

CAPITOLO PRIMO

LA NOZIONE DI BUONA FEDE TRA CLAUSOLE GENERALI E PRINCIPI

SOMMARIO: 1. La distinzione tra buona fede in senso soggettivo e buona fede in senso oggettivo. – 2. Il problema della definizione della buona fede. – 3. (Segue). L'endiadi buona fede-correttezza.

1. *La distinzione tra buona fede in senso soggettivo e buona fede in senso oggettivo*

La buona fede figura nel linguaggio dei giuristi e in quello del legislatore in una duplice accezione¹: la buona fede in senso soggettivo e la buona fede in senso oggettivo². Le due nozioni vengono tradizionalmente distinte in maniera assai netta³, rin-

¹ Un capitolo a parte, e di straordinario interesse, di cui però non è possibile tenere qui conto per ragioni di economia della trattazione, è quello dell'evoluzione del concetto di buona fede dal diritto romano arcaico sino all'età contemporanea. Per un quadro sulla derivazione della *bona fides* dalla *fides* arcaica cfr. A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*², II.2, Halle, 1895, 80 ss.; L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano, 1961, *passim*, in part. 133 ss.; G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1969, 256 ss.; D. NÖRR, *Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bronzetafeln von Alcántara*, München, 1989, 146 ss.; e di recente R. FIORI, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, a cura di R. Fiori, Napoli, 2008, 237 ss.; nonché ID., *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 4, a cura di R. Fiori, Napoli, 2011, 101 ss. Sulla *bona fides* dall'età classica a quella giustinianea cfr. M. WLASSAK, *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, Jena, 1879, 153 ss.; ID., *Rechtshistorische Abhandlungen*, a cura di E. Schönbauer, Wien, 1965, 75 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, 2012 ss., 485 ss.; F. WIEACKER, *Zur Ursprung der bonae fidei iudicia*, in *ZSS (Rom. Abt.)*, LXXX, 1963, 1 ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1942, 94-96; ID., *Teoria generale delle obbligazioni. I. Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, 76-77; G. GROSSO, *Buona fede (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 661 ss.; P.D. SENN, *Buona fede nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 129 ss.; e di recente soprattutto M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 1-312. Cfr. altresì gli studi raccolti in AA.VV., *Eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, *passim*, nonché P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010, 11 ss.

² Sul punto cfr. F. FERRARA (senior), *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, 295; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, 191 ss.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni. III. L'attuazione*, Milano, 1946, 795 ss.; R.

venendosi nella prima uno stato soggettivo, di coscienza, che consiste nella condizione gnoseologica⁴ di chi versa nella convinzione incolpevole di agire *iure*⁵ e nella seconda tanto la fonte di regole di azione e quanto il criterio di un sindacato *a posteriori* sulla condotta dei soggetti di un rapporto giuridico⁶, tramite, in entrambi i casi, il riferimento ad un modello sociale di comportamento⁷. Secondo l'opinione dominante la buona fede oggettiva e quella soggettiva rappresentano non due articolazioni distinte di una categoria unitaria, ma proprio due figure autonome, munite di ambiti di applicazione diversi⁸ e di modelli operativi propri⁹. Con ogni probabilità il tratto che

SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, cit., 6 ss.; ID., *Cos'è la buona fede oggettiva?*, in *Il principio di buona fede* (Atti della giornata di studio, Pisa 14 giugno 1985), Milano, 1987, 45 ss.; SALV. ROMANO, *Buona fede*, cit., 678 ss.; F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 709 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, rist. anastatica Napoli, 2012, 128 ss.; G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, 335 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 254 e nt. 57; A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 365 ss.; ID., *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 290 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 3 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 132 ss.; D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano, 1970, 137 ss., 470 ss.; G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 286; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 1, *Il comportamento del creditore*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1974, 35 ss.; L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., 315 ss.; F.D. BUSNELLI, *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto "ingiusto"*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 569 ss.; M. BESSONE-A. D'ANGELO, *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, 1-2; C. ARGIROFFI, *Del possesso di buona fede dei beni mobili*, in *Il Codice civile. Comm.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1988, 80 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. II. Integrazione del contratto, suoi effetti reali e obbligatori*², in *Il Codice civile. Comm. Schlesinger*, diretto da F.D. Busnelli, artt. 1374-1381, Milano, 2013, sub art. 1375, 176-177.

³ Una voce isolata è quella di A. MONTEL, *Buona fede*, cit., 600; mentre L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 159, 188, distingue le due nozioni sul piano sia ontologico sia funzionale, ma vi scorge una dimensione comune. Taccia di equivocità la distinzione E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. I, cit., 79, nt. 69, il quale contesta l'esattezza della tradizionale contrapposizione all'interno del concetto "buona fede" di un profilo etico e di un profilo psicologico. Per Betti la differenza tra le due accezioni di buona fede va rintracciata, piuttosto, sul terreno dell'etica sociale.

⁴ La condizione di buona fede in senso soggettivo è intrecciata con le nozioni di errore scusabile e di ignoranza, anch'essa altrettanto scusabile; mentre nessun ruolo compete al dubbio, inidoneo a creare le condizioni psicologiche che si designano con il sintagma "buona fede in senso soggettivo": v. R. SACCO, *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, 9 ss.; G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel diritto privato*, cit., 353; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 160, 162.

⁵ L. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 159 suggerisce la definizione di cui *supra* nel testo, la quale sembra più ampia e, dunque, preferibile rispetto a quella tradizionale incentrata sull'erroneo convincimento di non ledere un interesse altrui protetto. In tal senso già F.S. GENTILE, *Il possesso nel diritto civile*, Napoli, 1956, 217, secondo cui la buona fede in senso soggettivo consiste nell'«intenzione conforme al diritto, nonostante l'evento contrario».

⁶ Sulla distinzioni tra le due figure cfr. ora G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 4 ss.

⁷ Sotto questo profilo è condivisibile il rilievo di G.M. UDA, *op. ult. cit.*, 20; mentre non si può condividere l'idea della riconducibilità in ogni caso di tale modello sociale di comportamento a uno specifico obbligo giuridico.

⁸ La buona fede in senso soggettivo figura in diverse disposizioni del codice civile, tra le quali spiccano gli artt. 1147, 1148, 1150, 1161, 1189, 1338, 1394, 1415, 1445, 2038, 2210 c.c., in alcuni

più di altri differenzia le due nozioni va rintracciato nella loro funzione¹⁰: la buona fede in senso soggettivo non esibisce un intrinseco contenuto precettivo, ossia non fornisce elementi direttamente utili a costruire il precetto; ma si limita a connotare la fattispecie, richiamando un dato di fatto, uno stato psicologico, per l'appunto, il quale, in concorso con altri elementi, giustifica l'irrogazione di un particolare trattamento giuridico. Per meglio chiarire il ruolo della buona fede in senso soggettivo potrebbe essere utile fare ricorso al c.d. approccio tipologico, sperimentato da Tullio Ascarelli¹¹ e utilizzato poi da Adolfo di Majo nello studio del contenuto dell'obbligazione¹² e della struttura della responsabilità aquiliana¹³, in forza del quale all'interno delle disposizioni normative vanno distinte due componenti della proposizione: la parte che individua gli elementi della ricostruzione tipologica della realtà sottesa alla norma e la parte più squisitamente precettiva, ossia espressiva della *regula iuris*¹⁴. La buona fede in senso soggettivo va annoverata tra gli elementi della proposizione normativa del primo tipo e il suo compito consiste nel conferire rilevanza giuridica allo stato soggettivo del destinatario del dispositivo normativo, il che imprime un arricchimento dei criteri di selezione dei dati della realtà materiale al fine della loro rielaborazione in funzione istitutiva della fattispecie astratta¹⁵, e in termini decisamente

dei quali il riferimento alla buona fede è esplicito, mentre in altri è implicito nell'utilizzazione di nozioni quali lo stato di ignoranza, di conoscenza e di male fede. Sul ruolo della buona fede in senso soggettivo nel meccanismo degli acquisti *a non domino* lo studio di riferimento resta quello di L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, cit., 315 ss.

