

General legal umbrella e clausole generali a confronto

1. Inquadramento dogmatico tra <i>statute</i> e <i>common</i>	158
2. I " <i>general legal umbrella</i> "	160
3. La <i>fairness</i> e le sue varianti: <i>substantive</i> e <i>procedural</i>	163
4. Alcune figure rimediali sottese alla <i>fairness</i>	168
5. La <i>fairness</i> : un presidio della libertà contrattuale?.....	174
6. La prospettiva giurisprudenziale.....	180
7. <i>Segue</i> . Il riconoscimento della buona fede: il " <i>caso Yam Seng</i> ".....	183
8. <i>Segue</i> . La giurisprudenza successiva: un ritorno all'impostazione tradizionale?..	192
9. La <i>reasonableness</i> e la <i>fairness</i> (o <i>good faith</i>).....	197

Sezione 2

L'uniformazione europea tra clausole e principi

1. Tecniche di uniformazione europea.....	205
2. <i>Segue</i> . Un esempio di legislazione per clausole generali: l'accordo sufficiente..	212
3. <i>Segue</i> . La tecnica legislativa per principi: un'opzione preferibile?.....	220
4. L'incertezza del diritto: un esito necessariamente negativo?.....	225
Conclusioni.....	229
Bibliografia.....	233

Introduzione

Le clausole generali si inseriscono nell'ambito di uno studio che, partendo dalla premessa della complessità del mondo, prova a individuare delle strategie di semplificazione della realtà guardata con gli occhi dell'operatore del diritto¹. In tal senso, esse integrano dei concetti sintetici ma, al tempo stesso, evocativi di formule a contenuto analitico (da alcuni definiti come «concetti normativi valutativi»)². Tali strategie di semplificazione si basano su una selezione di fatti, che una parte della dottrina considera espressiva di una forma di comprensione del mondo, operata dal legislatore, dagli operatori del diritto, dai teorici, con l'obiettivo di realizzare un sistema che sia, al tempo stesso, ordinato e ordinante³.

In tema di clausole generali la produzione scientifica è vasta e variegata.

Così, proprio il panorama dottrinale e giurisprudenziale proliferante sul tema impone di precisare che, con il presente studio, non si intende compiere una mera attività ricognitiva delle diverse elaborazioni esistenti in quanto poco o nulla gioverebbe all'esegesi della teoria delle clausole generali sotto un profilo teorico e pratico. Anzi, al contrario, tale *modus procedendi* genererebbe, forse, il rischio di complicarne la comprensione.

Per converso, si tenterà di formulare delle ipotesi di discussione con riguardo al *processo applicativo del diritto*, quando lo stesso si esprima per il tramite della clausole generali, e comprenderne le ricadute sul piano della certezza del diritto.

Dunque, perché oggi condurre uno studio sulle clausole generali?

La risposta risiede nelle spinte che provengono dal diritto interno e, soprattutto, dal diritto europeo. Dal *diritto interno*, in relazione al ruolo di una giurisprudenza sempre più paranormativa, che negli ultimi anni si è autolegittimata (esplicitamente)

¹ Cfr. PEDRINI, *Le clausole generali. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013, p. 9.

² Cfr. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 167. Il tema delle clausole generali rappresenta certamente uno di quei temi ineludibili per i civilisti posto che «tutta l'esperienza di uno studioso del diritto civile passa per le 'clausole generali'»: cfr. RESCIGNO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di CABELLA PISU, NANNI, Padova, 1998, p. 30. Del diritto quale sistema «deputato a fronteggiare la complessità del mondo mediante una strategia (principalmente) di semplificazione» è del parere anche BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, p. 7.

³ Cfr. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 3. Vedere anche RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 88, secondo cui «la funzione ordinatrice del diritto si esaurisce nella razionalizzazione di dati esistenti», sicché nel dibattito se sia preferibile una legislazione regolamentare (ossia analitica) o una legislazione per principi egli manifesta il suo *favor* per la seconda, precisando, tuttavia, che i principi altro non sono che le clausole generali.

in questo suo ruolo, il che solleva il problema del rapporto tra legislatore e giudice. La centralità della giurisprudenza conduce ad avvicinare, sotto qualche profilo, il sistema giuridico italiano a quello inglese.

Spinte provengono, altresì, dal *diritto europeo* nell'ambito del quale le clausole generali suscitano interesse sotto due profili.

Il primo concerne l'impatto delle clausole generali europee sul sistema italiano, che sembrano occupare un ruolo di primo piano, soprattutto nelle fonti di *soft law*. Sia sufficiente, almeno per il momento, considerare in via esemplificativa il frequente richiamo di clausole come la "*good faith*" nell'ambito dei PDEC (Principi di Diritto Europeo dei Contratti), la "*reasonableness*" nel *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), il "*fair dealing*" nella Proposta di regolamento per un diritto comune della vendita (CESL), l' "*accordo sufficiente*" nei PDEC (ma anche nel DCFR e CESL)⁴. Peraltro, tale impatto solleva, sul piano pratico, il problema dei rischi di interferenza tra giudice nazionale e giudice europeo nella loro interpretazione. In particolare, è bene indagare il tipo di rapporto che intercorre tra un orientamento formulato dal giudice nazionale e quello formulato dal giudice europeo (se di tipo gerarchico ovvero per competenze, ecc.), anche in considerazione del principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 TUE⁵.

Il secondo profilo concerne il ruolo delle clausole generali nell'auspicio di una compiuta integrazione giuridica europea, che troverebbe la sua massima espressione nella realizzazione di un codice civile europeo. In questo senso, una legislazione per clausole generali potrebbe rappresentare, come da alcuni sostenuto, la chiave di volta per il definitivo superamento di ostacoli normativi, che ad oggi appaiono insormontabili. Infatti, nonostante le persistenti criticità legate all'uso delle clausole generali sul piano della certezza del diritto, è innegabile come le medesime si prestino ad agevole strumento di composizione di conflitti tra tradizioni giuridiche diverse, costituendo quasi delle "zone franche", degli spiragli per il conseguimento di obiettivi di uniformazione.

Sembrano categorie, dunque, foriere di possibili aperture tra gli Stati Membri,

⁴ A titolo esemplificativo della molteplicità dei richiami della clausola generale si rinvia alla lettura degli articoli dei Principi di Diritto Europeo dei Contratti (PDEC) di seguito elencati: artt. 1:102, 1:106, 1:201, 1:302, 1:303, 1:305, 2:301, 4:103, 4:106, 4:107, 4:109, 4:110, 4:118, 5:102, 6:102, 6:111.

⁵ Cfr. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, p. 4.

se non pedissequamente nella determinazione del loro significato contenutistico, nella condivisione della loro formulazione linguistica e dei valori ad esse sottesi.

Tra le clausole generali quella che, fra tutte, sembra assumere una funzione di ponte tra la tradizione di *civil law* e quella di *common law* è la "*reasonable*", della quale si approfondirà, mediante un'analisi comparatistica, la natura, costituendo secondo alcuni più che una clausola generale una tecnica argomentativa; altri ne sostengono, invece, la natura di criterio di valutazione ovvero di carattere del sistema.

Il sistema giuridico che si prenderà in considerazione sarà quello inglese e si tenterà di comprendere se vi sia stata e, nel caso, quale sia stata la portata dell'effetto condizionante delle clausole generali europee su detto sistema.

Tanto premesso, sia a un livello interno e sovra-nazionale sia in una prospettiva comparatistica, possono delinearsi delle medesime perplessità che attanagliano le clausole generali, in relazione ad una loro possibile (e intrinseca) vocazione *extraordinamentale*, assurgendo a viatici per l'ingresso di regole meta-giuridiche, con la conseguenza di una possibile debordante discrezionalità giudiziale, da cui discenderebbe come effetto l'incertezza dei traffici. Pertanto, principale *obiettivo* del presente studio è indagare l'esistenza di tecniche o *metodologie di interpretazione delle clausole generali* al fine di verificare quale, tra essi, possa considerarsi il miglior "garante" della certezza del diritto in quanto in grado di direzionare, per quanto ciò sia possibile, l'interpretazione giudiziale, contenendo il rischio di *arbitrium iudicis*.

In ultima analisi, occorre chiedersi se davvero l'incertezza del diritto assuma una connotazione esclusivamente negativa nel periodo storico di transizione che stiamo vivendo, per cui bisognerebbe scongiurarla sotto ogni forma e con ogni mezzo o se, al contrario, essa rappresenti una reazione fisiologica a delle esigenze di cambiamento, e come tale, non può eludersi rappresentando il mero corrispettivo di una progressione evolutiva della civiltà giuridica.

CAPITOLO 1

LE CLAUSOLE GENERALI TRA DOGMATICA ED ERMENEUTICA

SEZIONE 1

LE CLAUSOLE GENERALI NELLA TEORIA DEL DIRITTO E NELLA STORIA DEL PENSIERO

1. Avvertenze metodologiche

Prima di addentrarci nella trattazione, si rende necessario compiere una premessa di ordine metodologico.

Con riguardo al tema del ruolo e della funzione delle clausole generali nell'ordinamento giuridico esistono due impostazioni alternative: l'una formalistica o concettuale, l'altra antiformalistica o valoriale. Il tipo di metodologia adottato si riflette sulla diversa natura da riconoscere alla clausola generale, che può essere, dunque, di tipo *introflesso* o *estroflesso*.

Precisamente, è possibile tracciare una *summa divisio* tra le varie elaborazioni dottrinali, ravvisandosi, da un lato, degli indirizzi che attribuiscono alle clausole generali la veste di strumenti autopoietici dell'ordinamento giuridico e, come tali, aventi un'attitudine meramente ricognitiva, dall'altro, dei filoni dottrinali che scorgono nelle clausole generali una fonte legale di etero-integrazione del sistema giuridico, per il tramite di ordinamenti extra-giuridici⁶.

In particolare, occorre chiedersi se la loro presenza sia dimostrativa di un sistema giuridico autosufficiente per la sua intrinseca capacità di essere al tempo stesso chiuso, ordinato e perfetto: in altri termini, un sistema "autopoietico". In base a tale tesi, che postula l'adesione alla concezione normativistica di Kelsen, esse rappresenterebbero delle *"valvole di sfogo" in funzione autopoietica* mediante il

⁶ In quest'ultimo caso, la clausola generale potrebbe assimilarsi allegoricamente ad una sorta di vaso di Pandora, tanto temuto quanto osteggiato durante il periodo della codificazione napoleonica (che ha influenzato intensamente il Codice Pisanelli del 1865) e che, in generale, ancora oggi occorre maneggiare con cura, in relazione alle dirette ricadute che, dalla sua perniciosa apertura, possono derivare sulla (utopica) certezza del diritto.

quale l'ordinamento giuridico colma i vuoti derivanti dalla rigidità e dalla fissità del formalismo legalistico ossia dello “*ius in civitate positum*”⁷. In questa prospettiva, l'ordinamento giuridico rappresenterebbe un sistema armonico e perfetto: in particolare, proprio nel contenere già in sé stesso la risposta al divenire sociale della comunità sarebbe riposta la sua essenziale compiutezza⁸. Quindi, tutto ciò che esorbita dalle categorie del diritto civile si configurerebbe come arbitrario e ideologico.

L'approccio anzidetto si scontra con quella alternativa impostazione secondo la quale le clausole generali rappresentano degli *strumenti di etero-integrazione* dell'ordinamento giuridico e, mutuando un'espressione utilizzata da una parte della dottrina, integrerebbero degli «apriscatole giuridici»⁹, ossia dei congegni aventi la precipua finalità di "adattare" l'ordinamento giuridico al divenire sociale mediante la formulazione di giudizi di valore da parte dell'interprete. Ciò, sulla premessa che la *socialità* più che essere un tratto ineliminabile dell'ordinamento giuridico, che pure per la verità immancabilmente è, ne costituisce un *tratto fondativo*¹⁰.

Sicché il problema che solleva detta impostazione è quello di individuare delle *tecniche* che consentano di arginare i rischi di incertezza del diritto. Peraltro, fin da questo momento si rende opportuno precisare come tale modo di impostare la questione potrebbe condurre, quasi inopinatamente, al rischio di sovrapporre la buona fede con l'equità, con tutte le conseguenze che ne potrebbero discendere in termini di una tanto osteggiata quanto plausibile legittimazione di un giudizio fondato sul c.d. “*arbitrium iudicis*”, con il rischio di un'esiziale compromissione della certezza del diritto.¹¹

⁷ Nel senso delle clausole generali come strumenti autopoietici dell'ordinamento giuridico è, ad esempio, BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 9 e ss.

⁸ Cfr. BARCELLONA, *op. cit.*, *ibidem*, ove chiarisce come il diritto adotta delle strategie per affrontare le complessità della realtà osservata, integrate dalla dogmatica giuridica e dall'apparato legislativo preposto alla novellazione del sistema giuridico.

⁹ L'espressione è di PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede demolitrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, p. 2039 e ss.

¹⁰ Cfr. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. X, secondo cui «il diritto, anche se nella vita quotidiana ci appare come norma, come un imperativo, è invece essenzialmente ordinamento». Quindi, occorre allontanarsi dalle «chiusure di un diritto legale» (ndr, ossia dal Positivismo giuridico) per considerare il diritto come un sistema teso a registrare tutte le voci emergenti dalla società. Da qui si evincerebbe una nozione di socialità da intendersi «come carattere inabdicabile del diritto»: in tal senso ALPA, *L'interpretazione del contratto*, Milano, 1983, p. 60.

¹¹ Il tema è approfondito da NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 30, la quale ritiene che l'equità debba essere intesa non come arbitrio ma come discrezionalità. Invece, DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, III, p. 547, temendo che la distinzione tra buona fede ed equità sia «più lastricata di

L'indagine su tali metodi scivolerà inevitabilmente dal piano teorico al piano pragmatico quando si soffermerà l'attenzione sul *procedimento di concretizzazione* delle clausole generali, al fine di individuare la tecnica di interpretazione (quindi, anche di giudizio) utilizzata dall'interprete e comprenderne l'operatività, considerate le difficoltà connesse all'applicazione delle regole dell'interpretazione alle clausole generali, in quanto essenzialmente predisposte per le norme a fattispecie aperta¹².

2. Una difficile tassonomia concettuale

Il mondo del diritto, come è stato detto, potrebbe assimilarsi ad una «torre di Babele», dove ognuno parla una lingua composta da propri "originali" vocaboli, cosicché, «ci saranno tante lingue quanti sono i giuristi e ciascuno dedicherà la maggior parte dei propri studi a rintracciare le differenze tra la propria lingua e quella di altri»¹³.

Mai tutto ciò si è rivelato tanto vero quanto per gli studi in tema di clausole generali, sintagma per la prima volta utilizzato in Germania¹⁴.

Da un punto di vista nominalistico detto sintagma ha stimolato la fantasia della dottrina nelle direzioni più disparate. A mero titolo esemplificativo e, in ogni caso, senza pretese di esaustività, si rievocano i "concetti-valvola" di Mario Barcellona, gli "organi respiratori" di Vittorio Polacco, le "norme a contenuto indeterminato" di Mario Libertini, le "formule aperte" di Guido Alpa, i "concetti finestra" di Stefano Rodotà¹⁵. La pluralità di denominazioni utilizzate dai teorici per definire le clausole

buone intenzioni che di altro», considera effettivo il rischio di un «decisionismo giudiziario».

¹² Cfr. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 33.

¹³ Cfr. FERRAJOLI, *Teoria assiomatica del diritto. Parte generale*, Milano, 1970, p. 2, il quale avvalendosi di un metodo assiomatico concentra la sua analisi sul linguaggio giuridico al fine di elaborare una teoria «del tutto indipendente dai valori politici che di fatto informano il sistema giuridico teorizzato» al fine di consentire al medesimo di esplicitare quegli stessi valori e di «svelarne le antinomie» in quanto lo scopo ultimo è «richiamare il giurista alla responsabilità sociale del suo lavoro, rendendolo consapevole della convenzionalità delle sue assunzioni... (*omissis*)...sollecitandone l'impegno non solo scientifico, ma anche civile e politico, in una loro fondazione argomentata coerente e controllata», p. 10.

¹⁴ Una delle prime monografie sul tema è, come noto, quella di HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen: J.C.B. Mohr., 1933.

¹⁵ Tale variegata e caotica pluralità di denominazioni dipende dalla circostanza che si tratta di una categoria dogmatica avente un'origine stipulativa, il cui contenuto è, a sua volta, determinato in funzione del «capriccio definitorio» del singolo autore, come osservato anche da PEDRINI, *Le clausole generali. Profili teorici e aspetti costituzionali*, cit., p. 23, da cui discende l'effetto di stilare degli "elenchi" di clausole generali di volta in volta diversi. In alcuni casi, per esempio, la definizione di clausola generale è stata data in negativo, ritenendola configurata ogni qual volta sia assente una struttura sillogistica.

generali potrebbe condurre a qualificare il fenomeno come una "moltiplicazione delle etichette".¹⁶

Vero è anche il contrario. Ossia che, spesso, l'espressione "clausola generale" viene utilizzata anche per individuare istituti che, in fondo, non presentano neanche una delle caratteristiche che stipulativamente sono ad essa riconducibili.

In tal senso, si può affermare, condividendo il pensiero di una parte della dottrina, che le clausole generali racchiudano sia «un concetto dai molti nomi» sia un «nome per più concetti»¹⁷. Dunque, alla diversità di etichetta corrisponde spesso una diversità strutturale nel senso che, nell'individuazione dei tratti salienti delle clausole generali - ossia delle caratterizzazioni strutturali della categoria - tra i giuristi e, in particolare, tra i teorici del diritto, non è dato riscontare posizioni convergenti¹⁸ al punto che potrebbe definirsi una categoria "a geometria variabile"¹⁹.

Tra le opzioni definitorie poc'anzi elencate si intende soffermare l'attenzione su quella di «concetto-valvola» e quella di «concetto-finestra», in quanto espressive

¹⁶ In tal senso anche CHIASSONI, *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, in *Giur. It.*, 2011, VII, p. 1689, secondo cui «il sintagma "clausola generale" è definito e usato in una pluralità di modi sincronicamente differenti, diacronicamente incostanti, singolarmente indeterminati, in taluni casi mutualmente incompatibili («una babele»).

¹⁷ Cfr. PEDRINI, *Le clausole generali. Profili teorici e aspetti costituzionali*, cit., p. 29 e ss. che chiaramente distingue le due opzioni sicché al fenomeno di una «moltiplicazione delle etichette» si accompagna un fenomeno di «moltiplicazione delle nozioni».

¹⁸ Dunque, la circostanza che le clausole generali siano definite come *standards* o principi generali o norme aperte ovvero come norme elastiche non genera un fenomeno di replicazione nominalistica della categoria in quanto, spesso, anche da un punto di vista strutturale e di contenuto si individuano, rispetto alla singola nozione elaborata, specifici tratti salienti magari solo in parte coincidenti o comunque non sovrapponibili con le proposte definitorie di altra parte della dottrina. Sul punto, si rinvia a FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards valutativi» e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3558.

¹⁹ Le clausole generali, dunque, agli occhi degli interpreti, dei teorici e, in generale, degli operatori del diritto presentano numerosi volti: Vedere PEDRINI, *Le clausole generali. Profili teorici e aspetti costituzionali*, cit., p. 348, secondo il quale, dunque, «parrebbe sempre rischioso azzardare considerazioni di portata universalizzante, tanto per provare a illustrarne (descrittivamente) le caratteristiche, quanto per valutare (traendone poi indicazioni prescrittive) i costi/benefici della loro presenza all'interno dell'ordinamento». Egli ritiene che tale torre di Babele non sia localizzata solo nel settore del diritto privato, in quanto la medesima confusione tassonomica aleggia anche nel diritto costituzionale e nel diritto amministrativo. Esistono due diversi profili attraverso i quali le clausole generali possono venire in rilievo nel diritto costituzionale e, sul piano applicativo, nella giurisprudenza costituzionale di cui egli si occupa. Un piano attiene alla inevitabile tensione tra clausole generali "codicistiche" e i precetti della Costituzione. Un altro piano attiene invece alla presenza di clausole generali nella Costituzione. In relazione al primo livello del discorso si osserva come il problema dell'individuazione del "recinto semantico" delle clausole generali conduce a prendere in esame il problema del rapporto tra interpretazione giuridica e parametri extragiuridici. Con riguardo ad una teoria delle clausole generali nell'ambito del diritto amministrativo interessante è anche il contributo di PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. It.*, 2012, V, p. 1213.

delle contrapposte impostazioni metodologiche a cui, poc'anzi, si è accennato²⁰.

I "concetti-valvola" evocano l'idea di un ordinamento giuridico inteso come sistema chiuso e impermeabile agli altri ordinamenti extragiuridici, coerente, con un modello di positivismo legalistico, di matrice kelseniana, che ha ispirato le codificazioni del '900²¹. In tale prospettiva, i problemi connessi alla concreta operatività di una clausola generale resterebbero entro la cornice dell'ermeneutica giuridica: il giudice, quale "bocca della legge", svolge un'attività che nulla ha a che vedere con la "creazione" di regole giuridiche, a pena di un'indebita intromissione del potere giudiziario nella sfera del potere legislativo. Pertanto, dovrebbe escludersi l'ammissibilità di una giurisprudenza paranormativa, operando le clausole generali alla stregua di meri *criteri di valutazione*²².

Viceversa il sintagma "concetti-finestra" evocherebbe l'idea di una clausola generale quale "finestra" sul mondo delle interazioni sociali. Interazioni sociali, che traducendosi in interazione giuridiche possono richiedere l'applicazione di regole meta-giuridiche, sicché le clausole generali costituirebbero dei *parametri a vocazione extra-sistemica* dell'ordinamento giuridico, consentendo «un'osmosi di

²⁰ La definizione delle clausole generali come "concetti-finestra" di Stefano Rodotà è stata tratta dal seguente passo: «finestre aperte su un mondo sempre più mutevole e che hanno la funzione di consentire l'adattamento della norma alla realtà senza bisogno di continui aggiustamenti legislativi»: RODOTÀ, *Perché laico*, Bari, 2009, p. 91 e ss. Invece, la definizione di concetto-valvola è riconducibile, tra i tanti, a BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., *passim*, secondo il quale le clausole generali svolgono la funzione di "valvola di sicurezza" del sistema nell'ipotesi di imprevedibili collassi causati dai "confini letterali" delle disposizioni di legge.

²¹ Per vero, le clausole generali positivizzate nell'ambito delle codificazioni del '900 scontano gli effetti delle ideologie totalitarie. Con riferimento all'esperienza negativa connessa ad una loro applicazione discriminatoria con riguardo alla razza o comunque all'eugenetica durante i regimi totalitari, ove le clausole generali si riempivano di contenuto ideologico politico, e per effetto della quale si registrava una 'fuga nelle clausole generali', si rinvia alla lettura di una relazione di RESCIGNO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di CABELLA PISU e NANNI, Padova, 1998, p. 33, secondo il quale la suddetta esperienza negativa ha generato, successivamente, l'effetto di fuggire dalle clausole generali («fuga dalle clausole generali») esprimendosi in una diffidenza nel loro utilizzo da parte della giurisprudenza di legittimità. Egli ribadisce anche che la clausola generale rappresenta «un dato ineliminabile di ogni legislazione. Si può rinunciare alle 'clausole generali', se ripercorriamo la storia delle codificazioni moderne, soltanto con l'adottare – ma i codici da citare come esemplari di questo punto di vista fallirono in maniera vistosa – una legislazione di tipo casistico, che cerchi di fermare e comprendere, e quindi chiudere tutta la realtà dell'esperienza che il legislatore coglie e intende disciplinare in un certo momento storico».

²² Cfr. CAMARDI, *Istituzioni di diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2007, p. 29, secondo la quale le clausole generali sono «norme che non contengono una fattispecie specifica, ma indicano invece un criterio di valutazione delle condotte in talune circostanze, secondo certi *standards*, e agli effetti di una certa disciplina».

valori tra realtà sociale e sistema»²³.

Indipendentemente dall'impostazione che si decide di accogliere occorre individuare, altresì, delle tecniche di interpretazione al fine di contenere le ripercussioni negative sulla certezza del diritto²⁴. Tecniche di interpretazione la cui comprensione richiede, tuttavia, una preliminare analisi in chiave storica delle clausole generali.

3. Dalla fuga *dalle* clausole generali alla fuga *nelle* clausole generali

Per tutto l'Ottocento, in Europa, le clausole generali sono state osteggiate in dottrina e in giurisprudenza. Durante il periodo del positivismo ha prevalso, nella cultura giuridica europea, l'idea di un primato incontrovertibile della legge, considerata come un dogma inattaccabile e iperscrutabile. Di talché ne conseguiva che «*quod non est in lege nec in iure*» e che l'interprete non potesse rivestire altro ruolo che quello di "*bouche de la loi*"²⁵.

Questa fiducia smisurata nei confronti della legge ha costituito la naturale reazione all' "*arbitrium iudicis*" che, invece, ha imperversato nel periodo dell' "*ancient regime*".

Il positivismo legalista e il metodo della giurisprudenza dei concetti hanno prodotto un'eclissi dello studio delle clausole generali²⁶. L'interprete, chiuso nella sua dimensione giuridica, è divenuto insensibile alle interferenze tra il diritto e altre

²³ Cfr. MOSCATI, *Clausole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, in *Giur. it.*, 2011, p. 7.

²⁴ In altri termini, occorre individuare una specie di "prontuario" destinato all'interprete contenente le c.d. "condizioni d'uso" delle clausole generali. Una parte consistente della dottrina ravvisa una certa resistenza ad ammettere la possibilità che le clausole generali possano costituire uno strumento di elaborazione di giudizi fondativi che condizionano l'esistenza di un rapporto obbligatorio. Come è stato efficacemente sostenuto, con riguardo alla clausola generale della buona fede, limitatamente alla problematica dell'eccezione di difetto di forma *ad substantiam* fatta valere da una parte con un ritardo ritenuto eccessivo e in contrasto con il rispetto del dovere di lealtà nei confronti della controparte, «la buona fede non può mai essere un criterio che decide dell'esistenza di un rapporto obbligatorio»: cfr. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 9. In senso contrario, un'altra parte della dottrina, la quale considera le clausole generali come strumenti il cui contenuto assiologico conduce sempre ad una «scelta di valore» che equivale a sostenere, forse che la buona fede può spingersi fino a tal punto. Cfr. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, III, p. 539 e ss.

²⁵ Cfr. GUARNERI, voce «*Clausole generali*», *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, p. 405.

²⁶ In tal senso, ancora, Cfr. GUARNERI, *op. cit.*, p. 405. Un metodo che fa dell'elaborazione delle categorie dogmatiche fine ultimo da perseguire, rendendosi insensibile alle spinte etiche evolutive della comunità sociale.

branche della scienza, quali, l'economia, la politica, la sociologia, la psicologia²⁷.

Solo verso la fine dell' Ottocento con l'affermazione della scuola scientifica francese, del metodo tedesco della giurisprudenza degli interessi e della scuola del diritto libero si assiste al prevalere del metodo antiformalistico e al «definitivo scardinamento del paradigma veteropositivista»²⁸. Alla base dell'affermazione di tali nuovi indirizzi vi è la presa d'atto dell'insufficienza della legge a regolamentare l'attività umana. Conseguentemente, le clausole generali sono ripensate come strumenti indispensabili per colmare le lacune dell'ordinamento giuridico²⁹.

Per quanto concerne *l'esperienza giuridica italiana*, in un primo momento, l'adesione al metodo del formalismo concettuale è stata pressoché totale. Infatti, giova osservare come, nel periodo antecedente all'entrata in vigore del Codice Civile del 1942, il nostro ordinamento ha subito la decisiva influenza della scuola pandettistica³⁰. Ne risultava che l'attività interpretativa, spesso, finiva per concretarsi in un "automatismo" di deduzione e di sussunzione operato dall'interprete; vi era anche un orientamento minoritario che sosteneva la necessità di un diritto permeabile ai mutamenti etico-politici che caratterizzavano la società³¹.

Il codice civile del 1942 contempla alcune clausole generali, alcune delle quali a contenuto fortemente politicizzato, poi soppresse con la fine dell'ordinamento

²⁷ L'interprete è considerato un «giurista puro», indifferente alle potenziali interferenze che possono rintracciarsi tra il diritto e altre branche della scienza, quali, l'economia, la politica, la sociologia, la psicologia. In tal senso, GUARNERI, voce «*Clausole generali*», cit., *ibidem*.

²⁸ Cfr. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Ars interpretandi*, p. 162; GUARNERI, voce «*Clausole generali*», cit., p. 406.

²⁹ Cfr. GUARNERI, *op. cit.*, p. 406, secondo il quale costituiscono esempi di clausole generali del periodo della Germania nazista il "sano sentimento del popolo", lo "spirito del popolo", la "coscienza del popolo"; invece, per quanto concerne la situazione italiana fascista due sono state le vie percorse: la politicizzazione del diritto positivo e l'inserimento tra le fonti del diritto della volontà del capo ovvero di una classe politica.

³⁰ In particolare, la recezione dei modelli pandettistici e il relativo metodo del formalismo concettuale «fu favorito dal nazionalismo fascista sia per il prestigio che ad esso derivava dal legame con la tradizione del diritto romano, sia perché il rigoroso positivismo legislativo ad esso sottostante corrispondeva all'esaltazione del concetto idealistico di Stato, caratteristico della passata dittatura». Cfr. GUARNERI, *op. cit.*, p. 406.

³¹ Tale indirizzo dottrinale minoritario aveva come modello un tipo di giurista politicamente responsabile. Cfr. GUARNERI, *op.cit.*, p. 408. Tale primigenia riflessione rappresentò la pietra angolare di uno studio approfondito delle clausole generali che avverrà a partire dagli anni '60. Studio che ha costituito «l'avventura culturale forse più attraente e fascinosa per le generazioni future che in quegli anni si affacciavano all'arengo del dibattito scientifico», secondo CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21. Tuttavia, prima dell'arrivo di quella che potrebbe definirsi una nuova primavera delle clausole generali, queste ultime hanno attraversato un nuovo periodo di forte oscurantismo, caratterizzato da un'incisiva diffidenza nei confronti dell'apporto personale dell'interprete che si è tradotta in una rinnovata celebrazione del dogma legalista e del relativo metodo formalistico.

corporativo (quali, ad esempio, il sentimento nazionale fascista, la correttezza e la solidarietà corporativa, l'ordine corporativo)³². Altre aventi un contenuto metagiuridico ma non politicizzato che, quindi, hanno resistito fino ai nostri tempi quali, ad esempio, la buona fede, la diligenza del buon padre di famiglia, il buon costume, il danno ingiusto, l'arricchimento ingiustificato, l'esatto adempimento³³. Alla base della decisione di una loro positivizzazione era l'esigenza di garantire l'adeguamento del diritto applicato alle dottrine e ai principi dell'ordinamento corporativo, mediante una loro strumentalizzazione, come si può comprendere dal tenore delle Relazioni Ministeriali ai libri del Codice Civile³⁴.

Le clausole generali in mano alla magistratura del periodo fascista avevano costituito uno strumento pericoloso, in quanto il giudice impregnava la propria attività di interpretazione di un contenuto ideologico-politico, con grave nocimento per la certezza del diritto³⁵ e, prima ancora, per la tutela dei diritti fondamentali.

La negazione aberrante dei diritti e delle libertà durante il periodo fascista, culminata con la promulgazione delle leggi razziali del 1938, fu la premessa di una nuova celebrazione del primato della legge e di una rinnovata adesione al metodo formalistico quasi che fosse rimasto incombenente il pericolo che la clausola generale potesse essere piegata al servizio dell'ordinamento corporativo, anche dopo il suo tramonto.

Così, fino agli anni '50 e '60, anche a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, si assiste ad un quasi totale disinteresse della dottrina per la teoria delle clausole generali e, in particolare, per la clausola generale della buona fede (verosimilmente per il rinvio alla "solidarietà corporativa" che essa implicitamente evocava)³⁶. Tuttavia, la rinnovata celebrazione del metodo positivo si collocava nell'ambito di una letteratura che, ormai, aveva avviato uno studio delle clausole generali.

Dalla fine degli anni '60 torna *in auge* l'interesse per le clausole generali che permane fino ai tempi attuali esaltato anche dall'incedere di un'incessante giurisprudenza in funzione paranormativa. Dunque, *dalla "fuga" dalle clausole*

³² Cfr. GUARNERI, *op. cit.*, p. 407.

³³ Cfr. GUARNERI, *op. cit.*, p. 407.

³⁴ Cfr. GUARNERI, *op. cit.*, p. 409.

³⁵ Cfr. GUARNERI, *op. cit.*, p. 408.

³⁶ Cfr. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 163.

generali si passa ad una «fuga nelle clausole generali», sull'onda di una nuova esaltazione del metodo antiformalistico anche in funzione virtù della presa di coscienza di un allargamento della teoria delle fonti, a seguito dell'entrata in vigore della Carta Costituzionale, e ad un allentamento della centralità della dogmatica.³⁷ La teoria delle fonti elaborata dalla dottrina tradizionale era apparsa insufficiente e inadeguata sia in quanto ignorava i principi della Costituzione sia in quanto non teneva conto dell'influenza esercitata dalla dottrina e dalla giurisprudenza³⁸.

È in questo momento che si inizia a ipotizzare, in dottrina, l'utilizzabilità delle clausole generali (come quella della buona fede e dell'ordine pubblico) per dichiarare la nullità di clausole contrattuali se non addirittura dell'intero contratto.

Il cambiamento di prospettiva è un effetto a scoppio ritardato dell'avvento della Carta Costituzionale, la quale rompe con effetti irreversibili il modello tradizionale della tecnica della fattispecie: i precetti costituzionali sono norme prive di fattispecie³⁹.

Anche lo spettro dell' *arbitrium iudicis* è ridimensionato, considerandosi un rischio immanente e ineliminabile presente in ogni attività interpretativa e ritenendosi che anche il Positivismo legalista, in fondo, «lascia aperta la possibilità dell'arbitrio quale è l'arbitrio rivestito dei panni della legalità».⁴⁰

Tale rinnovata attenzione della dottrina per la categoria delle clausole generali non coinvolge subito la giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, che assume un atteggiamento, se non proprio di rifiuto, di diffidenza cosicché la clausola generale continua ad essere un «*tamquam non esset*», non svolgendo ruolo alcuno all'interno dell'ordinamento giuridico⁴¹. Essa aveva individuato due metodi per neutralizzare la

³⁷ Cfr. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 4.

³⁸ Cfr. GUARNERI, voce «*Clausole generali*», cit., p. 408.

³⁹ Cfr. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, IV, p. 1119.

⁴⁰ Cfr. GUARNERI, voce «*Clausole generali*», cit., p. 408.

⁴¹ Diffidenza, che una parte della dottrina ha tanto efficacemente quanto metaforicamente definito come «fuga dalle clausole generali»: RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali* cit., p. 4. In tal senso anche RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro it.*, 1964, I, p. 1283: «i nostri giudici hanno sempre mostrato una singolare reticenza a servirsi di esso, quasi che una sorta di timidità li affligga tutte le volte che hanno a che fare con norme contenenti clausole generali». Tale contributo costituisce una nota a commento di una sentenza della Suprema Corte, la sentenza n. 357 del 16 febbraio 1963, nell'ambito della quale la Suprema Corte con riferimento alla buona contrattuale e ai suoi rapporti con il principio del *neminem laedere* ha statuito quanto segue: «i doveri generici di lealtà e di correttezza sono bensì 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 criterio di valutazione e di qualificazione 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

portata eversiva della clausola generale: 1) il primo consisteva nell'applicare la clausola generale ad un determinato caso concreto solo quando risulti già violata altra norma contemplata nel codice civile; 2) il secondo consisteva nell'applicare la norma specifica al caso concreto pur impennando la motivazione sulla clausola generale che, quindi, come sostenuto da una parte della dottrina, diventava un «paravento fittizio e sovrabbondante»⁴². In tempi più recenti, la giurisprudenza ha cambiato impostazione ricorrendo alla clausola generale in funzione di un *controllo* sul contenuto del contratto, giustificando il suo ricorso sia in un'ottica formalistica sia, più sovente, in un'ottica antiformalistica.

4. I caratteri

La teoria analitica del diritto consente di ravvisare nelle clausole generali i seguenti tratti essenziali: indeterminatezza ed elasticità⁴³.

L'*indeterminatezza* (o vaghezza socialmente tipica) esprime l'idea di un'incertezza di significato dell'enunciato, in ragione dei termini valutativi che lo compongono. Incertezza che può esser risolta previo il ricorso a criteri di giudizio giuridici o extragiuridici, anche tra loro concorrenti, che sono espressione delle tendenze di ordine morale, etico, sociale dell'identità culturale di un popolo⁴⁴.

Secondo alcuni può considerarsi un sinonimo di vaghezza, la quale esprime l'incertezza semantica di significato⁴⁵. Altra parte della dottrina ne sostiene

un'espressa disposizione di legge; pertanto, un comportamento contrario ai doveri di lealtà, di correttezza e di 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».

⁴² Cfr. GUARNERI, voce «*Clausole generali*», cit., p. 412.

⁴³ L'individuazione di questi caratteri delle clausole generali si deve ascrivere a VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, secondo cui le situazioni di incertezza non devono essere distinte in categorie (es. clausole generali, concetti indeterminati, ecc) convergendo nell'unica categoria di «causa di oscurità», indipendentemente dalla natura dell'incertezza, essendo il medesimo l'effetto finale ossia di attribuire all'interprete un aumento della discrezionalità. In relazione al tema dell'oscurità linguistica si ricorda, in questa sede, anche lo studio AINIS, *La legge oscura. Come e perchè non funziona*, Roma-Bari, 2002, p. 113, il quale con l'obiettivo (utopico) di raggiungere la certezza normativa propone delle soluzioni per contrastare la «legge oscura» ossia la legge ambigua e incoerente, la quale «si presta a essere tirata per la giacca a destra e a manca, si può farle dire tutto e il contrario di tutto, e quindi la sua conservazione di per sé mette a repentaglio la sicurezza dei rapporti giuridici, l'ordinata convivenza di una comunità sociale». L'irrinunciabilità del carattere della elasticità è sostenuto anche da LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 370.

⁴⁴ Cfr. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. 45 e ss.

⁴⁵ La vaghezza esprime l'incertezza semantica di significato dei vocaboli. In realtà, più che alla clausola generale mi pare che possa caratterizzare il concetto giuridico indeterminato. È possibile

l'autonomia, in quanto la vaghezza solleva il problema non dell'individuazione dei criteri ma del loro ambito di operatività, mentre l'indeterminatezza solleva un problema di individuazione del criterio di giudizio applicabile⁴⁶.

Tale tesi è condivisibile. Tra vaghezza e indeterminatezza può ravvisarsi una parziale sovrapposizione, nei limiti in cui entrambe esprimano l'idea dell'incertezza semantica di significato, tuttavia nel caso dell'indeterminatezza incerti sono anche i criteri di cui il giudice si avvale, disponendo l'interprete di un potere di scelta assiologica proprio per effetto dei termini valutativi in essa richiamati. Inoltre, l'indeterminatezza è il risultato di una scelta legislativa, ragion per cui alcuni la qualificano anche come «indeterminatezza intenzionale»⁴⁷. Viceversa, la vaghezza è un carattere che può riguardare ogni vocabolo.

Da qui anche l'alternativa denominazione «vaghezza da rinvio», in relazione al rinvio a criteri valutativi ulteriori ricavabili dalle c.d. scienze sociali: ad esempio, per

ravvisare, secondo Vito Velluzzi, tre diverse forme di incertezza di significato: la «vaghezza di grado», la «vaghezza combinatoria», l'«ambiguità». La «vaghezza di grado» costituisce, secondo detta dottrina, la forma di vaghezza più diffusa, in quanto relativa alle intrinseche connotazioni semantiche dei vocaboli della lingua italiana, ad eccezione di altri quali quelli numerici, quantificatori, connettivi. Si concreta nell'incertezza di applicazione di una clausola generale ad una determinata situazione di fatto che presenta elementi in parte comuni alle situazioni oggetto di sicura riconducibilità e in parte «nuovi», diversi. Metaforicamente, è come se, in una scala di colori, il singolo colore considerato autonomamente è perfettamente distinguibile dagli altri, viceversa se posto all'interno della scala sorgono difficoltà nell'individuare la linea di confine con il colore successivo. Un'altra tipologia di vaghezza è la «vaghezza combinatoria» che si ha quando la parola o l'enunciato presentano dei contenuti semantici diversi che possono combinarsi, per cui vi è una carenza di precisione che può portare ad applicare la parola o l'enunciato ad una pluralità di situazioni eterogenee ma, allo stesso, rendere incerta l'applicazione per alcuni casi residuali. La vaghezza non è "quantitativa", ma dipende dalla combinazione di caratteristiche diverse che rendono incerto la riferibilità del termine. In tal senso, egli ritiene che è «pluridimensionale». La vaghezza combinatoria solleva un problema di individuazione dei confini che approssimativamente caratterizzano un determinato campo semantico di un enunciato o una parola, in relazione alla pluralità di significati che possono ricondursi ad un determinato vocabolo. Dunque, a differenza della «vaghezza di grado», dove l'incertezza si annida su un unico criterio di applicazione, qui l'incertezza è data proprio dalla molteplicità dei criteri di applicazione. Infine, l'«ambiguità» caratterizza l'enunciato normativo che presenta contenuti interpretativi difformi tra loro. Si differenzia dalla «vaghezza combinatoria» in quanto l'ambiguità contiene una pluralità di significati diversi ma precisi, mentre la prima si traduce in un'incertezza semantica rispetto alla delimitazione di confini tra un vocabolo ed un altro e, conseguentemente, esprime un'incertezza in termini di applicazione o meno ad una determinata situazione. Si suole compiere un'ulteriore distinzione nell'ambito della categoria dell'ambiguità. Un primo sottotipo di ambiguità è definita ambiguità semantica, che si ha quando c'è un'«oggettiva incertezza tra due o più significati, distinti e specifici, in competizione tra di loro». Un secondo tipo è l'ambiguità sintattica, che non si rivela sul piano dei singoli termini ma sul piano della struttura logica degli enunciati. Cfr. VELLUZZI, *op. cit.*, p. 29 e ss.

⁴⁶ Cfr. VELLUZZI, *op. cit.*, p. 45 e ss. Tuttavia, vi è anche chi come Federico Pedrini la definisce «vaghezza da rinvio». Cfr. PEDRINI, *Le «clausole generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*, cit., p. 87.

⁴⁷ Cfr. VELLUZZI, *op. cit.*, p. 53.

le clausole come la buona fede ovvero il buon costume l'interprete non riceve un'indicazione precisa del criterio da applicare per qualificare una condotta come conforme o meno alle stesse, ma riceve solo un'indicazione indiretta consistente in un "invito" o una "delega" a enucleare la regola del caso concreto⁴⁸.

Conseguentemente le clausole generali, in ragione della pluralità di sistemi morali ed etici che caratterizzano il complesso fenomeno sociale, si rivolgono non ad un insieme di regole ma ad una molteplicità di insiemi di regole, caratterizzandosi per un rinvio ad una dimensione metagiuridica ovvero giuridica, in considerazione di parametri che sono «diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione tra di loro»⁴⁹. In questo modo, la *ratio* di una clausola generale può essere sufficientemente determinata (ossia «descritta con una certa precisione»⁵⁰), in relazione al contesto economico-sociale in cui è chiamata ad operare, ancorché la prescrizione normativa sia di contenuto generico in quanto costituisca una mera disposizione di rinvio e non descriva la regola di comportamento⁵¹.

Quanto all'*elasticità*, essa deve essere intesa come la capacità della clausola generale di estendere il proprio ambito di operatività per effetto della discrezionalità riconosciuta all'interprete, a cui è demandata l'elaborazione di giudizi di valore per il tramite di parametri extralegali che arricchiscono il tessuto normativo⁵². Infatti, la clausola generale presenta, oltre ad un nucleo individuato e certo, delle aree "grigie" suscettibili di essere ampliate o ristrette in relazione alla fisiologica evoluzione del substrato sociale: dunque, essa subisce una mutazione semantica in ragione del diverso contesto storico-temporale in cui l'interprete si trova ad operare⁵³. In questo

⁴⁸ Cfr. PEDRINI, *Le «clausole generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*, cit., p. 87-88. In via esemplificativa, tale dottrina considera la regola di seguito enunciata: è vietato ogni comportamento contrario al buon costume. Cosa debba intendersi per buon costume non è immediatamente comprensibile, in quanto l'interprete «prima di rivolgere la sua attenzione ai fatti, dovrà ulteriormente e preliminarmente prendere in considerazione l'insieme di regole cui il concetto di buon costume rinvia»; viceversa un precetto dal seguente tenore: «è vietato l'accesso ai veicoli nel parco», pone un diverso problema: ossia di individuare non i criteri valutativi ma i confini semantici del termine "veicolo" (la c.d. vaghezza).

⁴⁹ Cfr. PEDRINI, *Le «clausole generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*, cit., p. 98.

⁵⁰ Cfr. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, IV, p. 636.

⁵¹ Cfr. BELVEDERE, *op. cit.*, p. 636.

⁵² Nel senso di considerare la flessibilità un tratto essenziale della clausola generale, sempre VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. 71. Vedere anche AIELLO, *La discrezionalità del giudice civile nell'applicazione della legge*, in *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, a cura di BESSONE, Torino, 1997, p. 86.

⁵³ Di diverso avviso è FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards valutativi» e principi generali dell'ordinamento*, cit., p. 3558, il quale mi pare riferisca

senso, si è detto che le clausole generali sono «doppiamente elastiche»: 1) sia per l'indeterminatezza del significato degli enunciati, da cui dipende il tipo di criterio utilizzato; 2) sia per l'indeterminatezza del criterio, il cui contenuto può variare nel tempo⁵⁴.

5. La struttura e l'inferenza

Le clausole generali configurano delle *norme incomplete*, in quanto prive di fattispecie, dipendendo, l'enucleazione della regola, dalla scelta assiologica compiuta dall'interprete e dal contesto fattuale in cui sono inserite: in tal senso sono chiamate «norme di direttiva»⁵⁵. Pertanto, è erroneo qualificarle come norme generali.

Le norme generali sono complete in quanto la loro struttura si compone di una fattispecie e di un comando. Quindi, esse contengono regole suscettibili di applicarsi ad una serie di casi.⁵⁶

Tale diversità strutturale è il riflesso della particolare tipologia di tecnica legislativa adottata: ossia di tipo *sintetico*. Essa si contrappone a quella analitica o regolamentare, che consiste nella tipizzazione di ipotesi in modo definito⁵⁷.

Sebbene detta tecnica sintetica sia comune per le disposizioni a fattispecie - specie ove esse contengano un concetto giuridico indeterminato - sia per le clausole generali, nel primo caso l'enunciato normativo appare immediatamente descrittivo, in quanto è completo (fattispecie + comando) mentre nel caso della clausola generale i relativi termini presentano un contenuto qualificatorio (o valutativo) ovvero anche descrittivo ma comunque non immediatamente precettivo, in quanto vi è solo un "comando" (senza fattispecie)⁵⁸. Essa racchiude nella formula linguistica una delega all'interprete che deve provvedere alla concretizzazione del suo contenuto affinché il

la distinzione tra area grigia e nucleo certo di significato ai concetti giuridici indeterminati e non alle clausole generali.

⁵⁴ Cfr. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. 72.

⁵⁵ Cfr. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 11.

⁵⁶ Cfr. MENGONI, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁷ Cfr. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., p. 94.

⁵⁸ Ai fini di una migliore comprensione della differenza intercorrente tra elemento descrittivo e valutativo può portarsi l'esempio della clausola generale del danno ingiusto *ex art. 2043 cc.* Ci si potrebbe domandare se il medesimo presenti un carattere descrittivo o qualificatorio. Si ritiene che, poiché nell'ambito della sistematica del codice non vi è una definizione di ingiustizia, si deve escludere la valenza del termine come descrittivo. Ne deriva che se ne deve affermare la natura qualificatoria/valutativa. Tra coloro che sostengono la natura di clausola generale dell'art. 2043 si ricordano, senza pretese di esaustività: VISINTINI, *Il danno ingiusto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 177; ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979; FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, Bologna, 1993; SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 336.

medesimo sia relativizzato con riguardo alle peculiarità fattuali del singolo caso⁵⁹.

Dunque, a differenza della disposizione a fattispecie, la clausola generale, in relazione al rinvio ai valori che essa sottintende, non appare un valido presidio alla certezza del diritto. Infatti, alla positivizzazione di regole metagiuridiche che hanno una matrice assiologica si accompagna inevitabilmente, di volta in volta, l'insorgenza di interrogativi di rigore metodologico e di coerenza sistematica, che variano in base al contesto socio-culturale di riferimento e che la dottrina e la giurisprudenza approcceranno diversamente, con la consapevolezza di non poterli risolvere definitivamente.

Tanto premesso, ci si chiede quale sia la logica inferenziale che regola la loro applicazione. Pur non essendo, almeno immediatamente, ravvisabile nella clausola generale una premessa maggiore, una premessa minore e una conclusione, si ritiene che il tipo di inferenza sia la stessa delle norme a fattispecie, ossia la *deduzione*.

Il *modus procedendi* utilizzato dall'interprete presenta una particolarità rispetto al sillogismo normativo che caratterizza le disposizioni a fattispecie, dovendosi parlare al riguardo di «integrazione valutativa», che consiste nella scelta del criterio di giudizio operata dall'interprete per individuare la regola del caso concreto⁶⁰. Infatti, le clausole generali, quali viatici per l'ingresso di regole metagiuridiche, presentano «un'eccedenza di contenuto assiologico»⁶¹ e, quindi, sollevano il problema della «fondabilità conoscitiva dei valori»⁶² e dell'individuazione del "materiale" cui attingere per l'enucleazione di dette regole "specifiche".

Pertanto, i valori sembrano costituire, al tempo stesso, sia il "materiale" a cui si ricorre nell'ambito del procedimento di integrazione valutativa (che una parte della dottrina accosta a quello di matrice tedesca: la c.d. "*drittwirkung mediata*"⁶³) sia il *limite*, volto a scongiurare che la discrezionalità giudiziale si trasformi in arbitrio.

Ciò premesso, preme evidenziare come dall'attribuzione alla clausola generale

⁵⁹ Le clausole generali costituiscono «una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto»: MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 10, secondo cui la clausola generale della buona fede, ad esempio, «non è, se non in senso quanto mai lato, applicazione della legge; è, propriamente, applicazione di *regulae iuris* create dal giudice, a ciò abilitato dalla legge».

⁶⁰ Cfr. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. 63; PEDRINI, *Le «clausole generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*, cit., *passim*.

⁶¹ Cfr. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 546.

⁶² Cfr. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 15.

⁶³ Cfr. MENGONI, *op. cit.*, p. 6.

di una logica inferenziale di tipo deduttivo consegue la sua sussunzione sotto lo schema del sillogismo giudiziale⁶⁴.

L'applicabilità sillogistica della clausola generale solleva il problema del suo rapporto con il ragionamento giuridico. In particolare, ci si chiede se il sillogismo debba riferirsi ad un c.d. «*ragionamento decisorio*» ovvero ad un «*ragionamento giustificativo*», intendendosi, rispettivamente, con il primo il percorso mentale seguito dall'interprete e con il secondo il ragionamento estrinsecato nella motivazione contenuta in sentenza.⁶⁵ Coloro che riferiscono il sillogismo al ragionamento decisorio negano l'applicazione sillogistica della clausola generale, ritenendo non possibile "pensarla" in termini di sillogismo⁶⁶. Coloro che riferiscono il sillogismo al ragionamento giustificativo, ossia alla motivazione dell'interprete, affermano l'applicazione sillogistica della clausola generale⁶⁷.

Si condivide la tesi che riferisce il sillogismo giuridico al ragionamento giustificativo, che poi è l'unico realmente controllabile *a posteriori*, sicché occorre chiedersi se la controllabilità della motivazione - per il tramite del sillogismo - riguardi sia il suo profilo *interno* che quello *esterno*. Quanto al profilo interno, ossia quello concernente il rapporto tra premessa maggiore, premessa minore e conclusione, l'applicazione del sillogismo non solleva particolari dubbi, essendo idoneo a garantire la giustificazione interna della motivazione⁶⁸. Perplessità possono emergere, invece, con riguardo al profilo esterno della motivazione, riguardante la relazione tra premessa maggiore e passaggi giustificativi successivi⁶⁹. Infatti, posto che la clausola generale presenta dei termini valutativi, la determinazione della premessa maggiore richiede l'individuazione del parametro e del suo contenuto, entrambi indeterminati⁷⁰. Problemi non si pongono quando il parametro in questione è anche giuridico, in quanto la coerenza tra la premessa maggiore e i successivi passaggi si risolve in un'interpretazione di norme giuridiche⁷¹. Viceversa difficoltà possono emergere quando il parametro è extragiuridico in quanto è intrinseco nel carattere assiologico dei "valori" un margine di discrezionalità non sindacabile, essi

⁶⁴ In tal senso VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. 81.

⁶⁵ Cfr. VELLUZZI, *op. cit.*, p. 83.

⁶⁶ Cfr. VELLUZZI, *op. cit.*, *ibidem*.

⁶⁷ Cfr. VELLUZZI, *op. cit.*, *ibidem*.

⁶⁸ Cfr. VELLUZZI, *op. cit.*, p. 86.

⁶⁹ Sempre VELLUZZI, *op. cit.*, p. 87.

⁷⁰ Cfr. VELLUZZI, *op. cit.*, *ibidem*.

⁷¹ Cfr. VELLUZZI, *op. cit.*, *ibidem*.

mutando insieme al contesto storico- politico in cui si trovano ⁷².

6. *Segue. Le affinità strutturali (o funzionali?) con le altre categorie*

Al fine di comprendere la portata operativa della clausola generale, si rende necessario porla a confronto con altre categorie (apparentemente) affini su un piano dogmatico. Orbene, esse condividono con la clausola generale una natura di incertezza, anche se quest'ultima deve essere diversamente intesa.

Il *concetto giuridico indeterminato* presenta un contenuto vago⁷³; si differenzia dalla clausola generale in quanto non è un enunciato valutativo ma un elemento della fattispecie⁷⁴. Non si condivide, dunque, quella tesi che sovrappone le due categorie dogmatiche, in relazione al carattere di indeterminatezza che le accomuna. In particolare, sulla premessa che anche le clausole generali sono mere "componenti" contenute in norma, si è sostenuto che la differenza tra le due risieda nella circostanza che i concetti giuridici presentano un'indeterminatezza linguistica, mentre le clausole generali un'indeterminatezza di valore; tali tipologie di indeterminatezza sono destinate a completarsi vicendevolmente, «concetti indeterminati e clausole generali, forse distinguibili *ex latere legislatoris*, perdono la loro diversità nel momento dell'applicazione»⁷⁵.

Questa ricostruzione non è condivisibile in quanto finisce per ridurre tutte le problematiche ad un piano meramente interpretativo, posto che la principale differenza con i concetti indeterminati risiederebbe nella sola diversità di ampiezza del potere attribuito al giudice.⁷⁶

In realtà, la diversità non opera ad un livello interpretativo ma ad un *livello strutturale*⁷⁷. In particolare, si ritiene che le clausole generali non possano considerarsi mere componenti di una disposizione in quanto accentrano su di sé tutto

⁷² Cfr. VELLUZZI, *op. cit.*, p. 88.

⁷³ Un esempio di concetto giuridico indeterminato è l'intollerabilità *ex art. 844 c.c.* Infatti, il giudice nel valutare la tollerabilità o meno dell'immissione, e quindi nel procedere al bilanciamento tra valori contrapposti, dovrà operare tenendo in considerazione gli specifici criteri tecnici generalmente contenuti in atti amministrativi quale, ad esempio, il Regolamento di polizia urbana.

⁷⁴ In tal senso BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, cit., p. 632.

⁷⁵ Cfr. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 24, secondo cui si esclude la possibilità di distinguere tra queste due tipologie di indeterminatezza, ciascuna trovando la propria ragion d'essere nell'altra.

⁷⁶ Cfr. CASTRONOVO, *op. cit.*, *ibidem*; ID., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979.

⁷⁷ In tal senso anche BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 16, che distingue le due categorie.

il significato della medesima. D'altra parte, è anche erroneo attribuire al concetto giuridico indeterminato il carattere di indeterminatezza. Infatti, il medesimo è pur sempre contenuto in una disposizione a fattispecie, sicché appare più pertinente parlare di *vaghezza* con riguardo ai termini che lo compongono e di *generalità* con riguardo alla disposizione in cui esso è contenuto. La generalità è un carattere della tecnica legislativa per fattispecie ed esprime l'attitudine della fattispecie astratta ad essere replicata *in rerum natura* per un numero indefinito di volte. Invece, l'indeterminatezza è un tratto tipico della tecnica legislativa per clausola generale: quindi, il relativo attributo "generale" non deve trarre in inganno in questo senso⁷⁸.

Il carattere incompleto che caratterizza la costruzione delle clausole generali porta ad accostarle ai *principi generali* dell'ordinamento, questi ultimi condividendo con esse la funzione di "*filling gap*" avuto riguardo all'analogia *iuris ex art.* 12 Preleggi⁷⁹.

In particolare, si è posto il problema di una sovrapposizione tra clausole generali e principi generali⁸⁰. Si preferisce la tesi che nega una loro sovrapposizione in quanto la circostanza che la clausola generale si compone di termini valutativi non è sufficiente a giustificarla⁸¹. Anche la concretizzazione del principio generale passa per l'aggiunta di ulteriori premesse, variabile in base al tipo di fattispecie in cui si inserisce. Tuttavia il grado di astrazione è massimo e resta tale anche successivamente alla sua interpretazione⁸². Pertanto, il principio generale è

⁷⁸ Parla di indeterminatezza e di vaghezza come sinonimi, invece, ROSELLI, *Il controllo della Cassazione Civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, p. 171.

⁷⁹ In dottrina si sono individuati due varianti di principi: 1) i principi assiomatici, che costituiscono la premessa maggiore del sillogismo: si distinguono ulteriormente a seconda che siano o meno soggetti al bilanciamento (con il limite di quelli contenenti diritti fondamentali, non bilanciabili.; 2) i principi dialettici (derivanti da massime di esperienza), che sono tecniche di argomentazione. Cfr. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 10; ID., *Principi generali del diritto e scienza giuridica*, in: AAVV, *Principi generali del diritto*, Roma, 1992, p. 317.

⁸⁰ Cfr. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. 89, ma ancor prima RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 721, secondo cui «le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi», sancendo un primato gerarchico dei principi sulle clausole generali ancora oggi sostenuto dalla dottrina prevalente come FABIANI, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, IV, 2004, p. 592, secondo il quale i principi generali sono direttive di cui l'interprete si avvale per concretizzare le clausole generali e i concetti giuridici indeterminati. Invece, con riguardo alle norme generali, in dottrina si è osservato che l'indeterminatezza non concerne la fattispecie ma proprio «la risposta dell'ordinamento, cioè il criterio valutativo di fatti e norme»: cfr. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in Atti del Convegno, II Convegno Nazionale, Roma, 11 e 12 Febbraio 2011 e in *Riv. crit., priv.*, 2011, p. 345. cit, p. 367.

⁸¹ Cfr. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. 89.

⁸² Si prenda a titolo di esempio il risarcimento del danno biologico. Esso non trova fondamento

suscettibile di applicazione diretta al caso concreto mediante una mera operazione ermeneutica: per intendersi non viene calato nella fattispecie concreta per il tramite di altre regole⁸³. Questo perché l'applicazione del principio generale risponde ad un'inferenza induttiva.

Le clausole generali, invece, sono disposizioni che contengono in sé norme generali e astratte, che il giudice deve estrarre deduttivamente dalla loro interpretazione. Quindi, esse non si applicano direttamente ma tramite dei "canali normativi", regole elaborate dal giudice «che descrivono casi e comportamenti»⁸⁴: gli *standards*.

esplicito nell'art. 2059 c.c.. Così, la giurisprudenza di legittimità, in passato, ha ritenuto che la lacuna dell'ordinamento potesse essere colmata ricorrendo al principio generale di tutela della salute espresso dall'art. 32 Cost.. In questo caso, il principio si pone in un rapporto di integrazione con la clausola generale dell'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c., nella misura in cui ne costituisce un parametro di riferimento per il giudice nel procedimento di concretizzazione della clausola, consentendogli di individuare una regola specifica. Questo orientamento è stato superato da uno successivo, oggi dominante, secondo cui è sufficiente procedere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. (senza chiamare in causa l'art. 2043 c.c.). Le pronunce che possono considerarsi tappe di questo cambiamento sono: CORTE COST., 11 Luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, I, c.2272; CASS. 31 Maggio 2003, n. 8827 e n. 8828, (in *Contr e impr.*, 2003, p. 1217; CASS., sez. un., 11 Novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Giur. it.*, 2009, p. 317. Cfr. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, a cura di CABELLA PISU e NANNI, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, p. 91 e ss.:«supponiamo di convenire che, malgrado le apparenze, il cosiddetto 'danno biologico' non costituisca un danno non patrimoniale ai sensi dell'art. 2059 c.c., e che, pertanto, il codice civile non detti disciplina alcuna intorno alla risarcibilità del danno biologico. Se ne può concludere che il codice civile presenti una lacuna. Come colmarla? Si può ritenere che la lacuna debba essere colmata facendo ricorso al principio di tutela della salute (art. 32 Cost.). Ma è evidente che tale principio non è per sé sufficiente a risolvere alcuna controversia in materia, poiché nulla dice intorno alla risarcibilità del danno biologico. Si può usare il principio in questione per risolvere una controversia in materia di danno biologico, solo a condizione di ricavare da esso una norma particolare (implicita), idonea, essa sì, a colmare la lacuna e a regolare la fattispecie di cui si cerca la disciplina».

Inoltre tale logica può essere suscettibile di ulteriori variazioni a seconda che ci troviamo di fronte ad un principio espresso, ossia esplicitamente enunciato nell'ambito di una disposizione normativa, ovvero ad un principio inespresso o implicito, non esplicitamente enunciato e, quindi, costruito dall'interprete e considerato immanente al sistema, come ad esempio, il principio di certezza del diritto. Sempre GUASTINI, *op. cit.*, p. 92 e ss. Sul punto, detta dottrina individua due diverse tecniche di concretizzazione dei principi generali: 1) considerando la *ratio* della disposizione 'specificata'; 2) partendo da un altro principio generale espresso. Ad esempio, il principio di protezione del minore che è inespresso si ricava dal principio espresso dell'interesse del minore, espresso all'art. 316 c.c., anche se vi è chi considera "l'interesse del minore" non un principio ma una clausola generale. Cfr. ARRIGO, *Interesse del minore con riguardo alla protezione del patrimonio*, a cura di CABELLA PISU e NANNI, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, cit, p. 200 e ss.

⁸³ Come nota anche BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, cit., p. 640.

⁸⁴ Cfr. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, cit., p. 640.

7. La "sostanza" delle clausole generali

Si è detto che per concretizzare le clausole generali è necessario ricorrere a dei parametri giuridici ovvero extragiuridici, i quali consentono l'ingresso nell'ordinamento giuridico di sistemi valoriali, per il tramite degli *standards*⁸⁵.

Detti parametri sono i *valori*, intesi come "oggettività ideali": essi costituiscono il "materiale" cui l'interprete attinge per la concretizzazione della clausola generale⁸⁶. Essi non possono essere oggetto di conoscenza diretta ma solo indiretta, che si esprime tramite modelli comportamentali o *standards* - «le c.d. idee di valore che si formano nello spirito umano»⁸⁷ - che il giudice traduce in una «norma di decisione»⁸⁸. Gli *standards* integrano, dunque, per usare le parole di celebre dottrina, «i comportamenti, le opinioni e le aspettative sociali» che il giudice utilizzerebbe come «parametri di valutazione normativa»⁸⁹. Sono i paradigmi sociali di riferimento, i tipi assiologici utili all'interprete per individuare la regola da applicare nel caso concreto⁹⁰. Un esempio. Le regole comportamentali ispirate alla buona fede - che integrano i relativi modelli comportamentali - non sono scritte. Sono regole che implicano una valutazione estesa al contesto economico-sociale in cui si inserisce un determinato negozio giuridico che, quindi, comprende anche - ma non solo - la prassi commerciale⁹¹.

⁸⁵ In tal senso è orientata parte della dottrina come RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1284; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 134.

⁸⁶ Cfr. PEDRINI, *Le «clausole generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*, cit., p. 101, secondo il quale «lo *standard* richiamato dalle clausole generali rappresenterebbe viceversa una categoria di regole (modelli di comportamento), per così dire ontologicamente soggettiva, non tanto perché soggettivamente ricostruita (sotto il profilo epistemologico), quanto piuttosto perché la sua stessa sostanza verrebbe direttamente a dipendere da (o addirittura a coincidere con) quello specifico insieme di atti in cui si sostanzierebbero le valutazioni sociali». L'opportunità di un'indagine concernente il rapporto clausole generali e valori è sostenuta anche da MAZZAMUTO, *Il rapporto tra clausole generali e valori*, in *Giur. it.*, 2011, p. 7, che offre una panoramica delle diverse visioni dottrinali con riguardo alla natura intrasistemica ovvero extrasistemica delle clausole generali.

⁸⁷ Cfr. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 15.

⁸⁸ Cfr. MENGONI, *op. cit.*, *ibidem*.

⁸⁹ Cfr. MENGONI, *op. cit.*, p. 12, il quale definisce gli *standards* come «tipi sociali», come «comportamenti, opinioni, aspettative sociali da essa (ndr la clausola generale) indicati al giudice quali parametri di valutazione normativa». Data la mutevolezza delle regole sociali nel corso del tempo non è possibile che la clausola generale contenga dei meri rinvii recettivi alle medesime, non concretandosi la funzione ermeneutica del giudicante in una mera attività ricognitiva.

⁹⁰ Cfr. MENGONI, *op. cit.*, p. 12. Il rapporto tra clausola generale e *standards* è affrontato in modo approfondito anche da PEDRINI, *Le «clausole generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*, cit., p. 98.

⁹¹ Cfr. BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, p. 241 e ss., sostiene che «il parametro con cui deve essere apprezzata la condotta delle parti perché sia

I valori costituiscono, dunque, un faro per l'interpretazione delle clausole. Tuttavia, questo non si ritiene sufficiente a neutralizzare rischi di incertezza del diritto in relazione alle modalità di applicazione da parte del giudice nell'era che una parte della dottrina definisce "Politeismo dei valori".⁹²

In questa prospettiva non sembra potersi più guardare al diritto civile come ad un *corpus* unico - rappresentato dal codice civile - perfetto e chiuso in sé stesso (non essendolo più), bensì rilevando, oggi più che mai, come un *corpus multidisciplinare* - rappresentato dal codice civile e da numerose leggi speciali - che "vive" delle interrelazioni con le carte dei valori, nazionale ed europee, e con la *lex mercatoria*.

A conferma della validità dell'impostazione valoriale si evidenzia, al riguardo, che i "valori" cui le clausole rinviano non sono stati riformulati dal legislatore, risultando semplicemente *posti*. Del resto, se il legislatore avesse individuato più o meno marcatamente il loro significato contenutistico non si sarebbero sollevate tante perplessità intorno alle stesse. Invece, siamo di fronte a dei valori assiologici che il legislatore ha mutuato da altri ordinamenti extragiuridici, senza prima procedere ad una loro rielaborazione. Ad esempio, in nessuna parte del codice è contenuta una definizione legislativa di buona fede, sicché è inevitabile guardare al relativo sistema meta-giuridico di riferimento (culturale, morale, ecc.) per riempirla di contenuto.

Al tema del rapporto clausole generali - valori è collegato quello della conflittualità tra valori. Infatti, è in tale conflittualità che si annidano le incertezze del diritto per i destinatari delle norme quando essi non sono in grado di prevedere *ex ante* le relative modalità di applicazione giudiziale. In materia contrattuale, e su questa materia, per ragioni di economia e di opportunità, si soffermerà esclusivamente l'attenzione, il conflitto che più di tutti crea problemi di incertezza del diritto è quello tra solidarietà sociale (art. 2 Cost.) e libertà contrattuale (art. 41 Cost.).

In ogni settore dell'ordinamento giuridico è dato rilevare la presenza di clausole generali. Si ritiene, tuttavia, di focalizzare l'attenzione su quelle che

considerata rispondente al canone della buona fede, può essere accettabile se fa riferimento agli *standards* sociali, concordemente accettati, e che si ispirano ad un senso etico della società, dei costumi e della pratica commerciale, quali si traggono dalle direttive di fondo dell'ordinamento, considerato nel suo insieme e nella tradizione culturale in cui si inserisce la nostra civiltà».

⁹² La formula "Politeismo dei valori" risale a Max Weber, un filosofo ed economista tedesco che la utilizzò, nel 1917, in una notissima conferenza "L'etica della responsabilità". Per approfondimenti si rinvia a WEBER, *Il politeismo dei valori*, Milano, 2010.

consentono di compiere un'analisi comparatistica nella prospettiva dell'uniformazione europea. Si tratta di clausole generali che, quindi, concernono essenzialmente la materia del diritto contrattuale. Esse rivestono preminente rilevanza nell'ambito del diritto contrattuale europeo, in quanto principali strumenti euristici di armonizzazione.

SEZIONE 2

AUTONOMIA CONTRATTUALE *VERSUS* GIUSTIZIA CONTRATTUALE

1. L'omeostaticità delle clausole generali e l'autonomia privata

Al di là della qualificazione dogmatica, che pure conserva la sua utilità nella misura in cui è consentito di individuare i tratti essenziali della clausola generale e di tracciare delle differenziazioni rispetto ad altre categorie dogmatiche, assume preminente rilievo comprendere, in generale, il rapporto esistente tra clausola generale, ordinamento giuridico e attività giurisdizionale.

Orbene, premesso come il potere correttivo del giudice si esplica per effetto dell'interpretazione e conseguente applicazione delle clausole generali nei rapporti interprivati, è evidente come tale interrogativo si colleghi al preliminare problema dell'ammissibilità degli interventi giudiziali sul contenuto del contratto che, di regola, trova la sua forza motrice in un principio di giustizia contrattuale, la cui definizione appare tanto ardita quanto inevitabile nel corso di questo studio⁹³.

Anticipando fin da adesso come l'ammissibilità dell'intervento del giudice sul contenuto del contratto dipenda dall'indagare la natura delle clausole generali come "strumenti di giustizia contrattuale", si ritiene opportuno compiere una

⁹³ Sul tema della giustizia contrattuale la dottrina è vastissima. *Ex multis*: BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006; ID., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, a cura di MAZZAMUTO, in *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002; ID., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 33 e ss.; CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, Enc. del dir., VII, 2014, p. 448 e ss.; CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, IV, p. 831.; CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984; COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659; D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, Torino, 2004; DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, III, p. 797; ID., *Giustizia individuale o sociale: forse una falsa alternativa, Persona e mercato*, 2013, II, p. 130; GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 599 e ss.; NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010; NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.* 2006, p. 411 e ss.; PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 647-657; PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2015, II, p. 233-293; RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975; RICCIO, *Controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 939-943; ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 599 e ss.; SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007; SMORTO, *La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, p. 219. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, p. 53 e ss.

considerazione di fondo che vale come premessa logica di tutto il ragionamento a seguire.

Le clausole generali non dovrebbero considerarsi come «concetti essenzialistici» ossia come concetti il cui contenuto sia predeterminato *a priori* e, quindi, cristallizzato secondo determinati parametri⁹⁴. Al contrario, si ritiene preferibile inserirli in un'ottica dinamica, considerandoli come «concetti funzionali», il cui contenuto prescrittivo è variabile in quanto dipendente dal tipo di criticità che, di volta in volta, la clausola generale è chiamata a risolvere⁹⁵. In questo senso le clausole generali si configurano come «norme di pura opinione»⁹⁶ o, meglio, come «strumenti omeostatici» che svolgono la funzione di garantire un equilibrio tra ordinamento giuridico e realtà, neutralizzando il rischio di delegittimazione connesso alla tecnica della fattispecie⁹⁷.

Dunque, proprio la natura delle clausole generali, quali strumenti di semplificazione della realtà fenomenica, rende inopportuna ogni predeterminazione "rigida" del loro contenuto prescrittivo, per esser la realtà fenomenica in continuo divenire e, con essa, l'emersione di nuove criticità e interrogativi che sono (e

⁹⁴ La tesi secondo la quale le clausole generali non devono considerarsi come «concetti essenzialistici» è riportata da: BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit. p. 184. Si ritiene che il considerarle in questo modo porta ad esasperare la loro portata assiologica, con l'effetto che le stesse presenterebbe un contenuto cristallizzato in funzione del «valore prescelto». Questo modo di procedere solleva delle perplessità non essendo cristallizzabile la realtà sociale che, anzi, muta di continuo.

⁹⁵ Cfr. sempre BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 185, secondo il quale sono concetti funzionali «le cui determinazioni prescrittive dipendono dal punto di vista secondo il quale, volta a volta, l'ordinamento ha selezionato la complessità sociale da affrontare e risolvere».

⁹⁶ Cfr. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 184. La qualificazione delle clausole generali come «norme di opinione» è di conforto alla tesi che respinge ogni fossilizzazione di sorta in merito al contenuto delle clausole generali. In questo senso l'espressione «norme di opinione» può considerarsi equivalente a quello di «norme in bianco» pure di frequente utilizzata in dottrina. Sul punto, si rinvia a PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, p. 70; anche Aurelio Gentili parla delle clausole generali come di un «assegno in bianco»: GENTILI, Prefazione, VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. 17. Ancora si rinvia a: FORCELLINI, IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, p. 395; PEDRINI, *Le «clausole generali». Profili teorici e aspetti costituzionali*, cit., p. 36.

⁹⁷ Cfr. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in *Lezioni sul contratto*, a cura di ORESTANO, Torino, 2009, p. 103, secondo il quale, dunque, la funzione delle clausole generali non è tanto (o comunque non solo) "diacronica", di adeguamento in funzione evolutiva dell'ordinamento per garantirne l'aderenza alla realtà, quanto "sincronica", quali strumenti mediante i quali assumono rilevanza contestualmente valori diversi. Molto efficace è anche la definizione di LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 1115: «dispositivi di adattamento delle norme ordinarie alla specificità del caso individuale»; ID; *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. Riflessioni sul metodo*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 322.

saranno) al centro del pensiero giuridico di ogni tempo e che l'interprete è (e sarà) chiamato ad affrontare⁹⁸.

L'analisi del rapporto tra clausole generali e giustizia contrattuale impone, altresì, di compiere delle precisazioni in tema di autonomia contrattuale in quanto la prima clausola generale che viene invocata quando si controverte in tema di potere correttivo del giudice e di giustizia contrattuale è la buona fede. Buona fede che, da sempre, porta l'interprete a confrontarsi, oltre che con la legge, anche e soprattutto con l'autonomia privata - o meglio con l'autonomia contrattuale⁹⁹.

Sebbene in passato si sia consumato un importante dibattito in ordine alla natura dell'autonomia privata come diritto fondamentale dell'uomo, ormai sia la dottrina che la giurisprudenza tendono ad attribuirle la valenza di diritto fondamentale, pur restando ancora divise sull'individuazione del suo fondamento normativo¹⁰⁰.

⁹⁸ Cfr. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 185. In questo senso si è espresso anche ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, p. 170.

⁹⁹ La questione è stata affrontata efficacemente da D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, cit., a cui si rinvia per approfondimenti.

¹⁰⁰ Appare utile, prima ancora di individuare il c.d. fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale, spiegare che cosa si intenda per "autonomia negoziale", rispetto alla quale l'autonomia contrattuale si pone in rapporto di *species* a *genus*. L'autonomia negoziale si concreta nel potere attribuito ad un soggetto di stipulare negozi giuridici mentre l'autonomia contrattuale consiste nel potere attribuito alle parti di autoregolamentare i propri interessi e comprende anche la libertà (negativa) di non stipulare alcun contratto. Si rinvia per approfondimenti a RESTA, voce «Autonomia contrattuale e diritti della personalità», in *Digesto VIII ed.*, disc. priv., sez. civ., I, Milano, 2013; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 37, secondo cui l'autonomia contrattuale si fonda sul principio dell'accordo e, dunque, sulla volontà delle parti che è «fondamento e sostanza del contratto». «Proprio perché fondato sulla volontà, il contratto è anche espressione di libertà ... (*omissis*) ... dire che le parti sono libere di decidere se e in che modo le proprie sfere giuridiche abbiano ad essere incise dal contratto: significa evocare il principio di libertà (autonomia) contrattuale». L'autonomia negoziale è, secondo Pietro Rescigno, «formula genericamente usata per indicare qualcosa che trascende il confine del contratto; ...(*omissis*)... parlare di autonomia negoziale significa evocare una figura concettuale che è servita sia alla dottrina che alla pratica per dare ordine e per sistemare la materia che si colloca al di là del contratto e coincide con la nozione di negozio giuridico». Egli considera, inoltre, come il termine "autonomia" nel diritto civile coincida con quello di autonomia contrattuale, essendo l'art. 1322 c.c. unica norma che menziona l'autonomia nel diritto civile. Ciò in ragione della circostanza che il contratto rappresenta la figura più diffusa e «più statisticamente utilizzata» nella prassi dei traffici commerciali. Cfr.: RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Riv., crit. dir. priv.*, 2012, p. 15 e ss. In tema di autonomia negoziale e contrattuale la letteratura è vastissima. Si richiamano tra i tanti: CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., p. 831; MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 365.; ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 37; SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, p. 235.; SCHLENSINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. ital.*, 1999, p. 231.; SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 263. Dunque, se tradizionalmente la libertà contrattuale è stata studiata nei suoi rapporti con la legge, nel senso che oggetto di interesse da parte degli iusprivatisti

Infatti, manca una norma di copertura specificatamente rivolta all'autonomia negoziale in Costituzione, ragion per cui una parte della dottrina ne negava il valore di diritto fondamentale, ritenendo che non avesse rango costituzionale l'autonomia contrattuale come tale ma ciò che ne costituisce l'oggetto¹⁰¹.

Invece altri indirizzi dottrinali hanno cercato di individuarne un fondamento costituzionale, elevandola a vero e proprio diritto di libertà ovvero ravvisando un suo indiretto riconoscimento nel 118 Cost.¹⁰². Altri ancora hanno ritenuto che tale fondamento vada rintracciato all'art. 3 Cost. in quanto costituisce quel mezzo di cui l'individuo si avvale per consentire - così parafrasando l'art. 3 Cost. - un pieno sviluppo della sua persona e la sua partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese¹⁰³. Alcuni ritengono, invece, che il fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale sia integrato dagli artt. 41 e 42 Cost.¹⁰⁴.

è stato essenzialmente il rapporto tra contratto e legge («il rapporto tra autonomia e ordinamento, cioè a dire tra volontà del privato e volontà della legge, nel senso di accertare come, quando e a quali condizioni i privati possono giuridicizzare una data operazione economica»: vedere GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 781), i termini del problema, oggi, sono cambiati. O meglio un termine della relazione è cambiato rilevando la relazione tra autonomia negoziale e potere correttivo del giudice.

¹⁰¹ Le varie posizioni tra coloro che hanno negato un rilievo costituzionale all'autonomia privata condividono una premessa di fondo. La libertà contrattuale non può avere rango costituzionale in quanto trova fondamento nella legge, alla quale esclusivamente spetta il compito di determinarne i confini in ragione della tutela dei principi costituzionali. Pertanto si è rilevato come oggetto di tutela costituzionale non sarebbe l'autonomia come tale ma l'oggetto di quella autonomia quale, ad esempio, l'iniziativa economica ovvero il diritto di proprietà (come esplicitamente risultante dagli artt. 41 e 42 Cost.).

¹⁰² Si rinvia per approfondimenti a RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, cit., p. 16 e ss., il quale, compiendo una ricognizione storica, osserva che il termine "autonomia" in Costituzione ha assunto una diversa accezione dopo la modifica del Titolo V della Costituzione per effetto della Riforma del 2001. Prima del 2001, l'autonomia era intesa quale autonomia pubblica così riguardando il tema del decentramento amministrativo. Dopo la modifica del Titolo V della Costituzione il termine autonomia ha acquisito un nuovo significato in quanto ai sensi dell'art. 118 Cost. gli enti pubblici territoriali devono favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, quali singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale. Tale autonomia coinciderebbe con la figura concettuale dell'autonomia negoziale in quanto anche la p.a. si avvale di negozi giuridici. Ne consegue che il fondamento è dato dall'art. 118 Cost.

¹⁰³ In tal senso è orientato anche BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 30, secondo cui il fondamento costituzionale dell'autonomia privata è dato dall'art. 3, co. 2°, Cost., in base al quale la Costituzione garantisce «la libertà effettiva di esplicazione della personalità umana» e nei rapporti sociali «il soggetto esplica la propria personalità principalmente mediante rapporti socialmente garantiti, cioè giuridici».

¹⁰⁴ Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 793 e ss., che ritiene che il fondamento dell'autonomia contrattuale debba essere ravvisato agli artt. 41 e 42 Cost. anche se si tratta di un riferimento indiretto. Oggetto di tutela immediata di tali previsioni costituzionali sono, rispettivamente, l'iniziativa economica privata e la proprietà. Tuttavia, queste ultime si trovano in un rapporto simbiotico con l'autonomia privata, nel senso che «ogni limite posto dal legislatore alla prima», ossia all'autonomia contrattuale, «si risolve in un limite alla seconda (nda ossia all'iniziativa economica privata e alla proprietà) e come tale è legittimo solo se in armonia con quanto previsto dall'art. 41 co. 2 e 3 Cost.» ossia con la funzione di utilità sociale.

Infine, secondo altri, occorre guardare all'art. 2 Cost., rientrando la nozione di autonomia negoziale tra i “diritti inviolabili dell'uomo”¹⁰⁵.

2. La giustizia contrattuale: definizione e funzione

Si è detto che il tema della giustizia contrattuale assume particolare pregnanza quando si lega a quello delle clausole generali e tra queste, soprattutto, alla clausola della buona fede. Esso, sganciato dalle clausole generali, finirebbe per assumere una portata esclusivamente ideologico-assiologica e, come tale, inconsistente nell'ambito di uno studio di diritto civile, dove un giudizio di valore (di tipo etico, morale, ecc.) per assumere rilevanza necessita di un «puntello normativo» al quale agganciarsi¹⁰⁶.

La giustizia contrattuale costituisce oggi un tema di grande attualità nel dibattito scientifico¹⁰⁷ in ragione della circostanza che investe una delle tematiche più

Conseguentemente, si sono sviluppati importanti studi in tema di funzionalizzazione sociale dell'autonomia contrattuale e, quindi, in tema di rapporto tra intervento giudiziale e principio di intangibilità della *lex contractus*.

¹⁰⁵ Cfr. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, p. 1. Tra coloro che individuano nell'art. 2 Cost. il fondamento dell'autonomia privata si ricorda PARDOLESI, *Un nuovo super potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, p. 2039, secondo cui l'art. 2 Cost. integra un «apriscatole giuridico» in quanto strumento euristico per rintracciare in via immediata il fondamento costituzionale di un diritto. Tra coloro che si sono espressi criticamente con riguardo alla tesi che ravvisa il fondamento dell'autonomia negoziale all'art. 2 vi è GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 793, secondo il quale l'art. 2 Cost. si riferisce alle manifestazioni dell'autonomia privata in senso generale tra cui anche la libertà di associarsi, di contrarre matrimonio in quanto connesse all'esplicazione della personalità dell'individuo e non all'autonomia contrattuale propriamente intesa.

¹⁰⁶ Cfr. PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, cit., p. 259.

¹⁰⁷ Sul tema della giustizia contrattuale la dottrina è vastissima. Tra i tanti: BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit.; ID., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, a cura di MAZZAMUTO, in *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002; ID., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 33 e ss.; CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, Enc. Dir. Ann. VII, 2014, p. 448 e ss.; CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 831.; CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984; COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Rivista crit. di dir. priv.*, 2003, p. 659.; D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, Torino, 2004; DI MAJO, *Giustizia e “materializzazione” nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, p. 797; ID., *Giustizia individuale o sociale: forse una falsa alternativa*, in *Pers. e merc.*, 2013, II, p. 130; GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 599 e ss.; NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010; NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 411 e ss.; PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 647; PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale, Europa e dir. priv.*, 2015, p. 233 e ss.; RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975; RICCIO, *Controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 939 e ss.; ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 599 e ss.; SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007; VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, p. 53 e ss.

delicate nell'ambito del diritto civile, ossia il rapporto tra autonomia privata e ordinamento giuridico¹⁰⁸.

Con la nozione di giustizia contrattuale non si allude ad un'utopica giustizia sociale o distributiva, bensì ad un tipo di giustizia che, in un'ottica mercantilista, guarda alla tutela della concorrenza e al corretto funzionamento del mercato. Una giustizia che si avvicina ad esser per lo più di tipo «commutativo»¹⁰⁹.