⁹ G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 3.

¹⁰ Sul punto v. di recente M. COSTANZA, *Trattative: buona fede soggettiva e oggettiva – osservazione a Cass. 30 marzo 2012 n. 4382*, in *Giust. civ.*, 2012, I, 2030 ss.

¹¹ T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, II, Milano, 1959, 185 ss. e 235 ss., vi fa ricorso nell'ambito dello studio dei titoli di credito e delle persone giuridiche.

¹² A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 89 ss., il quale denuncia la scarsa sensibilità per tale metodologia, il che ha comportato, per lo meno in materia di obbligazioni, il sovrapporsi di nozioni di rapporto obbligatorio sempre diverse, anche perché a tal fine sono stati utilizzati talvolta elementi riconducibili alla dimensione più squisitamente regolamentare per delineare ricostruzioni tipologiche della realtà: basti pensare al concetto di responsabilità patrimoniale (*ibidem*, 89 nt. 1).

¹³ A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: quale esito?*, in *Corr. giur.*, 2009, 410-412; ID., *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 265; ID., *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, *passim* e in part. 19 ss. Sul punto v. i rilievi di S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. impr.*, 2009, 607 e nt. 64.

¹⁴ La distinzione delineata *supra* nel testo si riflette anche sui concetti della dogmatica, distinguendo quelli che si riferiscono alla ricostruzione tipologica della realtà (negozio giuridico, contratto, dolo, violenza, errore, nesso causale) da quelli che sono espressione delle *regulae iuris* (nullità, annullabilità, rescissione, risoluzione). I primi mirano a delimitare l'ambito di applicazione della relativa disciplina; mentre i secondi perseguono l'obiettivo di razionalizzare il materiale normativo ad un più alto livello di astrazione.

¹⁵ Tutto ciò viene reso da G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 10-13, 19-20 tramite la formula di «natura "descrittiva"» della buona fede in senso soggettivo, la cui funzione consiste nella ricognizione «del dato storico, al fine di ricondurlo, secondo il sistema della sussunzione, alla previsione generale, normativamente posta». Il significato è chiaro ma la spiegazione lascia in parte a desiderare perché il punto non è tanto quello della presunta vocazione descrittiva della buona fede in senso soggettivo quanto piuttosto quello della sua funzione di selezione dei dati della realtà materiale e della loro rielaborazione endo-sistemica in chiave costruttiva della fattispecie astratta, il che esclude che si sia in presenza di una mera riproduzione dei fenomeni socio-economici.

più densi dal punto di vista della connotazione del presupposto applicativo della regola¹⁶.

La diversità della due nozioni della buona fede si riflette anche sulla natura giuridica dei rispettivi enunciati e, mentre la buona fede in senso soggettivo costituisce uno degli elementi di una proposizione normativa di tipo analitico, della c.d. fattispecie chiusa, la buona fede in senso oggettivo integra una clausola generale che, a seconda delle letture, abbraccia un intero enunciato normativo oppure si identifica soltanto con un termine o con un sintagma di un enunciato più ampio¹⁷. L'affinità nominale non cela, dunque, alcun comune denominatore, alcun sostrato unico, come d'altro canto rivela anche l'analisi storica dalla quale emerge l'autonomo sviluppo delle due figure¹⁸, tant'è vero che ogni tentativo di rintracciare un ceppo unitario si è dimostrato inconsistente¹⁹, in particolare tanto quello di che si richiama all'etica²⁰ quanto quello che rinvia alla correttezza²¹. Una precisazione va però com-

¹⁶ La maggiore caratterizzazione è forse il profilo cui intende fare riferimento G.M. UDA, *op. ult. cit.*, 11 quando discorre di una funzione scriminante della buona fede in senso soggettivo: «Questa agisce come dato scriminante tra due fattispecie – talvolta previste nella stessa norma di legge – che, per il resto identiche strutturalmente, si differenziano per la presenza o meno della buona fede soggettiva». Condivisibile è, invece, il rilievo secondo cui la buona fede in senso soggettivo assolve al ruolo di elemento costitutivo di determinati effetti e non già di elemento ostativo (*ibidem*, 12 ss.), a condizione che non si adoperi la formula discutibile di “effetti costitutivi”: al riguardo è assai chiarificatore l'esempio offerto dagli artt. 1150, comma 3, e 2033 c.c., nel secondo dei quali è davvero una forzatura ritenere che la buona fede dell'*accipiens* si presenti come fattore di impedimento degli effetti che discenderebbero dalla mala fede del medesimo soggetto (*ibidem*, 13 nt. 29). Per l'a. il rapporto tra fatti costitutivi e fatti impeditivi è di concorrenza: nel senso che essi coesistono e sono produttivi di effetti autonomi ma eguali e contrari; mentre il rapporto tra buona fede in senso soggettivo e mala fede è improntato all'alternativa, ossia è di incompatibilità, che esclude in radice l'ipotesi di una coesistenza e di un concorso (*ibidem*, 16-17).

¹⁷ In questo secondo senso v. ora V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 26-29.

¹⁸ P.D. SENN, *Buona fede nel diritto romano*, cit., 130 ss.; G.P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 136 ss., 147 ss.; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, IV**, Torino, 2004, 14 ss.

¹⁹ Cfr. G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., 22 ss.

²⁰ L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 157 ss.

²¹ A. MONTEL, *Buona fede*, cit., 601, il quale, nel quadro della concezione unitaria delle due forme di buona fede, ritiene che il presupposto della c.d. buona fede in senso oggettivo sia proprio la buona fede in senso soggettivo: «agisce in buona fede, secondo i comuni apprezzamenti, chi dice il vero, chi tiene la parola data, chi esegue le prestazioni pattuite, chi non trae altri in inganno [...], in genere chi non lede scientemente e volontariamente il diritto altrui»; *contra* G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel diritto privato*, cit., 337 ss. La posizione più autorevole a favore dell'accostamento tra buona fede in senso soggettivo e correttezza è espressa da E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. I, cit., 69-79, secondo cui lo stato soggettivo di buona fede esclude la coscienza di agire contro diritto e, di conseguenza, esclude anche la scorrettezza del contegno. Questa posizione poggia sull'assunto – su cui si tornerà – che la correttezza diverga dalla buona fede in senso oggettivo perché, a differenza di questa che impone obblighi di carattere positivo, si limita a prescrivere obblighi di carattere negativo, ossia di rispetto e di conservazione dell'altrui sfera di interessi (*ibidem*, 68, 75-76). Il presupposto, non condivisibile, è che l'illiceità o anche la scorrettezza della condotta richiedano la consapevolezza da parte dell'autore, sicché lo stato di ignoranza impedisca tali qualificazioni; mentre è evidente che esse prescindano dallo stato soggettivo dell'autore, a meno che non ne venga richiesto espressamente uno particolare; così come è evidente che, invece, il legislatore in una pluralità di fattispecie attribuisca rilievo all'inconsapevolezza dei privati

piuta: la distinzione tra le due forme di buona fede è dal punto di vista tecnico indubitabile e ciò significa che per percorsi autonomi si sono sviluppati due distinti istituti che si richiamano alla buona fede, la cui attuale formalizzazione, peraltro, ribadisce e accentua questa separatezza; ma, se ciò non è smentibile, non va trascurato che tanto l'una quanto l'altra guardano all'uomo e alla non contestabilità della sua condotta. E questo è probabilmente il senso più profondo dell'“umanesimo” che pervade l'orientamento di Betti al tema²². In senso soggettivo, assume rilievo il retroterra psicologico; mentre in senso oggettivo, diviene rilevante il contenuto della condotta. E, tuttavia, come nell'apprezzamento della buona fede in senso soggettivo, l'evoluzione dell'istituto ha decretato l'irrilevanza dei tipi di condotta, se non limitatamente all'accertamento dei fatti da cui inferire la sussistenza dello stato soggettivo; così nell'apprezzamento della buona fede in senso oggettivo, la relativa evoluzione ha negato qualunque spazio all'indagine soggettiva, se non, anche in questo caso, limitatamente alle valutazioni di fatto necessarie per stabilire se, in concreto, le condotte di buona fede potessero o meno essere pretese.

La distinzione tra le due nozioni di buona fede va considerata, allora, un dato acquisito del dibattito dottrinale, non soltanto nostrano ma anche europeo²³, e non vi sono ragioni sufficienti per metterla in discussione, sebbene sia individuabile un punto di convergenza che vede le due figure accostarsi sensibilmente sino al punto che lo stato gnoseologico appare come l'indispensabile premessa dell'applicazione della regola di condotta desunta per concretizzazione dal precetto indeterminato di *agere ex fide bona*: un tale punto è costituito dalla tutela dell'affidamento. Uno degli ambiti applicativi d'elezione della buona fede in senso oggettivo è costituito, infatti, dalla tutela dell'affidamento legittimo e l'ipotesi forse più significativa è rappresentata dalla c.d. buona fede precontrattuale, dalla cui matrice è stata poi elaborata, tramite gli strumenti della dogmatica, la teoria dell'«obbligazione senza prestazione». La nozione di affidamento rinvia ad uno slittamento della percezione e della raffigurazione intellettuale del soggetto rispetto alla reale sostanza del dato materiale e giuridico percepito – il che, peraltro, dovrebbe illuminare sull'angustia di spazi che il diritto offre al relativismo delle correnti c.d. postmoderne²⁴ – e, dunque, si

al fine di realizzare un contemperamento di interessi che altrimenti non avrebbe senso realizzare oppure al fine di privilegiare le ragioni di chi versa in quel particolare stato di coscienza.

²² E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. I, cit., 69-106.

²³ M.W. HESSELINK, *The Concept of Good Faith*, in A.S. HARTKAMP-M.W. HESSELINK-E.H. HONDIUS-C. MAK-C.E. DU PERRON, *Towards a European Civil Code*⁴, New York, 2011, 619-620: «Most systems make a distinction between subjective good faith and objective good faith. Subjective good faith is usually defined as a subjective state of mind: not knowing nor having to know of a certain fact or event. It is of relevance particularly in property law (bona fide acquisition). Objective good faith, the concept that the general good faith clauses refer to, is usually regarded as a norm for the conduct of contracting parties: 'acting in accordance with or contrary to good faith'. Some systems have even emphasized this distinction by introducing separate terminology for objective good faith (*Treu und Glauben, correttezza, redelijkheid en billijkheid*). In France, however, such a distinction is not usually made. The English common law traditionally does not recognize a concept of objective good faith. However, the concept has recently been introduced into English law by statute». L'a. allude all'Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994, SI 1994/3159, di recepimento della direttiva 93/13/CEE su cui v. G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, in *61 Modern Law Review*, 1998, 11 ss.

²⁴ Alla prepotente ascesa delle concezioni filosofiche di stampo relativista, quali l'ermeneutica, il costruttivismo e il c.d. pensiero debole, inclini a bollare come ingenua dal punto di vista filosofico e conservatrici dal punto di vista politico le impostazioni ispirate al realismo, sulla base dell'as-

verte nell'ambito dell'errore giustificato dalla condotta di controparte oppure dall'oggettiva decettività o equivocità delle informazioni a disposizione del soggetto interessato. Alla base dell'affidamento si agita, quindi, uno stato soggettivo di inconsapevolezza incolpevole o di giustificata convinzione della corrispondenza della percezione alla realtà percepita, che quasi coincide con la condizione di buona fede in senso soggettivo. Un saggio di quanto si possano approssimare le due nozioni è offerto dall'art. 1338 c.c.²⁵. Una differenza, però, permane: l'affidamento legittimo presenta una minore implicazione psicologica rispetto alla buona fede in senso soggettivo, traducendosi in una sorta di dato di fatto, quello della divaricazione in sé tra rappresentazione e realtà, che, in un certo senso, prescinde dalle cause che l'hanno generato, tra le quali potrebbe in effetti figurare anche la buona fede in senso soggettivo. Inoltre, quest'ultima presuppone un conflitto che investe uno o più interessi formalmente protetti e, dunque, si innesta in una contrapposizione più netta e conclamata rispetto al conflitto sotteso all'affidamento, che proprio lo stato psicologico di convinzione di aver agito *iure* risolve a favore di colui che versa in tale stato. L'affidamento assume, invece, i contorni di una condizione per lo più invocata proprio al fine di estendere la tutela giuridica a lesioni che non rientrano nella sfera di protezione offerta dalle situazioni giuridiche soggettive, come la natura non di rado meramente patrimoniale del danno lamentato²⁶ sta a testimoniare.

sunto che la realtà non è mani accessibile in quanto tale, giacché la sua conoscenza è inevitabilmente mediata dai pensieri, dai sensi, dagli schemi concettuali del soggetto, di recente si è contrapposta la corrente detta del *new realism* alla quale possono essere iscritti, tra gli altri, J. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, New York, 1995, trad. it. *La costruzione della realtà sociale*, Torino, 1995; ID., *Creare il mondo sociale. La struttura della civiltà umana*, Milano, 2010; U. ECO, *Kant e l'oratorio*, Milano, 1997; P. BOGHOSSIAN, *Fear of Knowledge. Against Relativism and Constructivism*, Oxford, 2006, trad. it. *Paura di conoscere*, Roma, 2006; D. MARCONI, *Per la verità. Relativismo e filosofia*, Torino, 2007.

²⁵ Non a caso nella sistemazione data alla materia da E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. I, cit., 80 ss. alla buona fede nelle trattative e nella conclusione del contratto viene riconosciuta una posizione mediana tra le diverse varianti della buona fede in senso soggettivo e della buona fede contrattuale. Da questa si distinguerebbe per l'ispirazione conservativa, che fa della buona fede precontrattuale un'applicazione del canone della correttezza di cui all'art. 1175 c.c., ovviamente nel senso inteso da B.: si è, dunque, ancora lontani dall'operoso soddisfacimento delle altrui aspettative che la buona fede prescrive quando il contratto è concluso e l'obbligazione è sorta, sicché qui l'imperativo è quello della «lealtà del trattare, come abito di parlar chiaro, che impone di far palese alla controparte la situazione reale delle cose, disingannandola da eventuali errori che siano riconoscibili, e soprattutto astenendosi da ogni forma di reticenza fraudolenta (*non disclosure*) e da ogni forma di dolo passivo che possa indurre in una falsa determinazione del volere essa controparte». La propensione è ancora conservativa, come prescritto dalla correttezza, ma il contenuto delle condotte può anche essere positivo, come tipicamente è il palesare la realtà delle cose (*ibidem*, 84-85).