Essa comprende tutti quegli istituti e quelle tecniche finalizzati a far conseguire alla corrispettività dello scambio adeguatezza e proporzionalità, nel caso in cui il contratto presenti *deficit* di tale natura¹¹⁰. Tecniche e istituti che possono esprimersi attraverso l'integrazione del contenuto del contratto ovvero con il diniego di tutela (mediante gli istituti dell'inesigibilità e dell'*exceptio doli generalis*) ovvero mediante la conformazione degli effetti del contratto, tramite il rimedio della nullità ed il risarcimento del danno¹¹¹.

In funzione del perseguimento di tale finalità di congruità dello scambio, ossia dell'*aequitas* tra le prestazioni, si giustifica l'intervento del giudice sul contenuto del contratto e, quindi, l'apposizione di limiti all'autonomia privata. Apposizione di limiti che viene, soprattutto, in considerazione in un'ottica macro-economica in quanto la congruità dello scambio è valutata “giusta” nella misura in cui sia funzionale al raggiungimento di un'efficienza del mercato¹¹².

Il tema della giustizia contrattuale ha acquisito una nuova rilevanza nel panorama scientifico anche per effetto di interventi legislativi nell'ambito del diritto privato europeo¹¹³. Si pensi, ad esempio, ai rimedi della nullità relativa previsto

¹⁰⁸ Cfr. PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, cit., p. 245, secondo il quale un altro istituto che si rivela particolarmente rilevante sul tema è la causa del contratto, nella misura in cui la stessa venga utilizzata per sindacare o meglio controllare, correggendolo, il contenuto di un negozio giuridico. In relazione alla causa del contratto, nella sua versione di congegno tecnico di controllo del contenuto del contratto, si è posto il problema di tracciarne la distinzione rispetto al requisito di meritevolezza o utilità, che pure il contratto deve possedere ai sensi dell'art. 1322 c.c. Infatti, se la valutazione di utilità del contratto è rimessa alle parti, come distinguerla dalla sintesi dinamica degli interessi in concreto perseguiti ossia dalla causa in concreto? Un'efficace ricostruzione, al riguardo, è stata messa in luce da FESTI, *Il contratto di preliminare di preliminare*, in *Corr. Giur.*, 2015, V, p. 626.

¹⁰⁹ In senso critico sembra essere CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, cit., p. 456 secondo cui va la giustizia contrattuale viene in rilievo in presenza di date situazioni in cui la libertà di autodeterminazione è inficiata da determinate condizioni soggettive ovvero 2) da situazioni oggettive imprevedibili.

¹¹⁰ Cfr. PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, cit., p. 233.

¹¹¹ Cfr. PIRAINO, *op. cit.*, p. 237.

¹¹² Cfr. PIRAINO, *op. cit.*, p. 280.

¹¹³ Per una panoramica sul tema si rinvia al contributo di PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel Draft*

dall'art. 36 cod. cons. e della nullità contemplata dall'art. 9 legge 192/1998 che rappresentano delle “reazioni” offerte dall'ordinamento europeo a situazioni di squilibrio, rispettivamente, normativo ed economico tra le parti¹¹⁴.

Vi sono due accezioni di giustizia contrattuale, per cui la medesima può esser intesa sia come «*substantive justice*» sia come «*procedural justice*»¹¹⁵; si tratta di una distinzione che è stata mutuata dal diritto anglo-americano.

Per “*substantive justice*” si intende un tipo di giustizia contrattuale decisamente invasivo per la libertà negoziale, nella misura in cui il giudice interviene per creare diritti ovvero obblighi che saranno a capo delle parti in forza di un parametro di congruità dal medesimo prescelto. Ne consegue che ogni contratto in astratto sarebbe suscettibile di intervento giudiziale, non collegandosi tale intervento ad un presupposto di compromissione della libertà negoziale ma ad un generico parametro di congruità.

Viceversa la “*procedural justice*” non presenta tale carattere invasivo nella misura in cui l'incidenza “giudiziale” sul contratto non si fonda su un astratto parametro di adeguatezza, fondandosi al contrario su situazioni deficitarie della libertà negoziale del contraente più “debole”¹¹⁶. Quindi si lega ad una situazione di partenza caratterizzata da asimmetria di potere contrattuale, ovvero sia da anomalie che hanno provocato un contenuto squilibrato del contratto. Secondo la concezione *procedurale* di giustizia, il contratto è giusto nella misura in cui la determinazione del suo contenuto e la sua attuazione siano avvenuti nel rispetto di tutte le prescrizioni normative relative alla formazione del contratto¹¹⁷. Una nozione che

Common Frame of Reference del diritto privato europeo, in *Riv. dir. civ.*, 2009, VI, p. 669.

¹¹⁴ Non a caso il Legislatore ha definito tale nullità come “nullità di protezione” in quanto è funzionale alla protezione del contraente debole, destinatario di una condotta “ingiusta” ossia violativa della clausola generale della buona fede.

¹¹⁵ Cfr. PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, cit., p. 265, così riprendendo la tesi di Andrea D'Angelo, che ha mutuato parzialmente tali nozioni dal sistema di *common law*, nell'ambito del quale, tuttavia, si distingue tra *substantive fairness* e *procedural fairness*. Dunque, per approfondimenti si rinvia, altresì, a D'ANGELO, *Il contratto in generale, La buona fede*, cit., p. 160.

¹¹⁶ Cfr. PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, cit., p. 267.

¹¹⁷ Sul tema della distinzione tra giustizia sostanziale e giustizia procedurale di particolare interesse è anche la prospettiva di Adolfo di Majo, secondo cui la distinzione tra le due accezioni di giustizia non ha una reale rilevanza pratica in quanto il tema della correzione giudiziale viene in considerazione nella misura in cui vi siano degli interessi materiali da proteggere. Pertanto, partendo dalla nozione di causa in concreto, elabora la teoria della materializzazione degli interessi; la categoria degli obblighi di protezione costituirebbe una conferma dell'esistenza di tale tesi. Cfr. DI MAJO, *Giustizia e “materializzazione” nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. e dir. priv.*, III, 2013, p. 797; DI MAJO,

richiama quella di uno squilibrio contrattuale derivante da una contrazione della libera autodeterminazione negoziale dell'individuo ossia da una «volontà viziata»¹¹⁸. Una volontà può essere viziata per errore (salvo il limite dell'inesigibilità a cui corrisponde il principio di autoresponsabilità), dolo, violenza, incapacità naturale, incapacità legale di agire. Questo tipo di anomalie esterne e congenite alla libertà negoziale sono state prese in considerazione dal legislatore che ha previsto il rimedio dell'annullamento del contratto. Pertanto, in questo caso, l'intervento giudiziale si giustifica in considerazione di una scelta legislativa che è stata assunta a monte, ossia dal Legislatore, e che comunque risponde ad una logica volontaristica¹¹⁹.

Diverso è il caso in cui il *deficit* di *aequitas* del contratto sia il prodotto di una «volontà prevaricata»¹²⁰. Con il sintagma “volontà prevaricata” si intende una volontà che pone dei «problemi di potere», più che di *deficit* di volontà, in considerazione di una limitazione della volontà della parte intesa in senso stretto, per esservi «carenza» di potere (ad esempio, di tipo economico) che non lascia alternativa alla parte, se non di accettare condizioni inique o comunque non soddisfacenti¹²¹.

Si riscontrano nell'ambito del diritto positivo diversi casi in cui il Legislatore ha attribuito rilevanza allo squilibrio contrattuale dipendente da una volontà prevaricata. Campeggia, tra tutti, la rilevanza attribuita all'abuso di dipendenza economica mediante la disciplina di cui alla legge 192/1998¹²². Invece, nell'ambito del codice

Giustizia individuale o sociale: forse una falsa alternativa, in *Pers. e dan.*, 2013, IX, p. 130.

¹¹⁸ Sul tema della volontà viziata come causa di squilibrio contrattuale si rinvia a BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 263.

¹¹⁹ Infatti, la scelta di impugnare il contratto annullabile è rimessa alla parte il cui consenso risulti viziato che potrebbe decidere anche di non farlo cadere il contratto.

¹²⁰ Cfr. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 267.

¹²¹ Cfr. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 266.

¹²² L'art. 9 legge 192/1998 disciplina l'abuso di dipendenza economica prevedendo 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. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. 2. L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. 3. Il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo». Peraltro, l'abuso di dipendenza economica è qualificato identificato come una clausola generale da parte della giurisprudenza di legittimità: CASS., sez. un., ord. 25 Novembre 2011, n. 24906, in *Giur. it.*, 2012, p. 2054. In tal senso è orientata anche una parte della dottrina: OCCELLI, *L'abuso di dipendenza economica. L'abuso di dipendenza economica come clausola generale?*, in *Giur. it.*, p. 2665.

civile, la volontà prevaricata viene in rilievo ad esempio, nell'ambito della disciplina del mutuo, laddove l'art. 1815 c.c. sancisce la nullità della clausola che prevede la corresponsione di interessi usurari¹²³.

Premesso che per le ipotesi di volontà viziata il legislatore ha apprestato dei rimedi (es. si è detto, l'annullamento, ecc.), occorre chiedersi a quali *logiche rimediali* l'intervento del giudice debba ispirarsi nella sua attività di contrasto a compressioni della *volontà prevaricata* e se a queste corrisponda una diversa veste della giustizia contrattuale. In altri termini, l'intervento correttivo del giudice quando sia volto a neutralizzare situazioni di volontà prevaricata si configura incisivo al punto da ritenere che con esso si persegua l'obiettivo della realizzazione di una giustizia in senso *sostanziale*?

Si osserva come la risposta sia strettamente legata alla funzione attribuita alle clausole generali nel loro rapporto con il potere correttivo del giudice.

La risposta sembra essere negativa in quanto indipendentemente dal tipo di funzione loro riconosciuta si precisa che per giustizia contrattuale non deve intendersi una «giustizia dei fini»¹²⁴, ossia una giustizia “in senso assoluto” (oggettiva), che alcuni considerano racchiusa nel concetto di solidarietà sociale; se è vero essa che mira alla realizzazione di un equilibrio ciò deve avvenire comunque contemperandola con il valore della libertà contrattuale. Inoltre, come condivisibilmente osservato in dottrina, la realizzazione di una giustizia "sostanziale" non rientra tra le prerogative dell'ordine giurisdizionale bensì di quello legislativo¹²⁵.

3. Il ruolo del diritto vivente secondo la dottrina

Quando si utilizza il termine "creativo" con riguardo alla giurisprudenza si fa riferimento a quella attitudine del diritto a porsi «in costante evoluzione con le multifforme relazioni sociali che caratterizzano l'essere umano»¹²⁶. Dunque,

¹²³ Cfr. PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, cit., p. 268.

¹²⁴ Cfr. PIRAINO, *op. cit.*, p. 243.

¹²⁵ Cfr. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, IV, p. 582.

¹²⁶ Dunque, il diritto "giurisprudenziale" si apre a «forme di creazione giuridica» proprio per garantire l'intima realizzazione di quest'ultimo. Cfr. CAVALLARO, *Terzietà del giudice e creatività della giurisprudenza: il valore del precedente*, in *i-lex*, 2010, XI, p. 458, sito web www.i-lex.it. La dottrina è vastissima in materia. Tra i tanti: GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. e impr.*, Padova, 1985, p. 701; ALPA, *La creatività all'opera: giurisprudenza e fonti del diritto*, in AAVV, *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 2003; GUASTINI, *Teoria o dogmatica delle*

l'operatore del diritto e, in generale, l'interprete è chiamato a ricoprire un ruolo centrale all'interno dell'ordinamento giuridico, in quanto il diritto “vive” nell'interpretazione del giurista e, dunque, esiste nella misura in cui sia anche oggetto di un ragionamento giuridico¹²⁷.

In relazione al ruolo “creativo” della giurisprudenza e alla sua ammissibilità come fonte del diritto da sempre si contrappongono una pluralità di modi di vedere in dottrina¹²⁸. La giustificazione per legittimare tale intervento creativo del giudice era stata ravvisata nell'attribuzione al giudice della qualità di “custode” dei diritti fondamentali, da cui conseguirebbe la sua assoggettabilità unicamente alla Carta costituzionale (e non alla legge ordinaria), dovendo assicurare una tutela anche nei confronti della legge¹²⁹.

Secondo un altro indirizzo dottrinale l'incisività del ruolo creativo del giudice è espressione «del primato della *iurisdictio* sulla *legislatio*, come una inevitabile

fonti, in *Trattato dir. civ. e comm.*, a cura di MENGONI L., Milano, 1998; BIGLIAZZI-GERI, *L'interpretazione*, Milano, 1994; GRASSETTI, *Introduzione*, in AAVV, *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte del diritto*, Milano, 1985; BENEDETTI, *Giurisprudenza creativa o illusoria? Prima riflessione sul Tribunale di Grosseto: a proposito di trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero*, in *Dir. civ. cont.*, sito web <http://dirittocivilecontemporaneo.com/2014/07/giurisprudenza-creativa-o-illusoria-prima-riflessione-su-tribunale-di-grosseto-a-proposito-di-trascrizione-del-matrimonio-omosessuale-celebrato-allestero/>), nota critica a sentenza del Tribunale di Grosseto che ha autorizzato la trascrizione di un matrimonio omosessuale contratto all'estero. Infine, il ruolo creativo della giurisprudenza e la relativa attitudine a im(porsi) come fonte del diritto sembra ricevere conferma da una recente sentenza della Cassazione a Sezioni Unite (CASS., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Riv. dir. proc.*, 2012, I, p. 6) con la quale la S. C. considerando prevalente il principio dell'affidamento ha ritenuto che non opera l'*overruling* (ossia la sopravvenienza giurisprudenziale) per la parte che confida nell'interpretazione consolidata di una regola giuridica.

¹²⁷ Cfr. CAVALLARO, *Terzietà del giudice e creatività della giurisprudenza: il valore del precedente*, cit., *ibidem*, il quale attribuisce un ruolo centrale al giudice affermando che non potendo mai esistere un ordinamento giuridico «che possa esser contraddistinto dal dogma della completezza», solo il giudice può garantire il «compimento del diritto attraverso il giudizio giuridico».

¹²⁸ A favore del riconoscimento di un ruolo para-normativo della giurisprudenza (soprattutto di quella di legittimità) sono, innanzitutto, coloro che partono da una premessa di ordine ideologico secondo la quale la funzione del diritto è ridurre la complessità sociale e giuridica, «espressa, oggi più che mai, da una frantumazione delle fonti che richiede uno sforzo costruttivo nuovo e il passaggio dall'analisi di una gerarchia verticale ad un'intersezione di fatti e di elementi diversi»: Cfr. VETTORI, *Il controllo del contratto da parte del giudice*, a cura di CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Vol. II, Milano, 2007, p. 586 e ss., secondo cui tale frantumazione delle fonti oggi richiede uno sforzo coinvolge una molteplicità di fattori e di componenti diversi che si intersecano tra di loro quali, ad esempio, «la storia, le leggi, le categorie, le regole operazionali, i grandi orientamenti delle Corti interne e comunitarie». Solo una ricostruzione complessiva di tali elementi consente di individuare «una soluzione corretta e rigorosa nei vari aspetti di disciplina che si esaminano».

¹²⁹ In tal senso sempre VETTORI, *ult. op. cit.*, p. 585. Per approfondimenti sul tema si rinvia anche a: MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 3 e ss.; ID., *Applicazione diretta della costituzione nei rapporti interindividuali*, in *Giust. civ.*, 1996, p. 537 e ss.

reazione al carattere discontinuo dell'attività legislativa»¹³⁰. Un'altra parte della dottrina mostra un atteggiamento sfavorevole all'ammissibilità di un ruolo “paranormativo” della giurisprudenza. Questa rappresenterebbe, infatti, «una regressione dell'idea democratica», dal momento che il giudice fonda l'esercizio del proprio potere giudiziario in forza di un reclutamento a mezzo di concorso pubblico e non in base ad una legittimazione democratica¹³¹.

Si indaga il ruolo para-normativo della giurisprudenza in quanto le clausole generali sembrano integrare uno «strumento di programma normativo che si articola in una ripartizione di competenze regolamentata tra legge e giudice»¹³². Pertanto, occorre considerare il difficile equilibrio esistente tra tali differenti competenze ossia il rapporto tra le clausole generali e l'autonomia del ruolo determinativo del giudice nella loro applicazione e se sia opportuno che tale autonomia si diriga verso una dimensione sociale ovvero verso una dimensione normativa¹³³. In altre parole, occorre esaminare le “condizioni d'uso” delle clausole generali¹³⁴.

4. Segue. Gli indici normativi e la prospettiva giurisprudenziale

In relazione al ruolo rivestito dalla giurisprudenza nell'ambito dell'ordinamento giuridico, pare ormai essere di difficile contestazione la sua natura paranormativa, essendo così orientata anche la dottrina prevalente¹³⁵.

¹³⁰ In tal senso VETTORI, *ult. op. cit.*, p. 586.

¹³¹ Cfr. Sempre VETTORI, *op. cit.*, p. 585.

¹³² In tal senso D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in Trattato Bessone, Torino, 2004. Estratto pubblicato anche su sito web http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/principio_buona_fede_dangelo.htm

¹³³ Cfr. D'ANGELO, *op. cit.*, *ibidem*.

¹³⁴ Nel senso della rilevanza di un'indagine avente ad oggetto le «condizioni d'uso» delle clausole al fine di cogliere l'essenza del rapporto tra autonomia contrattuale e ordinamento giuridico è anche CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale*, cit., p. 831.

¹³⁵ Il ruolo paranormativo della giurisprudenza è sostenuto dalla dottrina maggioritaria. Tra i tanti: BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit.; ID., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, a cura di MAZZAMUTO, in *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002; ID., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 33 e ss.; CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, Enc. Dir. Ann. VII, 2014, p. 448 e ss.; CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 831.; CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984; COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Rivista crit. di dir. priv.*, 2003, p. 659.; D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, Torino, 2004; DI MAJO, *Giustizia e “materializzazione” nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, p. 797; ID., *Giustizia individuale o sociale: forse una falsa alternativa*, in *Pers. e merc.*, 2013, II, p. 130; GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 599 e ss.; NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010; NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 411 e ss.; PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*,

Orbene, è possibile riscontrare anche la presenza di una serie di *indici normativi* all'interno dell'ordinamento giuridico deponenti a favore della sussistenza di siffatto ruolo attribuito alla giurisprudenza.

Primo tra tutti l'art. 360 *bis* c.p.c. che disciplina il c.d. giudizio-filtro della Cassazione. Esso individua i casi di inammissibilità del ricorso in cassazione. Tra le varie ipotesi di inammissibilità del ricorso rientra il caso in cui il contenuto del provvedimento impugnato «sia conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa»¹³⁶. Quindi, le questioni già decise, che costituiscono il c.d. “diritto vivente”, ossia la giurisprudenza consolidata.

Anche la Suprema Corte, nella sua massima composizione, di recente si è orientata nel senso di attribuire esplicitamente valore para-normativo ai propri orientamenti. In particolare, in un'occasione in cui ad essa è stata demandata una questione in merito alla rilevanza della sopravvenienza giurisprudenziale (il c.d. *overruling*)¹³⁷, pur riconoscendo che la funzione spettante al giudice ha natura meramente ricognitiva, essendo la funzione legislativa appartenente al solo legislatore, di fatto la medesima ha ritenuto che «la norma, una volta posta in essere,

Milano, 2005; PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, pp. 647-657; PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, *Europa e dir. priv.*, 2015, p. 233 e ss.; RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975; RICCIO, *Controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 939 e ss.; ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 599 e ss.; SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007; VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, p. 53 e ss.

¹³⁶ Considerando l'ordinamento giuridico nel suo complesso, altro indice normativo che depone a favore dell'esistenza di una giurisprudenza paranormativa è l'art. 99, co. 2°, cod. proc. amm., che può ritenersi specularmente all'art. 360 *bis* cod. proc. civ. Inoltre, l'art. 99, co. 3° del cod. proc. amm., enfatizza il ruolo “paranormativo” della giurisprudenza nella misura in cui da tale articolo si evince il carattere di doverosità della rimessione all'Adunanza Plenaria da parte della Sezione assegnataria del ricorso nel caso in cui ritenga di non condividere il principio di diritto pronunciato da quest'ultima. Anche l'art. 26, co. 2°, cod. proc. amm., enfatizza tale ruolo, prevedendo la condanna d'ufficio alle spese di giudizio del soccombente se questi abbia agito in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale consolidato («quando la parte soccombente abbia agito o resistito temerariamente in giudizio»). Infine, il riconoscimento normativo del ruolo creativo della giurisprudenza si ricava da fonte internazionali, come dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo: l'art. 7 Conv. eur. dir. uomo, pur inerendo la materia del diritto penale, rileva in quanto rappresenta la conferma che, anche a livello europeo, si attribuisce rilevanza centrale al diritto giurisprudenziale. Infatti, esso, rubricato “*Nullum crimen sine lege*” nel codificare il principio di legalità non contiene il termine “legge” (a differenza di quanto previsto dall'art. 1 cod. pen. e art. 25 Cost.) ma il termine “diritto”, sicché si ritiene che il suo significato sia estensibile al diritto giurisprudenziale.

¹³⁷ È stato chiesto loro di pronunciarsi in merito al seguente quesito: «Se un sopravvenuto mutamento di esegesi della norma processuale di riferimento possa comportare la tardività di un ricorso altrimenti tempestivo alla stregua del diverso diritto vivente alla data della sua proposizione».

non resta cristallizzata in sé stessa, ma è soggetta, *ex se*, a *dinamiche evolutive*. Nel senso che, nel tempo, essa è suscettibile di assumere una *molteplicità di contenuti*, in relazione ed entro il limite dei significati resi possibili dalla plurivocità del *significante testuale* - per un duplice ordine di fattori propulsivi, interni ed esterni... (*omissis*)... Per cui, è ben comprensibile come, in una prospettiva diacronica, le eventuali *successive modificazioni, abrogazioni, sostituzioni delle disposizioni interferenti* abbiano una *possibile ed automatica ricaduta sul contenuto della disposizione in questione*, anche per questa via quindi innescandone processi modificativi. Per cui, in realtà, quello (sotteso alla formula plasticamente descrittiva) del diritto vivente è fenomeno oggettivo: per un verso *legato alla natura assiologica della norma* e, per altro verso, *determinato dalle dinamiche evolutive interne* al sistema ordinamentale. Fenomeno che, per la sua complessità, esige la mediazione accertativa della giurisprudenza, che quindi lo disvela, ma non per questo lo crea; nel senso, dunque, che il “diritto vivente” esiste al momento - ma non (solo) per effetto - della interpretazione dei giudici. Nella sequenza dei cui arresti viene, per continenza, così individuato, sul piano storico, il diritto vivente, in senso *formale*»¹³⁸.

¹³⁸ CASS., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Riv. dir. proc.*, 2012, I, p. 6. Di seguito, i passi più significativi: «a) La norma giuridica - che, nella sua effettività, è l'espressione di un pensiero diffuso che si forma ascoltando le istanze della comunità territoriale e ne metabolizza le esigenze - trova propriamente la sua fonte di produzione nella legge (e negli atti equiparati), in atti, cioè, di competenza esclusiva degli organi del Potere legislativo. Nel quadro degli equilibri costituzionali (ispirati al principio classico della divisione dei poteri) giudici (estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche) sono appunto (per disposto dell'art. 101, co. 2°, Cost.), "soggetti alla legge". Il che realizza l'unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima; ma sono soggetti anche alle legge "soltanto", il che, a sua volta, realizza la garanzia della indipendenza funzionale del giudice, nel senso che, nel momento dell'applicazione, e della previa interpretazione, a lui demandata, della legge, è fatto divieto a qualsiasi altro soggetto od autorità di interferire, in alcun modo, nella decisione del caso concreto. b) La *suitas* della norma giuridica sta poi nella sua struttura ternaria, essendo in essa individuabile un significante (l'insieme, cioè, dei frammenti lessicali di che si compone), un significato, o più possibili significati (e, cioè, il contenuto precettivo, in termini di comando - divieto - permesso, che il significante esprime) ed un giudizio di valore (di avvertita positività, cioè, di un dato bene - interesse, che postula la meritevolezza della creazione di un congegno di protezione del bene stesso all'interno della collettività). c) In ragione, appunto, di tale collegamento tra norma giuridica e valore (che segna il discrimine tra legge fisica o di natura e il diritto come legge assiologica), ed anche del suo inevitabile porsi come elemento (di settore) di un sistema ordinamentale, *la norma, una volta posta in essere, non resta cristallizzata in sé stessa, ma è soggetta, ex se, a dinamiche evolutive. Nel senso che, nel tempo, essa è suscettibile di assumere una molteplicità di contenuti, in relazione ed entro il limite dei significati resi possibili dalla plurivocità del significante testuale - per un duplice ordine di fattori propulsivi, interni ed esterni. In relazione al primo profilo (ndr il c.d. profilo interno) viene in rilievo, infatti, la considerazione che l'interesse dalla norma protetto - per la sua insopprimibile connotazione dinamica legata al suo esprimere una tensione della collettività verso un bene della vita - non può evidentemente restare imprigionato nella gabbia del testo della *regola iuris*, ma di*

In tal senso la Suprema Corte nega l'esistenza di una qualche interferenza tra i "poteri" del giudice e le prerogative del legislatore. Infatti, gli uni e le altre rispondono a logiche diverse e non assimilabili. Il legislatore ha un ruolo attivo nell'ordinamento giuridico, assumendo scelte di politica legislativa e una conseguente responsabilità politica, mentre il giudice ha un atteggiamento neutrale, dovendo rivestire un ruolo equidistante tra le parti. Egli ha bisogno quindi, coerentemente con il brocardo "*nemo iudex sine actore*", di un attore - ossia la

questa invece costituisce l'elemento mobile, quasi linfa vitale, che ne orienta il processo di crescita e ne determina i percorsi evolutivi. *Vale a dire che - entro il limite ovviamente già sottolineato di tolleranza ed elasticità del significante testuale - la norma di volta in volta adegua il suo contenuto, in guisa da conformare il predisposto meccanismo di protezione alle nuove connotazioni, valenze e dimensioni che l'interesse tutelato nel tempo assume nella coscienza sociale, anche nel bilanciamento con contigui valori di rango superiore, a livello costituzionale o sovranazionale.* Parallelamente, per quanto poi attiene all'incidenza di *fattori esterni*, è decisivo l'aspetto strutturale - sistematico della *regola iuris*, quale elemento non in sé autoconcluso, ma segmento invece di una complessa architettura giuridica, coordinata secondo postulati di unitarietà e completezza. In questo articolato mosaico, ogni disposizione si trova così inserita in settori e sottosegimenti normativi ed investe una serie di relazioni reciproche con norme contigue. Per cui è ben comprensibile come, in prospettiva diacronica, le eventuali successive modificazioni, abrogazioni, sostituzioni delle disposizioni interferenti abbiano una possibile ed automatica ricaduta sul contenuto della disposizione in questione, anche per questa via quindi innescandone processi modificativi. Per cui, in realtà, quello (sotteso alla formula plasticamente descrittiva) del *diritto vivente* è fenomeno oggettivo: per un verso legato alla natura assiologica della norma e, per altro verso, determinato dalle dinamiche evolutive interne al sistema ordinamentale. Fenomeno che, per la sua complessità, esige la mediazione accertativa della giurisprudenza, che quindi lo disvela, ma non per questo lo crea; nel senso, dunque, che il "diritto vivente" esiste al momento - ma non (solo) per effetto - della interpretazione dei giudici. Nella sequenza dei cui arresti viene, per continenza, così individuato, sul piano storico, il diritto vivente, in senso formale (cfr. Corte cost. nn. 276/74; 129/75 e successive conformi). d) L'interpretazione della regola iuris, che si riflette in siffatte decisioni, può definirsi "evolutiva", ma ciò per traslato, in quanto, appunto, volta ad accertare il significato evolutivamente assunto dalla norma nel momento in cui il giudice è chiamato a farne applicazione (e con risalenza a quello di invero di tale evoluzione): accertamento che, a livello di intervento nomofilattico della Corte regolatrice, ha anche vocazione di stabilità, innegabilmente accentuata (in una corretta prospettiva di supporto al valore delle certezze del diritto) dalle novelle del 2006 (art. 374 cod. proc. civ.) e 2009 (art. 360 bis n. 1 cod. proc. civ.), ma stabilità pur sempre relativa, perché la *vivenza della norma (anche fuori dalla metafora morfologica)* è una vicenda, per definizione, aperta. e) Diversa dalla esegesi evolutiva è invece l'interpretazione "correttiva" con la quale il giudice torna direttamente sul significante, sul testo cioè della disposizione, per desumerne - indipendentemente da vicende evolutive che l'abbiano interessata - un significato diverso da quello consacrato in un'una precedente esegesi giurisprudenziale. E ciò o perché il nuovo significato sia ritenuto preferibile rispetto a quello - pur compatibile con il testo - precedentemente enucleato [ma una tale opzione trova ora netta controindicazione nella recente CASS., sez. un., 18 maggio 2011, n. 10864, in *Foro it.*, 2012, I, 1864 secondo cui, su un piano, per così dire, di etica del cambiamento, "una diversa interpretazione non ha ragione d'essere ricercata, e la precedente abbandonata, quando l'una e l'altra siano compatibili con la lettera della legge, essendo preferibile e conforme ad un economico funzionamento del sistema giudiziario l'interpretazione sulla cui base si è già formata una pratica di applicazione"], ovvero perché l'interprete ritenga che la precedente lettura del testo sia errata, perché frutto di non corretta applicazione dei canoni di ermeneutica della legge. Pertanto, la Suprema Corte di Cassazione conclude ritenendo che i mutamenti, quale che ne sia la qualificazione, debbono, al pari delle leggi retroattive, a loro volta rispettare il principio di ragionevolezza, non potendo frustrare l'affidamento ingenerato come, nel cittadino, dalla legge previgente, così, nella parte, da

dottrina - e già questo costituirebbe un *limite* all'attività creativa della giurisprudenza¹³⁹.

5. *Segue. Il ruolo del diritto vivente europeo*

Il ruolo para-normativo della giurisprudenza presenta una maggior evidenza quando si ha a che fare con le pronunce della Corte Europea di Giustizia. La giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia rientra a pieno titolo nel c.d. *acquis communautaire* che, compresa tra le fonti del diritto comunitario, costituisce il coacervo di regole, prassi, sentenze recepite dagli ordinamenti nazionali, ossia «il risultato finora acquisito dalla strategia giuridica di armonizzazione dei diritti nazionali»¹⁴⁰.

Sul piano della loro portata vincolante si ritiene che la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo sia equiparabile a quella delle norme comunitarie direttamente applicabili e, quindi, anche questa, al pari delle altre fonti, contribuisce all'armonizzazione del diritto europeo. Gioca, inoltre, un ruolo determinante nella formazione dell'*acquis communautaire*, mediante la ricognizione dei principi generali comuni agli Stati Membri¹⁴¹. A titolo di esempio, si può richiamare sul punto la sentenza *Courage* del 20 Settembre 2001 della Corte di Lussemburgo chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità di un danno derivante da illecito *antitrust*¹⁴².

un pregresso indirizzo ermeneutico, in assenza di indici di prevedibilità della correlativa modificazione. E, per altro, se è pur vero che una interpretazione giurisprudenziale reiterata nel tempo che sia poi riconosciuta errata, e quindi *contra legem*, non può, per la contraddizione che non lo consente, essere considerata la *lex temporis*, vero è però anche che, sul piano fattuale, quella giurisprudenza ha comunque creato l'apparenza di una regola, ad essa conforme. Per cui, anche per tal profilo, viene in rilievo l'affidamento in quella apparenza riposto dalla parte. Affidamento, ovviamente, tutelabile non oltre il momento di oggettiva conoscibilità (da verificarsi in concreto) dell'arresto nomofilattico di esegesi correttiva». Nel senso di riconoscere un ruolo "para-normativo" della giurisprudenza si è espressa anche la CASS. PEN., sez. un., 20 settembre 2012, n. 36258, in *Cass. Pen.*, 2013, II, p. 515 alla cui lettura si rinvia per approfondimenti.

¹³⁹ Cfr. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007, p. 171, secondo cui proprio l'operare della regola contenuta nel brocardo "*nemo iudex sine actore*" impedisce un ruolo creativo della giurisprudenza essendo i loro giudizi fondati su dati e informazioni che acquisiscono per opera delle parti. In altre parole, per quanto possa ritenersi ampio il loro potere non può dirsi asettico, in quanto è in funzione di una domanda, di un'istanza di parte. Domanda che si fonderà (auspicabilmente) sui più avvertiti orientamenti dottrinali, da cui si evince l'imprescindibilità del ruolo della dottrina.

¹⁴⁰ Cfr. ALPA, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, a cura di CASTRONOVO e MAZZAMUTO, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 252.

¹⁴¹ Cfr. ALPA, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, cit., p. 252.

¹⁴² Nell'ambito di tale pronuncia la Corte di Giustizia europea esplicitamente ha riconosciuto il principio per cui non può trarsi un beneficio da un proprio comportamento illecito (consistente, nel caso di specie, nell'adesione ad un'intesa limitativa della concorrenza), che ha valutato essere già esistente nelle tradizioni giuridiche degli Stati Membri.

In tal senso è orientata anche la dottrina, la quale «ha riconosciuto l'effetto diretto delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia, che devono formare oggetto di immediata applicazione da parte dei giudici comuni ... (*omissis*) ... al punto che una sentenza interpretativa emanata successivamente alla proposizione della questione di legittimità costituzionale e riguardante le norme impugnate, costituisce *jus superveniens* che impone la restituzione degli atti al giudice *a quo* per un nuovo esame della rilevanza»¹⁴³. Anche la Corte costituzionale si è pronunciata più volte in tal senso¹⁴⁴. Infine, la Corte di Lussemburgo si è espressa nel senso di riconoscere valore vincolante alle proprie sentenze interpretative.

In relazione al potere di interpretazione delle clausole generali da parte del giudice comunitario si osserva come particolare interesse abbiano suscitato le fonti di *soft law* quali i PECL della Commissione Lando e i Principi UNIDROID, in relazione al ruolo centrale rivestito dalla buona fede nell'ambito di questi testi, dove è ripetutamente richiamata¹⁴⁵. Tra le varie disposizioni, ai fini del presente studio, particolare rilevanza assumono l'art. 3:10 del testo Unidroid e l'art. 4:109 del testo

¹⁴³ Cfr. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2005, p. 364.

¹⁴⁴ Si rinvia alla lettura di: CORTE COST., 19 aprile 1985, n. 113; CORTE COST., 4 luglio 1989, n. 389; CORTE COST., 11 giugno 1999, n. 255.

¹⁴⁵ La maggiore o minore ampiezza del potere discrezionale del giudice dipenda essenzialmente dal tipo di tecnica (o, meglio, modello) di armonizzazione che gli Stati Membri intendono costruire. Infatti, a seconda che la stessa sia intesa in senso “forte” ovvero “debole” diminuiscono o si accrescono i margini di discrezionalità del giudice comunitario. Cfr. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., p. 257 e ss.

Lando¹⁴⁶. Entrambe le disposizioni sembrano avallare la possibilità di un intervento correttivo del giudice sul contenuto del contratto¹⁴⁷.

6. La disparità contrattuale: una garanzia di libertà?

Nel codice civile e, in particolare, all'interno della disciplina generale del contratto è assente una norma che espressamente preveda, come requisito di validità

¹⁴⁶ L'art. 3:10 del Testo dei Principi Unidroid prevede che «Una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. Si devono considerare, tra gli altri fattori, (a) il fatto che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, e (b) la natura e lo scopo del contratto. (2) Su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio. (3) Il giudice può adattare il contratto o le sue clausole anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato l'avviso di annullamento, purché tale parte ne informi l'altra prontamente dopo aver ricevuto l'avviso e prima che quest'ultima abbia agito facendovi affidamento. Le disposizioni di cui all'articolo 3.13(2) si applicano con le opportune modifiche». L'art. 4:109 dei Principi della Commissione Lando (PECL) "Ingiusto profitto o vantaggio iniquo" prevede che «Una parte può annullare il contratto se, al momento della conclusione di esso: (a) fosse in situazione di dipendenza o avesse una relazione di fiducia con l'altra parte, si trovasse in situazione di bisogno economico o avesse necessità urgenti, fosse affetto da prodigalità, ignorante, privo di esperienza o dell'accortezza necessaria a contrattare, e (b) l'altra parte era o avrebbe dovuto essere a conoscenza di ciò e, date le circostanze e lo scopo del contratto, ha approfittato della situazione della prima in maniera gravemente scorretta o ne ha tratto un ingiusto profitto (2) Su domanda della parte legittimata all'annullamento, il giudice può, ove il rimedio sia adeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza. (3) Il giudice può parimente modificare il contratto su domanda della parte alla quale è stata inviata la comunicazione di annullamento per ingiusto profitto o vantaggio iniquo, purché la parte che ha inviato la comunicazione ne sia informata prontamente da quella che l'ha ricevuta e prima che abbia potuto agire sulla fede nella comunicazione».

¹⁴⁷ Cfr. BARCELONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 262, il quale ritiene che tali previsioni abbiano previsto espressamente un potere correttivo al giudice. Pertanto, le stesse hanno rappresentato una nuova linfa che ha alimentato il dibattito. Infine, non può omettersi un riferimento all'efficacia delle sentenze della Corte di Strasburgo. Infatti, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona l'Unione Europea ha aderito alla CEDU, per cui si è posto problema di un'intervenuta "comunitarizzazione" della CEDU. Tale ipotesi è stata scartata dalla Corte Costituzionale, la quale ha ritenuto che le norme della CEDU integrano la norma interposta di cui all'art. 117, ove menziona gli "obblighi internazionali". Pertanto, in caso di avvenuta violazione da parte del Legislatore è possibile sollevare una questione di legittimità costituzionale (escludendo il meccanismo della disapplicazione). La loro portata vincolante è stata di recente riconosciuta dalla Corte Costituzionale con la sentenza 348/2007, nell'ambito della quale si sono poste sullo stesso piano la CEDU e le sentenze della Corte di Strasburgo, in ragione della circostanza che le norme della CEDU formano il loro contenuto in base all'interpretazione fornita dalla Corte EDU. Di seguito, un passaggio della sentenza che appare utile per comprendere il rapporto tra le norme della CEDU e l'interpretazione che viene loro offerta dalla Corte di Strasburgo: "Poiché, come chiarito sopra, le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di

del contratto, la parità contrattuale tra le parti¹⁴⁸. Viceversa, si può riscontrare l'esistenza di “blocchi di normative” afferenti alla legislazione speciale, e prevalentemente di matrice europea, miranti a rafforzare la posizione del “contraente debole” e a ripristinare la parità contrattuale, ove la medesima risulti essere stata turbata ovvero “prevaricata” a causa di particolari condizioni soggettive di un contraente o per la presenza di peculiari situazioni¹⁴⁹.

Peraltro, in tempi recenti, si sta affermando l'idea che la clausola generale della buona fede possa atteggiarsi a strumento di tutela della parte debole del rapporto in funzione della realizzazione della parità contrattuale anche al di fuori di tali normative settoriali, inserendosi in una logica rimediale che può condurre alla caducazione del contratto. Conseguentemente essa sembra configurare un rimedio che si presta ad un uso generalizzato per porre rimedio a rapporti interpretati deficitari di un equilibrio contrattuale¹⁵⁰. Sullo sfondo un mutamento di prospettive che si è registrato in occasione degli interventi del Legislatore europeo finalizzati alla tutela del consumatore e dell'imprenditore debole¹⁵¹. Si tratta di una debolezza “economica” in quanto strettamente dipendente e proporzionata al potere economico di cui dispone il soggetto potenziale contraente¹⁵².

costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, co. 1°, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione”.

¹⁴⁸ Cfr. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 268, secondo cui la scelta di non menzionare la parità contrattuale è il risultato di una decisione di politica legislativa al fine di evitare quanto più possibile interferenze con l'autonomia privata.

¹⁴⁹ Sempre BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 268 e ss.

¹⁵⁰ Tale posizione è stata efficacemente spiegata da RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 21, il quale richiamando un orientamento giurisprudenziale (CASS., 2 Novembre 1998 n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081) enuncia un principio secondo il quale «se una clausola di un contratto viola l'imperativo principio di buona fede e correttezza contenuto dagli artt. 1175, 1337, 1375 c.c., essa deve considerarsi invalida e quindi nulla in quanto non realizza interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Mi pare si esprima in tal senso, con specifico riguardo ai contratti consumeristici, anche VILLANACCI, *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 923.

¹⁵¹ Sul tema del contraente debole la dottrina è vasta. Valga per tutti: AAVV, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, a cura di P. BARCELLONA, Milano, 1970; AAVV, *La tutela giuridica del consumatore (contraente-debole) in Europa e nel mondo*, a cura di CAPELLI, Napoli, 2013; SCARSO, *Il contraente "debole"*, Torino, 2006;

¹⁵² Il sindacato giudiziale sullo squilibrio economico di un contratto può assumere le forme di una insidia per l'autonomia privata, in quanto secondo l'impostazione offerta dal Codice Civile l'equilibrio in senso proprio, ossia quello economico, non sarebbe sindacabile, salvo particolare ipotesi specificatamente disciplinate *ex lege* (ad esempio, lo squilibrio sopravvenuto *ex art.* 1467 c.c., le situazioni di cui agli artt. 1447 e 1448 c.c.). Il maggior rischio che si collega a tale interferenza giudiziale è l'attribuzione al giudice di un potere fortemente invasivo (fondato

Nell'ambito di tale situazione di debolezza si concentra tutto il problema della disparità di potere contrattuale che il diritto nazionale e il diritto europeo hanno affrontato in chiavi diverse, e in un certo senso opposte, e che potrebbero spiegare l'inesistenza nell'ambito della disciplina generale del contratto di un qualsivoglia riferimento al valore della parità contrattuale¹⁵³.

Partendo da una disamina del codice civile si evince come le situazioni di debolezza contrattuale e, quindi, di squilibrio sono prese in considerazione dal legislatore, in modo diverso, a seconda che la tutela si inserisca nell'ottica di una logica *microindividuale* ovvero in quella *macroeconomica* del mercato.

Il primo caso si configura nell'ambito della disciplina dei vizi del consenso e integra delle situazioni di «perturbazione individuale», contrastate con il rimedio dell'annullabilità del contratto¹⁵⁴. Altre ipotesi che vi rientrano sono: a) lo squilibrio sopravvenuto, da inquadrarsi nell'ambito della disciplina dei rimedi delle sopravvenienze¹⁵⁵; b) lo squilibrio originario con riguardo alla inosservanza delle prescrizioni imperative di legge, a cui risponde il rimedio della sostituzione automatica delle norme imperative di legge (art. 1339 c.c.), anche se ormai di rara applicazione, coerentemente con il ruolo minimale rivestito dall'ordinamento giuridico, che nutre fiducia nelle capacità di autoregolazione del mercato¹⁵⁶.

Il secondo caso riguarda le contrattazioni di massa - ossia i c.d. contratti per adesione - in cui vengono in rilievo le «perturbazioni seriali»¹⁵⁷. Sono suscettibili di integrarle, ad esempio, le condizioni generali di contratto *ex art.* 1341 c.c. Esse vengono contrastate, se non specificatamente sottoscritte, con il rimedio dell'inopponibilità o, meglio, dell'inefficacia.

sull'equità) da cui potrebbe discendere una «capitolazione sia dell'autonomia privata, sia del principio di certezza dei rapporti giuridici, dato che sarebbe possibile stravolgere un contratto successivamente senza la preoccupazione di una minima garanzia di stabilità di quanto pattuito»: in tal senso si è espresso SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., p. 255.

¹⁵³ In relazione alle opposte strategie rimediali utilizzate dal Legislatore nazionale e dal Legislatore comunitario in tema di la tutela del contraente debole si rinvia a: CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., p. 831.

¹⁵⁴ Cfr. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 266.

¹⁵⁵ Cfr. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratti del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 776.

¹⁵⁶ Cfr. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 266. Su questo punto, in senso diverso è CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., p. 831, che ritiene, infatti, che non operi tanto un meccanismo invalidante quanto un meccanismo di mera inopponibilità, inefficacia, delle clausole vessatorie così "salvandosi" il contratto, coerentemente con la *ratio legis* che ispira gli interventi legislativi europei e consistente non tanto nella tutela del contraente debole ma nella tutela del mercato concorrenziale.

¹⁵⁷ Cfr. ancora BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 266.

Dunque, le situazioni di disparità contrattuale, pur avendo il comune fine di impedire l'abuso della libertà negoziale da parte della controparte - ossia un'identità di *ratio* - vengono affrontate dall'ordinamento nazionale in modo diverso¹⁵⁸.

Una differente prospettiva ha accompagnato e accompagna gli interventi del legislatore europeo. Infatti, la relativa *ratio legis* consiste nel garantire nel modo più efficace possibile la razionalità degli scambi e la tutela della concorrenza per un mercato efficiente. Rispetto al perseguimento di tale finalità la tutela del contraente debole viene in rilievo come un mezzo¹⁵⁹. I rimedi offerti dal legislatore europeo per ovviare alle ipotesi di squilibrio contrattuale sono di diversa natura: si va dallo *ius poenitendi* alle nullità di protezione, dagli obblighi legali di informazione alla forma informativa, ecc. Peraltro, secondo una dottrina, il filo conduttore di tutti gli interventi europei in materia è il *contratto con asimmetria di potere contrattuale*, dove la parte debole del rapporto non è il consumatore o l'impresa debole ma il più generico "customer", ossia il cliente,¹⁶⁰ per cui esso sarebbe il risultato di una «disaggregazione e riagggregazione» di dette tipologie contrattuali, anche se con valenza meramente descrittiva¹⁶¹. Tale paradigma non dovrebbe considerarsi la

¹⁵⁸ Cfr. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., p. 831, secondo cui «nell'ottica generale ed astratta del codice civile, la medesima *ratio* di garanzia dello svolgimento formalmente paritario delle contrattazioni private è perseguita attraverso due metodi e due rimedi contrapposti, a seconda del carattere individuale o seriale del problema. Nell'un caso, attraverso l'estirpazione del contratto mal-formato; nell'altro attraverso la sua conservazione, salva l'eventuale inopponibilità. Nell'un caso il mercato è risanato attraverso l'eliminazione del contratto difforme dalle regole; nell'altro attraverso la sua legittimazione, con alcune misure compensative». Pertanto quella finalità che costituisce *ratio legis* del Legislatore europeo, ossia la razionalità degli scambi, per il Legislatore nazionale costituisce una sorta di evenienza che si colloca sullo sfondo del perseguimento dell'unica finalità: la tutela del contraente "debole".

¹⁵⁹ Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 116, che sostiene l'idea di una "funzionalizzazione dell'autonomia contrattuale" per la realizzazione di un mercato efficiente e razionale.

¹⁶⁰ Cfr. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, II, p. 271, che ritiene che questa linea di tendenza, che segnerebbe il passaggio dal consumatore al cliente, sia l'unica in grado di tenere avvinte in un disegno unitario gli interventi del legislatore europeo in quanto avente una portata più ampia, non racchiudendo solo l'idea di consumatore o di impresa debole, ma anche quella di locatario, investitore, ecc. Tale paradigma contrattuale è stato elaborato sulla base dell'individuazione di indici normativi comuni tra tutte le discipline settoriali quali: 1) gli obblighi informativi a carico della "parte forte"; 2) il rimedio della nullità parziale e relativa; 2) il ricorrere della buona fede come strumento di controllo del contenuto del contratto. Vedere anche: ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratti del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 776; CAMARDI, *Contratti con i consumatori e contratti tra imprese. Rilievi critici sul paradigma dell'asimmetria di potere contrattuale*, a cura di AA.VV. in *Il diritto civile oggi*, Napoli, 2006, p. 894.

¹⁶¹ Cfr. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, cit., p. 572.

premesse per giustificare il controllo giudiziale sul contenuto del contratto, giacché esso, per il tramite della buona fede, non risponde all'esigenza di garantire la solidarietà o l'equità o la giustizia contrattuale bensì a quella di tendere solo al recupero dei costi/investimenti sostenuti ovvero all'«appropriazione di valore» che il singolo operatore ha contribuito a realizzare nel mercato¹⁶². La solidarietà e l'equità - è stato detto - non sono di competenza giudiziaria bensì legislativa¹⁶³. Pertanto, all'assenza di una previsione generalizzata della parità contrattuale nell'ambito del Codice Civile corrisponderebbe l'esigenza di preservare quanto più possibile l'autonomia privata e, con essa, l'intangibilità della *lex contractus*¹⁶⁴. Permangono delle perplessità: la libertà contrattuale di quali soggetti il legislatore nazionale - ma il discorso potrebbe estendersi anche su scala europea - vuole preservare? La risposta potrebbe apparire scontata e, forse, è la stessa all'origine delle enormi difficoltà connesse all'avvio di un formale processo di codificazione europea.

7. La parabola discendente dell'intangibilità e l'ascesa dell'*aequitas*

Il problema dei "confini" dell'intervento giudiziale si lega a quello dell'intangibilità del contratto, avendo l'ordinamento giuridico accolto il principio di vincolatività, cristallizzato all'art. 1372 c.c. ai sensi del quale «il contratto ha forza di legge tra le parti»¹⁶⁵ da cui essa deriva naturalmente¹⁶⁶. Così, il legislatore si è

¹⁶² Cfr. CAMARDI, *Contratti con i consumatori e contratti tra imprese. Rilevi critici sul paradigma dell'asimmetria di potere contrattuale*, p. 898, la quale prende in esame la posizione dell'impresa debole nel contratto di subfornitura con riguardo agli abusi di dipendenza economica perpetrati dall'altra parte. Vedere anche CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, cit p. 588, secondo la quale la buona fede non può essere configurata «alla stregua di una improbabile bacchetta magica utile a sanzionare presunti abusi o apparenti squilibri "contabili" nel nome di una altrettanto improbabile equità/solidarietà».

¹⁶³ Cfr. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, cit., p. 588, secondo la quale «la realizzazione di obiettivi sociali di più equa distribuzione della ricchezza» ha la sua sede naturale nella «legislazione e non nella libera giurisdizione».

¹⁶⁴ In questo senso, l'assenza di previsione legislativa costituirebbe una delle più significative conquiste del pensiero liberale. In tal senso BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 269. Si rinvia a FRANZIONE, *La giustizia contrattuale: quale compromesso tra autonomia privata e mercato?* sito web: <http://www.diritto.it/docs/23030-la-justizia-contrattuale-qual-compromesso-fra-autonomia-privata-e-mercato>

¹⁶⁵ Dall'art. 1372 c.c. discendono due regole: 1) quella per la quale è esclusa la possibilità per la parte di imporre all'altra modifiche o integrazioni del contenuto del contratto; 2) quella secondo cui nessuna parte può decidere di svincolarsi unilateralmente dal contratto, ossia prescindendo dal volere dell'altra. Cfr. CARNEVALI, *Istituzioni di diritto privato*, a cura di BESSONE, Torino, 2005, p. 629.

¹⁶⁶ Cfr. AAVV, *Efficacia del contratto*, nel *Commentario Cendon*, Milano, 2010, *Sub art.* 1372, p. 325 e ss.

espresso esplicitamente nel senso di dotare il contratto di una particolare forza *cogente*, che solo un mutamento univoco della volontà delle parti - per intervento di una nuova volontà uguale e contraria (*contrarius actus*) dei paciscenti, ossia del c.d. mutuo dissenso, che altro non configurerebbe che un nuovo contratto avente effetto solutorio, ossia un c.d. «contratto estintivo»¹⁶⁷ - ovvero un'ipotesi predeterminata *ex lege* di scioglimento del contratto potrebbero intaccare¹⁶⁸.

In forza del principio di vincolatività (o di intangibilità) del contratto i presupposti della stipulazione di un contratto sono: la consapevolezza dell'atto che si sta per compiere, la serietà dell'impegno che si andrà ad assumere e, in generale, l'esistenza di un'effettiva e libera autodeterminazione del futuro contraente¹⁶⁹. La presenza di questi presupposti colora di irrettrabilità il vincolo contrattuale, in omaggio alla tradizione pandettistica che, come noto, è imperniata sul brocardo "*pacta sunt servanda*"¹⁷⁰.

Il principio di intangibilità della *lex contractus* esprime l'idea per cui il negozio giuridico, in quanto espressione intrinseca della libertà negoziale, appartiene al mondo dei privati e non può tollerare per sua natura interventi *ab externo*¹⁷¹. Con

¹⁶⁷ Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 951 e ss. In relazione alla tematica del mutuo dissenso si rinvia a BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 735, il quale lo distingue dai contratti restitutori che realizzano «una vicenda contrattuale inversa». Per approfondimenti in tema di mutuo dissenso si rinvia a LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980.

¹⁶⁸ Il tenore letterale della disposizione normativa di cui all'art. 1372 c.c. è parso infelice a quella dottrina che ha considerato tale formula «enfatica», non essendo possibile assimilare l'atto negoziale e la legge sotto ogni profilo: cfr., TORRENTE e SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004, p. 245. In tal senso anche CARNEVALI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 629; BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 36, il quale nell'indagare il rapporto tra «contratto e norma giuridica» osserva come il contratto possa ritenersi essere una norma negoziale per la sua funzione di «autoregolamento di rapporti giuridici privati» integrando «una regola giuridica posta in essere dai singoli interessati e destinatari della regola medesima». Anche a parere di chi scrive, la suddetta assimilazione e la qualificazione del contratto come norma non devono indurre in errore, operando la norma negoziale e la norma legale su due livelli diversi e presentando caratteri tipici diversi. In generale sul tema dell'integrazione si rinvia a FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 2013, p. 3; ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 479 e s.

¹⁶⁹ A presidio della stessa l'ordinamento ha apprestato una serie di meccanismi rimediali quali, ad esempio, l'annullabilità per dolo, errore o violenza, l'annullabilità ai sensi dell'art. 428 c.c. per incapacità di intendere e volere; l'inefficacia delle condizioni generali del contratto in caso di mancata specifica sottoscrizione per iscritto; la nullità di protezione prevista in caso di clausole vessatorie ai sensi dell'art. 36 cod. cons.; la rescissione; ecc.

¹⁷⁰ Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 951.

¹⁷¹ Il principio di intangibilità e il principio di vincolatività del contratto si integrano reciprocamente. Il principio di vincolatività del contratto *ex art.* 1372 c.c. opera sul piano degli effetti del contratto mentre il principio di intangibilità del contratto opera sul piano del contenuto. Tuttavia, posta l'impossibilità di distinguere il contratto dai suoi effetti, normalmente vengono considerati sinonimi. Così si evince da AaVv, *Efficacia del contratto*, nel *Commentario Cendon*, Milano, 2010, *Sub art.* 1372, p. 325 e ss. .

riguardo alla sua genesi, la matrice va rintracciata nell'ambito di una delle teorie relative alla natura del negozio giuridico¹⁷². In particolare, il riferimento è alla teoria del dogma della volontà, la cui essenza si potrebbe racchiudere tutta nella formulazione di tale quesito (retorico): se il diritto civile è posto a tutela dell'individuo come non attribuire al negozio giuridico il significato della più alta espressione dell'autonomia privata?¹⁷³.

Orbene, pur attribuendo alla teoria del dogma della volontà il merito di aver enucleato detto principio, si osserva come essa appaia superata da tempo in favore della teoria precettiva che guarda al contratto come *fenomeno sociale*: il baricentro del contratto non è più la *volontà* in quanto si guarda alla funzione che esso esplica ossia quella di autoregolamentazione degli interessi privati¹⁷⁴. L'adesione alla teoria

¹⁷² Cfr. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 18 e ss., secondo il quale sulla base della definizione del contratto quale «accordo mediante il quale le parti regolano un loro rapporto giuridico patrimoniale» si sono elaborate le teorie sulla natura del contratto, per cui è possibile distinguere una concezione soggettiva e una concezione oggettiva. In base alla concezione soggettiva l'essenza del negozio giuridico risiede nella «volontà creatrice dell'individuo». La volontà dell'individuo è elemento imprescindibile del negozio giuridico in quanto è «primo elemento costitutivo». Ciò sarebbe confermato dalla presenza di una serie di indici normativi quali ad esempio l'art. 1338 c.c. che nel disciplinare la responsabilità precontrattuale prevede il risarcimento del danno, non essendo richiesto alla parte di eseguire in ogni caso il contratto. Pertanto, se al negozio giuridico non corrisponde una vera volontà dell'individuo il negozio giuridico non potrebbe ritenersi tale. Secondo la concezione oggettiva o teoria della dichiarazione, invece, ruolo centrale è rivestito dalla dichiarazione, rispetto alla quale la volontà del soggetto non avrebbe un valore ai fini della configurazione del negozio. In realtà, parte della dottrina italiana, scindendo tra contenuto del negozio (oggetto di atti dispositivi) e effetti del negozio (indisponibili), ha cercato di salvare questa teoria proprio affermando l'indisponibilità degli effetti del negozio giuridico, che si produrrebbero *ope legis*. In realtà, la suddetta distinzione tra contenuto del contratto ed effetti del contratto suscita perplessità, essendo difficile attribuire una diversa portata agli effetti del contratto rispetto al contenuto dispositivo del regolamento negoziale. Infine, tali teorie sono state surclassate dall'emergere di una successiva convinzione avente ad oggetto la teoria precettiva che, in qualche modo, si pone a metà strada tra le due. Infatti, in base alla teoria precettiva la volontà rappresenta un momento psicologico meramente interno che rileva giuridicamente nella misura in cui «si sia tradotta in un fatto sociale», p.19. Pertanto, rifuggendo da concezioni assolutistiche Carlo Massimo Bianca ritiene che, in base alla teoria precettiva, la nozione di contratto non va determinata privilegiando un mero dato psicologico, quale la volontà psichica del soggetto, ovvero ad un dato materiale, quale la dichiarazione, concretando un «fenomeno sociale», BIANCA, *op. cit.*, p. 19.

Il principio della intangibilità del contratto sembra avere un suo corrispondente negli ordinamenti di *common law*: il principio della *sanctity of contract*, che costituisce un presidio della libertà contrattuale nei confronti degli interventi integrativi della giurisprudenza sotto la forma degli «*implied terms*».

¹⁷³ Tra i principale sostenitori della teoria della volontà vi è STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961; STOLFI, *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giur. ital.*, 1948, IV, p. 41 e ss. In senso critico a detta teoria con riguardo ai negozi *inter vivos*: BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, p. 290, il quale la considera plausibile con riguardo agli atti *mortis causa*, *op. cit.*, p. 290. Per approfondimenti si rinvia anche a BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2002.

¹⁷⁴ Cfr. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 20

precettiva non conduce a negare rilevanza all'autonomia privata. Anzi, tutt'altro. Essa attribuisce un ruolo di primo rilievo alla “volontà dichiarata” e, quindi, ha avuto il merito di agevolare la circolazione dei traffici, non essendo necessario indagare la volontà interna (che, poi, di per sé è anche inafferrabile)¹⁷⁵.

In dottrina è stato detto che, con l'affermazione di tale teoria precettiva, è sorto «un nuovo dogma dell'autonomia contrattuale»¹⁷⁶, per cui il principio di intangibilità del contratto si è rinvigorito, non sembrando possibile almeno in linea teorica e potenziale porre limiti alla libertà contrattuale. Se in origine il principio di intangibilità del contratto ha svolto un ruolo assolutamente dominante - insieme alla teoria del dogma della volontà - poi esso ha perso la propria rilevanza in quanto intaccato da un progressivo incedere del potere correttivo del giudice.

In particolare, il fenomeno della sindacabilità giurisdizionale dell'autonomia negoziale, a cui si lega il tema della congruità dello scambio, è stato attraversato da un processo evolutivo contraddistinto dai seguenti momenti.

Sotto la vigenza del codice civile del 1865 campeggiava ancora l'idea di un'autonomia negoziale quale “volontà sovrana”. La teoria del dogma della volontà continuava a mantenere un ruolo da protagonista, essendo tendenzialmente esclusa ogni possibilità di sindacato giurisdizionale della congruità dello scambio.

La progressiva erosione del principio di intangibilità ha avuto inizio con l'avvento del codice civile del 1942. A partire da questo momento si è attribuita rilevanza alla congruità tra le prestazioni mediante l'inserimento di specifiche previsioni all'interno del codice civile. In via esemplificativa, uno degli istituti che ha costituito espressione della nuova tendenza a limitare il principio di intangibilità è

¹⁷⁵ In questo modo si è riconosciuto alla volontà privata un potere creativo “autopoietico”, che trova in sé stesso, e dunque nella libertà contrattuale, il fondamento della propria essenza e che può scontrarsi con le clausole generali e i meccanismi sottesi alla loro concretizzazione mediante l'integrazione valutativa. Al riguardo estremamente evocativo è un passaggio del saggio di Fabrizio Volpe: «le negoziazioni devono essere ora rispettose del controllo di giustizia, perché questo è coesenziale all'autonomia negoziale che altrimenti non supererebbe il giudizio di meritevolezza»: VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 258. Quindi non si può ritenere possibile una piena realizzazione della libertà negoziale senza il presidio offerto dalle clausole generali, quali strumenti di giustizia contrattuale. La circostanza che le clausole generali costituiscano uno strumento di controllo della giustizia contrattuale è condiviso anche da PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 647. Dunque, il riconoscimento del contratto come fenomeno sociale, porta all'affermazione del valore superiore dell'autonomia privata che ha contribuito «ad accrescere il rilievo della sacertà delle contrattazioni private». Cfr. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 202.

¹⁷⁶ Cfr. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 202.

stata la *rescissione* quale rimedio applicabile ai contratti stipulati in stato di pericolo *ex art. 1447 c.c.* e in stato di bisogno *ex art. 1448 c.c.* Altri richiami impliciti al principio di congruità sono previsti agli artt. 1467, 1664, 1450, 1623 c.c.

Un ruolo importante è stato svolto, altresì, dalla Costituzione, che ha positivizzato all'art. 2 la nozione di solidarietà sociale.

Infine, anche il diritto europeo ha esercitato un effetto condizionante. Si pensi, ad esempio, al recesso di pentimento previsto nella disciplina dei contratti di consumo ovvero alle invalidità europee a presidio di vincoli di forma/contenuto¹⁷⁷. Tutti meccanismi che hanno vulnerato il valore del vincolo contrattuale.

Anche la giurisprudenza ha alimentato la tendenza dello sgretolamento dell'intangibilità. Si è assistito, infatti, a forme di intervento giudiziale consistite nella conformazione degli effetti del contratto mediante, ad esempio, la risoluzione parziale (sul punto, si consideri la riducibilità *ex officio* della clausola penale), la nullità parziale, sia nella sua forma assoluta sia in quella relativa (come la nullità di cui all'art. 36 cod. cons.).¹⁷⁸ Altre forme di intervento sono state particolarmente invasive in quanto estrinsecantesi nella creazione di figure quali, ad esempio, il divieto di abuso del diritto (considerato - da alcuni - esito dell'applicazione della clausola generale di buona fede in funzione valutativa). In altri casi, la giurisprudenza ha intaccato il principio di intangibilità mediante un'applicazione delle clausole generali al fine di dichiarare l'invalidità di atti negoziali. Invero, non può trascurarsi anche la crescente e progressiva importanza che hanno acquisito nel tempo i principi di ragionevolezza e di proporzionalità, dei quali spesso la giurisprudenza si è avvalsa per giustificare interventi giudiziali sul contratto.

8. Segue. L'art. 1374 c.c. e l'equità correttiva

L'ascesa dell'*aequitas* conduce ad affrontare il tema del rapporto tra integrazione giudiziale e disponibilità degli effetti del contratto¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Cfr. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 775. Sul tema dei poteri officiosi del giudice in funzione equitativa si rinvia anche al contributo di: MONTICELLI, *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 215.

¹⁷⁸ Cfr. PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, cit., p. 255, secondo cui il "rimedio" applicato dal giudice, in funzione della giustizia contrattuale, dipende dal tipo di settore considerato.

¹⁷⁹ In generale, sul tema della integrazione del contratto, si rinvia tra i tanti a: FEDERICO, *Profili*

Ai sensi dell'art. 1374 c.c. il contratto produce non solo gli effetti voluti dalle parti ma anche quelli che esorbitano da detta volontà per esser riconducibili a leggi, usi ed equità. In tal senso, la regola di cui all'art. 1374 c.c. può assimilarsi ad una norma "contenitore" nella misura in cui ad essa possono ricondursi tutte le ipotesi di integrazione legale e, indirettamente, anche giudiziale. In generale, gli *effetti* che discendono dal contratto, per il viatico dell'art. 1374 c.c., quali «modificazioni che il contratto determina nelle posizioni giuridiche delle parti, e nei corrispondenti rapporti giuridici», sollevano il problema del loro rapporto con l'autonomia privata¹⁸⁰.

In passato si è formata una disputa dottrinale intorno alla questione se *tutti* gli effetti del contratto dipendano dall'esercizio dell'autonomia negoziale ovvero se *alcuni* di essi vi prescindessero per esser predeterminati dalla legge. Secondo un indirizzo dottrinale l'autonomia privata non avrebbe alcun potere di condizionare *tutti* gli effetti del contratto per esser i medesimi predeterminati *ex lege*¹⁸¹. Tale tesi, criticata dalla dottrina maggioritaria per la portata strettamente riduttiva riconosciuta all'autonomia privata, sembra confondere la nozione di atto giuridico in senso stretto con quella di negozio giuridico¹⁸². Essa postula la distinzione tra la volontà delle parti di determinare il contenuto del regolamento contrattuale dalla possibilità per le stesse di disporre degli effetti del medesimo. In realtà, è inopportuno distinguere tra i due profili, quello del regolamento contrattuale e quello dei suoi effetti, e ciò sembrerebbe trovare conferma, altresì, nell'esistenza di una serie di istituti (quali, ad esempio, la condizione e il termine, il contratto fiduciario, la simulazione, il contratto preliminare), per il tramite dei quali le parti possono orientare, in modo più "mirato", l'esercizio della libertà contrattuale, conformandolo nel modo più aderente possibile

dell'integrazione del contratto, Milano, 2008.

¹⁸⁰ Cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 479.

¹⁸¹ Cfr. ROPPO, *op. cit.*, p. 480, che prende le distanze dalle tesi di stampo normativista.

¹⁸² La distinzione tra atto giuridico e negozio giuridico risiede proprio nella disponibilità degli effetti del negozio giuridico. Invece, nel caso dell'atto giuridico in senso stretto gli effetti si producono *ope legis* sebbene, comunque, in conseguenza di un comportamento umano posto in essere.

alla realizzazione dei propri interessi concreti¹⁸³. Ne consegue che le parti, stabilendo il contenuto del contratto, dispongono nel contempo dei suoi effetti.

Senonché l'art. 1374 c.c. ha apportato un contributo rilevante alla progressiva erosione del principio di intangibilità del contratto sia per effetto della c.d. integrazione suppletiva sia per effetto della c.d. integrazione cogente¹⁸⁴, che in comune hanno il fatto di costituire la “fonte” di effetti non conformi alla volontà contrattuale.

In relazione alla c.d. “integrazione giudiziale”, o meglio “integrazione valutativa”, (espressione con cui si indica la possibilità del giudice di intervenire in sede di regolamento contrattuale mediante l'esercizio di poteri di controllo e, in particolare, di poteri correttivi che, a loro volta, si fondano su criteri giuridici o extragiuridici), si è posto il problema se considerare la buona fede come un criterio di integrazione del contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c., che in realtà menziona solo l'equità. Al riguardo, alcuni hanno rilevato come tale potere correttivo del giudice per mezzo della clausola generale della buona fede si fonda sull'equità (correttiva) richiamata all'art. 1374 c.c.¹⁸⁵

¹⁸³ Cfr. ancora ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 480, secondo cui non sono condivisibili le teorie normativiste secondo le quali la volontà delle parti rileva esclusivamente in punto di formazione del contratto, in quanto i suoi effetti sarebbero predeterminati *ex lege*. Si condivide tale orientamento. Peralto la tesi secondo la quale gli effetti sono prodotti in virtù del contratto e non della legge trova un riscontro anche giurisprudenziale. Infatti, oggi non vi sono dubbi, per la giurisprudenza di legittimità, sulla possibilità di disporre degli effetti solutori di un contratto, che ha la disponibilità degli effetti solutori di un negozio giuridico. Si veda CASS., 24 Novembre, n. 23824 in *Giur. it.*, 2011, p. 1028 e CASS., 10 Marzo 2011 n. 5734 in *Giust. civ. Mass.*, 2011, III, p. 389; in tema di rinuncia della parte non inadempiente ad eccepire l'inadempimento e della possibilità del ripristino dell'originaria obbligazione contrattuale, la S. C. si è espressa in senso favorevole, ammettendo la possibilità di ricostituzione dell'obbligo contrattuale nel caso in cui la risoluzione del contratto si sia già verificata per effetto o dell'avverarsi della clausola risolutiva espressa ovvero dell'inutile decorso del termine essenziale fissato dalle parti ovvero per effetto della diffida ad adempiere ovvero per effetto di sentenza del giudice che ha dichiarato risolto il contratto.

¹⁸⁴ Sul tema si rinvia a: CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1971; CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959 GABRIELLI, *Norme imperative e integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 499; ALPA, *Contratto in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da CICU e MESSINEO, XXI, I, Milano, 1968, p. 154 e ss; RICCIO, *Inserzione automatica di clausole e invalidità di clausole difformi*; in *Contr. e impr.*, 2005, p. 64; RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Mon. Cred.*, 1948, p. 530.

¹⁸⁵ La questione non è di poco conto giacché è alla base di quella tesi che sostiene l'esistenza di una commistione tra buona fede ed equità che, invece si ritiene debbano essere distinte. Buona fede ed equità, operando specularmente, non sono concetti sovrapponibili, la prima inerendo un piano statico, la seconda un piano funzionale dell'integrazione del contratto. Esclusa ogni sovrapposizione resta possibile una loro reciproca integrazione. La tesi che sostiene la capacità di buona fede ed equità di integrarsi reciprocamente mi pare essere sostenuta da NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 240, secondo la

L'equità correttiva evoca l'idea della giustizia contrattuale, sicché potrebbero suscitare perplessità *forzature interpretative* della clausola della buona fede basate su un'idea di “giustizia” del contratto, a sua volta espressiva dell'adesione a determinate tendenze e istanze solidaristiche ovvero a dati valori personalistici¹⁸⁶.

Ed ecco che si arriva al nodo centrale della questione.

Il contratto, come noto, può presentare differenti tipi di lacune contrattuali.

Alcune di queste possono esser colmate con gli strumenti predisposti dall'ordinamento come l'interpretazione. Un altro tipo di lacune, invece, può necessitare di un'attività maggiormente incisiva dell'interprete.

Ma allora come evitare le forzature interpretative? Collocando le clausole generali tra gli strumenti di interpretazione (quindi, auto-integrativi) o tra gli strumenti di etero-integrazione?

Secondo una ricostruzione aderente al metodo formalistico, che considera le clausole generali strumenti autopoietici¹⁸⁷, le suesposte considerazioni suggerirebbero di ritenere che, rispetto al contratto, sia consentita solo un'attività di autointegrazione, attuata guardando all'interno dell'ordinamento e ivi cercando una risposta alle lacune contrattuali, colmandole con il ricorso a strumenti interpretativi e ai criteri di interpretazione di cui agli artt. 1362 e ss. c.c.¹⁸⁸.

quale, infatti, le due clausole hanno finito per avvicinarsi nel corso del tempo, per cui «la sola differenza che si può evidenziare tra i due principi è costituita dal fatto che la buona fede costituisce lo strumento teorico, che il giudice deve tenere sempre presente per valutare l'equilibrio di un contratto, l'equità rappresenta il mezzo pratico per dare giustizia nel caso concreto».

¹⁸⁶ Cfr. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 94, il quale manifesta un atteggiamento tendenzialmente critico rispetto alla correzione giudiziale fondata su valori solidaristici, in quanto il legislatore quando ha voluto sottrarre dalla disciplina generale del contratto e, quindi, dalla pura logica economica del mercato determinati settori che egli definisce «sotto-sistemi legislativi speciali» lo ha volutamente ed esplicitamente fatto. Quindi al di fuori di tali settori soggetti a delle "regole protettive", ispirate a dei valori solidaristici, non appare opportuno un sindacato di merito sostitutivo della volontà negoziale. Del resto, come osservato da una parte della dottrina, quale sarebbe la norma autorizzerebbe il giudice a compiere siffatto sindacato giudiziale? Cfr. CAMARDI, *Contratti di consumo, contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, cit., p. 576.

¹⁸⁷ Cfr. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, p. 27, secondo cui «Colpa, equità, buona fede, ingiustizia evocano, appunto, termini che potrebbero sembrare propri del linguaggio morale, categorie della giustizia universale, ma che inseriti nel tessuto normativo, subiscono una mutazione semantica». Egli precisare che alla base della individuazione del significato di ogni concetto-valvola vi è una discrezionalità giudiziale ineliminabile e la natura autopoietica del concetto-valvola si esprima proprio nella sua funzione di svolgere un “controllo cognitivo” ossia un controllo che non è finalizzato a correggere il diritto positivo ma ad ordinarlo soccorrendo «specifici problemi di tecnica normativa».

¹⁸⁸ L'attività ermeneutica consiste in un'attività di tipo gnoseologica. A tal fine, l'interprete si avvale oltre che delle norme di interpretazione soggettiva, previste dagli artt. 1362-1365 c.c., delle norme di interpretazione oggettiva, previste dagli artt. 1365-1371 c.c. anche della clausola di

La premessa di questa tesi è che non sarebbe la realtà sociale a condizionare il fenomeno giuridico, ma quest'ultimo a tentare di colonizzare la realtà sociale¹⁸⁹. Conseguentemente, dovrebbe ritenersi inammissibile l'operatività, rispetto al contratto, di tutti quei meccanismi di etero-integrazione, sia di tipo legale (es. la sostituzione automatica di cui all'art. 1339 c.c.) sia di tipo giudiziale¹⁹⁰ in quanto minano la fiducia delle parti nella certezza dei traffici.

Secondo un altro indirizzo le clausole generali sono *strumenti etero-integrativi* del contratto: le lacune del contratto che richiedono il loro intervento non dipendono da carenze inerenti il contenuto dichiarativo ma dalla sua «più generale inidoneità ad operare»¹⁹¹. Si è detto, allora, che la questione non è considerare la natura delle clausole generali come strumenti autopoietici o come strumenti eterointegrativi ma risiede nell'individuazione di un'esatta linea di demarcazione tra auto-integrazione ed etero-integrazione (del contratto) che potrebbe essere risolto riconoscendo alle clausole generali la peculiare caratteristica di essere, allo stesso tempo, esterne ed

ragionevolezza. Dal complessivo tenore di tali articoli si evince l'esistenza di tre criteri gerarchicamente ordinati per l'interpretazione del contratto: il significato oggettivo, il significato legale, la comune intenzione delle parti. Tra tali criteri ermeneutici particolare interesse suscita, ai fini della suddetta trattazione, quello previsto dall'art. 1365 c.c. che sancisce una presunzione di non tassatività delle situazioni esemplificative riprodotte nell'ambito di un regolamento contrattuale e che trova un limite proprio nella clausola generale di ragionevolezza. La clausola generale di ragionevolezza presenta una doppia natura: 1) criterio di razionalità e coerenza 2) *ratio contractus*. Cfr. SENIGAGLIA, *Interpretazione complessiva del contratto e clausola generale di ragionevolezza*, in *Giur. it.*, 2003, p. 281.

¹⁸⁹ Cfr. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 42. In questo senso si è ritenuto che l'ordinamento giuridico presenti il carattere dell'autonomia dalle altre scienze in quanto nel recepirne la terminologia l'ordinamento giuridico la rielabora e ricostruisce artificialmente, conferendo ai concetti un nuovo contenuto coerente con lo specifico settore giuridico in cui viene utilizzato. Per un approfondimento sull'argomento si rinvia a TEUBNER, *Il diritto come soggetto epistemico: per una teoria della conoscenza costruttivista*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 287. Questo è alla base di una mutazione semantica della clausola generale il cui grado di astrazione le consente di svolgere una funzione cognitiva delle antinomie giuridiche e di assicurare, ove necessario, che la stessa mantenga il suo carattere «produttivo» senza degenerare in quello «distruttivo»: Cfr. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 26 e ss. Egli, inoltre, ricorrendo ad una metafora assimila le regole della buona fede a quelle del pugilato: come il divieto pugilistico dei colpi bassi è volto a far sì che la vittoria venga riconosciuta al pugile che mostri la migliore tecnica e potenza, così le regole della buona fede presidiano gli scambi commerciali affinché i medesimi rispondano a delle logiche di mercato non «distorte da fattori ad esse estrinseci».

¹⁹⁰ Rispetto ad un particolare tema, ossia quello della riducibilità *ex officio* della clausola penale, una critica accesa al potere correttivo del giudice, all'indomani di una pronuncia della Cassazione è stata espressa da CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 297 e ss. Per approfondimenti si rinvia anche a MEDICI, *Clausola penale, manifesta eccessività e riduzione giudiziale*, in *Riv. crit., dir. priv.*, 2003, p. 321; PALMIERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto e unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 106.

¹⁹¹ Cfr. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., p. 64.

interne al regolamento contrattuale: esterne, in quanto non sono necessariamente contemplate nel regolamento contrattuale; interne, in quanto, sebbene non contemplate, possono avere, all'occorrenza, una diretta incidenza sul medesimo¹⁹².

Tale tesi attribuisce alle clausole generali, in coerenza con una visione antiformalistica, la natura di strumenti etero-integrativi. Anch'essa suscita delle perplessità comprensibili in ragione del timore che i poteri correttivi del giudice sul regolamento contrattuale possano condurre a risultati assimilabili a quelli di una norma di legge e comportare un pregiudizio per la certezza del diritto.¹⁹³ Quest'ultima tesi appare preferibile, seppur negli stretti limiti dati da un'interpretazione evolutiva. Si ritiene, infatti, che le clausole generali - quali *strumenti di etero-integrazione* - svolgano la funzione di derogare ovvero di correggere, ampliando la sua sfera di cognizione, il diritto positivo quando lo stesso appaia carente rispetto alle spinte evolutive della società.

Si tratterebbe, dunque, di *fonti di produzione di norme* che suppliscono a *deficit* del sistema giuridico, svolgendo una «*funzione omeostatica*» tesa a garantire l'aderenza del diritto alla realtà non solo in una prospettiva *temporale*, in relazione all'evoluzione della morale, dei costumi, della tecnica e della scienza, ma anche in una prospettiva *spaziale*, in relazione agli effetti della globalizzazione e alla convivenza tra diversità culturali, religiose ed etniche che essa comporta.¹⁹⁴

L'adozione di questa prospettiva solleva il problema dell'opportunità di un approccio restrittivo dell'interprete tutelante l'autonomia contrattuale, allo scopo di contenere la loro operatività, scongiurando "straripamenti giudiziari", o quantomeno rendendoli prevedibili.

9. La solidarietà come espressione di equilibrio contrattuale

Il tema della giurisprudenza para-normativa si intreccia, nei termini anzidetti, a quella dell'equilibrio contrattuale¹⁹⁵. Chiarita la natura delle clausole generali come

¹⁹² Sul tema delle fonti di integrazione del contratto, RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

¹⁹³ In tal senso ROPPO, voce «*Contratto*», *Digesto IV*, disc. priv., sez. civ., Torino, 1989, p. 126.

¹⁹⁴ Cfr. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, cit., p. 106.

¹⁹⁵ Sul tema dell'equilibrio contrattuale, i contributi dottrinali sono numerosi e, in via esemplificativa, si richiamano: FERRONI, *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata*, Napoli, 2002; GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 423; GIORGI, *Teoria generale delle obbligazioni nel diritto moderno e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di*

strumenti *etero-integrativi* e, dunque, "omeostatici", tesi a ridurre il più possibile lo scollamento tra realtà e diritto, sorgono inevitabili i seguenti quesiti: se il bilanciamento tra valori/principi confliggenti avviene per effetto del potere correttivo del giudice, qual è la *ratio* che lo potrebbe (o, forse, dovrebbe) ispirare?¹⁹⁶ Che ruolo rivestono le clausole generali nell'attività di interpretazione giudiziale? È corretto configurarle come dei criteri di decisione ovvero è preferibile la qualifica di criteri che consentono, a loro volta, l'individuazione di criteri di decisione?¹⁹⁷

Affermarne la natura di criteri di decisione, peraltro, solleverebbe dei problemi in relazione al grado di astrattezza del loro contenuto. Infatti, un criterio di decisione che opera su un piano meramente astratto potrebbe realmente considerarsi un criterio di decisione?

Il quesito retorico tradisce una risposta negativa, così escludendosi la loro natura di criteri di decisione. Si osserva come, sebbene esse operano su un piano meramente astratto, la loro orbita è definita assiologicamente, sicché ben possono rappresentare ancora dei «segnalatori sistemici» in quanto svolgono la funzione di segnalare, per l'appunto, un potenziale conflitto tra regole contemplanti valori

diritto civile, Padova, 2003; RIZZUTI, *Nullità ed equilibrio contrattuale*, in *Giur. it.*, 2011, p. 7; ROLLI, *Le attuali prospettive di «oggettivazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio commerciale»?*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 611; VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, IV, p. 743.

¹⁹⁶ L'antinomia è voluta dal sistema quale uno «strumento di mediazione di interessi confliggenti»; a titolo di esempio, si richiama l'antinomia esistente tra il diritto del proprietario di godere del bene senza interferenze di terzi e le esigenze della produzione. Infatti, dall'art. 844, co. 2° c.c. si evince l'esistenza della categoria delle immissioni intollerabili e autorizzate: Cfr. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 52. In relazione al problema delle antinomie astrattamente esistenti tra le norme dell'ordinamento giuridico, inoltre, egli ritiene che in linea di massima il problema deve essere risolto mediante il ricorso alla «tecnica della confinazione» ossia considerare i principi in relazione allo specifico settore in cui sono inseriti: BARCELLONA, *op. cit.*, p. 32. Con riguardo al *modus procedendi* della tecnica, Mario Barcellona lo spiega ricorrendo al seguente esempio: in tema di circolazione dei beni il principio di priorità dell'acquisto si atteggia in modo diverso e si colora di connotazioni ulteriori a seconda del diverso sotto-ambito in cui si inserisce. Quindi, nel caso dei beni immobili diventa il principio di priorità della trascrizione *ex art. 2644 c.c.*; nel caso di acquisto avente ad oggetto beni mobili si configura come principio di priorità del possesso *ex art. 1153 c.c.* (regola del possesso vale titolo). Vero è che, in ogni caso, una decisione giudiziale sarà «tanto più creativa quanto più generali, vale a dire quanto più in alto nella gerarchia, sono i principi invocati»: GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, p. 344. Pertanto, quando si parla di giustizia quale criterio che deve ispirare la decisione giudiziale si evoca, inevitabilmente, il piano del metodo, definendosi giusta quella decisione giudiziale che «ha la caratteristica di non patire obiezioni da parte di alcuno degli interessati», in ragione del rigore formale che la caratterizza, sicché - se ne ricava - che la giustizia altro non è che la massima espressione del senso logico: Cfr. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 544.

¹⁹⁷ Sul tema si rinvia a BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 59 e ss. il quale ha prospettato l'opportunità di tale distinzione al fine di spiegare l'attitudine di una clausola generale a produrre delle regole che l'interprete andrà in concreto ad applicare.

differenti¹⁹⁸. Esse costituirebbero, propriamente, dei «criteri di prevalenza relativa» (o come è stato detto delle «norme sulla produzione di altre norme»), nella misura in cui *offrono* dei criteri di decisione all'interprete per stabilire la prevalenza dell'uno o dell'altro valore¹⁹⁹. In questo modo, si potrebbe ipotizzare che esse, pur non integrando dei criteri di decisione, configurano delle “*tecniche*” di *reperimento di criteri di decisione* di cui l'interprete si avvale per risolvere antinomie ovvero per colmare le lacune contrattuali²⁰⁰.

Ciò premesso, occorre domandarsi ulteriormente se esistono a monte, e in che misura, dei limiti - oltre a quelli integrati dal rispetto di questo tipo di "tecniche" di utilizzo della clausola generale - al potere del giudice per esser l'autonomia negoziale, oltre che valore fondante del mercato, oggetto di un diritto fondamentale.

Si ritiene che i poteri di intervento del giudice devono esser ispirati ad un *criterio di ragionevolezza* in quanto l'obiettivo dell'interprete è giungere ad una soluzione che sia il più possibile equilibrata ed equa²⁰¹. Il criterio di ragionevolezza richiede che il giudice nell'applicare la clausola generale indichi il metodo logico seguito e spieghi la “precomprensione” - ossia la “prima” comprensione della regola coerente con tradizione giuridica dell'ordinamento - che lo ha guidato nella sua concretizzazione in un determinato senso²⁰², tenendo conto, altresì, delle caratteristiche concrete del caso.

¹⁹⁸ Cfr. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 37.

¹⁹⁹ Dei concetti-valvola quali «segnalatori sistemici» parla BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 58., che configura le clausole generali come «tecniche di prevalenza relativa», in quanto «non hanno alcun senso sostantivo, né evocano specifici referenti positivi o meta-positivi».

²⁰⁰ Cfr. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 59, il quale prende le distanze da quella distinzione che tradizionalmente vede contrapposte le «regole» e i «criteri-non regole» (come possono considerarsi le clausole generali). Ritiene che le clausole generali non sono criteri diversi dalle regole, ma «norme sulla produzione di regole in base ad una struttura e secondo un procedimento, che vanno, invece, di volta in volta analiticamente considerati». Pertanto, una corretta distinzione non riguarda direttamente le regole e le clausole generali bensì la struttura delle regole e la struttura dei criteri di decisione prodotti da tali clausole generali. In questo senso anche VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., *passim*.

²⁰¹ Sul tema del principio di ragionevolezza la dottrina è vastissima: CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 717.; DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 23.; NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars Interpretandi*, Padova, 2002, p. 373; PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013; PIRAINO, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 1287.; RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007; SENIGAGLIA, *Interpretazione complessiva del contratto e clausola generale di ragionevolezza*, in *Giur. ital.*, 2003, p. 279.

²⁰² In tal senso sembra spiegare il rapporto tra ragionevolezza e clausole generali PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 43 e ss., secondo cui è proprio questo *modus procedendi* ad evitare che la concretizzazione della clausola generale si traduca in mera creazione del diritto.

Con riguardo alla questione del rapporto antinomico esistente tra libertà negoziale e degli altri valori si osserva come essa, quale diritto fondamentale, può trovare, tuttavia, un limite nella "solidarietà sociale", che in alcuni casi è stata considerata valore prevalente, in quanto - è stato detto - «l'autonomia privata può, o forse deve, essere controllata per garantire rapporti giusti»²⁰³.

Infatti, l'assenza di controlli giudiziali sul contenuto del contratto potrebbe favorire scambi ingiusti. Questo perché tra le parti non sussistono necessariamente condizioni di opportunità ugualitarie: anzi, spesso gli individui falliscono nella valutazione di adeguatezza degli scambi commerciali²⁰⁴.

Dunque, un controllo è necessario. Si tratta di un controllo che avviene attraverso le clausole generali che assumerebbero, in questa prospettiva, il ruolo di *fonti di integrazione* del contratto in quanto strumenti della giurisprudenza per realizzare l'*aequitas* contrattuale. In cosa si concreta la valutazione di “giustizia”

²⁰³ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 32.

²⁰⁴ Cfr. PIRAINO, *Il diritto europeo e la “giustizia contrattuale”*, in *Eur. e dir. priv.*, 2015, p. 279, secondo cui spesso si assiste all'«inceppamento» di una negoziazione libera e consapevole dovuto proprio all'incapacità degli individui di compiere scelte razionali. Quindi alla volontà dell'individuo non corrisponde la migliore scelta, con tutti gli effetti negativi che da ciò derivano, su larga scala, per il mercato e che hanno determinato interventi del legislatore europeo a favore del “contraente debole”.

degli atti negoziali rimessa all'organo giurisdizionale? Infatti, la stessa sembra essere l'effetto consequenziale «dell'influsso esercitato nei rapporti privatistici dai principi costituzionali» tra cui, appunto, è il dovere di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost*²⁰⁵. Solidarietà che, quindi, appare non tanto un valore contrapposto al mercato ma quasi un mezzo per una sua efficiente realizzazione.

Sebbene vi sia la tendenza attuale ad attribuire all'ordinamento giuridico nel settore degli scambi commerciali un ruolo minimale sul presupposto di una capacità del mercato di autoregolarsi, tuttavia il mercato ha dimostrato e dimostra di non essere in grado di farlo. Il raggiungimento di un pieno equilibrio contrattuale richiede, oltre che una piena esplicazione della libertà negoziale, anche l'eliminazione di tutte quelle disparità che sono ostative alla stessa. La creazione di un mercato efficiente è il risultato di una serie di scambi congrui, per cui è necessario che l'autonomia privata non incorra in fenomeni distorsivi, sicché una negoziazione libera e consapevole ne costituisce presupposto indefettibile²⁰⁶.

Dunque, sembra indispensabile l'intervento di un "terzo" rispetto alle parti, che assicuri che le negoziazioni avvengano sempre in modo libero e consapevole, neutralizzando fenomeni distorsivi ove presenti, cosicché tendenzialmente si può osservare come ad una giustizia di tipo commutativo finisca per accompagnarsi una giustizia di tipo distributivo²⁰⁷. Questo tipo di approccio disvela simmetricamente un

²⁰⁵ Invero, in dottrina il principio della solidarietà sociale viene legato alla clausola generale della buona fede nella misura in cui si ritiene che solidarietà e buona fede siano coestensive. Cfr. PIRAINO, *op. cit.*, p. 259. Ma già nel 1949, BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 356, secondo cui la buona fede deve essere intesa come «fedeltà alla parola data e come spirito di collaborazione... (*omissis*)...reciprocità degli impegni e degli affidamenti» così da consentire la creazione di una «comunione» (tra le parti) da guardarsi «alla luce della fondamentale solidarietà che lega reciprocamente i soggetti partecipi», p. 356.

²⁰⁶ Cfr. PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, cit., p. 236, secondo cui il diritto privato europeo introduce dei congegni (quali ad esempio, le nullità di protezione, gli obblighi informativi, ecc.) al precipuo fine di rimediare ai condizionamenti prodotti dall'occupare una determinata parte una posizione privilegiata nel mercato e al fine di rendere compatibile, *in itinere* o *a posteriori* (mediante il potere correttivo del giudice), l'autonomia negoziale con un mercato concorrenziale. Peraltro, la tesi della «funzionalizzazione dell'autonomia contrattuale» alla realizzazione di un mercato il più possibile razionale è da tempo sostenuta in dottrina. Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 116, secondo cui il contraente debole (ossia il consumatore e l'impresa debole) sono «attori in concreto della macro-strategia di mercato predisposta dal legislatore comunitario». Per approfondimenti, in generale, sul diritto privato europeo si rinvia a ALPA, ANDENAS, *I fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005.

²⁰⁷ Cfr. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007, p. 73. Per un'analisi in senso critico del principio di giustizia commutativa come fondamento esterno del contratto si rinvia a CALDERAI, voce «Giustizia contrattuale», in *Enc. del dir.*, VII, Milano, 2014, p. 456, il quale critica quelle teorie che, considerando il principio di giustizia come un presupposto esterno al contratto, gli attribuiscono una natura commutativa. Viceversa, egli ritiene che proprio dalla disciplina della responsabilità contrattuale si evinca l'esistenza di un principio di giustizia

indebolimento del ruolo del legislatore: il giudice finisce per svolgere un «ruolo attivo nella costruzione del contenuto del contratto» e, indirettamente, anche del mercato²⁰⁸.

Quindi, se in passato si poteva riscontrare una certa resistenza a mettere in discussione l'autonomia negoziale, la tendenza attuale è di privilegiare l'*aequitas* tra le prestazioni contrattuali, considerata quasi prevalente all'autonomia privata²⁰⁹.

10. La clausola generale come rimedio (generale)?

In questo contesto diventa centrale comprendere il ruolo integrativo della giurisprudenza che quando si misura con l'applicazione delle clausole generali si disvela in tutta la sua complessità, come la casistica giurisprudenziale conferma, essendo divenuto intricato il rapporto esistente tra regole di validità e regole di responsabilità soprattutto a seguito degli interventi legislativi europei. Orbene, la questione che si esamina concerne il caso in cui l'interpretazione *ope iudicis* delle clausole generali stravolga la loro originaria funzione, finanche traducendosi in un *limite* per l'autonomia privata.

Si pensi, ad esempio, alla clausola generale di buona fede che, considerata tradizionalmente una “regola di responsabilità”, talvolta ha dismesso tali panni per fungere da criterio di validità del contratto: con essa, la giustizia contrattuale

distributiva che dovrebbe accompagnare le negoziazioni: ad esempio, essa sarebbe confermata dall'esistenza «degli obblighi di restituzione che impediscono l'ingiustificato arricchimento della controparte inadempiente».

²⁰⁸ In tal senso CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolati»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, IV, p. 582. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., p. 74, che si mostra critico rispetto al rafforzamento del potere del giudice determinato da questa relegazione del legislatore ad un ruolo minimo e a questa cieca fiducia nel mercato di realizzare un'allocazione ottimale delle risorse in quanto «all'autorità giudiziaria non può essere attribuita alcuna responsabilità di indirizzo politico»: siffatta responsabilità, infatti, non potrebbe considerarsi coerente con «le modalità di accesso alla magistratura italiana» e prosegue ritenendo che «nel nostro Paese la separazione tra giudici e politica deve esser ben definita, in quanto la legittimazione del potere giudiziario non dipende dalla sovranità popolare». In senso critico si esprime anche GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 409, il quale ritiene che la modificazione secondo buona fede del contratto iniquo trasforma la libertà contrattuale in «un delitto», posto che esprime l'idea di libertà contrattuale anche lo scambio iniquo; un «delitto inutile», specifica l'autore. Più che inutile, un "delitto paradosso", a parere di scrive, in quanto finirebbe per sanzionare ciò che, in realtà, dovrebbe presidiare: la libertà contrattuale che si sostanzia anche nella stipula di contratti iniqui.

²⁰⁹ Una disamina delle applicazioni giurisprudenziali che evidenziano tale tendenza della giurisprudenza verrà svolta nel prosieguo della trattazione ove si indagherà il percorso argomentativo seguito dalla Suprema Corte al fine di valutare se il *modus procedendi*, di volta in volta utilizzato, sia coerente con l'idea di una clausola generale quale riflesso della natura autopoietica dell'ordinamento giuridico ovvero se, al contrario, riveli la loro natura extra-sistemica.

intrattiene un rapporto che può ritenersi irriducibile, quasi simbiotico²¹⁰. Infatti, è accaduto che la giurisprudenza di legittimità, pronunciandosi in materia di contratto di *leasing*, si è espressa così testualmente «la clausola del contratto di *leasing* che fa gravare sull'utilizzatore il rischio della mancata consegna viola il principio dell'esecuzione del contratto secondo buona fede ed è pertanto invalida», considerando la norma di cui all'art. 1375 c.c. avente una natura imperativa (CASS., 2 Novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081).

Un altro esempio è offerto dalla legge 192/1998, in tema di subfornitura, che, pur non essendo di diretta promanazione europea, ha rappresentato l'esito di una serie di *input* provenienti dall'Europa²¹¹. L'art. 9 di tale legge definisce l'abuso di dipendenza economica come quello stato «in cui un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi». Da tale norma si evince che la situazione di dipendenza economica è determinata da *comportamenti* della parte economicamente più forte. Eppure, l'ultimo comma dell'art. 9 della legge non inserisce la realizzazione di tali condotte in una logica di responsabilità risarcitoria, bensì in una logica invalidante, essendo *nulla* la clausola o il contratto che prevede l'abuso di dipendenza economica.

Tale opzione legislativa è apparsa fortemente innovativa per il nostro sistema e, probabilmente, insieme ad altri interventi legislativi di matrice comunitaria (quali, ad esempio, la legge 52/1996 che ha introdotto la disciplina in tema di clausole vessatorie – dall'art. 1469 *bis* all'art. 1469 *sexies*, poi trasfusi nel Codice del Consumo agli artt. 33 e ss.) è alla base di una riflessione che involge la clausola generale della buona fede al fine di rivisitarne la natura, considerandola non solo come regola di responsabilità ma anche come regola di validità, ossia genericamente come un *rimedio contrattuale*²¹².

²¹⁰ Cfr. PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, cit., pag. 293. Sui diversi usi applicativi che si sono succeduti con riguardo alla buona fede si rinvia, altresì, a MIRIELLO, *La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 284.

²¹¹ Si pensi, ad esempio, alla Raccomandazione della Commissione Europea del 12 Maggio 1995.

²¹² Si pensi al richiamo alla buona fede, quale parametro del giudizio di invalidità delle clausole vessatorie ai sensi dell'art. 33 cod. cons. Cfr. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratti del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., *passim*, il quale suggerisce una rivisitazione di tale tradizionale dicotomia sintetizzandola nella categoria unitaria di rimedio contrattuale, al contrario di altra dottrina che ritiene tale distinzione una guida ancora valida per l'interprete Cfr., VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur e dir. priv.*, 2006, p. 65. Nel senso di considerare la clausola

Come rimedio generale, la forma di giustizia che la buona fede, quale "tecnica di prevalenza relativa", mirerebbe a realizzare non è il raggiungimento di un equilibrio oggettivo tra le prestazioni, bensì il conseguimento di un equilibrio "soggettivo"²¹³. Tale fine viene perseguito per effetto dell'instaurazione di un secondo momento valutativo (quello, per l'appunto, che avviene in sede di giudizio) con il quale si elidono, o comunque impediscono, gli effetti percepiti come ingiusti prodotti dal primo momento valutativo, ossia quello della conclusione del contratto²¹⁴. I *modus procedendi* seguiti dalla giurisprudenza per impedire o quantomeno limitare gli effetti negativi derivante da tale primo momento valutativo sono stati diversi.

generale della buona fede come operante sul piano della validità degli atti negoziali pare essere RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999. Peraltro, la tesi stride con l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità (CASS., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, 784) in base al quale non sono ammissibili confusioni tra regole di validità - rilevanti sul piano dell'*atto* - e regole di responsabilità - rilevanti sul piano del *rapporto*. Una tesi mediana sostiene che, pur essendo validità e responsabilità piani distinti, «l'atto invalido può entrare nella fattispecie normativa dell'illiceità; e questa a sua volta può contenere un atto invalido»: Cfr. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. dir. proc., civ.*, 2005, p. 1053.

²¹³ Tuttavia il rapporto di mezzo a fine tra buona fede e giustizia contrattuale non è pacificamente condiviso in dottrina. Si riscontrano opinioni discordanti sul tema come quella secondo la quale la buona fede non potrebbe assurgere a parametro per censurare il difetto di *aequitas* di un contratto in quanto ciò equivarrebbe ad affermare l'esistenza di una contraddizione intrinseca nel sistema, posto che la violazione della buona fede contrattuale è fonte di responsabilità risarcitoria e non di invalidità del contratto. Per ulteriori approfondimenti, sul punto, si rinvia a PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005.

²¹⁴ Si tratta di una giustizia che costituisce «esito» di un «meccanismo di rivisitazione» Cfr. PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, cit., p. 243.

CAPITOLO 2

ESPERIENZE APPLICATIVE DELLE CLAUSOLE GENERALI IN MATERIA CONTRATTUALE

SEZIONE 1

METODOLOGIE DI CONCRETIZZAZIONE DELLE CLAUSOLE GENERALI

1. Una nuova concezione del rapporto Stato-Mercato

Si è parlato di equilibrio contrattuale e dei suoi rapporti con l'autonomia contrattuale. Si tratta di un tema che conduce ad indagare l'esistenza e la portata dei poteri di controllo del giudice sul contenuto del contratto, avallata esplicitamente da molteplici previsioni normative quali ad esempio gli art. 1374, 1384, 1526, 1664, 1226, 1467 c.c. Inoltre, detti poteri di controllo possono considerarsi implicitamente contemplati all'interno dell'art. 1455 c.c., laddove al giudice viene demandata una valutazione in merito al grado di gravità dell'inadempimento al fine di valutare l'opportunità o meno della risoluzione del contratto²¹⁵.

In materia, appare opportuno distinguere tra normativa nazionale e normativa europea²¹⁶. In entrambe le prospettive, il sindacato del giudice sul contenuto del contratto si lega al tema della giustizia contrattuale²¹⁷.

La giustizia contrattuale suggerisce, tuttavia, il richiamo ad istanze non tanto di tipo etico quanto di tipo *mercantilistico*²¹⁸. Ciò è particolarmente evidente se si

²¹⁵ Cfr. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., p. 9.

²¹⁶ Quest'ultima ha imperniato la giustificazione di tale controllo sul concetto di "contraente debole". Si rinvia, sul punto, tra i tanti a: CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., p. 831.

²¹⁷ *Ante*, Cap. 1, Sez. 2. Peraltro, si osserva come detta espressione ricorre essenzialmente nelle elaborazioni dottrinali, apparendo per la giurisprudenza un'espressione troppo diretta e preferendo alla stessa la combinazione tra buona fede e doveri di solidarietà sociale. Cfr. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 148.

²¹⁸ In tal senso, possono considerarsi superate quelle tesi che guardano alla solidarietà alla stregua dell'etica "sociale". L'etica sociale è espressione di una sorta di un paternalismo statale proprio di uno Stato regolatore, che si pone rispetto al mercato in rapporto di mutua esclusione: ossia interviene solo quando il mercato comprometta diritti inviolabili del singolo. L'etica che viene in rilievo, secondo questa nuova concezione del mercato, quale quella di un "mercato regolatore", è un'etica individuale che, tuttavia, non sempre risponde alla logica del mercato concorrenziale. Per questa ragione, appare necessaria, in via suppletiva, l'intervento dell'interprete sul contenuto del contratto come forma di controllo dello stesso.

sofferma l'attenzione sui recenti interventi normativi europei in materia di contratti dei consumatori e contratti tra imprese, ove frequente è il richiamo alla ragionevolezza: il controllo giudiziale per il tramite della ragionevolezza diviene, così anticipandosi in parte il discorso a seguire, sinonimo di congruità dello scambio.

Alla base del possibile *deficit* di congruità e, quindi, della irragionevolezza dello scambio, con riguardo ai contratti tra imprese e tra impresa e consumatore vi è, come noto, una situazione di *debolezza*. Una debolezza, che si atteggia in modo diverso a seconda del tipo di contratto.

Con riguardo ai contratti tra consumatore e professionista verrebbe in rilievo una debolezza connessa ad una situazione di asimmetria informativa. Pertanto, si configura una «debolezza di tipo informativo e/o cognitivo»²¹⁹. Nei contratti tra imprese l'asimmetria presenta una connotazione più marcatamente materiale, inerendo direttamente il contenuto delle prestazioni. Per questa ragione si preferisce parlare di «debolezza economica»²²⁰.

La diversa natura della debolezza contrattuale si riflette sull'oggetto del controllo del giudice, nel primo caso investendo un equilibrio di tipo normativo, nel secondo caso un equilibrio di tipo economico²²¹.

Nella prospettiva della precedente concezione, il rapporto tra Stato (dove per Stato si intende il Legislatore) e Mercato era concepito in termini di mutua esclusione, coerentemente con la concezione di liberismo economico che caratterizzava il periodo, come evidenziato anche in dottrina²²². *Ergo*, le forme di debolezza sin qui evidenziate, che poi rappresentano il filo conduttore della disciplina comunitaria in tema di controllo dell'equilibrio contrattuale, in quest'ottica, sembrano essere affette da uno «strabismo sociologico».²²³ Ogni contraddizione

²¹⁹ Cfr. VETTORI, *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 343.

²²⁰ Cfr. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 786.

²²¹ Cfr. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 34. Sulla distinzione tra equilibrio economico e equilibrio normativo, quali "connotati" del «contratto con asimmetria di potere contrattuale», si rinvia anche a MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 156

²²² Secondo questa progressiva prospettiva del rapporto Stato - mercato, la funzione essenziale delle clausole generali era proprio quella della «applicazione della concezione dello stato etico»: Cfr. RISPOLI, *Clausole generali e regole settoriali*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1812.

²²³ L'espressione è riferibile a Mario Barcellona, il quale ritiene presente una contraddizione tra tali forme di debolezza, ritenendo che tale *modus procedendi* porti a disconoscere «la debolezza economica di chi (come il consumatore), sociologicamente, appartiene, almeno in prevalenza, ai

viene meno se si parte dalla premessa dell'esistenza di una *nuova* concezione del rapporto tra Stato e Mercato dove il primo non opera interventi al fine di porre limiti al Mercato ma, al contrario, è posto al servizio di quest'ultimo²²⁴.

In questo senso, gli interventi statali sul mercato non devono leggersi come limiti in funzione correttiva dello stesso bensì come occasioni di potenziale ripristino del suo funzionamento ove sia venuto meno per effetto di fenomeni distorsivi²²⁵.

Tale nuova concezione consente, altresì, di ravvisare un'unicità di *ratio* alla base degli interventi normativi europei, consistente nel raggiungimento dell'efficienza del mercato²²⁶. Laddove il Mercato presenti dei *deficit* di efficienza, determinate da asimmetrie o comunque da situazioni di squilibrio, lo Stato interviene al fine di "simulare" gli esiti di un mercato concorrenziale o comunque per favorire il suo autonomo e spontaneo ripristino.

Quindi, non è l'asimmetria in sé a giustificare l'intervento dello Stato, non essendovi - o comunque non essendovi più - una concezione paternalistica di Stato, imperniata sull'idea di uno Stato quale tutore del contraente in quanto l'eventuale debolezza del contraente rileva solo se, su larga scala, possa tradursi in debolezza del mercato, nel senso di minore efficienza²²⁷.

Quanto si sostiene trova conferma nel dato positivo, posto che, ai sensi dell'art. 34 co. 7° cod. cons., la clausola vessatoria oggetto di trattativa individuale non è

ceti deboli e qualifica come debole chi (come la piccola e media impresa), sociologicamente, si situa, per lo più, tra i ceti forti». BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, cit., p. 36.

²²⁴ Il rapporto tra stato e mercato è oggetto di attuale interesse in dottrina soprattutto nel settore dell'analisi economica del diritto. Tra i tanti si rinvia a: ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e Mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 515.

²²⁵ Cfr. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, cit., p. 37.

²²⁶ Cfr. SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit. p. 58, secondo cui tale nuova impostazione «ha fornito nuova linfa ai poteri dei giudici civili». Peraltro, egli osserva che un effetto dell'affermarsi di questa nuova relazione tra stato e mercato è stata, altresì, una rideterminazione della linea di confine tra settore pubblico e settore privato, posto che la pubblica amministrazione non gode più, nei confronti del privato, di una posizione privilegiata. Ad esempio, la nuova disciplina in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (di recepimento della Direttiva europea 7/11) prevede, con riguardo al termine di pagamento, un regime derogatorio differente a seconda che la parte sia privato ovvero p.a. Orbene, tale regime appare più rigoroso nel caso in cui la parte sia la p.a.

²²⁷ Il paradigma cui si ispirano tali interventi europei sembra secondo una dottrina, quello del «consumatore vulnerabile» e non quello del c.d. *homo oeconomicus* - ossia del consumatore razionale: cfr. DELLA NEGRA, *Il diritto del consumatore e i consumatori nel quadro giuridico europeo. Alcuni spunti di riflessione sui recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Pers. e merc.*, 2014, p. 309.

invalidabile²²⁸, in quanto con la trattativa le parti hanno sostenuto un "costo", ragion in base alla quale il contratto concluso può reputarsi coerente con la logica efficiente del mercato, ravvisandosi, nell'asimmetria esistente tra le parti, una giustificazione economica²²⁹.

Dunque, appare evidente, ancora una volta, come nessuna istanza etica si nasconda dietro la tutela del consumatore, incorporando la clausola generale della buona fede, richiamata all'art. 33 cod. cons., una *ratio* economica-mercantile.

Lo stesso è dato rilevare nell'ambito della disciplina concernente i contratti tra imprese. Anche in questo caso, il *deficit* di equilibrio economico viene corretto dallo Stato nella misura in cui esso appaia rivelatore dell'assenza di condizioni di mercato concorrenziale. Al riguardo, un criterio, spesso, richiamato dall'interprete (italiano ma anche inglese) per giustificare i propri giudizi valutativi è quello di ragionevolezza.

2. Vincoli e condizioni d'uso. Il metodo della precomprensione

Prima di procedere ad un'analisi concernente le tecniche utilizzate per concretizzare la clausola generale (il procedimento della c.d. integrazione valutativa) e i parametri di cui l'interprete si avvale per giustificare la propria decisione si rende opportuno dedicare specifica attenzione all'individuazione dei "vincoli" e delle "condizioni d'uso"²³⁰ del ragionamento giuridico e comprenderne i meccanismi operativi, comuni a tutte le tecniche interpretative.

Si è detto, nel corso del primo capitolo, che le clausole generali si caratterizzano per l'assenza di fattispecie: ne consegue che la costruzione della fattispecie, in relazione al caso concreto, è demandata al giudice²³¹. Secondo una

²²⁸ Cfr. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, cit., p. 46.

²²⁹ Cfr. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, cit., p. 49, secondo cui sono da considerarsi vessatori solo quegli squilibri che non si giustificano alla stregua di un mercato razionalmente efficiente, ossia quando si traduca in un costo "indiretto", occultato. Peraltro, tale premessa è stata alla base della necessità di una riduzione *ex officio* della penale eccessivamente onerosa, in quanto fuori dalla logica di un mercato concorrenziale, anche se, al riguardo, la problematica investe la parte contrattuale in senso generico (e non solo il c.d. contraente debole).

²³⁰ Sulla necessità di individuare delle «condizioni d'uso» delle clausole generali si veda: CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale*, cit., p. 843.

²³¹ Cfr. NIVARRA, *Clausole e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, II, p. 172, il quale, in questo contributo, sofferma l'attenzione sui due saggi di Luigi Mengoni, rispettivamente dedicati alle clausole generali e ai principi generali, al fine di delineare un quadro di insieme. Un quadro d'insieme che conduce al risultato finale dell'elaborazione di

dottrina, il giudice, nell'espletamento di tale compito, deve tener conto di determinati *vincoli* quali:

1) un vincolo *ermeneutico*: egli deve guardare al «sottosistema normativo» cui rinvia la clausola generale per individuare la regola del caso concreto²³²; a tal fine, egli deve considerare tutto il "materiale" che compone detto sottosistema, che è rappresentato dagli *standards*, ossia dalle norme sociali di condotta poste a presidio di determinati "valori assiologici", che comunque non sono conoscibili direttamente, necessitando di strutture dogmatiche per palesarsi agli occhi dell'interprete²³³;

2) un vincolo *assiologico*: il giudice deve valutare se dietro lo *standard* vi è un reale valore tutelato dall'ordinamento che, dunque, appare leso nel caso concreto e intorno al quale il giudice costruirà la *regola iuris*²³⁴;

3) un vincolo *dogmatico*: la regola del caso in concreto così elaborata è poi soggetta al «*test* di generalizzabilità logica-assiologica»²³⁵ ossia al *test* teso a verificare l'attitudine della regola ad esser compresa in categorie dogmatiche ovvero a rispondere alle tecniche di argomentazione giurisprudenziale, valutando altresì la sua coerenza sistematica affinché essa non appaia l'esito casuale di un'esegesi.

Tali presupposti devono considerarsi comuni a tutte le tecniche di applicazione giurisprudenziale, sicché appare interessante comprendere se, rispetto a determinati casi giurisprudenziali, peraltro assai noti, i medesimi siano stati o meno rispettati.

Quanto alle "*condizioni d'uso*", possono considerarsi tali: l'uguaglianza, la solidarietà, la ragionevolezza, l'equità, la proporzionalità, l'adeguamento, la conservazione²³⁶. Occorre chiedersi in che modo esse entrano in relazione con l'ermeneutica giuridica quando questa abbia a oggetto le clausole generali.

tecniche di concretizzazione e di categorie dogmatiche al fine di evitare che l'interprete, ogni volta, si trovi nella situazione di «ripetere le valutazioni e i bilanciamenti degli interessi in gioco». Un percorso seguito anche dalla dottrina e dalla prassi giurisprudenziale italiana per la quale l'ordinamento tedesco, in questo senso, è stato fonte di grande ispirazione.

²³² Cfr. NIVARRA, *op. cit.*, p. 173.

²³³ I suddetti valori non sono da confondersi con i giudizi di valore, sebbene ne costituiscano il presupposto, in quanto «il modo di essere dei valori non è il dover essere»: cfr. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 15.

²³⁴ In ogni caso «la selezione dello *standard* e, quindi, del valore deve avvenire nel rispetto della *Rangordnung* assiologica cui l'ordinamento nel suo complesso si ispira». Così, NIVARRA, *Clausole e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, cit., p. 411

²³⁵ Cfr. NIVARRA, *op. cit.*, p. 174.

²³⁶ Con riguardo all'uguaglianza, in dottrina è stato sostenuto che tale "valore" costituisce un «binario argomentativo obbligato» in quanto imprescindibile per svolgere un'attività valutativa che vada oltre lo *ius-dicere*, esprimendosi in uno *ius-facere* laddove venga superata la lettera della legge al fine di garantire «l'eguagliamento dei simili» e la «giustificata distinzione dei diversi». Cfr. CARUSI, *Clausole generali, analogia e paradigma della legge*, in *Giur. it.*, 2011, p. 7.

Orbene, dette condizioni integrano dei canoni (anche se non manca chi li definisce "principi generali") che interagiscono con le clausole generali tracciando il perimetro del loro raggio di azione²³⁷.

Con riguardo alla ragionevolezza, ci si è chiesto, in dottrina, se tale esclusivo parametro possa considerarsi bastevole per giustificare, sul piano logico-giuridico, l'interpretazione di una determinata norma giuridica ovvero se vi è il rischio che dietro il "simulacro" della ragionevolezza possano nascondersi tentativi, da parte della giurisprudenza, di delegittimare il potere legislativo.

Una parte della dottrina ha ritenuto non sufficiente da un punto di vista logico e razionale un'interpretazione sviluppata esclusivamente sul canone della ragionevolezza: da una decisione ragionevole ad una decisione arbitraria il passo è apparso, infatti, essere breve.

Si è proposto, allora, il c.d. *metodo della precomprensione* che deve accompagnare l'interprete nello sviluppo della sua decisione a cui può affiancarsi, ma solo successivamente, il parametro "ragionevolezza"²³⁸. Il metodo della precomprensione postula il riconoscimento della centralità dell'interpretazione storica. *L'interpretazione storica* è un tipo di interpretazione elaborata con la consapevolezza dei diversi significati assunti dalla clausola generale nel corso del tempo e della *intentio legis* che ha giustificato la sua previsione normativa²³⁹. Quindi, non deve essere confusa con l'interpretazione soggettiva, con la quale nulla ha a che vedere, che rappresenta un'interpretazione condizionata dalle sensibilità ideologiche dell'interprete.

La "precomprensione" integrerebbe, in altri termini, una *prima comprensione*. Essa è tesa a disvelare il "significato storico" della clausola generale. Richiede, dunque, che si tenga conto del "*background*" della regola. La tradizione deve considerarsi un punto di partenza, dunque, per valutare l'attualità di quel significato e per giustificare eventuali opzioni ermeneutiche innovative: queste ultime si suffragate dal parametro di ragionevolezza, da ritagliare in relazione al singolo caso

²³⁷ In tal senso, PENNASILICO, *Metodi e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 129.

²³⁸ Si dedicherà specifico spazio alla ragionevolezza, quando la stessa verrà analizzata nei suoi rapporti con la buona fede nel corso del Terzo Capitolo. In questa sede il parametro della ragionevolezza viene preso in esame a titolo esemplificativo per spiegare la teoria del metodo della precomprensione. Cfr. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit. p.42.

²³⁹ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 42.

specifico.

Quindi, seguendo questa impostazione, il canone della "ragionevolezza" viene in gioco solo in un momento successivo, non potendo rappresentare *ex se* il momento fondativo di decisioni giudiziali²⁴⁰.

Tuttavia, in tema di ragionevolezza, vi è anche chi in dottrina ritiene sufficiente un giudizio fondato esclusivamente su tale parametro²⁴¹.

L'interazione tra metodo della precomprensione, canoni ermeneutici e clausole generali è volta ad assicurare che, sul piano applicativo, la *centralità della persona* continui ad essere la stella polare dell'interprete, soprattutto in un periodo storico come quello attuale in cui il mutamento del rapporto tra Stato e Mercato, porti ad ancorare la giustizia contrattuale alla necessità di soddisfazioni di situazioni di efficienza del mercato.

La centralità della persona, naturale nell'ambito dei rapporti non patrimoniali, acquista maggior rilievo in relazione ai rapporti patrimoniali. Pertanto, con riguardo alla buona fede, il metodo della precomprensione sarebbe volto a garantire la conservazione di un valore assiologico della clausola, come strumento di tutela (anche) di valori extra-mercantili, in linea con i recenti approdi giurisprudenziali europei²⁴².

3. La ragionevolezza nei sistemi di *civil law* e in quelli di *common law*

In ordine alla natura giuridica della ragionevolezza, posta l'assenza di un qualsivoglia riferimento normativo, sussiste attualmente un vivace dibattito in dottrina favorito dal fenomeno della globalizzazione del diritto²⁴³ e, soprattutto, dall'influenza dei Paesi di *common law* e dal diritto europeo in formazione (si allude ai c.d progetti di codice civile europeo).

²⁴⁰ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 44.

²⁴¹ Cfr. RICCI, *La ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007, p. 182.

²⁴² Cfr. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, V, p. 536: «L'immagine della buona fede alleggerita dal peso delle ideologie e dei dogmi non è quella, però, di un simulacro ridotto a volontà presunta o a specchio del mercato; al contrario, resta un'immagine forte, salda alla sua valenza assiologica, purché rinnovata nel richiamo a valori non più nazionali ma sopranazionali, che non proteggono lo Stato, bensì l'uomo e dunque ciascun contraente, specie se debole nell'esercizio dell'autonomia privata».

²⁴³ Sul fenomeno della "globalizzazione del diritto" si rinvia al contributo di CASSESE, *Globalizzazione del diritto*, Enc. Treccani, [http://www.treccani.it/enciclopedia/globalizzazione-del-diritto_\(XXI_Secolo\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/globalizzazione-del-diritto_(XXI_Secolo)) Vedere anche LA PORTA, *Globalizzazione e diritto: regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, Napoli 2005; GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

Vi è chi la considera una clausola generale²⁴⁴, chi la identifica con un principio generale e chi, assumendo una diversa chiave prospettica, ritiene che la stessa integri un *criterio di valutazione* e, come tale, viva nel sottofondo dell'ermeneutica giuridica, come parametro implicito di una decisione che possa ritenersi giusta ed equilibrata²⁴⁵. In ogni caso, rappresenterebbe una componente indispensabile alla stessa essenza del diritto, nella misura in cui guida la ragione dell'interprete²⁴⁶.

La dottrina, pur profondamente divisa con riguardo alla natura, appare uniforme nel ritenere che essa costituisca un mezzo idoneo all'individuazione della regola del caso concreto ossia un criterio di individuazione della decisione giudiziale. È stato detto, per giustificare l'assunto, che non potrebbe ragionarsi diversamente posto che il diritto e la ragione costituiscono quasi un'endiadi, considerato che il diritto non può che essere ragionevole²⁴⁷.

In relazione all'inquadramento dogmatico della ragionevolezza si osserva come il medesimo non possa essere desunto dagli indici normativi che della ragionevolezza si hanno, ad esempio, nell'ambito della disciplina del codice civile ovvero, con riguardo alle fonti sovranazionali, ai riferimenti della Carta di Nizza ovvero alla definizione offerta dall'art. 1:302 dei PDEC²⁴⁸.

L'inquadramento sistematico della ragionevolezza come clausola generale solleva pure delle perplessità. Al di là della circostanza dell'assenza di un referente normativo sul punto appare lecito dubitare dell'utilità della creazione di un'ulteriore clausola generale quando, in realtà, sul piano concettuale sarebbe sufficiente richiamare quelle già esistenti. Si è sostenuto, infatti, che la medesima potrebbe già trovare il suo appiglio normativo nella clausola generale della buona fede ovvero

²⁴⁴ Di questo avviso è NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars Interpretandi*, 2002, p. 373.

²⁴⁵ La letteratura in materia di ragionevolezza è sconfinata. Per un approfondimento, tra i tanti, si rinvia a: PALADIN, *Ragionevolezza, (principio di)*, in *Enc. dir. Aggiornam*, I, Milano, 1997, p. 901; DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2010, p. 23; RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007; CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 709.; TROIANO, *La "ragionevolezza nel diritto dei contratti"*, Padova, 2005; PATTI, *Clausole generali e ragionevolezza*, 2013, Milano; NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars Interpretandi*, 2002, p. 373; NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, IV, p. 953; PIRAINO, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 1287.

²⁴⁶ Cfr. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 20.

²⁴⁷ Cfr. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit. p. 8. Lo stesso si è affermato nell'ambito del sistema di *common law* con riguardo alla "reasonableness".

²⁴⁸ Al riguardo, alcuni hanno considerato l'opera di ricognizione sistematica avente ad oggetto la ragionevolezza «un inutile esercizio di stampo positivista»: PATTI, *op. cit.*, p. 8. Tra le previsioni normative contenute nel Codice Civile che richiamano esplicitamente la ragionevolezza si richiamano i seguenti: art. 49, 1711, co. 2°, 1435, 1365.

nella diligenza del buon padre di famiglia, che esprimono l'idea dell'agire di una persona ragionevole, per l'appunto.²⁴⁹ Ma, soprattutto, l'impossibilità di qualificarla come clausola generale dipende dalla seguente circostanza.

Come già evidenziato nel corso del primo capitolo, le clausole generali si caratterizzano per la circostanza di costituire delle "deleghe in bianco" mediante le quali il legislatore consente all'interprete di ricorrere a valori extragiuridici al fine di riempirle di significato e, così, individuare la regola da applicare al caso concreto.

Orbene, la ragionevolezza non appare contenere in sé dei valori extragiuridici, costituendo non tanto un "contenitore di valori" ma un valore essa stessa, una precondizione all'esistenza dell'ordinamento giuridico. Dunque, un tratto immanente di quest'ultimo²⁵⁰.

Pertanto, appare preferibile qualificarla come *criterio di valutazione* che guida il giudice nella costruzione della motivazione della decisione giudiziale e, in generale, l'interprete nell'attività di ermeneutica giuridica avente ad oggetto una clausola generale al fine di compiere una valutazione secondo parametri di adeguatezza e opportunità²⁵¹.

Al riguardo, giova evidenziare come il suddetto criterio di valutazione presenti delle modalità operative diverse nel sistema di *civil law* e nel sistema di *common law*²⁵².

Nel sistema di *civil law* il criterio della ragionevolezza presuppone un doppio livello di analisi e, pertanto, il relativo ragionamento si presenta «structured» e questo ne costituisce il tratto essenziale rispetto al sistema di *common law*²⁵³. Il doppio livello di analisi si articola nel modo che segue:

1) in un primo momento, si procede a individuare la norma attributiva del

²⁴⁹ Peraltro, si consideri come frequentemente le disposizioni di Direttive Europee contenenti il termine ragionevolezza, in sede di recepimento, sono state tradotte richiamando clausole generali già note al giurista italiano quali quella di buona fede ovvero di diligenza. Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 21. Peraltro, si tratta di un modello, quello comportamentale enucleato nella clausola della diligenza che esprime comportamento "ragionevole" del padre di famiglia) che i più recenti approdi dell'analisi economica del diritto hanno messo in discussione. Per approfondimenti, si rinvia a ZOPPINI, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale, ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in *Oltre il soggetto razionale*, a cura di ROJAS ELGUETA e VARDI, Roma Tre-Press, 2014, p. 11.

²⁵⁰ Cfr. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit. p. 19.

²⁵¹ Sempre PATTI, *op. cit.*, p. 20. Cfr. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, cit. p. 380.

²⁵² Infatti, nel sistema di *common law*, il criterio di ragionevolezza opera in senso totalizzante, costituendo un tratto immanente del sistema. Con riguardo alla ragionevolezza nel sistema di *common law*, utili sono gli spunti offerti da CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 725.

²⁵³ In tal senso PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 23.

diritto soggettivo, così da verificare l'esistenza di una astratta titolarità formale del diritto da parte di un soggetto titolare;

2) in un secondo momento, si indaga la portata intrinseca del diritto e, quindi, se lo stesso sia stato esercitato secondo modalità illegittime e, quindi, in modo irragionevole.

Dunque, nell'ambito del sistema di *civil law* all'astratta titolarità formale di una posizione soggettiva non corrisponde necessariamente una legittimità sostanziale del suo esercizio.

Nel sistema di *common law*, il procedimento teso all'applicazione del criterio della ragionevolezza appare, per così dire, "semplificato"²⁵⁴. Il ragionamento del giurista sotteso alla sua applicazione è «*flat*» nel senso vi è un modello unitario di argomentazione ruotante intorno al seguente quesito: «cosa farebbe una persona ragionevole nella data situazione concreta?»²⁵⁵.

Quindi, la valutazione si concentra tutta su un unico momento e consiste in una diretta ed immediata indagine avente ad oggetto la qualificazione della condotta della parte, valutando se la stessa sia o meno lecita e ragionevole (o illecita e irragionevole)²⁵⁶. Il giurista anglosassone non sofferma l'analisi sull'esistenza di un'astratta titolarità formale del diritto, sottoponendo direttamente la condotta al "*test of reasonableness*" ossia ad un sindacato di ragionevolezza che finisce per attribuire al giudice civile un sindacato di tipo equitativo in relazione alla composizione di contrapposti interessi che gli viene demandata dalle parti.

Indipendentemente dal *modus procedendi* adoperato dall'interprete, si può ritenere che la ragionevolezza faccia da contraltare alle clausole generali, costituendo, per l'appunto, una sorta di "bussola interpretativa" che, nella indeterminatezza del loro contenuto, orienta l'interprete nel procedimento ermeneutico in un'ottica di conformità all'ordinamento giuridico. In tal senso, dunque, è da escludere ogni sovrapposizione con la clausola generale della buona

²⁵⁴ Tale diverso *modus procedendi* si spiega con la circostanza del carattere immanente della ragionevolezza al punto che si è detto che «il *common law* stesso non è altro che ragione». Cfr. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 725.

²⁵⁵ In questi termini SMORTO, *Sul significato dei rimedi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 159, il quale nel distinguere tra "ragionamento *structured*" e "ragionamento *flat*", riprende le tesi di Fletcher che se ne era occupato per quanto riguarda il diritto penale, ritenendo tali tesi munite di una portata universalizzante.

²⁵⁶ Cfr. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit. p. 223.

fede²⁵⁷. Dunque, il criterio di valutazione della ragionevolezza viene in rilievo, soprattutto, in sede di concretizzazione delle clausole generali.

4. Modalità applicative a confronto

Si è già accennato nel primo capitolo come le clausole generali siano state applicate dall'interprete, nel corso del tempo, secondo modalità alternative in linea con i diversi approcci metodologici segnalati (concettuale e valoriale). Si è evidenziato, altresì, come il metodo antiformalistico o valoriale sembra essere quello più coerente con l'idea di un codice civile interrelato con la Carta Costituzionale, con la Carta di Nizza e con la CEDU, le cui norme sono, infatti, prive di fattispecie.

Dette carte dei valori hanno comportato un radicale mutamento nella visione del diritto, ridimensionando la portata della «logica della fattispecie»²⁵⁸ - ritenuta «uno strumento cardine della dogmatica» - da sempre considerata una "garanzia" della certezza del diritto. La tecnica della fattispecie, sotto questa prospettiva, sembra volgere al tramonto.

Dunque, il nodo problematico che le clausole generali oggi pongono non è tanto quello della certezza del diritto ma, all'opposto, quello della sua *incertezza*. Infatti, l'attenzione dello studioso non è concentrata tanto sul "valore" del criterio di valutazione che la norma richiede e che dovrebbe guidare l'interprete nella oggettiva rispondenza del caso concreto alla fattispecie astratta ma, si perdoni il gioco di parole, sul valore dei "valori" coinvolti e concorrenti tra loro²⁵⁹. Si prende atto come la prevalenza dell'uno o dell'altro valore fondamentale è sempre relativa, dipendendo dalla sensibilità diffusa della comunità sociale in un determinato contesto storico. Ne consegue, che l'unica soluzione all'incertezza del diritto passa per il riconoscimento della centralità del ruolo (non più dell'astratta fattispecie ma) dell'argomentazione giudiziale, che deve essere ragionevolmente prevedibile²⁶⁰, coerentemente con un

²⁵⁷ Cfr. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 724: «E non v'è dubbio che le due clausole o criteri sono, al di là dei risultati raggiungibili (eventualmente coincidenti), ontologicamente diversi tra loro». In particolare, egli ritiene che la buona fede sia uno strumento parametrato alla socialità dell'uomo mentre la ragionevolezza è un criterio per valutare la logicità, la neutralità, l'asetticità, l'amoralità del ragionamento giuridico. Precisa, altresì, che l'applicazione del criterio della ragionevolezza non preclude l'operatività della morale, in quanto, al contrario, è proprio grazie alla ragionevolezza che la morale può effettivamente operare.

²⁵⁸ Cfr. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 1119.

²⁵⁹ In tal senso LIPARI, *op. cit.*, 1119.

²⁶⁰ Cfr. LIPARI, *op. cit.*, p. 1122.

ideale di certezza del diritto da perseguire in chiave utopica²⁶¹.

Ma allora occorre chiedersi come rendere ragionevolmente prevedibili le decisioni giudiziarie. In particolare, ci si domanda se la percezione di incertezza del diritto possa essere neutralizzata mediante l'individuazione di *modalità applicative*, ossia tramite un processo di astrazione che abbia ad oggetto proprio le decisioni stesse.

Con riguardo a tali modalità applicative, si osserva come alcune di esse evocano il metodo formalistico in quanto si esprimono nell'elaborazione di categorie, aventi autonomia concettuale, ovvero nell'individuazione di regole tipizzate da parte della giurisprudenza e, successivamente, riordinate dalla dottrina in un'ottica dogmatica. Tale "modalità di applicazione" richiede, quindi, il ricorso ad un metodo logico-sistematico.

Tra le categorie di particolare interesse ve ne è una di derivazione germanica: la *Verwirkung*. Con l'espressione *Verwirkung* si intende la perdita di un diritto a seguito di inattività prolungata per un certo periodo di tempo non determinabile *a priori* da parte del suo titolare, ove questa abbia ingenerato un affidamento circa la circostanza che il diritto non sarà più esercitato nei confronti della controparte. Categoria, spesso, ricondotta dalla giurisprudenza all'interno della clausola generale del *divieto di abuso del diritto*, a dimostrazione delle difficoltà a recepire passivamente la categoria anzidetta da parte del nostro ordinamento giuridico.

Un'altra modalità, sempre sulla scia del formalismo e nell'utopica aspirazione di disegnare i percorsi dell'attività ermeneutica, consiste nell'estrarre dalle clausole generali delle norme generali e astratte a cui l'interprete può appellarsi nel dirimere la controversia: la c.d. tecnica del *Fallkruppen*²⁶².

Un'altra tecnica di concretizzazione delle clausole generali può considerarsi la *Drittwirkung*, che, nella sua versione *mediata*, comporta l'immediata applicabilità delle regole costituzionali nei rapporti interprivati anche se per il tramite di filtri o congegni tecnici.

Il procedimento di concretizzazione delle clausole generali, sotto l'angolo visuale di tale impostazione metodologica concettuale, si esprime in una loro

²⁶¹ Sul punto, si rinvia per approfondimenti, altresì, a GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.

²⁶² Tra le clausole generali che si sono considerate, in dottrina e in giurisprudenza, per l'esplicazione di tale tecnica vi sono la buona fede, il buon costume, il danno ingiusto.

applicazione in senso tecnico in quanto l'individuazione della regola del caso concreto avviene per il tramite di un criterio logico-sistematico, volto alla ricerca nell'ambito di una dogmatica dei diritti, di quella categoria ovvero di quella regola tipizzata per il tramite della quale sussumere la regola del caso concreto.

Un altro ordine di "modalità applicative", espressione dell'impostazione valoriale, si concentra esclusivamente sull'interesse giuridico da tutelare e, attraverso l'impiego di un canone teleologico, approntano una tutela giuridica al diritto soggettivo in discussione, in un'ottica lungimirante, che tiene conto di tutte le conseguenze sociali che possono derivare dall'adesione all'una o all'altra opzione ermeneutica.

Un tipo di tecnica di concretizzazione delle clausole generali che può prestarsi ad un'applicazione ideologica è anche la *Drittwirkung*, nella variante diretta o *immediata*. Essa, attribuendo rilevanza centrale all'oggettività giuridica, conferisce un ruolo preminente al rimedio. Il rimedio, in altri termini, diviene il baricentro della tutela dei diritti. In questo caso, le clausole generali possono scontare un'applicazione che risente dell'*influenza ideologica* dell'interprete.

5. Segue. Tecniche operative della buona fede

Le difficoltà connesse all'elaborazione di una tassonomia in tema di clausole generali, evidenziate nel corso del Cap. 1 Sez. 1 par. 2, producono come effetto quello di rendere impossibile procedere alla stesura di un loro "catalogo" che sia comunemente condiviso. Se si guarda alla vastissima letteratura in materia ci si rende conto che esistono diversi punti di vista in ordine alla qualificazione di un determinato sintagma come clausola generale. Ad esempio, rispetto al sintagma "danno ingiusto" accanto a chi lo considera come clausola generale vi è chi lo considera norma a fattispecie aperta. Stesse perplessità si riscontrano con riguardo al concetto di "ragionevolezza", poc'anzi esaminato, rispetto al quale si preferisce la tesi che lo considera un criterio di valutazione che funge da strumento di orientamento per l'interprete nella concretizzazione di una clausola generale²⁶³.

Minori perplessità è dato rinvenire con riguardo alla clausola della buona fede, forse proprio per questo considerata la regina delle clausole generali, la clausola

²⁶³ Cfr. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit. p. 86.

generale "per eccellenza", quella per la quale è possibile ravvisarsi un'uniformità di vedute sulla sua qualificazione dogmatica²⁶⁴.

La diversità di esperienze applicative delle clausole generali appare di particolare evidenza proprio con riguardo a detta clausola²⁶⁵. Ciò è ancor più evidente se si guarda all'ordinamento tedesco, dove la buona fede è all'origine di numerose elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali che, in ossequio al Positivismo legalista, hanno condotto all'elaborazione di *tecniche di concretizzazione* quali: 1) *Fallgruppen*, 2) *Drittwirkung* ovvero alla definizione di *categorie dogmatiche* quali: 1) *Verwirkung*, 2) il divieto di abuso del diritto, 3) il divieto di *venire contra factum proprium*, 4) gli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*).

La finalità sottesa all'elaborazione da parte della giurisprudenza delle tecniche e delle categorie dogmatiche sopraindicate è comune e travalica gli interessi sottesi alla vicenda specifica nella quale eventualmente possano venire in gioco. Essa consiste nella necessità di soddisfare un interesse superindividuale e oggettivo del mercato che è stato efficacemente definito da una parte della dottrina come «equilibrio dinamico»²⁶⁶.

6. Il metodo del "*Fallgruppen*"

È in Germania che ha origine, dopo la prima guerra mondiale, la teoria della concretizzazione delle clausole generali²⁶⁷. Secondo l'impostazione dottrinale tedesca essa consiste nella "tipizzazione" di regole concrete mediante il "raggruppamento di

²⁶⁴ Cfr. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit., p. 84 che definisce la clausola generale della buona fede la clausola generale «per eccellenza» in quanto è «in grado di resistere a qualsiasi cambiamento di regime, a qualsiasi ribaltamento di valori sociali».

²⁶⁵ Per un'analisi comparata si rinvia allo scritto di MUSIO, *Breve analisi comparata della clausola generale della buona fede*, in www.comparazionedirittocivile.it

²⁶⁶ L'espressione si attribuisce a PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *Obbl. e contr.*, 2006, V, p. 422, per il quale il mercato vuole «che si realizzi, cioè, non unicamente nell'iniziale momento in cui i privati concludono lo scambio, ma che permanga lungo l'intero arco di tempo disciplinato dall'accordo. In modo da evitare che la concorrenza possa essere lesa da sperequazioni registrate o prodotte nel corso del rapporto». Vero è che l'Autore nel contributo anzidetto si era pronunciato con specifico riguardo alla clausola penale, tuttavia si ritiene che le premesse e le considerazioni ivi elaborate abbiano una valenza generale, richiamando il rapporto tra diritto ed economia.

²⁶⁷ La tesi della concretizzazione delle clausole generali trova sviluppo dopo la prima guerra mondiale in Germania. V. per tutti ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Eidelberg, 1968. Per quanto riguarda la dottrina italiana che si è occupata della tematica della concretizzazione delle clausole generali si rinvia, tra i tanti, a: CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1984, p. 717; RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, a cura di ORESTANO, Torino, 2009, p. 102; D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1704.

casi simili" (il c.d. *Fallkruppen*), ricavate dalla casistica giurisprudenziale e dalla successiva opera di sistemazione della dottrina, sussumibili sotto il comune denominatore di una determinata clausola²⁶⁸. Attraverso questo meccanismo la clausola generale da vaga e incompleta diventerebbe «visibile» agli occhi dei destinatari e da questi ultimi conoscibile, con enorme benefici per la certezza del diritto²⁶⁹.

Il suddetto indirizzo dottrinale, tuttavia, ha destato delle perplessità.

In particolare, si è dubitato della correttezza dogmatica di tale "tipizzazione delle regole concrete" in quanto sembrerebbe stridere con il principio di divisione dei poteri, posto che non solo l'impulso alla formazione della regola giuridica ma anche la sua successiva tipizzazione, che genera la c.d. "sottonorma", sarebbero ascrivibili al potere giudiziario²⁷⁰.

In particolare, con riguardo a tale tecnica di concretizzazione della clausola generale si sono sollevati i seguenti dubbi:

1) attribuisce all'autorità giudiziaria un potere che va oltre la mera interpretazione, assumendo i caratteri della vera e propria funzione legislativa: in particolare, la sottonorma presenterebbe i caratteri della fattispecie generale e astratta, così finendo per disciplinare tutte le fattispecie che presentano elementi comuni²⁷¹;

2) tradisce il "senso", la ragion d'essere delle clausole generali in quanto finisce per "ingabbiare" l'operazione ermeneutica, incanalandola in regole tipizzate, frustrando la loro natura di valvola di sfogo del sistema giuridico, che giustifica

²⁶⁸ Cfr. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 39.

²⁶⁹ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 37. La conoscibilità della clausola generale da parte dei suoi destinatari e, quindi, la prevedibilità della sua applicazione da parte del giudice ha costituito da sempre la nota dolente nell'ambito della tesi della concretizzazione delle clausole.

²⁷⁰ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 39: «La creazione della "sottonorma", che disciplina il gruppo di casi simili, colmerebbe la lacuna rappresentata dalla indeterminatezza concettuale della clausola generale ma costituirebbe un inaccettabile vincolo per le decisioni successive». Anche se poi l'Autore afferma anche che residua sempre per il giudice un potere di creare «nuove regole tipizzate». Questa posizione non sembra, in realtà, assai distante da quella di ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, cit., p. 170, il quale sostiene che rientri nell'attività del giudice non solo «l'attività di definizione del significato delle leggi» ma anche «un'attività di ridefinizione» che consiste nella individuazione dei significati ascrivibili alla legge, salva la possibilità per il legislatore di intervenire nuovamente, sostituendo il precetto vago e ponendo nel nulla l'"attività creativa giudiziale". Vedere anche TARUFFO, *Note su "Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali di Federico Roselli*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 328.

²⁷¹ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 38. Con riguardo alla distinzione tra metodo "structured" proprio del sistema di *civil law* e metodo "flat" del sistema di *common law* si rinvia anche a NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, cit., p. 96.

l'intenzione del legislatore di non predeterminare il loro contenuto, rispetto al quale l'indeterminatezza si pone come tratto ineliminabile²⁷².

Le obiezioni sollevate con riguardo alla formazione delle regole tramite i *Fallkruppen* non appaiono condivisibili.

Con riguardo alla prima obiezione si può agevolmente replicare che è insita nell'attività interpretativa di ogni disposizione di legge, e non solo di quelle contenenti clausole generali, un contributo "creativo" della giurisprudenza nella misura in cui essa dà forma e sostanza alla regola giuridica effettivamente vigente²⁷³.

Con riguardo alla seconda critica, avente ad oggetto la potenziale rigidità della clausola generale, discendente dalle sue applicazioni "tipizzate" ad opera della giurisprudenza, si può rilevare che tale meccanismo non elide la facoltà del giudice di attribuire rilevanza alle particolarità della fattispecie in concreto²⁷⁴. Infatti, residua, in ogni caso, per l'interprete la possibilità di discostarsi dalla regola "tipizzata" ovvero di elaborare una nuova regola, che sarà applicata in futuro per tutte le fattispecie analoghe a quella sottoposta al suo esame²⁷⁵. L'elaborazione e conseguente tipizzazione di tale nuova regola, al pari di quanto avvenuto per le preesistenti, si articolerà in quelle medesime fasi di formazione: 1) preliminare individuazione ad opera della giurisprudenza; 2) sistemazione organica da parte della dottrina.

Dunque, considerate superabili le critiche sollevate, giova soffermare l'attenzione su un profilo connesso a tale tecnica che appare particolarmente positivo per la certezza del diritto.

Infatti, la tecnica del "*Fallkruppen*" costituisce una risposta, o quantomeno un argine, alla temuta imprevedibilità di soluzioni giudiziali creative. Tale tecnica produce l'effetto positivo di conferire prevedibilità e certezza alla norma giuridica per tutti i casi ricadenti nella sfera di operatività della regola tipizzata e, conseguentemente, di rendere prevedibile la decisione essendo il relativo meccanismo fondato sul procedimento di sussunzione del caso concreto²⁷⁶.

Occorre precisare, altresì, che i caratteri di generalità e astrattezza della norma derivante dalla tecnica per raggruppamento di casi simili non costituiscono un limite

²⁷² Cfr. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 38.

²⁷³ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 40.

²⁷⁴ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 40.

²⁷⁵ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 41.

²⁷⁶ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 39.

alla sua operatività in quanto il carattere indeterminato della clausola generale è alla base della sua flessibilità in relazione alle diverse esigenze che, *de iure condendo*, possono manifestarsi nella prassi sociale.

Peraltro, tale tecnica, inoltre, presenta dei punti di contatto con il procedimento di "*implication*" proprio dei sistemi di *common law*, il che rappresenta un importante elemento da considerare nell'ottica di un processo di integrazione europea ispirato ad un'armonizzazione in senso forte.

7. Segue. Le modalità di funzionamento

Qual è il *modus procedendi* che l'interprete dovrebbe seguire in concreto per l'elaborazione dello schema funzionale secondo la tecnica del *Fallkruppen*?

In dottrina, si è detto che ogni clausola generale presenta una propria «"cornice", una *ratio* all'interno della quale il giudice è autorizzato ad elaborare norme di comportamento»²⁷⁷.

A tale tesi alcuni hanno obiettato che vi sono clausole generali (come la «giusta causa») che, per il carattere estremamente vago, non consentirebbero tanto di estrarre regole quanto semmai di crearle²⁷⁸. Tale obiezione si ritiene non condivisibile in quanto confonde l'*indeterminatezza valoriale* ossia afferente il piano assiologico - la *ratio* della clausola generale - con la *genericità* rilevante sul piano della formulazione linguistica²⁷⁹.

Assumendo un'opposta prospettiva, alcuni hanno suggerito che l'attività del giudice nella concretizzazione di una clausola generale debba considerarsi meramente ricognitiva di modelli di comportamento consolidati nella prassi commerciale, viepiù che l'art. 1340 c.c. prevede che gli usi negoziali si intendono richiamati implicitamente nel contratto, per il tramite dell'art. 1374 c.c., salvo che le parti si siano espresse nel senso di escluderli²⁸⁰. Tuttavia, anche tale tesi, sebbene suggestiva per la sua rigorosa coerenza con la concezione positivista, desta perplessità per le seguenti ordini di ragioni: 1) non è agevole per il giudice individuare i *comportamenti consolidati* e questo si traduce in incertezza per i

²⁷⁷ Cfr. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, p. 73.

²⁷⁸ Cfr. TROIANO, *op. cit.*, p. 73.

²⁷⁹ *Ante* p. 36.

²⁸⁰ Cfr. TROIANO, *op. cit.*, p. 73. Si aggiunge, peraltro, che tra uso negoziale e prassi corre un'importante differenza. Come correttamente osservato da una parte della dottrina «la prassi non dà vita a regole generalizzate». Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 31.

destinatari, con evidenti ricadute sul piano della certezza del diritto; 2) la tesi si rivela utile per quanto concerne gli usi negoziali, lascia tuttavia irrisolto il problema per le clausole generali al di fuori della materia contrattuale; 3) non ha senso, allora, la ricostruzione delle clausole generali come valvole di sfogo dell'ordinamento giuridico, se la loro portata finisce per sovrapporsi a quella della prassi commerciale.

Limitando l'analisi alle clausole in materia contrattuale, in realtà, appare abbastanza pacifico che la clausola della buona fede²⁸¹ sottintenda prassi diverse a seconda del tipo di contratto e a seconda della fase negoziale. Prassi diverse che la giurisprudenza e la dottrina sono chiamate a individuare al fine di evitare che il solo rinvio implicito ai canoni vaghi e generici della solidarietà la trasformino in una «bacchetta magica» per rimediare a situazioni di ingiustizia contrattuale²⁸².

Si preferisce ritenere che la concretizzazione di una clausola generale per il tramite della tecnica del *Fallkruppen* si risolva nell'inclusione in essa di una norma "specificata" o di un modello di comportamento, sotteso ad un determinato giudizio di valore, delineato sulla scorta di una serie di presupposti operativi individuati *ex ante* e che rendono tale specificazione una norma generalizzata e come tale estensibile a tutti i casi similari.

L'individuazione dei presupposti operativi presuppone un esame dei valori in conflitto nell'ottica di un loro possibile bilanciamento²⁸³. In tal senso, è stato detto che l'interpretazione della clausola della buona fede - quale tecnica per il reperimento di criteri di decisione - deve avvenire alla luce dei valori positivizzati - ma non definiti - nella Carta fondamentale, come la solidarietà sociale e il diritto fondamentale di autodeterminazione²⁸⁴. Non può che essere così. Le clausole generali

²⁸¹ Sulla clausola della buona fede la dottrina è sconfinata, limitando l'attenzione alle opere di carattere monografico si rinvia a: BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968; CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977; CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970; D'ANGELO, *Il contratto in generale, La buona fede*, Torino, 2004; DELL'AQUILA, *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980; GALLO, *Contratto e buona fede*, Torino, 2014; NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975; PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015; UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004; SENIGAGLIA, *Buona fede e trasparenza contrattuale nella disciplina dei consumi*, Napoli, 2004.

²⁸² Cfr. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, cit., p. 589.

²⁸³ Coerentemente con la loro natura di «tecniche di prevalenza relativa». Vedere *Ante*. Cap. 1, Sez. 2, Parag. 9.

²⁸⁴ Questo non significa che le clausole generali si limitano a riflettere quanto contenuto nei principi costituzionali, «in quanto in questo modo si annullerebbe la stessa funzione delle clausole generali». Del rapporto tra clausole generali e principi costituzionali si è già dibattuto nel corso del

sono contenute in disposizioni di legge e, al pari di ogni altra disposizione legislativa, nell'ambito della loro interpretazione subiscono l'influenza dei principi costituzionali²⁸⁵.

Tanto premesso i termini della questione non concernono tanto l'esistenza di un rapporto tra clausole generali e principi costituzionali, che si considera pacifica, quanto la portata dell'interferenza della clausola generale contenuta nel precetto costituzionale, essendo elevato il rischio che, per effetto di essa, la clausola generale codicistica sia dilatata eccessivamente, se non, addirittura, sovrapposta al principio costituzionale²⁸⁶.

Si ritiene condivisibile quella tesi per cui nell'indagare i rapporti tra principi costituzionali e clausole generali ogni generalizzazione deve essere bandita, considerando, di volta di volta, il tipo di rapporto che li lega²⁸⁷. In alcuni casi, potrà aversi un rapporto di concorrenza nel senso che i giudizi di valore, pur rimanendo distinti, sono compatibili²⁸⁸. In altri casi, potrà assistersi, pur con i limiti dati dalla diversa struttura, ad una sorta di sovrapposizione o quantomeno ad una relazione di genere a specie²⁸⁹.

Così, il rischio di una vanificazione del fondamento volontaristico - si allude al c.d. dogma dell'intangibilità del contratto - per effetto di un giudizio quantomeno equitativo, se non proprio arbitrario, sembra essere scongiurato non solo per la funzione di orientamento svolta dai "valori" ma anche perché, detto giudizio, muove dall'individuazione di un *interesse contrattuale astratto* delle parti in base al programma economico sotteso al contratto e che consiste nel raggiungimento di un

primo Capitolo. In questa sede preme evidenziare, come siffatta ricostruzione porta ad escludere la possibilità che nel nostro ordinamento possa ammettersi la *Drittwirkung* diretta. Vero è che la Corte Costituzionale, con l'ordinanza del 2 Aprile 2014 n. 77, si è espressa in senso contrario. Tuttavia, a parere di chi scrive, occorre sminuire la portata innovativa della pronuncia, in quanto il Relatore di codesta sentenza, Mario Rosario Morelli, è noto nel panorama dottrinale per costituire la parte minoritaria della dottrina favorevole alla *Drittwirkung*. La dottrina prevalente e la giurisprudenza sono orientati in senso contrario.

²⁸⁵ Cfr. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, cit., p. 636.

²⁸⁶ Rischio concretizzatosi con l'ordinanza della Corte Costituzionale sulla caparra confirmatoria posto che è stata sancita un'applicazione diretta dell'art. 2 Cost., che giustificerebbe la nullità della clausola della caparra confirmatoria eccessivamente onerosa per violazione di norma imperativa (ossia l'art. 2 Cost.) ai sensi dell'art. 1418 c.c.

²⁸⁷ Cfr. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, cit., p. 639.

²⁸⁸ Cfr. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, cit., p. 639.

²⁸⁹ Cfr. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, cit., p. 639. In relazione al tipo di affinità esistente tra clausole generali e principi generali si rinvia al Capitolo 1, Sezione 1, Parag. 6.

tipo di risultato economico che la parte si era prefigurata al momento della sua conclusione²⁹⁰.

È l'interesse contrattuale astratto che consente di individuare diverse figure della clausola della buona fede, non alludendosi con l'espressione "figure" alla nota distinzione tra buona fede soggettiva e buona fede oggettiva, bensì all'esistenza di differenti *schemi funzionali* riconducibili ad una pluralità di clausole della buona fede, coerentemente con l'immanente carattere immutevole che caratterizza la funzione delle clausole generali di essere una «finestra aperta sul mondo»²⁹¹. L'esistenza di detta pluralità di figure della buona fede è alla base della tesi della negazione dell'idea di unicità della clausola generale²⁹².

Ne consegue che al soddisfacimento di un *tipo* di interesse contrattuale corrisponderebbe uno schema procedurale riconducibile ad una precisa clausola generale²⁹³. Ad esempio, la clausola della buona fede precontrattuale persegue un risultato economico diverso da quello che persegue la clausola della buona fede esecutiva: nel primo caso, l'interesse contrattuale "a rischio" è la conclusione del contratto; nel secondo caso, l'interesse contrattuale "a rischio" è la realizzazione dell'obiettivo economico sotteso alla vicenda del contratto stipulato. Dunque, è possibile individuare delle specifiche "clausole generali" riconducibili ad una macroclausola generale²⁹⁴. Ad esempio, alla buona fede si riconducono le seguenti "sub-clausole" rispettivamente afferenti:

1) all'interpretazione del contratto (art. 1366 c.c.) connessa a soddisfare l'interesse delle parti a che la loro "volontà" non sia sacrificata per effetto di un'interpretazione «formalistica e cavillosa»²⁹⁵;

2) all'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.), tesa a preservare il diritto della parte che non solleva l'eccezione di soddisfare il proprio interesse contrattuale consistente o nel diritto alla prestazione dovuta o nel diritto alla risoluzione del

²⁹⁰ Cfr. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 34.

²⁹¹ Parla di distinte figure della buona fede anche RODOTÀ, *Perchè laico*, cit., p. 91; ID, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1965, p. 157; UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 32.

²⁹² Cfr. UDA, *op. cit.*, p. 31.

²⁹³ Cfr. UDA, *op. cit.*, p. 33.

²⁹⁴ Di macroclausole generali parla LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Atti del Convegno, II Convegno Nazionale*, Roma, 11 e 12 Febbraio 2011 e in *Riv. crit., priv.*, 2011, p. 345.

²⁹⁵ Cfr. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 39.

contratto o, anche, nel diritto di rifiutare l'adempimento della propria prestazione contrattuale²⁹⁶;

3) alla pendenza di una condizione (art. 1358 c.c.)²⁹⁷ tesa a soddisfare l'interesse contrattuale alla non alterazione della casualità del verificarsi della condizione,²⁹⁸

4) alle clausole contrattuali di natura vessatorie nell'ambito dei contratti di consumo (art. 33 cod. cons.), tesa a tutelare l'interesse contrattuale del consumatore a neutralizzare situazioni di squilibrio normativo, tipiche della contrattazioni di massa, nei rapporti con il professionista;

5) alla fissazione del termine di pagamento nei rapporti commerciali tra imprese (art. 7 d.lgs 231/2002) teso a soddisfare l'interesse della parte (la c.d. impresa debole) nei confronti della quale sia stato fissato un termine di pagamento iniquo.

Dunque, la clausola generale della buona fede oggettiva non si esprime attraverso un identico schema funzionale, comune a tutte le ipotesi applicative. Al contrario, la pluralità di schemi funzionali elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza sulla base della tecnica dei *Fallgruppen*, ha portato, una parte della dottrina, a dubitare addirittura dell'esistenza stessa di un'unitaria clausola generale²⁹⁹.

I suddetti schemi funzionali non potrebbero integrare mai, dunque, un *numerus clausus* in quanto la realtà sociale è complessa e in continua evoluzione, sicché mai più idonea può considerarsi l'espressione "concetto-finestra" con riferimento alle clausole generali, coniata da una parte della dottrina³⁰⁰. In questa prospettiva, può comprendersi quella tesi che depone a favore dell'esistenza di una pluralità di clausole generali della buona fede che, pur distinte con riguardo alle modalità operative e all'interesse contrattuale astratto tutelato, presentano dei tratti comuni³⁰¹.

²⁹⁶ Cfr. UDA, *op. cit.*, p. 37.

²⁹⁷ Cfr. UDA, *op. cit.*, p. 35.

²⁹⁸ Cfr. UDA, *op. cit.*, p. 38.

²⁹⁹ Cfr. UDA, *op. cit.*, p. 40-41. Secondo tale dottrina, la riduzione ad unità concettuale della clausola della buona fede oggettiva «sul presupposto di una indimostrata - e a nostro avviso infondata - unicità funzionale, finisce per rendere la buona fede medesima un concetto giuridicamente vano. L'effettività giuridica della buona fede oggettiva viene invece salvaguardata riconoscendo l'esistenza di una pluralità di figure (tutte facenti parte del *genus* buona fede oggettiva), e riconoscendo altresì che tali figure vengono chiamate dalla legge ad operare in ambiti giuridici differenti al fine della produzione di distinti effetti giuridici, funzionali al fenomeno giuridico in cui esse operano».

³⁰⁰ Cfr. RODOTÀ, *Solidarietà*, Bari, 2014, p. 42.

³⁰¹ Cfr. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 43.

Elaborato lo schema funzionale in base all'interesse contrattuale astratto della parte - ossia soddisfatto il vincolo ermeneutico - individuata la *ratio legis* da soddisfare, ad esempio la solidarietà contrattuale - ossia rispettato il vincolo assiologico - l'interprete potrà procedere alla elaborazione della *regola del caso concreto* che non potrà che dipendere dalle specifiche circostanze fattuali addotte dalle parti³⁰², ossia dall'*interesse contrattuale concreto*. In questo senso, il potere discrezionale del giudice è «vincolato all'interesse pattizio dedotto in contratto»³⁰³ e, altresì, *provato* in giudizio,³⁰⁴.

8. Il metodo della *Drittwirkung* e le sue varianti

Un altro modello da prendere in considerazione in tema di concretizzazione delle clausole generali è quello della *Drittwirkung* che consiste nell'applicazione diretta e orizzontale dei precetti costituzionali.

La *Drittwirkung*, di matrice tedesca, costituisce una tecnica di produzione giudiziale di norme che trova puntuale regolamentazione al Paragrafo 3 dell'art. 1 della Costituzione tedesca del 1949 che prevede l'immediata applicabilità ai rapporti interprivati dei precetti costituzionali³⁰⁵.

Peraltro, di recente, la *Drittwirkung* è stata recepita anche dal sistema giuridico greco, così dimostrando, sia la dottrina che la giurisprudenza, una certa attenzione per i meccanismi operanti nell'ordinamento giuridico tedesco³⁰⁶.

³⁰² Secondo una parte della dottrina, inoltre, la tipizzazione degli schemi funzionali è espressione di un «processo di oggettivizzazione della buona fede». Cfr. UDA, *op. cit.*, p. 82.

³⁰³ In tal senso, NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 31; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 176.

³⁰⁴ Circostanze fattuali che, quindi, assumono una rilevanza preponderante nell'ipotesi in cui le peculiarità del caso concreto escludono l'applicazione di un (preesistente) schema funzionale. In tal caso, l'interprete si troverà nella posizione, tutt'altro che semplice, di elaborarne uno *ex novo*. Ad esempio, tale situazione si è riscontrata con riguardo all'obbligo legale di rinegoziazione, tratto dalla clausola generale della buona fede in relazione alla solidarietà sociale *ex artt.* 1375 c.c. e 2 Cost. anche se il procedimento di tipizzazione è rimasto, a parere di chi scrive, allo stadio di un tentativo (infruttuoso) in ragione della estrema genericità dei presupposti operativi individuati dall'interprete. Si rinvia al Capitolo 2, Sez. 1, Parag. 7 per una disamina della questione.

³⁰⁵ Articolo 1 Legge fondamentale per la Repubblica Federale di Germania del 23 Aprile 1949: «"Protezione della dignità umana": (1) La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla. (2) Il popolo tedesco riconosce gli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo. (3) I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritti direttamente applicabili». Cfr., ZANON, in *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, a cura di PALICI DI SUNI PRAT, CASSELLA e COMBA, Padova, 1998.

³⁰⁶ Cfr. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 93. Con riguardo alla *Drittwirkung*, si rinvia per approfondimenti: CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, in AcP, 1984, p. 201.

Ci si è chiesti, a lungo, in dottrina se il nostro ordinamento giuridico fosse adatto a recepire l'istituto della *Drittwirkung* che, letteralmente, significa "efficacia verso i terzi"³⁰⁷.

Peraltro, nell'ambito della Costituzione italiana del 1948 difetta una previsione analoga a quella esplicitamente positivizzata all'interno della Legge Fondamentale della Repubblica Federale tedesca.

Detta tecnica applicativa impone, dunque, di soffermare l'attenzione, in via preliminare, sul *rapporto tra principi costituzionali e clausole generali*. Posto che all'interno della Carta Costituzionale è possibile distinguere tra norme precettive e norme programmatiche, ossia tra norme direttamente applicabili e norme aventi una struttura assimilabile a quella delle clausole generali, verrebbe naturale ipotizzare una sovrapposizione tra le clausole generali del Codice Civile e le clausole generali (ad esempio, la solidarietà sociale, lo sviluppo della personalità, ecc.) presenti in Costituzione. Tuttavia, come sostenuto in dottrina, tra le clausole di matrice costituzionale e le clausole codicistiche non può avere luogo una vera e propria sovrapposizione. Infatti, essa porterebbe a esiti di approssimazione falsati o per eccesso o per difetto³⁰⁸. Per *eccesso*, in quanto i principi costituzionali, a differenza delle clausole generali, hanno una valenza generalizzata operando indistintamente in tutti i settori del diritto.³⁰⁹ Per *difetto*, in quanto le clausole generali presentano un contenuto assiologico che, per sua natura, è indeterminato (mentre i principi

³⁰⁷ Per quanto concerne la dottrina, nei primissimi tempi di operatività dell'istituto non ha dato grande attenzione al fenomeno che, peraltro, non deve essere confuso con quella relativa alla diversa efficacia delle norme programmatiche e delle norme precettive. Infatti, il problema concerne l'immediata applicabilità delle norme precettive che necessitano di una specificazione ulteriore. Cfr. MORELLI, *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 5. Un'inversione di tendenza si è registrata negli ultimi tempi, soprattutto in ambito europeo. Infatti, in dottrina si discute in ordine alla possibilità di un'applicazione diretta delle libertà riconosciute nel Trattato U.E., in tema di libera circolazione delle persone, ad esempio. In particolare, si è tracciata la distinzione tra *Drittwirkung* in senso stretto e *Drittwirkung* mediata. La *Drittwirkung* in senso stretto è un'ipotesi di rara applicazione e si configura quando la norma qualifica in modo immediato e diretto il fatto di autonomia privata. La *Drittwirkung* mediata o riflessa si ha: 1) quando la norma comunitaria qualifica non direttamente l'autonomia privata ma l'atto giuridico interno riferibile allo Stato che, però, incide sull'atto di autonomia privata ovvero 2) quando «ai principi e alle norme comunitarie si dà ingresso e attuazione, attraverso l'interpretazione adeguatrice affidata al giudice nazionale. Ciò che tipicamente può avvenire nella 'concretizzazione' delle clausole generali del diritto privato, si pensi alla buona fede e all'ordine pubblico e, pure, alla ragionevolezza o al principio di precauzione». Cfr. ZOPPINI, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale, ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, cit., p. 11.

³⁰⁸ Cfr. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, cit., p. 544.

³⁰⁹ Cfr. DI MAJO, *op. cit.*, p. 544.

costituzionali hanno un contenuto assiologico ben definito)³¹⁰.

Con riguardo al quesito sollevato, non può affermarsi che la giurisprudenza, soprattutto della Corte Costituzionale, sia rimasta insensibile alle possibili applicazioni dell'istituto. Anzi, vero è il contrario, ossia che la stessa abbia avuto un atteggiamento incoraggiante l'applicazione della *Drittwirkung* anche sulla scia della Corte Europea di Giustizia³¹¹. Sul punto, è interessante comprendere se, allora, sia possibile un parallelismo tra diritti fondamentali previsti dalla Costituzione e libertà fondamentali previste nel Trattato UE. Una parte della dottrina ha escluso la possibilità di configurare parallelismi in quanto la *Drittwirkung* dei diritti fondamentali costituzionali è utilizzata per comprimere l'autonomia privata ma sempre in una prospettiva della tutela della stessa libertà del singolo dallo Stato³¹². Invece, la *Drittwirkung* delle libertà fondamentali europee non si focalizza sulla libertà del singolo bensì sul mercato, svolgendo la diversa funzione di favorire la rimozione di ostacoli (normativi/materiali) alle stesse libertà, frapposti dagli Stati Membri, in prospettiva della creazione di un mercato unico³¹³.

Ne consegue che il percorso evolutivo dell'istituto in esame, nel nostro ordinamento, sia stato attraversato da alterne vicende³¹⁴.

Per quanto concerne l'atteggiamento mostrato da parte della Corte Costituzionale, come chiaramente evidenziato da una parte della dottrina, nel panorama giurisprudenziale del Giudice delle leggi è possibile individuare pronunce che esortano alla *Drittwirkung* delle norme costituzionali ed altre che, addirittura, la

³¹⁰ Cfr. DI MAJO, *op. cit.*, p. 544.

³¹¹ Tra i casi sottoposti al giudizio della Corte Europea di Giustizia e riconducibili al fenomeno della *Drittwirkung* rientrano: CORTE GIUST. UE, 13 giugno 2006, causa C 173/03; CORTE GIUST. UE, 9 dicembre 1997, causa C 265/95; CORTE GIUST. UE, 11 dicembre 2007, causa C 438/05; CORTE GIUST. UE, 18 dicembre 2007, causa C 341/05; CORTE GIUST. UE, 9 giugno 1992, causa C 47/90. Cfr. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione Europea (principi e problemi della drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, III, p. 713 e ss. Per approfondimenti si rinvia, altresì, a PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato europeo e diritto privato*, in *Eur e dir. priv.*, 2015, p. 743.

³¹² Cfr. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 731.

³¹³ Cfr. ZOPPINI, *op. cit.*, p. 732.

³¹⁴ Cfr. MORELLI, *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, cit. p. 5. In particolare, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, le prime applicazioni dell'istituto si sono registrate immediatamente dopo l'entrata in vigore della Costituzione (V. rispettivamente per quanto concerne gli artt. 111 e 36 Cost.: CASS., sez. un., 9 Aprile 1949, n. 838 in *Giur. it.*, 1949, I, p. 637; CASS., 10 Agosto 1953, n. 2696, in *Giur. comp. cass. civ.*, 1953, p. 505). Cfr. MORELLI, *op. cit.*, p. 10 Probabilmente la ragione di questa immediata entrata in scena della *Drittwirkung* era dovuta alla circostanza che la magistratura ordinaria aveva ritenuto di assumere una funzione di supplenza nelle more dell'inizio di attività della Corte Costituzionale (ossia fino al 23 Aprile del 1956).

presuppongono, così complessivamente manifestando un atteggiamento positivo³¹⁵.

Considerata l'enorme rilievo che riveste oggi il tema della giustizia contrattuale, si ritiene opportuno soffermare l'attenzione sulla possibile *Drittwirkung* dell'art. 2 Cost³¹⁶.

In particolare occorre chiedersi se vi siano, e nel caso in cui si ritenga di rispondere affermativamente, quali siano gli ostacoli alla sua ammissibilità o se la stessa debba passare necessariamente per una clausola generale, che quindi si atterrebbe a filtro dei valori in essa contenuti (la c.d. *Drittwirkung* mediata).

In realtà, la questione è resa più complicata dalla circostanza che l'art. 2 Cost. integra a sua volta una clausola generale, quella di solidarietà sociale, che necessita di specificazione. Una specificazione che, soprattutto in materia contrattuale, avviene grazie all'apporto di un'altra clausola generale, quella di buona fede.

Sicché sembra di trovarsi di fronte ad un *caso peculiare*. Infatti, si è detto che le clausole generali normalmente interagiscono con norme a fattispecie al fine di acquisire un livello di specificazione ulteriore; invece, in questo caso, per conseguire il medesimo risultato interagiscono con altre clausole generali, sebbene di diversa provenienza, ossia di provenienza costituzionale. Il suddetto meccanismo di interazione tra clausole generali con finalità di specificazione del reciproco contenuto è reso possibile dalla circostanza che la clausola generale della buona fede ha il proprio fondamento costituzionale proprio nella solidarietà sociale di cui all'art. 2

³¹⁵ Tra le pronunce che "presuppongono" la *Drittwirkung* si ricordano le sentenze della Corte Costituzionale: CORTE COST, 10 e 11 luglio 1991, n. 333 del 1991; CORTE COST. 3 Febbraio 1994, n. 19. Cfr. MORELLI, *op. cit.*, p. 7. Altra importante pronuncia in questo senso è stata in materia di risarcimento del danno biologico: CORTE COST., 30 giugno 1986, n. 184. La Corte Costituzionale ha riconosciuto un'efficacia diretta all'art. 32 Cost., mettendo la norma costituzionale in relazione con la norma in bianco di cui all'art. 2043 c.c. Secondo il Giudice delle Leggi, «se è vero che l'art. 32 Cost. tutela la salute come diritto fondamentale del privato, e se è vero che tale diritto è primario e pienamente operante anche nei rapporti privati» il diritto al risarcimento in conseguenza di un danno ingiusto non può essere limitato alla sola lesione dei diritti patrimoniali. In tal senso, una dottrina si esprime ritenendo l'ipotesi anzidetta «un tipico e felice esempio» di *Drittwirkung*: MORELLI, *op. cit.*, p. 546. Tuttavia, non può ignorarsi come la suddetta impostazione si fondi su una concezione sanzionatoria dell'art. 2043 c.c., ormai superata in favore della tesi della natura primaria del precetto. In secondo luogo, giova ricordare anche il superamento della tesi del carattere tipico dell'art. 2059 c.c.. In tal senso si è espressa la Cassazione con le "sentenze gemelle": CASS., 31 Maggio 2003 n. 8827 e 8828, in *Foro it.*, 2003, I, 2272 in base alla quale un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. consente di attribuire rilevanza anche ai danni derivanti da fatti illeciti diversi dal reato, confermando il carattere atipico della norma. Tale tesi è stata suggellata con le note sentenze gemelle di San Martino (CASS., sez. un, 11 Novembre 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975 in *Foro it.*, 2009, I, c. 120).

³¹⁶ Art. 2 Cost. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Cost., che costituisce un criterio etico-valutativo che il diritto assume dalla società³¹⁷.

Ciò è alla base del superamento di quell'impostazione che si limitava all'individuazione di obblighi giuridici negativi consistenti nell'astensione da comportamenti pregiudizievoli per la controparte per approdare al riconoscimento dell'individuazione di comportamenti oggetto di obblighi giuridici positivi a carico di ciascuna parte a tutela dell'interesse dell'altra: i c.d. obblighi positivi di protezione.