²⁶ Sul punto cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, 32, 99 ss., 109 ss., in part. 114; ID., *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 83 ss.; ID., *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 316; A. DI MAJO, *Ingiustizia del danno e diritti non nominati*, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1745 ss.; ID., *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 297 ss. e di recente F. RANIERI, *Obligationenrecht*², Wien-New York, 2003, 577 ss.; M. BUSSANI-V.V. PALMER (a cura di), *Pure economic loss in Europe*, Cambridge, 2003, 171 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno al patrimonio tra contratto e torto*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1253 ss.; M. SERIO, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007, 88; S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 371 ss. Per un'impostazione diversa del problema, che ammette la risarcibilità del danno meramente patrimoniale in sede acqui-

L'eventualità che le due accezioni convergano nulla toglie alla loro astratta distinzione, per contestare o anche soltanto per mettere in discussione la quale mancano elementi sufficienti. Peraltro, ancora relativamente di recente la dottrina italiana si è soffermata sulla distinzione tra buona fede in senso oggettivo e buona fede in senso soggettivo e lo ha fatto proprio in ambito contrattuale, in occasione della traduzione italiana²⁷ della direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 in materia di clausole abusive, nella quale figura il noto inciso «malgrado il requisito della buona fede» (art. 3, comma 1, direttiva 93/13/CEE) che evoca la buona fede soggettiva. La soluzione linguistica ha sollevato le aspre critiche della dottrina maggioritaria, convinta che il riferimento in materia non possa che essere alla buona fede oggettiva, perché l'altra accezione si rivela nel contesto in esame un «nonsenso giuridico»²⁸, addirittura giungendo a bollare l'inciso «malgrado il requisito alla buona fede» come un «insulto all'intelligenza e alla lingua italiana»²⁹. Se si tiene conto dell'assoluta indifferenza del legislatore italiano in sede di recepimento alle critiche rivolte dalla dottrina al testo della direttiva e della pervicacia con cui sostanzialmente la medesima formula è stata reiterata nell'art. 33, comma 1, cod. cons., non si può non convenire con chi giudica diabolico l'errore in cui è incorso il legislatore italiano³⁰.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono favorevoli alla conservazione della distinzione tra le due nozioni, va precisato che è sulla sola buona fede in senso oggettivo che, da ora in avanti, si concentrerà l'analisi ed è per questa ragione che nel prosieguo ad essa si farà riferimento con la formula secca di «buona fede», assecondando così l'uso invalso secondo cui la buona fede senza alcuna connotazione aggiuntiva coincide con la buona fede in senso oggettivo.

liana v. F.D. BUSNELLI, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito»: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contr. impr.*, 1991, 561 ss.; M. LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di tutela inibitoria e di risarcimento del danno*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 395 ss., in part. 404; ed ora ID., *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti a violazione di norme antitrust*, in *Danno e resp.*, 2004, 937; M. MAGGIOLO, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, 221 ss.; E. NAVARRETTA, *Riflessioni in margine all'ingiustizia del danno*, in *Liber amicorum* per Francesco Busnelli, I, Milano, 2008, 626 ss.; ID., *L'ingiustizia del danno e i problemi di confine tra responsabilità contrattuale e extracontrattuale*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari-P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, IV, *L'attuazione dei diritti*, t. III, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 234 ss., in part. 252-253. Al riguardo v. la critica svolta in F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 680.

²⁷ Il tema del valore e della delicatezza della traduzione, specie nell'esperienze giuridiche multilingue qual è il diritto di origine europea, si rivela certamente centrale e di indiscutibile interesse e sul punto, per una prima informazione, cfr. R. SACCO, *Riflessioni di un giurista sulla lingua (la lingua del diritto uniforme, e il diritto al servizio di una lingua uniforme)*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 57 ss.; S. MAZZAMUTO, *I Principi di diritto europeo dei contratti nel canone di Carlo Castronovo*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 847 ss.; G. BENEDETTI, *L'elogio dell'interpretazione traducevole nell'orizzonte del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 413 ss., nonché J. WRÓBLEWSKI, *Il problema della traduzione giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2007, 115 ss.

²⁸ C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 7.

²⁹ V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 66.

³⁰ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*², Torino, 2015, 45-46 il quale sottolinea che «L'errore del legislatore interno (italiano) – chi conosce il dibattito dottrinale apertosi in materia lo ricorderà – è peraltro diabolico, poiché numerose voci avevano già stigmatizzato la direttiva proprio sul punto incriminato».

2. Il problema della definizione della buona fede

Uno degli aspetti sui quali, grosso modo, l'intera comunità degli studiosi della buona fede concorda consiste nel carattere indeterminato delle proposizioni linguistiche nelle quali essa figura. È lo stesso sintagma "buona fede" a presentare un contenuto ad alto tasso di indeterminatezza e questo carattere ha fortemente condizionato i molti tentativi dottrinali di fornirne una definizione, inducendo gli autori più avveduti ad abbandonare l'impresa per constatare, invece, che della buona fede è possibile soltanto identificare gli ambiti di applicazioni e definire le condizioni d'uso³¹, magari ricorrendo alla tecnica della predisposizione di figure sintomatiche o di modelli tipici, in linea con l'esperienza tedesca dei *Fallgruppe*³². La conferma dell'inanità dello sforzo definitorio³³ proviene dalla rassegna delle proposte nel tempo formulate dalla dottrina³⁴, alcune delle quali si riducono a nulla di più della scelta di uno o più sinonimi o concetti affini e, dunque, ad operazioni scarsamente significative sul fronte dell'esplicazione del contenuto del termine da definire, rivelandosi, in alcuni casi, addirittura tautologiche e retoriche³⁵. La buona fede è stata illustrata³⁶ via via tramite il rinvio alla «correttezza», alla «lealtà»³⁷, al «rispetto della parola data», alla «fermezza», ad una sorta di galantomismo, all'«affidamento reciproco»³⁸, all'«impegno all'adempimento delle altrui aspettative»³⁹, alla «solidarietà»⁴⁰, all'«ho-

³¹ Cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 305 ss., il quale, grazie a tale scelta di metodo, ha offerto la più completa e accurata illustrazione della buona fede, incentrando la propria analisi sui suoi profili funzionali, in questo modo influenzando il successivo dibattito ed ergendosi a punto di riferimento imprescindibile di qualsiasi riflessione sul tema.

³² Il precursore di quest'approccio è F. WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, in *Recht und Staat* 193/194, Tübingen, 1956, 23 ss.

³³ Taccia – e con pieno fondamento – come vani gli sforzi profusi nella definizione del contenuto del precetto di buona fede A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 3-4.

³⁴ Per un recente quadro dell'evoluzione del pensiero in tema di buona fede cfr. V. CARBONE, sub art. 1175 – *Comportamento secondo correttezza*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, Vol. I, Artt. 1173-1217 c.c., a cura di V. Cuffaro, Torino, 2012, 77 ss.

³⁵ È duro il giudizio espresso su punto da A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 285.

³⁶ Cfr. A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 285 e 289; A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 4.

³⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000, 476-477; ID., *Diritto civile. 4. L'obbligazione*, Milano, 1993, 96 ss.; ID., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss.; A. LA TORRE, *Diritto civile e codificazione. Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2006, 72, secondo il quale la buona fede esprime la stessa esigenza racchiusa nel celebre frammento di Ulpiano «*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*» (D. 1. 1. 10); e in giurisprudenza, da ultimo, Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Le società*, 1996, 295; ma v. la critica di inservibilità del richiamo alla lealtà di R. Sacco, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*³, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, II, Torino, 2004, 407.

³⁸ U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., 6.

³⁹ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. I*, cit., 77, anche indipendentemente da una parola che si sia data o da un accordo che si sia concluso.