Questo è, dunque, la base in cui si inserisce il passaggio da una buona fede in funzione valutativa ad una buona fede in funzione integrativa del contratto.

Quindi, l'art. 2 Cost. non vale tanto a esprimere un precetto morale che ne renderebbe riduttiva la funzione quanto più che altro una clausola generale che decide delle sorti di un rapporto obbligatorio, posto che, come da alcuni osservato, non esistono, in materia di inadempimento contrattuale, delle zone franche al riparo della scure del risarcimento contrattuale, derivando sempre dalla condotta contraria alla buona fede il risarcimento, in relazione al danno dall'altra parte subito, come contropartita della condotta censurata³¹⁸.

Ne consegue che la questione non è l'*an* del risarcimento ma l'individuazione della parte sulla quale far gravare la conseguenza pregiudizievole, cosicché la solidarietà sociale, anche se meglio sarebbe definirla *solidarietà economica o contrattuale*, diviene «la base sulla quale devono fondarsi le soluzioni in tutti i conflitti in cui debba decidersi a chi accollare le conseguenze negative del comportamento contrario a buona fede»³¹⁹.

Dunque, la *Drittwirkung* mediata sembra presentare dei punti di contatto con la tecnica del *Fallkruppen*, in entrambe essendo coinvolte una clausola generale e un precetto costituzionale. Tuttavia esse presentano un opposto procedimento logico: nel caso della *Drittwirkung* mediata, la regola del caso concreto viene enucleata all'interno del precetto costituzionale, salvo poi essere adattata al caso di specie per effetto della clausola generale. Invece, nel caso della tecnica del *Fallkruppen*, lo schema funzionale viene individuato all'interno della clausola generale mentre il

³¹⁷ In tal senso anche SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, in *Giur. it.*, 1993, II, p. 220.

³¹⁸ Cfr. CATTANEO, *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 12.

³¹⁹ Cfr. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, cit., p. 234, che ritiene preferibile, per quanto concerne la materia dell'inadempimento, parlare di solidarietà economica o contrattuale. In tal senso, anche CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 719, il quale la distingue tra etica individuale e etica sociale.

precetto costituzionale funge da "guida".

9. Dal connubio tra solidarietà e buona fede: la giustizia contrattuale?

Ora occorre indagare il rapporto tra buona fede e solidarietà.

Sotto la lente del metodo concettuale la clausola della solidarietà permea la clausola della buona fede, conferendole diverse sfaccettature e, prescindendo dalla eterogeneità delle rispettive fonti, si è ritenuto il loro rapporto regolato dal *principio di specialità*.

La buona fede presenta, dunque, più di un significato.

Dunque, per comprendere il tipo o i tipi di significato "sociale" riferibile ad essa, occorre interrogarsi, prima, sul valore espresso dalla clausola della solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. Tra coloro che hanno sostenuto l'esistenza di un legame necessario tra queste clausole, vi è Stefano Rodotà, il quale, interrogandosi sulla concreta funzione della clausola della correttezza, ha escluso che la medesima, anche se interpretata in combinato disposto con l'art. 2 Cost,³²⁰ risponda al perseguimento di obiettivi sociali. La realizzazione di questi ultimi, infatti, sarebbe demandata alla clausola generale dell'ordine pubblico economico³²¹. Inoltre, anche diversamente ragionando, sarebbe pur sempre necessaria una previa indicazione *ex lege* delle direttive e dei criteri disciplinanti l'attività economica: quindi, in ogni caso, il giudice non potrebbe porre limiti all'autonomia contrattuale solo in forza di una clausola generale, potendo solo porre a fondamento della propria decisione «indicazioni già rese esplicite dal legislatore».³²²

Sgombrato il campo dall'equivoco che l'espressione "solidarietà sociale" può generare, in relazione all'esistenza di una tensione tra interesse individuale e interesse collettivo, e ribadito che il giudice non può farsi legislatore, il valore sociale della

³²⁰ Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 183: «In realtà, e l'indagine condotta nelle pagine precedenti dovrebbe dimostrarlo, qui non si tratta di mettere in opposizione un valore "sociale" e un valore "individuale", con conseguenti problemi di determinazione delle condizioni di prevalenza dell'uno sull'altro...(*omissis*)... In tale ambito, non sembra che il ricorso a criteri di valutazione sociale possa essere utilizzato al fine di introdurre nel contratto determinazioni contrastanti con gli interessi delle parti, e volte unicamente a realizzare finalità proprie della collettività».

³²¹ In tal senso anche RODOTÀ, *op. cit.*, p. 183. Peraltro, una parte della dottrina sostiene che debba essere questa la clausola di riferimento nei contratti tra imprese affetti da squilibrio economico: PESCATORE, *Forme di controllo, rapporti tra imprenditori e ordine pubblico economico*, in *Obb. e contr.*, 2012, III, p. 166.

³²² Cfr. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 183.

solidarietà *ex art. 2 Cost.* concerne l'opportunità «di scegliere, tra le soluzioni possibili, quella *socialmente più desiderabile*»³²³.

Se, in linea generale, si condivide la tesi della funzionalizzazione del diritto privato³²⁴ occorre precisare come l'ingresso della solidarietà sociale nel diritto dei contratti, prima ancora che rispondere all'esigenza di soddisfare l'interesse generale connesso alla certezza dei traffici, è chiamata a garantire e a preservare, la *leale collaborazione tra i contraenti*, atteggiandosi a criterio di risoluzione di conflitti tra interessi economici individuali. Si tratta, peraltro, di una nozione di solidarietà che ricorda da vicino la "solidarietà corporativa" che, come condivisibilmente sostiene una parte della dottrina, mai ha conosciuto una compiuta realizzazione³²⁵.

Ritornando alla questione del suo rapporto³²⁶ con la clausola della buona fede, già dalla Relazione al Codice Civile, si evince come la buona fede non sia mai stata circoscritta ad una sfera morale non costituendo tanto un «generico dovere di condotta morale» quanto più un preciso «dovere giuridico» imperniato sulla nozione di solidarietà corporativa. Tuttavia, una parte della dottrina e della giurisprudenza ha ignorato per decenni le indicazioni della Relazione, svuotando di significato la buona fede e, di fatto, non applicandola³²⁶. Il significato della solidarietà ha assunto una nuova veste a partire dall'entrata in vigore della Carta fondamentale del 1948. Da questo momento, la solidarietà non costituisce più tanto un criterio di risoluzione di conflitti individuali venendo posta in stretta connessione con *la tutela dei diritti inviolabili*.³²⁷

Orbene, il Costituente formalizza una *visione multifocale* della solidarietà declinandola in: solidarietà politica, solidarietà economica e solidarietà sociale, anche se a questa distinzione si ritiene non debba corrispondere una pluralità di categorie della solidarietà sociale, caratterizzata, al contrario, da *unità concettuale*,

³²³ Cfr. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 184.

³²⁴ Sul tema tra i tanti si rinvia ai seguenti contributi: CIMBALI, *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria*, in *Studi di diritto civile*, Torino, 1900, p. 33; MATTIONI, *Solidarietà giuridicizzazione della fraternità*, in *La fraternità come principio di diritto pubblico*, a cura di MARZANATI e MATTIONI, Roma, 2007.

³²⁵ Cfr. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., p. 41. Sul punto anche CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 709.

³²⁶ Si rinvia sul punto al Cap. 1, Sez. 1, Parag. 3.

³²⁷ In tal senso, RODOTÀ, *Solidarietà*, p. 41. Articolo 2 Cost.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

individuando questi solo i settori i cui la solidarietà è chiamata ad operare: 1) il settore dei diritti politici, per quanto riguarda la solidarietà *politica*³²⁸; 2) il settore dei rapporti giuridici quali i diritti di credito, i diritti reali e le obbligazioni in generale, per ciò che concerne la solidarietà *economica*³²⁹; 3) il settore dei rapporti sociali, quali ad esempio il rapporto di coniugio e il rapporto di filiazione richiamati dalla solidarietà *sociale*³³⁰.

Tale distinzione depone a favore, ancora una volta, della *natura estroflessa* del principio, imponendo di enuclearne i significati prendendo come riferimento il relativo contesto culturale e sociale cosicché la solidarietà può considerarsi una «finestra aperta sulla società»³³¹ che, tramite i congegni normativi predisposti dal Legislatore, ossia le clausole generali, consente all'ordinamento giuridico di "tenersi al passo", «senza che sia necessario un ininterrotto, faticoso, quasi sempre tardivo aggiornamento attraverso nuove norme»³³².

Quindi, tornando al quesito iniziale, posta la genericità e l'indeterminatezza della solidarietà sociale, occorre comprendere come avvenga, ad opera della medesima, la concretizzazione della buona fede. Infatti, l'assunto in base al quale la buona fede si specifica all'interno della singola fattispecie contrattuale per effetto del richiamo al principio di solidarietà, spesso utilizzato dalla giurisprudenza per giustificare i controlli del giudice sul contenuto del contratto, appare riduttivo e pecca di tautologia e apoditticità³³³. Inoltre, finisce solo per spostare il problema dalla

³²⁸ Cfr. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 58.

³²⁹ Cfr. UDA, *op. cit.*, p. 58.

³³⁰ Cfr. UDA, *op. cit.*, p. 58. Interessante notare come, secondo tale dottrina, la distinzione tra solidarietà economica e solidarietà sociale non presenta dei contorni netti e definiti «considerata, da un lato, la rilevanza sociale dei rapporti economici e, dall'altro, l'interferenza di interessi non immediatamente economici nei rapporti economici medesimi, nonché l'interferenza di interessi economici nei rapporti sociali. Questa sorta di osmosi tra la solidarietà economica e sociale, o l'identità del loro ambito di applicazione, si appalesa anche dalla lettera e dalla portata degli art. 41 e 42 Cost., i quali elevando a dignità costituzionale i diritti di iniziativa economica privata e di proprietà - diritti eminentemente economici - ne stabiliscono altresì dei limiti di "socialità"».

³³¹ Cfr. RODOTÀ, *Solidarietà*, cit., p. 43.

³³² Cfr. RODOTÀ, *ult. op. cit.*, p.43, che prosegue: «In questa difficile opera di costruzione continua, in diritto deve attingere al mondo che gli sta intorno, ma al tempo stesso si pone come il luogo dove una molteplicità variegata, e talvolta pure contraddittoria, di impulsi trova un momento di selezione e di unificazione secondo modalità non arbitrarie, ma che lo stesso ordine giuridico individua attraverso il legame che stringe la solidarietà agli altri principi costituzionali, al modo in cui essa viene concretamente calata nella legislazione e letta dalla giurisprudenza». Dunque la natura assiologica della solidarietà, qualificata da Stefano Rodotà, come «clausola generale» comporta che, al tempo stesso, la stessa costituisca, sul piano teorico, fondamento assiologico della clausola generale e, sul piano pratico, strumento di semplificazione della realtà.

³³³ In tal senso anche DI MAJO, *La fideiussione «omnibus» e il limite della buona fede*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2758 secondo il quale «non si può spiegare il contenuto di una clausola generale per

clausola della buona fede a quella della solidarietà, senza risolverlo. Infine, tradisce "un'applicazione ideologica" della clausola che è bene non incoraggiare. Pertanto, non appare questa essere la scelta metodologica vincente.

Si ritiene che, a tal fine, occorra indagare il rispettivo ambito di operatività.

Poc'anzi, trattando della solidarietà si è esclusa la possibilità di una sua identificazione con la buona fede, ritenendo tutt'al più integrato, tra le stesse, un rapporto di specialità. Infatti, la solidarietà, nelle sue manifestazioni di solidarietà politica, economica e sociale, riverbera i suoi effetti giuridici nei confronti dell'intero ordinamento e, conseguentemente, presenta una portata più ampia della buona fede e un'efficacia programmatica, essendo molteplici le *rationes* ad essa riferibili e variabili in base al settore di riferimento (politico, economico, sociale). Dunque, forse, più che clausola generale, è preferibile qualificarla come principio, essendo molto elevato il grado di astrazione.

Invece, la buona fede si rivolge ad un fenomeno *specifico*, suggerito anche dalla sua collocazione nella disciplina generale del contratto: la vicenda negoziale. Quindi, al pari di tutte le altre norme che compongono la disciplina del contratto in generale, ha un'*efficacia precettiva*, essendo la sua *ratio* determinata, pur presentando un contenuto prescrittivo e vago. In altri termini, la clausola generale deve rispondere a determinati requisiti per definirsi tale: 1) essere prevista da una fonte legislativa; 2) essere determinata sul piano assiologico in relazione alla *ratio legis* (la c.d. vaghezza socialmente tipica); 3) deve presentare, sul piano linguistico, un contenuto prescrittivo vago (la c.d. vaghezza)³³⁴.

Viceversa, la solidarietà quale «recettore»³³⁵ di istanze politico-sociali, in ragione della sua caratteristica di informare di sé l'intero ordinamento giuridico presenta una valenza assiologica poliedrica e, dunque, ad ampio spettro: in particolare, in alcuni casi, tale effetto condizionante si traduce in una funzione di indirizzo dell'ordinamento giuridico, in altri casi, in una efficacia immediata per il tramite di meccanismi applicativi quali l'analogia ovvero per il tramite di congegni tecnici quali le clausole generali³³⁶.

mezzo di altra clausola generale (come sarebbe il riferimento alla solidarietà contrattuale), assommando dunque generalità a generalità».

³³⁴ Si rinvia al Cap. 1., Sez., 1, Parag. 4.

³³⁵ Cfr. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 71.

³³⁶ Sul punto, una parte della dottrina distingue, con riferimento ai principi generali, tra: 1) sistema applicativo mediato e 2) sistema applicativo immediato. Il primo si configura quando il principio

La solidarietà, nella sua accezione "economica" (di cui ulteriore *sub* categoria è la "solidarietà contrattuale")³³⁷, per effetto della carica assiologica che la caratterizza, tesa nella sua genericità a neutralizzare qualsivoglia tipo di conflittualità sociale³³⁸, svolge una *funzione di orientamento* per l'interprete nella scelta della *ratio legis*, tra le diverse, da perseguire; da essa discende l'individuazione/l'elaborazione della *sub*-clausola, che a sua volta costituisce lo schema funzionale per elaborare, per il tramite della buona fede, la "regola per il caso concreto" più appropriata per la realizzazione del fine solidaristico.

Dunque, in linea teorica, può affermarsi che la *giustizia contrattuale* si realizza laddove l'applicazione delle clausole generali segua un approccio di tipo concettuale o tecnico, come avviene nel caso della tecnica del *Fallkruppen* e della *Drittwirkung* mediata, che consentono di verificare *ex post* se la regola del caso concreto risponda ad un rapporto tra solidarietà e buona fede nei termini sopradescritti³³⁹.

generale opera come canone ermeneutico; quindi la sua operatività è non direttamente precettiva. Il secondo si configura in presenza di un principio generale che rivela una portata precettiva, dunque immediata, per il tramite di clausole generali ovvero per il tramite dell'analogia *ex art. 12* Preleggi.

³³⁷ Sostiene l'autonomia concettuale della solidarietà contrattuale dalla solidarietà sociale UDA, *op. cit.*, p. 85.

³³⁸ Cfr. UDA, *op. cit.*, p. 71.

³³⁹ In tal senso si è espressa anche quella dottrina che non esclude *a priori* la possibilità di un intervento correttivo del giudice, purchè non si dimentichi che, al pari del Legislatore, esso è solo un altro potere e che il compito ad esso demandato di «rendere vivente il diritto sigillato in una norma» non può tradursi in una espugnazione della «cittadella dell'autonomia contrattuale»: FERRI, *Autonomia contrattuale, doveri di solidarietà e ruolo del giudice*, in *Il diritto civile oggi*, Napoli, 2006, p. 832.

SEZIONE 2

METODO CONCETTUALE *VERSUS* METODO VALORIALE

1. La tecnica del *Fallkruppen* nella buona fede precontrattuale

Tra le fonti di integrazione del contratto la dottrina e la giurisprudenza prevalenti annoverano la buona fede o correttezza, della quale, tuttavia, si è anche detto che non è possibile trarsi «un comportamento a contenuto prestabilito», per questo anche definita «norma a contenuto plasmabile»³⁴⁰. E questo sarebbe il suo principale "difetto": una sorta di «"prezzo" che la norma paga per assicurare il rinvio a buona fede»³⁴¹.

Peraltro, si osserva come il collegamento tra la buona fede e i meccanismi di integrazione del contratto era già conosciuto sotto la vigenza del Codice Pisanelli, posto che ai sensi dell'art. 1124 «i contratti debbono essere seguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano».

Viceversa, nel Codice Civile del 1942 la buona fede *ex art.* 1375 c.c. non è racchiusa nella disciplina delle fonti di integrazione del contratto, che invece si trova collocata all'art. 1374 c.c.³⁴²

³⁴⁰ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p. 505, secondo cui si specifica in due fondamentali canoni di condotta: un obbligo di lealtà e un obbligo di salvaguardia dell'utilità dell'altra parte «nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio». Di «norme a contenuto plasmabile» o anche di «concetto di gomma» parla anche CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p.721; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969. Con riguardo alla relazione intercorrente tra la buona fede e la correttezza si osserva come per la dottrina prevalente siano, pacificamente, considerati sinonimi: RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit.; STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 163; BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto*, disc. priv., sez. civ., II, Torino, 1988, p. 170; BIANCA, *La nozione di buona fede come regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1988, *sub art.* 1175, p. 290. Mi pare condivisibile, tuttavia, anche la posizione di Massimo Franzoni il quale ritiene che la buona fede contrattuale rientra «nel concetto più generale di correttezza, imposto come dovere ad entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio dall'art. 1175 c.c.». Probabilmente si spiega in relazione al parallelo rapporto da *genus* a *species* tra fonte dell'obbligazione e contratto. V. FRANZONI, voce «Buona fede», in *Enc. giur. ita.*, [http://www.treccani.it/enciclopedia/buona-fede-dir-civ_\(Diritto_on_line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/buona-fede-dir-civ_(Diritto_on_line)/).

³⁴¹ Sul punto, si rinvia a: ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 288.

³⁴² Con riguardo al ruolo svolto dalla buona fede, in dottrina, si sono rilevati distinti livelli di operatività, che sono: 1) contenutistico, 2) compositivo, 3) autoritario. Con riguardo al primo livello, si osserva che il suo rilievo si spiega in ragione della sua natura di clausola generale e, quindi, di «concetto di gomma» contenente i più svariati comportamenti, positivi o negativi, inerenti l'attuazione del rapporto obbligatorio. Con riguardo al secondo livello, in quanto riveste un «*gap-filling role*», ossia un funzione di conformazione del comportamento dovuto e, quindi,

In questa sede, si prenderà in considerazione la buona fede precontrattuale e come la sua concreta operatività, spesso, abbia implicato il ricorso alla tecnica del *Fallkruppen*³⁴³.

La buona fede, quale canone di lealtà e salvaguardia³⁴⁴, a loro volta espressione della «solidarietà contrattuale»³⁴⁵ è richiamata frequentemente all'interno della disciplina del Codice Civile e può osservarsi come essa possa essere deputata a svolgere funzioni diverse. Infatti, può assumere una funzione integrativa, correttiva, di puntualizzazione del contenuto degli obblighi contrattuali, di controllo qualora sorga l'esigenza di una composizione di un conflitto tra contrapposti interessi³⁴⁶.

Prima ancora di tutte queste funzioni, la buona fede assolve ad una funzione preventiva, nel senso di atteggiarsi ad una sorta di "linea guida", volta ad indicare alle parti il comportamento da seguire.³⁴⁷

Il significato che la buona fede assume nel contesto in cui è invocata è quello di buona fede in senso oggettivo, ossia di regola di condotta la cui osservanza è imposta alle parti. In tal senso, è espressione di un principio di ordine pubblico il cui

integrativa. Per quanto concerne l'ultimo livello, si evidenzia il suo carattere autoritario, espressione di ordine pubblico, anche se sembra (ma così non è) essere tradito dal carattere indeterminato (quindi, programmatico) del suo contenuto). Cfr. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 710.

³⁴³ Peraltro, senza "invocare" la tecnica del *Fallkruppen*, orientato in tal senso è anche BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., p. 209, che aveva proceduto a tracciare una tipizzazione dei comportamenti in considerazione dei due canoni indicati. Per quanto riguarda il canone di lealtà: 1) «non suscitare intenzionalmente falsi affidamenti»; 2) «non speculare su falsi affidamenti»; 3) «non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte». Con riguardo al canone di salvaguardia: 1) esecuzione di prestazioni non pattiziate ma necessarie per salvaguardare l'utilità dell'altra parte; 2) modificare il proprio comportamento in termini di prestazioni e oneri; 3) tollerare le modifiche della prestazione della controparte se non è di pregiudizio del proprio interesse; 4) avvisare la controparte di circostanze rilevanti per l'esecuzione del contratto; 5) nell'esercizio di poteri discrezionali - soprattutto in materia di lavoro: art. 2106 c.c. - la parte deve tener conto dell'interesse dell'altra compatibilmente con il proprio interesse o con l'interesse per cui il potere è stato attribuito. Si è discusso, a lungo, se considerare tale classificazione meramente esemplificativa o meno. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 721, secondo cui, a seconda che si scelga l'una o l'altra opzione cambia la natura del dovere di correttezza (tipico o atipico).

³⁴⁴ Cfr. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., p. 209.

³⁴⁵ Cfr. BIANCA, *ult. op. cit.*, p. 210. Altra dottrina ha precisato come, al riguardo, sarebbe più opportuno richiamare la nozione di «solidarietà sociale», in quanto espressione di un' «etica sociale», che è diversa dall'«etica individuale». Cfr. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 719, secondo cui, la buona fede è un concetto etico, che richiama, a sua volta quelli di «onestà», «fedeltà», «fiducia» ma non in una prospettiva individuale, bensì «sociale» «o del collettivo». Dunque, tale osservazione appare il preludio di quello che, poi, come sarà meglio evidenziato, sarà il fondamento del connubio tra buona fede e solidarietà sociale ex art. 2 Cost.

³⁴⁶ Cfr. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit. p. 90.

³⁴⁷ Si vedano gli artt. 1175, 1337, 1358, 1366 e 1375 c.c. PATTI, *op. cit.*, p. 89.

fondamento, avente una natura ambivalente, morale e giuridica, è integrato dalla solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.³⁴⁸

L'interesse protetto dalla previsione della clausola generale della buona fede precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c. è la *libera e corretta esplicazione della libertà contrattuale*³⁴⁹. Alla tutela di tale interesse sono posti una serie di obblighi di protezione tra i quali l'obbligo di chiarezza, l'obbligo di segreto, l'obbligo di informazione³⁵⁰.

Con riguardo alla concreta operatività della tecnica dei *Fallgruppen* in relazione a detta clausola generale si osserva come, al suo interno, la giurisprudenza ha estratto, mediante un'opera di tipizzazione, regole generali e astratte che operano per un determinato "gruppo di casi". Sono, dunque, regole di derivazione giurisprudenziale che soddisfano (o comunque aspirano a soddisfare i requisiti di prevedibilità e certezza) colmando il *deficit* di indeterminatezza valoriale imputato alla clausola generale.³⁵¹

In altri termini, si tratta di regole che, elaborate *ex novo*, si muovono entro il perimetro della clausola. Poiché la sua concretizzazione comporta il rinvio a dei *presupposti operativi*, che consentono la controllabilità *a posteriori* della decisione giudiziale, si ritiene che il rigore metodologico che accompagna la sua applicazione sia ispirato ad un approccio di tipo concettuale o formalistico.

2. Segue. Il recesso ingiustificato dalle trattative

La prima regola estraibile dalla clausola della buona fede precontrattuale è il divieto di recedere ingiustificatamente dalle trattative.

Il recesso ingiustificato o arbitrario dalle trattative si configura quando una parte ingenera nell'altra un legittimo affidamento in ordine alla conclusione del contratto, salvo poi recedere provocando un danno alla controparte³⁵².

³⁴⁸ Giova osservare come la buona fede abbia attraversato diverse stagioni. In particolare nel tempo da criterio di valutazione della condotta delle parti è divenuta vera e propria fonte di integrazione del contratto.

In relazione alla solidarietà sociale, la dottrina si è a lungo interrogata sulla valenza giuridica del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., propendendo per la tesi affermativa. Si rinvia per approfondimenti a UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 50.

³⁴⁹ Cfr. RINALDI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Magistra*, Napoli, 2014, II, p. 8.

³⁵⁰ Cfr. RINALDI, *op. cit.*, p. 10.

³⁵¹ Cfr. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 40.

³⁵² Cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 881.

Vero è che con l'inizio delle trattative le parti non si obbligano a concludere il contratto, rimanendo libera la parte di revocare la proposta contrattuale, salvo si tratti di proposta irrevocabile *ex art. 1329 c.c.* Tuttavia, l'avvio delle trattative aventi ad oggetto gli elementi essenziali del futuro contratto determina in capo alle parti stesse il sorgere di un obbligo a contenuto negativo consistente nel non ingenerare affidamenti illegittimi nella controparte³⁵³.

Tale obbligo giuridico costituisce un obbligo specifico di quello più generale di buona fede precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c., la cui violazione obbliga la parte al risarcimento del danno subito dall'altra nei limiti dell'interesse negativo (*id quod interest contractum non fruisse*) ossia dell'interesse che la controparte avrebbe avuto a non entrare in trattative con un soggetto che poi receda illegittimamente³⁵⁴.

La giurisprudenza ha riscontrato l'esistenza dell'obbligo (negativo) di non recedere ingiustificatamente dalle trattative in presenza di determinati *presupposti operativi* come di seguito indicati:

- 1) lo stadio avanzato delle trattative;
- 2) il legittimo affidamento suscitato nella conclusione del contratto;
- 3) l'assenza di una giusta causa di recesso³⁵⁵.

³⁵³ Cfr. GAZZONI, *op. cit.*, p. 881.

³⁵⁴ Quindi, il risarcimento del danno non potrà mai corrispondere all'interesse positivo corrispondente al valore dell'affare che sarebbe stato concluso se non fosse intervenuto il recesso illegittimo. Si è, a lungo, discusso in ordine alla natura della responsabilità precontrattuale. Tra i più recenti contributi dottrinali sulla responsabilità precontrattuale si ricordano: SACCO, voce «*Trattativa*», in *Digesto*, disc. priv., sez. civ., Torino, 2012; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Napoli, 2012.

³⁵⁵ CASS., sez. lav., 18 giugno 2004, n. 11438, in Banca dati *De jure*, in cui è stato affrontato il caso di un soggetto che aveva presentato domanda per essere assunto come guardia giurata da una società, la quale dopo aver richiesto alla Prefettura il certificato di idoneità, non trasmetteva quest'ultimo all'Ufficio di collocamento con la richiesta di nulla osta, assumendo altre persone. Il soggetto lamentava la responsabilità precontrattuale della società. Il caso arrivò dinanzi alla Cassazione che colse l'occasione per individuare i presupposti applicativi in presenza della responsabilità precontrattuale: «Ai fini di questa responsabilità è necessario che: 3.1. *Siano in corso delle trattative*; queste sono la fase anteriore alla stipulazione, in cui le parti si limitano a manifestare la propria tendenza verso il vincolo contrattuale, senza porre in essere l'atto che costituisce il vincolo stesso in forma irreversibile (l'accertamento del fatto che il vincolo contrattuale si sia o non si sia costituito, è risoluzione d'una *quaestio facti*, devoluta al giudice di merito: CASS. 15 dicembre 2001 n. 14109); la presenza di trattative in corso fra le parti è solo il processo che può condurre alla formazione del contratto, e nel corso del quale la responsabilità può essere ipotizzata; e tuttavia le trattative presuppongono anche la libertà di giungere o non giungere alla stipulazione: ove la parte sia obbligata alla stipulazione (per la preesistenza d'un contratto preliminare o per avere la parte - poi recedente - assunto, a qualunque titolo, l'obbligo di contrarre) il suo recedere non è ipotizzabile, ed il suo rifiuto di stipulare il contratto configura una responsabilità contrattuale; 3.2. *le trattative siano giunte in uno stadio idoneo a far sorgere nella parte* (che invoca l'altrui responsabilità) *il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto*; ciò presuppone, simmetricamente, che il contratto non si sia concluso; 3.3. *la controparte (cui si addebita la*

L'individuazione di tali presupposti operativi costituisce una modalità con cui l'interprete pone dei *limiti* all'attività interpretativa. Essi costituiscono degli "auto-vincoli" alla discrezionalità giudiziale in quanto posti al fine esclusivo di scongiurare il formarsi di soluzioni giudiziali irragionevoli, che si avrebbero se per ciascuna soluzione giudiziale si elaborassero delle "condizioni" *ad hoc, sui generis* con inevitabili ricadute sulla certezza del diritto.

Con riguardo ad una casistica giurisprudenziale più recente, che conferma l'attualità e validità di tale metodologia con riguardo alla buona fede precontrattuale, peculiare è stata la vicenda di *culpa in contrahendo* relativamente alle trattative relative alla stipula di un contratto di edizione, avente ad oggetto la licenza *Creative Common* (CC), di recente creazione statunitense³⁵⁶.

Nello specifico, la vicenda ha visto come protagonista una nota casa editrice italiana che aveva avviato trattative con l'autore di un libro, il quale aveva manifestato fin dall'avvio delle stesse la volontà di pubblicare l'opera con una licenza *Creative Common* (CC)³⁵⁷. La casa editrice, in un primo momento, si era dichiarata disponibile a pubblicare l'opera e spediva all'autore un contratto di edizione, a cui

responsabilità) interrompa le trattative senza un giustificato motivo; poichè le parti hanno facoltà di verificare la propria convenienza alla stipulazione, e di recedere in ogni momento ed indipendentemente da un giustificato motivo (CASS. 29 maggio 1998 n. 5297, in *Foro it.*, 1998 voce «*Contratto in genere*», c. 321), l'ingiustificato motivo assume rilievo solo ove si sia precedentemente formato il ragionevole affidamento della parte; 3.4. pur nell'ordinaria diligenza della parte (che invoca la responsabilità), non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto. L'accertamento dei presupposti della responsabilità contrattuale, quali lo stadio avanzato delle trattative, il ragionevole affidamento nella conclusione del contratto, e l'assenza d'una giusta causa di recesso, e quindi la violazione dell'obbligo di buona fede, concretano accertamenti di fatto, demandati alla funzione del giudice di merito (CASS. 14 febbraio 2000 n. 1632).». In senso conforme: CASS. 29 marzo 2007, n. 7768, ID., *Rep.* 2007, voce cit., n. 389, citata in motivazione; e più di recente CASS., 10 gennaio 2013, n. 477, in *Foro it.*, 2013, I, 845, nonché con nota di DELLA NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 754.

³⁵⁶ La licenza *Creative Common* è una licenza creata da un'organizzazione *no profit* americana che sta riscuotendo un grande successo nella prassi della pubblicazione delle opere di ingegno, in base alla quale non tutti ma solo alcuni diritti sono riservati al licenziatario. Cfr. CASO, *Il debutto in sordina delle licenze Creative Commons: questioni di responsabilità precontrattuale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, II, p. 322.

³⁵⁷ TRIB. MILANO, 19 Dicembre 2014, in Banca dati on line "*Pluris*". Di seguito, la massima: «Posto che il risarcimento del danno cagionato da illecito precontrattuale è tradizionalmente determinato nei limiti del c.d. interesse negativo, intendendosi con tale espressione il pregiudizio subito per aver inutilmente confidato nel regolare perfezionamento del contratto, sia in relazione al profilo del danno emergente, cioè le spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della loro proficua conclusione, che del lucro cessante ovverosia la perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione con altri soggetti di un contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso, incombe sull'attore l'onere di provare le spese sostenute e la perdita di altre occasioni (nella specie, è stata esclusa la sussistenza del danno per interruzione ingiustificata e arbitraria delle trattative relative a un contratto di edizione, avente ad oggetto la licenza *Creative Commons*).»

l'autore aderiva condizionatamente, ossia proponendo ulteriori modifiche al medesimo, al fine di raggiungere una situazione analoga a quella derivante con la licenza CC.

La casa editrice, dopo l'avvio e la prosecuzione di tali trattative, inopinatamente si tirava indietro, ritenendo non più in linea con la propria politica commerciale la pubblicazione di opere di ingegno con la licenza CC. Il Tribunale di Milano, con una pronuncia del 19 dicembre 2014, valutava il comportamento della casa editrice contrario alla buona fede e correttezza precontrattuale, facendo applicazione della "sottonorma" (o "schema funzionale") del divieto di recesso ingiustificato e arbitrario dalle trattative.

Il giudice di merito, riprendendo l'orientamento dominante della Cassazione, ha confermato, oltre alla vigenza della sottonorma tipizzata, anche i presupposti operativi sopradescritti.

3. Segue. Il corretto adempimento degli obblighi informativi

Un'altra "sotto-regola" tipizzata che può enuclearsi dalla clausola della buona fede precontrattuale è il corretto adempimento degli obblighi informativi con riguardo alla futura vicenda negoziale.

Gli obblighi informativi ricevono un'importante attenzione anche a livello europeo, sia per ciò che concerne le fonti di *hard law* che di *soft law*³⁵⁸. Tale circostanza conduce a ritenere che il principio del *duty of disclosure* costituisce un principio consolidato nell'ambito dell'*acquis* comunitario³⁵⁹. Con riguardo alle fonti di *hard law*, si richiamano le numerose Direttive europee che prevedono obblighi informativi a tutela del consumatore, condizionando il loro corretto adempimento, talvolta, anche ad obblighi di forma, al punto che si è parlato, al riguardo, in dottrina di «neoformalismo contrattuale»³⁶⁰. Per quanto concerne le fonti di *soft law*, si ricordano due articoli dei PDEC: l'art. 6:101, in base al quale le informazioni

³⁵⁸ Cfr. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 110, che si interroga sulla opportunità di una previsione di obblighi informativi per il tramite di norme imperative o se invece sia sufficiente considerarli impliciti nella clausola generale onde evitare una «pietrificazione» del diritto civile. Ritiene che le norme imperative contenenti obblighi informativi devono essere salutate con favore ogniqualvolta, non essendo sufficienti gli obblighi impliciti contenuti nella clausola generale, si rendano necessari «per tutelare il contraente e garantire i vantaggi del libero mercato».

³⁵⁹ Cfr. CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 408.

³⁶⁰ V. per tutti: PAGLIANTINI, voce «*Neoformalismo contrattuale*», in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2011, p. 772.

concernenti le qualità di determinati beni e servizi fornite tramite un mezzo pubblicitario o altro mezzo sono vincolanti, se così la parte le aveva intese; l'art. 4:106 in base al quale al di fuori del caso in cui l'informazione non sia stata inserita nel modello formale della proposta contrattuale, se la stessa abbia influito sulla formazione del consenso dell'altra parte costituirà fonte di responsabilità precontrattuale.

Indipendentemente dal tipo di fonte presa in esame si osserva come dalla violazione degli obblighi informativi deriva la responsabilità precontrattuale con conseguente obbligo risarcitorio.

Tra tali obblighi vi è quello di comunicare alla controparte l'esistenza di cause di invalidità del contratto. Si tratta di una regola esplicitamente positivizzata all'art. 1338 c.c. che, quindi, può considerarsi un obbligo informativo *tipico*, addirittura da molti considerato una norma speciale rispetto alla previsione generale di cui all'art. 1337 c.c. che comprende tutti gli altri obblighi informativi "innominati".³⁶¹

In via preliminare, occorre precisare che gli obblighi informativi che si intendono esaminare in questa sede sono gli "obblighi *da* informazione", i quali si distinguono dagli "obblighi *di* informazione"³⁶². Entrambi sono espressivi della clausola della buona fede in *funzione integrativa* con riguardo alla tutela del contraente (più debole), sebbene si distinguano l'uno dall'altro in quanto i primi operano in via generale e sorgono in conseguenza dell'avvio delle trattative, i secondi rinviano agli obblighi previsti in determinate discipline settoriali³⁶³. Quindi, l'obbligo *di* informazione ha un contenuto più specifico per esser predeterminato dalla legge sia in relazione al suo contenuto sia con riguardo alle modalità attraverso le quali il medesimo deve essere adempiuto³⁶⁴.

Si è detto che gli obblighi informativi sono espressione di una concezione della buona fede in funzione integrativa del regolamento contrattuale³⁶⁵.

La funzione integrativa della buona fede risponde al principio della solidarietà sociale sicché la *sub-regola* tipizzata riceve applicazione indipendentemente

³⁶¹ In tal senso, D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.

³⁶² Cfr. CASTRONOVO E MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 407.

³⁶³ Cfr. CASTRONOVO E MAZZAMUTO, *op cit.*, p. 407.

³⁶⁴ Ancora CASTRONOVO E MAZZAMUTO, *op cit.*, p. 408. La bibliografia in materia di obblighi di informazione è vastissima. Con riguardo alle opere di carattere monografico si rinvia per tutti a: SENIGAGLIA, *Accesso alle informazioni e trasparenza. Profili della conoscenza nel diritto dei contratti*, Padova, 2007.

³⁶⁵ Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 175.

dall'esistenza o meno di specifici obblighi contrattuali di informazione in . quanto la parte *ex lege*, ai sensi dell'art. 1337 c.c., è obbligata a tenere un comportamento leale nei confronti della controparte³⁶⁶.

La portata integrativa dell'obbligo informativo va calibrato in ragione delle caratteristiche del caso concreto, della natura del rapporto e della qualità dei soggetti coinvolti³⁶⁷. La sotto-norma dell'obbligo informativo, come è evidente, non ha presupposti operativi esattamente individuati, tuttavia si ritiene che essa sorga ogni volta in cui una parte sia consapevole del *ragionevole affidamento* ingenerato nella controparte, in relazione alle informazioni fornite - ma anche ai silenzi serbati - in merito all'esistenza di determinate caratteristiche, qualità e altre circostanze inerenti la prestazione.

Tali principi sono stati efficacemente ribaditi dalla Cassazione, in tema di obblighi informativi dell'intermediario finanziario, con la nota pronuncia n. 19024 del 2005 con la quale la Suprema Corte ha riconosciuto la *vis expansiva* della buona fede precontrattuale negando una sua sovrapposizione con la rottura ingiustificata delle trattative, presentando un contenuto non predeterminato e, in generale, impreciso³⁶⁸.

³⁶⁶ Tale tesi è stata confermata anche di recente da CASS., 20 agosto 2015, n. 16991, in *banca dati "De Jure"*. Di seguito un passo della sentenza: «La buona fede oggettiva o correttezza è infatti anche criterio di determinazione della prestazione contrattuale, costituendo invero fonte - altra e diversa sia da quella eteronoma suppletiva *ex art.* 1374 c.c., (in ordine alla quale v. la citata CASS., 27/11/2012, n. 20991) che da quella cogente *ex art.* 1339 c.c. (in relazione alla quale cfr. CASS., 10/7/2008, n. 18868; CASS., 26/1/2006, n. 1689; CASS., 22/5/2001, n. 6956, V. altresì CASS., 9/11/1998, n. 11264) - di integrazione del comportamento dovuto (v. CASS., 30/10/2007, n. 22860), là dove impone di compiere quanto necessario o utile a salvaguardare gli interessi della controparte, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio che non si sostanzia cioè in attività gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici (v. CASS., 30/3/2005, n. 6735; CASS., 9/2/2004, n. 2422), come ad esempio in caso di specifica tutela giuridica, contrattuale o extracontrattuale, non potendo considerarsi implicita financo l'intrapresa di un'azione giudiziaria (v. CASS., 21/8/2004, n. 16530), anche a prescindere dal rischio della soccombenza (v. CASS., 15/1/1970, n. 81)».

³⁶⁷ CASS., 30 ottobre 2007, n. 22860, In banca dati "De Jure".

³⁶⁸ Di seguito un passo della sentenza: «Si è però ormai chiarito che l'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c. va ben oltre l'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative e assume il valore di una *clausola generale*, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. L'esame delle norme positivamente dettate dal legislatore pone in evidenza che la violazione di tale regola di comportamento assume rilievo non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative (e, quindi, di mancata conclusione del contratto) o di conclusione di un contratto invalido o comunque inefficace (artt. 1338, 1398 c.c.), ma anche quando il contratto posto in essere sia valido, e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto (1440 c.c.)».

Il tema degli obblighi informativi si intreccia con quello della *nullità* del contratto, quale rimedio alla violazione dell'obbligo formativo previsto *ex lege*. La norma che disciplina l'obbligo informativo è da alcuni assunta a norma imperativa con conseguente applicazione della nullità virtuale *ex art. 1418 c.c.*

La Suprema Corte nella sua massima composizione, nel 2007, si è occupata della problematica della buona fede come possibile strumento di invalidazione del contratto.

La medesima, ribadendo i principi summenzionati, ha negato tale funzione della buona fede e, con l'occasione, ha cristallizzato la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità³⁶⁹.

Tuttavia, per altri versi, il dibattito non appare ancora sopito e si lega a quello del rilievo officioso della nullità di quel contratto o di quella clausola contrattuale che si ponga in contrasto con la buona fede e il canone etico che, spesso, guida le sue diverse applicazioni, integrato dalla solidarietà contrattuale³⁷⁰.

4. La buona fede esecutiva: tecniche diverse a confronto

Nel percorso giurisprudenziale che ha portato la buona fede esecutiva ad affermarsi come fonte integrativa del contratto l'*Affaire Fiuggi*³⁷¹ riveste un ruolo di primo rilievo al punto che può ritenersi il *leading case* che ha aperto il varco alla

³⁶⁹ CASS., sez. un., 19 Dicembre 2007, n. 26724, in *Contr. e impr.*, 2008, 4-5, p. 936: «Richiamando la distinzione già prima tracciata tra gli obblighi che precedono ed accompagnano la stipulazione del contratto d'intermediazione e quelli che si riferiscono alla successiva fase esecutiva, può subito rilevarsi come la violazione dei primi (ove non si traduca addirittura in situazioni tali da determinare l'annullabilità - mai comunque la nullità - del contratto per vizi del consenso) è naturalmente destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale, da cui ovviamente discende l'obbligo per l'intermediario di risarcire gli eventuali danni. Non osta a ciò l'avvenuta stipulazione del contratto. Infatti, per le ragioni già da tempo poste in luce dalla migliore dottrina e puntualmente riprese dalla citata sentenza di questa corte n. 19024 del 2005 - alla quale si intende su questo punto dare continuità - la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto».

³⁷⁰ Tra coloro orientati nel senso che dalla violazione della buona fede può scaturire l'invalidità o, almeno, l'inefficacia del contratto sono: GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, cit., p. 423; PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, 654; BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 519.

³⁷¹ CASS., 20 Aprile 1994, n. 3775. L'espressione si attribuisce a: CARBONE, *L'Affaire Fiuggi*, in *Corr. giur.*, 1994, V, p. 570.

Drittwirkung mediata, ossia all'applicazione diretta dell'art. 2 Cost. in combinazione con la clausola generale della buona fede³⁷².

Orbene, la giurisprudenza ha dimostrato nel corso del tempo di superare la propria "timidezza" nell'applicare la clausola della buona fede in funzione di controllo sull'equilibrio contrattuale. Imbarazzo dovuto al suo attaccamento alla logica deduttiva³⁷³ che mal si concilia, però, con il carattere assiologico che connota la clausola.

La vicenda, come noto, concerne l'affidamento in concessione, nel 1963, da parte del Comune Fiuggi, di sorgenti di acqua minerale denominata "Fiuggi", in favore della Fiuggi s.p.a. e la locazione dei relativi stabilimenti termali, stabilendosi quanto alla misura del canone di locazione che il medesimo sarebbe stato parametrato al prezzo di vendita delle bottiglie in fabbrica.

L'ente Fiuggi s.p.a. venne chiamato in giudizio dal Comune Fiuggi in merito al "blocco" del prezzo di vendita in fabbrica delle bottiglie di acqua minerale praticato dalle società distributrici - facenti parte insieme alla società madre Fiuggi s.p.a. di un gruppo societario - in quanto avevano aumentato nel tempo il prezzo finale dei prodotti destinato ai consumatori, avvantaggiandosi della relativa differenza di prezzo.

In particolare, il prezzo non era stato più modificato dal 1983 e, quindi, non aveva tenuto conto della svalutazione monetaria. Pertanto, il Comune Fiuggi rivendicava il diritto ad un adeguamento del canone.

Apparentemente il comportamento dell'ente Fiuggi s.p.a. era difficilmente

³⁷² La pronuncia, nota per le numerose questioni trattate, tra cui anche quella del valore dell'avviamento in corrispondenza di un incremento della redditività dell'azienda (se "qualità aziendale" monetizzabile o non monetizzabile) nel caso di usufrutto o di affitto di azienda, rappresenta un'importante tappa del processo evolutivo della buona fede quale strumento di correzione del regolamento contrattuale.

³⁷³ In tal senso, MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2172. Secondo altra dottrina, «tale pronuncia segna un passo decisivo verso la definitiva accettazione della buona fede oggettiva (art. 1375 c. c.) tra le fonti di integrazione del contratto, qui in particolare tra le fonti che consentono di inserire nel contratto un margine all'esercizio di quelle scelte discrezionali dei contraenti che sembrerebbero invece del tutto libere, o per lo meno non delimitate da alcuna regola interna al rapporto»: Cfr. NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 475. In particolare, una dottrina sottolinea la «natura ambivalente della buona fede», rivolgendosi sia alle parti - in relazione alle regole di comportamento in essa comprese - sia al giudice - in relazioni ai modelli di decisione che applica per la sua concretizzazione: PICARDI, *Tutela dell'avviamento, discrezionalità e buona fede contrattuale, in una vicenda complessa di affitto d'azienda*, in *Giur. it.*, 1995, p. 852.

contestabile in forza del principio della libertà contrattuale e del principio dell'intangibilità del contratto. Infatti, nel contratto le parti avevano stabilito di attribuire una discrezionalità al gruppo societario per quanto concerneva la determinazione del prezzo mentre, di contro, non era stato affatto richiamato alcun diritto del Comune Fiuggi ad un adeguamento del canone correlato ad un indice esterno quale quello della svalutazione monetaria. Dunque, rientrava nella libertà contrattuale della controparte il diritto di stabilire un qualsivoglia prezzo, finanche di lasciarlo immutato. Ne conseguiva che il giudice di merito, sulla scorta di tali considerazioni rigettava la domanda di adeguamento del canone avanzata dal Comune.

La vicenda giungeva di fronte alla Suprema Corte di Cassazione alla quale venne posta la seguente questione. È coerente con la clausola della buona fede il sopradescritto comportamento della Fiuggi s.p.a., anche se il medesimo non si ponga in contrasto con alcuna specifica clausola contrattuale (difettando nel contratto specifici ed espressi obblighi di adeguamento del canone all'inflazione monetaria ovvero divieti di tenere comportamenti quale, ad esempio, il comportamento descritto)?

La risposta della Suprema Corte non avrebbe potuto che essere negativa in base alle ragioni di seguito indicate³⁷⁴. È vero, infatti, che il contratto attribuisce alla Fiuggi s.p.a. il potere di determinare discrezionalmente il prezzo di vendita delle bottiglie di fabbrica in base a parametri che garantiscano il più possibile il

³⁷⁴ Di seguito un passo della motivazione della sentenza, particolarmente indicativo, ai fini del nostro discorso: «la legge pattizia non può comunque ritenersi svincolata dal dovere di correttezza» il quale «si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo quindi alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente» affinché «non risulti disatteso quel dovere inderogabile di solidarietà che applicato ai contratti ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti... (*omissis*)...Se questo è il ruolo della buona fede (in senso oggettivo) e se essa, quindi, concorre a creare la "*regula iuris*" del caso concreto, in forza del valore cogente che le norme citate le assegnano e che, quale "*principio cardine*" dell'ordinamento, induttivamente estraibile dal sistema, le deve essere, in generale, riconosciuto, appare per lo meno sorprendente relegare nel "*metagiuridico*" (come la denunciata sentenza ha fatto, sotto l'influsso, evidente, di persistenti differenze verso il principio in esame, ancorché denunciate dalla dottrina con particolare vigore a partire dai primi anni sessanta e in parte rimosse dalla giurisprudenza più recente) l'aspettativa del Comune all'aumento del prezzo sol perché demandato a scelte pretesamente discrezionali dell'altra parte, ignorando, oltre a tutto, che la correttezza costituisce proprio regola di governo della discrezionalità e ne vieta, quindi, l'abuso, sì che non avrebbe potuto la Corte del merito esimersi dal dovere di accertare la necessaria compiutezza e logicità se la delusione di codesta aspettativa fosse o meno giustificata da un interesse antitetico - meritevole di tutela - dell'Ente Fiuggi a mantenere fermo il prezzo (in fabbrica), malgrado la sopravvenuta svalutazione monetaria e il conseguente svilimento del canone a quel prezzo commisurato».

soddisfacimento dell'esigenze dell'impresa. Tuttavia, "il più possibile" non deve reputarsi equivalente a "esclusivamente", residuando un limite invalicabile costituito dalla "solidarietà contrattuale", che trova immediata traduzione in un preciso obbligo enucleato nella clausola generale della buona fede, consistente nel *salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio*.

La Suprema Corte riteneva integrato da parte dell'Ente Fiuggi un abuso nell'esercizio del proprio diritto di determinazione del prezzo, non essendo accettabile "svuotare" di tutela l'aspettativa del Comune ad un adeguamento del canone di locazione, motivandolo sulla scorta di una riconosciuta discrezionalità contrattuale della controparte, posto che (e, forse, *soprattutto*) rientra proprio nel concetto di discrezionalità contrattuale l'idea che la clausola generale della buona fede costituisca *regola di (auto)governo della stessa*.

In questo senso, la buona fede non è tanto una fonte di norme quanto una *fonte di direttive di norme*, come anche sostenuto in dottrina³⁷⁵, attecchendosi a inderogabile *criterio unitario etico-giuridico* che permea tutta la disciplina dei contratti e, quindi, anche la fase esecutiva. Fase esecutiva che può presentare delle zone d'ombra (ossia "zone" non pattizamente regolamentate) in cui può originarsi una discrezionalità delle parti per il perseguimento di fini in contrasto con la solidarietà sociale *ex art. 2 Cost*³⁷⁶.

Pertanto, la buona fede esecutiva, sotto la forma di «un patto implicito» necessariamente facente parte del contratto, costituisce un *limite interno all'esercizio del diritto*, teso a scongiurare i relativi abusi e, quindi, allo scopo di evitare, per usare le parole della Suprema Corte nella sentenza richiamata, che «l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale»³⁷⁷.

In questo modo, la buona fede diviene un *generale strumento di controllo* dello

³⁷⁵ Cfr. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 13.

³⁷⁶ In tal senso si era espressa la Cassazione anche precedentemente alla pronuncia in esame. V. CASS., 18 Febbraio 1986, n. 960: «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 il proposito doloso di recare pregiudizio all'altra, ma anche se il comportamento da essa tenuto non sia stato, comunque, improntato alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale che integrano, appunto, il contenuto della buona fede».

³⁷⁷ Della buona fede come «patto implicito» che governa la discrezionalità dei contraenti parla CARBONE, *L'«Affaire» Fiuggi*, cit., p. 575.

statuto negoziale, in relazione al verificarsi di sopravvenienze che possano minare l'equilibrio contrattuale, arginando la discrezionalità di uno dei contraenti quando la stessa influisce sfavorevolmente sulla posizione dell'altra parte. Tuttavia, nel porre un limite alla condotta abusiva del contraente, la buona fede viene applicata seguendo un metodo formalistico, come fonte legale di un *obbligo tacito* (in quanto può non essere esplicitato nel contratto) ma, in ogni caso, *tipizzato*: l'obbligo di salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio. Al riguardo, più in generale appare opportuno richiamare la categoria degli "obblighi di protezione", che discendono dagli artt. 1175, 1337, 1375, 1366 c.c.

Diverso discorso deve farsi con riguardo all'applicazione della buona fede esecutiva in funzione integrativa in un'altra vicenda che ha visto notevolmente impegnata la dottrina nella qualificazione della clausola generale. Si tratta del "caso *Renault*" affrontato dalla Suprema Corte con la sentenza del 18 Settembre 2009, n. 20106.

La vicenda giudiziale traeva la mosse dall'esercizio della facoltà di recesso "*ad nutum*" da parte della nota casa automobilistica. Tale facoltà di recesso era stato espressamente pattuita. Tuttavia, le concessionarie automobilistiche convenivano in giudizio la *Renault* s.p.a., censurando la sua condotta, in quanto ritenuta abusiva e contrastante con le clausole generali della buona fede e del divieto di abuso del diritto.

La Suprema Corte viene chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della condotta della casa automobilistica, quand'anche pur non avendo integrato un vero e proprio illecito contrattuale (che si configura in presenza della violazione di un obbligo) abbia realizzato un effetto da cui sia derivato uno "sviamento dall'interesse protetto" sicché la stessa, non essendo più funzionale alla tutela dell'interesse della controparte, appaia immeritevole di tutela in quanto non conforme all'ordinamento giuridico.

Il congegno tecnico utilizzato dalla Suprema Corte per censurare la condotta indicata è costituito dal "connubio" tra la buona fede e il divieto di abuso del diritto³⁷⁸.

³⁷⁸ In materia di abuso del diritto la letteratura è vastissima, esemplificatamente si ricordano: BARCELLONA, *Il divieto di abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, p. 467; SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto nella disciplina dei contratti*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, in *Enc. giur.*, Roma, 2013, p. 33; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 211 ss.; SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto*

Tuttavia, dal tenore letterale della pronuncia non appare chiaro come il divieto di abuso del diritto si ponga in relazione alla clausola generale della buona fede: la Suprema Corte in un punto lo qualifica come «criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva»; in altri parti della sentenza come "principio" (anche se sarebbe stato opportuno parlare di clausola generale) di pari rango della buona fede con la quale si deve integrare per conseguire un maggior livello di specificazione.

Pertanto, dai richiami considerati e dall'inevitabile collegamento con la clausola generale della buona fede sembra evincersi che il divieto di abuso del diritto sia privo di un'autonomia concettuale³⁷⁹.

Del resto, a livello nazionale, la figura è sorta solo a livello dottrinale e non ha mai ricevuto riconoscimento normativo, pur continuando la sua esistenza ad essere avvalorata dalla giurisprudenza.³⁸⁰ Viceversa a livello europeo la figura anzidetta ha ricevuto dignità normativa, l'art. 54 della Carta di Nizza prevedendo che «Nessuna

comparato e straniero, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, p. 1.; PINO, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica* a cura di MANIACI, Milano, 2006, p. 115 ss; PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, p. 75; GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 419; VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 148; GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311.

³⁷⁹ Così, essa sembra vallare quella tesi che lo considera come una «clausola generale implicita»: cfr. RADOCCIA, *Abuso del diritto come bilanciamento di interessi*, in *Giur. merito*, 2013, p. 746. Lo stesso non può dirsi per il diritto europeo, posto che l'art. 54 Carta di Nizza sancisce esplicitamente il divieto di abuso del diritto: «Divieto di abuso del diritto: Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta». Un altro indirizzo dottrinale ritiene preferibile invocare, invece, la categoria della «correttezza economica», quale unico parametro che consente di compiere una valutazione comparativa dei contrapposti interessi contrattuali (la libertà di iniziativa economica privata ex art. 41 Cost., il principio di solidarietà ex art. 2 Cost., il principio di uguaglianza sostanziale ex art. 3, co. 2, Cost.) e di rilevare eventuali situazioni di abuso di potere contrattuale: cfr. SCAGLIONE, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*, in *Giur. it.*, 2010, p. 5.

³⁸⁰ Con riguardo all'*excursus* storico del divieto di abuso del diritto nell'ordinamento italiano, in realtà, si ricorda come vi fu un tentativo del legislatore di positivizzare il divieto di abuso del diritto. Infatti, l'art. 7 del Progetto Preliminare del Codice civile prevedeva che «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto». Tale disposizione non venne, tuttavia, inserita nel testo definitivo. Si ritiene che tale scelta sia stata dettata da due ordini di ragioni: 1) si riteneva che tale clausola generale non avesse tanto una valenza giuridica, bensì una valenza morale: il comportamento abusivo, in altri termini, era riprovevole ma non rilevante giuridicamente; 2) si temeva (forse, fondatamente) che il carattere indeterminato della clausola generale costituisse un *vulnus* per la certezza del diritto. Pertanto, si preferì l'inserimento non disposizione generale ma di una serie di disposizioni specifiche quali ad esempio, l'art. 833, 1015, 2793, c.c. Cfr. BONANZIGA, *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in www.comparazionedirittocivile.it

disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta».

Questa ipotesi si presenta, per certi aspetti, diversa dal caso *Fiuggi*, pur discorrendosi in entrambi i casi di abuso del diritto e di buona fede come strumento di controllo dell'equilibrio contrattuale. Infatti, nel caso *Renault* la Suprema Corte, non si limita a chiamare in causa la buona fede - sostenendo discutibilmente che la stessa presieda «all'assetto di interessi convenuto»³⁸¹ - ma decide di ricorrere alla categoria del divieto di abuso del diritto per risolvere la questione sottoposta. Una categoria, tuttavia, controversa in dottrina, in quanto alcuni, ritenendola priva di una propria autonomia concettuale, preferiscono inglobarla nella clausola generale della buona fede³⁸².

Conseguentemente, ciò che appare evidente è che nel caso *Fiuggi* la Suprema Corte riteneva integrato l'abuso del diritto ricorrendo all'unico strumento che il Codice Civile le metteva a disposizione, la buona fede oggettiva *ex art.* 1375 c.c., mentre nel caso *Renault* la Suprema Corte ha azzardato (forse) nel compiere un passo ulteriore, chiamando in causa oltre alla buona fede oggettiva anche la clausola generale del divieto di abuso del diritto.

Vero è che al tempo della pronuncia della Suprema Corte la Carta di Nizza era già entrata in vigore e probabilmente tale opzione ermeneutica della Suprema Corte deve considerarsi un omaggio all'ingresso della figura nell'ordinamento europeo. Tuttavia, l'art. 54 Carta di Nizza non è stato invocato una sola volta nel corso della motivazione sicché è lecito dubitare che sia stato questo il probabile fine perseguito.

Piuttosto, si potrebbe considerare come la buona fede, in questo caso, sia stata applicata secondo un approccio antiformalistico che valorizza la prospettiva

³⁸¹ In senso critico alla pronuncia in esame: GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 407, il quale rileva che è stata impropriamente chiamata in causa la clausola della buona fede posto che così i giudici sembrano autolegittimare un potere di «rifare i contratti che a loro non sembrano equi», mentre la buona fede concerne il procedimento negoziale e non il contenuto del negozio; CUFFARO, *Giudizio di buona fede e ruolo del precedente*, in *Giur. it.*, 2011, p. 7, il quale in particolare critica la tecnica argomentativa della decisione e, in particolare, il ragionamento giustificativo della Suprema Corte, considerando sovrabbondanti i numerosi precedenti dalla stessa richiamati.

³⁸² In tal senso PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 75, secondo cui, «il divieto di abuso del diritto non costituisce un'autonoma clausola generale; il suo fondamento non è di ordine logico; la sua natura è quella di struttura dogmatica deputata a concretizzare la buona fede in funzione valutativa e, dunque, il divieto esprime una delle finalità della buona fede in senso oggettivo».

ideologica dell'interprete, a scapito del rigore formale, e ciò ha implicato una scelta di campo incisiva che vede da tempo la dottrina non solo divisa ma soprattutto assai variegata sul tema.

In particolare, ciò che suscita delle perplessità non è tanto il richiamo al divieto dell'abuso del diritto come tale, del quale nel corso della pronuncia sono stati indicati gli elementi costitutivi e, altresì, rintracciati, nella disciplina legislativa, i fondamenti normativi che implicitamente lo richiamano³⁸³, bensì la decostruzione della sua autonomia concettuale: infatti, lo stesso viene poi ricondotto alla clausola generale della buona fede³⁸⁴.

Conseguentemente, sembra che la Suprema Corte, compiendo tale volo pindarico, non si sia allontanata così tanto dal punto di partenza facendo capolino nuovamente sulla buona fede contrattuale, lasciando tuttavia - a differenza del caso *Fiuggi* - delle ambiguità in merito al rapporto tra buona fede contrattuale e divieto di abuso del diritto e, infine, alimentando la percezione di una strumentalizzazione ideologica della buona fede con effetti immediati sul vincolo contrattuale, che finisce così per essere (subdolamente) indebolito³⁸⁵.

In realtà, si è acutamente osservato come le due clausole non appaiono sovrapponibili, essendo ispirate a diverse finalità ideologiche: la buona fede è volta a favorire l'ingresso di valori assiologici nel rapporto obbligatorio, la clausola dell'abuso del diritto è volta a consentire un controllo sulle modalità di esercizio del

³⁸³ Sono richiamate le seguenti previsioni normative: l'art. 1375, 1366, c.c.; l'art. 2 Cost.

³⁸⁴ In tal senso mi pare che si esprima anche PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, IV, 2010, p. 97: «Sennonché, la sentenza 20106/09 ambisce ad una soluzione di respiro ben più ampio, tale da abbracciare l'intera platea delle relazioni contrattuali. Si propone, pertanto, sulla scorta di spunti desumibili da alcuni (sporadici, per quanto riguarda l'universo del contratto (5)) dicta del Supremo collegio e di ricorrenti suggestioni dottrinali, una ricostruzione della figura dell'abuso del diritto, di cui vengono delineati gli elementi costitutivi. Per la verità, resta pur sempre forte il nesso con il principio di buona fede e correttezza che, com'è noto, presidia il campo delle obbligazioni; al punto che in motivazione si etichetta l'abuso del diritto come «criterio rivelatore dell'obbligo di buona fede oggettiva». Per questa via, il disegno espansivo si espone alla sempiterna obiezione di dar vita ad un duplicato non particolarmente proficuo (6), salvo il fatto — quale che sia il giudizio al riguardo — che parlare senza mezzi termini di abuso del diritto incrementa il livello di potenziale ingerenza, posto che la qualificazione in termini di abusività si presta ad un'operazione di completo sovvertimento dell'attribuzione legale di una situazione soggettiva.»

³⁸⁵ Cfr. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 418, il quale ritiene che più che un abuso del diritto, vi sia stato un «abuso dell'argomentazione», da cui come effetto non può che derivare una «delegittimazione del diritto». Invero, tale posizione dottrinale converge con quella di altra dottrina che considera il richiamo all'abuso del diritto compiuto dalla Suprema Corte come una «sovrastruttura aggiuntiva», essendo il relativo ambito di operatività già coperto dalla buona fede, Cfr. VIGLIONE, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, cit., p. 153.

diritto³⁸⁶.

Si osserva come, forse, sarebbe stato preferibile, se l'idea di fondo della Suprema Corte era quella di "ufficializzare" un ingresso del divieto di abuso del diritto nell'ordinamento nazionale come clausola generale, ricondurre l'inefficacia dell'esercizio del diritto di recesso direttamente alla clausola del divieto di abuso del diritto e non al divieto di abuso del diritto inteso come una "sfaccettatura" della buona fede in funzione valutativa, come sembra, invece, abbia lasciato intendere la Suprema Corte³⁸⁷. In quest'ottica, il richiamo alla buona fede è apparso inopportuno, in quanto esprime un'applicazione della clausola secondo un metodo valoriale sensibile alle tendenze ideologie dell'interprete.

5. L'equità correttiva tra penali e caparre confirmatorie eccessive

Un altro caso che ha costituito una tappa fondamentale per lo scardinamento dell'intangibilità del contratto e per la promozione di un utilizzo della clausola della buona fede, come strumento etero-integrativo di governo dell'equilibrio contrattuale, ha riguardato la questione della riducibilità *ex officio* della clausola penale eccessivamente onerosa³⁸⁸.

Ai sensi dell'art. 1384 c.c., infatti, il giudice può ridurre equitativamente la penale in determinati casi, ossia quando la stessa appaia manifestamente eccessiva

³⁸⁶ Cfr. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contr. e impr.*, 2015, II, p. 252.

³⁸⁷ In tal senso mi pare convenga PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit. p. 75. In realtà, la questione del rapporto tra buona fede e divieto di abuso del diritto è resa più complessa dalla circostanza che da una parte la giurisprudenza comunitaria non ha tracciato una vera distinzione vera e propria tra le due clausole generali, e che dall'altra ha fornito una definizione di divieto di abuso del diritto dagli incerti contenuti. Infatti, si configura non solo in caso di elusione delle norme del Trattato ma anche nella strumentalizzazione delle norme del Trattato per eludere le normative nazionali. In relazione a quest'ultimo caso si consideri, in via esemplificativa, la questione dell'evasione dell'IVA mediante un uso distorto della normativa fiscale comunitaria affrontato dal giudice comunitario nel "caso *Italmoda*" (CORTE GIUST. EU, 18 Dicembre 2014, C-131/13). Altro caso riguarda la circolazione delle persone, il "caso *Torresi*" (CORTE GIUST. EU, 17 Luglio 2014, C-58/13), in cui la Corte «rigetta gli argomenti del Consiglio Nazionale Forense il quale aveva sollevato la questione pregiudiziale sulla applicazione della Dir. n. 98/5/CE, ritenendo che un italiano laureato in giurisprudenza non potesse recarsi in altro Stato Membro per acquisire il titolo di avvocato e tornare in Italia senza aver ottemperato all'obbligo di sostenere l'esame di abilitazione in Italia, perché questo comportamento implicava un abuso del diritto, e non invece l'applicazione della direttiva sulla libertà di stabilimento». Cfr. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, cit., p. 249.

³⁸⁸ CASS., 24 settembre 1999, n. 10511. Sulla clausola penale come istituto in generale, si rinvia per approfondimenti a MARINI, *Clausola penale*, Napoli, 1984.

ovvero quando l'obbligazione principale è stata eseguita in parte³⁸⁹.

Con riguardo all'esistenza o meno di presupposti operativi che giustificano l'intervento del giudice sul contenuto del contratto, non pare possano sollevarsi particolari problemi. I medesimi sono stati individuati direttamente dal Legislatore, sicché non è necessario scomodare la clausola generale della buona fede per giustificare il potere correttivo del giudice (ossia l' "an" del potere correttivo).

Verosimilmente, problemi possono porsi con riguardo alla formula della c.d. "manifesta onerosità" che giustifichi l'intervento giudiziale anche *ex officio* e che presuppone l'individuazione di parametri in presenza dei quali tale potere deve essere esercitato: in altri termini, la portata del potere correttivo (ossia il "*quantum*")³⁹⁰. Questa formula sì che rende necessario il ricorso alla clausola generale della buona fede.

Per lungo tempo, la giurisprudenza si è espressa in senso contrario alla riducibilità *ex officio* della penale, ossia in assenza di domanda di parte, pur riconoscendo da sempre come la previsione di cui all'art 1384 c.c. sia stata introdotta per porre un argine ai possibili abusi dell'autonomia contrattuale.

La Suprema Corte ha dato avvio con una prima pronuncia del 1999, confermata da una successiva nel 2005 ed emanata nella sua massima composizione, ad un mutamento di indirizzo, stabilendo la *non necessità dell'istanza di parte* ai fini della riduzione della penale eccessivamente onerosa, così infliggendo un nuovo (in quanto successivo al "caso Fiuggi") duro colpo al dogmatismo legalista, con conseguente accerchiamento della «cittadella dell'autonomia contrattuale»³⁹¹.

³⁸⁹ Posto che l'art. 1214 Codice Pisanelli si limitava a sancire la riducibilità *ex officio* della penale solo nel caso in cui la prestazione fosse stata eseguita, la novità introdotta con il Codice del 1942 appariva di grande rilevanza. Peraltro, come già evidenziato in dottrina, il Ministro Guardasigilli con la Relazione al codice civile del 1942, n. 632, l'aveva considerata esplicitamente «fondata sulla equità» allo scopo di «contenere l'autonomia dei contraenti, in modo da impedire che il risultato dell'accordo sia usuraio». Cfr. PESCATORE, *Riduzione ex officio della penale e ordine pubblico economico*, cit. p. 415.

³⁹⁰ Si ritiene che, in questo caso, il giudice deve far riferimento ad un criterio oggettivo.

³⁹¹ L'espressione tra virgolette è stata utilizzata dalla Suprema Corte in CASS., 24 settembre 1999 n. 10511.

Successivamente, le Sezioni Unite della Suprema Corte, con la pronuncia n. 18128 del 2005, hanno cristallizzato il precedente orientamento, ritenendo che «in tema di clausola penale, il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art. 1384 c.c. a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, può essere esercitato d'ufficio per ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela, e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale è stata in parte eseguita, giacché in quest'ultimo caso la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione si

In particolare, con quest'ultima pronuncia, le Sezioni Unite compiono una lunga digressione concernente la nozione di autonomia contrattuale, affermando come la stessa sia stata configurata *ab origine* con dei limiti e che l'intervento giudiziale (che, dunque, si configura non come un mero potere ma come un potere-dovere) deve intendersi, secondo una prospettiva correttiva, non in favore di una parte ma nell'interesse oggettivo dell'ordinamento consistente nel ripristino

traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita» (CASS., sez. un, 13 Settembre 2005, n. 18128). Le Sezioni Unite della Cassazione, nel ribadire i principi anzidetti hanno ritenuto che: «Nel disciplinare l'istituto la legge ha ampliato il campo normalmente riservato all'autonomia delle parti, prevedendo per esse la possibilità di predeterminare, in tutto o in parte, l'ammontare del risarcimento del danno dovuto dal debitore inadempiente (se si vuole privilegiare l'aspetto risarcitorio della clausola), ovvero di esonerare il creditore di fornire la prova del danno subito, di costituire un vincolo sollecitatorio a carico del debitore, di porre a carico di quest'ultimo una sanzione per l'inadempimento (se se ne vuole privilegiare l'aspetto sanzionatorio), e ciò in deroga alla disciplina positiva in materia, ad esempio, di onere della prova, di determinazione del risarcimento del danno, della possibilità di istituire sanzioni private. Tuttavia, la legge, nel momento in cui ha ampliato l'autonomia delle parti, in un campo normalmente riservato alla disciplina positiva, ha riservato al giudice un potere di controllo sul modo in cui le parti hanno fatto uso di questa autonomia. *Così operando, la legge ha in sostanza spostato l'intervento giudiziale, diretto al controllo della conformità del manifestarsi dell'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa è consentita, dalla fase formativa dell'accordo - che ha ritenuto comunque valido, quale che fosse l'ammontare della penale - alla sua fase attuativa, mediante l'attribuzione al giudice del potere di controllare che la penale non fosse originariamente manifestamente eccessiva e non lo fosse successivamente divenuta per effetto del parziale adempimento. Un potere di tal fatta appare concesso in funzione correttiva della volontà delle parti per ricondurre l'accordo ad equità...(omissis)...* In tale senso inteso, il potere di controllo appare attribuito al giudice non nell'interesse della parte ma nell'interesse dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma. Può essere affermato allora che il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un *limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale, limite non prefissato ma individuato dal giudice di volta in volta, e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità.* Se così non fosse, apparirebbe quanto meno singolare ritenere, sicuramente con riferimento all'ipotesi di penale manifestamente eccessiva, in presenza di una clausola valida (si ricordi che è valida la clausola ancorché manifestamente eccessiva), che l'esercizio del potere del giudice di riduzione della penale debba essere condizionato alla richiesta della parte, quasi che, a questa, fosse riconosciuto uno *jus poenitendi*, e, quindi la facoltà di sottrarsi all'adempimento di un'obbligazione liberamente assunta (quella appunto del pagamento di una penale che fin dall'origine si manifestava come eccessiva). Se si considera che il potere di riduzione della penale può essere esercitato solo in presenza di una clausola che sia valida (e quindi esente da vizi che ne determinino la nullità o l'annullabilità) più coerente appare allora qualificare detto potere come officioso nel senso sopra specificato, di riconduzione dell'accordo, frutto della volontà liberamente manifestata dalle parti, nei limiti in cui esso appare meritevole di ricevere tutela dall'ordinamento...(omissis)...

Non è privo di significato il fatto che la giurisprudenza, pur affermando la tesi della necessità della domanda o eccezione della parte al fine di sollecitare il potere di riduzione affidato al giudice, non ha potuto tuttavia non riconoscere (come del resto la quasi unanime dottrina) la *natura inderogabile della disposizione di cui all'art. 1384 cod. civ.*, attribuitiva al giudice del potere di ridurre la penale, riconoscendo che essa è posta principalmente a salvaguardia dell'interesse generale, per impedire sconfinamenti oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale... (omissis)...in tale modo

dell'equilibrio contrattuale assente o perduto³⁹².

Ne consegue che la valutazione di eccessiva onerosità deve essere eseguita dall'interprete ricorrendo ad un *criterio oggettivo* (prescindendo del tutto dalla condizione personale del soggetto inadempiente): tale è da ritenersi l'ordine pubblico economico.

Invero, si conviene che l'esercizio del potere di autonomia contrattuale quando «avviene al di fuori dei limiti riconosciuti meritevoli di tutela nell'ordinamento giuridico, si risolve in un abuso contrario alla regola di buona fede e ai principi di libertà e di uguaglianza tra le parti contraenti»³⁹³.

Lo stesso si verifica nel caso in cui le parti stabiliscano pattiziamente, con una clausola *ad hoc*, l'irriducibilità della penale, in quanto l'autonomia privata non può essere esercitata in modo da paralizzare un potere che *ex lege* è stato riconosciuto al giudice, traducendosi altrimenti in un abuso con conseguente sua inefficacia³⁹⁴.

Tali premesse sono, altresì, alla base del riconoscimento di una natura inderogabile della disposizione di cui all'art. 1384 c.c., in quanto espressione di tale ordine pubblico economico, posto che il potere-dovere di riduzione della penale è lo strumento giuridico attraverso il quale si assicura il rispetto dei principi economici e la tutela della concorrenza all'interno del sistema economico strutturato secondo un'economia di mercato³⁹⁵. In tal senso, si è detto che «la penale manifestamente eccessiva, dunque, è *fuori mercato*». Fuori mercato, in quanto viene stipulata, per l'appunto, per un importo che non sarebbe stato accettato da qualsiasi altro operatore in posizione analoga sul mercato³⁹⁶.

Con riguardo a siffatta pronuncia la parte della motivazione che si ritiene meritevole di attenzione concerne proprio la diversa chiave prospettica introdotta

riconoscendo l'esistenza dei presupposti per un intervento officioso del giudice, non tanto per la tutela di interessi individuali, ma piuttosto per una *funzione correttiva di riequilibrio contrattuale* (se si vuole privilegiare la tesi della natura risarcitoria della penale) ovvero di adeguatezza della sanzione (se si vuole privilegiare la tesi della funzione sanzionatoria)».

³⁹² La finalità sottesa alla clausola penale quale strumento di presidio di un interesse oggettivo dell'ordinamento, come la "tutela" del mercato, era stata per la prima volta affermata nella pronuncia della CASS., 4 Febbraio, 1960, n. 163, in *Foro padano*, 1961, I, 321 ss.

³⁹³ Cfr. RICCIO, *È dunque venuta meno l'intangibilità del contratto. Il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contr. e impr.*, 2000, I, p. 95, secondo cui questa pronuncia segna un ulteriore *step* verso la generalizzazione dell'equità correttiva.

³⁹⁴ Cfr. PESCATORE, *Clausola «di irriducibilità» della penale ed estensione analogica dell'art. 1384 c.c.*, in *Obbl. e contr.*, 2007, XI, p. 893.

³⁹⁵ Cfr. PESCATORE, *Riduzione ex officio della penale e ordine pubblico economico*, cit., p. 424.

³⁹⁶ Ancora PESCATORE, *ult. op. cit.*, p. 424.

dalla Suprema Corte, la quale ha affermato la ridicibilità d'ufficio della clausola penale sulla scorta di una «rilettura degli istituti codicistici» alla stregua dei nuovi principi costituzionali (primo tra tutti il principio di solidarietà *ex art 2 Cost.*), cristallizzando un'inversione di rotta che si è mantenuta costante fino ai tempi odierni e confermando la tesi dell'irrinunciabilità delle clausole generali e di una «legislazione per principi»³⁹⁷ soprattutto nell'ottica della realizzazione del processo di integrazione europea.

Peraltro, questa pronuncia, confermando la tesi della solidarietà sociale come limite all'autonomia privata, ha posto le basi per una possibile generalizzazione della *c.d. equità correttiva*, quale prodotto del *legame sinergico* tra la clausola della buona fede e il principio di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*³⁹⁸

Dunque, con tale pronuncia, si è ribadito l'esistenza di un connubio tra la clausola della buona fede e il principio di solidarietà sociale già affermato nell'ambito del caso *Fiuggi*, che costituirà un baluardo per tutta la giurisprudenza successiva, nell'ambito della quale, non a caso, spesso a sostegno delle argomentazioni articolate in motivazione sono richiamate le pronunce anzidette.³⁹⁹

³⁹⁷ Si rinvia a RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., p. 84.

³⁹⁸ Cfr. RICCIO, *L'equità correttiva è dunque assurta a regola generale*, in *Contr. e impr.*, 2005, III, p. 927.

³⁹⁹ Di seguito un passo della motivazione: «Perché - come conviene ormai la dottrina più avvertita sul tema - il complesso processo innestato, nei moderni sistemi giuridici, dal tramonto del mito ottocentesco della onnipotenza della volontà e del dogma della intangibilità delle convenzioni ha inciso anche sul fenomeno della ridicibilità della penale, la quale ha per l'effetto finito col perdere l'iniziale sua colorazione soggettiva per assumere connotazioni funzionali più decisamente oggettive, si che la spiegazione della vicenda - come è stato osservato - appare ora spostata da una supposta tutela della volontà delle parti ad un interesse primario dell'ordinamento, valutandosi l'intervento riduttivo del giudice non più in chiave di eccezionalità bensì quale *semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata*. E questo controllo, nel richiamato contesto di intervenuta costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato, non può ora non implicare anche un *bilanciamento di "valori"*, di pari rilevanza costituzionale, stante la riconosciuta confluenza nel rapporto negoziale - accanto al valore costituzionale della *"iniziativa economica privata"* (sub art. 41) che appunto si esprime attraverso lo strumento contrattuale - di un concorrente *"dovere di solidarietà"* nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.). Dal quale la Corte Costituzionale ha già, in particolare, desunto "l'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie" (cfr. sent. n. 19 del 1994). E che, entrando (detto dovere di solidarietà) in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 c.c.), all'un tempo gli attribuisce una *"vis"* normativa e lo arricchisce di contenuti positivi, inglobanti obblighi, anche strumentali, di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del *partner* negoziale, nella misura, in cui questa non collida con la tutela dell'interesse proprio dell'obbligato (cfr. *"ex plurimis"* Cass., n. 3362 del 1989, n. 2503 del 1991, in tema di fideiussione *"omnibus"*; n. 748, n. 5531, n. 6408, n. 1012 del 1993; n. 599 e, in particolare, n. 6448 del 1994, con riguardo a profili vari del rapporto di lavoro). E proprio agli effetti della individuazione dei contenuti e della portata di tale controllo e, conseguentemente, del potere di intervento del giudice all'interno del contratto, è stato di recente affermato (vincendo,

In realtà, il richiamo alla solidarietà sociale in materia contrattuale ha destato accese critiche in dottrina⁴⁰⁰. In particolare, si è osservato che il contratto non costituisce un mezzo per la realizzazione di istanze solidaristiche ma uno strumento per la composizione di contrapposti interessi⁴⁰¹. Quindi, si è criticata la scelta della Suprema Corte di ricorrere all'art. 2 Cost. per giustificare la propria decisione, posto che il principio ha solo un'efficacia verticale, nei rapporti tra Stato e cittadino, e non orizzontale⁴⁰².

In questo senso, si è anche detto che se si vuole legittimare un potere di intrusione giudiziale *ex officio* nell'ottica della solidarietà sociale; quest'ultima non può viaggiare a senso unico in favore del debitore, in quanto «la figura del debitore non ha in astratto un maggior rilievo sociale rispetto a quella del creditore»⁴⁰³.

Verosimilmente queste sono le pronunce - il "Caso Fiuggi" e quella in tema di riduzione *ex officio* della penale eccessivamente onerosa - alla base dell'apertura di quell'impostazione dottrinale nei confronti della tecnica della *Drittwirkung*, in quanto con esse può ritenersi definitivamente superato il dogma dell'intangibilità del contratto.

Dal "cristallizzato" riconoscimento della riducibilità *ex officio* della clausola

anche in tal caso, il peso frenante di una contraria opzione interpretativa dottrinale e giurisprudenziale) che "la legge pattizia non può ritenersi svincolata dal dovere di correttezza". Il quale "si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo quindi alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente"; per modo che "non risulti disatteso quel dovere inderogabile di solidarietà che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto e gli effetti" (così CASS., n. 3775 del 1994)».

⁴⁰⁰ In senso negativo alla pronuncia in esame, tra i molti, anche FERRI, *Autonomia contrattuale, doveri di solidarietà e ruolo del giudice*, cit., p. 825.

⁴⁰¹ In questo senso MAZZAMUTO, *Autonomia privata e tecniche di intervento*, in *Il diritto civile oggi*, Napoli, 2006, p. 854, il quale critica l'attribuzione al contratto di finalità solidaristiche-redistributive. Cfr., anche SPOTO, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, cit., p. 181

⁴⁰² SPOTO, *op. cit.*, p. 181.

⁴⁰³ In questi termini, SPOTO, *op. cit.*, p. 185. Vedere anche: MAZZAMUTO, *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto delle diversità*, in *Contr. e impr.*, 2005, II, p. 523; ID., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea*, in *Eur e dir. priv.*, 2005, p. 51; ID., *Autonomia privata e tecniche di intervento*, cit., p. 854, secondo il quale, con riguardo alla riducibilità *ex officio* della clausola penale sancita dalla giurisprudenza di legittimità, osserva che non può escludersi *a priori* che anche il creditore sia «portatore di situazioni giuridiche fortemente qualificate in senso sociale». In particolare, secondo detta dottrina, l'utilizzo di espressioni come impresa debole, parte debole alimentano il rischio di attribuire una funzione solidaristica al contratto al fine di sopperire alla crisi dello Stato sociale. Per ulteriori approfondimenti si rinvia anche a: CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Eur e dir. priv.*, 2005, p. 29; SICCHIERO, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, 2005; ZENO-ZENCOVICH, *Le basi costituzionali di un diritto privato europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, p. 19.

penale, per il tramite del "connubio" buona fede-solidarietà sociale, all'*estensione analogica di detto connubio ad altre ipotesi normative* dell'ordinamento giuridico, il passo è stato assai breve anche se non sempre guardato favorevolmente dalla dottrina⁴⁰⁴.

Anzi, potrebbe affermarsi che la stessa generalizzazione del suddetto connubio costituisce uno strumento di governo dell'equilibrio contrattuale degli atti di autonomia privata, confermando altresì il ruolo della ragionevolezza come criterio di valutazione del relativo contenuto.

Si rende opportuna, tuttavia, una precisazione.

L'applicazione generalizzata di tale connubio non appare essere tanto un'espressione della *Drittwirkung* intesa in senso lato, in quanto secondo una parte della dottrina nel nostro ordinamento vi è un "congegno-filtro" integrato dalla buona fede, che osta a che si realizzi un'applicazione diretta e orizzontale dei principi costituzionali⁴⁰⁵. Viceversa, in senso favorevole alla *Drittwirkung*, è quella dottrina, corroborata anche da una recente giurisprudenza costituzionale secondo la quale i principi costituzionali per essere applicati non necessitano di essere veicolati sul piano ermeneutico da clausole generali⁴⁰⁶.

In realtà, la soluzione al problema risiede nella distinzione tra *Drittwirkung* mediata, integrata dall'efficacia orizzontale della combinazione della clausola generale e del precetto costituzionale, e *Drittwirkung* diretta, integrata dall'efficacia orizzontale del (solo) precetto costituzionale. Con riguardo alla prima, pur con le

⁴⁰⁴ Il riferimento è all'obbligo legale di rinegoziazione.

⁴⁰⁵ In senso ostativo all'ingresso della *Drittwirkung* nel nostro ordinamento è MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 749, secondo il quale «Non si può, dunque, condividere l'idea della *Drittwirkung* in materia di responsabilità contrattuale allo scopo di ampliare l'area della risarcibilità sul fronte degli interessi della persona (227): così come va esclusa la diretta invocazione delle norme costituzionali per riempire di contenuto il sintagma «casi determinati dalla legge» di cui all'art. 2059 c.c. perché in tal modo si aggira il filtro dell'ingiustizia dal quale anche i diritti costituzionalmente protetti devono transitare per spiegare i propri effetti nel settore della responsabilità extracontrattuale (228); allo stesso modo va esclusa la diretta invocazione dei profili della personalità di rango costituzionale dall'area del contratto o, in chiave più generale, dell'obbligazione, poiché anche qui opera, oltre all'eventuale previsione di legge, un filtro consistente nel canone della correttezza/buona fede costituzionalmente coniugato che veicola i valori della persona protetti dalla Carta fondamentale nel regolamento contrattuale o nel piano dell'obbligazione sotto forma di obblighi di comportamento preposti alla salvaguardia dei valori personalistici: il congegno tecnico tramite cui l'innesto avviene è, dunque, rappresentato dalla «struttura dogmatica assiologicamente orientata» (229) degli obblighi di protezione».