⁴⁰ La formulazione originaria dell'art. 1175 c.c. includeva il riferimento ai «principi di solidarietà corporativa» («il debitore ed il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, in relazione ai principi della solidarietà corporativa»), poi caduto insieme con l'abolizione dell'ordinamento corporativo nell'ambito di quel *repulisti* cui è stato sottoposto il codice civile al fine di eliminare ogni traccia dell'ideologia fascista. Questo processo è noto come defascistizzazione del codice civile e ha prevalso rispetto alla linea che suggeriva di realizzare una codificazione,

più moderna e libera dagli inquinamenti dell'ideologia fascista (così L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il codice civile del 1942*, Milano, 1942, *passim*; contra G. FERRI, *Istituzioni di diritto privato*, Pisa, 1946, dattiloscritto. Questa pagina della storia giuridica italiana è ora ricapitolata da G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, 37 ss. e da N. RONDINONE, *Storia della codificazione civile*, Milano, 2003, *passim*; ma v. già R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, 1990, *passim*; nonché P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in *Quad. fior.*, 1999, 175-292 e U. BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, *ivi*, 1999, 293 ss.) Sulla defascistizzazione del codice civile cfr. G. PUGLIESE, *Relazione sul libro delle obbligazioni*, in *Ann. dir. comp. e studi leg.*, XXIV, 1950, 176; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 286-287. Il tema della penetrazione o meno dell'ideologia fascista nel corpo del codice civile è di estremo fascino e, al riguardo, va ricordata la posizione espressa da F. DE MARTINO, *Elementi classici e principii romani nella riforma*, 1942, ripubblicato in appendice a F.E. D'IPPOLITO, *L'illusione di un codice per il fascismo. Francesco De Martino, Elementi classici e principii romani nella riforma*, Napoli, 2012, 81 ss., secondo cui il nuovo codice riproporrebbe il vero spirito del diritto romano classico, manifestando una continuità che rende il nuovo codice «una felice prosecuzione della tradizione romana», di cui, peraltro, De Martino contesta la presunta impronta individualistica, frutto di un equivoco della modernità prodotto dalla cultura liberista del secolo XIX, la quale ha interpretato il diritto romano come un diritto, per l'appunto, individualistico. F.E. D'IPPOLITO, *ibidem*, 57 ss. rinvia nella tesi di D.M. sulla ricezione del diritto romano nella nuova codificazione, e in particolare nell'ultima parte del saggio, sottili segni dell'antifascismo dell'a., il quale infatti non manifesta alcuna adesione ai principi del corporativismo ed anzi per d'Ippolito «la difesa dei fondamenti romanistici del nuovo codice civile, al di là di alcune evidenti forzature, tendeva a sottrarre con decisione e fermezza di analisi la riforma alla sua impronta corporativistica» (*ibidem*, 59-60). Su quest'ultimo punto cfr., di recente, G.B. FERRI, *Il codice civile italiano del 1942 e l'ideologia corporativa fascista*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 319 ss. e I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, 2007, *passim*. Com'è noto, gli accademici protagonisti della codificazione concordavano sulla sostanziale immunità del codice civile agli influssi del regime (v. F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, (1947), ora in *Studi giuridici*, III, t. 2, Milano, 1960, 604 ss.; P. CALAMANDREI, *Sulla riforma dei codici*, (1945), ora in *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. Bobbio, I, Firenze, 1966, 89 ss.; A.L. D'OVIDIO, *I lavori della Commissione ministeriale per la revisione del codice civile*, in *Foro it.*, 1944-1946, IV, 15 ss.), confinati nel mero «motivo letterario» e, quindi, in grado di scalfire soltanto la superficie del nuovo codice. Questo giudizio è divenuto poi la posizione storiografica più accreditata ma non pacifica. Il dibattito sulla defascistizzazione coinvolse naturalmente anche l'art. 1175 c.c., di cui venne sin da subito denunciata la matrice di concessione politica al regime, al punto che l'apposita Commissione costituita dall'Istituto italiano di Studi legislativi ne propose l'integrale abrogazione, sostenendo che «naturalmente non sono da prendere sul serio i richiami o rinvii alla solidarietà corporativa e all'equilibrio e proporzione corporativa, espressioni vaghe e prive di contenuto. Nell'intenzione dei compilatori l'art. 1175 [...] avrebbe dovuto costituire la chiave di volta del sistema; invece è appena un festone di poco gusto collocato all'inizio del libro per dare al lettore profano la sensazione che vi avrebbe respirato aria fascista. In realtà, ripetesì, è un elemento esteriore, per così dire, ornamentale, che non scalfisce la bontà del libro, ancorato solidamente, nelle sue linee essenziali, al sistema tradizionale del codice del 1865». A favore della tacita abrogazione dell'art. 1175 G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 412; contra S. PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il Codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1942, 373-374. Lo scopo che il legislatore volle perseguire fu, con tutta probabilità, quello di innestare nel rapporto obbligatorio la solidarietà tra i fattori della produzione, pagando così un tributo alla logica «produttivistica» allora dominante: v. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 286; e V. GRECO, *Ancora sulla concorrenza sleale per violazione delle esclusive di vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, II, 461, il quale sostiene che «essendosi dalle gerarchie fasciste deplorato lo scarso corporativismo del Codice civile, si decise di farvi delle "iniezioni" di questa materia. Cadde poi il fascismo e, per lasciare al suo posto il numero 1175 con il suo articolo, si pensò di scacciare un diavolo con un altro, e al posto della solidarietà corporativa si iniettò la correttezza». L'abbinamento tra correttezza e solidarietà è, dunque, *in nuce* ma, dopo la ripulitura dell'art. 1175 c.c., è stato necessario reimpostarlo su nuove basi, prima fra tutte quella costituzionale grazie agli artt. 2 e 41, comma 2,

neste agere»⁴¹, all'«attiva cooperazione»⁴² e «linearità di comportamento», «al rispetto della personalità e della dignità altrui»⁴³. Per non parlare poi delle parole adoperate dalla Relazione al codice civile, dove la buona fede/correttezza viene identificata come «stile morale della persona, abito virile di fermezza, di chiarezza e di coerenza, fedeltà e rispetto a quei doveri che, secondo la coscienza generale, devono essere osservati nei rapporti tra consociati», il che alimenta lo stato d'animo del «sentirsi membri, con pari dignità morale, di quel grande organismo che è la società nazionale»⁴⁴. Un capitolo a parte merita l'accostamento tra la buona fede e le figure del divieto di abuso del diritto e di *venire contra factum proprium*, sulle quali ci si soffermerà a lungo nel prosieguo. Nel più ampio scenario del diritto privato europeo, la buona fede in senso oggettivo viene caricata, inoltre, di compiti da far tremare le vene e i polsi, quali il governo della dialettica tra persona e mercato e tra libertà e giustizia, ovviamente nel contesto del contratto. E, inoltre, le si assegna il ruolo di dispositivo di regolazione del mercato all'insegna dell'attenzione alla complessità e della valorizzazione del pluralismo⁴⁵.

Cost. Uno dei primi autori a suggerire l'accostamento tra la buona fede e la solidarietà sociale è stato L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 280 ss. e in *Scritti. II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo-A. Albanese-A. Nicolussi, Milano, 2011, 173 ss., da cui le successive citazioni; ma chi più di ogni altro ne ha fatto emergere tutte le implicazioni è S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 115 ss., 143 ss., alla cui impostazione al tema aderiscono M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, cit., 178, 190 ss. e G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Tratt. dir. civ.*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, 514-515.

⁴¹ Cfr. G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 176, il quale sostiene che compito del giudice sia quello di stabilire quale sarebbe dovuta essere la condotta della parte, nelle circostanze date, valutando il suo contegno non solo sulla base della prudenza o della diligenza, ma anche alla stregua dell'onestà: al magistrato si chiede un giudizio più complesso di quello normale, che riguarda la lealtà delle parti, la moralità delle pretese del creditore e la correttezza della resistenza del debitore; G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 613 ss., che, dopo aver correttamente sostenuto che il principio di buona fede costituisce espressione delle esigenze tipiche del diritto delle obbligazioni e contestato che tale principio possa essere esaurito nella generica correttezza e solidarietà tra propri simili, conclude affermando che la buona fede-correttezza è, in realtà, la specifica lealtà che si impone tra individui legati da un vincolo di natura particolare; e C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., 197, il quale rintraccia il significato della buona fede nella «lealtà reciproca di condotta, comportamento leale nei rapporti sociali, causa giustificatrice dell'affidamento, e nello stesso tempo esigenza imprescindibile di condotta appunto perché l'affidamento risulti effettivamente giustificato».