⁴⁰⁶ In senso favorevole all'esistenza della *Drittwirkung* nel nostro ordinamento MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 3.

dovute cautele, si ritiene di poter esprimere un certo *favor*. Al contrario, la seconda solleva delle perplessità.

Un'estensione analogica del connubio buona fede - solidarietà si è ipotizzata anche con riguardo alla riducibilità *ex officio* della caparra confirmatoria ex art. 1385 c.c. eccessivamente onerosa sulla scorta di una asserita omogeneità strutturale che caratterizzerebbe, secondo una parte della dottrina, i due istituti.

L'assunto della omogeneità strutturale non convince in quanto la caparra confirmatoria non presuppone un inadempimento contrattuale ed è, dunque, estranea alla medesima una logica rimediabile, mentre la clausola penale è prevista in funzione risarcitoria, consistendo nella liquidazione anticipata in contratto di un potenziale danno derivante da un futuro inadempimento dell'obbligazione ovvero da un suo ritardo. Invero, la caparra confirmatoria viene corrisposta al momento di conclusione del contratto allo scopo di rafforzare il vincolo contrattuale⁴⁰⁷, mentre la penale può esser richiesta solo in presenza del verificarsi di un inadempimento contrattuale.

Al riguardo, la giurisprudenza si è chiesta se sia possibile ammettere, nel caso di caparra confirmatoria eccessivamente onerosa, un potere-dovere di riduzione in capo al giudice, al pari di quanto avviene per la penale manifestamente eccessiva. Pertanto, è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385 c.c. per contrasto con il principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost. in relazione all'art. 1384 c.c.⁴⁰⁸.

La questione è stata respinta dalla Corte Costituzionale per ben due volte, in quanto ritenuta inammissibile.

Orbene, nella prospettiva dei giudici costituzionali, la norma di cui all'art. 1385

⁴⁰⁷ La caparra confirmatoria si distingue, altresì, dall'acconto, che costituisce un'anticipazione della futura prestazione. Pertanto, in caso di inadempimento della parte e conseguente risoluzione, a differenza della caparra confirmatoria, deve essere restituito.

⁴⁰⁸ CORTE COST., 24 Ottobre 2013, n. 248: «il Tribunale rimettente, per un verso, trascura di indagare compiutamente la reale portata dei patti conclusi dalle parti contrattuali, così da poter esprimere un necessario coerente giudizio di corrispondenza del *nomen iuris* rispetto all'effettiva funzione della caparra confirmatoria; per altro verso, non tiene conto dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come, nella specie, egli prospetta) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. E ciò in ragione della rilevanza, *ex officio*, della nullità (totale o parziale) ex articolo 1418 c.c., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost., (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa, «funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del *partner* negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato» (CASS., n. 10511/1999; ma già CASS. n. 3775 del 1994 e, in prosieguo, CASS., sez. un., n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009)».

c.c. non è irragionevole in quanto la c.d. "equità correttiva", funzionale al governo dell'equilibrio contrattuale, in presenza di caparra confirmatoria eccessivamente onerosa, non si esprime necessariamente mediante una riduzione *ex officio* (anche perché alcun richiamo testuale è dato evincersi dal tenore letterale dell'art. 1385 c.c., a differenza di quanto previsto nell'art. 1384 c.c.) ma anche per il tramite del (forse, più incisivo) rimedio della nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c., posto in relazione al precetto di cui all'art. 2 Cost. In questo modo viene avallata la tesi che vede entrare l'art. 2 Cost. «*direttamente* nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede a cui attribuisce *vis* normativa»⁴⁰⁹, ribadendosi l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il rapporto obbligatorio deve essere funzionalizzato «alla tutela anche dell'interesse del *partner* negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato (Corte di cassazione n. 10511 del 1999; ma già n. 3775 del 1994 e, in prosieguo, a Sezioni unite, n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009)»⁴¹⁰.

Così, si arriva alla generalizzazione del potere correttivo del giudice, ammettendosi anche laddove non vi sia alcun riferimento testuale che lo declini, e alla consacrazione della *Drittwirkung* diretta come tecnica applicativa delle clausole generali.

In questo senso, è evidente la portata estremamente eversiva della pronuncia in commento posto che sembra ormai aprire definitivamente il varco all'applicazione

⁴⁰⁹ In tal senso si è espressa la Corte Costituzionale in CORTE COST., 2 Aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035)

⁴¹⁰ (CASS., 24 Settembre 1999, n. 10511, in *Contr. e impr.*, 2001, II, p. 550; CASS., 3775/1994, in *Corr. giur.*, 1994 p. 566; CASS., sez. un, 13 Settembre 2005, n. 18128, in *Cont. e impr.*, 2005, 3, p. 927; CASS., 18 Settembre 2009, n. 20106, in *Riv. dir. civ.*, 2010, VI, p. 20653) Cfr. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim.dir. e proc. civ.*, 2015, III, p. 787, che ritiene che le due ordinanze della Corte Costituzionale, in tema di caparra confirmatoria eccessivamente onerosa, insieme al recente orientamento della Cassazione, in materia di riducibilità *ex officio* della clausola penale, hanno rafforzato decisamente il ruolo dei principi costituzionali in materia contrattuale. L'obiettivo è quello di «superare l'idea della centralità del volere dei privati per far emergere l'interesse primario dell'ordinamento al controllo dell'autonomia, tramite il ruolo del giudice, il quale deve tener conto di un bilanciamento di «valori» di pari rilevanza costituzionale che confluiscono nel regolamento negoziale. Si richiama l'art. 41 che riconosce la libertà dell'iniziativa economica privata e il concorrente dovere di solidarietà previsto dall'art. 2, che entra, si precisa, nella struttura del contratto, come limite interno di ogni situazione soggettiva e transita tramite la buona fede, nella valutazione dei comportamenti consentendo di dichiarare inesigibili certe pretese obbligatorie (7) e di conformare in base a tale bilanciamento l'essenza stessa del rapporto obbligatorio (8). Tutto ciò è la premessa logica per giustificare l'intervento d'ufficio del giudice come espressione di un potere-dovere, volto non a proteggere uno dei contraenti, ma a realizzare « un interesse oggettivo dell'ordinamento». In tal senso si esprime anche NOCERA, *Prospettive sulla buona fede: La suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1461.

diretta dell'art. 2 Cost. - senza neanche scomodare la buona fede - arrivando ad affermare una *relativizzazione dell'autonomia privata*, i cui contorni mai come ora appaiono tanto indefiniti in conseguenza della circostanza che i medesimi vengono individuati, di volta in volta, attingendo direttamente ai valori assiologici contenuti nei principi costituzionali (e non già agli "*standards*", come intesi nella prospettiva mengoniana ossia come regole sociali di condotta).

Come sostenuto anche in dottrina, tale relativizzazione dell'autonomia privata ha come effetto quello di esporre l'atto negoziale ad un sindacato giudiziale *imprevedibile*, in quanto imponderabili sono le esegesi concernenti parametri tanto vaghi come quelli contenuti nei precetti costituzionali⁴¹¹.

L'esperienza applicativa evidenziata conferma che la *Drittwirkung* presuppone un approccio non ancorato a schemi precostituiti, il che apre la strada a possibili concretizzazioni della clausola generale non controllabili e non giustificabili *a posteriori* secondo un procedimento logico-razionale (a scapito della certezza del diritto).

6. Segue. Buona fede e equità: un rapporto di equivalenza?

Si è detto che l'equità correttiva costituisce la sintesi di un rapporto sinergico tra la buona fede e la solidarietà⁴¹². In realtà, l'analisi della casistica sembra suggerire una riflessione sulle clausole della buona fede e dell'equità quali clausole da considerarsi *quasi* alla stregua di un'endiadi sicché occorre interrogarsi sull'ambito di applicazione della clausola dell'equità al fine di verificare se possa configurarsi o meno una sovrapposizione con la buona fede ed entro che limiti⁴¹³.

⁴¹¹ Cfr. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria eccessiva*, in *Contr.*, 2014, p. 926.

⁴¹² Sul rapporto tra buona fede ed equità si rinvia, tra i tanti Autori, ai contributi di: CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o giudice) di equità*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 75; FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 86.

⁴¹³ L'equità correttiva è una variante dell'equità integrativa e non deve essere confusa con l'equità quale criterio decisorio *ex art. 113 c.p.c.*, che costituisce una modalità di risoluzione delle controversie, specie di minor valore attribuite alla competenza del Giudice di Pace ovvero nel caso in cui siano le stesse parti ad aver attribuito al giudice il potere di decidere secondo equità. Cfr. SCHLESINGER, TORRENTE, *Manuale di diritto privato*, cit., p.14. Si condivide, inoltre, il pensiero di quella dottrina secondo la quale anche nell'ambito dei giudizi di equità il giudice non può atteggiarsi a «ministro di equità» adeguando il regolamento contrattuale all'ordine pubblico economico, in quanto «la valutazione di siffatte esigenze generali spetta al legislatore» e solo questi può introdurre delle limitazioni all'autonomia privata in funzione di superiori interessi

Con riguardo all'ambito di operatività, si osserva come la clausola dell'equità non richieda dei giudizi di natura morale o etica, essendo ad essa estranea ogni sorta di valutazione morale del giudice⁴¹⁴. Al contrario, la sua concretizzazione avviene per il tramite della formulazione di giudizi di tipo tecnico-economico finalizzati alla valutazione dell'esistenza o meno di un *equilibrio economico* nell'ambito del sinallagma contrattuale⁴¹⁵. Il giudice guarda, quindi, all'equilibrio di mercato, ma non solo a questo. Infatti, i valori del mercato devono essere coordinati con i valori della Carta Costituzionale⁴¹⁶. Dunque, al pari di quanto avviene per la clausola della buona fede, un ruolo fondamentale è rivestito dai principi costituzionali, che si atteggiano a bussola per l'interprete impegnato nel conio di nuove *sub*-norme (o schemi funzionali), sicché anche con riguardo all'equità si è dubitato della sua unità concettuale⁴¹⁷.

Con riguardo ai "limiti", nel senso di escludere ogni possibile sovrapposizione con la buona fede, vi è una parte della dottrina⁴¹⁸, la quale osserva, partendo da un esame della disciplina contenuta nel precedente Codice Pisanelli, che buona fede ed equità allora erano poste sullo stesso piano in quanto ai sensi dell'art. 1124 «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 la legge ne derivano». Invece, il Codice del 1942, collocando la buona fede e l'equità in disposizione normative distinte, pare aver escluso una possibile sovrapposizione tra le stesse, senza elidere tuttavia *tout court* il relativo collegamento per far rientrare la

generali. Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 224. Sul tema dell'equità si rinvia per approfondimenti, tra i tanti, a: FROSINI, *Dimensioni dell'equità*, Torino, 1977; Id. voce «Equità», in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 69; GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 479; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970; GRASSO, voce «Equità (giudizio di)», in *Noviss. Digesto it., Appendice*, III, Torino, 1981, p. 443; RUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001

⁴¹⁴ Cfr. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 228.

⁴¹⁵ Cfr. NANNA, *op. cit.*, p. 229.

⁴¹⁶ Cfr. NANNA, *op. cit.*, p. 230.

⁴¹⁷ Cfr. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 389, secondo il quale, allora, non solo non è possibile elaborarne una definizione ma neanche una descrizione strutturale della categoria in quanto «il giudizio basato sull'equità proprio per la soggettività che lo distingue, non può essere inquadrato a priori se non in forma generale». Un ruolo centrale rivestono, in funzione di specificazione della categoria, le direttive contenute nei precetti costituzionali. Secondo tale dottrina, due sono le possibili direzioni che può assumere l'equità: 1) la prima direttiva, volta a favorire la pacifica convivenza perseguendo obiettivi di giustizia sociale, è rappresentata dalla solidarietà sociale ex art. 2 Cost.; 2) la seconda direttiva concerne l'inquadramento dell'attività privata secondo i «principi costituzionali che regolano la materia economica», p. 391.

⁴¹⁸ Cfr. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 284.

disposizione di legge che disciplina la buona fede tra le fonti di integrazione del contratto previste dall'art. 1374 c.c.⁴¹⁹

La buona fede opera il tramite dell'art. 1374 c.c. non per effetto del rinvio alla legge, bensì per il tramite della specificazione giudiziale insita nel giudizio di equità da cui può discendere come effetto una svalutazione normativa della clausola di equità ma giammai una sovrapposizione⁴²⁰.

Infatti, la differenza concettuale si rivela tutta sul piano operativo: la buona fede, concernendo il piano comportamentale, si rivolge ai soggetti, mentre l'equità, concernendo il piano regolamentale, si rivolge alla regola come tale⁴²¹.

Si tratta di clausole formalmente distinte che operano in funzione eterointegrativa (correttiva, integrativa) del contratto. La particolarità del loro rapporto è data dalla *complementarità* che lo caratterizza, rappresentando quasi due facce della stessa medaglia⁴²². Infatti, la buona fede costituisce lo strumento teorico di integrazione giudiziale, nel senso che per il suo tramite si valuta l'equilibrio contrattuale, l'equità costituisce il mezzo pratico per la realizzazione di tale equilibrio⁴²³.

L'analisi giurisprudenziale evidenzia che, tra le due, è la clausola generale della buona fede quella che appare caratterizzata da una *vis* attrattiva tale da oscurare o comunque da ridimensionare la portata dell'altra. Questa circostanza può dipendere dalla frammentarietà della disciplina legislativa in materia di equità, dall'importanza riconosciuta alla buona fede in fonti internazionali di *hard law* e *soft law* (si pensi ai molteplici richiami alla buona fede nell'ambito dei PDEC, dei Principi UNIDROID o nel DCFR)⁴²⁴. Conseguentemente, in tale frammentato contesto europeo e

⁴¹⁹ Inoltre, sempre detta dottrina osserva che il richiamo alla legge contenuto nell'art. 1374 c.c. non può considerarsi il puntello normativo che giustifica l'operare della buona fede in funzione di integrazione del contratto, altrimenti si rischia di forzare vistosamente il dato letterale, che sembra piuttosto riferirsi non a generiche norme di principio ma a delle regole specifiche, puntuali (così equiparando il richiamo a quello di cui all'art. 1339 c.c.) Cfr. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 288.

⁴²⁰ Cfr. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 289.

⁴²¹ Cfr. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 292.

⁴²² In tal senso, NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, p. 240 L'elaborazione di una *sub-norma* tratta dalla clausola generale della buona fede, ad esempio, non può essere iniqua (ossia contrastante con la clausola dell'equità) in quanto è insito nel concetto stesso di equità. Non a caso, spesso, le clausole dell'equità e della buona fede sono richiamate congiuntamente nelle disposizioni di legge. Ad esempio: nel caso dell'art. 7 d lgs 231/2002.

⁴²³ Cfr. NANNA, *op. cit.*, p. 240. In altri termini, dall'equità non discendono obblighi "nuovi" bensì viene operato un riequilibrio di quelli esistenti. Cfr. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 2013, p. 163

⁴²⁴ Cfr. NANNA, *op. cit.*, p. 237.

internazionale l'impostazione formalistica, che guarda al fenomeno dell'integrazione giudiziale come ad un aspetto dell'interpretazione del contratto in linea con l'idea di un ordinamento giuridico perfettamente autopoietico, sembra aver perso gran parte della sua forza persuasiva⁴²⁵.

L'ordinamento giuridico non è autopoietico. L'evoluzione della tecnica ed il progredire della scienza, nel corso dei decenni, sono state a tal punto incisive che progressivamente diversi profili di inadeguatezza si sono fatti palesi ed impongono, spesso, di guardare "altrove" per risolvere le antinomie normative. L'altrove è rappresentato dalle direttive fondamentali dell'ordinamento giuridico: in altri termini, dai decantati principi fondamentali con i quali le clausole generali si relazionano.

Quando il contratto non è in grado di autointegrarsi mediante un'interpretazione che tenga conto dei tradizionali canoni ermeneutici, intervengono, "in soccorso", la giurisprudenza e la dottrina che, mediante l'individuazione di presupposti operativi, prelevati dalle circostanze fattuali e resi oggetto di un procedimento astrazione, elaborano, per il tramite di un filtro della clausola generale, la regola espressione, nel caso concreto e in tutti casi futuri analoghi, di quel principio costituzionale.

Pertanto, posta tale analisi, forse la temuta eversività connessa al controllo giudiziale del contratto può essere ridimensionata, potendosi affermare che più che mettere a rischio l'autonomia contrattuale, con esso, l'interprete aspira, almeno idealmente, a esserne garante, sottraendo le vicende negoziali alle dinamiche dei rapporti di forza proprie delle leggi del mercato e attraendole all'area di un equilibrio economico che, pur sempre governato da leggi di mercato, sia conforme alla Carta fondamentale. Resta fermo che non ogni contratto, affetto da squilibrio economico, provoca l'intervento dell'equità correttiva ma solo quello che il cui squilibrio economico sia rivelatore di "un'anomalia" del contratto⁴²⁶.

7. La (fallita) tipizzazione dell'obbligo di rinegoziazione

Con riguardo al tema della rinegoziazione occorre chiedersi se la medesima

⁴²⁵ Peraltro, tale approccio positivista aveva costituito la premessa di uno svuotamento della clausola generale, considerate astratte e prive di contenuti. Cfr. NANNA, *op. cit.*, p. 218. Si ricorda, peraltro, come, nel periodo successivo all'entrata in vigore del Codice Civile, la clausola della buona fede era considerata attratta nell'orbita dell'etica e, come tale, in quanto priva di efficacia giuridicamente rilevante, ignorata dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

⁴²⁶ Cfr. NANNA, *op. cit.*, p. 243; GALGANO, *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 421.

possa costituire o meno oggetto di un obbligo legale che, tramite il viatico della buona fede, può (o, forse, deve) concorrere a realizzare forme di giustizia contrattuale. Quindi, se la stessa, nell'attuale panorama giurisprudenziale, possa considerarsi o meno una regola tipizzata o se, al contrario, la sua affermazione non appaia rispettosa dei vincoli o dei presupposti operativi enunciati in precedenza.

La *rinegoziazione* è un fenomeno che investe, essenzialmente, i contratti ad esecuzione non istantanea, ossia i contratti di durata⁴²⁷. Si tratta di casi in cui il contratto appare più sensibile ai fattori esterni che possono influenzarne il contenuto, non potendosi prevedere *a priori* gli eventi che potrebbero modificare l'assetto di interessi stabilito⁴²⁸. Tali eventi sono definiti sopravvenienze in quanto modificano la situazione di fatto o di diritto esistente al momento di conclusione del contratto, così alterando l'equilibrio tra le prestazioni delle parti.

Ci si chiede se esista un principio generale che imporrebbe alle parti di rinegoziare il contratto concluso in presenza di sopravvenienze.

Nulla quaestio nel caso in cui le parti decidano di inserire nel contratto delle clausole di *hardship*, ossia delle clausole con cui si obbligano reciprocamente a rinegoziare in presenza di sopravvenienze⁴²⁹. In questi casi, la rinegoziazione è oggetto di un preciso obbligo contrattuale e, dunque, operano i principi generali previsti in tema di inadempimento contrattuale.

Diverso è il caso in cui difetti una previsione contrattuale di siffatta natura ovvero il caso in cui una clausola contrattuale vi sia ma abbia una portata a tal punto generica (ossia che prevede una mera facoltà di rinegoziare il contratto) da potersi

⁴²⁷ In tema della rinegoziazione la letteratura è vastissima. Si ricordano, tra i tanti: CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA.VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Milano, 1992, p. 315; BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975; SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 776; MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 560.

⁴²⁸ Ciò si spiega anche in ragione della circostanza che la risoluzione del contratto viene considerata dalla giurisprudenza di legittimità come *extrema ratio*, coerentemente con il principio "*pacta sunt servanda*". Cfr. SPOTO, *Contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 126.

⁴²⁹ Sul tema delle clausole di *hardship*, tra i tanti, si rinvia ai seguenti riferimenti bibliografici: Cfr. FRIGNANI, voce «*Hardship Clause*», in *Noviss. Digesto it.*, Torino, III, 1982, p. 1180; ID., voce «*Hardship clause*», in *Digesto*, disc. comm., Torino, 1991, VI, p. 446 ss.; CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. e impr. eur.*, 1998, p. 733; SCARPA, *Ricostruzione ermeneutica della Hardship clause nel diritto positivo italiano*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 951.

considerare alla stregua di una mera «clausola di stile»⁴³⁰.

Peraltro, le problematiche appaiono enfatizzate nel caso in cui delle sopravvenienze intervengano nei rapporti tra imprese. In questo caso, la sopravvenienza, come sostenuto autorevolmente anche in dottrina, può condurre a una paralisi del rapporto contrattuale, tendendo la parte avvantaggiata a lasciar inalterato lo stato delle cose e la parte svantaggiata alla risoluzione del contratto (ove fallisca la sua invocata revisione)⁴³¹.

Dunque, il *potere* di autoregolamentare i propri interessi può trasformarsi in un *dovere* di modificare il negozio giuridico originariamente stipulato? Si è semplicemente al cospetto di un mero abuso della libertà contrattuale?

Il quesito proposto conduce ad indagare il rapporto esistente tra la salvaguardia dell'autonomia negoziale che non può essere compressa oltre certi limiti, poggiandosi sul referente costituzionale dei «diritti inviolabili» di cui all'art. 2 Cost., e il principio di buona fede, che attuando quello di solidarietà e lealtà, sembra esigere dalle parti la rinegoziazione del contratto in presenza di sopravvenienze, anche questo avente un fondamento costituzionale integrato dai «doveri inderogabili di solidarietà sociale» ex art. 2 Cost.⁴³².

In giurisprudenza vi è stato un caso in cui l'autorità giudiziaria ha disposto il meccanismo della coazione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. ritenendo esistente un *obbligo legale di rinegoziazione*, avente fondamento nella clausola generale della buona fede⁴³³.

⁴³⁰ Cfr. TUCCARI, *Clausole di rinegoziazione ed eccezione di inadempimento nel contratto di somministrazione*, in *Contr.*, 2014, XI, p. 990. Peraltro, le clausole di rinegoziazione anche se genericamente formulate possono prevedere il rinvio a parametri esterni a cui ancorare la determinazione del loro contenuto. Cfr. SPOTO, *Contratto e potere correttivo del giudice*, cit. p. 126. Il problema si pone, a parere di chi scrive, quando al carattere generico della prescrizione contrattuale non si accompagni alcun criterio per compiere siffatta valutazione al punto da apparire delle mere clausole di stile.

⁴³¹ Cfr. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contr.*, 2012, VII, p. 571.

⁴³² Diritti e doveri di rango costituzionale a confronto, sicchè non appare semplice attribuire una prevalenza agli uni ovvero agli altri. Si rende necessario, così, ricorrere al criterio della ragionevolezza, che tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto e del c.d. apprezzabile sacrificio, segnerà la prevalenza dell'uno o dell'altro.

⁴³³ Di seguito i tratti salienti della vicenda. Una società decideva di stipulare un mutuo fondiario, usufruendo di una sovvenzione finanziaria, consistente nella corresponsione degli interessi a carico della Regione. In base al contratto di mutuo stipulato la somma erogata avrebbe dovuto essere utilizzata entro 24 mesi dalla sottoscrizione del medesimo, al termine del quale la Banca avrebbe dovuto erogare il saldo residuo. Con riguardo alle agevolazioni finanziarie, la Giunta regionale aveva, più volte, prorogato il termine finale per accedere alle stesse, così la società pugliese aveva prolungato il periodo iniziale di utilizzo della somma oltre i 24 mesi. Quest'ultima richiedeva,

Di seguito le coordinate fattuali della vicenda su cui si è innestata l'audace ordinanza del Tribunale di Bari⁴³⁴.

Una società decideva di stipulare un mutuo fondiario, usufruendo di una sovvenzione finanziaria, consistente nella corresponsione degli interessi a carico della Regione. In base al contratto di mutuo stipulato la somma erogata avrebbe dovuto essere utilizzata entro ventiquattro mesi dalla sottoscrizione del medesimo, al termine del quale la Banca avrebbe dovuto erogare il saldo residuo. Con riguardo alle agevolazioni finanziarie, la Giunta regionale aveva, più volte, prorogato il termine finale per accedere alle stesse, così la società aveva prolungato il periodo iniziale di utilizzo della somma oltre i ventiquattro mesi.

La società richiedeva, successivamente, la corresponsione del saldo dovuto, a cui la Banca opponeva un rifiuto, avanzando, di contro, la richiesta di una dichiarazione di manleva circa l'eventuale successivo diniego della concessione dell'agevolazione in conto interessi da parte della Regione (sia per la somma elargita sia per la somma ancora da elargire). La ricorrente si rivolgeva così all'autorità giudiziaria per ottenere: 1) l'erogazione del saldo; 2) il pagamento di una somma di denaro *ex art. 614 c.p.c.* per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione.

L'autorità giudiziaria, con ordinanza, accoglieva le doglianze della società fondando la propria decisione sulla clausola generale della buona fede *ex artt. 1366 e 1375 c.c.*, la quale sarebbe, parafrasando le parole utilizzate dall'autorità giudicante, fonte non di un nuovo obbligo contrattuale, quanto di un *irriducibile obbligo legale di rinegoziare il contratto originario*, ogni qualvolta delle sopravvenienze intacchino l'effettività della sua esecuzione, come può considerarsi, nel caso di specie, l'intervenuta modifica regolamentare che ha protratto i termini di accesso alla sovvenzione finanziaria.

In una prospettiva puramente dogmatica, tale pronuncia ha suscitato notevoli critiche in dottrina per l'*eversività* connessa alla *strumentalizzazione della buona fede ex art 1375 c.c. come fonte di obblighi contrattuali non deliberatamente assunti dalle*

successivamente, la corresponsione del saldo dovuto, a cui la banca opponeva un rifiuto, avanzando una dichiarazione di manleva circa l'eventuale successivo diniego della concessione dell'agevolazione in conto interessi da parte della Regione (sia per la somma elargita sia per la somma ancora da elargire). La ricorrente si rivolgeva così all'autorità giudiziaria per ottenere: l'erogazione del saldo; il pagamento di una somma di denaro *ex art 614 c.p.c.* per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione.

⁴³⁴ TRIB. BARI, 14 giugno 2011, in *Contr.*, 2012, VII, p. 571.

parti, con conseguente, almeno *prima facie*, frustrazione dell'autonomia contrattuale e dello stesso principio di vincolatività del contratto⁴³⁵.

Del resto, l'unico referente normativo che nel Codice Civile regola le sopravvenienze, l'art. 1467 ult. co. c.c., riconosce il diritto alla rinegoziazione non ad entrambe le parti ma solo ad una di esse (ossia alla parte che ha "beneficiario" della sopravvenienza allo scopo di "paralizzare" la richiesta di risoluzione dell'altra)⁴³⁶.

Orbene, giova precisare come l'idea che la clausola generale della buona fede possa costituire una base legale per l'individuazione di obblighi aggiuntivi (e, comunque, non modificativi) rispetto a quelli contrattualmente fissati non rappresenti, nella prospettiva dell'estensore dell'ordinanza, una vera e propria novità. Infatti, nel corpo della motivazione viene richiamato, a titolo esemplificativo (anche se, in realtà, non mi pare vi siano altre ipotesi), l'obbligo legale di contrattare in capo al monopolista ai sensi dell'art. 2597 c.c. ai sensi del quale «chi esercita un'impresa in condizioni di monopolio legale ha l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento»⁴³⁷.

Tuttavia l'assimilazione dell'obbligo legale di rinegoziazione all'obbligo legale del monopolista suscita delle perplessità per due ordini di ragioni:

1) la prima concerne il fatto che l'obbligo del monopolista è un obbligo esplicitamente previsto dalla legge, mentre l'obbligo legale di rinegoziazione non è esplicitamente sancito ma è stato desunto in via *implicita* dalla clausola generale della buona fede;

2) la seconda ragione concerne l'elemento di incidenza dell'obbligo legale: l'art. 2597 c.c. incide sull'*an* della contrattazione mentre gli artt. 1366 e 1375 c.c. incidono sul contenuto della contrattazione e quest'ultimo forse è in grado di vulnerare in modo più incisivo la libertà contrattuale. Infatti, se il primo limite dell'autonomia contrattuale discende da una condizione soggettiva, quella di essere monopolista, il

⁴³⁵ In senso critico all'ordinanza: PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contr.*, 2012, VII, p. 571. Interessante anche la critica di SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Napoli, 2015, p. 15. In senso favorevole all'esistenza di un generale obbligo di rinegoziazione: CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *Contr.*, 2016, II, p. 185.

⁴³⁶ Cfr. SPOTO, *Contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 128. In tal senso anche: BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 467.

⁴³⁷ Di tale previsione ha fatto larga applicazione la giurisprudenza, come precisato anche nell'ordinanza oggetto di attenzione: CASS., 27 luglio 1998, n. 7346, in *Foro it, Rep.* 1998, voce «Giurisdizione civile», n. 96; CASS., 25 gennaio 1985, n. 353, in *Giur. it*, I, 1, 1492; CASS., 6 dicembre 1968, n. 3914, in *Giur. it*, 1969, I, 1, p. 2048.

secondo discende da una sopravvenienza, ossia da un fatto che, per antonomasia, è imprevedibile al momento di stipula del contratto con tutte le conseguenze che ne possono discendere per la certezza del diritto. Peraltro, come rilevato in dottrina, l'obbligo legale di rinegoziazione verrebbe in rilievo in presenza di sopravvenienze diverse dall'eccessiva onerosità per la quale già esiste apposita normativa contenuta nell'art. 1467 c.c. e non avrebbe senso individuare rispetto a quest'ultima un diverso fondamento normativo⁴³⁸.

In una diversa chiave prospettica, ossia quella propria del metodo formalistico, l'ordinanza menzionata può apparire meno sovversiva di quanto appaia.

Infatti la stessa non sostiene un indiscriminato potere del giudice di intervenire sullo statuto negoziale, in quanto il potere di incidere sul contenuto del contratto mediante l'introduzione forzata, per il tramite dell'esecuzione coattiva *ex art. 2932 c.c.*, di ulteriori obblighi giuridici è condizionato alla sussistenza di determinati *presupposti*⁴³⁹.

In altri termini, si prende atto che per creare un obbligo giuridico *ex lege* non è sufficiente il richiamo alla clausola generale della buona fede essendo, altresì, necessario che dal contratto il giudice sia in grado di evincere *elementi precisi, determinati e concreti* grazie ai quali possa determinare il contenuto prescrittivo dell'obbligo giuridico di rinegoziazione in funzione del risultato a cui le parti avrebbero mirato se avessero avviate delle trattative sul punto. Ossia non si tratterebbe tanto di una creazione dell'obbligo giuridico di rinegoziazione quanto di una sua *ricognizione* alla stregua degli elementi allegati e provati dalle parti.

L'impostazione accolta appare coerente con i risultati raggiunti nell'ambito dell'analisi economica del diritto, dove da tempo alla logica egoistica dell'«*advantage taking*» si è sostituita la logica cooperativa dello «*sharing and cooperation*»⁴⁴⁰.

Sebbene si condivida l'impostazione metodologica dell'analisi economica del diritto, si ravvisa un *puctum dolens* nella decisione giudiziale in quanto configura tautologicamente l'obbligo legale di rinegoziazione, ricavandolo dalla buona fede.

⁴³⁸ Cfr. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, cit., p. 578, il quale al riguardo parla di «sopravvenienze atipiche».

⁴³⁹ Si riporta un passo della motivazione: «il giudice, pur al cospetto della fonte legale dell'obbligo di contrarre, non può costituire un rapporto contrattuale se non ha a disposizione gli elementi necessari per la predisposizione del regolamento. i fatti allegati devono perciò consentire di determinare il contenuto prescrittivo del provvedimento».

⁴⁴⁰ Cfr. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, cit., p. 579.

Infatti, i c.d. "presupposti" (gli "elementi precisi, determinati e concreti", poc'anzi menzionati) appaiono troppo generici e vaghi per fungere da parametri di fondabilità di una decisione giudiziale, equivalendo nella sostanza ad un rinvio al caso concreto.

Se i medesimi fossero stati meglio individuati, specificati e indicati nell'ordinanza, riconoscendosi loro una portata generalizzata, la decisione giudiziale anzidetta avrebbe sollevato meno perplessità e critiche. Compiere un'astrazione di determinati elementi fattuali, assurgendoli a presupposti per l'applicazione di una regola generalizzata è ben diverso dal rinviare genericamente agli stessi elementi fattuali, mediante il richiamo a parametri *generici*, per decidere se ravvisare o meno, di volta in volta, l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziazione.

Pertanto, la tesi interpretativa propugnata dal Tribunale di Bari non si condivide, nella parte in cui, al fine di rafforzare il proprio ragionamento giuridico, richiama come precedente gemello (che, in realtà, gemello non è, a parere di chi scrive) l'obbligo legale del monopolista; nell'ottica di un approccio funzionale del diritto, appare senz'altro apprezzabile il tentativo di avvalersi di un metodo formalistico per giustificare la decisione giudiziale, mediante l'individuazione di presupposti che ancorché generici dimostrano che, in tema di concretizzazione di clausole generali, essi sono imprescindibili. Certamente sarebbe stato preferibile che il Tribunale avesse compiuto un passo ulteriore, consistente nell'indicare in modo più definito i presupposti operativi alla base di tale obbligo di rinegoziazione.

Questo ulteriore passaggio impedisce di ravvisare l'esistenza, all'interno della buona fede esecutiva, della regola tipizzata dell'obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata con la conseguenza che la clausola della buona fede sembra essere stata applicata in modo arbitrario con una metodologia slegata da ogni rigore formale. Non a caso la pronuncia è rimasta isolata, non avendo costituito un precedente significativo per la giurisprudenza successiva, che al contrario si è dimostrata molto cauta nell'applicare la clausola generale della buona fede per imporre obblighi legali integrativi⁴⁴¹.

⁴⁴¹ Si veda per tutte: CASS., 26 febbraio 2014, n. 4557, in *Contr.*, 2014, XI, p. 990.

8. Le clausole generali e gli obiettivi di armonizzazione europea

Il diritto comunitario ha esercitato una profonda influenza sul diritto civile nazionale. Il primo effetto di questa influenza si è tradotto in un ripensamento della concezione tradizionale di contratto anzi nella elaborazione - o, forse, meglio sarebbe dire "ripristino" - di una pluralità di tipologie contrattuali. Infatti, prima dell'entrata in vigore del Codice del 1942, non vi era un'unitaria categoria di contratto, bensì vi erano due diverse tipologie contrattuali, che si differenziavano in ragione delle caratteristiche soggettive delle parti: 1) i contratti tra imprese (sottoposti alla disciplina del Codice del Commercio); 2) i contratti tra privati (sottoposti alla disciplina del codice civile). Con l'entrata in vigore del Codice del 1942 si era proceduto ad unificare le due tipologie in un'unica categoria: il contratto *ex art. 1321 c.c.*⁴⁴². L'epoca attuale si caratterizza per registrare, invece, una nuova frammentazione della categoria del contratto.

Il fenomeno della globalizzazione del mercato ha portato, nel tempo, a ritenere progressivamente sempre più inadeguate le categorie del diritto civile tradizionale, compresa quella tradizionale categoria di contratto⁴⁴³, potendosi distinguere tra contratto tra privati, contratto dei consumatori, contratto tra imprese, (da alcuni anche definito "terzo contratto") e, secondo alcuni, il contratto imposto dalle multinazionali alle imprese e ai consumatori⁴⁴⁴.

La tematica delle clausole generali assume un ruolo di primo rilievo con riguardo all'auspicata elaborazione di un codice civile europeo.

Nel tempo si sono susseguiti numerosi progetti di codice civile europeo che hanno in comune la caratteristica di possedere un elevato numero di clausole

⁴⁴² Il fenomeno anzidetto è noto come "commercializzazione del diritto privato".

⁴⁴³ Cfr. SPOTO, *Contratto e potere correttivo del giudice*, cit. p. 273, secondo cui ci stiamo avviando verso un abbandono del contratto inteso come affare tra privati, in quanto funzionale agli interessi del mercato: «l'asse di tutela non pende più a favore del diritto soggettivo ma delle esigenze del mercato». Ne consegue, all'attribuzione al giudice di un ruolo di primo rilievo sebbene, tuttavia, «la funzione giudiziaria appare strutturalmente inadeguata al compito che le nuove fonti del diritto sembrano attribuirgli, in quanto l'esercizio del potere giudiziario non è direttamente programmato per verificare il rapporto che sussiste tra autonomia e ordinamento». La ragione è data dal fatto che il giudice conosce del contratto solo al momento dell'insorgere di una controversia tra le parti e non prima. Dunque, per quanto il potere eteronomo del giudice possa essere ampliato apparirà sempre inidoneo alla tutela dell'interesse del mercato e, di contro, apparirà invasivo per la libertà contrattuale che vede nel contratto, ancor prima di una fonte delle obbligazioni, un accordo sociale.

⁴⁴⁴ Peraltro, giova ricordare come la categoria unificante di contratto con asimmetria di potere contrattuale è da attribuire a ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, cit., p. 769.

generali, al punto da mettere in dubbio la possibilità di rendere effettivamente realizzabile un processo di armonizzazione⁴⁴⁵.

In particolare, un numero massiccio di clausole generali ricorre nei progetti di armonizzazione del diritto privato europeo: a titolo esemplificativo, si possono richiamare le clausole dell'accordo sufficiente, prevista all'interno dei PDEC, e la clausola della "*gross disparity*", prevista all'interno dei Principi UNIDROID.

Orbene, è noto come l'assiduo ricorso ad esse sia finalizzato a superare le divergenze connesse alle diverse tradizioni giuridiche degli Stati Membri, così preparando il terreno a un dialogo tra i medesimi.

Tuttavia l'indeterminatezza che caratterizza le clausole generali finisce per produrre l'effetto opposto. Infatti ogni Stato cercherà di modellare l'indeterminatezza che caratterizza le clausole generali alle peculiarità del proprio contesto economico-sociale⁴⁴⁶.

Un elevato numero di clausole generali sono presenti anche all'interno delle Direttive Europee.

Tra queste, la clausola generale a cui, spesso, si è ricorso per la realizzazione di obiettivi di armonizzazione è stata la buona fede⁴⁴⁷. Peraltro, al riguardo, la buona fede è stata al centro di un fervente dibattito in dottrina con riguardo alla Direttiva sulle clausole abusive del 1976 (poi sostituita dalla Direttiva 93/13 abrogata, poi, dalla Direttiva 83/2011) che impernia il giudizio di vessatorietà su detta clausola generale.

Ecco, è noto che la buona fede può essere intesa sia in senso oggettivo sia in senso soggettivo⁴⁴⁸. Gli Stati Membri hanno interpretato la clausola generale anzidetta in modo differente tra di loro, avendo alcuni Stati (Germania e Regno Unito) accolto una nozione oggettiva di buona fede, altri (tra cui l'Italia) avendo

⁴⁴⁵ Anzi, il ricorso alle clausole generali produce come effetto solo «un'illusione di armonizzazione»: PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 69.

⁴⁴⁶ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁴⁷ Sul punto si rinvia a CRUCIANI, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 473, secondo il quale, tuttavia, «il ricorso a queste nozioni nella stesura delle principali direttive a protezione del consumatore non deve ingannare» in quanto sono inadeguate a svolgere quella funzione sociale del diritto privato in quanto il contesto di neo-formalismo in cui vivono porta l'interprete a considerarle lettera morta.

⁴⁴⁸ Come noto, la buona fede soggettiva consiste in uno stato psicologico: ossia l'ignoranza di ledere un altrui diritto (ad esempio, è richiamata all'art. 1147 c.c.); la buona fede oggettiva è un canone che deve ispirare la condotta delle parti nell'ambito di un rapporto obbligatorio (artt. 1175, 1337, 1375, 1366 c.c.).

accolto, almeno *prima facie*, una nozione soggettiva di buona fede. Infatti, l'art. 33, comma 1 Codice del Consumo prevede che «Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, *malgrado la buona fede*, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto». È stato detto, al riguardo, e così appare orientata la dottrina, ormai pressoché pacificamente, che siffatto recepimento è dovuto ad una svista del Legislatore e che la buona fede deve interpretarsi in senso oggettivo, a pena di inutilità della disposizione.

Con l'esempio riportato si intende porre l'attenzione sulla circostanza che, pur essendo la buona fede una clausola generale ben nota agli Stati Membri, ragion per cui sembrava possibile (apparentemente) il suo atteggiarsi a punto di incontro tra ordinamenti nazionali diversi, di fatto così non è stato. Anzi proprio l'indeterminatezza della clausola ha condotto, in sede di recepimento, a delle letture discrepanti della stessa, in senso antitetico all'obiettivo di integrazione europea.

9. Segue. Questioni di competenza tra giudice europeo e giudice nazionale

Con riguardo all'attività interpretativa delle clausole generali "europee" si è posto il problema di comprendere se la concretizzazione che essa richiede sia attività rientrante nella competenza della Corte Europea di Giustizia o se, invece, ricada nelle competenze del giudice nazionale⁴⁴⁹.

In dottrina, si riscontrano posizioni molto divergenti tra loro, essendovi chi, sulla premessa che la concretizzazione sia attività che vada ben oltre la normale esegesi di una norma, dubita della possibilità di demandare tale attività alla Corte Europea di Giustizia, essendo il giudice nazionale colui che meglio conosce le specificità delle tradizioni giuridiche del proprio Stato e che, tra tutti, è il più idoneo ad applicare efficacemente il metodo della precomprensione⁴⁵⁰.

Del resto, l'attività di concretizzazione che richiede l'interpretazione delle clausole generali non è propriamente esegetica in quanto mira all'elaborazione della regola del caso concreto, mentre il compito della Corte Europea di Giustizia è,

⁴⁴⁹ Invece, in generale, con riguardo al rapporto tra Corte di Giustizia e giudici nazionali in materia di interpretazione della normativa europea si rinvia a JOERGES, *Il ruolo interpretativo della Corte di Giustizia e la sua interazione con le corti nazionali nel processo di europeizzazione del diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, II, p. 288.

⁴⁵⁰ Con riguardo al c.d. "metodo della precomprensione" si rinvia al Capitolo 2, Sez I, Parag. 2.

essenzialmente, quello di verificare se una determinata normativa nazionale osti o meno con il quadro normativo comunitario.

Secondo altri, non è dato tracciare, sotto il profilo dell'interpretazione rimessa alla Corte Europea di Giustizia, alcuna divergenza tra norme a fattispecie e norme contenenti clausole generali, l'interpretazione delle quali, senza distinzioni, è rimessa alla competenza della Corte Europea di Giustizia ai sensi dell'art. 234 TUE. L'obiettivo è assicurare, sotto il profilo del diritto applicato, un'armonizzazione del diritto privato europeo, mediante l'elaborazione di regole vincolanti, finalizzate a offrire ai giudici nazionali soluzioni univoche in merito a problemi che caratterizzano il quotidiano⁴⁵¹. In questo modo, si è ammessa l'elaborazione di regole vincolanti, di direttive di massima estratte dalle clausole generali dai giudici nazionali (es. mediante la tecnica dei *Fallkruppen*).

Tale *modus procedendi* appare condivisibile perché contribuirebbe in modo decisivo a preparare il terreno per l'elaborazione di un codice civile europeo, in quanto costituirebbe uno stimolo alla elaborazione di quel substrato culturale comune, preludio alla successiva formazione di una prassi giurisprudenziale comune. L'impostazione enunciata ha, tuttavia, un punto critico. Infatti, finisce per attribuire un ruolo centrale nel processo di armonizzazione alla Corte Europea di Giustizia, il che solleva un *problema di compatibilità con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 Trattato*.

Secondo un'ulteriore proposta di lettura, ai fini dell'individuazione del soggetto competente alla concretizzazione della clausola generale, occorre distinguere a seconda che le clausole generali siano contenute in Direttive ovvero in Regolamenti⁴⁵².

Nel caso in cui le clausole generali siano contenute in *Regolamenti europei*, la presenza di una clausola generale non solleva alcun problema di attuazione, essendo il Regolamento europeo "*self executing*", ossia immediatamente efficace e, quindi, direttamente applicabile⁴⁵³. Certo, pur essendo la clausola generale ivi contenuta immediatamente efficace, si porranno dei problemi interpretativi rispetto alla medesima consistenti nella necessità di procedere ad una sua concretizzazione

⁴⁵¹ Cfr. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 73.

⁴⁵² Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁵³ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 74.

rispetto a determinati casi concreti. In questo caso, potrebbe apparire opportuno rimettere la concretizzazione della clausola generale alla Corte Europea di Giustizia⁴⁵⁴.

Analogamente si può ritenere con riguardo alle clausole generali contenute nelle *direttive c.d. dettagliate* che, al pari dei regolamenti, non necessitano di essere recepite. Anche in questo caso, è preferibile riconoscere una competenza alla concretizzazione della clausola generale alla Corte Europea di Giustizia al fine di rendere effettivo l'obiettivo di armonizzazione eventualmente frustrato dagli Stati Membri.

Nel caso in cui la clausola generale sia contenuta in una *Direttiva Europea* (non dettagliata) la questione cambia. Essa non è "*self executing*" e, dunque, si pone (più di quanto avvenga per il Regolamento o per la Direttiva dettagliata) il problema dell'individuazione dell'organo giudicante chiamato a procedere alla sua concretizzazione, posto che lo Stato Membro è chiamato al recepimento della Direttiva secondo modalità che ritiene preferibili, fermo restando il vincolo di scopo.

Secondo una tesi, qualora le clausole generali siano contenute in Direttive Europee poi recepite nell'ordinamento interno sarà il giudice nazionale a procedere alla sua concretizzazione, adattandola alla specificità del proprio ordinamento. Diversamente ragionando, ossia riconoscendo alla Corte Europea di Giustizia siffatta competenza, si entrerebbe in contraddizione con la natura stessa della Direttiva europea che - a differenza del Regolamento - mira a lasciare agli ordinamenti nazionali una certa discrezionalità, pur in conformità al vincolo di scopo previsto dall'ordinamento europeo⁴⁵⁵. Un'opposta ricostruzione è nel senso che tale competenza è da riconoscere alla Corte Europea di Giustizia, soprattutto in quei casi in cui gli Stati si siano limitati a tradurre nella propria lingua nazionale la normativa europea senza coordinarla con la disciplina preesistente, così producendo dei difetti di coordinamento della clausola generale⁴⁵⁶. Peraltro si nota come la premessa di questa ricostruzione sia una *visione negativa* delle sue "proprietà" armonizzanti, considerate insufficienti *ex se* a garantire il perseguimento di obiettivi di armonizzazione.

⁴⁵⁴ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 74.

⁴⁵⁵ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁵⁶ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 74.

Secondo un'ulteriore impostazione, che si potrebbe definire *mediana*, pur riconoscendo la competenza ai giudici nazionali, ciò nondimeno occorre distinguere a seconda che la clausola generale sia di nuovo conio e, quindi, di matrice europea ovvero sia "familiare" alle tradizioni giuridiche degli Stati Membri⁴⁵⁷. In quest'ultima ipotesi, non vi sono dubbi che il giudice nazionale sia il soggetto chiamato a procedere all'attività di concretizzazione delle clausole generali. Viceversa nel primo caso, dovrebbe affermarsi una competenza concorrente tra giudice nazionale e Corte Europea di Giustizia, non potendosi trascurare che la Corte Europea di giustizia sia il soggetto più indicato ad applicare i principi europei per l'interpretazione di una clausola generale promanante dallo stesso ordinamento comunitario⁴⁵⁸.

Nell'ambito di quest'ultima ipotesi si potrebbe ipotizzare l'applicazione della tecnica del *Fallkruppen*⁴⁵⁹ che, nel concorso di competenza tra Corte Europea di Giustizia e giudice nazionale, finirebbe per articolarsi in due fasi:

1) in una prima fase, la clausola generale "comunitaria" verrebbe "scomposta" dal giudice comunitario in regole "tipizzate" elaborate in relazione alle norme sociali di condotta, che a loro volta sono costruite intorno ai c.d. "valori assiologici";

2) in un secondo momento, tali regole tipizzate verrebbero applicate dal giudice nazionale alla fattispecie sottoposta al suo sindacato, valutando, altresì, le specificità dell'ordinamento nazionale di appartenenza. Nel caso in cui la norma tipizzata non avesse spazio operativo nell'ordinamento interno l'indeterminatezza della clausola generale consentirebbe, comunque, al giudice interno di individuare una regola "nuova", come si è già illustrato per le clausole generali interne, salvo poi sottoporla al vaglio della Corte Europea di Giustizia per il tramite della pregiudiziale comunitaria.

Conseguentemente, posta l'esistenza di qualche margine di manovra del giudice nazionale, solo apparentemente si configura un rapporto gerarchico tra giudice nazionale e Corte Europea di Giustizia, in cui l'attività del primo è subordinata all'attività della seconda.

In realtà, la questione se sia preferibile una concretizzazione delle clausole generali da parte del giudice nazionale ovvero da parte della Corte Europea di

⁴⁵⁷ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 76.

⁴⁵⁸ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 76-77.

⁴⁵⁹ Cfr. PATTI, *op. cit.*, p. 77.

Giustizia, altro non esprime che il problema dell'opportunità di optare per un'armonizzazione in senso debole ovvero in senso forte⁴⁶⁰.

Un'armonizzazione in senso forte porta ad attribuire l'attività di concretizzazione della clausola generale alla Corte Europea di Giustizia⁴⁶¹. Un'armonizzazione in senso debole postula un incisivo potere del giudice nazionale. Attualmente è difficile affermare la prevalenza dell'uno o dell'altro modello⁴⁶².

Tanto premesso, occorre comprendere quale sia, tra quelle individuate, la soluzione più coerente con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 del Trattato.

In base a tale principio, si ritiene che la concretizzazione delle clausole generali deve essere lasciata alla competenza degli Stati⁴⁶³, potendo il giudice comunitario intervenire solo in un secondo momento al fine di valutare la compatibilità della normativa nazionale con quella comunitaria e, quindi, di verificare se la stessa sia coerente con gli obiettivi e le ratio sottesi alla Direttiva Europea.

10. I ritardi nelle transazioni commerciali. Questioni di ortopedia giudiziale

L'Unione Europea, per il tramite di alcuni interventi comunitari rappresentati dalla Direttiva europea 35/2000, poi abrogata e sostituita dalla Direttiva 7/2011, ha dato avvio ad una lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, rispettivamente recepite dall'ordinamento italiano con il d. lgs 231/2002 e con il d.lgs. 192/2012.

⁴⁶⁰ Cfr. SPOTO, *Contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 258.

⁴⁶¹ Ancora, SPOTO, *op. cit.*, p. 258. Tuttavia, secondo un'altra tesi, il riconoscimento di una competenza alla Corte di Giustizia non comporta mai un'armonizzazione in senso forte, in quanto essa tende ad evitare di far uso delle clausole generali nelle proprie motivazioni e quando vi procede utilizza estrema cautela ricorrendovi solo in esito ad un metodo decisionale, chiamato "interactive adjudication", che si esprime in un "dialogo" con le corti nazionali, sempre tenendo conto complessivamente delle diverse tradizioni giuridiche: ad esempio, poiché l'abuso del diritto è una clausola generale ignota al sistema di *common law*, e poiché non esiste una definizione della medesima nel diritto europeo, la Corte di Lussemburgo ne ha individuato un significato lontano da quello tradizionalmente riconosciuto alla nostra tradizione sovrapponendolo a quello del divieto di *venire contra factum proprium*, noto al sistema inglese (il c.d. principio dell'*estoppel*). Peraltro, tale dottrina osserva che tale resistenza spiegherebbe il raro impiego della clausola della buona fede, sconosciuta nel sistema inglese: Cfr. CRUCIANI, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, cit., p. 489-493.

⁴⁶² Cfr. SPOTO, *Contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 258. Vero è che con la nota pronuncia "La Pergola" (CORTE COST., 5 Giugno 1984, n. 170) si è sancita, a livello interno, la primazia del diritto comunitario, con conseguente affermazione della disapplicazione della norma interna confliggente con la norma comunitaria, ma non pare che tale principio possa ritenersi applicabile anche alle norme che contengono clausole generali, aderendosi agli orientamenti della Corte Europea di Giustizia.

⁴⁶³ È vero che pubblica amministrazione, giudice e legislatore sono tutti «potenziali recettori interni» delle Direttive Europee, sebbene in base a livelli distinti. Cfr. SPOTO, *op. cit.*, p. 258.

La prima Direttiva non aveva dato i risultati sperati e, pertanto, con una seconda Direttiva si erano apportati dei correttivi che avrebbero tenuto conto della *natura* diversa dei soggetti coinvolti in transazioni commerciali. Così, veniva stabilito un duplice regime derogatorio a seconda che le parti fossero state entrambe imprese ovvero impresa e pubblica amministrazione.

L'obiettivo era (ed è) proteggere l'impresa, soprattutto quella medio e piccola, dagli abusi della libertà contrattuale o di altra impresa o della pubblica amministrazione che si traducano, per l'appunto, in una dilazione, pattiziamente convenuta con l'inserimento di un'apposita clausola *ad hoc*, dei termini di pagamento. Sullo sfondo, l'influenza della concezione dell'ordoliberalismo, che mira all'elaborazione di contratti efficienti, in prospettiva della realizzazione di un mercato perfettamente concorrenziale.

Infatti, i ritardi nei pagamenti nel commercio transfrontaliero costituiscono un importante deterrente nello sviluppo di una coesione economica europea, in relazione ai potenziali effetti dei dissesti a catena che può provocare nei singoli casi e, su larga scala, in relazione alle distorsioni della concorrenza, incidendo sul buon funzionamento del mercato e dissuadendo determinati operatori a svolgere le proprie attività in tutti quegli Stati dove i termini di pagamento sono eccessivamente lunghi o comunque assai distanti dalla media comunitaria⁴⁶⁴.

Con riguardo alla disciplina nazionale di recepimento della Direttiva, si osserva come i termini di pagamento sono indicati all'art. 4 d. lgs. 231/2002, come modificato dal d. lgs. 192/2012, e il loro mancato rispetto determina la decorrenza automatica degli interessi moratori, senza necessità di una previa costituzione in mora (opera la c.d. costituzione in mora *ex re*). Tali interessi moratori sono computati in base ad un saggio d'interesse che è pari «al saggio di interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più

⁴⁶⁴ Considerando n. 8, 9, 10 della Direttiva Europea 35/2000. *Considerando 8*: In alcuni Stati membri i termini contrattuali di pagamento differiscono notevolmente dalla media comunitaria. *Considerando 9*: Le differenze tra le norme in tema di pagamento e le prassi seguite negli Stati membri costituiscono un ostacolo al buon funzionamento del mercato interno. *Considerando 10*: Tale situazione limita notevolmente le transazioni commerciali tra gli Stati membri, ciò contrasta con l'articolo 14 del Trattato, secondo il quale gli operatori economici dovrebbero essere in grado di svolgere le proprie attività in tutto il mercato interno in condizioni che garantiscano che le operazioni transfrontaliere non comportino rischi maggiori di quelle interne. L'applicazione di norme sostanzialmente diverse alle operazioni interne e a quelle transfrontaliere comporterebbe la creazione di distorsioni della concorrenza.

recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali» (art. 5, co. 1° d.lgs. 231/2002).

Il nodo cruciale inerente il quadro normativo in esame attiene precisamente alla *derogabilità del termine di pagamento* ad opera delle parti.

Premesso che la legge attribuisce tale facoltà alle parti seppur a differenti condizioni a seconda della rispettiva natura soggettiva (impresa privata o pubblica), la derogabilità incontra il limite della "*grave iniquità*" in pregiudizio della parte creditrice.

In base al Considerando n. 19 della prima Direttiva si configurano delle ipotesi di iniquità con conseguente squilibrio contrattuale in danno del creditore le seguenti:

1) quando l'accordo in deroga alla disciplina legale abbia l'obiettivo di «procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore»;

2) quando «l'appaltatore imponga ai propri fornitori o subappaltatori termini di pagamento ingiustificati rispetto ai termini di pagamento ad essi concessi».

Come poc'anzi accennato i termini di pagamento divergono a seconda che il soggetto debitore sia un'impresa privata ovvero la pubblica amministrazione.

Ai sensi del *nuovo* art. 4 d. lgs 231/2002:

1) nel caso di transazioni commerciali tra imprese private, il termine di pagamento è pari a 30 giorni. Il termine è derogabile e può essere stabilito un termine superiore ai 30 giorni (fino ai 60 giorni) senza l'espletamento di particolari formalità. Tuttavia, nel caso in cui il medesimo superi i 60 giorni è necessario uno specifico patto con il quale le parti espressamente e inequivocabilmente si dichiarano favorevoli alla deroga del termine legale⁴⁶⁵.

2) Viceversa, laddove le transazioni commerciali coinvolgano un'impresa privata e la pubblica amministrazione, la derogabilità del termine di 30 giorni è soggetta a regole più restrittive in quanto *i)* è necessario un patto scritto per ogni deroga del termine (dunque, anche per quelle contenute nel limite dei 60 giorni); *ii)* contenuto del patto deve evidenziare la volontà esplicita delle parti di derogare (il riferimento è soprattutto alla parte creditrice); *iii)* deve essere giustificato da almeno

⁴⁶⁵ Quindi, al di là del fatto che il patto deve presentare una forma scritta, dalla previsione normativa testè e dall'avverbio "espressamente" *ivi* indicato sembra evincersi la necessità di un inequivocabile ed esplicito consenso, non essendo sufficienti la riproduzione di formule di stile con le quali si rinvia alla prassi commerciale.

uno dei seguenti parametri: natura o oggetto del contratto ovvero circostanze (in realtà, non meglio precisate dal legislatore) esistenti al momento della conclusione del contratto.

Ai fini della valutazione della grave iniquità il legislatore ha previsto dei *parametri* di cui l'organo giudicante può avvalersi nell'esercizio del potere correttivo del contratto.

In questa sede, è interessante analizzare detti parametri per il tramite dei quali il giudice valuta la grave iniquità della clausola che deroga al termine legale di pagamento per poi comprendere la portata incisiva del sindacato giudiziale sulla libertà contrattuale e in cosa concretamente consista, in ragione anche dell'intervenuta modifica dell'art. 7 da parte dell'art. 1, co. 2, lett g) d.lgs 192/2012.

L'attribuzione all'organo giurisdizionale di un *potere correttivo* è sancita dall'art. 7 d.lgs 231/2002. Tuttavia si discute, in dottrina, se il potere correttivo ivi disciplinato configuri una tecnica di amputazione pura dell'autonomia privata ovvero di integrazione dispositiva ovvero di correzione giudiziale⁴⁶⁶.

In base alla *vecchia* formulazione dell'art. 7 il giudice, anche d'ufficio, avrebbe potuto dichiarare la nullità dell'accordo, tenuto conto dell'*interesse del creditore*, della *corretta prassi commerciale* e di *altre circostanze* e, quindi, correggere il suo contenuto, applicando i termini legali ovvero *modificandoli in via equitativa*⁴⁶⁷. La nullità dell'accordo, qualificata dalla dottrina prevalente come "nullità di protezione", in relazione alla possibilità del rilievo officioso riconosciuto al giudice, era il risultato di un'attività pressoché *discrezionale* del giudice. Infatti, ai fini della valutazione della grave iniquità del patto, egli avrebbe potuto avvalersi di parametri indeterminati come possono ritenersi «la corretta prassi commerciale», «la natura

⁴⁶⁶ Cfr. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi dei pagamenti: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contr.*, 2013, p. 406.

⁴⁶⁷ Di seguito il vecchio testo dell'art. 7, d. lgs 231/2002: (Nullità). - 1. L'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore. 2. Si considera, in particolare, gravemente iniquo l'accordo che, senza essere giustificato da ragioni oggettive, abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, ovvero l'accordo con il quale l'appaltatore o il subfornitore principale imponga ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi. 3. Il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo.

della merce o dei servizi», «la condizione dei contraenti», «ogni altra circostanza». Conseguentemente, la formulazione della norma aveva destato molte critiche, in quanto il rimedio della nullità appariva una mera parvenza dietro la quale si celava un elevato potere correttivo del giudice, posto che d'ufficio avrebbe potuto non solo dichiarare la nullità del patto ma, altresì, *modificare* il contenuto del contratto⁴⁶⁸.

Come poc'anzi accennato, tale articolo è stato novellato con la riforma del 2012, che ha circoscritto il sindacato giudiziale sulla grave iniquità del patto derogatorio del termine legale di pagamento, eliminando la possibilità di un potere modificativo e prevedendo la sostituzione del termine convenuto con quello di fonte legale ai sensi degli artt. 1339 e 1419 c.c. Inoltre, il parametro della «correttezza della prassi commerciale» è stato sostituito con quello del «grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza»⁴⁶⁹.

In questo nuovo contesto, si paventa un'applicazione della clausola generale della buona fede secondo un modello di tipo formalistico, posto che l'interprete per valutare se il termine pattiziamente convenuto sia rispettoso della stessa dovrà tener conto di un dato oggettivo: la prassi commerciale.

In altri termini, non ogni patto derogatorio è illecito - sebbene la deroga in quanto tale faccia scattare in ogni caso un campanello d'allarme - ma solo quello che sia irragionevole e che, quindi, si traduca in un grave svantaggio per il creditore⁴⁷⁰. In

⁴⁶⁸ Tra coloro che si erano espressi in senso negativo in relazione alla previsione normativa citata si ricorda CUFFARO, *La disciplina dei pagamenti commerciali*, Milano, 2004.

⁴⁶⁹ Il nuovo testo dell'art. 7 successivamente alla modifica del d.lgs 192/2012, (Nullità). - 1. Le clausole relative al termine di pagamento, al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero, a qualunque titolo previste o introdotte nel contratto, sono nulle quando risultano gravemente inique in danno del creditore. Si applicano gli articoli 1339 e 1419, comma 2°, del cod. civ. 2. Il giudice dichiara, anche d'ufficio, la nullità della clausola avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero. 3. Si considera gravemente iniqua la clausola che esclude l'applicazione di interessi di mora. Non è ammessa prova contraria. 4. Si presume che sia gravemente iniqua la clausola che esclude il risarcimento per i costi di recupero di cui all'articolo 6. 5. Nelle transazioni commerciali in cui il debitore è una pubblica amministrazione è nulla la clausola avente ad oggetto la predeterminazione o la modifica della data di ricevimento della fattura. La nullità è dichiarata d'ufficio dal giudice.

⁴⁷⁰ Cfr. BENEDETTI, GRONDONA, *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento. Art. 7 d. lgs 192/2012*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, V, p. 1088. In questo contesto la buona fede sembra essere sovrapposta concettualmente alla ragionevolezza, in quanto un termine di pagamento più lungo (irragionevole) di quello praticato usualmente nei rapporti commerciali del settore è in contrasto con la buona fede. Tuttavia, è da scartare questa opzione, in quanto dietro un termine "irragionevole" possono esservi circostanze oggettive che "impongono" alle parti di discostarsi dalla prassi commerciale (dunque, rispettando la buona fede), nell'esercizio della propria libertà contrattuale. Del resto, solo la fissazione di un termine irragionevole e

tal senso, appare opportuno legger il riferimento alla clausola «buona fede e correttezza» come «correttezza professionale»⁴⁷¹.

Se ne ricava che l'intervento del giudice non risponde tanto ad una funzione di integrazione del contratto causata dalla presenza di una lacuna (fisiologica) presente nel suo contenuto quanto ad una funzione di «ortopedia giudiziale» tesa a porre rimedio al difetto, alla lacuna patologica del contratto, coerentemente con la concezione ordoliberalista⁴⁷². Quindi, dalla nullità virtuale di protezione si è passati ad una nullità testuale parziale e il potere di controllo del giudice sul contenuto del contratto è stato incisivamente arginato, in quanto limitato alla previsione del termine di pagamento (o potendo solo limitarsi a reintrodurre il termine legale).⁴⁷³ Con esso, anche i presupposti appaiono più definiti rispetto alla precedente normativa.

Peraltro, il richiamo all'art. 1339 c.c. presuppone l'operare dell'integrazione cogente del contratto in relazione alle norme imperative di legge e solleva il problema della *natura* delle norme di cui all'art. 4 d. lgs. 231/2002 che prevedono i termini di pagamento⁴⁷⁴. Infatti, la facoltà per le parti di derogarvi porta a qualificare tali norme come aventi natura dispositiva.

In realtà, si preferisce ritenere che si tratta di "norme *semi-dispositive*" ossia di norme rispetto alle quali opera una «deroga funzionalmente orientata»⁴⁷⁵. In particolare la deroga è sottoposta a un "*test di ragionevolezza*" tramite la clausola

oggettivamente ingiustificato porta alla integrazione del termine "legale".

⁴⁷¹ Cfr. BENEDETTI, GRONDONA, *op. cit.*, p. 1089. Per quanto concerne il richiamo alla "correttezza professionale", la stessa è venuta in rilievo nei rapporti tra imprese con riguardo alla legge sulla concorrenza.

⁴⁷² Cfr. BENEDETTI, GRONDONA, *op. cit.*, p. 1090.

⁴⁷³ Cfr. SPOTO, *I ritardi nei pagamenti commerciali. Commento al D. lgs 231/2002 come modificato dal d. lgs 192/2012*, in *Giust. civ.*, 2013, VII-VIII, p. 308, secondo il quale non si tratterebbe di una «nullità virtuale relativa di protezione, ma di una nullità testuale parziale con inserzione automatica di clausole *ex lege*».

⁴⁷⁴ Cfr. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi dei pagamenti: il segmentarsi dei rimedi*, cit., p. 417: «Qui infatti, in estrema sintesi, avremmo una riduzione conservativa che si pone *accanto* al diritto dispositivo ed operante in presenza di circostanze specifiche indefettibili». In realtà, certamente si tratta di parametri più precisi di quelli risultanti dalla vecchia formulazione, ma la prassi commerciale è lontana dal costituire, a parere di chi scrive, un parametro indefettibile, anche se non può negarsi come la correzione giudiziale, in tal caso, sarebbe pur sempre ispirata alla logica del mercato (o meglio alla logica «del mercato secondo il mercato»: MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, p. 601).

⁴⁷⁵ Di «deroga funzionalmente orientata» parlano BENEDETTI, GRONDONA, *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento. Art. 7 d. lgs 192/2012*, cit., p. 1080. Si è anche detto che forse una opzione di politica del diritto più efficace ai fini del perseguimento dei fini della Direttiva avrebbe potuto essere quella di prevedere un'inderogabilità assoluta e, quindi, sancire la natura imperativa delle norme anzidette.

della buona fede, allo scopo di saggiarne il (possibile) carattere gravemente iniquo per il creditore⁴⁷⁶.

Se non supera il *test*, in quanto costituisce il risultato di un abuso della libertà contrattuale contrario a buona fede, viene rimossa dal giudice con conseguente riespansione dei termini legali di pagamento. Quindi, per rispondere al quesito iniziale, sembrerebbe che il giudice si avvalga di una mera *tecnica di amputazione dell'autonomia privata*.

Resta il dubbio se il giudice possa, in determinati casi, prevedere un termine diverso da quello legalmente stabilito. In senso favorevole si è obiettato che anche una tecnica di correzione per sottrazione costituisce, in finale, una forma di integrazione giudiziale⁴⁷⁷. In realtà, questa opzione ermeneutica appare "forzare" il dato letterale posto che il richiamo all'art. 1339 c.c. non sembra lasciare margini di manovra ad integrazioni giudiziali diverse da quella cogente⁴⁷⁸. Peraltro, la suddetta opzione ermeneutica appare in linea anche con le recenti determinazioni della Corte Europea di Giustizia⁴⁷⁹.

11. Segue. La sostituzione del termine iniquo nella giurisprudenza europea

Occorre soffermare l'attenzione, dunque, sui recenti sviluppi dell'impostazione della Corte Europea di Giustizia in tema di integrazione giudiziale del contratto.

Il sistema giuridico comunitario ha una struttura «multidirezionale», in quanto i destinatari delle norme sono soggetti che variano, in funzione della tipologia di norma: non costituisce, dunque, un «sistema statico», accostandosi più ad una «figura geometrica con perimetro variabile»⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ Cfr. BENEDETTI, GRONDONA, *op. cit.*, p. 1093: «Perché, intanto, non si può dimenticare un punto di partenza che sembra fondamentale per comprendere i termini del problema: che l'autonomia privata, nella nuova come nella vecchia disciplina sui ritardi di pagamento, può apportare deroghe alla disciplina legale, con il solo limite dell'abuso contrario a buona fede».

⁴⁷⁷ Cfr. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 707. In tal senso anche PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi dei pagamenti: il segmentarsi dei rimedi*, cit., p. 407, secondo il quale «una nuda espunzione» ad opera del giudice «non esiste». «Quando infatti il legislatore, come nel caso dell'art. 1815 comma 2° c.c., sancisce che nulla è dovuto, in realtà un'integrazione opera: epperò per il tramite di norme imperative di sostituzione speciale, alternative alle regole di una integrazione ex art. 1374 c.c.».

⁴⁷⁸ In senso critico mi pare si esprima anche BENEDETTI, GRONDONA, *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento. Art. 7 d. lgs 192/2012*, cit., p., 1093.

⁴⁷⁹ CORTE GIUST. UE, 14 giugno 2012, in causa 618-2010, (*Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*); CORTE GIUST. UE, 30 maggio 2013, in causa-488/2011, (*Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito contro Jahani BV*).

⁴⁸⁰ Cfr. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea (Principi e*

Il giudice di Lussemburgo si è occupato dell'integrazione giudiziale con riguardo al giudizio di vessatorietà delle clausole dei contratti dei consumatori⁴⁸¹. Tale giudizio postula, ai sensi dell'art. 33 cod. cons., una valutazione di vessatorietà della clausola abusiva per il tramite della clausola della buona fede.

La vessatorietà si traduce, come noto, in un significativo squilibrio tra le parti, da intendersi in senso normativo, in relazione ai diritti e agli obblighi facenti capo

problemi della Drittwirkung nel mercato unico), in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 712 e in www.judicium.it, p. 2: «l'interazione tra regole si pone all'esito del percorso ermeneutico e si ridefinisce costantemente – come in un ideale caleidoscopio – per effetto del concorso tra fonti, amministrato e conteso tra il ruolo additivo della Corte europea di giustizia e la competenza decentrata delle corti nazionali, che operano quali giudici 'delegati' nell'attuazione del diritto europeo». L'Autore ritiene non corretto procedere ad una qualificazione del rapporto tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale sulla base di un modello statutale del '900, fondato sul concetto di sovranità e di imperio e suggerisce di qualificarlo in termini di integrazione tra «una pluralità di ordinamenti nazionali che si 'aprono' e concorrono alla formazione d'un unico spazio giuridico».

⁴⁸¹ L'intervento del giudice sul contenuto del contratto si è manifestato anche "per sottrazione", ossia per il tramite del rilievo officioso di nullità che affliggevano il contratto. Sul punto, si rinvia a: PAGLIANTINI, *Nuovi profili del diritto dei contratti*, Torino, 2014; MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.* 1990, p. 701. Con riguardo al giudice europeo si rinvia a: PESCE, *Il giudice "a quo" come tutore del consumatore*, in *Riv. dir. pubb. comp. eur.*, 2007, I, p. 433; SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità. Clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2016 p. 249; SENIGAGLIA, *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, p. 235. L'Autore ha considerato, nell'ambito del rapporto tra nullità di protezione e nullità codicistica, i profili processuali che caratterizzano la prima, con particolare riguardo alla rilevabilità d'ufficio. Al riguardo, egli ritiene che non sia un ostacolo l'assenza di una specifica domanda di parte purché il vizio di nullità emerga *de plano* degli atti del processo. Peraltro, si tratta di un indirizzo interpretativo che si allinea a quello della Corte Europea di Giustizia che sostiene l'obbligo per il giudice di rilevare *ex officio* l'abusività della clausola (CORTE GIUST. UE, 21 febbraio 2013 - C-472/11). Tale indirizzo interpretativo sembra, altresì, viaggiare in parallelo con quello della giurisprudenza interna relativo alla nullità codicistica. Infatti, la Cassazione, nella sua massima composizione, ha sostenuto che: «7. I POTERI DEL GIUDICE NELLE AZIONI DI IMPUGNATIVA NEGOZIALE. 7.1. I rapporti tra nullità negoziale ed impugnative contrattuali vanno così sintetizzati: 1) Il giudice ha l'obbligo di RILEVARE sempre una causa di nullità negoziale; 2) Il giudice, dopo averla rilevata, ha la facoltà di DICHIARARE nel provvedimento decisorio sul merito la nullità del negozio (salvo i casi di nullità speciali o di protezione rilevati e indicati alla parte interessata senza che questa manifesti interesse alla dichiarazione), e RIGETTARE LA DOMANDA - di adempimento, risoluzione, annullamento, rescissione -, specificando in motivazione che la *ratio decidendi* della pronuncia di rigetto è costituita dalla nullità del negozio, con una decisione che ha attitudine a divenire cosa giudicata in ordine alla nullità negoziale; 3) Il giudice deve RIGETTARE la domanda di adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento SENZA RILEVARE - NE' DICHIARARE - l'eventuale nullità, se fonda la decisione sulla base della individuata ragione più liquida: non essendo stato esaminato, neanche *incidenter tantum*, il tema della validità del negozio, non vi è alcuna questione circa (e non si forma alcun giudicato sulla nullità; 4) Il giudice DICHIARA LA NULLITÀ del negozio nel dispositivo della sentenza, dopo aver indicato come tema di prova la relativa questione, all'esito della eventuale domanda di accertamento (principale o incidentale) proposta da una delle parti, con effetto di giudicato in assenza di impugnazione; 5) Il giudice DICHIARA LA NULLITÀ del negozio nella motivazione della sentenza, dopo aver indicato come tema di prova la relativa questione, in mancanza di domanda di accertamento

alle medesime⁴⁸². Ne consegue che, coerentemente con il dato letterale di cui all'art. 34 cod. cons., è escluso un giudizio di vessatorietà avente ad oggetto la convenienza economica dell'affare, purché l'elemento del prezzo sia indicato in modo «chiaro e comprensibile».

In relazione all'utilizzo della clausola della buona fede nell'ordinamento italiano, come già anticipato, la dottrina maggioritaria è orientata nel senso di considerarla come buona fede oggettiva, sebbene una traduzione forse troppo fedele alla formulazione inglese dell'art. 3 della Direttiva 93/13 («*contrary to good faith*») ha lasciato dei dubbi, risolti, poi, dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Tuttavia se si guarda la giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia non appare chiaro se la stessa abbia manifestato un *favor* per la buona fede in senso oggettivo, ritenendo che il "malgrado" debba essere interpretato, ad esempio, come sinonimo di "a dispetto di"⁴⁸³. Nel "caso *Mohamed Aziz*" del 14 Marzo 2013 il giudice comunitario per misurare la contrarietà alla buona fede del comportamento del professionista ha valutato se, anche in presenza di un suo comportamento leale e corretto, il consumatore avrebbe accettato la clausola censurata di vessatorietà, così evocando l'idea di una *buona fede in senso soggettivo*. Orbene, è evidente come tale modo di procedere possa contribuire a destare ancora una certa confusione tra buona fede oggettiva e buona fede soggettiva.⁴⁸⁴

Negli ultimi anni, la Corte di Giustizia è stata chiamata a occuparsi, per effetto di rinvii pregiudiziali da parte di diversi Stati Membri, della questione concernente la possibilità per il giudice nazionale di integrare il contratto del consumatore, non solo rilevando *ex officio* la clausola abusiva ma, altresì, apportando dei *correttivi* al contratto.

(principale o incidentale) proposta da una delle parti, con effetto di giudicato in assenza di impugnazione; 6) In appello e in Cassazione, in caso di mancata rilevazione officiosa della nullità in primo grado, il giudice HA SEMPRE FACOLTA' DI RILEVARE D'UFFICIO LA NULLITA'». (CASS., sez. un., 12 Dicembre 2014, n. 26242, in *Riv. dir. proc.*, 2015, VI, p. 1560). Quindi, secondo tale indirizzo giurisprudenziale, la nullità di protezione e la nullità codicistica sono sempre oggetto di rilievo officioso.

⁴⁸² Il "significativo squilibrio di diritti ed obblighi" è considerato, da una parte della dottrina, come una clausola generale. V. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., p. 43.

⁴⁸³ Cfr. TROIANO, *La formula "significativo squilibrio malgrado la buona fede" quindici anni dopo: dalla Direttiva 93/13/CEE alla Proposta di Direttiva c.d. "orizzontale" sui diritti dei consumatori*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di RUSCELLO, Napoli, 2009, p. 383.

⁴⁸⁴ Cfr. DELLA NEGRA, *Il "Fairness test" sulle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, in *Contr.*, 2013, I, p. 1063.

Nel "caso *Banco Español de Crédito*" il giudice comunitario si era espresso negativamente, ritenendo che tale potere avrebbe finito per pregiudicare lo stesso consumatore in quanto l'inserimento di una clausola abusiva avrebbe costituito, nell'ottica del professionista, un costo transattivo ulteriore recuperabile nel caso di sua caducazione e conseguente ripristino di un «equilibrio reale» tra le parti *ope iudicis*⁴⁸⁵.

⁴⁸⁵ CORTE GIUST. UE, 14 giugno 2012, in causa C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*. Di seguito un passo della pronuncia: «61 Ciò posto, al fine di rispondere alla questione sollevata concernente le conseguenze che devono essere tratte dalla dichiarazione della natura abusiva di una clausola contrattuale, occorre fare riferimento sia al tenore letterale dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 sia agli obiettivi e all'economia generale di quest'ultima (v., in tal senso, sentenze del 3 settembre 2009, *AHP Manufacturing*, C-482/07, Racc. pag. I-7295, punto 27, e dell'8 dicembre 2011, *Merck Sharp & Dohme*, C-125/10, Racc. pag. I-12987, punto 29). 62 Per quanto riguarda il tenore letterale di detto articolo 6, paragrafo 1, occorre constatare, da un lato, che il primo periodo di tale disposizione, pur riconoscendo agli Stati membri un certo margine di autonomia per quanto riguarda la definizione della disciplina giuridica applicabile alle clausole abusive, impone nondimeno espressamente di prevedere che dette clausole «non vincol[ino] il consumatore». 63 In tale contesto, la Corte ha già avuto l'occasione di interpretare tale disposizione nel senso che incombe ai giudici nazionali che accertano la natura abusiva di clausole contrattuali trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore non sia vincolato da dette clausole (v. sentenza *Asturcom Telecomunicaciones*, cit., punto 58; ordinanza del 16 novembre 2010, *Pohotovost'*, C-76/10, Racc. pag. I-1557, punto 62, nonché sentenza *Pereničová e Perenič*, cit., punto 30). Infatti, come ricordato al punto 40 della presente sentenza, si tratta di una norma imperativa tesa a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime. 64 D'altro lato, si deve rilevare che il legislatore dell'Unione ha esplicitamente previsto, nel secondo periodo dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, nonché al ventunesimo considerando di quest'ultima, che il contratto stipulato tra il professionista ed il consumatore resterà vincolante per le parti «secondo i medesimi termini», qualora esso possa sussistere «senza le clausole abusive». 65 Risulta pertanto dal tenore letterale del paragrafo 1 di detto articolo 6 che i giudici nazionali sono tenuti unicamente ad escludere l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima. Infatti, detto contratto deve sussistere, in linea di principio, senz'altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile. 66 Tale interpretazione è corroborata, inoltre, dagli obiettivi e dall'economia generale della direttiva 93/13. 67 Infatti, secondo la giurisprudenza costante della Corte, tale direttiva, nel suo complesso, costituisce un provvedimento indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati all'Unione e, in particolare, per l'innalzamento del livello e della qualità della vita all'interno di quest'ultima (v. citate sentenze *Mostaza Claro*, punto 37; *Pannon GSM*, punto 26, e *Asturcom Telecomunicaciones*, punto 51). 68 Pertanto, data la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si basa la tutela assicurata ai consumatori, che si trovano in una situazione d'inferiorità rispetto ai professionisti, la direttiva 93/13 impone agli Stati membri, come risulta dal suo articolo 7, paragrafo 1, in combinato disposto con il ventiquattresimo considerando della medesima, di fornire mezzi adeguati ed efficaci «per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori». 69 Orbene, in tale contesto, è giocoforza constatare che, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 86 - 88 delle sue conclusioni, se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'articolo 7 della direttiva 93/13. Infatti tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto

In realtà, l'orientamento anzidetto è stato smentito dalla giurisprudenza successiva, favorevole al riconoscimento di un potere integrativo del giudice sul contenuto del contratto. I successivi orientamenti non si sono posti tanto in contrapposizione rappresentando più che altro dei correttivi al principio espresso nel "caso *Banca Español de Crédito*".

In particolare, la quarta sezione della Corte di Giustizia, con la sentenza del 30 aprile 2014, ha ribadito il principio espresso nel caso *Banca Español de Crédito*, elevandolo a regola generale, sebbene con la possibilità di derogarvi in determinati casi e, in particolare, quando dalla caducazione della clausola abusiva derivi un effetto pregiudizievole per lo stesso consumatore⁴⁸⁶. In tal caso, alla rimozione della clausola contrattuale da parte del giudice sarebbe seguita un'integrazione giudiziale mediante l'intervento della disciplina legislativa nazionale in via suppletiva. Detto orientamento ha ricevuto una conferma dalla giurisprudenza comunitaria anche nel 2015⁴⁸⁷.

Sebbene la Corte di Giustizia si sia pronunciata con espresso riferimento all'art. 3 della Direttiva Europea 93/13 tali orientamenti giurisprudenziali appaiono suscettibili di estensione e di *generalizzazione*, inerendo l'ampia categoria del contratto asimmetrico, indipendentemente dalla circostanza che si tratti di squilibrio normativo ovvero di squilibrio economico. Anche il termine lungo nei contratti tra

dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive (v., in tal senso, ordinanza Pohotovost', cit., punto 41 e giurisprudenza ivi citata), dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti. 70 Ne consegue che una facoltà siffatta, se fosse riconosciuta al giudice nazionale, non potrebbe garantire, di per sé, una tutela del consumatore efficace quanto quella risultante dalla non applicazione delle clausole abusive. Peraltro, tale facoltà non potrebbe nemmeno desumersi dall'articolo 8 della direttiva 93/13, che lascia agli Stati membri la possibilità di adottare o mantenere, nel settore disciplinato da tale direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il diritto dell'Unione, purché sia garantito un livello di protezione più elevato per il consumatore (v. sentenze del 3 giugno 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, Racc. pag. I -4785, punti 28 e 29, nonché Pereničová e Perenič, cit., punto 34). 71 Risulta, pertanto, da tali considerazioni che l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 non può essere interpretato nel senso che consente al giudice nazionale, nel caso in cui accerti l'esistenza di una clausola abusiva inserita in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di rivedere il contenuto di detta clausola invece di escluderne semplicemente l'applicazione nei confronti di quest'ultimo».

⁴⁸⁶ Il caso sottoposto al giudice comunitario concerneva un contratto di mutuo avente ad oggetto una somma di denaro in diversa valuta tra un istituto creditizio e un consumatore all'interno del quale era stata inserita una clausola abusiva disciplinante il tasso di cambio per il rimborso del mutuo e i relativi interessi.

⁴⁸⁷ CORTE GIUST. UE, 21 gennaio 2015, in causa C-482/13 (*Unicaja Banco, SA/ José Hidalgo Rueda*).

imprese (o tra imprese e PA), infatti, può determinare una situazione di squilibrio tra le parti. Conseguentemente, anche in questi casi si pone un problema di *abusività* della clausola che prevede un termine iniquo per il creditore, quale risultato di un abuso della libertà contrattuale del debitore in sede di fissazione della data di pagamento del prezzo⁴⁸⁸.

Al riguardo, non si è sollevato tanto un problema di legittimazione del giudice ad intervenire sul contenuto del contratto, posto che l'art. 7 d.lgs 231/2002 appare enunciarlo esplicitamente («si applicano gli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile»), bensì sulla sua *portata*, al fine di comprendere se abbia o meno natura di norma inderogabile.