⁴² E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., 66-67, il quale correla la buona fede e la correttezza all'esigenza etico-sociale di «rispetto della personalità altrui e di collaborazione con gli altri, un'esigenza che sul piano morale si potrebbe formulare con Kant, dicendo che a ciascun partecipante alla comunione è rivolto un precetto così formulabile: "Comportati in maniera tale che la massima del tuo operare possa assorgere a parte integrante di una legislazione universale". Questa, poi, è anche l'esigenza della morale cristiana, perché alla base dell'amore del prossimo c'è questa esigenza di considerare la dignità umana negli altri come fine, mai come mezzo. Tutto questo però, compatibilmente con le esigenze della convivenza e della solidarietà sociale».

⁴³ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 1, cit., 36; Trib. Bologna, 21 luglio 1970, in *Giut. it.*, 1971, I, 211; ma anche E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., 66.

⁴⁴ Relazione del Ministro Guardasigilli al testo definitivo del codice civile, nn. 557 e 558.

⁴⁵ Cfr. E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 507 ss., la quale ribadisce, anche nell'ambiente del diritto di matrice europea, la vocazione valoriale della buona fede, col fine di contrastare gli abusi dell'autonomia privata e consenti-

Le ironie sono facili e le critiche non da meno⁴⁶, ma nel guazzabuglio degli accostamenti e dei tentativi di definizione qualche distinzione va pure compiuta. L'accostamento tra buona fede e correttezza esprime qualche cosa di più dell'ennesimo tentativo di chiarire la portata della buona fede appoggiandosi a concetti non meno indeterminati e sfuggenti⁴⁷: la correttezza costituisce infatti una categoria di diritto positivo, cui addirittura è dedicato il terzo articolo, il 1175 c.c., del Capo I, del Titolo I, del Libro IV, sulle disposizioni preliminari della materia delle obbligazioni, nonché una disposizione assai controversa e dalle complesse implicazioni qual è l'art. 2598, n. 3, c.c., in tema di atti di concorrenza sleale⁴⁸. Dopo una prima fase piuttosto dibattuta⁴⁹ sulla quale si tornerà di qui a breve, ha infine prevalso in dottrina il giudizio, oggi pressoché unanime, secondo cui buona fede e correttezza esprimono il medesimo concetto e, dunque, costituiscono un'endiadi⁵⁰, il che, però, ren-

re a ciascun contraente «un margine di tutela e una possibilità di azione sul mercato» (*ibidem*, 537). Sul ruolo della buona fede nella regolazione del mercato v. anche T. WILHELMSSON, *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, in *European Law Journal*, 2004, 712 ss., in part. 728.

⁴⁶ Una delle quali investe certamente la coerenza di certe posizioni assunte in dottrina. Davvero emblematiche sono quelle espresse da Bianca e Cattaneo. I due autori (C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., 208 ss.; ID., *Diritto civile*. 3, cit., 472 ss. e *Diritto civile*. 4, cit., 86 ss. e G. CATTANEO, *Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*, cit., 613 ss.) concordano sul carattere di equivocità e di eccessiva genericità dei variegati tentativi di definizione, e in modo particolare Bianca esprime la necessità di rintracciare una nozione di buona fede dotata di «reale valore operativo». A tal fine, la convergenza è piena sull'ineludibilità di circoscrivere l'ambito di applicazione della buona fede ai soli rapporti per i quali l'ordinamento si mostra particolarmente sensibile all'esigenza di garantirne sicurezza e credibilità, così da rendere tali relazioni degne di fiducia da parte dei consociati: il riferimento è ai rapporti contrattuali, alla fase delle trattative, alle obbligazioni in genere e magari anche vincoli non patrimoniali, diversi da queste ultime, nei quali si avverte però la medesima esigenza di lealtà che si richiede dal debitore e dal creditore. A dispetto delle premesse, entrambi gli autori cedono però, poi, alle sirene del dogmatismo, concorrendo anche loro, e nei modi in precedenza precisati, alla girandola delle formule esplicative di carattere generico.

⁴⁷ Di diverso avviso è A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 4-5, il quale accomuna il riferimento alla correttezza alle altre operazioni che ambiscono a fornire una definizione della buona fede, senza peraltro distinguersi da esse per maggiore carica significativa.

⁴⁸ Nella comprensione dell'art. 2598, n. 3, c.c. non si può prescindere dal saggio di M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 509 ss. La prima trattazione organica del tema è di C. PASTERIS, *La correttezza nella disciplina della concorrenza sleale*, Milano, 1962, *passim*, in part. 101 ss.

⁴⁹ Si sono schierati a favore della distinzione tra buona fede e correttezza: L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*. III, cit., 2 ss., per il quale l'art. 1375 c.c. si applica soltanto ai contratti e E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. I, cit., 68-69, per il quale buona fede e correttezza sono nozioni complementari, spettando alla prima il compito di imporre obblighi di carattere positivo e alla seconda obblighi di carattere negativo.

⁵⁰ G. OSTI, *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 522; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 119 ss., 132 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 1, cit., 7, 35; C.M. BIANCA, *Diritto civile*. 3, cit., 472; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*. II, cit., 178. Anche A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 290 ss., in part. 294 concorda per la sostanziale identità sul piano concettuale di buona fede e correttezza, con ciò correggendo in parte il tiro rispetto a quanto sostenuto in ID., *L'esecuzione del contratto*, cit., 161 ss., dove le due figure sono presentate come diverse: la correttezza strettamente collegata alla solidarietà sociale e la buona fede per lo più operante nella fase dell'esecuzione del contratto in funzione integrativa (*ibidem*, 368 ss.). Nel ripensamento operato a distanza di più di vent'anni, l'a. ritiene che la correttezza esibisca una maggiore pregnanza e un'ampiezza di contenuto più significativa rispetto alla buona fede, ma ciò va ascritto alla maggiore freschezza e novità della prima, specie grazie al connubio con la solidarietà sociale, e

de ancora meno plausibile la scelta di avvalersi della seconda per illustrare i contenuti della prima.

Il connubio della coppia buona fede/correttezza con la solidarietà sociale è il frutto di quell'indirizzo interpretativo che sin dalla metà degli anni '60 si è impegnato nella rilettura del codice civile alla luce dei precetti costituzionali, sottraendoli alla marginalità cui li aveva relegati la corrente di pensiero che ne negava la precettività nei rapporti tra i privati, riconoscendo loro un mero valore programmatico. Come si chiarirà meglio nel prosieguo, l'aggancio della buona fede all'art. 2 Cost. e, in particolare, al principio di solidarietà sociale ha aperto una nuova stagione nello studio, prima, e nella concretizzazione e applicazione, poi, della buona fede, sancendone la sua estroflessione nei confronti di dimensioni normative diverse da quella del sistema giuridico conchiuso⁵¹. E costituirebbe allora un grave errore di miopia equiparare il binomio buona fede-solidarietà agli altri tentativi di definizione per via di accostamenti o di esplicazioni tautologiche.

3. (Segue). *L'endiadi buona fede-correttezza*

L'accentuazione del ruolo della buona fede-correttezza costituisce una delle novità impresse dalla codificazione del 1942. Il codice del 1865 era, infatti, decisamente più parco nel ricorso alla buona fede e, a fronte di svariati richiami alla buona fede in senso soggettivo⁵², uno soltanto era il riferimento alla buona fede in senso oggettivo: l'art. 1124 c.c. 1865, in tema di esecuzione ed integrazione del contratto, che ricalca l'art. 1134, comma 3, *Code civil*, a riprova, peraltro, che il contratto e la sua disciplina rappresentavano in quel codice un modello esemplare⁵³. L'art. 1124 c.c. 1865 prescrive che «i contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le

non già ad una diversità di contenuto e di funzioni: «le conclusioni allora da trarre non sarebbero di tipo restrittivo (con riguardo alla portata della buona fede) ma esattamente l'opposto e ciò nel senso che la portata più ampia della regola di correttezza non può non avere "contaminato" quella, più tradizionale, della buona fede. [...] In realtà, proprio la portata più ampia e pregnante della regola di correttezza con riferimento alla generalità dei rapporti obbligatori non può non rendere storicamente superata una qualsiasi contrapposizione correttezza-buona fede, in funzione *riduttiva* la prima e *più pregnante* la seconda, con riguardo alla collaborazione esigibile nei contratti».

⁵¹ Sul tema della solidarietà cfr. il recente e suggestivo studio di F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e «l'attesa della povera gente»*, oggi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 413 ss., sollecitato dal volume di M.C. BLAIS, *La solidarietà. Storia di un'idea*, a cura e con presentazione di B. MAGNI, *Tra ponti e confini: l'idea di solidarietà*, Milano, 2012, su cui v. anche M. RICCIARDI, *Solidarietà, contratto e giustizia*, in *Persona e mercato*, 2013, 135 ss.; nonché l'attualissimo saggio di L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1998, 45 ss., in part. 48 ss., ora in *Scritti. I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo-A. Albanese-A. Nicolussi, Milano, 2011, 139 ss. e il recente contributo, con un taglio più che altro filosofico-politico, di S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, *passim*. Cfr. anche M. GRONDONA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 727 ss.; ID., *Non scarsa importanza dell'inadempimento e potenzialità della buona fede a difesa del contratto*, in *Contratti*, 2013, 1021 ss., in part. 1026 ss. e R. CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010, *passim*, in part. 42 ss., 347 ss.

⁵² La disciplina del matrimonio dichiarato nullo (art. 116), dell'accessione (artt. 450-452), del possesso (artt. 703-709), del pagamento del creditore apparente (art. 1241), dell'esecuzione del contratto (art. 1126), della ripetizione dell'indebito (artt. 1146, 1148, 1149).

⁵³ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 284.

conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano»⁵⁴ e, nonostante la collocazione nel Titolo "Degli effetti dei contratti", ben presto la dottrina, ancorché non unanime⁵⁵, si orientò per la sua estensione oltre il campo dei rapporti contrattuali, considerando la disposizione in esame espressione di un principio solo occasionalmente enunciato in sede di esecuzione del contratto ma valido per ogni tipologia di rapporto obbligatorio⁵⁶.

Il progetto ministeriale del 1936 aveva stabilito l'obbligo del debitore di eseguire la prestazione secondo le regole della buona fede, ma la Commissione delle assemblee legislative ritenne riduttivo circoscriverne la portata alla sola persona del debitore, concludendo che fosse più corretta l'estensione anche al creditore. La Commissione propose, pertanto, la soppressione dell'articolo predisposto nel progetto ministeriale e nel testo definitivo del nuovo codice ne venne introdotto uno di portata generale rivolto ad entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio, sostituendo però al tradizionale concetto di "buona fede" quello inedito di "correttezza" e ancorandolo – come si è anticipato – ai principi della solidarietà corporativa⁵⁷. Il codice del 1942 contiene anche l'ulteriore novità della scissione del contenuto dell'art. 1124 c.c. 1865 in due disposizioni autonome: l'art. 1374, sull'integrazione del contratto, e l'art. 1375, sull'esecuzione contratto secondo buona fede⁵⁸. La distinzione compiuta con gli artt. 1374 e 1375 c.c. riproduce la scelta già compiuta nel *Code civil*, nel quale all'integrazione del contratto è dedicato l'art. 1135, mentre l'art. 1134, comma 3, tratta dell'esecuzione secondo buona fede. Le ragioni della distinzione non sono chiare e i dubbi non vengono certo diradati dai lavori preparatori del *Code civil*, nei quali non solo non si dà conto della soluzione adottata, ma addirittura si sottolinea il carattere unitario delle due disposizioni. Un rilievo condiviso anche da commentatori e trattatisti, i quali si spingono sino a considerare i due articoli come un corpo unico che esprime la volontà del legislatore di abbandonare la concezione romana dei contratti di buona fede e di elevare la buona fede a regola di tutti i contratti. Il fronte al riguardo è talmente compatto che si potrebbe essere legittimati a pensare che la formulazione di due articoli distinti rappresenti un accidente reda-

⁵⁴ Sul valore che assume la regola della buona fede in base all'art. 1124 c.c. 1865 cfr. C. FADDA-P.E. BENZA, *Note a B. Windscheid, Diritto delle Pandette*, Torino, 1902, 602 ss.; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., 191 ss.; D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., 289 ss. e 317 ss.

⁵⁵ D. VITI, *Commento sistematico del Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, I, Napoli, 1876, 68-77. Per un quadro della manualistica sul punto del ruolo della buona fede cfr. G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 226-228, il quale segnala il clima piuttosto tiepido intorno all'art. 1124 c.c. 1865, con l'eccezione dapprima del solo Biagio Brugi (*Istituzioni di diritto civile italiano (con speciale riguardo a tutto il diritto privato)*⁴, Milano, 192, 545) e poi di Enrico Finzi (*Manuale di diritto civile italiano*⁷, Torino, 1933, 400-401). Sulla figura di Enrico Finzi v. P. GROSSI, *Un giurista solitario: Enrico Finzi*, in ID., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano 2008, 19 ss.

⁵⁶ C. FADDA-P.E. BENZA, *Note a Windscheid, Diritto delle Pandette*, cit., 218, affermano che «la equità e la buona fede sono lo spirito vivificatore di tutto il sistema giuridico e non de' soli contratti». Cfr. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, rist., I, Torino, 1930, 18. Questa lettura è confermata da L. BARASSI, *Addizione a Baudry Lacantinierie-Wahl, Del contratto di locazione*, trad. it., II, 2, Milano, s.d. (ma 1905), 546; ID., *Le obbligazioni* (ed. lit.), Milano, 1930, 356-357; ID., *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti* (ed. lit.), Milano, 1934, 334.

⁵⁷ Cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 284.

⁵⁸ Sul punto v. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, cit., 171 ss.

zionale⁵⁹. La distinzione di esecuzione e di integrazione in due disposizioni apposite viene recepita integralmente dai codici italiani pre-unitari, ma scompare nella redazione definitiva del codice del 1865, anche se da questa scelta non sembra contenere alcun intento innovatore. La distinzione ricompare nel progetto italo-francese del Codice delle obbligazioni e dei contratti (artt. 39 e 40) e viene consacrata infine nel codice del 1942⁶⁰. Non che a questo ritorno allo scorporamento vada attribuita soverchia importanza né rilevanza maggiore di quanto vada assegnata all'unificazione in un solo articolo compiuta sotto l'impero del codice del 1865, se è vero, come appare, che «già l'abrogato art. 1124 conteneva sostanzialmente due diverse norme, come facilmente si poteva desumere dalla sua formulazione»⁶¹.

L'autentica novità fatta registrare dal codice civile del 1942 è, dunque, l'inserimento dell'art. 1175 c.c., salutato infatti da Alberto Trabucchi come uno dei tre principi innovatori del nuovo testo e, dunque, come una delle cifre del codice del 1942, insieme alla razionalità pratica, ossia alla subordinazione delle affermazioni di valori assoluti ai fini concreti dei singoli istituti, con conseguente adeguamento a questi ultimi del mezzo tecnico, e al riconoscimento dell'equità come fattore del regolamento giuridico. La conclusione che viene tratta è che «il sistema che deriva dall'inserzione razionale delle nuove norme, i principi che se ne ricavano e la presenza di numerosi rinvii a fattori etici o equitativi, ci presentano un diritto profondamente mutato rispetto al precedente, e proprio nelle strutture essenziali o più significative: così da richiedere nell'interprete l'impiego di adeguati nuovi criteri»⁶².