La questione non è di poco conto. Infatti, se si condivide la tesi della *natura derogabile* si apre la porta alla possibilità di un decisivo intervento giudiziale in quanto il giudice, valutate «tutte le circostanze del caso», potrebbe stabilire un termine diverso da quello di 30 giorni di cui all'art. 4 d.lgs 231/2002, non applicando l'art. 1339 c.c.: pertanto, ove vengano fissati giudizialmente termini superiori a quelli legali e non "abusivi" non vi sarebbe un contrasto con la disciplina legislativa⁴⁸⁹. Ne consegue che anche l'art. 4 non avrebbe la natura di norma imperativa di legge contrariamente a quanto sembra evincersi con il richiamo di cui all'art. 1339 c.c. all'art. 7 del decreto. Vero è anche che tale impostazione si presenta in linea con il Considerando 28 della Direttiva 7/2011, posto che dal suo tenore si evince che oggetto di repressione è l'abuso della libertà contrattuale (e non la libertà contrattuale). Questa soluzione appare più rispettosa della libertà contrattuale delle parti, posto che se le stesse, fin dal principio, si erano determinate nel senso di disapplicare i termini legali, un'integrazione "automatica" degli stessi termini di pagamento frusterebbe le loro aspirazioni connesse all'operazione economica soprattutto nel caso in cui il termine legale diverga notevolmente dai termini propri della prassi commerciale del settore: in tal caso, si può affermare che le parti sono interessate implicitamente «ad un'integrazione giudiziale mediata»⁴⁹⁰. Tale opzione

⁴⁸⁸ La premessa di detta considerazione è la qualificazione di "*species*" dei contratti B2C e dei contratti B2B rispetto al "*genus*" contratto con asimmetria di potere contrattuale.

⁴⁸⁹ Nel sistema tedesco tale tecnica viene definita "*geltungserhaltende Reduktion*". Per approfondimenti sul tema si rinvia a: PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi dei pagamenti: il segmentarsi dei rimedi*, cit., p. 406

⁴⁹⁰ Cfr. BENEDETTI, GRONDONA, *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento. Art. 7 d. lgs 192/2012*, cit., p. 1094, i quali sono a favore in ogni caso di un'integrazione legale, se non altro perché una rideterminazione equitativa del termine tradirebbe il

normativa sembra, tuttavia, disattendere il tenore letterale della norma anche se la norma di cui non si farebbe applicazione non è tanto l'art. 4 bensì l'art. 7.

Orbene, un argomento decisivo per confutare la tesi della natura derogabile della norma appare rintracciarsi nel confronto con il vecchio testo dell'art. 7 che *esplicitamente* riconosceva al giudice un potere di ortopedia giudiziale. Viceversa, nell'ambito del nuovo art. 7 la discrezionalità giudiziale è stata "messa alla porta". E, allora, non avrebbe senso farla rientrare dalla finestra, affermando la natura derogabile dell'art. 7 co. 2, ult. parte. Pertanto, si ritiene che con la caducazione della clausola abusiva che prevede un termine iniquo per il creditore - in quanto lontana dalla "corretta" prassi commerciale (corretta, nel senso di "ragionevole" in quanto conforme alla clausola della buona fede) - non possa derivare altra integrazione giudiziale che quella consistente nella determinazione del termine legale di pagamento. La dottrina prevalente condivide tale impostazione, che peraltro conferma l'esistenza di una nuova relazione Stato - Mercato che vede il primo asservito al secondo⁴⁹¹.

Infatti, a differenza di quanto previsto nella Direttiva abrogata, che lasciava all'interprete la possibilità di decidere se applicare il termine legale ovvero di rideterminarlo secondo equità, la nuova Direttiva 7/2011, espungendo dal testo il riferimento all'equità, ha escluso che istanze personalistiche possono avere una qualche incidenza in sede contrattuale. Altrimenti discorrendo, oggetto di tutela non è l'interesse del creditore in quanto tale ma l'interesse del creditore in quanto funzionale ad un mercato efficiente. Peraltro, vero è che la giurisprudenza comunitaria, ma ancor prima il legislatore comunitario, è ormai proiettato verso il riconoscimento di un'ingerenza del giudice sul contenuto del contratto. Tuttavia, si tratta di una discrezionalità che viaggia su binari piuttosto definiti, in relazione alla più circoscritta e definitiva portata dei parametri giudiziali che orientano il sindacato giudiziale. Sindacato giudiziale che, in questo modo, è "sotto controllo", in quanto possibile solo nella misura dell'integrazione di clausole previste *ex lege*, escludendosi ogni possibilità che gli stessi parametri siano piegabili ai condizionamenti sociali e

senso della Novella dell'art. 7 D.lgs 231/2002.

⁴⁹¹ Sul tema si segnala il contributo di NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigma di mercato*, Napoli, 2010, p. 9, che si esprime in senso critico in merito ai termini di tale relazione.

morali dell'interprete e, perciò, eliminando in radice la possibilità di interpretazione delle clausole generali secondo approcci antiformalistici.

CAPITOLO 3

L'IMPATTO DELLE CLAUSOLE GENERALI "EUROPEE" SUL *COMMON LAW* IN PROSPETTIVA DI UNA CODIFICAZIONE EUROPEA

SEZIONE 1

GENERAL LEGAL UMBRELLA E CLAUSOLE GENERALI A CONFRONTO

1. Inquadramento dogmatico tra *statute* e *common*

Uno studio avente ad oggetto le clausole generali nel sistema inglese, secondo una parte della dottrina, potrebbe rivelarsi poco soddisfacente, in quanto una nozione di clausola generale corrispondente a quella esistente nel nostro ordinamento non esiste. Il termine "*clause*" suggerisce al giurista inglese, più che altro, l'idea di una clausola contrattuale e non quella di una categoria dogmatica⁴⁹².

La clausola generale come intesa nei Paesi continentali, inoltre, evoca l'idea di una fonte scritta che la contempra in via generale, conferendo carattere organico e sistematico alla materia contrattuale, mentre nel sistema di *common law* inglese difetta un "*code*" equiparabile ai codici legislativi dei Paesi continentali⁴⁹³.

Quindi, la trattazione delle clausole generali nel sistema inglese richiede l'adozione di particolare cautele⁴⁹⁴. Questo non vuol dire, tuttavia, che deve negarsi *a priori* l'esistenza di quelli che prudentemente alcuni definiscono come «*general legal*

⁴⁹² Cfr. COLLINS, *Social rights, general clauses and the acquis communautaire*, in *General clauses and standards in European Contract Law*, a cura di GRUNDMANN, RUNDMANN e MAZEAUD, The Hague, 2006, p. 117. Cfr. anche WHITTAKER, *Theory and Practice of the "general clause" in English Law: General norms and the Structuring of Judicial Discretion*, in *General Clauses and Standards in European Contract Law*, a cura di GRUNDMANN, RUNDMANN e MAZEAUD, The Hague., 2005, p. 59: «at this stage in my discussion, I need to say very clearly that there is no recognized distinct category of "general clause" in English law at all. Even putting aside the fact the use of the language "clause" would suggest to an English lawyer a type of contract term rather than a type of legal norm, there is no reference or discussion that I have come across of a general type or category of law or legal proposition in the positive law itself of the kind we see in at least some of the systems of continental Europe.».

⁴⁹³ Cfr. COLLINS, *Social rights, general clauses and the acquis communautaire*, in *General clauses and standards in European Contract Law*, cit., p. 113: «A foreign lawyer who searches English text about the law of contract or indeed the whole of private law for a discussion of general clauses will be disappointed. That investigation will not reveal no explicit references to general clauses at all. There is a linguistic problem here, because the phrase "general clause" implies a written document, of which this clause forms a part of the text».

⁴⁹⁴ Cfr. WHITTAKER, *Theory and Practice of the "general clause" in English Law: General norms and the Structuring of Judicial Discretion*, cit., p. 59.

umbrella», in quanto anche il sistema inglese necessita, al pari di ogni altro, di valvole di sfogo⁴⁹⁵. Tutto sta nell'intendersi su cosa siano i «*general legal umbrella*» e se la loro presenza sia ravvisabile negli *statutes* ovvero nel *common*.

Questa indagine richiede, quindi, una premessa sui rapporti esistenti tra tali livelli di normazione. Il rapporto tra detti livelli può definirsi complesso. In dottrina, si sostiene che il rapporto stesso si fonda su una "stratificazione della norma" («*layering of legal norms*»), evocandosi, con tale espressione non la gerarchia kelseniana delle norme bensì l'idea che una medesima situazione è suscettibile di essere regolamentata da diversi livelli di normazione, i quali risentono della loro genesi storica⁴⁹⁶. Con riguardo al *common* si osserva che essa costituisce, come noto, con l'*equity*, dal 1873, un sistema unificato, da intendersi nel senso della prevalenza della seconda sulla prima in considerazione della sua funzione di stemperare le rigidità del primo.

Con riguardo allo "*statute*" e al suo rapporto con il *common* si osserva come il ruolo del giudice, pur incisivo e centrale, resti, pur sempre, subalterno a quello del Parlamento nel creare la legge, non essendo, a differenza di quest'ultimo, eletto dal popolo⁴⁹⁷. Questo spiega perché i precedenti giudiziari, che vincolano tanto quanto la

⁴⁹⁵ Cfr. WHITTAKER, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁹⁶ In origine c'era il *common law* ossia quel corpo di regole applicate dalle corti di *common law*, che si caratterizzava per essere esaustivo («*all-encompassing*») anche per quelle situazioni in cui non vi era "rimedio" in quanto come sostenuto in dottrina «*"no" is an answer too*». Successivamente si aggiunse l'*equity*, corpo di regole applicato dalla *Court of Chancery*, introdotta per stemperare l'inflessibilità del *common law*. Per questa ragione, alcuni hanno visto nell'*equity* il luogo dove sarebbe stato possibile ravvisare delle clausole generali. Nel 1873 ci fu una loro fusione, anche se il sistema mantenne la biforcazione, sicché in caso di divergenza tra i due l'*equity* prevale («*so, one analyses a case according to the relevant common law and then asks whether any difference of result or remedy may arise in equity; if it does, then the equitable approach applies; if it does not - for example, because one of the elements of the equitable layer of regulation is not satisfied - then the case returns to being governed by the common law*»). Cfr. WHITTAKER, *op. cit.*, p. 62. Sempre detta dottrina, con riguardo allo *statute*, osserva come il rapporto con il *common* (inteso in senso ampio) sia di eccezione a regola e, in alcuni casi, esso ha rimpiazzato il *common law*, in altri ha sancito un punto di rottura con esso, in altri ancora ha introdotto dei correttivi. Cfr. WHITTAKER, *op. cit.*, p. 63 Più ampiamente si rinvia per approfondimenti a: CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Milano, 1981.

⁴⁹⁷ Cfr. WHITTAKER, *Theory and Practice of the "general clause" in English Law: General norms and the Structuring of Judicial Discretion* cit., p. 57: «*There is, moreover, an institutional or, indeed, constitutional dimension to this tension, reflecting a concern as to the appropriate line between the setting of norms by a democratically elected legislature and by non-elected courts... (omissis)...English judges are clearly very conscious of the appropriateness or inappropriateness of their development of a certain area of the law because of their relative and ultimately subordinate role to Parliament in creating law. Moreover, this judicial culture of relative self-restraint accords well with the technical functioning of the doctrine of precedent.*».

legge, si estendono anche agli stessi giudici⁴⁹⁸. Lo *statute* può così sostituirsi al *common law* ovvero introdurre allo stesso dei correttivi: in questo senso, può affermarsi che lo *statute* ha una portata eccezionale, ma sovraordinata rispetto al *common law*.

Spiegato, in questi termini, il rapporto tra i livelli di normazione e, soprattutto, la natura eccezionale dello *statute* rispetto al *common*, si comprende come sia difficile trovare negli *statutes* delle clausole generali, così come intese nei sistemi continentali⁴⁹⁹.

2. I "general legal umbrella"

Se si va oltre l'aspetto puramente formale e la necessità di un dato positivo che giustifichi la presenza delle clausole generali, concentrando l'analisi sull'aspetto funzionale delle clausole generali, è possibile, secondo alcuni, ravvisare la presenza di «*close parallels*» o «*functional equivalents*» ossia di categorie o, meglio, "meccanismi" simili che consentono l'adattamento dell'ordinamento giuridico al relativo contesto economico-sociale.⁵⁰⁰ In questa diversa ottica, vi è stato chi ha sostenuto che non solo le clausole generali esistono, ma anche che, almeno in via astratta, se ne possono ravvisare diverse tipologie⁵⁰¹. Tale impostazione solleva delle perplessità in quanto sembra utilizzare la formula "*general clause*" in modo atecnico, assimilando la stessa in alcuni casi al principio generale, in altri, addirittura, alla nostra nozione di tipo contrattuale. Per questa ragione, si ritiene preferibile non utilizzare l'espressione "*general clause*" ma quella forse più neutra di "*general legal umbrella*".

⁴⁹⁸ Cfr. WHITTAKER, *op. cit.*, *ibidem*.

⁴⁹⁹ Cfr. WHITTAKER, *Theory and Practice of the "general clause" in English Law: General norms and the Structuring of Judicial Discretion*, cit., *ibidem*.

⁵⁰⁰ Cfr. COLLINS, *Social rights, general clauses and the acquis communautaire*, p 114.

⁵⁰¹ Con riguardo alla prima («*mandatory minimum principle*») si osserva come essa venga sostanzialmente assimilata ad un principio generale, condividendo con quest'ultimo, l'alto grado di astrazione e l'impossibilità per le parti di prescindere nell'ambito delle proprie contrattazioni. La seconda («*mandatory typological classification scheme*») evoca il "tipo" contrattuale, attribuendosi rilevanza agli elementi essenziali del contratto al fine di individuare la disciplina applicabile con la conseguenza che tale disciplina non sarà applicabile in difetto di tali elementi. Anche la terza tipologia («*mandatory principle subject to a structured derogation*») sembra corrispondere a quella di principio generale ma con la particolarità che sono possibili meccanismi derogatori per il tramite di criteri (*standards*) quali la «*reasonableness*», la «*proportionality*». Cfr. COLLINS, *op. cit.*, p. 117. Tale classificazione conferma le difficoltà al recepimento di una teoria delle clausole generali nel sistema di *common law* e, poichè solleva delle perplessità, soprattutto in relazione alla qualificazione delle clausole come "tipi contrattuali" si ritiene che non possa costituire una teoria di riferimento sotto un profilo comparatistico.

Peraltro, il tema si intreccia con quello dell'integrazione giudiziale, in quanto le perplessità che i "*general legal umbrella*" sollevano è proprio quello dell'incertezza del diritto, in relazione ai rischi di un'applicazione giudiziale che si renda imprevedibile ai destinatari. Così, al pari dell'ordinamento italiano, anche nel sistema inglese il fenomeno dell'integrazione giudiziale viene considerato una deroga al *principio della freedom of contract*, elaborato nell'ambito della giurisprudenza⁵⁰². Principio che sancisce la libertà per le parti di autodeterminarsi in merito al contenuto del futuro contratto senza che lo stesso sia investito da un controllo di congruità sullo scambio. Complementare a tale principio è il *principio della irrilevanza della consideration*, in base al quale l'equità o la giustizia contrattuale in sé non hanno alcuna rilevanza⁵⁰³. Infine, altro principio vincolante è il *privity of contract*, in base al quale le parti sono le uniche a poter esercitare i diritti derivanti dal contratto e ad adempiere alle obbligazioni da esso discendenti⁵⁰⁴. Sullo sfondo, da sempre, l'idea che «le parti sono i migliori artefici dei loro interessi»⁵⁰⁵.

Orbene, è opportuno precisare come detti principi presentano una portata generale, ed infatti una parte della dottrina li definisce «*general norm*»⁵⁰⁶. Si tratta, tuttavia, di una generalità che non desta pericolo in quanto tesa a rafforzare la libertà contrattuale⁵⁰⁷.

Il tema dell'integrazione giudiziale e quello collegato del controllo giudiziale⁵⁰⁸, nel sistema inglese, rileva anche sotto un altro profilo: quello relativo alla continua ricerca della giurisprudenza di individuare dei paletti alla stessa, ricorrendo a

⁵⁰² Si tratta di un principio che si è affermato durante la seconda metà dell'Ottocento. Cfr. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Milano, 1981, p. 24 e ss. Sul punto, si rinvia anche a NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 11, che ne offre una offre una prospettiva storica.

⁵⁰³ Cfr. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, cit., p. 25.

⁵⁰⁴ Cfr. WHITTAKER, *Theory and Practice of the "general clause" in English Law: General norms and the Structuring of Judicial Discretion*, cit., p. 66.

⁵⁰⁵ Cfr. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, p. 24. Dunque, nel sistema inglese (sia di *common* sia di *equity*), a differenza del diritto europeo, non è sufficiente l'esistenza di uno squilibrio di potere economico tra le parti o, comunque, un divario tra le rispettive posizioni. Il contratto iniquo in sé non giustifica un intervento giudiziale in funzione equilibratrice o correttiva. Sono necessari ulteriori elementi. Questo spiega perché non si è radicato nel sistema di *common law* un generale principio che legittima l'intervento del giudice in situazioni di squilibrio di potere contrattuale (la c.d. *doctrine dell'inequality of bargaining power*). Cfr., CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁰⁶ Cfr. WHITTAKER, *Theory and Practice of the "general clause" in English Law: General norms and the Structuring of Judicial Discretion*, cit., p. 66.

⁵⁰⁷ Cfr. WHITTAKER, *op. cit.*, p. 66: «*it shares with the notion of the general clause as I have interpreted it, its generality but not its potential for judicial creativity or flexibility*».

⁵⁰⁸ Sul tema è interessante il contributo di HOOLEY, *Controlling Contractual Discretion*, in *Cambridge Law Journal*, 2013, 3, p. 65 e ss.

congegni come quelli gli *implied terms*, che veicolano categorie, quale ad esempio quella della *fairness*, così conferendo loro un'applicazione di carattere frammentario⁵⁰⁹ e ai quali le parti possono sottrarsi mediante l'individuazione di una clausola contrattuale che ne inibisca l'operatività anche se, di fatto, per un contratto esserne immune è impossibile⁵¹⁰.

Orbene, sotto questo profilo, ossia in relazione all'unica *ratio* su cui poggia detta applicazione frammentaria, la tecnica degli *implied terms* è stata inquadrata come un «*example of something more recognisable as similar to a "general clause"*», ossia a un "*general legal umbrella*"⁵¹¹.

Tuttavia tale tesi non appare condivisibile in quanto sembra confondere due piani che devono rimanere distinti: quello delle categorie dogmatiche e quello degli schemi di operatività (o schemi funzionali o sub- norme) di esse. Nessun accostamento è ipotizzabile tra clausole generali e tecnica degli *implied terms*. Tutt'al più può sostenersi un parallelismo tra la tecnica degli *implied terms* e il procedimento di concretizzazione delle clausole generali secondo la tecnica del *Fallkruppen* o della *Drittwirkung* mediata, ma solo nei limiti in cui, in entrambi, l'enucleazione della regola specifica serve per colmare delle lacune ovvero per porre un limite ad un potenziale o reale situazione di abuso negoziale. Inoltre, la tecnica degli *implied terms*, a differenza di quest'ultime, non presuppone una clausola generale, cosicché è un accostamento che presenta un limite logico non indifferente.

E' possibile, invece, un accostamento delle clausole generali con gli «*open-textured concepts*» quali, ad esempio, la «*fairness*», la «*equitableness*» e la «*reasonableness*»⁵¹².

Alla *fairness* si dedicherà specifica attenzione nel prosieguo, precisando, fin da

⁵⁰⁹ Cfr. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, cit., p. 25.

⁵¹⁰ Cfr. COLLINS, *Social rights, general clauses and the acquis communautaire*, cit., p. 120: «*In other words, although a court will never admit that an implied term is a mandatory principle, which cannot be excluded by contrary agreement, in practice it will improve impossible for the parties, should they so wish, to find a form of words that completely excludes the application of the principle contained in an implied term*». Sul tema degli *implied terms*, la letteratura è ampia; tra i molti contributi si ricorda quello di: CARTER, *The implication of contractual terms. The parole evidence rule. Frustration*, in *Cambridge Law Journal*, 1983, p. 199.

⁵¹¹ Cfr. WHITTAKER, *Theory and Practice of the "general clause" in English Law: General norms and the Structuring of Judicial Discretion*, cit., p. 69, secondo cui «*one can well see the test of the implication of terms as being a "general norm" roving the law of contracts. It has in common with the "general clauses of German or French law that it provides a legal umbrella under which judges add individually tailored norms to govern particular issues raised by particular contracts*».

⁵¹² Cfr. WHITTAKER, *op. cit.*, p. 71.

questo momento, come essa sia un'espressione britannica alternativa a quella di *good faith*⁵¹³: nessuna differenza sostanziale è dato ravvisare tra i due concetti. Entrambi sollevano, peraltro, un problema di discrezionalità giudiziale e, sotto questa angolatura, si ravvisa un punto di contatto con le clausole generali dell'ordinamento italiano.

3. La *fairness* e le sue varianti: "*substantive*" e "*procedural*"

La *fairness*, o meglio la *substantive fairness*, (anche chiamata "*contractual imbalance*") è un concetto strutturalmente definito («*open-textured concept*»), elaborato dalla giurisprudenza di *equity*, che indica secondo alcuni la lealtà o la correttezza contrattuale (la buona fede), mentre, secondo altri, l'equità. Termini contrattuali, che favoriscano in modo prevalente una parte rispetto all'altra, possono essere sintomo di una sua assenza⁵¹⁴.

Sul piano concettuale, occorre distinguerla dalla "*procedural fairness*" che costituisce un rimedio esperibile da quella parte il cui consenso alla conclusione del contratto sia stato viziato: infatti, presupposto di validità del contratto è che il consenso si formi «"liberamente" in un giuoco di reciproca correttezza»⁵¹⁵. Ne consegue che la "*procedural fairness*" concerne i profili di validità del contratto, che nel nostro sistema sono riconducibili alla disciplina dei vizi del consenso e, in generale, alla nozione di giustizia procedurale, esaminata nel corso del primo capitolo⁵¹⁶.

⁵¹³ Nel senso di considerare i due termini come sinonimi: DUNNÉ, *On a clear day, you can see the continent - the shrouded acceptance of good faith as a general rule of contract law on the British Isles*, in *Construction Law Journal*, 2015, 31(1), 3-25, p. 10.

⁵¹⁴ Cfr. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 722, il quale ritiene che solo nell'ambito dell'*equity* è possibile vedere «applicate - con una intensità estremamente significativa - le due nozioni di buona fede a noi ben familiari...(*omissis*)...E ciò per la ragione che siffatto diritto è, pur nell'imbrigliamento del suo attuale tecnicismo, tutto una materia di coscienza, intriso di eticità e spiritualismo».

⁵¹⁵ Cfr. CRISCUOLI *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1990, p. 268.

⁵¹⁶ Cfr. THOMAS, *What role should substantive fairness have in the english law of contract? An overview of law*, in *Cambridge Student Law Review*, 2010, p. 177.

La disciplina inglese dei vizi del consenso tradisce un'assenza di unitarietà. Cfr. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, Padova, 2005, p. 33. Infatti, è possibile ravvisare una molteplicità di figure di invalidità. Ciò può esser dovuto al seguente ordine di ragioni. In primo luogo, la tendenza inglese a rifuggire da qualsiasi meccanismo che abbia parvenza di una clausola generale o principio: alla tecnica per definizioni generiche è preferita una tecnica di costruzione delle fattispecie a carattere analitico-descrittivo. In secondo luogo, la rilevanza attribuita all'equità «quale forma di riconoscimento di correttezza e buona fede nelle condotte umane e criterio di valutazione della genuinità del consenso contrattuale». Cfr. CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 675. Peraltro, posto che,

La *substantive fairness* viene in rilievo, invece, in presenza di situazioni in cui il rapporto tra le prestazioni contrattuali, pur in presenza di un consenso validamente formato, difetta di equilibrio. Pertanto, talvolta è stata invocata alla stregua di uno strumento di *aequitas* per sindacare la congruità contrattuale.

Una parte della dottrina ha rilevato che la distinzione tra l'una e l'altra è sottile al punto che è possibile paventare una loro sovrapposizione⁵¹⁷. In questo senso, il sistema inglese sembrerebbe non conoscere, a differenza di quello italiano, una netta distinzione tra la volontà *viziata*, che attiene al piano del procedimento di formazione del negozio, e la volontà *prevaricata* che attiene al piano della congruità tra le prestazioni come effetto del diverso potere economico delle parti. Sono entrambe problematiche che sottintendono, infatti, un comune e identico *deficit di fairness*⁵¹⁸.

In particolare, si è configurata una loro sovrapposizione con riguardo all'utilizzo di alcuni rimedi di *procedural fairness*, i quali sottintenderebbero problemi di *substantive fairness* (tali rimedi sono: *misrepresentation*, *mistake*, *undue influence*, *duress* e *unconscionability*)⁵¹⁹.

Da qui il problema se, malgrado la diversità strutturale, vi siano dei punti di contatto tra la *substantive fairness* e la clausola della buona fede così come intesa nel sistema italiano. Ci si chiede, in particolare, se il rapporto esistente tra tali rimedi e la (*substantive*) *fairness* sia assimilabile a quello che, nel nostro ordinamento, esiste (o almeno auspicabilmente dovrebbe esistere) tra la clausola generale e le relative ipotesi applicative (ovvero tra macro-clausole e sub-clausole), elaborate dalla giurisprudenza e dalla dottrina per effetto delle tecniche del *Fallkruppen* e della

come noto, il sistema inglese un tempo si articolava in una duplice articolazione, distinguendosi tra sistema di *common* e sistema di *equity*, sicché appare opportuno distinguere tali figure anche in relazione alla rispettiva matrice. Le figure che storicamente rientrano nel sistema di *common* sono: a) il *mistake* (l'errore); b) l'*innocent misrepresentation* (l'inganno inconsapevolmente generato, dunque senza "*dolus*"; c) la *negligent misrepresentation* (l'inganno dovuto a colpa della parte); d) la *fraudulent misrepresentation* (l'inganno effetto di "*dolus*"); e) la *duress* (ossia la violenza). Con riguardo alle figure elaborate dalla giurisprudenza di *equity* si richiama l'*undue influence*.

⁵¹⁷ Cfr. THOMAS, *What role should substantive fairness have in the english law of contract? An overview of law*, cit., p. 182: «*The two concepts may overlap. Contractual imbalance may be so extreme as to raise a presumption of procedural unfairness, such as undue influence or some other form of victimisation*».

⁵¹⁸ Cfr. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit. p. 268, secondo cui, sono entrambe problematiche che sottintendono un *deficit di fairness*, ossia un'assenza di volontà correttamente formata di una parte per effetto di un abuso contrattuale della controparte che si è approfittata del rapporto di fiducia, della debolezza psicologica, dello stato di necessità o di bisogno in cui versava l'altra.

⁵¹⁹ Cfr. THOMAS, *What role should substantive fairness have in the english law of contract? An overview of law*, cit., p. 177.

Drittwirkung mediata.

Secondo un indirizzo dottrinale le problematiche connesse alla *substantive fairness* dovrebbero rimanere di esclusiva prerogativa legislativa, essendo più appropriato per la *common law* "occupare il sedile posteriore"⁵²⁰, limitando il suo intervento alle questioni di *procedural unfairness* (come la *misrepresentation*, in tutte le sue varianti, la *duress*, ecc)⁵²¹. Infatti, storicamente essa rifugge - o almeno dovrebbe - l'idea di sindacare *ex se* il contenuto di un contratto⁵²². Così, il suo intervento non è volto a porre rimedio ad un difetto di equilibrio contrattuale tra le prestazioni, bensì ad accertare l'invalidità del procedimento di formazione negoziale in relazione al consenso prestato da una delle parti (di regola, la parte debole del rapporto), sul presupposto (o, meglio, sulla presunzione) che, in presenza di un consenso validamente prestato, non si sarebbe prodotta una situazione di squilibrio economico tra le prestazioni. Un'analisi della giurisprudenza, infatti, suggerisce che dette figure rimediale altro non sono che uno schermo di cui le corti inglesi si avvalgono (forse discutibilmente) per giustificare il loro controllo giudiziale sul contenuto del contratto⁵²³.

Vero è anche che la *substantive fairness* è stata ed è un categoria regolata, tendenzialmente, dal legislatore⁵²⁴. Ad esempio, la *Sect. 100 Consumer Credit Act*

⁵²⁰ Cfr. THOMAS, *op. cit.*, p. 177: «*it is appropriate for the common law to take a backseat*».

⁵²¹ Cfr. THOMAS, *op. cit.*, p. 177.

⁵²² Si prenda in esame, ad esempio, una clausola contrattuale con cui le parti sanciscano una liquidazione preventiva dei danni derivanti da inadempimento contrattuale (in pratica, una clausola corrispondente alla nostra clausola penale), denominata clausola "*liquidated damages*" che abbia ad oggetto una somma di denaro irrisoria («*extravagant and unconscionable*»: THOMAS, *op. cit.*, p. 178), rispetto al danno che effettivamente potrebbe derivare alla parte in caso di inadempimento. In casi del genere, il giudice è autorizzato a ridurla: THOMAS, *op. cit.*, p. 178. Peraltro, le clausole *liquidated damages* si distinguono dalle clausole *penalties*. Le prime rappresentano una tecnica di quantificazione del danno e agevolano il creditore, che è sollevato dall'onere di prova del danno subito. Le seconde sono guardate con sfavore perché non svolgono una funzione di liquidazione preventiva dei danni, bensì compulsoria e il creditore deve provare di aver subito un effettivo danno e, in ogni caso, la sua entità massima è limitata alla somma pattuita. Cfr. CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 564.

⁵²³ Per compiere un parallelismo con il nostro ordinamento si potrebbe affermare che è un po' come se i giudici italiani utilizzassero, ad esempio, il dolo, l'errore e la violenza per sindacare il contenuto di una caparra confirmatoria eccessivamente onerosa o la fissazione di termini di pagamento notevolmente dilatati rispetto a quelli previsti dall'art. 7 della legge n. 231 del 2002. Cfr. THOMAS, *What role should substantive fairness have in the english law of contract? An overview of law*, cit., p. 178: «*in cases where the court intervenes to amend or rescind a contract which it deems to be unconscionable, the substantive unfairness may provide the actual motivation for intervention, but the legal reason will be couched in terms of a formal defect*».

⁵²⁴ Pertanto, in materia di *substantive fairness*, la produzione normativa inglese è ampia. Si ricorda, l'*Unfair Contract Terms Act 1977*, il *Consumer Credit Act 1974* (in particolare le *Sect. 100, 137-140-140a, 140b*). Con riguardo all'influenza del diritto europeo, un passo importante è stato

1974 disciplina l'intervento giudiziale sul contratto "regolato" (ossia il contratto normativamente disciplinato) in presenza di clausole che presentano una sproporzione tra le prestazioni. La *fairness* ricorre anche nell' *Unfair Contract Terms Act 1977* (UCTA) che, secondo una parte della dottrina, ha avuto il merito di espandere la clausola della *fairness* ai contratti B2C e ai contratti B2B⁵²⁵. Ai sensi della *Sect. 11* della UCTA, che disciplina il *test of reasonableness*, le clausole contrattuali devono essere chiare («*fair*») e ragionevoli («*reasonable*») in relazione alle circostanze che le parti conoscevano o avrebbero dovuto ragionevolmente conoscere. Ci si chiede, allora, che regola sottintenda tale *test* se non quella per cui le parti devono comportarsi secondo buona fede?

Al centro il tema dell'asimmetria di potere contrattuale, che l'UCTA prova dunque a contrastare mediante detto *test*, convalidando la posizione di quanti ritengono che il diritto contrattuale debba perseguire anche una funzione sociale, posta l'ineliminabilità dell'asimmetria in materia contrattuale⁵²⁶. Pur condividendosi la posizione indicata si ritiene opportuno compiere una precisazione. Infatti, la realizzazione di obiettivi di giustizia sostanziale richiede l'apporto di strumenti diversi e che vanno oltre il diritto⁵²⁷. Dunque, è preferibile ritenere che il diritto contrattuale si limiti a svolgere una *funzione coadiuvante* la realizzazione di una cooperazione sociale in materia contrattuale (e non strettamente sociale, dunque)⁵²⁸ in attesa dell'intervento legislativo.

compiuto con la Direttiva europea 93/13, recepita prima con i *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994* (S.I. 1994/3159), poi modificati con le *Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999*. Ora la materia è stata riorganizzata con il *Consumer Right Act 2015*. Il *Consumer Right Act* è un *corpus* normativo che contiene le più importanti leggi in materia di protezione del consumatore varate fino a quel momento e, inoltre, contiene "nuove previsioni" che attribuiscono al consumatore nuovi diritti e nuovi rimedi.

Tuttavia, occorre anche far presente che l'atteggiamento del legislatore nei confronti della buona fede non è stato sempre lineare, in quanto ad esempio, nel 2011, in occasione della Proposta di un regolamento comune per la vendita transfrontaliera il governo inglese ha affermato che in esso non avrebbe potuta essere contemplata la buona fede, giacchè quest'ultima è contraria ai principi di *common law*: Cfr. DUNNÉ, *On a clear day, you can see the continent - the shrouded acceptance of good faith as a general rule of contract law on the British Isles*, cit., p. 5.

⁵²⁵ Cfr. DORFMAN, *The regulation of fairness and duty of good faith in english contract law: a relational contract theory assessment*, 2013, p. 107 <http://criminology.leeds.ac.uk/editions/2013-edition/>: prima del 1977, la tutela del contraente debole si esprimeva soprattutto per il tramite del principio *contra proferendum*, in quanto l'inserimento di clausole di esclusione o limitazione della responsabilità veniva interpretato in sfavore di colui a favore del quale tali clausole erano inserite.

⁵²⁶ Cfr. DORFMAN, *op. cit.*, p. 109.

⁵²⁷ Cfr. DORFMAN, *op. cit.*, p. 109.

⁵²⁸ In realtà, prima ancora dell'intervento delle normative di settore di matrice europea, la *fairness* già occupava un ruolo di primo rilievo.

La *substantive fairness* è stata oggetto di una rinnovata attenzione con il *Consumer Right Act* (CRA), approvato il 26 Marzo 2015 e in vigore dal 1 ottobre 2015, con il quale è stata riorganizzata la disciplina in materia di protezione del consumatore, estendendola anche a nuove aree quale quella dei "*digital contents*" (che sono i «*data which are produced and supplied in digital form*» art. 2 part. 1, chapter 1), nell'ambito della quale essa riveste un ruolo fondamentale⁵²⁹.

Un'altra novità è anche l'estensione del "*fairness test*" anche ai "*consumer notices*", intendendosi per "*notice*" un annuncio (non necessariamente scritto) ovvero una qualsiasi comunicazione o offerta commerciale, che informa sui diritti e obblighi ovvero sancisce limitazioni o esclusioni di responsabilità del professionista ("*trader*")⁵³⁰.

Un problema che solleva la recente normativa è il seguente.

Ai sensi della Sect. 62 CRA, una clausola contrattuale è scorretta e ambigua ("*unfair*") quando, in contrasto con la *buona fede*, determina uno squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti⁵³¹. Lo stesso vale per l'offerta commerciale.

L'esplicito richiamo alla buona fede, come parametro di riferimento per una valutazione di *fairness*, non può passare inosservato. Sicché è lecito chiedersi quale sia il rapporto tra buona fede e *fairness*: se debba attribuirsi loro una valenza sinonimica, come appare preferibile, coerentemente con quanto sostenuto fino ad ora,

⁵²⁹ Cfr. SAMUELS, *The Consumer Right Act*, in *Journal of Business Law*, 2016, 6, 3, p. 177.

⁵³⁰ Sect. 61 CRA: «*In this section, notice includes an announcement, whether or not in writing, and any other communication or purported communication*». Cfr. PATIENT, *The Consumer Right Act 2015: a new regime for fairness?*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2015, p. 643. Il "*fairness test*" costituisce un procedimento per verificare, nell'ambito di un contratto di consumo, il carattere intelligibile e chiaro di una clausola contrattuale. Infatti, le clausole contrattuali devono presentare un contenuto immediato e intelligibile e devono essere scritte, altresì, con un linguaggio chiaro.

⁵³¹ Sect. 62 CRA: «*62 Requirement for contract terms and notices to be fair (1) An unfair term of a consumer contract is not binding on the consumer. (2) An unfair consumer notice is not binding on the consumer. (3) This does not prevent the consumer from relying on the term or notice if the consumer chooses to do so. (4) A term is unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer. (5) Whether a term is fair is to be determined— (a) taking into account the nature of the subject matter of the contract, and (b) by reference to all the circumstances existing when the term was agreed and to all of the other terms of the contract or of any other contract on which it depends. (6) A notice is unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations to the detriment of the consumer. (7) Whether a notice is fair is to be determined— (a) taking into account the nature of the subject matter of the notice, and (b) by reference to all the circumstances existing when the rights or obligations to which it relates arose and to the terms of any contract on which it depends. (8) This section does not affect the operation of— (a) section 31 (exclusion of liability: goods contracts), (b) section 47 (exclusion of liability: digital content contracts), (c) section 57 (exclusion of liability: services contracts), or (d) section 65 (exclusion of negligence liability).*».

ovvero se debbano intendersi alla stregua di un'endiadi (al pari di quanto è stato ritenuto, per lungo tempo, per la buona fede e la correttezza nel nostro ordinamento)⁵³².

La letteratura scientifica e la giurisprudenza sembrano attribuir loro la valenza di sinonimi. Si condivide questa tesi e, nel prosieguo della trattazione, i termini continueranno ad esser utilizzati in modo alternativamente indifferente.

Preme evidenziare, infine, come se nell'ambito della *common law* la *fairness* assume un significato vicino a quello di giustizia contrattuale, congruità negli scambi, nell'ambito degli *Acts* inglesi la medesima sembra esprimere il significato di "chiarezza" delle clausole contrattuali che, linguisticamente parlando, devono essere «*plain and intelligible*», coerentemente con quanto richiesto dalla normativa europea in materia di contratti di consumo⁵³³.

4. Alcune figure rimediali sottese alla *fairness*

La *fairness* nell'ordinamento inglese si è espressa per il tramite di determinate figure rimediali:

a) *Undue influence*.

Esso costituisce un peculiare vizio del consenso consistente in un abuso contrattuale generato dalla situazione di debolezza psicologica in cui versa la parte per ragioni di tipo economico, culturale, fisiche, affettive⁵³⁴. Sotto un profilo tecnico, come sostenuto in dottrina, rappresenta un'applicazione della "*doctrine of constructive fraud*"⁵³⁵. La *ratio* sottesa all'istituto è impedire situazioni di

⁵³² Sul tema si veda GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 284, il quale dopo aver richiamato le varie posizioni dottrinali ritiene di aderire alla tesi della loro omogeneità concettuale, oggi pacificamente accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

⁵³³ Cfr. PATIENT, *The Consumer Right Act 2015: a new regime for fairness?*, cit., p. 644.

⁵³⁴ La situazione di debolezza psicologica in questa sede considerata nulla ha a che vedere con la situazione di incapacità di intendere e volere come intesa nell'ordinamento italiano. Una definizione efficace di *undue influence* è quella secondo la quale si configura in presenza di «ogni forma di scorretto comportamento, di dominanza, suggestione, captazione o blandizia, accompagnata o meno da un utile personale del responsabile»: CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., p. 275, che ha così tradotto una definizione di *undue influence* tratta dal caso *Allcard v. Skynner (1887) 36 Ch. D. 145*.

⁵³⁵ Cfr. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., p. 268: Tale "*doctrine*" «legittima l'intervento giudiziario riparatore in via di *equity* tutte le volte che un soggetto si trovi in circostanze tali da non essere completamente libero nel manifestare la sua volontà contrattuale e quindi di non essere capace di tutelare sé stesso alla stessa stregua della controparte». Introdotto dalla giurisprudenza di *equity* per mitigare il rigore della *duress*, che finiva per lasciare fuori le c.d. ipotesi di "*victimization*", ossia le ipotesi in cui il consenso prestato sia il risultato di un'indebita influenza esercitata da una parte sull'altra che, però, per le circostanze più varie, si trova in una situazione di

sfruttamento di una relazione di fiducia ovvero di una situazione di debolezza psicologica in cui taluno si trovi⁵³⁶. L'*undue influence* è uno strumento di portata generale a disposizione del contraente svantaggiato che opera in tutti quei casi in cui si realizza una *situazione di pressione psicologica* di una parte sull'altra.

La sua operatività è condizionata alla sussistenza di determinati presupposti: 1) esistenza di un manifesto svantaggio per la parte; 2) la malafede della controparte ("*actual or constructive notice*"), ossia la consapevolezza reale o presunta di contrattare con una persona in tale stato di debolezza psicologica⁵³⁷; 3) l'assenza di un *independent advice*, ossia di un consiglio sull'opportunità dell'affare da parte di un soggetto qualificato ed estraneo al *contract*⁵³⁸.

Invero, la giurisprudenza⁵³⁹ distingue ulteriormente tra:

a) *actual undue influence*, che concerne i casi in cui la parte abbia esercitato sull'altra una pressione psicologica ingiusta (di cui occorre fornire prova in sede di giudizio) per la conclusione del contratto⁵⁴⁰;

b) *presumed undue influence*, che si configura quando la pressione psicologica subita è implicita nel rapporto esistente tra le parti avente i caratteri del "*trust*" e "*confidence*", per cui non si rende necessario dimostrarla⁵⁴¹. Nell'ambito di quest'ultima categoria rientrano: 1) i rapporti amicali o familiari (es. il rapporto tra coniugi o tra genitori e figli), rispetto ai quali opera una *presunzione assoluta di undue influence*; 2) i rapporti di tipo professionale, in cui la componente personalistica è prevalente (ad esempio, il rapporto tra medico e paziente), per cui opera una *presunzione semplice di undue influence*, dovendo la parte provare

debolezza psicologica o soggezione (nulla ha a che vedere, dunque, con il dolo, l'errore o la violenza). Cfr. anche MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit., p. 41. Si osserva, sul punto, come il nostro ordinamento non prende in considerazione la pressione psicologica come vizio del consenso. Il c.d timore deve almeno arrivare allo stadio di una minaccia. Quindi, deve presentare un connotato minimo di violenza in quanto ai sensi dell'art. 1437 c.c. «Il solo timore reverenziale non può essere causa di annullamento del contratto». Infatti, nel nostro sistema le situazioni di *undue influence* sono precluse a monte dalla previsione di incapacità speciali (ad esempio, gli artt. 596, 597, 799 c.c.). In tal senso, MELI, *op. cit.*, p. 62. Può affermarsi, dunque, che la sua portata generale.

⁵³⁶ Cfr. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., p. 268.

⁵³⁷ Cfr. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit., p. 63.

⁵³⁸ La prova dell'*advice* è normalmente decisiva, purché il terzo esprima il suo consiglio avendo una cognizione completa dei fatti e sia un esperto. Cfr. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., p. 275.

⁵³⁹ Si rinvia al caso "*Bank of credit and Commerce International SA v. Abody*", QB n. 923 del 1990. Un altro caso è *Lloyds Bank Ltd v. Bundy*, Q.B. n. 198 del 1975.

⁵⁴⁰ Cfr. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit., p. 45.

⁵⁴¹ Cfr. MELI, *op. cit.*, p. 45.

l'esistenza del rapporto meritevole di fiducia e affidamento⁵⁴².

Con riguardo a quest'ultima, la *substantive unfairness* sembrerebbe giocare un importante ruolo per rivelare i casi in cui il procedimento di formazione del consenso è viziato: la circostanza che le clausole contrattuali comportino un notevole svantaggio per la parte più debole del rapporto è sintomatica, infatti, di un consenso viziato⁵⁴³. Dunque, intervenendosi per assicurare la correttezza del procedimento di formazione del consenso (la c.d. *procedural fairness*) in realtà, si finisce per indagare anche «il giusto regime degli scambi (la *substantive fairness*)»⁵⁴⁴, ossia l'equilibrio contrattuale.

La sanzione che comporta è l'annullamento *ex nunc* del contratto. Un rimedio, dunque, per il c.d. contratto ingiusto, coerentemente con la "doctrine" della "*inequality of bargaining power*" ossia della dottrina della disparità di potere contrattuale, che si riferisce non alla congruità tra le prestazioni ma alla congruità tra le capacità contrattuali (economiche e psicologiche) delle parti⁵⁴⁵. Del resto, è uno strumento applicabile non solo ai contratti sinallagmatici ma anche ad altre tipologie come quello di donazione⁵⁴⁶.

Nel nostro ordinamento non esiste una categoria di questo tipo, in quanto ai fini della valida conclusione del contratto è del tutto irrilevante il tipo di rapporto in essere tra le parti, sicché *non* è possibile compiere una valutazione comparativa al riguardo. Inoltre, non verrebbe invocata la buona fede, trovando applicazione la

⁵⁴² Cfr. CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 686-687. Ma anche MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit., p. 45.

⁵⁴³ Cfr. THOMAS, *What role should substantive fairness have in the english law of contract? An overview of law*, cit., p. 184 e ss.: «The concept of substantive unfairness plays an important evidentiary role in making out a case of presumed undue influence, meaning that undue influence can be presumed even if there is no obvious misconduct involved».

⁵⁴⁴ Cfr. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit., p. 60.

⁵⁴⁵ Peraltro, l'esperibilità del rimedio incontra dei limiti quali; 1) la convalida del contratto, dopo la cessazione della *undue influence*; 2) il decorso di un certo lasso di tempo, da cui deriva una presunzione di acquiescenza; 3) l'acquisto a titolo oneroso del bene fatto dal terzo in buona fede da parte dell'autore della *undue influence*. In questi termini: CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., p. 280. Tuttavia, è opportuno precisare cosa intendono la dottrina e la giurisprudenza inglesi per asimmetria di potere contrattuale (la c.d. "*inequality*"). Al riguardo, non si può prescindere da un suo coordinamento con il principio della *freedom of contract*, dal significato ad essa attribuito dipendendo il perimetro del sindacato giudiziale. Infatti, l'ingiustizia contrattuale non concerne il profilo della congruità tra le prestazioni, ma della congruità tra le capacità contrattuali (economiche e psicologiche) delle parti. Cfr. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 269. Il *leading case* è *Lloyds Bank Ltd v. Bundy* (1975) Q.B. 198. Sui principi generali del diritto contrattuale inglese si rinvia per approfondimenti a: ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979; TROMBETTA, *Freedom of contract: ascesa e caduta di un principio*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 155; ALPA, DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2006

⁵⁴⁶ Cfr. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 269.

disciplina generale dei vizi del consenso.

b) *L'uncoscionability*.

Categoria più ampia della *undue influence*⁵⁴⁷ che concerne le ipotesi in cui la parte contrattuale più forte abusa della superiorità del proprio "potere contrattuale" (al di fuori di una relazione di fiducia e confidenza)⁵⁴⁸. Sta ad indicare, dunque, quell'attività negoziale contraria alla coscienza al punto da «scioccare la coscienza del giudice»⁵⁴⁹. Anch'essa è considerata uno strumento di controllo della *substantive fairness*.

La *doctrine* della "*unconscionability*" comporta una valutazione della condotta della parte, per così dire, "forte" sulla base di un parametro morale (il c.d. *moral reprehensibility*)⁵⁵⁰. Oltre a ciò, è richiesta la presenza di due ulteriori elementi: 1) condizioni oggettive svantaggiose per la parte debole; 2) l'assenza di un consiglio indipendente da parte di un terzo⁵⁵¹.

Un esempio classico è la vendita di un bene il cui valore è sottostimato. Il prezzo irrisorio convenuto può rilevare sul piano probatorio come sintomatico dell'esistenza di una situazione di "*substantive fairness*" che, a sua volta, può essere

⁵⁴⁷ Anche se, sul punto, non vi è unanimità di vedute. Secondo MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit., p. 77, la *undue influence* ha un campo più ampio perché concerne diversi tipi di contratti, non solo quelli sinallagmatici (ad esempio, la donazione).

⁵⁴⁸ I punti di contratto con la *undue influence* sono numerosi: oltre alla situazione di debolezza psicologica, in entrambi assume un ruolo rilevante l' "*independent advice*" e, sempre in entrambi, la condotta di mala fede è evidenziata dall'esistenza di un manifesto svantaggio. Anche la *ratio* è la medesima: evitare che la parte avente un potere di mercato più ampio si approfitti della situazione di debolezza psicologica dell'altra. Anche gli effetti sono identici in entrambe: la caducazione del contratto per effetto dell'annullamento *ex nunc*. Da qui il problema di distinguere l'una dall'altra. Cfr. MELI, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁴⁹ Cfr. TASSONE, *Unconscionability e abuso di dipendenza economica*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, III, p. 531.

⁵⁵⁰ Se la condotta di tale parte è moralmente irreprensibile il giudice non può intervenire. La giurisprudenza di *equity* ha individuato dei gruppi di casi a cui applicare tale *doctrine*: a) l' "*expectant heir*"; b) il "*poor and ignorant person*"; c) il "*financial need*". Con riguardo alla prima tipologia di casi a) si osserva che riguarda le ipotesi in cui un soggetto, futuro erede di un patrimonio ereditario di notevole valore, trovandosi in situazioni finanziarie precarie, compie atti di disposizione del patrimonio del suo dante causa, stipulando un contratto di mutuo che prevede tassi usurari: cfr. THOMAS, *What role should substantive fairness have in the english law of contract? An overview of law*, cit., p. 186). Con riguardo alla seconda classe di casi b) vengono in considerazione i casi in cui la parte debole del rapporto è "*poor and ignorant*" ossia è "un soggetto appartenente alla più bassa fascia reddituale e poco istruito" («*A member of the lower income group...less highly educated*»): questa è la definizione riportata nel caso *Cresswell v. Potter* (1979) WLR 255. Cfr. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit., p. 66, che rileva la necessità che il contratto si traduca in uno svantaggio per la parte. Per quanto concerne la terza categoria di casi c) comprende tutte le situazioni in cui la situazione di debolezza psicologica sia collegata all'esigenza di procurarsi liquidità finanziaria. Cfr. MELI, *op. cit.*, p. 73. Ad esempio, vi rientrano i casi in cui sono stipulati mutui a condizioni usurarie.

⁵⁵¹ Cfr. THOMAS, *What role should substantive fairness have in the english law of contract? An overview of law* cit., p. 187.

rivelatrice di un *deficit di procedural fairness*, come nel caso in cui la parte non si sia avvalsa di un consiglio indipendente di un terzo⁵⁵².

c) Il *mistake* e la *misrepresentation*.

Secondo un indirizzo dottrinale, anche le *doctrines* del *mistake* e della *misrepresentation* sono sintomatiche di un'applicazione frammentaria della *fairness*. Presupposto comune alle figure è la falsa rappresentazione della realtà ingenerata da una parte nei confronti dell'altra.

Quanto al *mistake* si osserva che il medesimo ha una natura oggettiva nel senso che deve essere oggettivamente visibile⁵⁵³. Di regola, concerne l'oggetto del contratto. Si pensi al caso in cui oggetto di una vendita sia un immobile accatastato secondo la destinazione locale commerciale laddove l'acquirente riteneva di aver acquistato un immobile ad uso civile, mentre il venditore, consapevole dell'errore in cui era incorsa la controparte, decideva di lasciare la parte in errore. Nel caso della *misrepresentation*, disciplinata alla Sect. 2 del *Misrepresentation Act 1967*,⁵⁵⁴ la falsa percezione è generata da una dichiarazione altrui, erronea o ingannevole, che ha ad

⁵⁵² Cfr. THOMAS, *op. cit.*, p. 187.

⁵⁵³ Cfr. DORFMAN, *The regulation of fairness and duty of good faith in english contract law: a relational contract theory assessment*, cit., p. 100. Esistono due tipi di *mistake*: il *mutual mistake* e il *common mistake*. Cfr. CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 676, che ha evidenziato come il *common mistake* si ha quando tutte le parti sono cadute nel medesimo errore: in tal senso, l'errore le accomuna essendo identico, mentre il *mutual mistake* si configura quando, pur essendo tutte le parti incorse in errore, l'errore non sia il medesimo. Nell'ambito del "*mutual mistake*" rientra anche l' "*unilateral mistake*" che si configura quando solo una delle parti è incorsa in errore, come nell'esempio poc'anzi richiamato. Con riguardo all'*unilateral mistake*, si è affermato lo "*snapping up principle*" in base al quale una parte non può trarre vantaggio dall'errore in cui è incorsa la controparte (affermato, per la prima volta, nel caso *Hartog v. Colin & Shields* [1939] 3 All ER 566). Cfr. ancora DORFMAN, *The regulation of fairness and duty of good faith in english contract law: a relational contract theory assessment*, cit., p. 101.

⁵⁵⁴ L'approccio frammentario della *fairness* si evidenzia nell'ambito della Sect. 2 ai sensi della quale «2. *Damages for misrepresentation. (1) Where a person has entered into a contract after a misrepresentation has been made to him by another party thereto and as a result thereof he has suffered loss, then, if the person making the misrepresentation would be liable to damages in respect thereof had the misrepresentation been made fraudulently, that person shall be so liable notwithstanding that the misrepresentation was not made fraudulently, unless he proves that he had reasonable ground (n.d.r. espressione che può tradursi con "ragionevoli motivi") to believe and did believe up to the time the contract was made the facts represented were true.*». Secondo alcuni, il richiamo alla ragionevolezza (i "ragionevoli motivi") porta a ravvisare l'operatività di una clausola di *fairness*. In tal senso, il *duty of disclosure* può considerarsi una sua esplicazione. Cfr. DORFMAN, *op. cit.*, p. 104. La concezione tradizionale non condivide la tesi di un dovere legale di trasparenza, ritenendo la conoscenza una fonte di potere per le parti: una fonte di potere strumentale al perseguimento del proprio interesse e non di quello della controparte. Cfr. DORFMAN, *op. cit.*, p. 104. In questo senso la *doctrine of misrepresentation* costituisce uno strumento a disposizione dell'interprete per consentire alla buona fede di permeare nel contratto, allo scopo di evitare "affari non convenienti. In questo senso, DORFMAN, *op. cit.*, p. 105, che considera la *misrepresentation* come un «essenziale strumento di buona fede».

oggetto un elemento di fatto⁵⁵⁵.

d) La *duress*.

La *duress*, introdotta dalla giurisprudenza di *common*, è un concetto assimilabile a quello di violenza di cui all'art. 1435 c.c., corrispondendo sostanzialmente alla nozione di violenza morale o psichica⁵⁵⁶. Le ipotesi in cui interviene sono quelle in cui una parte, approfittando delle situazioni di difficoltà (legate alle ragioni più varie: economico, psicologico, ecc.) in cui versa l'altra, tragga un vantaggio iniquo dalla conclusione di un contratto⁵⁵⁷. La minaccia può avere ad oggetto anche il rischio del verificarsi di conseguenze economiche disastrose, come quelle connesse all'esercizio di un diritto: ad esempio, l'interruzione dell'esecuzione del contratto allo scopo di ottenere una rinegoziazione o di costringere la parte debole alla sottoscrizione di clausole sfavorevoli. Si parla, al riguardo, di "*economic duress*"⁵⁵⁸.

Anche nell'ambito della *duress* si sono sollevati problemi di *fairness*, sebbene con minore frequenza rispetto alle altre figure.

In tutte queste ipotesi la categoria formalmente chiamata in causa è la *procedural fairness* anche se, di fatto, essa sottintende anche la *substantive fairness*. Infatti, non sembra (ancora) accettabile per la dottrina e la giurisprudenza inglesi ricorrere ad una nozione di "correttezza sostanziale" per risolvere problemi connessi

⁵⁵⁵ Cfr. CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 679, secondo cui la dichiarazione erronea non deve avere ad oggetto un'opinione o un'interpretazione giuridica.

⁵⁵⁶ Non rientra la nozione di violenza fisica, che non solleva problemi di volontà viziata ma di volontà inesistente, sicché il contratto concluso è radicalmente nullo. Il caso di scuola è quello di chi guida la mano della vittima, contro la sua volontà, per farle sottoscrivere il contratto. Cfr. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., p. 262. In origine, si riferiva solo alla violenza fisica. Poi è stata estesa alla pressione psicologica. L'estensione della *duress* ai beni è stata la premessa per ampliarne la portata e ricomprendervi anche la nozione di pressione psicologica. La violenza deve presentare i seguenti caratteri: 1) ingiusta; 2) essenziale. Con riguardo al carattere di ingiustizia, la violenza è ingiusta quando la condotta o il mezzo adoperato sia *ex se illicito* (ad esempio, il puntare un'arma da fuoco alla vittima): Cfr. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 266. Per quanto riguarda il carattere essenziale della violenza, si osserva come non è richiesto che la violenza sia "grave" o che sia la ragione unica o principale della stipula del contratto. Cfr. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 267.

⁵⁵⁷ Cfr. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit., p. 35-36, secondo cui ne sono requisiti essenziali: 1) la minaccia di un male ingiusto (*illegitimate pressure or threat*) alla persona dell'altro contraente o a suoi beni; 2) il rapporto di causalità tra la violenza subita e il compimento dell'atto.

⁵⁵⁸ Ad esempio, nel caso in cui una società stipula un contratto di appalto per la costruzione di una petroliera e, prima della fine dei lavori, stipula un contratto di locazione avente ad oggetto tale petroliera con un'altra società. La società appaltatrice prima della consegna impone una rinegoziazione per ottenere un aumento del compenso. La società committente acconsente solo per evitare di essere inadempiente nei confronti della società conduttrice, in relazione al ritardo che ne sarebbe derivato (caso *North Ocean Shipping Co. Ltd v. Hyundai Construction Co. Ltd.*, *The Atlantic Baron* (1978) 3 All. E.R. 1170. Cfr. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., p. 265.

ad abusi di potere contrattuale o, comunque, in generale, a fallimenti di mercato⁵⁵⁹.

L'impossibilità di un riconoscimento esplicito di un'autonoma rilevanza della *substantive fairness* si spiega in quanto contraria al fondamento del sistema inglese, imperniato sul *metodo induttivo* di interpretazione/creazione del diritto. Questo non significa che la *fairness* (o *substantive fairness* o *good faith*) non esista: infatti, essa sembra esistere e "vivere" nelle applicazioni della *procedural fairness*, cosicché il risultato è che essa appare disciplinata in modo frammentario⁵⁶⁰.

In conclusione, dietro il rimedio dell'annullamento per vizio del consenso sembra nascondersi proprio una sanzione per l'abuso di potere contrattuale.

5. La *fairness*: un presidio della libertà contrattuale?

Tanto premesso occorre interrogarsi sulla ipotizzabilità, *de iure condendo*, di un'unica *doctrine* della *substantive fairness*.

È noto come, nel sistema inglese, sulle parti non sussista alcun obbligo generale di contrattare secondo un criterio di correttezza⁵⁶¹. Al contrario, l'idea di una clausola generale della buona fede, anche se recepita per il tramite del diritto europeo, è criticata in dottrina in quanto vista come un modo intrusivo di interferire con l'impostazione inglese in materia di conclusione ed esecuzione dei contratti⁵⁶². All'opposto, nella negoziazione ciascuna parte persegue il proprio interesse nel modo

⁵⁵⁹ In quest'ottica si assiste ad una difesa ad oltranza di una "congiura del silenzio" con riguardo alla sua operatività che, tuttavia, le categorie del diritto europeo hanno messo in discussione, mediante il recepimento di clausole generali quali la "*good faith*".

⁵⁶⁰ Cfr. DORFMAN, *The regulation of fairness and duty of good faith in english contract law: a relational contract theory assessment*, cit. p. 100.

⁵⁶¹ Cfr. DORFMAN, *op. cit.*, p. 92. Diversa è la situazione in altri Stati come il Canada e gli Stati Uniti e l'Australia dove, nell'ambito di alcuni contratti, come quelli assicurativi, la buona fede sembra costituire una regola generalizzata. Con riguardo al Canada, si rinvia per approfondimenti a: TARR, *Growing good faith in contracts*, in *Journal business law*, 2015, p. 410: secondo la quale, con riguardo alle recenti determinazioni della giurisprudenza canadese, «*In resolving in favour of Bhasin, the Supreme Court of Canada noted that Anglo-Canadian common law "has resisted acknowledging any generalized and independent doctrine of good faith in the performance of contracts", with the consequence that the common law is piecemeal, unsettled and unclear. The court concluded that two incremental steps were necessary to make the common law more coherent and more just, namely: acknowledge that good faith contractual performance is a general organising principle of the common law of contract which underpins and informs the various rules in which the common law, in various situations and types of relationships, recognises obligations of good faith contractual performance; recognise, as a further manifestation of this organising principle of good faith, that there is a common law duty which applies to all contracts to act honestly in the performance of contractual obligations.*»: caso *Bhasin v Hrynew* (2014) SCC 71.

⁵⁶² Cfr. WHITTAKER, *Theory and Practice of the "general clause" in English Law: General norms and the Structuring of Judicial Discretion*, cit., p. 68.

più soddisfacente possibile anche a scapito dell'altra, ossia anche se il negoziare si rivelasse contrario ad un principio di "*fair open dealing*"⁵⁶³.

Dunque, è la "*unfairness*", quale espressione del principio della *freedom of contract*, a costituire la regola generale, in coerenza con la logica "*adversarial*" proiettata sull'autoresponsabilizzazione di ogni parte⁵⁶⁴. Una regola, o meglio sarebbe chiamarlo principio, la cui portata tuttavia è stata erosa nel corso del tempo da parte della giurisprudenza, come poc'anzi osservato, per effetto dell'introduzione di figure quali la *undue influence*, l'*unconsciability*, la *duress* e, di recente, per effetto dell'introduzione di normative europee di settore a tutela della parte debole e, tra queste, soprattutto del consumatore. Sicché è lecito dubitare della sua attuale ed effettiva portata.

Invero, nel corso degli ultimi anni, la validità di tale impostazione tradizionale individualista è stata messa in discussione dalla teoria relazionale del contratto («*relational theory of contract*»⁵⁶⁵). Infatti, la libertà contrattuale (*freedom of contract*) può considerarsi effettivamente tale solo su un piano legale (si parla, al riguardo, di libertà negativa ossia di libertà che trova il suo presupposto nell'assenza di regole), in quanto sotto il profilo sociale ed economico l'uomo non è libero in senso assoluto⁵⁶⁶. In particolare, contro l'impostazione individualista, si è osservato che è vero che la libertà contrattuale consiste nell'assenza di regole, ma non bisogna trascurare come essa stessa sia il prodotto della regola⁵⁶⁷. In questa prospettiva un ruolo sempre più crescente rivestono le «*collaboration clauses*»⁵⁶⁸, che hanno posto i giudici inglesi di fronte a nuovi problemi come quello del rapporto tra tali clausole e la *good faith*⁵⁶⁹.

⁵⁶³ Cfr. DORFMAN, *The regulation of fairness and duty of good faith in english contract law: a relational contract theory assessment*, cit., p. 92.

⁵⁶⁴ In particolare, con riguardo alla *freedom of contract*, si osserva come la categoria dell'*unfairness* esprima l'idea di un libertà assoluta della parte, il cui solo limite è rappresentato dallo stesso contratto concluso e, quindi, un limite che si è autonomamente posta. In tal senso, DORFMAN, *op. cit.*, p. 97. Vedi anche TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, cit., p. 106.

⁵⁶⁵ Cfr. DORFMAN, *The regulation of fairness and duty of good faith in english contract law: a relational contract theory assessment*, cit., p. 98.

⁵⁶⁶ Cfr. DORFMAN, *op. cit.*, p. 97.

⁵⁶⁷ Cfr. DORFMAN, *op. cit.*, p. 98.

⁵⁶⁸ Se si guarda alla prassi commerciale e, quindi, ai modelli di contratto conclusi tra imprese dette clausole ricorrono con frequenza. Si tratta di clausole che prevedono obblighi di onestà, fedeltà: anche se non menzionano esplicitamente la buona fede ad essa fanno riferimento mediante l'utilizzo di espressioni quali, ad esempio, «*mutual trust and cooperation*» and «*in a cooperative and collaborative manner*». Cfr. JACKSON, *Good faith revisited*, in *Construction Law Journal*, 2014, 30(8), p. 379.

⁵⁶⁹ Cfr. JACKSON, *op. cit.*, p. 380: «*Indeed, the use of such clauses seems to have become the norm*

Così, è stata proposta una lettura alternativa delle *doctrines of unconsciability, undue influence, duress, misrepresentation* e *mistake*. In particolare, si è sostenuto che le stesse siano state introdotte dalla giurisprudenza non tanto per stemperare il rigore dalla *unfairness* quanto per *regolare implicitamente* la *fairness*, che quindi, almeno secondo una parte della dottrina⁵⁷⁰, dovrebbe considerarsi *tacitamente contemplata* nel diritto contrattuale inglese. Infatti, dette *doctrines* sembrano necessarie per assicurare la *solidarietà sociale*⁵⁷¹.

Da un punto di vista di analisi comparata, pur prendendo atto della diversa metodologia (induttiva) che connota il sistema inglese, non mi pare che il risultato cui si giunga sia così distante da quello esistente nel nostro ordinamento. Infatti, nel corso del secondo capitolo, si è più volte fatto cenno al connubio esistente tra clausola della buona fede e solidarietà sociale, osservando come la solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. costituisca il fondamento costituzionale della clausola della buona fede.

Dunque, riprendendo il quesito iniziale relativo alla possibilità di ipotizzare un'unica *doctrine* della *substantive fairness* slegata dalla *procedural fairness*, nel panorama dottrinale e giurisprudenziale inglesi si ravvisano posizioni discordanti.

Una risposta al quesito, innanzitutto, impone di prendere in esame quelle che sono le esigenze insuperabili nel diritto dei contratti: 1) la libertà contrattuale; 2) la certezza dei traffici commerciali; 3) la protezione della parte contrattuale debole⁵⁷².

Come osservato in dottrina, il conflitto tra queste istanze contrapposte non è un altro che un confronto tra «*individualism market*» e «*consumer welfarism*»⁵⁷³.

Secondo alcuni occorre unificare le categorie della *undue influence* e della *unconsciability* sotto un'unica *doctrine* della *unconsciability* mentre altri hanno proposto di accomunare i rimedi considerati sotto la generale *doctrine of inequality*

rather than the exception. The question is how such clauses will operate in practice, especially in contentious situations.»

⁵⁷⁰ Cfr. DORFMAN, *The regulation of fairness and duty of good faith in english contract law: a relational contract theory assessment*, cit., p. 92.

⁵⁷¹ Cfr. DORFMAN, *op. cit.*, p. 99: Tuttavia, la "*fairness*" intesa come presidio della solidarietà sociale non deve intendersi come un parametro soggettivo bensì oggettivo in quanto è l'unico idoneo a rivelare le vere intenzioni delle parti.

⁵⁷² Cfr. THOMAS, *What role should substantive fairness have in the english law of contract? An overview of law*, cit., p. 191.

⁵⁷³ Cfr. ADAMS, BROWNSWORD, *The Ideologies of Contract Law*, in *Legal Studies*, (1987) 7, p. 205; THOMAS, *op. cit.*, p. 191.

*of bargaining power*⁵⁷⁴. Ne deriverebbe l'effetto positivo di promuovere la conclusione di contratti in mercati non competitivi. Altri, invece, sostengono che essa favorirebbe il contraente debole "impedendogli" di stipulare contratti che lo facciano cadere nella povertà assoluta.⁵⁷⁵

A queste posizioni favorevoli se ne sono contrapposte altre sfavorevoli⁵⁷⁶ alla elaborazione di una *doctrine della substantive fairness*. Le ragioni a sostegno della tesi negativa sono:

1) solo al potere legislativo compete di occuparsi di tali questioni;

2) si pregiudica la certezza dei traffici: in ogni contratto sono ravvisabili potenziali profili di squilibrio⁵⁷⁷;

3) la salvaguardia della dimensione concreta della *fairness*: infatti, le singole *doctrines* presentano tratti peculiari che è bene tener separati, proprio al fine di assicurare una dimensione concreta alla *fairness*, che altrimenti perderebbe la sua forza⁵⁷⁸. In altri termini, un'unificazione si rivelerebbe controproducente in quanto la svuoterebbe di significato, rendendola una categoria astratta inoperante, ossia priva di effettività;

4) si pongono problemi di ordine probatorio: come provare l'ingiustizia contrattuale?

5) la sua autonoma rilevanza comprometterebbe la giustizia distributiva e, quindi, l'efficienza del mercato in quanto sarebbero precluse a monte operazioni

⁵⁷⁴ Cfr. THOMAS, *op. cit.*, p. 189.

⁵⁷⁵ Cfr. THOMAS, *op. cit.*, p. 192.

⁵⁷⁶ Cfr. SMITH, *In Defence of Substantive Unfairness*, in *Law Quarterly Review*, 1996, 112 p. 138.

⁵⁷⁷ La parità contrattuale è oltremodo una rara evenienza, essendo «la disparità di potere contrattuale la forza trainante di una società capitalistica in quanto il mercato risponde alle variazioni di rapporti di domanda-offerta». Cfr.: THOMAS, *op. cit.*, p. 193: «*Perfect equality of bargaining power is rare; indeed, inequality of bargaining power is part of the driving force of a capitalist society, as the market responds to the shift in supply-and-demand ratios*».

⁵⁷⁸ Cfr. THOMAS, *What role should substantive fairness have in the english law of contract? An overview of law*, cit., p. 190: «*The first and most important policy consideration must be the need for security in receipts. The broad-brush approach to inequality of bargaining power advocated by Lord Denning M.R., coupled with the fact that every transaction will be happening in the context of a relationship which is unequal to some degree, leads to an unacceptable degree of transactional uncertainty. Moreover, this principle applies equally to donors: the courts should not restrict individuals' freedom to be extravagantly generous, particularly given that so many of the cases concern people wishing to reverse transactions made before an elderly relative's death. People should be free to engage in such transactions without fear that they will be held to be unenforceable after death on the basis of an ill-defined jurisdiction to correct cases involving inequality of bargaining power. The second reason why the distinction between the three doctrines should be maintained is that, as it stands, the common law maintains a fine balance of the factors involved in each doctrine so that they should neither be too protectionist nor too harsh towards the vulnerable. This balance should be maintained for fairness*».

contrattuali non espressive di un mercato perfettamente concorrenziale⁵⁷⁹;

6) una valutazione alla luce della *substantive fairness* si tradurrebbe in un giudizio di una "generale esternalità negativa" («*general negative externality*»⁵⁸⁰) che però concernerebbe solo quei contratti in cui una delle parti si trova in una situazione di debolezza psicologica. Così, da una parte, vi è il rischio di un giudizio disancorato a dei criteri verificabili, non potendosi stabilire *a priori* chi tra le due è la parte debole, con conseguente pregiudizio per la certezza del diritto, dall'altra, questo *modus procedendi* porterebbe a ravvisare profili di debolezza in ogni contratto, essendo inevitabili in un certo senso le situazioni di asimmetria contrattuale.

Secondo questa impostazione la *substantive fairness* è inidonea a garantire l'autonomia contrattuale, che al contrario può essere garantita solo dal principio della *sanctity of contract*⁵⁸¹.

Orbene, tra tutte le argomentazioni della tesi negativa quella che appare davvero insuperabile è quella di ordine probatorio (la n. 4) : come provare che la non congruità tra le prestazioni e, quindi, l'ingiustizia contrattuale, è il risultato di un

⁵⁷⁹ Cfr. THOMAS, *op. cit.*, p. 192.

⁵⁸⁰ Cfr. THOMAS, *op. cit.*, p. 192.

⁵⁸¹ Cfr. THOMAS, *op. cit.*, p. 193, secondo cui i giudici sono del tutto inadeguati a giudicare il carattere di giustizia o meno di un contratto, soprattutto nei casi in cui non si sono riscontrati vizi nella formazione del consenso. Secondo l'Autore, l'unica via è sostenere una fittizia sostituzione del giudice alla parte debole per individuare l'opzione più soddisfacente al momento di conclusione del contratto. Tuttavia, residuano delle perplessità: in base a quale criterio è possibile considerare il grado di soddisfazione di un'opzione? Inoltre, i problemi maggiori si riscontrano nell'ambito della contrattazione di massa. I contratti conclusi secondo il modello del "*take it or leave it*" (quelli che nel nostro ordinamento sono chiamati i contratti predisposti su modulo o formulario *ex art. 1342 c.c.*, i c.d. contratti per adesione) imporrebbero, infatti, di comprendere se ci sono alternative migliori per il consumatore. Ma si tratta di una materia, quella dei contratti di consumo, già ampiamente disciplinata dal legislatore e dove il Legislatore interviene non c'è spazio per la *common law*. Cfr. ancora THOMAS, *op. cit.*, p. 195. In conclusione, secondo tale dottrina, la *substantive fairness* può svolgere un ruolo ma nei limiti già definitivi dalla *procedural fairness*. Infatti, solo il legislatore è competente a legiferare con riguardo a gruppi di interesse. Diversamente ragionando, ossia riconoscendo alla *common law* il potere di sindacare il contratto in base alla *substantive fairness*, infatti si concretizza il rischio di compromettere l'autonomia contrattuale. THOMAS, *op. cit.*, p. 195: «*Consequently, the notion that substantively unfair contracts should be overseen by the courts does have some currency; there are both statutory and non-statutory instances in which the court will explicitly intervene to correct a substantively unfair bargain, and substantive unfairness has a key role to play in the doctrines of procedural unfairness of duress, undue influence and unconscionability, such that substantively unfair bargains are in practice often set aside by the courts. However, any wider common law jurisdiction to regulate substantive fairness should be rejected, on the basis that it impinges on contractual freedom and consequently on individual autonomy. In so far as such a balancing act does need to be carried out, it should be left to the legislature, on the basis that they have the ability to take a wide view of the different interest groups concerned, whereas the courts are necessarily circumscribed in their ability to assess the fairness of a contract. In any case, it is not obvious that there is currently a lacuna in the law and the current law seems to provide adequate protection against unconscionability.*».

abuso negoziale e non di una libera autodeterminazione delle parti? Una questione che, anche nel nostro ordinamento, ha sollevato accesi dibattiti in merito al ruolo della buona fede.

Si condivide, tra le due, la tesi positiva dell'unificazione in quanto preludio, *de iure condendo*, della configurazione della buona fede come clausola generale.

In ogni caso certo è che è la *substantive fairness* - e non più la *unfairness* - a costituire un presidio dell'autonomia contrattuale e, quindi, del principio della *freedom of contract*⁵⁸².

Viepiù che la Carta dei diritti fondamentali di Nizza sancisce il divieto di abuso del diritto (art. 54), attribuendo implicitamente valore fondamentale all'autonomia negoziale, che non può subire restrizioni ("abusi") per effetto del dispiegarsi della altrui libertà contrattuale. Ma, allora, occorre chiedersi quali potrebbero essere dei *correttivi* agli abusi di autonomia contrattuale?

Alcuni hanno proposto la strada del "prezzo imposto"⁵⁸³. Si tratta, tuttavia, di un'opzione che è stata quasi subito accantonata in quanto né il legislatore né le corti possono conoscere effettivamente il valore della prestazione più conveniente per le parti⁵⁸⁴. Nessuno, meglio delle parti, è in grado di curare i propri affari⁵⁸⁵.

Altri hanno proposto la strada dell'equità correttiva. Non a caso, il diritto inglese ha una matrice equitativa e, quindi, l'equità costituisce una figura chiave per comprendere la teoria generale dei vizi del consenso. Equità che deve leggersi come «forma di riconoscimento di correttezza e buona fede nelle condotte umane e criterio

⁵⁸² Cfr. THOMAS, *op. cit.*, p. 193: «*Rather, Smith submits that the reason why substantive unfairness should be treated by the courts as a reason to void a contract is because it harms individual autonomy: I plan my life based on the choice which I believe my purchasing power will offer me, and this planning is disrupted where a contract is substantively unfair. Of course, the common law cannot shield me from all unexpected variations in market price, but it could at least protect me from such obvious, avoidable, undesired and unjustified uncertainty. An autonomous life requires self-direction, not just freedom from coercion, which is why control of procedural unfairness alone is inadequate. Smith goes on to refine this analysis by considering how such a jurisdiction to control substantive unfairness would work in practice: setting fixed prices would not be desirable, as contracting parties are generally better able than the courts to set contracts at mutually attractive prices. Furthermore, not all contracts at abnormal prices upset planning*».

⁵⁸³ Cfr. THOMAS, *op. cit.*, p. 193.

⁵⁸⁴ Cfr. THOMAS, *op. cit.*, p. 193.

⁵⁸⁵ Cfr. SMITH, *In Defence of Substantive Unfairness*, *cit.*, p. 138. Le maggiori difficoltà nel ravvisare situazioni di ingiustizia contrattuale si hanno quando tra il prezzo convenuto e il prezzo risultante dalla prassi commerciale è minima. Viceversa, lo scostamento significativo potrebbe considerarsi sintomatico di un abuso contrattuale purché l'atto negoziale non sia donativo ovvero il valore sia congruo e proporzionato ma erroneamente interpretato dalla parte ovvero nel caso in cui la parte non abbia volutamente attribuito rilievo al valore economico della prestazione.

di valutazione della genuinità del consenso contrattuale»⁵⁸⁶.

In tal senso si potrebbe ritenere che la portata eversiva della *substantive fairness* è stata arginata mediante l'introduzione di canalizzazioni di matrice giurisprudenziale allo stesso modo di quanto avviene (o, meglio, dovrebbe avvenire) per le clausole generali che operano nel nostro ordinamento. È chiaro, allora, che solo nei limiti di tali "canalizzazioni", che postulano un'applicazione frammentaria della *substantive fairness*, possa parlarsi di essa come di una clausola generale, o meglio di un "*general legal umbrella*".

Nel nostro ordinamento il caso non rientrante nella canalizzazione già tracciata dai *Fallkruppen* non resta privo di disciplina, essendo la clausola generale integrata da parametri valoriali (es. solidarietà sociale), che rappresentano una "fonte" per l'elaborazione giurisprudenziale di nuove regole tipizzate, ammissibili a condizione di fissare dei presupposti operativi sufficientemente astratti, certi e definiti. Detta produzione giurisprudenziale di regole presenta dei punti di contatto con il sistema inglese. Infatti, la stessa attività individuazione dei presupposti di operatività di una clausola generale è tipica delle corti inglesi. Non si tratta, infatti, semplicemente di individuare i presupposti su cui si fonda la decisione giudiziale bensì di rendere tali presupposti oggetto di un processo di astrazione affinché siano applicabili a tutti i casi analoghi a quello deciso.

6. La prospettiva giurisprudenziale

Orbene, si è detto che nel sistema inglese il metodo di elaborazione ed applicazione delle regole è induttivo (ossia va dal particolare al generale), sicché occorre comprendere come esso si atteggi sotto un profilo pragmatico, di fronte alle categorie del diritto europeo e alle relative logiche inferenziali che caratterizzano il processo (deduttivo) di individuazione della regola del caso. Quindi, occorre chiedersi se l'interprete inglese, a fronte di un caso che non rientri nella disciplina contenuta nelle "regole" esistenti, sia disponibile o meno ad applicare, ed entro quali limiti (dettati dal diverso metodo di interpretazione), la clausola generale europea⁵⁸⁷. Il tradizionale approccio della giurisprudenza inglese nei confronti della buona fede, come noto, è negativo.

⁵⁸⁶ In questi termini: CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, p. 675.

⁵⁸⁷ Cfr. CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 735.

Si richiama, al riguardo, il caso *Walford v. Miles*⁵⁸⁸, nell'ambito del quale si era affermata l'inesistenza di un dovere di condurre le trattative secondo buona fede⁵⁸⁹. Per la *Supreme Court* è possibile per la parte interrompere le trattative fino a quando vi sia una "ragionevole giustificazione", anche qualora la buona fede precontrattuale sia esplicitamente invocata nella trattativa⁵⁹⁰. Del resto, come sostenuto dalla Corte inglese, nella persona di Lord Ackner, come si può sindacare tale accordo? («*How is the court to police such an 'agreement'?*»). Alcuni hanno ricondotto questa preclusione della buona fede nell'ambito delle trattative a ragioni di ordine pubblico, in quanto la *freedom of contract* comprende non solo una libertà positiva di stipulare contratti ma anche una libertà negativa, per cui le parti sono libere da ogni obbligazione finché il contratto non è concluso: questa tesi, secondo alcuni, è inidonea a giustificare una preclusione generale della buona fede e, quindi, ad escludere anche la buona fede contrattuale/esecutiva⁵⁹¹.

Un'altra ragione ostativa alla sua inclusione nel sistema inglese è data dalla sua assimilazione ad un «*agreement to agree*»⁵⁹². L'obbligo generale di agire in buona fede, secondo la giurisprudenza inglese, non può avere un «*legal content*», in relazione all'incertezza connaturata al suo *deficit* di vincolatività⁵⁹³.

Distinguendo tra "*good faith negotiation clauses*" e "*good faith negotiation agreements*" (a cui potrebbe farsi corrispondere, a grandi linee, la distinzione tra buona fede contrattuale e buona fede precontrattuale), si è detto inoltre che l'incertezza, da cui dipenderebbe l'inapplicabilità della buona fede, riguarderebbe

⁵⁸⁸ *Walford v. Miles* (1992) 2 WLR 174.

⁵⁸⁹ Di seguito un passaggio della sentenza: «*However, the concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations. Each party to the negotiations is entitled to pursue his (or her) own interest, so long as he avoids making misrepresentations. To advance that interest he must be entitled, if he thinks it appropriate, to threaten to withdraw from further negotiations or to withdraw in fact in the hope that the opposite party may seek to reopen the negotiations by offering him improved terms... (omissis)...A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of a negotiating party. It is here that the uncertainty lies. In my judgment, while negotiations are in existence either party is entitled to withdraw from these negotiations, at any time and for any reason. There can be thus no obligation to continue to negotiate until there is a 'proper reason' to withdraw.*».

⁵⁹⁰ In tal senso CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 722.

⁵⁹¹ Cfr. HOSKINS, *Contractual obligations to negotiate in good faith: faithfulness to the agreed common purpose*, in *Law Quarterly Review*, 2014, 130(Jan), p. 133.

⁵⁹² Cfr. HOSKINS, *op. cit.*, p. 134.

⁵⁹³ Cfr. HOSKINS, *op. cit.*, p. 136, il quale, pur criticando l'equiparazione dell'obbligo generale di agire in buona fede alla figura dell'*agreement to agree* ha sostenuto che «*An obligation to negotiate in good faith necessarily demonstrates that the parties have not reached agreement on the matters requiring negotiation*».

soprattutto la fase antecedente la stipula del contratto, ossia la trattativa⁵⁹⁴. Infatti, è difficile "specificare" il contenuto della buona fede in un contesto in cui le parti non si sono accordate sui termini dell'affare. Viceversa, una volta concluso il contratto, se la buona fede viene inserita in un contratto composto da clausole con un contenuto specifico è più agevole contestualizzarla e, quindi, attribuirle concretezza⁵⁹⁵.

Un altro caso che ha avuto una forte risonanza è stato il caso *Director general of fair trading V. First National Bank*, che ha costituito altresì il *leading case* sulla normativa inglese di attuazione della direttiva europea 93/13⁵⁹⁶.

Oggetto della controversia era la validità di una clausola di un contratto di mutuo che prevedeva nel caso di inadempimento degli obblighi di restituzione da parte del mutuatario, il diritto della banca di pretendere da quest'ultimo il pagamento, gli interessi e la sopportazione dei costi processuali, che secondo la Direzione Generale della correttezza costituiva una clausola vessatoria e, pertanto, agiva in giudizio per inibirne l'utilizzo alla banca⁵⁹⁷. La *House of Lords* non accoglieva la domanda della Direzione Generale, ritenendo la clausola contrattuale non abusiva.

Orbene, la rilevanza di detta pronuncia è data dalla circostanza che è la *prima* a confrontarsi direttamente con la clausola generale europea della buona fede. In particolare, la Suprema Corte la identifica con l'espressione «*fair and open dealing*»

⁵⁹⁴ Cfr. HOSKINS, *op. cit.*, p. 157.

⁵⁹⁵ Cfr. HOSKINS, *op. cit.*, p. 157: «*The cases also suggest that the courts will enforce intended obligations to negotiate in good faith, upholding freedom of contract, where the parties' agreement provides a sufficiently certain framework for negotiations which the court can police*».

⁵⁹⁶ *Director general of fair trading V. First National Bank* [2001] UKHL 52, [2002] 1 AC 481, [2002] 1 All ER 97, [2002] 1 Lloyd's Rep 489, [2001] 3 WLR 129. In realtà, il caso in questione concerneva la disciplina delle *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1994 (SI 1994/3159), poi sostituita dall' *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1999 (SI 1999/2083) che ha recepito la Direttiva europea 93/13. Infatti, veniva sollevato anche un problema di individuazione della legge applicabile, risolto in favore della normativa più recente. Per una panoramica sulla normativa inglese di recepimento di tale direttiva si rinvia a: ALPA, *Brevi note sulle proposte di riforma della disciplina delle clausole vessatorie nel Regno Unito*, in *Contr.*, 2005, I, p. 91.

⁵⁹⁷ Cfr. CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 716. Il risultato cui giungeva tale clausola era quello di rendere più oneroso il debito dei mutuatari inadempienti.

ossia "condotta corretta e aperta"⁵⁹⁸. Definizione elaborata in un precedente caso⁵⁹⁹ e che viene da essa precisata, ritenendo integrata la violazione della buona fede in senso sostanziale (*substantive fairness*) in presenza di una condotta che deliberatamente o inconsapevolmente trae un vantaggio da una situazione di bisogno del consumatore o dall'assenza di una sua competenza tecnica con riguardo al bene o dalla sua inesperienza. La buona fede presa in esame non è quella di tipo soggettivo, bensì oggettivo.

7. Segue. Il riconoscimento della buona fede: il "caso Yam Seng"

Negli ultimi anni, la giurisprudenza inglese si è maggiormente sensibilizzata con riguardo al tema della buona fede, non considerandola più antitetica alla "logica *adversarial*" che caratterizza tradizionalmente l'agire negoziale. Tuttavia non è dato ravvisare un atteggiamento costante al riguardo.

Si procederà, in via preliminare, con l'esame di una recente vicenda giudiziale

⁵⁹⁸ Di seguito un passo della pronuncia: «*Good faith imports, as Lord Bingham has observed in his opinion, the notion of open and fair dealing: see also Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd [1989] QB 433...(omissis)...The requirement of good faith in this context is one of fair and open dealing. Openness requires that the terms should be expressed fully, clearly and legibly, containing no concealed pitfalls or traps. Appropriate prominence should be given to terms which might operate disadvantageously to the customer. Fair dealing requires that a supplier should not, whether deliberately or unconsciously, take advantage of the consumer's necessity, indigence, lack of experience, unfamiliarity with the subject matter of the contract, weak bargaining position or any other factor listed in or analogous to those listed in Schedule 2 of the regulations. Good faith in this context is not an artificial or technical concept; nor, since Lord Mansfield was its champion, is it a concept wholly unfamiliar to British lawyers. It looks to good standards of commercial morality and practice. Regulation 4(1) lays down a composite test, covering both the making and the substance of the contract, and must be applied bearing clearly in mind the objective which the regulations are designed to promote.*».

⁵⁹⁹ Con riguardo alla definizione elaborata nel caso *Interfoto Picture Library Ltd v Stiletto Visual Programmes Ltd*: «*In many civil law systems, and perhaps in most legal systems outside the common law world, the law of obligations recognises and enforces an overriding principle that in making and carrying out contracts parties should act in good faith. This does not simply mean that they should not deceive each other, a principle which any legal system must recognise; its effect is perhaps most aptly conveyed by such metaphorical colloquialisms as "playing fair," "coming clean" or "putting one's cards face upwards on the table." It is in essence a principle of fair and open dealing. In such a forum it might, I think, be held on the facts of this case that the plaintiffs were under a duty in all fairness to draw the defendants' attention specifically to the high price payable if the transparencies were not returned in time and, when the 14 days had expired, to point out to the defendants the high cost of continued failure to return them. English law has, characteristically, committed itself to no such overriding principle but has developed piecemeal solutions in response to demonstrated problems of unfairness. Many examples could be given. Thus equity has intervened to strike down unconscionable bargains. Parliament has stepped in to regulate the imposition of exemption clauses and the form of certain hirepurchase agreements. The common law also has made its contribution, by holding that certain classes of contract require the utmost good faith, by treating as irrecoverable what purport to be agreed estimates of damage but are in truth a disguised penalty for breach, and in many other ways.*».

le cui coordinate fattuali sono di seguito descritte.

La società inglese ITC Ltd e la società singaporiana *Yam Seng Pte Ltd* stipulano un contratto di distribuzione in esclusiva di profumi e prodotti da *toilette*, in relazione a determinati Stati del Medioriente, Asia, Africa, Australasia per il periodo che andava dall'aprile 2009 al marzo del 2010, poi prorogato fino al dicembre 2011.

La *Yam Seng* conviene in giudizio per danni la ITC, davanti la *High Court of Justice*, per inadempimento contrattuale (*breach of contract*⁶⁰⁰) e per *misrepresentation*, lamentando una serie di comportamenti scorretti della ITC, in quanto 1) quest'ultima non aveva ancora avviato la registrazione del marchio (*license agreement*) per i prodotti da *toilette* sicché i medesimi non avrebbero potuto essere commercializzati; 2) aveva ripetutamente ritardato nella fornitura dei prodotti; 3) aveva applicato prezzi più competitivi rispetto a quelli concordati con la somministrata; 4) aveva falsamente assicurato alla *Yam Seng* che era prossima ad ottenere la registrazione del marchio in Cina. Dette accuse furono tutte respinte dalla controparte la quale, con riguardo ai ritardi nella consegna, ribadiva che essi dipendevano dai tempi di fabbricazione e che il programma degli ordini di consegna della merce stilato dalla *Yam Seng* aveva carattere indicativo e non vincolante.

Le questioni sottoposte alla *High Court of Justice - Queen's Bench Division* - nella persona del giudice Mr Luggatt, sono le seguenti:

- 1) vi era un obbligo di comportarsi secondo buona fede in capo alla ITC?
- 2) vi era stata una sua violazione?
- 3) tale violazione giustificava la rottura del contratto⁶⁰¹?

Orbene, la Corte inglese accolse la domanda di risarcimento della società singaporiana, ritenendo che la condotta della ITC, consistente in false dichiarazioni (*misrepresentation*), fosse stata tenuta in "*bad faith*" e che, conseguentemente, la

⁶⁰⁰ La formula "*breach of contract*" indica «l'inadempimento contrattuale imputabile a dolo o a colpa del debitore». V. CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, cit., p. 417-418, che distingue, inoltre, tra «*actual breach*», che si ha quando la mancata esecuzione del contratto è reale essendosi verificato un fatto oggettivo come la scadenza del termine (mancata esecuzione che può essere in senso assoluto o totale ovvero relativo o parziale, a seconda che il debitore non abbia affatto eseguito la propria prestazione ovvero l'abbia eseguita in parte) e «*anticipatory breach*» che si configura quando il termine di adempimento non è scaduto ma il debitore ha dichiarato esplicitamente di non voler adempiere ovvero abbia assunto un comportamento del tutto incompatibile con la volontà di rispettare l'impegno assunto.

⁶⁰¹ «*Three issues arise: (1) what, if any, relevant obligation did ITC have under the Agreement; (2) was ITC in breach of that obligation; and (3) if so, did the breach justify the termination of the Agreement?*».

Yam Seng non avrebbe stipulato alcun contratto di distribuzione, o comunque lo avrebbe stipulato in un momento successivo, se fosse stata messa a conoscenza che alcuna procedura di registrazione del marchio era stata avviata dalla ITC. Da tale condotta, infatti, erano derivate una perdita e i danni connessi alla sua immagine.

L'importanza della pronuncia in parola ruota intorno al riconoscimento dell'esistenza del dovere di buona fede contrattuale ("*fairness*"). La Corte inglese sancì per la prima volta, anche se sotto la forma di *implied term by fact* (e non quella dell'*implied term by law*), che il dovere di buona fede non può più considerarsi estraneo all'ordinamento giuridico inglese per molteplici ragioni, tra cui quella per cui la buona fede è una categoria del diritto europeo⁶⁰².

Del resto, fin dall'inizio, nella normativa inglese di recepimento di quella europea in materia di contratti di consumo la buona fede è stata esplicitamente contemplata.

La difficoltà di un suo riconoscimento - è stato detto - non è determinata tanto da una contrapposizione esistente tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law* - ossia tra paternalismo continentale e individualismo anglosassone⁶⁰³. Infatti, in alcuni

⁶⁰² «124 *In refusing, however, if indeed it does refuse, to recognise any such general obligation of good faith, this jurisdiction would appear to be swimming against the tide. As noted by Bingham LJ in the Interfoto case, a general principle of good faith (derived from Roman law) is recognised by most civil law systems – including those of Germany, France and Italy. From that source references to good faith have already entered into English law via EU legislation. For example, the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, which give effect to a European directive, contain a requirement of good faith. Several other examples of legislation implementing EU directives which use this concept are mentioned in Chitty on Contract Law (31st Ed), Vol 1 at para 1-043. Attempts to harmonise the contract law of EU member states, such as the Principles of European Contract Law proposed by the Lando Commission and the European Commission's proposed Regulation for a Common European Sales Law on which consultation is currently taking place, also embody a general duty to act in accordance with good faith and fair dealing. There can be little doubt that the penetration of this principle into English law and the pressures towards a more unified European law of contract in which the principle plays a significant role will continue to increase.*».

⁶⁰³ «It would be a mistake, moreover, to suppose that willingness to recognise a doctrine of good faith in the performance of contracts reflects a divide between civil law and common law systems or between continental paternalism and Anglo-Saxon individualism. Any such notion is gainsaid by that fact that such a doctrine has long been recognised in the United States. The New York Court of Appeals said in 1918: "Every contract implies good faith and fair dealing between the parties to it": *Wigand v Bachmann-Bechtel Brewing Co*, 222 NY 272 at 277. The Uniform Commercial Code, first promulgated in 1951 and which has been adopted by many States, provides in section 1-203 that "every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement." Similarly, the Restatement (Second) of Contracts states in section 205 that "every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and enforcement." 126 *In recent years the concept has been gaining ground in other common law jurisdictions. Canadian courts have proceeded cautiously in recognising duties of good faith in the performance of commercial contracts but have, at least in some situations, been willing to imply such duties with a view to securing the performance and enforcement of the*

Paesi facenti parte del *Commonwealth* delle Nazioni, come l'Australia, tale clausola ha già ricevuto un esplicito riconoscimento da parte della giurisprudenza⁶⁰⁴. Nell'ottica della Corte la buona fede non rappresenta uno strumento eversivo e, pur con le opportune cautele, deve essere applicata dall'interprete, divenendo un *presidio* a garanzia della certezza dei traffici commerciali.

Questo orientamento poggia le sue basi in un cambio di prospettiva della Corte, esplicitato nel seguente passaggio: «i contratti, come tutte le comunicazioni umane, sono realizzati in un contesto di intese condivise non dichiarate, che informano il loro significato... (*omissis*)... tale contesto comprende non solo gli elementi di fatto conosciuti dalle parti ma anche *i valori condivisi e le norme di comportamento*»⁶⁰⁵.

contract or, as it is sometimes put, to ensure that parties do not act in a way that eviscerates or defeats the objectives of the agreement that they have entered into: see e.g. Transamerica Life Inc v ING Canada Inc (2003) 68 OR (3d) 457, 468.1 27 In Australia the existence of a contractual duty of good faith is now well established, although the limits and precise juridical basis of the doctrine remain unsettled. The springboard for this development has been the decision of the New South Wales Court of Appeal in Renard Constructions (ME) Pty v Minister for Public Works (1992) 44 NSWLR 349, where Priestley JA said (at 95) that: "...people generally, including judges and other lawyers, from all strands of the community, have grown used to the courts applying standards of fairness to contract which are wholly consistent with the existence in all contracts of a duty upon the parties of good faith and fair dealing in its performance. In my view this is in these days the expected standard, and anything less is contrary to prevailing community expectations." 128 Although the High Court has not yet considered the question (and declined to do so in Royal Botanic Gardens and Domain Trust v Sydney City Council (2002) 186 ALR 289) there has been clear recognition of the duty of good faith in a substantial body of Australian case law, including further significant decisions of the New South Wales Court of Appeal in Alcatel Australia Ltd v Scarcella (1998) 44 NSWLR 349, Burger King Corp v Hungry Jack's Pty Ltd [2001] NSWCA 187 and Vodafone Pacific Ltd v Mobile Innovations Ltd [2004] NSWCA 15. 129 In New Zealand a doctrine of good faith is not yet established law but it has its advocates: see in particular the dissenting judgment of Thomas J in Bobux Marketing Ltd v Raynor Marketing Ltd [2002] 1 NZLR 506 at 517. 130 Closer to home, there is strong authority for the view that Scottish law recognises a broad principle of good faith and fair dealing: see the decision of the House of Lords in Smith v Bank of Scotland, 1997 SC (HL) 111 esp. at p. 121 (per Lord Clyde).»

⁶⁰⁴ *Alcatel Australia Ltd v Scarcella* (1998) 44 NSWLR 349; *Burger King Corp v Hungry Jack's Pty Ltd* [2001] NSWCA 187; *Vodafone Pacific Ltd v Mobile Innovations Ltd* [2004] NSWCA 15. Un interessante contributo che indaga, anche se nella limitata prospettiva del contratto di assicurazione l'ambito e il significato della «*utmost good faith*» è quello di LEWINS, *Going walkabout with Australian insurance law: the Australian experience of reforming utmost good faith*, in *Journal of Business Law*, 2013, p. 1.

⁶⁰⁵ «133 *The modern case law on the construction of contracts has emphasised that contracts, like all human communications, are made against a background of unstated shared understandings which inform their meaning. The breadth of the relevant background and the fact that it has no conceptual limits have also been stressed, particularly in the famous speech of Lord Hoffmann in Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society (1998) 1 WLR 896 at pp.912–3, as further explained in BCCI v Alt (2002) 1 AC 251 at p.269. 134 Importantly for present purposes, the relevant background against which contracts are made includes not only matters of fact known to the parties but also shared values and norms of behaviour. Some of these are norms that command general social acceptance; others may be specific to a particular trade or commercial activity; others may be more specific still, arising from features of the particular contractual relationship. Many such norms are naturally taken for granted by the parties when making any contract without being spelt out in the document recording their agreement.*»

Tra queste regole, implicite in tutte le relazioni contrattuali, vi è l'*onestà e la correttezza* che devono orientare i comportamenti delle parti e che sono correlate alla fiducia. Tuttavia, come anche osservato dalla Corte, se una parte pretendesse di inserire la regola di onestà come obbligo contrattuale nel contratto, sorgerebbero proprio dei dubbi sulla fiducia, proprio in ragione della sua imprescindibilità, che potrebbero finanche compromettere la stessa conclusione del contratto⁶⁰⁶. Quasi che la regola dell'onestà sia tanto ovvia da considerarsi implicita nell'agire negoziale. Dunque, coerentemente con quanto sostenuto in dottrina, la Corte conferma che la regola generale nel diritto contrattuale inglese non è più l'"*unfairness*" ma la "*fairness*"⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ «135 A paradigm example of a general norm which underlies almost all contractual relationships is an expectation of honesty. That expectation is essential to commerce, which depends critically on trust. Yet it is seldom, if ever, made the subject of an express contractual obligation. Indeed if a party in negotiating the terms of a contract were to seek to include a provision which expressly required the other party to act honestly, the very fact of doing so might well damage the parties' relationship by the lack of trust which this would signify...(omissis)...As a matter of construction, it is hard to envisage any contract which would not reasonably be understood as requiring honesty in its performance. The same conclusion is reached if the traditional tests for the implication of a term are used. In particular the requirement that parties will behave honestly is so obvious that it goes without saying. Such a requirement is also necessary to give business efficacy to commercial transactions...(omissis)... 141 What good faith requires is sensitive to context. That includes the core value of honesty. In any situation it is dishonest to deceive another person by making a statement of fact intending that other person to rely on it while knowing the statement to be untrue. Frequently, however, the requirements of honesty go further. For example, if A gives information to B knowing that B is likely to rely on the information and A believes the information to be true at the time it is given but afterwards discovers that the information was, or has since become, false, it may be dishonest for A to keep silent and not to disclose the true position to B. Another example of conduct falling short of a lie which may, depending on the context, be dishonest is deliberately avoiding giving an answer, or giving an answer which is evasive, in response to a request for information. 142 In some contractual contexts the relevant background expectations may extend further to an expectation that the parties will share information relevant to the performance of the contract such that a deliberate omission to disclose such information may amount to bad faith. English law has traditionally drawn a sharp distinction between certain relationships – such as partnership, trusteeship and other fiduciary relationships – on the one hand, in which the parties owe onerous obligations of disclosure to each other, and other contractual relationships in which no duty of disclosure is supposed to operate. Arguably at least, that dichotomy is too simplistic. While it seems unlikely that any duty to disclose information in performance of the contract would be implied where the contract involves a simple exchange, many contracts do not fit this model and involve a longer term relationship between the parties which they make a substantial commitment. Such “relational” contracts, as they are sometimes called, may require a high degree of communication, cooperation and predictable performance based on mutual trust and confidence and involve expectations of loyalty which are not legislated for in the express terms of the contract but are implicit in the parties' understanding and necessary to give business efficacy to the arrangements. Examples of such relational contracts might include some joint venture agreements, franchise agreements and long term distributorship agreements.»

⁶⁰⁷ La Corte, a conferma di quanto sostenuto, richiama dei casi in cui la tesi dell'onestà quale regola immanente alla negoziazione, è ben esplicitata come quello affrontato dalla *House of Lords* in *HIH Casualty v Chase Manhattan Bank* (2003) 2 Lloyd's Rep 61. Con riguardo all'*unfairness*, si osserva che essa ha avuto un ruolo chiave in materia di vizi del consenso. Si ricorda come la giurisprudenza ha ritenuto opportuno elaborare delle *doctrines* che neutralizzassero situazioni in

Si ritiene che tale *cambiamento di prospettiva* sia stato favorito dal diritto europeo.

A seguito dell'adesione del Regno Unito all'Unione Europea è subentrata la necessità di implementare progressivamente le relative categorie, tra cui per l'appunto quella di buona fede e correttezza (*fairness*) che deve governare l'agire umano.

Occorre chiedersi se detto cambio di prospettiva ha avuto come effetto l'accoglimento della clausola generale della buona fede.

La risposta sembra essere ancora negativa ma non in ragione dell'operatività dell'*unfairness* che non domina più i rapporti contrattuali bensì della riscontrata immanenza al diritto contrattuale della *fairness*, per cui non c'è bisogno di un esplicito riconoscimento: chi potrebbe mai contrattare, del resto, con un soggetto che non appaia meritevole di fiducia⁶⁰⁸?

cui la volontà di una parte appariva viziata ovvero prevaricata a causa di un vizio del consenso prodotto dalla condotta dell'altra.

⁶⁰⁸ Secondo la Corte le ragioni che rendono difficile l'accettazione di una siffatta clausola generale sono le seguenti: 1) l'accoglimento della buona fede come clausola generale postula l'accoglimento del metodo deduttivo: quindi, è preferibile il mantenimento di un approccio frammentario che consenta di determinarla in relazione allo specifico contesto contrattuale, coerentemente con il metodo induttivo del sistema inglese; 2) la clausola della buona fede è superflua, in quanto l'essenza della negoziazione è proprio nella cooperazione tra le parti per il perseguimento dei rispettivi interessi, mediante l'adempimento degli obblighi espliciti ed impliciti discendenti dal contratto; 3) la clausola buona fede non costituisce un sicuro presidio della libertà contrattuale, potendo le parti, almeno in teoria, escluderla con *express terms* anche se è inverosimile che ciò accada; 4) la buona fede, nella sua accezione oggettiva, costituisce solo una delle regole che rientrano nel *fair dealing*, da cui discende l'impossibilità di ergerla a clausola generale; 5) l'identificazione della clausola della buona fede con espressioni generiche qualido "*playing fair*", "*coming clean*" or "*putting one's cards face upwards on the table*", spesso utilizzate dalla giurisprudenza conferma una netta riluttanza a qualificarla come categoria dogmatica; 6) la buona fede è causa di incertezza del diritto. Con riguardo alla ragione 3) è un'argomentazione priva di fondamento in quanto è incompatibile con l'idea stessa di contratto l'introduzione di clausole contrattuali che escludono la correttezza e il reciproco affidamento dalla stessa derivante. Con riguardo alla ragione 5) si osserva come tali espressioni devono tradursi non tanto come un rifiuto di riconoscere la buona fede ma come indicative di una difficoltà a rintracciarne i contenuti in relazione alle norme culturali che condizionano l'interpretazione contestuale. Infine, con riguardo al motivo 6) la Corte ha ritenuto che la buona fede possa divenire fonte di enorme incertezza dei traffici commerciali, che tuttavia la medesima ridimensiona per essere un concetto che solleva tanta incertezza quanta ne solleva l'attività interpretativa come tale. «146 *There are some further observations that I would make about the reasons I mentioned earlier for the reluctance of English law to recognise an implied duty on contracting parties to deal with each other in good faith. 147 First, because the content of the duty is heavily dependent on context and is established through a process of construction of the contract, its recognition is entirely consistent with the case by case approach favoured by the common law. There is therefore no need for common lawyers to abandon their characteristic methods and adopt those of civil law systems in order to accommodate the principle. 148 Second, as the basis of the duty of good faith is the presumed intention of the parties and meaning of their contract, its recognition is not an illegitimate restriction on the freedom of the parties to pursue their own interests. The essence of contracting*

L'approccio cambia ma il risultato cui si giunge è, tuttavia, identico: la buona fede come clausola generale si dimostra ancora incompatibile con il diritto contrattuale inglese e ciò è confermato anche dal fatto che, nel caso di specie, la buona fede è stata "canalizzata" per il tramite della *doctrine* della *misrepresentation*.

Tuttavia, rispetto al passato, tale cambiamento di impostazione assume una certa rilevanza in quanto affermare che la buona fede non ha bisogno di essere esplicitata perché immanente al sistema è profondamente diverso dal sostenere la sua inutilità sul presupposto che i rapporti negoziali debbano rispondere esclusivamente a delle logiche individualiste. Un cambiamento di impostazione che prelude, dunque, ad un suo possibile riconoscimento in futuro.

Del resto, ormai da un certo tempo, alcune sue articolazioni hanno trovato un preciso riconoscimento. Si pensi, ad esempio, all'*implied term of cooperation in the performance of contract*⁶⁰⁹. Secondo la Corte, il rispetto di *standards*, quali quello di onestà e correttezza (ma non solo, anche quello della "fedeltà al patto delle parti"⁶¹⁰),

is that the parties bind themselves in order to co-operate to their mutual benefit. The obligations which they undertake include those which are implicit in their agreement as well as those which they have made explicit. 149 Third, a further consequence of the fact that the duty is based on the parties' presumed intention is that it is open to the parties to modify the scope of the duty by the express terms of their contract and, in principle at least, to exclude it altogether. I say "in principle at least" because in practice it is hardly conceivable that contracting parties would attempt expressly to exclude the core requirement to act honestly. 150 Fourth, I see no objection, and some advantage, in describing the duty as one of good faith "and fair dealing". I see no objection, as the duty does not involve the court in imposing its view of what is substantively fair on the parties. What constitutes fair dealing is defined by the contract and by those standards of conduct to which, objectively, the parties must reasonably have assumed compliance without the need to state them. The advantage of including reference to fair dealing is that it draws attention to the fact that the standard is objective and distinguishes the relevant concept of good faith from other senses in which the expression "good faith" is used. 151 Fifth, in so far as English law may be less willing than some other legal systems to interpret the duty of good faith as requiring openness of the kind described by Bingham LJ in the Interfoto case as "playing fair" "coming clean" or "putting one's cards face upwards on the table", this should be seen as a difference of opinion, which may reflect different cultural norms, about what constitutes good faith and fair dealing in some contractual contexts rather than a refusal to recognise that good faith and fair dealing are required. 152 Sixth, the fear that recognising a duty of good faith would generate excessive uncertainty is unjustified. There is nothing unduly vague or unworkable about the concept. Its application involves no more uncertainty than is inherent in the process of contractual interpretation.».

⁶⁰⁹ Tra i casi si ricordano: *Mackay v Dick* (1881) 6 App Cas 251 263.

⁶¹⁰ Lo stesso, infatti, potrebbe dirsi per la regola della "fedeltà al contratto delle parti" («*fidelity to the parties' bargain*»), in base alla quale le parti devono utilizzare un linguaggio fedele quanto più possibile agli scopi e alle intenzioni sottese al contratto, sul presupposto che quest'ultimo è "fisiologicamente" incompleto: «139 *Another aspect of good faith which overlaps with the first is what may be described as fidelity to the parties' bargain. The central idea here is that contracts can never be complete in the sense of expressly providing for every event that may happen. To apply a contract to circumstances not specifically provided for, the language must accordingly be given a reasonable construction which promotes the values and purposes expressed or implicit in the contract. That principle is well established in the modern English case law on the*

costituisce la sostanza della buona fede («*a key aspect of good faith, as I see it, is the observance of such standards*»⁶¹¹), sicché è il rispetto di tale *standard* ad attribuire alla stessa carattere di effettività nel sistema inglese⁶¹².

L'impostazione accolta ha come premessa, secondo la Corte, che si abbia a che fare con un *contratto relazionale*, ossia un contratto che richiede un elevato grado di comunicazione e cooperazione tra le parti, basate su una reciproca fiducia e affidamento al fine di soddisfare aspettative reciproche di lealtà, da considerarsi implicite nella comune intenzione delle parti di dare efficacia giuridica al contratto. Esempi di tali contratti sono il contratto di *franchising*, *joint-venture*, il contratto di distribuzione.

Dunque, la Corte non ha sancito una generalizzazione del *duty of disclosure*⁶¹³. Infatti, *in primis*, il riconoscimento di un *implied term of good faith* è limitato alla fase di esecuzione del contratto, la c.d. buona fede contrattuale e, *in secundis*, concerne i c.d. contratti relazionali⁶¹⁴.

In questi casi si assiste ad una compromissione della *fairness* non solo in presenza di una falsa dichiarazione resa da una parte nei confronti dell'altra ("*misrepresentation*") ma anche in presenza di "risposte evasive" che lascino delle ambiguità sulla futura corretta esecuzione del contratto, così uniformandosi a quanto

interpretation of contracts: see e.g. Rainy Sky SA v Kookmin Bank (2011) 1 WLR 2900; Lloyds TSB Foundation for Scotland v Lloyds Banking Group Plc (2013) UKSC 3 at [23], [45] and [54]. It also underlies and explains, for example, the body of cases in which terms requiring cooperation in the performance of the contract have been implied: see Mackay v Dick (1881) 6 App Cas 251, 263; and the cases referred to in Chitty on Contracts (31st Ed), Vol 1 at paras 13-012 – 13-014».

⁶¹¹ Di seguito un passo della sentenza: «138 *In addition to honesty, there are other standards of commercial dealing which are so generally accepted that the contracting parties would reasonably be understood to take them as read without explicitly stating them in their contractual document. A key aspect of good faith, as I see it, is the observance of such standards. Put the other way round, not all bad faith conduct would necessarily be described as dishonest. Other epithets which might be used to describe such conduct include “improper”, “commercially unacceptable” or “unconscionable”*».

⁶¹² Casi recenti in cui tali *standards* hanno ricevuto un esplicito riconoscimento sono: *Berkeley Community Villages Ltd v Pullen* [2007] EWHC 1330 (Ch) at [95]-[97]; *CPC Group Ltd v Qatari Diar Real Estate Investment Co* [2010] EWHC 1535 (Ch) at [246]. Infatti, posto che le aspettative ragionevoli delle parti devono essere protette, non vi è alcun ostacolo a riconoscere il *duty of good faith* nel sistema inglese. «145 *Understood in the way I have described, there is in my view nothing novel or foreign to English law in recognising an implied duty of good faith in the performance of contracts. It is consonant with the theme identified by Lord Steyn as running through our law of contract that reasonable expectations must be protected: see First Energy (UK) Ltd v Hungarian International Bank Ltd (1993) 2 Lloyd's Rep 194, 196; and (1997) 113 LQR 433*».

⁶¹³ Cfr. BOGLE, *Disclosing good faith in English contract law*, in *Edinburgh Law Review*, 2014, p. 142.

⁶¹⁴ Cfr. BOGLE, *op. cit.* p. 142.

sostenuto da una parte della dottrina⁶¹⁵. Viene in questo modo sancito, nel caso di specie, un *implied term* avente ad oggetto l'obbligo di rendere informazioni veritiere.

Il giudizio secondo "*fairness*", che deve coniugarsi con il parametro della ragionevolezza, non deve esser condotto secondo un criterio soggettivo ossia secondo la percezione soggettiva della parte ma alla stregua di un parametro oggettivo, essendo in mala fede ("*bad faith*") ogni comportamento commercialmente inaccettabile da parte di ragionevoli e oneste persone⁶¹⁶.

In definitiva, la Corte inglese ritiene che la tradizionale riluttanza del sistema inglese nei confronti della buona fede appaia, ormai, fuori luogo.⁶¹⁷

Come potrebbe interpretarsi questo approccio innovativo di Lord Luggatt?

In dottrina si è detto che tre sono i tipi di lenti con cui può essere vista questa pronuncia, potendo considerarsi: 1) un'aberrazione e, come tale, è opportuno ridimensionarne, il più possibile, la sua portata; 2) un tentativo di introdurre una generalizzazione della *doctrine* della *good faith* in fase di esecuzione del contratto; 3) un'applicazione esplicita di una *doctrine* della *good faith*, che vive nel sottofondo del diritto contrattuale⁶¹⁸.

Tra le tre opzioni, l'ultima è quella che, più di tutte, solleva più spunti di riflessione perchè sembra alludere ad un'unificazione delle figure (*undue influence*, *misrepresentation*, ecc.) in precedenza individuate. Infatti, su un piano di analisi comparata, si osserva come le modalità applicative individuate nell'ambito del

⁶¹⁵ Cfr. PUGH, *Good faith*, banca dati "West Law UK" <http://legalresearch.westlaw.co.uk> «*The Judge concluded that there were two relevant shared values and norms of behaviour in such commercial contracts: honesty in performance and fidelity to the parties' bargain. In some cases this not only precluded a party from making a false statement to the other party, but could preclude a party from giving evasive answers and, in "relational contracts" (joint venture agreements, franchise agreements, long-term distributorship agreements) could positively require a party to share information with the other.*». Si rinvia per approfondimenti anche a PUGH, *An implied term of good faith: a watershed or a damp squib*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2013, p. 347.

⁶¹⁶ Secondo la Corte «*the test of good faith is objective in the sense that it depends not on either party's perception of whether particular conduct is improper but on whether in the particular context the conduct would be regarded as commercially unacceptable by reasonable and honest people...(omissis)...The court is concerned not with the subjective intentions of the parties but with their presumed intention, which is ascertained by attributing to them the purposes and values which reasonable people in their situation would have had*»).

⁶¹⁷ «*153 In the light of these points, I respectfully suggest that the traditional English hostility towards a doctrine of good faith in the performance of contracts, to the extent that it still persists, is misplaced*»).

⁶¹⁸ Cfr. BOGLE, *Disclosing good faith in English contract law*, cit., p. 144. Nell'ultimo senso è orientata una parte della dottrina la quale ritiene implicita la buona fede nel diritto contrattuale: MACQUEEN, *Good faith in Scots law of contract: an undisclosed principle?* in A D M Forte (ed), *Good Faith in Contract and Property*, 1999.

secondo capitolo, se collocate nel sistema inglese, potrebbero assimilarsi a delle *doctrines*, ossia a delle applicazioni specifiche della *fairness/good faith*.

Ma, allora, come una parte della dottrina più avvertita ha osservato, il merito di questa pronuncia è quella di aver stimolato una teorizzazione della *good faith* in chiave astrattiva⁶¹⁹ che consente, con tutte le cautele possibili, un accostamento tra la *good faith* inglese e la buona fede dell'ordinamento italiano. Peraltro, al pari del nostro ordinamento, il timore che si cela dietro un riconoscimento generalizzato della *good faith* è, come anche poc'anzi osservato, sempre quello dell'incertezza del diritto, che tuttavia le *doctrines* sono certamente idonee a scongiurare.

Quindi, a parere di chi scrive, sulla base di tale pronuncia si può ipotizzare *de iure condendo* un riconoscimento generalizzato della *fairness* nei limiti delle *doctrines* individuate dalla giurisprudenza, che è un po' (forse) come riconoscere alla buona fede (italiana) una natura estroflessa nei limiti del rispetto delle modalità applicative elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, seguendo un approccio concettuale.

8. Segue. La giurisprudenza successiva: un ritorno all'impostazione tradizionale?

Il riconoscimento di un ruolo generalizzato della buona fede è accompagnato, tuttavia, ancora da una certa cautela come dimostrano le pronunce successive.

Nel caso *Medirest V. the Mid Essex Hospital Trust*, appena di poche settimane successivo al caso *Yam Seng*, i giudici inglesi - o meglio la *Court of appeal* - richiamandosi proprio a detto caso ne hanno circoscritto la portata, affermando che «*the obligation to cooperate in good faith was not a general obligation*»⁶²⁰.

Lo stesso è accaduto nel caso *Hamsard*⁶²¹. La relativa vicenda giudiziale concerneva la stipula di un contratto di fornitura in cui era inserita una clausola che

⁶¹⁹ Cfr. BOGLE, *Disclosing good faith in English contract law*, cit. p. 145.

⁶²⁰ *Mid Essex Hospital Services Trust V. Compass Group* (2013) EWCA Civ 200. Il contratto di servizi a lungo termine prevedeva una *collaboration clause* dal seguente tenore: «*The Trust and the Contractor will co-operate with each other in good faith and will take all reasonable action as is necessary for the efficient transmission of information and instructions and to enable the Trust or, as the case may be, any Beneficiary to derive the full benefit of the Contract.*». Altri casi in cui la giurisprudenza inglese ha manifestato un approccio restrittivo con riguardo alla clausola generale di buona fede sono: *TSG Building Services Plc v South Anglia Housing Ltd* (2013) EWHC 1151 (TCC); *Fujitsu Services Ltd v. IBM United Kingdom Ltd* (2014) EWHC 752 (TCC).

⁶²¹ *Hamsard 3147 Ltd (t/a "Mini Mode Childrenswear") v Boots UK Ltd* (2013) EWHC 3251 (Pat).

prevedeva il dovere di agire in buona fede per tutta la durata del contratto⁶²². I giudici inglesi anche in questo caso hanno sconfessato una valenza generalizzata della clausola di buona fede⁶²³.

L'impostazione negativa trova conferma, altresì, in un recente caso "*Portsmouth City Council v. Ensign Highways Ltd*" del 14 Luglio 2015.

I termini fattuali della vicenda sono delineati di seguito.

La società *Ensign Highways Ltd* stipula con un ente locale un contratto per la costruzione e successiva manutenzione della rete autostradale. A mente di tale contratto gli inadempimenti della società erano collegati a un "sistema a punti", per cui vi era l'attribuzione di punti, in base a dei parametri indicati nel contratto, per ogni violazione da parte della società *Ensign*. Al raggiungimento di determinate soglie di punti sarebbero state applicate delle sanzioni che potevano andare dal richiamo verbale (o anche scritto) alla risoluzione del rapporto, nei casi più gravi⁶²⁴.

Le parti entrano in collisione in relazione all'interpretazione di alcune clausole contrattuali: a) la clausola n. 24, che disciplinava la procedura di contestazione delle inadempienze da parte dell'autorità locale e l'attribuzioni di punti determinati in base ad una tabella allegata al contratto che prescriveva per ogni violazione, il cui elenco non era tassativo, il relativo punteggio determinato in base ad un "*Maximum event value*"⁶²⁵; b) la clausola n. 44, che disciplinava il "*Best Value Rule*" - ossia il c.d.

⁶²² («*Both parties agree at all times to act in good faith towards one another in relation to the operation of the Agreement to approach their dealings with one another on an open and collaborative basis so as to ensure that they maximise the Net Profit generated under the Agreement*»).

⁶²³ Tuttavia questa pronuncia ha il merito di chiarire il significato della categoria della buona fede, la quale non impone di subordinare gli interessi commerciali di una parte a quella dell'altra bensì di agire secondo una logica collaborativa e corretta. Limitatamente a quest'ultimo profilo, detta pronuncia può considerarsi un tassello fondamentale nel processo di implementazione della buona fede come clausola generale. In tal senso anche JACKSON, *Good faith revisited*, cit., p. 384.

⁶²⁴ «*17 If 150 or more Service Points are awarded in any 12 month period, PCC may issue a warning notice to Ensign. If 200 or more Service Points are awarded in a 12 month period, PCC is entitled to increase its level of monitoring of Ensign at Ensign's expense. At 250 Service Points or more in a twelve-month period (or the issue of four warning notices within a 5 year period), PCC has the right to terminate the Agreement with immediate effect*». Ad esempio, come si legge dalla sentenza, il verificarsi di un incidente in autostrada veniva segnalato alla società convenuta e se quest'ultima non forniva una risposta che escludesse la sua responsabilità, veniva considerato come indicativo della presenza di un guasto in autostrada e, di conseguenza, veniva "sanzionata" mediante l'attribuzione di punti, secondo la tabella allegata al contratto.

⁶²⁵ «*24.1.1 [Ensign] shall notify PCC's Representative of the occurrence of any matters specified in Schedule 17 [Service Points] and any other breach of its obligations under this Agreement as soon as practicable after it becomes aware of such matter but in any case within 7 days of such matter becoming apparent to [Ensign] ... 24.1.2 If at any time PCC's Representative is reasonably of the opinion that [Ensign] has failed to perform any of its obligations under this Agreement ... and such failure is capable of remedy, then PCC's Representative may serve a notice on [Ensign]*

buon andamento del pubblico servizio locale - che stabiliva un dovere in capo ad entrambe le parti di agire correttamente e secondo *buona fede* («PCC and [Ensign] shall deal fairly, in good faith and in mutual co-operation with one another and with Interested Parties»).

In particolare, si era posto il problema se la clausola n. 44, contenente la clausola della buona fede, avesse avuto o meno una portata generale, ossia se fosse stata tesa ad orientare anche l'interpretazione delle altre clausole contrattuali come la n. 24. Ci si chiedeva, inoltre, se la nozione di "*Maximum event value*" richiamata nella tabella allegata avrebbe dovuto intendersi in modo fisso (indipendente dalla gravità del danno) o come un limite massimo di punti che il rappresentante dell'autorità locale avrebbe potuto applicare. In quest'ultimo senso dell'alternativa era orientata la società, secondo la quale la discrezionalità attribuita al rappresentante dell'ente locale nella determinazione dei punti doveva esser esercitata nel rispetto della buona fede e, quindi, non arbitrariamente o irragionevolmente, sicché le

requiring [Ensign] (at its own cost and expense) to remedy such failure ... within a reasonable period (the Remedial Period) provided always that no notice may be served in accordance with this Clause in relation to a breach of a Core Service Requirement... 24.2.1 If at any time: (a) any Report indicates or PCC's Representative is notified or otherwise becomes aware that [Ensign] has failed to perform any of its obligations under this Agreement; (b) PCC's Representative serves a notice under Clause 24.1.2 and [Ensign] fails to remedy the failure within the Remedial Period; or (c) ... then PCC's Representative may (without prejudice to any other right or remedy available to PCC) by notice to [Ensign] award points (herein called Service Points) calculated by reference to the table set out in Schedule 17 [Service Points] ... 24.2.2 The Parties agree that: (a) Schedule 17 [Service Points] provides a list of examples of matters which may attract Service Points but is only by way of illustration of the matters for which Service Points may be awarded and the severity attributed to such defaults and in no way restricts PCC's Representative's right to award Service Points for other failures by [Ensign] to perform its obligations under this Agreement ... (b) where the number of Service Points attributable to a failure or default is not identified in Schedule 17 [Service Points] the level of points awarded shall be decided by the Network Board and as a guide, the level of points should correspond to the level set, under Schedule 17 for breaches of equivalent seriousness to the breach under review; (c) where a single event is a breach of more than one obligation under this Agreement then the maximum number of Service Points awarded shall be that relating to the most serious of the breaches only (and no Service Points shall be awarded for the lesser breaches) provided always that this will not in any way limit PCC's Representative's ability to award further Service Points if there are failures to comply with obligations related to dealing with the consequence of any such single event; (d) subject to [Ensign] acting in good faith, for a period of 6 months after the Commencement Date Service Points will be awarded (if at all) at 50% of the value set out in Schedule 17 [Service Points]. 24.2.3 [Ensign] may within 28 days of receipt of any notice pursuant to Clause 24.1.2 or 24.2.1 object to the issue of the notice (in the case of Clause 24.1.2), or to the award of Service Points or, where Service Points have been awarded in respect of a matter which is not set out in Schedule 17 [Service Points], to the number of such Service Points. If PCC's Representative and [Ensign] are unable to reach agreement on any such matter within 14 days of subject objection by [Ensign], either may refer the Dispute for resolution under the Disputes Resolution Procedure. In respect of any Dispute as to the number of Service Points to be awarded pursuant to Clause 24.2.2, the issue for decision shall be how many Service Points should be awarded in comparison with the number of Service Points set out in Schedule 17 [Service Points] for defaults of equivalent severity.'».

clausole 24 e 44 avrebbero dovuto interpretarsi in combinato disposto. A supporto dell'interpretazione estensiva della *good faith* veniva richiamato anche il principio sancito nel "caso *Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corporation*" del 2013. Viceversa, l'ente locale era orientato nel senso opposto, richiamando in proprio favore l'impostazione tradizionale negativa e ostativa al recepimento di una siffatta clausola generale.

La Corte inglese si pronunciò, ritenendo che l'utilizzo della parola "*Maximum*" non fosse foriera di dubbi, presupponendo l'esistenza di una cornice edittale ai cui estremi vi fossero un minimo e un massimo di punti per ogni violazione. Lo scopo era quello di individuare e applicare una sanzione proporzionata e adeguata alla violazione contestata⁶²⁶.

Tuttavia la buona fede richiamata alla clausola 44 del contratto non deve estendersi al di fuori del contesto in cui è stata enucleata in quanto «*a duty of good faith is not usually implied into commercial contracts under English law, save in certain particular types of contract, it is necessary to provide for an express duty in appropriate terms*» e dal tenore letterale della clausola 44 del contratto non si evince l'intenzione delle parti di estendere al di fuori del suo contesto tale clausola.

Del resto, sostiene la Corte, se il *duty of good faith* operasse implicitamente e per tutte le clausole non si spiega la scelta delle parti di richiamarla esplicitamente in alcune clausole (e non in altre)⁶²⁷.

Sollewa qualche *perplexità* e non può, perciò, passare inosservata la circostanza che la Corte nel procedere all'individuazione della soluzione del caso concreto, pur rifiutandosi di accogliere la portata generalizzante della buona fede, risolve il caso richiamando una formulazione ad essa vicina. Infatti, la Corte ha stabilito che il rappresentante deve determinare i punti stabiliti nella tabella allegata

⁶²⁶ «72 *In my view, the use of the word 'Maximum' in the heading to the column showing the number of points was not the result of a drafting error but was there for a purpose. That purpose was to permit the PCC Representative, within the range provided for in the schedule, to award an appropriate number of points having regard to the gravity of the breach...(omissis)...76 I therefore conclude that the Service Point values set out in Schedule 17 are maximum values that can be awarded for a particular breach and are not fixed 'tariffs' that are to be applied irrespective of the gravity of the breach in question.*».

⁶²⁷ Tale pronuncia negando l'esistenza di un *implied term by law of good faith* si pone in linea di continuità con altra pronuncia del 2013, di poco successiva al caso *Yam Seng: Mid Essex Hospital Services NHS Trust v Compass Group UK and Ireland Ltd (Trading as Medirest)* [2013] EWCA Civ 200; [2013] B.L.R. 265: «*The obligation to cooperate in good faith is not a general one which qualifies or reinforces all of the obligations on the parties in all situations where they interact.*».

secondo i canoni dell'*onestà e della terzietà*: «*When assessing the number of Service Points to be awarded under clause 24.2.1(c) of the Agreement, PCC's Representative is to act honestly and on proper grounds and not in a manner that is arbitrary, irrational or capricious*». I canoni indicati non risultano, tuttavia, esplicitati nella clausola indicati sicché se ne può dedurre che, nella prospettiva del giudice inglese, debbano sempre accompagnare l'agire negoziale *indipendentemente* da espliciti richiami⁶²⁸.

A questo punto sorge inevitabile il seguente quesito (forse, retorico): i canoni dell'*onestà e della terzietà* che cosa costituiscono se non "la sostanza" della clausola della buona fede?

È evidente allora la contiguità di prospettiva rispetto all'ordinamento italiano. Una contiguità che si appalesa ancor di più se si aderisce a quella impostazione dottrinale che configura tali canoni come "*standards*"⁶²⁹.

E' opportuno precisare come in tutti i casi esaminati, salvo il caso *Yam Seng*, la buona fede non viene teorizzata in via astratta. La giurisprudenza, infatti, procede ad una sua analisi previa un'estrema contestualizzazione, rimanendo fedele alla consueta impostazione metodologica che costituisce il principale fattore ostativo al suo riconoscimento⁶³⁰.

⁶²⁸ Anche in un caso precedente del 2014, il caso *Bluewater Energy Services BV v Mercon Steel Structures*, i giudici inglesi individuano nell' «*honesty, good faith, and genuineness, and the need for the absence of arbitrariness, capriciousness, perversity and irrationality*» i canoni (richiamati specificatamente nel contratto) per limitare la discrezionalità contrattuale. Cfr. JACKSON, *Good faith revisited*, p. 386. Caso: *Bluewater Energy Services BV v Mercon Steel Structures BV* (2014) EWHC 2132 (TCC). In tal senso anche JACKSON, *op. cit.*, p. 387, secondo il quale, con riferimento alle decisioni che si sono pronunciate in tema di rapporto tra *good faith* e *collaboration clauses*, ha osservato che «*They recognise that parties are expected to be pro-active, to cooperate and disclose all relevant information when working together. A failure to do so cannot be simply dismissed on the basis there is no express contractual obligation to that effect.*». In senso contrario, una dottrina osserva che non sono i valori sottesi alla buona fede a irritare i *common lawyers* ma proprio l'applicazione indiscriminata della clausola alla eterogenea realtà contrattuale sicché difficilmente un cambiamento di prospettiva ci si può attendere dal *common law* e unica strada percorribile è l'intervento legislativo. cfr. DE VITA, *Buona fede e common law (attrazione non fatale nella storia del contratto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 267.

⁶²⁹ Con riguardo alla "*good faith*" negli "*agreements to negotiate in good faith*" (ossia con riguardo alla buona fede precontrattuale), una parte della dottrina ha proposto di limitare il pericolo connesso alla discrezionalità giudiziale mediante l'elaborazione di "*standards*" in funzione di specificazione della buona fede quali: 1) «*loyalty to the contractual promise and the conduct surrounding its formation*»; 2) «*compliance with "honest standards of conduct"*»; 3) «*compliance with standards "that are reasonable having regard to the interests of the parties"*». Cfr. TRAKMAN, SHARMA, *The binding force of agreements to negotiate in good faith*, in *Cambridge Law Journal*, 2014, 73(3), 598-628.

⁶³⁰ Si esprime in tal senso anche JACKSON, *Good faith revisited*, *cit.*, p. 385.

9. La *reasonableness* e la *fairness* (o *good faith*)

Riassumendo, la *substantive fairness* si manifesta sotto la forma di un'applicazione frammentaria che valorizza figure formalmente riconducibili alla disciplina dei vizi del consenso, a loro volta rientranti nella teoria della *procedural fairness*⁶³¹. In questo senso tra le due è stata prospettata una sovrapposizione.

Il ruolo propulsivo del diritto europeo ha portato, nel corso del tempo, a sostituire l'idea della *unfairness* come regola generale nei rapporti interprivati con la teoria della *fairness*, come implicitamente sottesa a questi rapporti. Il crescente ruolo rivestito dalle *collaboration clauses* contribuisce ad alimentare l'importanza della buona fede che, quindi, non è più ignorata come lo era in origine. Al contrario, sebbene siamo ancora distanti da una sua generalizzazione, i canoni che ne costituiscono la "sostanza", come l'*honesty*, la *genuiness*, vengono invocati indipendentemente da un loro richiamo specifico nel contratto. Tale circostanza può essere letta come un (piccolo) *step* ulteriore nel processo di teorizzazione della clausola generale della buona fede nel sistema inglese.

Tanto premesso, occorre indagare il ruolo rivestito dalla *reasonableness*, della quale non è possibile rintracciare una definizione legale, frequentemente richiamata negli atti legislativi: ad esempio, essa riveste un ruolo di primo piano nell'*Unfair Contract Terms Act 1977*, dove la *Sect. 11* disciplina il "*reasonableness test*", con riguardo alle clausole di esclusione della responsabilità contenute nei contratti di vendita di beni mobili e nei contratti del consumatore⁶³². Molteplici sono i riferimenti

⁶³¹ Peraltro, sotto un profilo comparatistico, tale *modus procedendi* non sarebbe riproducibile nel nostro sistema, in quanto postulerebbe una commistione tra regole di validità e regole di responsabilità. Una distinzione, quella tra codeste regole, ormai consolidata non solo nell'ambito della dottrina italiana ma anche della giurisprudenza a partire dal 2007 (CASS., sez. un. n. 26724/2007, in *Contr. e impr.*, 2008, 4-5, p. 936).

⁶³² Di seguito il testo dell'articolo: «(1) *In relation to a contract term, the requirement of reasonableness for the purposes of this Part of this Act, Section 3 of the Misrepresentation Act 1967 and the Section 3 of the Misrepresentation Act (Northern Ireland) 1967 is that the term shall have been fair and reasonable one to be included having regard to the circumstances which were, or ought reasonably to have been, known to or in the contemplation of the parties when the contract was made. (2) In determining for the purposes of Section 6 or 7 above whether a contract term satisfied the requirement of the reasonableness, regard shall be had in particular to the matters specified in Schedule 2 to this act, but this subsection does not prevent the court or arbitrator from holding, in accordance with any rule of law, that a term which purports to exclude or restrict any relevant liability is not a term of the contract. (3) In relation to a notice (not being a notice having contractual effect), the requirement of the reasonableness under this Act is should be fair and reasonable to allow reliance on it, having regard to all the circumstances obtaining when the liability arose or (but for the notice) would have arisen. (4) Where by reference to a contract term or notice a person seeks to restrict liability to a specified sum of money, and the question arises (under this or any other Act) whether the term or notice satisfies the requirement of*

nell'ambito della giurisprudenza dove si individuano numerose massime giurisprudenziali in cui essa incarna la figura della "*reasonable person*" che esprime l'idea dell'agente i cui comportamenti sono socialmente accettabili in quanto ispirati a raziocinio, equilibrio e buon senso⁶³³. In questo senso, il "*reasonable man*", allegoricamente definito da alcuni come una «mosca sul muro»⁶³⁴, è un osservatore esterno, dotato delle stesse competenze e conoscenze delle parti.

La *reasonableness*, secondo una parte della dottrina, possiede una portata a tal punto incisiva e totalizzante da potersi ritenere sostitutiva a quella della buona fede⁶³⁵. Buona fede, che ha fatto il suo ingresso, per la prima volta, nel sistema inglese con la Direttiva 93/13⁶³⁶.

Tuttavia non si condivide l'impostazione che li configura come canoni fungibili, in quanto la buona fede richiama una sfera morale mentre la ragionevolezza evoca l'idea del senso logico o, meglio, del buon senso⁶³⁷. In altri

reasonableness, regard shall be had in particular (but without prejudice subsection (2) above in the case of contract terms) to: (a) the resources which he could expect to be available to him for the purpose of meeting the liability should be arise and (b) how far it was open to him to cover himself by insurance. (5) It is for those claiming that a contract term or notice satisfies the requirement of reasonableness to show it does».

⁶³³ In tal senso, TROIANO, *La "ragionevolezza nel diritto dei contratti"* cit, p. 82, secondo cui, il "*reasonable man*" rispecchia una «visione antropomorfa della giustizia...(omissis)...il modello ideale di comportamenti socialmente accettabili in quanto improntati al comune buon senso e all'equilibrio». La stessa giurisprudenza di *equity*, che si afferma a partire del XIV quale correttivo del *common law*, si impernia intorno ad una nozione di ragionevolezza a tal fine. Vedere anche CRUCIANI, *Clausole e principi generali in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 473. Peraltro, si è discusso in ordine al tipo di competenze o tecniche che deve possedere il *reasonable man*. Secondo una dottrina, non possono corrispondere a quelle possedute dalle parti, altrimenti si soggettivizza il procedimento interpretativo, con tutti i rischi che ne possono derivare per la certezza del diritto. Neanche può «esser identificato con un *pedantic lawyer*», ma le stesse devono esser determinate dall'interprete sulla base delle circostanze del caso concreto: VIGLIONE, *Metodi e modelli di interpretazione del contratto, Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, Torino, 2011, p. 122.

⁶³⁴ Cfr. VIGLIONE, *op. cit.*, p. 123.

⁶³⁵ Cfr. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 724.

⁶³⁶ Ai sensi dell'art. 3 co. 3 della Direttiva: «1. Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto. 2. Si considera che una clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale quando è stata redatta preventivamente in particolare nell'ambito di un contratto di adesione e il consumatore non ha di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto. Il fatto che taluni elementi di una clausola o che una clausola isolata siano stati oggetto di negoziato individuale non esclude l'applicazione del presente articolo alla parte restante di un contratto, qualora una valutazione globale porti alla conclusione che si tratta comunque di un contratto di adesione. Qualora il professionista affermi che una clausola standardizzata è stata oggetto di negoziato individuale, gli incombe l'onere della prova. 3. L'allegato contiene un elenco indicativo e non esauriente di clausole che possono essere dichiarate abusive.»

⁶³⁷ CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 724. In tal senso mi pare si esprima anche PIRAINO, *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, in *Eur e dir. priv.*, 2014, p. 307, che considera

termini la buona fede si riferisce ad uno stato soggettivo identificabile di norma con l'onestà⁶³⁸. Viceversa, la ragionevolezza corrisponde ad un'oggettiva regola di comportamento⁶³⁹.

Occorre ora interrogarsi sul ruolo della buona fede e della ragionevolezza con riguardo al tema del controllo giudiziale.

Il canone della ragionevolezza occupa un ruolo di rilievo, permeando lo stesso sistema del *common law* al punto che è stato detto che «il *common law* stesso non è altro che ragione»⁶⁴⁰. La stessa tecnica del *distinguishing* è espressione della *reasonableness*: infatti, le distinzioni effettuate dalle corti inglesi per mitigare la rigidità del *common law* devono essere ragionevoli⁶⁴¹. Ragione, che non deve intendersi come ossequioso rispetto della logica formale bensì come esaltazione della esperienza, quale «assioma del ragionamento giuridico»⁶⁴². Di essa è, dunque, difficile dare una definizione dai contorni precisi, sicché è lecito dubitare di essere al cospetto di un "*general legal umbrella*"⁶⁴³.

Un'analisi della *case law* ha consentito di affermare che la *reasonableness* è chiamata a svolgere una pluralità di funzioni, che peraltro non sembrano lontane da quelle che la buona fede svolge nel sistema italiano⁶⁴⁴: 1) di giudizio di validità di quelle clausole contrattuali contrastanti con la legge; 2) di valutazione dell'affidamento di una parte in relazione alla conclusione di un contratto; 3) di giudizio per individuare i c.d. *implied terms*, in relazione a quelle circostanze che se le parti avessero conosciuto avrebbero regolamentato al momento della stipula; 4) di

la ragionevolezza una categoria «ad alto tasso pragmatico», la quale si distingue dalla buona fede in quanto presenta una natura neutra, non attingendo al campo dell'etica per riempirsi di significato.

⁶³⁸ Cfr. HOOLEY, *Controlling contractual discretion*, cit., p. 74-75: «A duty to exercise "good faith" in doing something is one which is usually to be contrasted with a duty to exercise reasonable care. It connotes subjective honesty, genuineness and integrity, not an objective standard of any kind, whether reasonableness, care or objective fair dealing».

⁶³⁹ Cfr. HOOLEY, *op. cit.*, p. 74.

⁶⁴⁰ Così tradotto da: CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 725.

⁶⁴¹ Cfr. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, cit., p. 88: «dai precetti, ossia dalla *ratio decidendi* che essi esprimono, ci si può discostare solo in quanto la *distinction* sia a sua volta *reasonable*. Si può dire allora che la ragionevolezza è il "motore propulsivo del *common law* in quanto governa l'evoluzione delle soluzioni giuridiche in aderenza con la *ratio* essenziale del sistema desumibile dai precedenti».

⁶⁴² In questi termini, TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, cit., p. 87.

⁶⁴³ Cfr. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 726.

⁶⁴⁴ Cfr. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, cit., p. 86, il quale, invece, sostiene l'analogia sul piano comparatistico solo con riguardo all'ultima funzione indicata, quella di consentire la soddisfazione delle aspettative ragionevoli.

realizzazione delle aspettative delle parti, in quanto coerenti con quanto pattuito anche con riguardo alle circostanze del caso concreto⁶⁴⁵.

Con riguardo alla buona fede, ci si è chiesto se essa rappresenti un canone imprescindibile nell'ambito della discrezionalità giudiziale.

La dottrina inglese è divisa. Alcuni non la configurano come un limite alla discrezionalità contrattuale, potendo le parti decidere di escluderla mediante un patto espresso. Tale tesi solleva delle perplessità in quanto equivale ad affermare che le parti possono decidersi di vincolarsi in base ad un parametro di disonestà e scorrettezza, in contrasto con i principi di ordine pubblico⁶⁴⁶. Altri considerano la buona fede un limite invalicabile⁶⁴⁷. Quest'ultima tesi è quella che si ritiene di condividere.

Orbene, si pone il problema di comprendere *i termini del rapporto* tra canone della ragionevolezza e quello della buona fede. In dottrina, alcuni ritengono che non si configuri alcun problema, essendo la scena occupata esclusivamente dalla *reasonableness*, che, in questo modo, si sostituisce alla buona fede oggettiva e soggettiva, finanche lambendo il campo dell'interpretazione correttiva⁶⁴⁸. In tale prospettiva, la dottrina si è spinta a ritenere, addirittura, che la ragionevolezza può considerarsi nel sistema inglese come una *clausola generale* assimilabile alla nostra buona fede, condividendo con essa una «natura di gomma»⁶⁴⁹. Secondo altri, la buona fede e la ragionevolezza mantengono un'autonomia concettuale e sono strettamente collegate nella misura in cui un comportamento contrario a buona fede è sempre irragionevole, ma non anche il contrario⁶⁵⁰.

Sotto un *profilo comparatistico*, almeno apparentemente, la funzione ascrivibile

⁶⁴⁵ Cfr. TROIANO, *op. cit.*, p. 84 e ss.

⁶⁴⁶ Tale obiezione è stata proposta da HOOLEY, *Controlling Contractual Discretion* cit., p. 81, secondo il quale inoltre considera inverosimile che in concreto possa accadere che una parte chiami in giudizio l'altra al fine di ottenere tutela dell'esercizio abusivo di un diritto.

⁶⁴⁷ Cfr. HOOLEY, *Controlling Contractual Discretion*, cit., p. 89.

⁶⁴⁸ Cfr. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, cit., p. 734.

⁶⁴⁹ Cfr. CRISCUOLI, *op. cit.*, p. 750.

⁶⁵⁰ Cfr. HOOLEY, *Controlling Contractual Discretion*, cit., p. 78: «Nevertheless, it is submitted that the link between rationality and subjective honesty (or "good faith", when used in this sense) is a strong one. When a court asks whether a reasonable person acting reasonably could have exercised discretion in the way the actual decision-maker did, it is submitted that it is using a yardstick against which it can test the decision-maker's subjective honesty or good faith. If no reasonable person acting reasonably would have acted in this way then the court must inevitably reject a submission that the actual decision-maker acted bona fide. 82 On the other hand, where a decision is made "for a genuine commercial reason" it will not be irrational and the decision maker will have acted bona fide».

alla ragionevolezza è diversa nei due ordinamenti. Nel *nostro* ordinamento, la ragionevolezza svolge la funzione di criterio di valutazione, che coadiuva le clausole generali, come la buona fede, nell'individuazione della regola (tipizzata) da applicare al caso concreto. Dunque, rispetto a queste ultime, occupa un ruolo marginale⁶⁵¹. Nell'ordinamento *inglese*, la ragionevolezza costituisce un «*standard* empirico di valutazione» utilizzato direttamente (mediante un ragionamento "*flat*") per enucleare la regola del caso, mentre i "*general legal umbrella*" e, tra questi, la buona fede soprattutto, hanno uno spazio di operatività molto limitato⁶⁵².

Senonché tale modo di vedere la *reasonableness* si scontra con la più recente realtà giurisprudenziale inglese, la quale spesso ha dimostrato di accompagnarla alla clausola della buona fede, come nel caso *Yam Seng*⁶⁵³, sicché appare possibile ravvisare un altro indirizzo in base al quale la *reasonableness* presenta la natura di *criterio di valutazione* avente ad oggetto gli interessi delle parti in conflitto. Di talché, aderendo a quest'ultimo orientamento, un'altra analogia è ravvisabile tra i due ordinamenti, italiano e inglese⁶⁵⁴.

È evidente il parallelismo con quanto si è sostenuto per quanto riguarda il rapporto tra buona fede e ragionevolezza nel nostro ordinamento. Il giudizio di ragionevolezza deve essere condotto, tenendo conto delle *circostanze fattuali* che caratterizzano la vicenda, al pari di quanto avviene per la concretizzazione della clausola della buona fede nel nostro sistema.

Poiché le circostanze fattuali possono avere incidenza anche sul momento di

⁶⁵¹ Cfr. CRUCIANI, *Clausole e principi generali in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, cit., p. 479-480, secondo il quale la ragionevolezza è «uno strumento per controllare le singole clausole contrattuali» al fine di contemperare gli opposti interessi delle parti, tuttavia il «ruolo preminente» spetta alla buona fede mentre la ragionevolezza (insieme all'abuso del diritto) occupa una «posizione subordinata».

⁶⁵² L'espressione è attribuita a CRUCIANI, *op. cit.*, p. 473. La differenza con l'ordinamento italiano è stata approfondita anche nell'ambito del Capitolo 2, Sezione, 1 Parag. 3, cui si rinvia.

⁶⁵³ Un passo della sentenza, da cui si evince questo collegamento: «144 *Although its requirements are sensitive to context, the test of good faith is objective in the sense that it depends not on either party's perception of whether particular conduct is improper but on whether in the particular context the conduct would be regarded as commercially unacceptable by reasonable and honest people. The standard is thus similar to that described by Lord Nicholls in a different context in his seminal speech in Royal Brunei Airlines v Tan (1995) 2 AC 378 at pp.389–390. This follows from the fact that the content of the duty of good faith is established by a process of construction which in English law is based on an objective principle. The court is concerned not with the subjective intentions of the parties but with their presumed intention, which is ascertained by attributing to them the purposes and values which reasonable people in their situation would have had.*».

⁶⁵⁴ Parla della *reasonableness* come «criterio di valutazione comparata degli interessi in conflitto»: TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, cit., p. 93.

formazione del consenso - si pensi, ad esempio, alla circostanza della mancata conoscenza di tutti i termini dell'accordo - nel sistema inglese, a differenza del sistema italiano, *non* è sempre agevole la distinzione tra profilo "*procedural*" e profilo "*substantial*" del contratto. Nel sistema italiano, la distinzione tra "volontà viziata", i cui rimedi sono rappresentati dalla disciplina dei vizi del consenso e la rescissione e "volontà prevaricata", il cui rimedio è rappresentato dalla clausola della buona fede e, quindi, dal risarcimento del danno, è netta. Nel sistema inglese, sotto un profilo pragmatico sono sovrapponibili e, in questo, sta il problema dell'individuazione di una linea di demarcazione tra l'una e l'altra.

La tesi della sovrapponibilità dei due profili, tuttavia, lascia aperto qualche dubbio⁶⁵⁵. Se si guarda al dato normativo si comprende come la ragionevolezza venga accostata alla *substantive fairness* (e, dunque, allo squilibrio contrattuale) e non alla *procedural fairness*. Infatti, oggetto del giudizio di ragionevolezza sono, ad esempio, le clausole vessatorie, nello specifico quelle limitative della responsabilità contrattuale⁶⁵⁶; nessun riferimento è dato ravvisare con riguardo al procedimento di formazione del consenso.

Dunque la *reasonableness* svolge una funzione assimilabile a quella che nei sistemi di *civil law* è svolta dalla buona fede e dall'equità, pur esistendo una precisa differenza di fondo. Le clausole generali negli ordinamenti di *civil law* attribuiscono al giudice un potere ampio, costituendo dei congegni normativi tesi a veicolare i valori o *standards* (come la morale) nel mondo giuridico.⁶⁵⁷ Nel sistema di *common law*, la ragionevolezza non si atteggia a clausola generale e, attraverso la stessa, non si soddisfa l'esigenza di permeabilità della morale nel sistema giuridico, costituendo al contrario una proprietà del sistema, che racchiude l'idea di buon senso e di logica e

⁶⁵⁵ In senso contrario, mi pare si esprima VIGLIONE, *Metodi e modelli di interpretazione del contratto, Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, cit., p. 95, secondo il quale «Nel raffronto tra le decisioni delle corti inglesi e la formulazione legislativa di alcuni paesi di *civil law*, si riscontra un sostanziale parallelismo, in cui la ricerca del significato contrattuale deve rispettare il giudizio di un *reasonable man* nelle prime, oppure deve essere condotta secondo buona fede nella seconda; ma le due prospettive nelle concrete applicazioni giurisprudenziali non sembrano divergere, dando così l'impressione che alla diversa terminologia non corrispondano differenti regole operazionali».

⁶⁵⁶ Si veda, al riguardo, l'Allegato n. 2 all'*Act* del 1977 che individua dei fattori per valutare o meno l'esistenza dello squilibrio di potere contrattuale: le alternative nel mercato a disposizione del contraente, la conoscenza o conoscibilità della clausola contrattuale (tenendo conto anche della prassi commerciale), l'esistenza di una situazione di limitazione di responsabilità anche in caso di inosservanza di certe condizioni; l'adattamento/trasformazione dei beni oggetto del contratto conforme alla richiesta speciale della parte.

⁶⁵⁷ Cfr. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, cit., p. 127.

realistica pretesa⁶⁵⁸.

Si potrebbe affermare, dunque, che il buon senso e la logica nel sistema inglese si sostituiscono alla morale⁶⁵⁹. Posto che nel sistema di *common law* la tipizzazione della clausola della buona fede esecutiva si è espressa essenzialmente tramite la "*reasonableness*" che sanziona le ipotesi di abuso di autonomia negoziale ossia di esercizio irrazionale e illogico del diritto, secondo alcuni, proprio l'abuso del diritto rappresenterebbe un idoneo elemento di collegamento tra sistema di *civil law* e sistema di *common law* nella realizzazione, *de iure condendo*, di un codice civile europeo (progetto che, visti gli ultimi sviluppi, non sembra coinvolgere più il Regno Unito). Tale clausola potrebbe configurarsi, dunque, come un valido strumento di composizione delle diversità⁶⁶⁰. Non è un caso che proprio tale formula linguistica è stata condivisa tra gli Stati Membri con riguardo alla Carta di Nizza, che all'art. 54 la disciplina esplicitamente.

⁶⁵⁸ Cfr. TROIANO, *op. cit.*, p. 127.

⁶⁵⁹ Tuttavia, la buona fede a cui si è fatto riferimento è quella esecutiva. Considerazioni diverse possono svolgersi con riguardo alla "buona fede interpretativa": infatti, ad essa è estranea una funzione correttiva ed è impermeabile a valutazioni etico-sociali per il tramite dell'art. 2 Cost. Rispetto alla buona fede interpretativa, dunque, può paventarsi una sovrapposizione con "l'interpretazione ragionevole" del sistema di *common law*. Cfr. VIGLIONE, *Metodi e modelli di interpretazione del contratto, Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, cit., p. 129.

⁶⁶⁰ In tal senso: CRUCIANI, *Clausole e principi generali in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, cit., p. 489.

SEZIONE SECONDA

L'UNIFORMAZIONE EUROPEA TRA CLAUSOLE GENERALI E PRINCIPI

1. Tecniche di uniformazione europea

Si è già accennato al ruolo delle clausole generali nelle fonti di diritto europeo⁶⁶¹.

In particolare, si è focalizzata l'attenzione sui meccanismi sottesi alla loro concretizzazione da parte dell'operatore del diritto, sull'individuazione del giudice competente (nazionale o europeo) a procedervi e sulla loro attitudine a veicolare o meno le sensibilità sociali e morali dell'interprete. Si è concluso che, anche rispetto alle clausole generali di matrice europea, l'individuazione di presupposti operativi - purché siano sufficientemente determinati - consente di ancorare la relativa valutazione di correttezza del procedimento ermeneutico alla loro rigorosa osservanza, secondo un metodo improntato ad una logica formalistica. Finora l'indagine ha riguardato le clausole generali contenute nelle fonti di *hard law*.

In questa sede, si soffermerà l'attenzione sul ruolo delle clausole generali nelle fonti di *soft law*. Esse verranno considerate sotto una *diversa angolazione*, in relazione alla loro astratta idoneità a costituire uno strumento teso a preparare l'*humus* per l'elaborazione di un futuro diritto contrattuale europeo, con l'obiettivo di attuare pienamente le quattro libertà fondamentali sancite nel Trattato dell'Unione Europea e di rimuovere ogni tipo di «ostacolo normativo municipale»⁶⁶² alla realizzazione di un mercato efficiente⁶⁶³. Il conseguimento di tale obiettivo passa per

⁶⁶¹ Vedere Cap. 2, Sez. 2, Parag. 8.

⁶⁶² Cfr. MAZZAMUTO, *Contratto di diritto europeo*, p. 144.

⁶⁶³ Un *humus* che consiste in un'identità culturale, per molti versi, comune, come anche evidenziato da una parte della dottrina. Vedi FERRI, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, I, p. 2: «Vogliamo, per altro, anche sottolineare come, anche sotto un profilo giuridico, l'Europa e, più in generale, l'Occidente possono, culturalmente, vantare radici comuni, nei percorsi e negli sviluppi, spesso accidentati, di quella grande tradizione di pensiero che muove dalla cultura greca e romana, ma che giunge, attraverso l'umanesimo cristiano, a permeare le istanze del giusnaturalismo e dell'illuminismo, dando vita, a quell'etica della libertà, dell'eguaglianza e della fratellanza tra gli uomini su cui si fondano le idee portanti di quel costituzionalismo liberaldemocratico diffuso in tutte le Costituzioni europee ed occidentali; idee che, a ben vedere, sono alla base anche della stessa più generale percezione della funzione del diritto, riassumibile nell'antica definizione di *hominis ad hominem proportio*, ormai accolta e, dunque condivisa, da tutte le moderne sensibilità europee e, come s'è detto, occidentali».

la messa in discussione del significato tradizionale di alcuni istituti civilistici nazionali e, quindi, per ciò che, una parte della dottrina, ha definito come la «denazionalizzazione del diritto civile»⁶⁶⁴.

Peraltro, la diversa chiave prospettica, assunta con riguardo alle fonti di *soft law*, è imposta dalla loro *matrice pattizia*, che rende vacuo uno studio sulla metodologia della loro concretizzazione.

Precisamente, la loro applicazione è demandata, come noto, alla magistratura togata nella misura in cui le parti rinviando espressamente alle stesse, così da assimilarle agli usi negoziali *ex art. 1340 c.c.* e ai collegi arbitrali nazionali - ma più prevedibilmente internazionali - che giudicano, in materia di contratti commerciali internazionali, anche prescindendo dal diritto statale, ossia secondo equità⁶⁶⁵. Quindi, se operano solo se le parti decidono di sottomettersi ai principi in essi espressi (ovvero se le parti rinviando alla *lex mercatoria* o se, semplicemente, omettono di disciplinare un determinato profilo contrattuale) ha senso sollevare un problema di metodologia quanto alla loro concretizzazione?

Infatti, significherebbe sollevare un problema di metodologia con riguardo a clausole che presentano essenzialmente una natura mista (anche se generalizzate e ordinate all'interno di testi "positivizzati") tra il pattizio e il consuetudinario - pur se componenti del c.d. *acquis communautaire*, almeno secondo una parte della dottrina.

Pertanto, la risposta, a parere di chi scrive, è negativa.

Da qui l'opportunità di una trattazione separata.

A conferma di quanto sostenuto, si prenda in esame il caso in cui le parti richiamino all'interno del regolamento contrattuale l'art. 2:101 PDEC, in materia di validità del contratto, dal quale si può enucleare la seguente regola: il contratto è valido se presenta un contenuto sufficiente. Detta regola di *soft law*, che rientra tra le fonti in grado di esercitare influenza sull'*acquis communautaire*, può sollevare un problema di compatibilità con gli artt. 1325 e 1418 c.c., che sono per l'appunto

⁶⁶⁴ Cfr. CASTRONOVO, *Codice civile e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 692.

⁶⁶⁵ PDEC Art. 1:101 Applicazione dei Principi: 1. I Principi sono destinati ad esser applicati come norme generali del diritto dei contratti nell'Unione Europea. 2. I Principi si applicano quando le parti hanno convenuto di inserirli nel contenuto del contratto hanno convenuto che il contratto sia regolato da essi. 3. I Principi possono altresì trovare applicazione quando le parti: a) hanno convenuto che il contratto sia regolato dai "principi generali del diritto", dalla "*lex mercatoria*" o hanno usato espressione analoga; b) non hanno scelto altro sistema di regole o altre norme di diritto per disciplinare il contratto. 4. I Principi possono fornire una soluzione alla controversia da decidere quando il sistema o le norme della legge applicabile non vi provvedano.

norme imperative⁶⁶⁶. In questa prospettiva più che un problema di interpretazione formalistica o meno della regola, occorre valutare se la sua applicazione sia o meno preclusa qualora in contrasto con gli articoli citati.

La regola di *soft law* può rilevare, dunque, solo in relazione al profilo della sua idoneità a costituire il tassello di un futuro codice civile europeo.

Il processo di armonizzazione, finora, ha avuto come obiettivo la formalizzazione di *principi generali* della prassi commerciale internazionale in testi "pseudo-normativi", espressione di una «*codificazione extrastatuale*»,⁶⁶⁷ finalizzata ad agevolare sia gli stessi operatori economici sia l'interprete/arbitro nell'eventualità di una controversia insorta tra le parti⁶⁶⁸.

Occorre interrogarsi su quali siano gli ulteriori *steps* da percorrere.

Si è richiamata, in precedenza, la nozione di diritto contrattuale europeo. Con essa si intende far riferimento, come noto, a quella branca del diritto avente ad oggetto la disciplina del contratto e di ogni altro istituto che costituisce fonte di rapporti negoziali. Esso è composto di un coacervo cangiante di regole giuridiche e di prassi tratte dai diversi modelli giuridici⁶⁶⁹ che nasce con lo scopo di cristallizzare dei paradigmi di tutela del contraente debole e della concorrenza del mercato, ampliando nel tempo il relativo ambito di applicazione, come si è registrato in tema di tutela del contraente debole, il cui raggio di azione si è esteso dalla tutela del consumatore alla tutela dell'impresa debole⁶⁷⁰.

Come osservato anche in dottrina, non può affermarsi una compiuta elaborazione in Europa del diritto privato, non esistendo ancora un «apparato di regole uniformi in ambito europeo valido per tutti i cittadini dell'Unione Europea»⁶⁷¹

⁶⁶⁶ Cfr. STANCA, *Note in tema di causa nel Draft Common Frame of Reference e nella Proposta sulla Cegl*, in *Contr. e impr.*, 2015, III, p. 725, che solleva il dubbio che le norme imperative nazionali possono costituire un fattore di depotenziamento del processo di armonizzazione; RESCIGNO M., *Lex mercatoria*, in *Enc. giur.* [http://www.treccani.it/enciclopedia/lex-mercatoria_\(XXI-Secolo\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/lex-mercatoria_(XXI-Secolo)/) Secondo l'Autore, si deve escludere che i Principi di Diritto Europeo dei Contratti (ma lo stesso può affermarsi anche per i Principi Unidroid e per la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale dei beni mobili) possano assumere una vera e propria valenza normativa, assimilabile alle leggi, costituendo una mera opera di sistemazione e di codificazione di principi generali del commercio internazionale sorti dalla prassi dei rapporti commerciali e la cui effettività è correlata alla relativa osservanza da parte degli operatori commerciali.

⁶⁶⁷ Cfr. RESCIGNO M., *Lex mercatoria*, *ibidem*.

⁶⁶⁸ RESCIGNO M., *op. cit.* Peraltro, anche la stessa giurisprudenza arbitrale viene annoverata dalla dottrina tra le fonti autopoietiche del diritto secondo meccanismi equipollenti al sistema di *common law*.

⁶⁶⁹ Cfr. CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 252.

⁶⁷⁰ Cfr. CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 252.

⁶⁷¹ Cfr. SPOTO, *Contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 216. Si tratta di un dato che non deve

dovuto alla difficoltà, come già anticipato, di superare le barriere normative anzidette, che si esprimono nella diversità dei meccanismi inferenziali di interpretazione ovvero nella diversità degli istituti e delle categorie.

Non stupisce, dunque, il pensiero di quella dottrina che vede lontano il traguardo di un'omogeneizzazione giuridica nel territorio europeo, considerando l'Unione Europea più che un soggetto politico - ossia uno «Stato, per quanto federale» - un «impero multinazionale»⁶⁷².

Non è un caso che il processo di armonizzazione delle tradizioni giuridiche nazionali abbia investito soprattutto il settore dei contratti e quello dei diritti reali. Un settore in cui è apparso più agevole, rispetto ad altri, trovare un accordo e dove è particolarmente sentita l'esigenza di avere delle regole comuni che garantiscano la certezza e la celerità dei traffici nel mercato interno, che si è espressa con l'adozione di modelli normativi comuni⁶⁷³. Diversamente, in altri settori del diritto privato, come nel caso del diritto successorio e nel diritto di famiglia, gli Stati Membri si sono orientati manifestando un geloso attaccamento alle proprie tradizioni giuridiche e negando l'esistenza di significative esigenze di armonizzazione⁶⁷⁴.

stupire. Infatti, anche su norme di principi, quali i diritti fondamentali, si sono registrate divergenze, pur essendo le stesse espressione di un grado di civiltà che dovrebbe considerarsi omogeneo. Correttamente una parte della dottrina ha evidenziato, richiamando il pensiero di un giornalista, i numerosi ostacoli al raggiungimento di un modello federalista quale quello statunitense. Cfr. FERRI, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, cit., p. 4: «Non a caso, non soltanto da illustri studiosi, ma anche da un anonimo e fine giornalista ci viene prospettata, sulle pagine di un quotidiano, una ulteriore, attendibile spiegazione dell'intellettualmente fragile tensione ideale che serpeggia lungo tutta la Costituzione europea, contenuta nel Trattato. Scrive l'anonimo giornalista: «la Costituzione europea che verrà firmata [...] in Campidoglio comincia con queste parole “Sua Maestà il re dei belgi, il presidente della Repubblica ceca, Sua Maestà la regina di Danimarca...” e conclude il lungo elenco dei venticinque autori con “Sua Maestà la regina del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord”. La Costituzione statunitense, che fu firmata nella *State House* di Filadelfia nel maggio 1787, comincia, ad esempio, con queste parole: “*We, the People of United States*”».

⁶⁷² Cfr. SIRENA, *Il discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, III, p. 666.

⁶⁷³ Cfr. SPOTO, *Contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 216.

⁶⁷⁴ Cfr. SPOTO, *op. cit.*, p. 216. Peraltro, si osserva che se la certezza del diritto europeo viaggia di pari passo al raggiungimento di obiettivi di un'armonizzazione complessiva, che involga, se non tutti i settori del diritto privato, almeno la disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti dei diritti nazionali, la stessa potrebbe apparire irraggiungibile tanto quanto può considerarsi utopica la realizzazione di un codice civile europeo, che presupporrebbe il superamento di tutte le divergenze e i contrasti tra sistemi europei di *civil law* e sistemi europei di *common law*. Sul punto, si rinvia anche a CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., p. 831.

È stata salutata con favore da una parte della dottrina, l'adozione di un *codice civile europeo - ossia di uno strumento normativo* contenente norme specifiche - che rappresenterebbe un importante traguardo nel processo di integrazione in Europa⁶⁷⁵.

In senso favorevole ad esso è anche la tesi che considera la volontà di uno Stato Membro implicita nella rinuncia consapevole ad una porzione limitata della propria sovranità nazionale al momento di ingresso nell'Unione Europea⁶⁷⁶. In realtà, l'argomento appare oltre che privo di consistenza anche tautologico, posto che trae la conclusione da una premessa indimostrata. Infatti, la costruzione di un ordinamento comune non necessariamente impone, come unica via, di passare per la redazione di un comune codice civile, come l'esperienza anglosassone insegna⁶⁷⁷. Si rammenta come il sistema inglese ha manifestato, da sempre, un atteggiamento refrattario all'elaborazione di codici e, in generale, al formalismo e alle generalizzazioni che, ad essi, si ricollegano, in linea peraltro con la diffusa mentalità che ha serpeggiato per tutto il Novecento che «detesta l'idea di sistema e di tutto ciò che ne costituisce manifestazione»⁶⁷⁸.

Non è un caso che molti dei progetti di codificazione sono qualificati non come "codici" ma come "raccolte di principi", quasi che solo i principi potessero rappresentare un ponte tra le contrapposte tradizioni giuridiche⁶⁷⁹. Principi, che paradossalmente presentano il più alto grado di astrazione e generalizzazione tra le categorie dogmatiche, ponendosi al di sopra anche delle clausole generali.

Ne consegue che, escludendo la tecnica regolamentare ossia quella che passa per la realizzazione di un codice, è logico domandarsi se il raggiungimento di obiettivi di uniformazione possa più efficacemente raggiungersi con una legislazione per principi ovvero con una legislazione per clausole generali.

⁶⁷⁵ Ad esempio, PATTI S., *Riflessioni su un progetto di codice europeo dei contratti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2001, I, p. 489, che si è espresso favorevolmente all'elaborazione del Codice Gandolfi.

⁶⁷⁶ Cfr. SPOTO, *Contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 218.

⁶⁷⁷ Ancora SPOTO, op. cit., p. 215. Può considerarsi del tutto isolato quel tentativo di creare un modello unificato del diritto contrattuale inglese e scozzese: il c.d. *Contract Code*. Si rinvia per approfondimenti a MC GREGOR, *Contract code drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milano - London, 1993.

⁶⁷⁸ Cfr. CASTRONOVO, *Codice civile e diritto europeo*, in *Eur e dir priv.*, 2012, III, p. 688. Per approfondimenti si rinvia, altresì, a MARKESINIS, *Why a Code is not the best way to advance the cause of European legal unity*, in *Il Codice civile europeo*, a cura di ALPA e BUCCICO, Milano, 2001.

⁶⁷⁹ Cfr. CASTRONOVO, *ult. op. cit.*, p. 688.

Nell'elaborazione di una codificazione del diritto civile, un ruolo propulsivo (e propedeutico) è stato attribuito, dunque, alla scienza giuridica europea, in quanto si è ritenuto che il suo consolidamento e la sua implementazione sociale avrebbero potuto contribuire a preparare il terreno per il processo di uniformazione⁶⁸⁰. La scienza giuridica europea ha generato diversi progetti di codificazione tra i quali si ricordano i) i Principi dell'UNIDROID, ii) il Codice di Pavia, iii) i Principi di Diritto Europeo dei Contratti (PDEC), iv) il *Draft of Common Frame of Reference* (DCFR); v) il Codice Gandolfi⁶⁸¹.

Secondo un'impostazione dottrinale, i progetti di codificazione costituiscono un'opera ricognitiva del diritto vivente, ossia degli usi consolidati nella prassi dei traffici commerciali e ordinati dalla dottrina secondo determinati criteri⁶⁸². Secondo un'altra ricostruzione, invece, siffatti prodotti della scienza giuridica non hanno una natura ricognitiva, in quanto non hanno solo un'efficacia ordinante ma si proiettano *de iure condendo*, mettendo - in alcuni casi - in discussione le categorie dogmatiche tradizionali⁶⁸³.

In ogni caso, essi non sono vincolanti per gli Stati Membri e l'assenza di «*mandatory rules*» si traduce in un «esaurimento della politica», nel senso che la politica quasi accetta di assumere un ruolo marginale, nel considerare esaustivo il controllo giudiziale dell'autonomia privata⁶⁸⁴.

Dunque, la loro efficacia giuridica è condizionata alla facoltativa scelta delle parti di richiamarli espressamente nel regolamento contrattuale. Ad esempio, l'articolo 1:101 PDEC prevede che i principi operano «quando le parti hanno convenuto di inserirli nel contenuto del contratto o hanno convenuto che il contratto sia regolato da essi» ovvero quando «hanno convenuto che il contratto sia regolato dai "principi generali del diritto" o dalla "*lex mercatoria*" o altra espressione

⁶⁸⁰ Cfr. SOMMA, *Verso il diritto privato europeo? Il quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 2001.

⁶⁸¹ In materia la bibliografia è ampia. Con riguardo ai PDEC, si richiama: LANDO, *The European Principles in an integrated world*, in *European Review Contract Law*, 2005, I, p. 3. Per una panoramica sul Draft si rinvia a: BRECCIA, *Principles, definitions e model rules nel "comune quadro di riferimento europeo" (Draft Common Frame of Reference)*, in *Contr.*, 2010, I, p. 95.

⁶⁸² In questo senso mi pare RESCIGNO, *Lex mercatoria*, *Enc. giur.*, cit., *ibidem*.

⁶⁸³ Cfr. SPOTO, *Contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 219.

⁶⁸⁴ Cfr. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 331, secondo il quale questo spiegherebbe il ridondante ricorso alla clausola della buona fede, da cui deriva una sorta di «rimoralizzazione del diritto privato».

analoga» ovvero «quando non hanno scelto altro sistema di regole o altre norme di diritto per disciplinare il contratto».

Ad oggi, al di là del pregio scientifico che ad essi si ricollega, mi pare che, però, i progetti aventi la forma di codice, come il Codice Gandolfi, non abbiano lasciato dietro di sé una strada battuta poi favorevolmente seguita da altri, sicché può ragionevolmente porsi in discussione l'efficacia e l'utilità della tecnica legislativa regolamentare nell'ottica dell'armonizzazione.

Invece, occorre interrogarsi sulla realizzabilità di un'*uniformazione europea* della disciplina civilistica per il tramite dell'*utilizzo di clausole generali*.

Il processo di armonizzazione in senso forte richiede una rivisitazione delle categorie tradizionali, necessaria per costruire un ponte tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law*. Tale rivisitazione è avvenuta per il tramite di un massiccio intervento legislativo europeo che, seppur a macchia di leopardo, ha costituito, nel corso degli ultimi decenni, il principale strumento di riforma del diritto privato interno⁶⁸⁵. Il metodo utilizzato dal legislatore europeo per promuovere tale progetto di rivisitazione, come noto, si è espresso mediante l'utilizzo della «tecnica della norma imperativa»⁶⁸⁶, finalizzata ad un «aggiramento della fattispecie»⁶⁸⁷, da cui come effetto è derivato una "trasversale transtipicità contrattuale". In questo senso, è stato agevole constatare come la categoria di «tipo contrattuale» abbia perduto la sua rilevanza in favore dell'emersione di «gruppi di contratti»⁶⁸⁸, che si accomunano non più per la circostanza di presentare un analogo schema contrattuale e una conseguente omogenea disciplina ma per singoli profili, quale, ad esempio, quello relativo alle modalità di contrattazione. Si prenda, ad esempio, la disciplina europea dettata in materia di vendita dei beni di consumo.

Invero, la ricostruzione delle categorie concettuali ha riguardato anche quella generale di *contratto*, che, come già osservato, ha dismesso i panni di una qualificazione unitaria, quella evincibile dall'art. 1321 c.c., in favore di una sua pluriqualeficazione, che comporta la necessità di distinguere il modello di contratto

⁶⁸⁵ Cfr. FERRI, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, cit., p. 2; BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Contr. impr. eur.*, 2000, p. 403.

⁶⁸⁶ Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit. p. 142.

⁶⁸⁷ Cfr. MAZZAMUTO, *op. cit.* p., 142.

⁶⁸⁸ Parla di «gruppi di contratti» MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 142.

europeo in base ad un criterio meramente soggettivo, ossia la qualità delle parti⁶⁸⁹. Un altro istituto che ha subito una trasformazione - per specificazione - nel tempo è stato quello di *parte* contrattuale, a cui è stata affiancata la figura del contraente debole, diversamente denominata a seconda della specifica disciplina di settore, ovvero quella di «cliente»⁶⁹⁰. Un altro istituto che è stato messo in discussione per soddisfare le esigenze di armonizzazione è stata la causa del contratto, apparsa sostituibile - almeno in apparenza - con la clausola generale dell'*accordo sufficiente*.

Occorre chiedersi, prendendo in esame proprio detta clausola, se la tecnica legislativa per clausole generali sia idonea all'elaborazione organica di una legislazione europea in materia di obbligazioni e contratti.

2. *Segue. Un esempio di legislazione per clausole generali: l'accordo sufficiente*

Nell'ambito dei più recenti progetti di codificazione europea, spesso, si è fatto ricorso alla clausola dell'accordo sufficiente al fine di individuare una struttura minimale che un contratto europeo dovrebbe possedere per esser considerato valido ed efficace⁶⁹¹. Ad esempio, nel sistema dei PDEC, l'accordo sufficiente esprime

⁶⁸⁹ Per approfondimenti si rinvia a GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 919.

⁶⁹⁰ Nell'ambito della legislazione del consumo abbiamo il consumatore, nell'ambito della disciplina dei ritardi di pagamento e in materia di subfornitura abbiamo l'impresa debole. La figura unificante di «cliente» (o *customer*) quale parte del contratto asimmetrico è stata elaborata da ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo: dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, II, p. 271.

⁶⁹¹ In via esemplificativa, di seguito alcune previsioni normative: ai sensi dell'art. 2:101 PDEC «Requisiti dell'accordo delle parti. Il contratto è concluso quando a) le parti hanno manifestato la volontà di vincolarsi giuridicamente e b) hanno raggiunto un *accordo sufficiente*. Non occorre alcun altro requisito»; la definizione di accordo sufficiente è offerta dall'art. 2:103:«*Accordo sufficiente*. L'accordo è *sufficiente* quando le clausole: a) sono state dalle parti sufficientemente determinate in modo che vi si possa dare esecuzione, o b) possono essere determinate in applicazione dei Principi. Se però una parte rifiuta di concludere un contratto fino a quando le parti non abbiano trovato l'accordo su un punto specifico, il contratto non viene ad esistenza fino a quando non è stato raggiunto l'accordo su quel punto».

A tenore dell'art. II-4:101 del DCFR «Requisiti per la conclusione del contratto. Un contratto è concluso, senza la necessità di ulteriori requisiti, quando le parti: a) manifestano la volontà di costituire un rapporto giuridico vincolante o di produrre altri effetti giuridici; b) raggiungono un *accordo sufficiente*». Con riguardo alla definizione di accordo sufficiente, peraltro, l'art. II-4:103 prevede che «L'accordo è *sufficiente* quando: a) le clausole del contratto sono state sufficientemente determinate dalle parti in modo da poter attribuire efficacia al contratto; b) le clausole del contratto o i diritti e le obbligazioni da esso discendenti possono essere *sufficientemente determinate* in altro modo così da poter attribuire efficacia al contratto. Se una parte rifiuta di concludere un contratto finché le parti non abbiano trovato accordo su una specifica questione, il contratto non viene ad esistenza fino a quando non è stato raggiunto un accordo sulla questione».

Inoltre, il requisito della sufficienza costituisce anche il criterio discrezionale utilizzato per distinguere tra un'offerta e una proposta, posto che ai sensi dell'art. II-4:201: Proposta (1) Una proposta

l'auspicabile - almeno in astratto - completezza contenutistica di un contratto⁶⁹². Si considera valido, infatti, quell'accordo il cui contenuto è sufficiente. La sufficienza dell'accordo come *unico* requisito di validità del contratto.

Siamo, dunque, al cospetto di una clausola generale?

Una risposta al quesito richiede di interrogarsi, in via preliminare, sul suo contenuto per comprendere se essa sottintende degli istituti e, in caso, quali tra essi sono coinvolti.

La soluzione affermativa sarebbe un decisivo argomento favorevole alla tesi che vede nella tecnica di legislazione per clausole generali l'unica strada da percorrere nell'ottica dell'uniformazione, posta la profonda eterogeneità esistente tra sistemi di *civil law* e sistemi di *common law* riguardo alla portata di determinati istituti.

Dunque, quali istituti possono intravedersi dietro essa?

Orbene, da un'analisi complessiva delle prescrizioni in tema di accordo sufficiente è possibile ravvisare un'affinità tra il concetto di sufficienza (del contenuto del contratto) e la nozione di determinatezza o determinabilità. Caratteri, quelli di determinatezza o determinabilità, che nel codice civile riscontriamo con riguardo al requisito dell'oggetto del contratto, che deve essere, come noto, determinato o determinabile (art. 1346 c.c.).

Quindi, si potrebbe ipotizzare che tale requisito sia stato assorbito all'interno della clausola generale.

In realtà, questa opzione ermeneutica suscita delle perplessità.

costituisce offerta se: (a) è volta alla conclusione di un contratto in caso di accettazione dell'altra parte; e (b) contiene clausole *sufficientemente* determinate ai fini della conclusione del contratto. Inoltre, l'art. 30, co. 1°, della Proposta di Regolamento della vendita transfrontaliera prevede: «Requisiti per la conclusione del contratto. Il contratto è concluso quando: a) le parti raggiungono un accordo, b) le parti intendono far produrre all'accordo effetti giuridici; c) l'accordo, integrato se necessario da norme del diritto comune europeo della vendita, ha *contenuto e certezza sufficienti* per produrre effetti giuridici.»

⁶⁹² Peraltro, come evidenziato da una parte della dottrina, questo *modus procedendi* conferma la tendenza del legislatore europeo di procedere avendo come unico obiettivo una scelta efficiente per il mercato senza porsi il problema di creare dei raccordi tra tradizioni giuridiche diverse e di coniare un'architettura concettuale europea. Cfr. CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 12. Cfr. anche FERRI, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, cit., p. 6. Si tratta di un approccio pragmatico che appare ispirarsi a quello proprio dei sistemi di *common law*. Peraltro, l'assunto troverebbe conferma all'interno dei PDEC che all'art. 6:102, dedicato alle clausole implicite sembrano riferirsi ai c.d. *implied terms*.

Peraltro, secondo un altro indirizzo dottrinale⁶⁹³, il requisito dell'oggetto mantiene la propria autonomia concettuale, corrispondendo a quello - forse, più generico - di «contenuto» dell'accordo, collocato topograficamente altrove, ossia all'art. 1:102 che definisce l'autonomia contrattuale. A conferma della validità della tesi sono state richiamate alcune disposizioni del Codice europeo dei contratti (il c.d. Codice Gandolfi). In particolare l'art. 5 qualifica esplicitamente come requisito il contenuto, individuandone altresì i seguenti caratteri: «possible», «licite et non abusif» «utile» «déterminé ou déterminable»⁶⁹⁴. Dunque, secondo questa ricostruzione, un requisito del contratto non sarebbe contemplato all'interno della norma preposta a individuare i requisiti del contratto, ma in una distinta norma che definisce l'autonomia contrattuale. Questa premissione si spiega per esser tale elemento non considerato necessario in quanto implicito nella nozione di accordo, non potendo immaginarsi un accordo senza un oggetto.

L'assunto, almeno così formulato, non convince in quanto non coerente con un'interpretazione logico-letterale del dato positivo.

Inoltre, si solleva un'ulteriore obiezione. Infatti, la nozione di "contenuto" presenta una carica di ambiguità e vaghezza non indifferente e questo esporrebbe il contratto a non prevedibili giudizi di invalidità,⁶⁹⁵ rendendolo un dirompente strumento di controllo della libertà contrattuale.

Quindi, sulla base dell'analisi testuale condotta, appare preferibile ritenere che la sufficienza dell'accordo non alluda all'elemento costitutivo dell'oggetto.

Invero, ci si potrebbe chiedere se la sufficienza dell'accordo tradisca l'esigenza di attribuire al contratto un requisito funzionale, quale quello della *causa*⁶⁹⁶.

⁶⁹³ Cfr. CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 454.

⁶⁹⁴ Cfr. CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 454.

Art. 5 Codice europeo dei contratti. «1. Salvo diversa disposizione che stabilisca un'età inferiore, il contratto può essere concluso da una persona fisica che ha compiuto gli anni diciotto, oppure che è stata emancipata ed ha conseguito le autorizzazioni richieste dalla sua legge nazionale. 2. Il contratto concluso da un minore non emancipato, da una persona dichiarata legalmente incapace o che non sia anche transitoriamente in condizione di intendere o di volere può essere annullato come previsto dall'art. 150. 3. Sono elementi essenziali del contratto: a) l'accordo delle parti; b) *il contenuto*. 4. Una forma speciale è necessaria solo nei casi e ai fini indicati nelle norme del presente codice».

⁶⁹⁵ In tal senso anche NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 1000.

⁶⁹⁶ Sul tema della causa nell'ambito dei progetti di codice civile europeo la letteratura è vasta. Tra i tanti si ricordano: NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, cit., p. 986; GORLA, SILVA, *La causa come elemento essenziale del contratto. Assente o solo "nascosta"?*, in *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, a cura di MARCHETTI, Torino, 2012, p. 135; BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le*

Con riguardo al requisito della causa, si possono registrare differenti approcci da parte degli Stati Membri. *In primis*, si rileva che si tratta di un requisito che ha ricevuto dignità normativa solo in alcuni di essi. In particolare, alcuni sistemi giuridici, come quello tedesco, non hanno avuto necessità di contemplare l'elemento della causa per regolamentare i rapporti commerciali, sostenendone l'inutilità⁶⁹⁷. *In secundis*, l'opportunità di non includere la causa deriva dalla profonda incertezza in ordine alla sua natura, in quanto, in alcuni sistemi giuridici, essa presenta una natura soggettiva, in altri sistemi, una natura oggettiva; inoltre, da alcuni la causa viene riferita alla prestazione, da altri all'obbligazione, ecc.⁶⁹⁸ Infine, alcuni hanno visto nella causa un intralcio ai traffici commerciali nella misura in cui potrebbe appesantire e rallentare la negoziazione e la successiva conclusione di contratti leciti ma atipici ovvero misti⁶⁹⁹. Forse, è proprio per scongiurare tale rischio che il requisito della causa non appare menzionato in alcuna fonte di *soft law*.

Anche i sistemi di *common law* disconoscono l'istituto della causa del contratto, attribuendo rilevanza alla *consideration*, che nulla ha a che vedere con la causa costituendo un elemento «atto ad assicurare la biunivocità degli scambi contrattuali»⁷⁰⁰ ossia, in altri termini, esprime la - sola - necessaria sinallagmaticità del contratto: la «*consideration must be sufficient (i.e., something of value in the eyes of the law must be proffered in return for the other party's performance) but need not*

tutele. *Prospettive di diritto europeo*, a cura di MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 241; SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, 2005, p. 7 ss; RASCIO, *I principi di diritto europeo e la causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 255 ss.; FERRI, *L'"invisibile" presenza della causa del contratto*, in *Eur e dir. priv.*, 2002, p. 905.

⁶⁹⁷ Cfr. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, p. 251. In tal senso anche: CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo e dei contratti, Parte I e II*, Milano, 2001, p. XXV. Anche FERRI, *L'accordo sufficiente e la funzione del contratto*, a cura di CASTRONOVO e MAZZAMUTO, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 455: «Per molteplici ragioni, il legislatore tedesco non ha ritenuto opportuno fare riferimento, nel BGB, all'elemento della causa». Quindi, tutte le questioni ad essa connesse «sono restate, nel pensiero della dottrina, in bilico tra una idea di *Zweck* (scopo), che in qualche modo tendeva a valorizzare le esigenze soggettive cui attendeva l'autore del negozio, e quella di *Grund* (fondamento) del contratto, inteso come indice dell'esistenza di una giustificazione».

⁶⁹⁸ Cfr. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., p. 251.

⁶⁹⁹ Cfr. BIANCA, *op. cit.*, p. 51.

⁷⁰⁰ Cfr., SERIO, *Il contract e l'Europa*, a cura di CASTRONOVO e MAZZAMUTO, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 651, secondo cui «Una *consideration* come antidoto ad impegni giuridici cui non si accompagnasse una ripromissione, naturale attributo di ogni ragionevole traffico commerciale, è ben più che elemento essenziale o requisito del *contract*: essa esprime, in fondo, l'imperitura idea che nessun essere umano fa niente per niente».

be “adequate” (i.e., the court will not enquire into whether or not the bargain itself is a fair one), but not be need adequate»⁷⁰¹.

In questo senso, può ritenersi che l'irrilevanza della *consideration* non sia altro che un corollario del principio della *freedom of contract*, che inibisce un qualsivoglia controllo sul contenuto del contratto che abbia ad oggetto la "giustizia dello scambio", sul presupposto che «*fairness and justice of exchange is irrelevant*»⁷⁰². Quindi, la soppressione della causa (ma anche della *consideration*) verosimilmente è volta a evitare l'insorgere di divergenze tra differenti sistemi⁷⁰³. Si ritiene, dunque, che la sua eliminazione non costituisca una soluzione di compromesso auspicabile.

Come rilevato dalla dottrina più avvertita, dalla sua espunzione dalla teoria del contratto scaturirebbe l'esclusiva rilevanza del nudo patto (e, quindi, del principio di vincolatività), con conseguente eclissi del principio consensualistico⁷⁰⁴. Inoltre, non appare possibile trascurare gli assetti di interessi delle parti sotto un profilo finalistico (o funzionale), essendo la nozione di causa, quale funzione economica individuale, strettamente legata a quella di libertà contrattuale⁷⁰⁵. Ne consegue che qualora si decidesse di rinunciare al requisito della causa non si potrebbe inibire comunque un controllo sulla giustificazione causale del trasferimento della ricchezza, posta l'esistenza di norme che sanciscono l'invalidità del contratto nel caso

⁷⁰¹ Cfr. THOMAS, *What role should substantive fairness have in the english law of contract? An overview of law*, cit., p. 179.

⁷⁰² Cfr. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit., p. 24.

⁷⁰³ Nel senso che la clausola dell'accordo sufficiente esprime la tendenza al superamento di quelli che, nel nostro ordinamento, sono considerati requisiti essenziali del contratto, cosicché il contratto europeo si perfeziona in presenza di quelle clausole (essenziali) che ne consentano l'esecuzione anche PIERAZZI, *L'accordo parziale*, Padova, 2012, p. 45.

⁷⁰⁴ Cfr. STANCA, *Note in tema di causa nel Draft Common Frame of Reference e nella Proposta sulla Cesl*, cit., p. 725.

⁷⁰⁵ In tal senso: CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 463, secondo cui i temi della causa e della funzione del contratto non appaiono «eliminabili perchè intrinseci all'idea stessa di autonomia privata, cui finiscono per essere necessariamente e inscindibilmente saldati»; ma anche STANCA, *Note in tema di causa nel Draft Common Frame of Reference e nella Proposta sulla Cesl*, cit., p. 724, che osserva come l'atteggiamento di quanti ritengono utile espungere il requisito della causa non convince in quanto tali progetti di codificazione non hanno una dignità di fonti del diritto, bensì hanno natura pattizia, contrattuale. Quindi, secondo tale dottrina, anche a voler aderire all'orientamento che sostiene l'eliminazione della causa nel contratto europeo, in pratica questo non sarebbe possibile in quanto incontrerebbe un ostacolo negli artt. 1325 e 1418 c.c., che costituiscono norme *inderogabili*. Sul rapporto tra armonizzazione europea e norme imperative nazionali si rinvia anche a SOMMA, *Verso il diritto privato europeo? Il quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 2097.

di eccessivo squilibrio, la cui valutazione richiede di considerare la ragione giustificatrice del contratto⁷⁰⁶.

Da qui l'opportunità di ricondurre al requisito di sufficienza dell'accordo la natura di *funzione* del contratto, cosicché il contratto insufficiente è quel contratto che presenta una «frattura funzionale tra quel poco o quel tanto (pur sempre tuttavia insufficiente e, come tale, non eseguibile) su cui le parti sono d'accordo e il raggiungimento delle finalità che le parti intendono realizzare»⁷⁰⁷. In questo senso, si condivide il pensiero di quella dottrina che sostiene un'invisibile presenza della causa nei progetti di codificazione europea⁷⁰⁸.

Peraltro, dalle note ufficiali a commento dell'art. II-4:101 e dell'art. II-4:103 del DCFR si evince come il requisito della sufficienza dell'accordo sta ad indicare il *sufficiente grado di consenso* maturato dalle parti in ordine alla conclusione dell'accordo che conferma lo stretto legame esistente tra la causa del contratto e la libertà contrattuale: infatti, quale istituto sottintende il sufficiente grado di consenso se non la funzione economica individuale - ossia la causa - correlata al contratto medesimo?

A conferma della tesi sostenuta, ossia dell'impossibilità di fare a meno del requisito della causa, si prenda in esame la disciplina prevista nell'ambito dei PDEC e del DCFR in tema di annullabilità del contratto per ingiustificato arricchimento dove il requisito dello scopo del contratto è esplicitamente enunciato⁷⁰⁹. A tenore

⁷⁰⁶ Cfr. STANCA, *Note in tema di causa nel Draft Common Frame of Reference e nella Proposta sulla Cesi*, cit., p. 731.

⁷⁰⁷ In questi termini, FERRI, *L'accordo sufficiente e la funzione del contratto*, a cura di CASTRONOVO e MAZZAMUTO, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit. p. 462. Vedi anche MAZZAMUTO, *Dottrine dell'autonomia privata dall'Italia all'Europa*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, p. 591. Si rinvia anche a FERRI, *L'accordo sufficiente e la funzione del contratto*, cit., p. 463, secondo il quale «la stessa idea di sufficienza [...] evoca una relazione tra il contenuto contrattuale (nelle clausole in cui si articola) che le parti hanno concordato e le finalità che esse si ripromettono, tramite questo, di realizzare. Insomma, se c'è l'accordo su tutti i punti, l'accordo è sufficiente e la regola contrattuale concordata risulta, in concreto, perfettamente idonea (e funzionale) a far realizzare ai contraenti le finalità cui tendevano; come tale essa appare eseguibile».

⁷⁰⁸ Cfr. FERRI, *L'"invisibile" presenza della causa del contratto*, cit. p. 905. Dunque, alla (apparente?) morte della causa sembra seguire una «resurrezione». Cfr. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, cit., p. 252.

⁷⁰⁹ Cfr. STANCA, *Note in tema di causa nel Draft Common Frame of Reference e nella Proposta sulla Cesi*, cit., p. 731.

Art. 4:109 PDEC: «Una parte può annullare il contratto se, al momento della conclusione di esso: (a) fosse in situazione di dipendenza o avesse una relazione di fiducia con l'altra parte, si trovasse in situazione di bisogno economico o avesse necessità urgenti, fosse affetto da prodigalità, ignorante, privo di esperienza o dell'accortezza necessaria a contrattare, e (b) l'altra parte era o avrebbe dovuto essere a conoscenza di ciò e, date le circostanze e lo scopo del contratto, ha approfittato della situazione della prima in maniera gravemente scorretta o ne ha tratto un ingiusto

dell'art. II-7:207 DCFR, il contratto concluso è annullabile se una delle parti si trova in una condizione di vulnerabilità emotiva tale da avere una distorta percezione della convenienza economica dell'affare concluso e l'altra parte, sulla base di un giudizio che tiene conto delle circostanze fattuali e dello *scopo* del contratto, ne è consapevole.

Un giudizio avente ad oggetto un annullamento del contratto nelle condizioni soggettive indicate che, a parere di chi scrive, è assimilabile alla rescissione per stato di bisogno *ex art.* 1448 c.c., presuppone una valutazione del suo contenuto e, quindi, del suo scopo (o della sua funzione), suffragando la tesi che vuole la causa uno strumento per consentire un controllo giudiziale sul contenuto del contratto e, quindi, sull'autonomia privata⁷¹⁰.

In conclusione, l'accordo sufficiente si atteggia a clausola generale la cui concreta operatività sembra impedita, così come attualmente formulata, dai suoi stessi contorni indefiniti al punto che non sembra poi così azzardato tracciare un parallelismo con la concezione della clausola della buona fede degli anni Cinquanta, ossia quale etica (individuale e collettiva), che la rese del tutto inapplicabile. Pertanto, a parere di chi scrive, forse sarebbe auspicabile una sua riformulazione che contempli esplicitamente l'idea di scopo o funzione o finalità, posto che come evidenziato da Adolfo Di Majo: «le parti non concludono contratti senza avere di mira un particolare scopo o funzione»⁷¹¹.

profitto».

Art. II-7:207 DCFR: «Una parte può annullare il contratto se al tempo della sua conclusione: (a) la parte si trovava in uno stato di dipendenza o aveva un rapporto di fiducia con l'altra parte, versava in condizioni di difficoltà economica o aveva urgenti necessità, era affetta da prodigalità, ignorante, inesperta e priva di abilità nella contrattazione e (b) l'altra parte era o poteva ragionevolmente ritenersi essere a conoscenza di ciò e, date le circostanze e lo scopo del contratto, ha approfittato della situazione della controparte, ottenendo un beneficio eccessivo o un vantaggio notevolmente ingiusto. (2) Su domanda della parte che ha diritto all'annullamento, il giudice può, se opportuno, modificare il contratto in modo conforme a quanto le parti avrebbero convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza. (3) Il giudice può parimenti modificare il contratto su domanda della parte che abbia ricevuto comunicazione dell'annullamento, a condizione che detta parte informi la parte che ha effettuato la comunicazione senza ingiustificato ritardo dopo la ricezione della stessa e prima che tale parte abbia agito facendo affidamento su di essa».

⁷¹⁰ In tal senso, anche STANCA *op. cit.*, p. 739.

Una riflessione analoga può compiersi anche con riguardo all'eccessivo squilibrio ("*gross disparity*") di cui all'art. 3.2.7 dei Principi UNIDROID, che presuppone un'indagine avente ad oggetto lo scopo del negozio.

⁷¹¹ DI MAJO, *I requisiti del contratto*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di BESSONE, Torino, 2005, p. 516. Nell'ambito del diritto nazionale non è maturata l'esigenza di elaborare una siffatta clausola generale, essendo già espressamente codificata la causa del contratto. Un istituto, quello della causa, o meglio quello della causa in concreto, idoneo ad arginare lo straripamento dell'autonomia negoziale, al punto che una parte della «dottrina italiana anticausalistica» (Cfr. BIANCA, *Causa*

Emerge il dubbio, quindi, che le clausole generali possano costituire uno strumento idoneo a soddisfare le esigenze di armonizzazione, in quanto restano esposte all'attività modellatrice dell'interprete che può intravedere nelle stesse il coinvolgimento di istituti diversi e tra loro lontani come, nel caso della clausola dell'accordo sufficiente, l'oggetto e la causa del contratto.

Inoltre, suscita perplessità un utilizzo della clausola generale per sottintendere istituti, in quanto sembra enfatizzare ancor di più le divergenze tra gli Stati Membri, che solo apparentemente sono placate. Anzi, il rischio è che, sul piano pratico applicativo, le stesse si facciano ancora più evidenti in quanto ogni Stato Membro tenderà ad intravedervi l'istituto più coerente con il proprio substrato storico-culturale.

Invero, con riguardo alla clausola della buona fede, la quale di per sé stessa non evoca uno o più istituti definiti, i rischi che possono presentarsi sono opposti ed entrambi estremi: da un lato, si paventa una "moralizzazione del diritto privato" il che si traduce nella legittimazione di un controllo giudiziale più penetrante dell'autonomia negoziale con chiara incidenza sulla certezza dei traffici, dall'altro, e proprio allo scopo di evitare detto scenario, vi è il rischio di uno svuotamento di contenuto della buona fede, la cui operatività tornerebbe a rilevare solo sul piano dell'etica e della morale.

concreta del contratto e diritto effettivo, cit., p. 251) ne teme l'effetto negativo opposto quale quello di possibile strumento di controllo della libertà contrattuale: in particolare, nel diritto interno, problemi connessi alla causa hanno riguardato la duplicità di contenuti contrattuali con riguardo alla medesima vicenda negoziale complessa. In questo senso, la clausola dell'accordo sufficiente è venuta in rilievo con riguardo al preliminare di preliminare, soggetto e al divieto del *bis in idem* che sanziona con la nullità, per inutilità, siffatta fattispecie negoziale complessa. Sul tema è intervenuto di recente una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione con la quale, per la prima volta, si è affermato la possibile meritevolezza del preliminare di preliminare di vendita immobiliare, imperniandola sulla distinzione tra obbligo a contrarre e obbligo a contrattare. Se l'oggetto del contratto è la negoziazione *ex se* i contratti non presentano un uguale contenuto. *Ergo*, la differenziazione dei contenuti negoziali giustifica la sua ammissibilità. Viceversa, se il preliminare di preliminare è volto a ribadire l'obbligo a contrarre, inevitabilmente la scure del divieto si abatterà sul medesimo: «In presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido... (*omissis*) Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obblighino alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare.». CASS., sez. un., 6 Marzo 2015, n. 4628, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 7-8, p. 10601.

Di tal ch  occorre chiedersi se le esigenze di armonizzazione possano essere meglio soddisfatte, ricorrendo pi  che alle clausole generali ai *principi generali* anche in funzione del fatto che la clausola generale   una categoria dogmatica che gli ordinamenti di *common law* tendenzialmente disconoscono, al punto che, come gi  evidenziato, una parte della dottrina inglese ne rifiuta anche lo stesso appellativo, preferendo quello pi  neutro di "*general legal umbrella*" o di "*open-textured concepts*".

3. Segue. La tecnica legislativa per principi: un'opzione preferibile?

L'idea di una legislazione per principi con riguardo alla riforma del diritto civile italiano   stata sostenuta, negli anni Sessanta, da Sefano Rodot  anche se, in realt , egli, pur invocando una «legislazione per principi» non intendeva riferirsi davvero ai principi generali, considerandoli «inidonei a reggere un imprevedibile futuro» bens  alle clausole generali⁷¹²; anch'egli aveva ritenuto, gi  nel 1967, che i principi costituzionali dovessero considerarsi delle «direttive interne al sistema privatistico... (*omissis*)... fondamentali per costruzione di un nuovo sistema»⁷¹³.

Tale impostazione pu  sicuramente essere riutilizzata con riguardo al dibattito attuale sulla tecnica pi  idonea per la realizzazione di una uniformazione europea⁷¹⁴. Peraltro, in questo senso si   espresso anche Paolo Grossi, che considera il diritto contrattuale europeo una «fucina dove si viene forgiando un diritto che si innerva soprattutto in *principii*»⁷¹⁵.

Si parte dalla premessa per cui i principi generali presentano l'indubbio vantaggio di essere universalmente condivisi, in quanto ricavati induttivamente dalle esperienze sociali⁷¹⁶. Non   un caso che, come poc'anzi anticipato, alcuni dei progetti di codificazione europea hanno preso forma solo dopo che "i rappresentanti delle diverse tradizioni giuridiche" si sono accordati su cosa doveva essere un progetto di

⁷¹² Cfr. RODOT , *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., p. 91.

⁷¹³ Cfr. RODOT , *op. cit.*, p. 86.

⁷¹⁴ In tal senso anche PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 120.

⁷¹⁵ Cfr. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 75.

⁷¹⁶ Mi pare si esprima in favore della tecnica legislativa per principi generali, LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 8, secondo il quale: «Della necessit  di principi comuni ci riempiamo tutti la bocca e forse possiamo responsabilmente operare perch  ci  si realizzi, consapevoli peraltro che i principi non si fondano sul nulla, n  possono essere semplicemente ritenuti il filtro di un sistema di enunciati, perch  si radicano, oltre che sulle regole poste, su quel complesso intreccio di comportamenti e valori, di istituzioni riconosciute e sensibilit  condivise nel quale si sostanzia la realt  di un'esperienza giuridica.»

codificazione: ossia non un codice sul modello positivista continentale composto da norme analitiche (e clausole generali nel caso) bensì una *raccolta di principi* (ad esempio, come è avvenuto nel caso dei PDEC).

Sul piano dogmatico si è già accennato alle caratteristiche del principio generale, attribuendosi al medesimo un grado di astrazione massimo e superiore anche a quello della clausola generale.

Si è visto che il sistema inglese che manifesta un tendenziale rifiuto verso tutto ciò che si presta a generalizzazioni in coerenza con il metodo induttivo che lo connota non rinuncia al principio generale, ma rinuncia - o, comunque si dimostra disponibile a rinunciare - forse oggi con meno risolutezza rispetto al passato alla clausola generale.

Questa circostanza sembrerebbe rappresentare un'anomalia, soprattutto per coloro che sostengono una sovrapposizione tra le due categorie dogmatiche. In realtà, così non è. Non è in quanto non vi è una sovrapposizione, potendosi tutt'al più parlare di un' "affinità strutturale e funzionale", in relazione alla loro comune funzione di *filling gap*, ossia di colmare le lacune dell'ordinamento. Per il resto la logica operativa che presiede la loro applicazione spiega la diversità di atteggiamento del *common law* nei due casi: il principio generale colma la lacuna *in via diretta* senza intermediazione, viceversa la clausola generale per essere applicata necessita di "canalizzazioni" che devono essere tracciate dall'interprete.

Questo passaggio, in particolare, è temuto dal giurista di *common law*, potendosi nascondere dietro, l'elaborazione degli *standards* - ossia le "canalizzazioni" - manipolazioni del diritto da cui potrebbero derivare insanabili contraddizioni all'interno del sistema.

Possibili manipolazioni del diritto nel sistema inglese sono precluse, così, dalla stessa metodologia di carattere induttivo, sicché alcun rischio di *arbitrium iudicis* può configurarsi con riguardo al principio generale. Viceversa, le clausole generali consegnano una delega in bianco all'interprete, tesa a *dedurre*, appunto, le norme generali e astratte *ivi* contemplate; una delega che, quindi, stride di per sé con il metodo induttivo.

Al contrario, i principi generali sono considerati immanenti all'ordinamento giuridico, sicché anche rispetto ad essi opera una logica inferenziale induttiva, che

non solleva contrasti con il sistema di *common law*⁷¹⁷. Sembrano, dunque, i principi generali, e la «giurisdizionalizzazione del diritto» derivante dalla loro applicazione, gli strumenti idonei a stemperare la tradizionale contrapposizione tra sistema formalistico di *civil law* e sistema di diritto giurisprudenziale di *common law*⁷¹⁸.

La giurisdizionalizzazione del diritto porta a considerare inadeguata, dunque, l'idea della codificazione, che poggiandosi sulla tradizionale statualità del diritto e accentrando il potere politico, oggi più che mai appare obsoleta se posta a confronto con il necessario carattere extrastatuale di un diritto globale⁷¹⁹. Un diritto globale che, in uno sforzo di sintesi delle diverse esperienze giuridiche, non può che attribuire centralità (non alla politica bensì) alla storia e all'esperienza sicché, mutando il modo di intendere il diritto, anche il rapporto tra diritto e cultura ne risulta cambiato.

In particolare, oggi il diritto sembra essere chiamato a svolgere una "funzione culturale" non potendo più essere concepito come sistema fisso di regole bensì come «crocevia tra le culture»⁷²⁰.

Il diritto vivente si sostituisce al formalismo e non può non essere così nella prospettiva della globalizzazione: infatti se, in passato, vi era «assoluta simmetria tra le categorie formalizzate e i valori condivisi»⁷²¹ oggi si registra un radicale cambio di tendenza teso all'esaltazione della diversità del reale e, dunque, dell'esperienza che spinge il diritto ad una «deformalizzazione»⁷²².

Quindi, si condivide quella impostazione che suggerisce di abbandonare la concezione kelseniana delle categorie concettuali intese come «forme a priori della nostra conoscenza» in quanto le relative «precomprensioni formalistiche» oggi si presentano inadeguate a consentire l'incasellamento in tali forme delle nuove esperienze valoriali proprie di un diritto extrastatuale⁷²³. Una revisione delle categorie tradizionali è stata già "imposta" dal diritto europeo, come accennato, sicché la tendenza è quella della elaborazione, *de iure condendo*, di «categorie ordinanti

⁷¹⁷ Sulla logica inferenziale induttiva dei principi generali si rinvia a LIPARI, *Intorno ai principi generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 31.

⁷¹⁸ Cfr. LIPARI, *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, III, p. 876.

⁷¹⁹ Cfr. LIPARI, *op. cit.*, *ibidem*.

⁷²⁰ Cfr. LIPARI, *Il diritto quale crocevia tra le culture*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, I, p. 5.

⁷²¹ Cfr. LIPARI, *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, *cit.*, p. 877.

⁷²² Cfr. LIPARI, *op. cit.*, *ibidem*.

⁷²³ In tal senso LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, *cit.*, p. 2.

transnazionali»⁷²⁴.

Si è utilizzato il termine "categorie". Poiché è un termine polisensu, si precisa che le categorie da ultimo richiamate attengono al piano del processo mentale dell'interprete e, dunque, non devono essere confuse con le categorie dogmatiche di cui si è parlato genericamente in precedenza⁷²⁵.

Come sostiene la dottrina più avvertita, "categorie mentali" e "principi" sono inscindibilmente legati: se è vero che i principi appartengono al piano «delle regole» mentre le categorie integrano degli «strumenti cognitivi», questi ultimi sono necessari proprio per applicare al meglio i principi, che infatti presuppongono un «tessuto di valori condivisi»⁷²⁶. Ne consegue la centralità del ruolo rivestito dalla dottrina nel forgiare tali categorie che, quindi, rappresentano un *prius* all'elaborazione del principio.

In questo senso, i principi generali non si limiterebbero a svolgere la tradizionale funzione di "*filling gap*" ossia di colmare le lacune dell'ordinamento, bensì si proietterebbero, grazie all'indefinitezza del loro contenuto e alla *vis expansiva* che ne discende, in un'ottica transnazionale consentendo di elaborare dei modelli normativi *alternativi* a quelli derivanti dal formalismo basati sulla logica della fattispecie⁷²⁷. In materia di diritto contrattuale essi dovrebbero essere tratti dalle trame dell'esperienza delle comunità sociali degli Stati Membri⁷²⁸.

In tal senso i PDEC rappresentano un valido modello di riferimento.

Dunque, l'elaborazione di un codice civile europeo, inteso come "raccolta di principi", rappresenta solo l'ultima di una serie di tappe che ancora devono essere raggiunte, in quanto esso presuppone l'intessitura di valori condivisi - tramite le categorie mentali del giurista europeo - su cui edificare delle basi giuridiche comuni, che costituiscono preludio, altresì, di un successivo cambiamento del rapporto stato -

⁷²⁴ Cfr. LIPARI, *ult. op. cit.*, p. 3.

⁷²⁵ Dunque, si può affermare che simmetricamente, anche il principio generale come *categoria di astrazione massima* non deve essere confuso con il principio generale come *modalità di tecnica legislativa*.

⁷²⁶ Cfr. LIPARI, *op. cit.*, p. 8.

⁷²⁷ Cfr. LIPARI, *Intorno ai principi generali*, cit., p. 39.

⁷²⁸ Tra i principi generali dell'Unione Europea vi è il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo che, a differenza degli altri, assumerebbe una valenza meramente rimediabile, essendo volto ad attribuire ai privati l'azionamento dei diritti. Questo principio generale appare già operativo nella giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia, la quale in diverse occasioni ne ha sostenuto l'immediata applicabilità nei rapporti tra privati, in relazione ad alcune disposizioni della Carta di Nizza. Sul punto, interessante la prospettiva di ALPA, *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, in *Nuova giurispr. civ. comm.*, 2016, I, p. 108.

mercato, dove il primo a differenza di ora non è più posto al servizio del secondo.

Del resto, si è detto, se i codici degli Stati Membri sono «il risultato di un travaso del diritto romano comune», non dovrebbe essere così complicato rintracciare una «nuova base del diritto comune europeo»⁷²⁹.

Di più. Si ritiene che una convergenza può ravvisarsi anche con riferimento a sistemi totalmente diversi quale quello di *common law*.

Quanto sostenuto sembra confermato dall'analisi comparativa svolta: infatti, se si pone mente alla ragionevolezza italiana e alla *reasonableness* inglese si può agevolmente ravvisare un'identità di contenuto e di modalità operativa che la rende una perfetta candidata alla sua assunzione a principio generale. Lo stesso potrà dirsi forse, *de iure condendo*, con riguardo alla buona fede italiana e alla *fairness* inglese, la cui omogeneità concettuale, generata dall'influenza delle categorie di diritto europeo, appare un dato pacifico, secondo una parte della dottrina, che necessita - ora - solo di un atto di ricognizione esplicito. Anch'essa si presta ad essere oggetto di un processo di astrazione al massimo grado che la trasformerebbe in principio generale.

Una parte della dottrina non condivide l'idea della legislazione per principi, propugnando la necessità di un codice in quanto un mercato unico richiede un'unicità di regole e, dunque, una medesima base normativa⁷³⁰.

L'assunto non è condivisibile ed appare smentito dalla realtà dei fatti.

Il mercato europeo ha dimostrato e dimostra di trarre vantaggio dagli interventi legislativi europei "a macchia di leopardo" - che di fatto hanno invertito i termini del rapporto stato - mercato nell'ambito dell'esperienza giuridica italiana⁷³¹. Allora perché percorrere la strada della codificazione? In che misura essa gioverebbe al mercato rispetto alla situazione attuale? La codificazione restituirebbe, infatti, centralità allo Stato e neutralizzerebbe il fenomeno della competizione tra gli ordinamenti giuridici (il c.d. *law shopping*)⁷³². La competizione tra gli ordinamenti giuridici, a parere di chi

⁷²⁹ Cfr. CASTRONOVO, *Codice civile e diritto europeo*, cit., p. 691.

⁷³⁰ Cfr. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 692.

⁷³¹ Se si pone mente all'esperienza giuridica italiana vi sono state diversi tipi di relazioni tra stato e mercato che si sono susseguiti nel tempo - si è passati da un modello di intervento paternalistico del legislatore volto a tutelare i singoli dalle "intemperie" della concorrenza ad un modello di intervento opposto ossia volto a tutelare non il singolo in sé ma il singolo come "attore economico" che agisce nel mercato e, quindi, la concorrenza - ci si avvede che il mutamento del rapporto stato - mercato è stato "provocato" dagli interventi settoriali rapsodici del legislatore europeo il cui *focus* è, quindi, la tutela della concorrenza così come instaurata nel mercato unico.

⁷³² Tra i tanti si rinvia a: AA VV, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di ZOPPINI, Bari, 2004; PLAIA, *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano, 2007.

scrive, conduce lo Stato ad essere asservito al mercato, nella prospettiva di divenire l'ordinamento più vantaggioso per gli operatori privati. Quindi, la concorrenza europea trae vantaggio dalla frammentazione della disciplina europea e dall'assenza di un ordinamento centralizzato. Si conviene con quanto sostenuto da una dottrina, sul punto, ossia «*in varietate concordia*»⁷³³.

Forse, è questa la ragione principale, insieme certamente a quella delle peculiarità delle diverse matrici culturali caratterizzanti gli ordinamenti dei singoli Stati, per cui, a distanza di anni, e dopo che si sono susseguiti diversi progetti di codice civile europeo la strada dell'uniformazione appare ancora in (ripida) salita a cui fa di riflesso un'idea di Europa, questa sì condivisibile, quale «ancora troppo piccolo tentativo di Stato»⁷³⁴

4. L'incertezza del diritto: un esito necessariamente negativo?

Nel corso della trattazione, soprattutto con riguardo agli effetti discendenti dall'utilizzo delle diverse modalità applicative, sono state ricorrenti le espressioni come "certezza del diritto", "incertezza del diritto", "certezza dei traffici". Si osserva come l'alternativa "manichea" certezza del diritto e incertezza del diritto evoca un'ottica formalistica, propria del Positivismo.

Con la riscoperta di una centralità dei principi, l'utilizzo di tali espressioni viene messo in discussione. O meglio *deve* essere messo in discussione.

L'idea della certezza del diritto come dogma del positivismo, di cui i Codici continentali rappresentano espressione, appare oggi obsoleta non considerandosi più la legge come insieme di precetti detentori di verità assolutistiche, come era stato durante il periodo del Settecento-Ottocento, aventi quasi la funzione di presidii per la «saldezza del potere costituito»⁷³⁵.

Parlare di certezza del diritto contrapponendola all'incertezza in un'ottica manichea vuol dire, nel periodo di transizione che caratterizza l'epoca attuale, «arrestarsi all'involucro esterno del comando» quasi che lo stesso alla stregua di un «sacrario» non possa che esser maneggiato solo che «dai sacerdoti investiti del potere politico»⁷³⁶.

⁷³³ Cfr. SIRENA, *Il discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, cit., p. 666.

⁷³⁴ Cfr. CASTRONOVO, *Codice civile e diritto europeo*, cit., p. 695.

⁷³⁵ Cfr. GROSSI, *Ritorno al diritto*, op. cit., p. 59.

⁷³⁶ Cfr. GROSSI, *op. cit.*, p. 61.

Il diritto ha perso il carattere di fissità che lo caratterizzava in passato. Esso non è più immobile e non può, pertanto, identificarsi con il dogmatismo legalista, che ha iniziato il suo declino già a partire del Novecento. Con il cambiamento del substrato sociale, i «valori cementati nella civiltà giuridica» del Settecento-Ottocento sono stati messi in discussione⁷³⁷.

La visione prospettica cambia. Il diritto non discende dall'alto ma sale dal basso, ossia dall'empirismo dell'esperienza sociale. Esso non si identifica con il comando astratto e immobile ma con l'idea di ordinamento, che non può che essere dinamico per rimediare agli scollamenti che stanno prendendo forma⁷³⁸.

Ne consegue che l'*incertezza del diritto*, dismettendo i panni di risvolto negativo al *deficit* di formalismo, può in questa nuova ottica, ossia quella che pone i principi al centro del sistema, essere valutata secondo un'accezione positiva⁷³⁹.

Con l'operare per il tramite dei principi, ricavati induttivamente dall'esperienza sociale, la società e l'uomo divengono il baricentro dell'ordinamento, sicché è in ciò che si concretizza quel «ritorno al diritto» auspicato da Paolo Grossi, ossia il ritorno «ad una dimensione che sia veramente diritto» e non imbalsamata nella «legalità legale»⁷⁴⁰. Del resto, il diritto è un involucro della storia e non un vuoto contenitore di astratte categorie e di freddi precetti.

In questo senso, l'incertezza del diritto rappresenterebbe il primo segnale di un recupero della sua *socialità*.

Ne consegue che essa non deve essere temuta più del dovuto, costituendo l'effetto connaturato all'ingresso di una fase evolutiva. Infatti, quando la dottrina e la giurisprudenza, consapevoli di un inarrestabile quanto enorme mutamento in atto, guardano al tessuto della società per conoscere e tradurre in formule normative i principi si pongono l'obiettivo di approntare una guida, in un contesto di trasformazione *in itinere* del sistema delle fonti in una prospettiva sovranazionale⁷⁴¹.

⁷³⁷ Cfr. GROSSI, *op. cit.*, p. 61, secondo cui già con la prima guerra mondiale i codici e i valori in essi incorporati sono stati sconfessati da una legislazione eccezionale che «ne smentiva le astrattezze», p. 62.

⁷³⁸ Cfr. GROSSI, *op. cit.*, p. 64.

⁷³⁹ Cfr. GROSSI, *op. cit.*, p. 64.

⁷⁴⁰ Cfr. GROSSI, *op. cit.*, p. 66-67.

⁷⁴¹ Peraltro, l'esperienza giuridica italiana ha sperimentato già una prima rottura con il Positivismo, quando con l'entrata in vigore della Costituzione del 1948, la quale nel passaggio dalla modernità alla post-modernità, è stata una fonte nata «dal basso», «un breviario di valori e principii non pensati nel chiuso di un istituto scientifico o di un gabinetto politico ma constatati e rilevati quale voce viva di un'esperienza viva»: GROSSI, *op. cit.*, p. 69.

Dunque, se nel periodo moderno i principi sono stati scarsamente considerati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per la loro potenziale capacità di incrinare il formalismo, oggi assumono tutt'altro significato, in quanto la «natura efficacemente espansiva», connessa al carattere indefinito del loro contenuto, è uno strumento prezioso per "rintracciare" nelle trame empiriche della società il c.d. diritto vivente⁷⁴².

In questa prospettiva non possono essere che positivi gli influssi derivanti dall'esperienza di *common law*, il cui empirismo costituisce tratto essenziale del sistema. Dunque, la certezza del diritto non dovrebbe costituire, in questa fase storica, obiettivo utopico dello studioso, in quanto come già evidenziato, evoca l'idea della fissità e dell'immobilismo del formalismo - ormai tramontato. Ad essa appare preferibile, dunque, l'utopia della "*certezza dell'esegesi*" in relazione alle esigenze di prevedibilità della legge - queste sì intramontabili - e che portano alla continua ricerca di modalità applicative, in tal senso, soddisfacenti.

⁷⁴² Sulla distinzione tra "inventare" e creare" diritto si rinvia a GROSSI, *op. cit.*, p. 84-85, secondo cui il diritto non può essere creato - salvo l'ipotesi limite di un regime tirannico - il diritto deve essere «inventato» - dal latino «*invenire*», ossia trovare - ossia trovato.

Conclusioni

Si sono indagate clausole generali sul piano astratto e statico della teoria generale del diritto, in relazione al loro rapporto con i valori, e su un piano concreto e dinamico del processo applicativo del diritto, considerandone i riflessi sulla certezza del diritto.

L'avvento della Costituzione, l'evoluzione della tecnica ed il progredire della scienza, nel corso dei decenni, sono state a tal punto incisive che progressivamente diversi profili di inadeguatezza del sistema si sono fatti palesi ed impongono, spesso, di guardare "altrove" per risolvere le antinomie normative, evidenziando tutti i limiti del formalismo. L'altrove è rappresentato dalle direttive fondamentali dell'ordinamento giuridico: in altri termini i precetti costituzionali con i quali le clausole generali si relazionano. Precetti costituzionali che contengono valori, i quali a loro volta, non potendo essere oggetto di una definizione legale (come può definirsi legalmente, del resto, un concetto assiologico?) persuadono nell'attribuire una natura estroflessa alle clausole generali.

Dunque, proprio la natura estroflessa delle clausole generali impone all'interprete, al fine di ridimensionare il rischio di incertezza del diritto, di ricorrere a quelle modalità applicative che siano il più possibile "formalistiche" (es. *Fallkruppen*, *Drittwirkung* mediata, obblighi di protezione, *Verwirkung*, ecc). Infatti, le applicazioni valoriali (o antiformalistiche) delle clausole generali, in quanto risentono delle sensibilità ideologiche e sociali dell'interprete, certamente non possono essere garanzia di certezza del diritto (ma semmai di incertezza), in quanto totalmente proiettate sul valore assiologico.

In questo senso, l'unica "arma" contro il dilagare dell'incertezza a disposizione dello studioso del diritto è proprio quella di proporre delle soluzioni che canalizzino la discrezionalità giudiziale in binari visibili, così da consentire ai destinatari di avere una benché minima possibilità di prevedere le traiettorie applicative possibili della clausola generale.

Infatti, l'applicazione formalistica della clausola generale ha il pregio di consentire la verificabilità *a posteriori* della decisione giudiziale, in quanto la motivazione in tutti i suoi passaggi potrà essere analizzata proprio alla luce dei presupposti operativi individuati *ex ante*. Conseguentemente, essa può considerarsi l'unica auspicabile in quanto rende possibile una verifica di coerenza sistemica.

Questo dato va anche relativizzato, in quanto non è escluso che, sull'onda di presupposti operativi diversi, possa esser individuata un'alternativa sotto-norma (o

schema funzionale o sub-clausola) che disciplini la medesima fattispecie in modo diverso. Detta circostanza dipende dall'incedere del c.d. Politeismo di valori, il quale sembra suggerire di guardare al Positivismo in una diversa prospettiva, senza tuttavia rinunciare, cercando di plasmarlo in funzione di un "patrimonio di valori", anch'esso tendenzialmente positivizzato ma normativamente indefinito⁷⁴³, mediante uno spostamento dell'attenzione dalla "fattispecie" alla "modalità applicativa".

D'altra parte il riconoscimento di una discrezionalità all'interprete, purché ispirata alla ragionevolezza, è garanzia di un'applicazione del diritto condivisa e, dunque, di una migliore realizzazione umana del diritto vivente⁷⁴⁴. E con il considerare l'umanità un valore imprescindibile del diritto, il cerchio si chiude: il diritto non può vivere separato dalla storia, dai valori, dalla morale che essa incarna⁷⁴⁵.

L'analisi del processo applicativo del diritto ha consentito di ipotizzare dei parallelismi con il sistema inglese. In questa prospettiva i sistemi continentali di *civil law* paiono avvicinarsi ai sistemi di *common law*: infatti, la produzione normativa di matrice legislativa è progressivamente soggetta ad un'attività etero - integrativa non democratica (ossia giurisprudenziale). Le tipizzazioni delle clausole generali dell'ordinamento italiano che sono state proposte, anche se alcune da tempo esistenti (come la sotto-regola del "recesso ingiustificato dalle trattative") appaiono sovrapponibili alle declinazioni della *fairness* (o *good faith*) individuate.

D'altro canto anche con riguardo al sistema inglese, vi è la percezione che, nonostante il rifiuto di una parte della dottrina e della giurisprudenza inglesi di riconoscere le clausole generali come categorie dogmatiche, esse abbiano iniziato a vivere nel diritto giurisprudenziale che, nel tempo, ha messo in discussione il proprio originario e tradizionale approccio individualista-antagonista, sostituendolo con un diverso atteggiamento che contempla la *fairness* come regola non scritta nei rapporti interprivati. E questa è una tendenza evidente anche nella recente giurisprudenza (si pensi al "caso *Portsmouth*"). La "sostanza" della buona fede, dunque, sotto qualche limitato aspetto, già governa i rapporti negoziali.

⁷⁴³ Cfr. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., p. 1123.

⁷⁴⁴ Cfr. SPADARO, *I diritti della ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti*, in *Ars Interpretandi*, 2002, p. 325, il cui pensiero è sintetizzabile nella formula che segue: «+ ragionevolezza = - oggettività, ma + intersoggettività», dove con "+ ragionevolezza" si sottintende una maggiore discrezionalità ispirata per l'appunto a detto criterio.

⁷⁴⁵ Al riguardo si riporta il pensiero di quella dottrina, secondo cui «l'ordinamento giuridico stesso rappresenta una gerarchia di valori», essendo ogni norma giuridica il risultato di un compromesso tra valori, si interroga sul ruolo della laicità come valore, considerandolo fondamentale nell'ambito del processo di produzione di norme. Cfr. BALESTRA, *Laicità e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 10017.

La situazione attuale non appare ancora troppo dissimile da quella successiva al "caso *First National Bank*". Infatti, ora come allora, può affermarsi che se un cambiamento può dirsi avvenuto esso non risiede ancora nella sostanza del diritto, essendo rare le teorizzazioni giurisprudenziali sulla buona fede (salvo il "caso *Yam Seng*"), bensì nell'*approccio*. Certamente le recenti pronunce hanno offerto nuovi *input* con riguardo allo studio del ruolo della clausola della buona fede nel sistema di *common law*, i cui orizzonti non sono ancora chiari, resi incerti anche dalla prossima uscita del Regno Unito dall'Unione Europea, a seguito del referendum "*Brexit*", che forse apre anche nuovi scenari in merito ai futuri condizionamenti del diritto europeo sul sistema inglese.

Occorre aggiungere che tali punti di contatto tra tradizione di *civil law* e di *common law* rappresentano degli anelli di congiunzione nell'ottica di processo di uniformazione, che inevitabilmente ha messo e metterà in discussione i tratti caratterizzanti di entrambi i sistemi. Ne consegue che anche la crisi della certezza del diritto, (forse) non presenta necessariamente una connotazione negativa, costituendo, più che una crisi del diritto in sé, una crisi del formalismo a cui fa da *pendant* il recupero della centralità della storia e, quindi, dell'empirismo e, in estrema sintesi, della socialità dell'uomo.

Bibliografia

AA VV, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, a cura di BARCELLONA P., Milano, 1970.

AA VV, *Commentario al Codice Civile*, a cura di CENDON P., Milano, 2010.

AA VV, *La tutela giuridica del consumatore (contraente-debole) in Europa e nel mondo*, a cura di CAPELLI F., Napoli, 2013.

AA VV, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di ZOPPINI A., Bari, 2004.

ADAMS J. N., BROWNSWORD R., *The Ideologies of Contract Law*, in *Legal Studies*, 1987, VII, p. 205 e ss.

AIELLO M., *La discrezionalità del giudice civile nell'applicazione della legge, in L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, a cura di BESSONE M., Torino, 1997, p. 86.

AINIS M., *La legge oscura. Come e perchè non funziona*, Roma-Bari, 2002.

ALPA G., *Contratto in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da CICU e MESSINEO, XXI, I, Milano, 1968.

ALPA G., *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 277 e ss.

ALPA G., *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979.

ALPA G., *L'interpretazione del contratto*, Milano, 1983.

ALPA G., *La creatività all'opera: giurisprudenza e fonti del diritto*, in AA VV, *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 2003.

ALPA G., ANDENAS M., *I fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005.

ALPA G., *Brevi note sulle proposte di riforma della disciplina delle clausole vessatorie nel Regno Unito*, in *Contr.*, 2005, I, p. 91 e ss.

- ALPA G., DELFINO R., *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2006.
- ALPA G., *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, a cura di CASTRONOVO C. e MAZZAMUTO S., in *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007.
- ALPA G., *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati Membri*, in *Contr. e impr.*, 2015, II, p. 245 e ss.
- ALPA G., *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, in *Nuova giurisp. civ. comm.*, 2016, I, p. 108 e ss.
- ARRIGO T., *Interesse del minore con riguardo alla protezione del patrimonio*, a cura di CABELLA PISU L. e NANNI L., in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998.
- ATÍYAH P.S., *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979.
- BALESTRA L., *Laicità e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 13 e ss.
- BARALDI M., *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 501 e ss.
- BARCELLONA M., *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, a cura di MAZZAMUTO S., in *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002.
- BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 467 e ss.
- BARCELLONA M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006.
- BARCELLONA M., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 33 e ss.
- BARCELLONA M., *Il divieto di abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, p. 467 e ss.
- BELVEDERE A., *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, IV, p. 631 e ss.

BENATTI F., *La responsabilità precontrattuale*, Napoli, 2012.

BENEDETTI A. M., *Giurisprudenza creativa o illusoria? Prima riflessione sul Tribunale di Grosseto: a proposito di trascrizione del matrimonio omosessuale celebrato all'estero*, in *Dir. civ. cont.*, sito web <http://dirittocivilecontemporaneo.com>

BENEDETTI A. M., GRONDONA M., *La nullità delle clausole derogatorie nella nuova disciplina sui ritardi di pagamento. Art. 7 d. lgs 192/2012*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, V, p. 1077 e ss.

BESSONE M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975.

BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949.

BETTI E., *Teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2002.

BIANCA C. M., *La nozione di buona fede come regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 e ss.

BIANCA C. M., *Diritto civile*, Vol. 3, *Il contratto*, Milano, 2000.

BIANCA C. M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, p. 251 e ss.

BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto*, disc. priv., sez. civ., II, Torino, 1988, p. 154 e ss.

BIGLIAZZI-GERI L., *L'interpretazione*, Milano, 1994.

BIN M., *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria*, in *Contr. impr. / Eur.*, 2000, p. 403 e ss.

BOGLE S., *Disclosing good faith in English contract law*, in *Edinburgh Law Review*, 2014, p. 141 e ss.

BONANZIGA R. T., *Abuso del diritto e rimedi esperibili*, in www.comparazionedirittocivile.it

BRECCIA U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.

BRECCIA U., *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di MAZZAMUTO, Torino, 2002.

BRECCIA U., *Principles, definitions e model rules nel "comune quadro di riferimento europeo" (Draft Common Frame of Reference)*, in *Contr.*, 2010, I, p. 95 e ss.

CALDERAI V., *Giustizia contrattuale*, Enc. del dir., VII, 2014, p. 448 e ss.

CALVO R., *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 297 e ss.

CAMARDI C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, IV, p. 549 e ss.

CAMARDI C., *Contratti con i consumatori e contratti tra imprese. Rilievi critici sul paradigma dell'asimmetria di potere contrattuale*, a cura di AA.VV., in *Il diritto civile oggi*, Napoli, 2006, p. 893 e ss.

CAMARDI C., *Istituzioni di diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2007.

CAMARDI C., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 831 e ss.

CANARIS W., *Grundrechte und Privatrecht*, in *AcP*, 1984, p. 201 e ss.

CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.

CARBONE V., *L'Affaire Fiuggi*, in *Corr. giur.*, 1994, V, p. 570 e ss.

CARNEVALI U., *Gli effetti del contratto*, a cura di BESSONE M., in *Istituzioni di diritto privato*, Torino, 2005.

CARTER J. W., *The implication of contractual terms. The parole evidence rule. Frustration*, in *Cambridge Law Journal*, 1983, p. 199 e ss.

CARUSI D., *Clausole generali, analogia e paradigma della legge*, *Le clausole generali nel diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., in *Giur. it.*, 2011, p. 1690 e ss.

CASELLA M., *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1971.

CASO R., *Il debutto in sordina delle licenze Creative Commons: questioni di responsabilità precontrattuale*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, II, p. 322 e ss.

CASTELLI L., *L'obbligo di rinegoziazione*, in *Contr.*, 2016, II, p. 185 e ss.

CASSESE S., *Globalizzazione del diritto*, Enc. Treccani, sito web <http://www.treccani.it>

CASTRONOVO C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979.

CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21 e ss.

CASTRONOVO C., *Principi di diritto europeo e dei contratti, Parte I e II*, Milano, 2001.

CASTRONOVO C., *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Eur e dir. priv.*, 2005, p. 29 e ss.

CASTRONOVO C., *Codice civile e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 687 e ss.

CATTANEO G., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964.

CAVALLARO A., *Terzietà del giudice e creatività della giurisprudenza: il valore del precedente*, in *i-lex*, 2010, XI, p. 455 e ss., su sito web www.i-lex.it.

CESARO V. M., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.

CHECCHINI A., *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova, 1977.

CHIASSONI P., *Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica*, in *Giur. It.*, 2011, VII, p. 1689 e ss.

CIMBALI E., *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria*, in *Studi di diritto civile*, Torino, 1900.

CIRIELLI E., *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1998, p. 733 e ss.

COLLINS H., *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659 e ss.

COLLINS H., *Social rights, general clauses and the acquis communautaire*, in *General clauses and standards in European Contract Law*, a cura di GRUNDMANN, RUNDMANN e MAZEAUD, The Hague, 2006.

CORRADINI D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970.

COSTANZA M., *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in AA VV., *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Milano, 1992.

CRISCUOLI G., *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959.

CRISCUOLI G., *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Milano, 1981.

CRISCUOLI G., *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 717 e ss.

CRISCUOLI G., *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 1990.

CRISCUOLO F., *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o giudice) di equità*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 71 e ss.;

CRUCIANI L., *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 473 e ss.

CUFFARO V., *La disciplina dei pagamenti commerciali*, Milano, 2004.

CUFFARO V., *Giudizio di buona fede e ruolo del precedente*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1716 e ss.

D'AMICO G., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.

D'AMICO G., *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1704 e ss.

D'AMICO G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria eccessiva*, in *Contr.*, 2014, p. 926 e ss.

D'ANGELO A., *Il contratto in generale. La buona fede*, Torino, 2004.

DEL PRATO E., *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 23 e ss.

DELL'AQUILA E., *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980.

DELLA NEGRA F., *Il "Fairness test" sulle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, in *Contr.*, 2013, I, p. 1063 e ss.

DELLA NEGRA F., *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?*, in *Danno e resp.*, 2013, p. 754.

DELLA NEGRA F., *Il diritto del consumatore e i consumatori nel quadro giuridico europeo. Alcuni spunti di riflessione sui recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in *Pers. e merc.*, 2014, p. 309 e ss.

DE VITA A., *Buona fede e common law (attrazione non fatale nella storia del contratto)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I p. 251 e ss.

DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, III, p. 539.

DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca*, a cura di GALGANO, Bologna-Roma, 1988.

DI MAJO A., *La fideiussione «omnibus» e il limite della buona fede*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2753 e ss.

DI MAJO A., *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, III, p. 797 e ss.

DI MAJO A., *Giustizia individuale o sociale: forse una falsa alternativa*, *Persona e mercato*, 2013, II, p. 130 e ss.

DI MAJO A., *I requisiti del contratto*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di BESSONE M., Torino, 2005.

DORFMAN R. S., *The regulation of fairness and duty of good faith in english contract law: a relational contract theory assessment*, 2013, sito web <http://criminology.leeds.ac.uk/editions/2013-edition/>

DUNNÉ J. V., *On a clear day, you can see the continent - the shrouded acceptance of good faith as a general rule of contract law on the British Isles*, in *Construction Law Journal*, 2015, p. 3 e ss.

ENGISCH K., *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Eidelberg, 1968.

ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970.

FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, «standards valutativi» e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3558.

FABIANI E., *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, IV, 2004, p. 581 e ss.

FEDERICO A., *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008.

FERRAJOLI L., *Teoria assiomatica del diritto. Parte generale*, Milano, 1970.

FERRI G. B., *L'"invisibile" presenza della causa del contratto*, in *Eur e dir. priv.*, 2002, p. 904 e ss.

FERRI G. B., *Autonomia contrattuale, doveri di solidarietà e ruolo del giudice*, in *Il diritto civile oggi*, Napoli, 2006, p. 828.

FERRI, G. B. *L'accordo sufficiente e la funzione del contratto*, a cura di CASTRONOVO C. e MAZZAMUTO S., in *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007.

FERRI G. B., *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, I, p. 1.

- FERRONI L., *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata*, Napoli, 2002.
- FESTI F., *Il contratto di preliminare di preliminare*, in *Corr. Giur.*, 2015, V, p. 626 e ss.
- FORCELLINI F., IULIANI A., *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013 p. 395 e ss.
- FRANCIONE B., *La giustizia contrattuale: quale compromesso tra autonomia privata e mercato?* sito web: <http://www.diritto.it>
- FRANZONI M., *Dei fatti illeciti*, Bologna, 1993.
- FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, II, nel *Commentario Schlesinger*, Milano, 1998.
- FRANZONI M., voce «Buona fede», in *Enc. giur. ita.*, [http://www.treccani.it/enciclopedia/buona-fede-dir-civ_\(Diritto_on_line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/buona-fede-dir-civ_(Diritto_on_line)/) .
- FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 86 e ss.
- FRIGNANI A., voce «Hardship Clause», in *Noviss. Digesto it.*, Torino, III, 1982, p. 1180 e, poi, in *Digesto*, disc. comm., IV ed., Torino, 1991, VI, p. 446 ss.
- FROSINI V., voce «Equità», in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 69 e ss.
- FROSINI V., *Dimensioni dell'equità*, Torino, 1977.
- GABRIELLI E., *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 479 e ss.
- GABRIELLI G., *Norme imperative e integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 499 e ss.
- GALGANO F., *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contr. e impr.*, Padova, 1985, p. 701 e ss.

GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 423 e ss.

GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 919 e ss.

GALGANO F., *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, *Contr. e impr.*, 2005, p. 509 e ss.

GALGANO F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311 e ss.

GALLO P., *Contratto e buona fede*, Torino, 2014.

GAMBARO A., *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, p. 1 e ss.

GAZZONI F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013.

GENTILI A., Prefazione a VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, p. XIII.

GENTILI A., *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.

GIORGI G., *Teoria generale delle obbligazioni nel diritto moderno e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.

GORLA V., SILVA F., *La causa come elemento essenziale del contratto. Assente o solo "nascosta"?*, in *Il DCFR: lessici, concetti e categorie nella prospettiva del giurista italiano*, a cura di MARCHETTI C., Torino, 2012, p. 127 e ss.

GRASSETTI C., *Introduzione*, in AA VV, *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte del diritto*, Milano, 1985.

GRASSO E., voce «*Equità (giudizio di)*», in *Noviss. Digesto it., Appendice*, III, Torino, 1981, p. 443 e ss.

GROSSI P., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

GUARNERI A., voce «*Clausole generali*», Dig. disc. priv., sez. civ., II, Torino, 1988, p. 403 e ss.

GUASTINI R., *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, a cura di CABELLA PISU L. e NANNI L., in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, p. 85 e ss.

GUASTINI R., *Teoria o dogmatica delle fonti*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, a cura di MENGONI L., Milano, 1998.

HEDEMANN J. W., *Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 1933.

HOOLEY R., *Controlling Contractual Discretion*, in *Cambridge Law Journal*, 2013, 3, p. 65 e ss.

HOSKINS H., *Contractual obligations to negotiate in good faith: faithfulness to the agreed common purpose*, in *Law Quarterly Review*, 2014, 130(Jan), p. 131 e ss.

IRTI N., *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Riv. trim. dir. proc., civ.*, 2005, p. 1053 e ss.

JACKSON S., *Good faith revisited*, in *Construction Law Journal*, 2014, 30(8), p. 379 e ss.

JOERGES C., *Il ruolo interpretativo della Corte di Giustizia e la sua interazione con le corti nazionali nel processo di europeizzazione del diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, II, p. 288 e ss.

LA PORTA U., *Globalizzazione e diritto: regole giuridiche e norme di legge nell'economia globale. Un saggio sulla libertà di scambio e sui suoi limiti*, Napoli, 2005.

LANDO O., *The European Principles in an integrated world*, in *European Review Contract Law*, 2005, I, p. 3 e ss.

LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Padova, 2003.

LEWINS K., *Going walkabout with Australian insurance law: the Australian experience of reforming utmost good faith*, in *Journal of Business Law*, 2013, p. 1 e ss.

LIBERTINI M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Atti del Convegno, II Convegno Nazionale*, Roma, 11 e 12 Febbraio 2011 e in *Riv. crit., priv.*, 2011, p. 345 e ss.

LIPARI N., *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. Riflessioni sul metodo*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 297 e ss.

LIPARI N., *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 1 e ss.

LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, IV, p. 1119 e ss.

LIPARI N., *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, III, p. 873 e ss.

LIPARI N., *Il diritto quale crocevia tra le culture*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, I, p. 1 e ss.

LIPARI N., *Intorno ai principi generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 28 e ss.

LUMINOSO A., *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980.

MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

MACQUEEN H., *Good faith in Scots law of contract: an undisclosed principle?* in A D M Forte (ed), *Good Faith in Contract and Property*, 1999.

MARASCO P. G., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 550 e ss.

MARINI A., *Clausola penale*, Napoli, 1984.

MARKESINIS B., *Why a Code is not the best way to advance the cause of European legal unity*, in *Il Codice civile europeo*, a cura di ALPA e BUCCICO, Milano, 2001

MATTIONI A., *Solidarietà giuridicizzazione della fraternità*, in *La fraternità come principio di diritto pubblico*, a cura di MARZANATI A. e MATTIONI A., Roma, 2007.

MAZZAMUTO S., *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto delle diversità*, in *Contr. e impr.*, 2005, II, p. 523 e ss.

MAZZAMUTO S., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea*, in *Eur e dir. priv.*, 2005, p. 51 e ss.

MAZZAMUTO S., *Autonomia privata e tecniche di intervento*, in *Il diritto civile oggi*, Napoli, 2006, p. 854 e ss.

MAZZAMUTO S., *Dottrine dell'autonomia privata dall'Italia all'Europa*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, p. 591.

MAZZAMUTO S., *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, p. 601 e ss.

MAZZAMUTO S., *Il rapporto tra clausole generali e valori*, in *Giur. it.*, 2011, p. 7 e ss.

MAZZAMUTO S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 365 e ss.

MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012.

MAZZAMUTO S., *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 713 e ss.

MC GREGOR H., *Contract code drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milano – London, 1993.

MEDICI C., *Clausola penale, manifesta eccessività e riduzione giudiziale*, in *Riv. crit., dir. priv.*, 2003, p. 321 e ss.

MELI M., *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, Padova, 2005.

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

MENGONI, L. *Principi generali del diritto e scienza giuridica*, in AA VV *Principi generali del diritto*, Roma, 1992, p. 317 e ss.

MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, p. 1 e ss.

MIRIELLO C., *La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 284 e ss.

MONTICELLI S., *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 215 e ss.

MONTICELLI S., *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.* 1990, p. 701 e ss.

MORELLI M. R., *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2168 e ss.

MORELLI M. R. , *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, II, p. 3 e ss.

MORELLI S., *Applicazione diretta della costituzione nei rapporti interindividuali*, in *Giust. civ.*, 1996, p. 537 e ss.

MOSCATI L., *Clausole generali e ruolo delle obbligazioni naturali nel diritto vigente*, in *Giur. it.*, 2011, p. 7.

MUSIO I., *Breve analisi comparata della clausola generale della buona fede*, in www.comparazionedirittocivile.it.

NANNA M. C., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010.

NANNI L., *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 475 e ss.

NATOLI U., *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975.

NAVARRETTA E., *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, I, p. 999 e ss.

NAVARRETTA E., *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, V, p. 507 e ss.

NAVARRETTA E., *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.* 2006, p. 411 e ss.

NAVARRETTA E., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, IV, p. 953 e ss.

NIVARRA L., *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars Interpretandi*, Padova, 2002, p. 373 e ss.

NIVARRA L., *Clausole e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, II, p. 411 e ss.

NIVARRA L., *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigma di mercato*, Napoli, 2010.

NOCERA I., *Prospettive sulla buona fede: La suggestione di un rimedio unificante per il contratto ingiusto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1449 e ss.

OCCELLI F., *L'abuso di dipendenza economica. L'abuso di dipendenza economica come clausola generale?*, in *Giur. it.*, p. 2665 e ss.

PAGLIANTINI S., voce «*Neoformalismo contrattuale*», in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2011, p. 772 e ss.

PAGLIANTINI S., *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi dei pagamenti: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contr.*, 2013, p. 406 e ss.

PAGLIANTINI S., *Nuovi profili del diritto dei contratti*, Torino, 2014.

PALADIN L., *Ragionevolezza, (principio di)*, in *Enc. dir. Aggiornam.*, I, Milano, 1997, p. 901 e ss.

PALMIERI A., *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto e unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*, in *Foro it.*, 2006, I, p. 106 e ss.

PARDOLESI R., *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, IV, 2010, p. 95 e ss.

PARDOLESI R., *Un nuovo super potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, p. 2039 e ss.

PATIENT J., *The Consumer Right Act 2015: a new regime for fairness?*, in *Journal of International Banking Law and Regulation*, 2015, p. 643 e ss.

PATTI F. P., *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contr.*, 2012, VII, p. 573 e ss.

PATTI S., *Riflessioni su un progetto di codice europeo dei contratti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2001, I, p. 489 e ss.

PATTI S., *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013.

PEDRINI F., *Le clausole generali. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013.

PENNASILICO M., *Metodi e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011.

PERFETTI L.R., *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. It.*, 2012, V, p. 1213 e ss.

PERFETTI U., *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005.

PERFETTI U., *La giustizia contrattuale nel Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, VI, p. 669 e ss.

PESCATORE V., *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *Obbl. e contr.*, 2006, V, p. 415 e ss.

PESCATORE V., *Clausola «di irriducibilità» della penale ed estensione analogica dell'art. 1384 c.c.*, in *Obbl. e contr.*, 2007, XI, p. 890 e ss.

PESCATORE V., *Forme di controllo, rapporti tra imprenditori e ordine pubblico economico*, in *Obbl. e contr.*, 2012, III, p. 166 e ss.

PESCE C., *Il giudice "a quo" come tutore del consumatore*, in *Riv. dir. pubb. comp. eur.*, 2007, I, p. 430 e ss

PICARDI L., *Tutela dell'avviamento, discrezionalità e buona fede contrattuale, in una vicenda complessa di affitto d'azienda*, in *Giur. it.*, 1995, p. 852 e ss.

PIERAZZI E. M., *La giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 647 e ss.

PIERAZZI E. M., *L'accordo parziale*, Padova, 2012.

PINO G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Aa Vv, Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica* a cura di MANIACI G., Milano, 2006, p. 115 e ss.

PIRAINO F., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, p. 75 e ss.

PIRAINO F., *Per una teoria della ragionevolezza in diritto civile*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 1287 e ss.

PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

PIRAINO F., *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2015, II, p. 233 e ss.

PLAIA A., *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato europeo e diritto privato*, in *Eur e dir. priv.*, 2015, p. 743 e ss.

PUGH H., *Good faith*, banca dati "West Law UK" <http://legalresearch.westlaw.co.uk/>

PUGH H., *An implied term of good faith: a watershed or a damp squib*, in *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2013, p. 347 e ss.

RADOCCIA I., *Abuso del diritto come bilanciamento di interessi*, in *Giur. merito*, 2013, p. 742 e ss.

RASCIO R., *I principi di diritto europeo e la causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, p. 255 ss.

RASELLI A., *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975.

RESCIGNO M., *Lex mercatoria*, in *Enc. giur.* [http://www.treccani.it/enciclopedia/lex-mercatoria_\(XXI-Secolo\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/lex-mercatoria_(XXI-Secolo)/)

RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 e ss.

RESCIGNO P., *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di CABELLA PISU, NANNI, Padova, 1998, p. 29 e ss.

RESCIGNO P., *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, p. 1 e ss.

RESCIGNO P., *L'autonomia dei privati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 15 e ss.

RESTA G., voce «*Autonomia contrattuale e diritti della personalità*», in *Digesto VIII ed.*, disc. priv., sez. civ., I, Milano, 2013, p. 92 e ss.

RICCI A., *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007.

RICCIO A., *Controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 939 e ss.

RICCIO A., *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 21 e ss.

RICCIO A., *È dunque venuta meno l'intangibilità del contratto. Il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contr. e impr.*, 2000, I, p. 95 e ss.

RICCIO A., *L'equità correttiva è dunque assurta a regola generale*, in *Contr. e impr.*, 2005, III, p. 927 e ss.

RICCIO A., *Inserzione automatica di clausole e invalidità di clausole difformi*; in *Cont. e impr.*, 2005, p. 63 e ss.

RINALDI M., *La responsabilità precontrattuale*, in *Magistra*, Napoli, 2014, II, p. 8.

RISPOLI G., *Clausole generali e regole settoriali*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1812 e ss.

RIZZUTI M., *Nullità ed equilibrio contrattuale*, in *Giur. it.*, 2011, p. 7.

- RODOTÀ S., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1284 e ss.
- RODOTÀ S., *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro it.*, 1964, I, p. 1283 e ss.
- RODOTÀ S., *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1965, p. 149 e ss.
- RODOTÀ S., *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 e ss.
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.
- RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709 e ss.
- RODOTÀ S., *Perchè laico*, Bari, 2009.
- RODOTÀ S., *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in *Lezioni sul contratto*, a cura di ORESTANO A., Torino, 2009.
- RODOTÀ S., *Solidarietà*, Bari, 2014.
- ROLLI R., *Le attuali prospettive di «oggettivazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio commerciale»?* , in *Contr. e impr.*, 2001, p. 611 e ss.
- ROPPO V., *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 686.
- ROPPO V., voce «*Contratto*», *Digesto IV*, disc. priv., sez. civ., Torino, 1989, p. 99 e ss.
- ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratti del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 776.
- ROPPO V., *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 599 e ss.
- ROPPO V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, II, p. 267 e ss.

- ROPPO V., *Il contratto*, Milano, 2011.
- ROSELLI F., *Il controllo della Cassazione Civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983.
- RUBINO D., *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Mon. Cred.*, 1948, p. 530 e ss.
- RUSSO D., *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001.
- SACCO R., *Trattativa*, in *Digesto*, disc. priv., sez. civ., VII, Torino, 2012.
- SALVI C., voce «*Abuso del diritto. I) Diritto civile*», in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988.
- SAMUELS A., *The Consumer Right Act*, in *Journal of Business Law*, 2016, 6, 3, p. 159 e ss.
- SANTISE M., *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Napoli, 2015.
- SCAGLIONE F., *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*, in *Giur. it.*, 2010, p. 56 e ss.
- SCARPA D., *Ricostruzione ermeneutica della Hardship clause nel diritto positivo italiano*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 951 e ss;
- SCARSO A. P., *Il contraente "debole"*, Torino, 2006.
- SCHLESINGER P., *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 336 e ss.
- SCHLESINGER P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. ital.*, 1999, p. 229 e ss.
- SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto nella disciplina dei contratti*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, *Enc. giur.*, Roma, 2013 e su sito web www.treccani.it
- SENIGAGLIA R., *Interpretazione complessiva del contratto e clausola generale di ragionevolezza*, in *Giur. ital.*, 2003, p. 279 e ss.
- SENIGAGLIA R., *Buona fede e trasparenza contrattuale nella disciplina dei consumi*, Napoli, 2004.

SENIGAGLIA R., *Accesso alle informazioni e trasparenza. Profili della conoscenza nel diritto dei contratti*, Padova, 2007.

SENIGAGLIA R., *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, p. 835 e ss.

SERIO M., *Il contract e l'Europa*, a cura di CASTRONOVO e MAZZAMUTO, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 643 e ss.

SICCHIERO G., *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, in *Giur. it.*, 1993, II, p. 2129 e ss.

SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 776 e ss.

SICCHIERO G., *Tramonto della causa del contratto?*, in *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, 2005, p. 1 e ss.

SICCHIERO G., *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Padova, 2005.

SIRENA P., *Il discorso di Portalis e il futuro del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, III, p. 652 e ss.

SMITH S. A., *In Defence of Substantive Unfairness*, in *Law Quarterly Review*, 1996, p. 138 e ss.

SMORTO G., *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, p. 235 e ss.

SMORTO G., *La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, p. 219 e ss.

SMORTO G., *Sul significato dei rimedi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, p. 159 e ss.

SOMMA A., *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 263 e ss.

SOMMA A., *Verso il diritto privato europeo? Il quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1097 e ss.

SPADARO A., *I diritti della ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti*, in *Ars Interpretandi*, 2002, p. 325 e ss.

SPOTO G., *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007.

SPOTO G., *I ritardi nei pagamenti commerciali. Commento al D. lgs 231/2002 come modificato dal d. lgs 192/2012*, in *Giust. civ.*, 2013, VII-VIII, p. 305 e ss.

SPOTO G., *Rilievo d'ufficio della nullità. Clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 249 e ss.

STANCA S., *Note in tema di causa nel Draft Common Frame of Reference e nella Proposta sulla Cesl*, in *Contr. e impr.*, 2015, III, p. 719 e ss.

STOLFI G., *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giur. ital*, 1948, IV, p. 41 e ss.

STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 163 e ss.

STROZZI G., *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2005.

TARR J. A., *Growing good faith in contracts*, in *Journal business law*, 2015, p. 410 e ss.

TARUFFO M., *Note su "Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali di Federico Roselli"*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 328 e ss.

TASSONE B., *Unconsciability e abuso di dipendenza economica*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, III, p. 527 e ss.

TEUBNER G., *Il diritto come soggetto epistemico: per una teoria della conoscenza costruttivista*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, p. 287 e ss.

THOMAS C., *What role should substantive fairness have in the english law of contract? An overview of law*, in *Cambridge Student Law Review*, 2010, p. 177 e ss.

TORRENTE A. e SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2004.

TRAKMAN L. E., SHARMA K., *The binding force of agreements to negotiate in good faith*, in *Cambridge Law Journal*, 2014, p. 598 e ss.

TROIANO S., *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

TROIANO S., *La formula “significativo squilibrio malgrado la buona fede” quindici anni dopo: dalla Direttiva 93/13/CEE alla Proposta di Direttiva c.d. “orizzontale” sui diritti dei consumatori*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di RUSCELLO, Napoli, 2009, p. 379 e ss.

TROMBETTA A., *Freedom of contract: ascesa e caduta di un principio*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 155 e ss.

TUCCARI E., *Clausole di rinegoziazione ed eccezione di inadempimento nel contratto di somministrazione*, in *Contr.*, 2014, XI, p. 990 e ss.

UDA G. M., *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004.

VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.

VETTORI G., *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 241 e ss.

VETTORI G., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, IV, p. 743 e ss.

VETTORI G., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, p. 53 e ss.

VETTORI G., *Il controllo del contratto da parte del giudice*, a cura di CASTRONOVO E MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Vol. II, Milano, 2007, p. 585 e ss.

VETTORI G., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, III, p. 787 e ss.

VIGLIONE F., *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 148 e ss.

VIGLIONE F., *Metodi e modelli di interpretazione del contratto, Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, Torino, 2011.

VILLANACCI G., *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 917 e ss.

VISINTINI G., *Il danno ingiusto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 177 e ss.

VOLPE F., *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004.

WEBER M., *Il politeismo dei valori*, Milano, 2010.

WHITTAKER S., *Theory and Practice of the "general clause" in English Law: General norms and the Structuring of Judicial Discretion*, a cura di GRUNDMANN, RUNDMANN e MAZEAUD, in *General Clauses and Standards in European Contract Law*, The Hague, 2005.

ZANON R., in *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, a cura di PALICI DI SUNI PRAT E., CASSELLA F. e COMBA M., Padova, 1998.

ZENO - ZENCOVICH V., *Le basi costituzionali di un diritto privato europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, p. 19 e ss.

ZOPPINI A., *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e Mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 515 e ss.

ZOPPINI A., *Le domande che ci propone l'economia comportamentale, ovvero il crepuscolo del «buon padre di famiglia»*, in *Oltre il soggetto razionale*, a cura di ROJAS ELGUETA e VARDI, Roma Tre-Press, 2014, p. 11 e ss.

ZOPPINI A., *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione Europea (principi e problemi della drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, III, p. 712 e ss.