Una delle prime questioni poste dall'introduzione della correttezza, soprattutto rispetto alla contestuale conservazione della categoria tradizionale della buona fede, investe le ragioni che hanno suggerito l'inserimento nell'art. 1175 c.c. del riferimento alla prima nozione anziché alla seconda, in tal modo discostandosi dal Progetto ministeriale del 1936. È assai probabile che la nozione di buona fede sia apparsa al legislatore dell'epoca sopravanzata dai tempi e legata, tra l'altro, ad una prospettiva individualistica, destinata fatalmente a condannarla al ruolo di concetto troppo soggettivamente orientato e, come tale, incapace di rispondere adeguatamente alle esigenze del momento, le quali pressavano, invece, a favore dell'adozione in materia di obbligazioni di un criterio sostanziale ispirato ai principi di solidarietà e di socialità⁶³. L'obiettivo era verosimilmente quello di una robusta iniezione di etica nella disciplina dei rapporti obbligatori, con l'occhio rivolto, però, sempre – e lo si è anticipato – al perseguimento degli obiettivi politici del regime in ossequio alla «regola fascista del prudente coordinamento di ogni interesse individuale e di una giusta preminenza dell'interesse generale»⁶⁴.

Il secondo quesito posto dall'introduzione della correttezza è quello relativo ai rapporti con la buona fede e, in particolare, quello dei nessi sistematici che intercorrono soprattutto tra gli artt. 1175 e 1375 c.c. Il nodo attiene all'identificazione o meno delle due figure e – come si è anticipato – l'esito del dibattito è stato a favore

⁵⁹ Così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 120.

⁶⁰ Per un più completo *excursus* storico v. S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 120-122.

⁶¹ U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, rist. anastatica Napoli, 2010, 47 nt. 78.

⁶² A. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 495.

⁶³ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 285.

⁶⁴ Relazione del Ministro Guardasigilli al Progetto preliminare del libro delle obbligazioni (giugno 1940) (*Lavori preparatori del codice civile, Anni 1939-41, Progetti preliminari*, 10).

dell'assimilazione in un concetto unico: e da ciò l'endiadi buona fede-correttezza. Il dato di partenza è offerto indubbiamente dalla distinzione terminologica e, dunque, occorre stabilire se l'adozione di due vocaboli diversi esprima l'esistenza di due nozioni distinte o se, invece, non sia frutto di una scelta di gusto del legislatore, che magari nasconde esigenze di tutt'altro segno, come quella di rimarcare un elemento di continuità rispetto al ruolo in precedenza assegnato alla buona fede e alle elaborazioni fiorite intorno ad essa. In altri termini la scelta linguistica non è dirimente ma, se è vero che il ricorso a vocaboli diversi non sempre implica una distinzione concettuale e che, tutt'al contrario, un medesimo termine potrebbe ricorrere in significati diversi – come proprio il sintagma “buona fede” testimonia, per non parlare poi della parola “diligenza”⁶⁵ – è però altrettanto vero che attiene ai compiti del giurista verificare se la diversità terminologica non esprima contenuti in effetti eterogenei⁶⁶. Il primo passo consiste nell'appurare se gli artt. 1175 e 1375 c.c. presentino il medesimo ambito di applicazione: la dimostrazione non sembra decisiva ai fini dell'identificazione o meno di correttezza e buona fede, ma la constatazione dell'identità dell'area di incidenza potrebbe semplificare, e di molto, la questione⁶⁷. Nella prima fase del dibattito, quella sicuramente più accesa, una parte della dottrina ha sostenuto che gli artt. 1175 e 1375 c.c. incidono su un terreno comune, ma i destinatari delle due disposizioni non sono i medesimi: l'art. 1175 parla al solo creditore, gravando sul debitore già l'obbligo di agire diligentemente di cui all'art. 1176; mentre l'art. 1375 si rivolge al contraente-debitore⁶⁸. La confutazione è stata secca ed efficace, incentrata com'è sulla forzatura del dato letterale su cui poggia la teoria della distinzione dei destinatari di correttezza e buona fede: l'art. 1175 nell'imporre di agire secondo correttezza si rivolge espressamente ad entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio, mentre l'art. 1375 stabilisce in modo assai generico che il contratto va eseguito secondo buona fede e soltanto una concezione eccessivamente angusta della fase di esecuzione del contratto, in maniera del tutto arbitraria fatta coincidere con l'adempimento di una prestazione di natura obbligatoria⁶⁹, potrebbe giustificare la circoscrizione al solo debitore dei destina-

⁶⁵ Per la duplicità di nozioni della diligenza cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 166 ss., su cui sia consentito il rinvio a F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., 425 ss., nonché ID., *Sulla natura non colposa della responsabilità contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 1019 ss., in part. 1035 ss.

⁶⁶ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 141-142.

⁶⁷ Questo è il giudizio, pienamente condivisibile, di S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 135.

⁶⁸ G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1958, 323; ma il medesimo a. in nota a Cass., 6 aprile 1966, n. 918, in *Foro it.*, 1967, I, 103, ha rivisto la propria posizione, riconoscendo che «l'obbligo di buona fede (o come altro lo si chiami) vale per tutti e due i contraenti». Sulla stessa linea del primo Branca si colloca M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968, 149, sostenendo che «il dovere di comportarsi secondo correttezza posto dall'art. 1175 acquista di gran lunga maggiore rilievo nei confronti del creditore in quanto il debitore ha già un dovere di comportarsi durante la vita dell'obbligazione, in un certo modo (art. 1176)»; e così anche A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, rist. Milano, 2011, 57. Concepiscono l'art. 1375 c.c. come esclusivamente rivolto al debitore, R. NICOLÒ, *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 558 e G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, 146 ss.

⁶⁹ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 1, cit., 8-9, sottolinea, assai opportunamente, che alla base della tesi criticata si agita quella che S. Rodotà definisce «una ragione più che altro psicologica», ossia una lettura tradizionale fortemente condizionata dall'impostazione romanistica e legata ad «un'analisi specifica condotta unilateralmente, a latere debitoris, con riferimento,

ri del precetto. A ciò va aggiunta la profonda incomprendimento circa il ruolo e la dialettica di correttezza e diligenza, che sola giustifica la visione nella quale l'attività del debitore è assoggettata soltanto all'imperio dell'art. 1176⁷⁰.

Un ulteriore tentativo di distinguere la buona fede dalla correttezza ha fatto leva sull'argomento formalistico per definizione: quello della collocazione topografica degli artt. 1175 e 1375 c.c., l'uno inserito nel Capo I del Titolo I del Libro IV delle obbligazioni, contenente le disposizioni preliminari, e l'altro nel Capo V del Titolo II del medesimo libro, relativo agli effetti del contratto. Da ciò la lettura sistematica che assegna all'art. 1375 l'ambito di applicazione delle obbligazioni contrattuali e, alla luce della dominante interpretazione dell'art. 1324 c.c., anche delle obbligazioni nascenti da atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale; mentre all'art. 1175 è riservata una portata residuale⁷¹, circoscritta alle sole obbligazioni legali⁷². La replica a tale sistemazione si è incentrata sull'estrema debolezza dell'argomento che perviene ad una conclusione di portata chiaramente sostanziale, qual è la limitazione dell'area di operatività di una norma, su non decisive considerazioni di ordine formale⁷³. E, anche a voler sorvolare sulla fragilità dell'argomento di fondo, resta la davvero scarsa rilevanza pratica della predicata distinzione di buona fede e correttezza⁷⁴, resa ancor meno significativa dal suo esclusivo riflesso astratto e teorico, dato che l'art. 1175 c.c., in quanto inserito nelle disposizioni preliminari dell'intera materia delle obbligazioni, esibisce un tasso di generalità ancora più alto di quello dell'art. 1375 c.c., il quale è senza alcun dubbio incluso nel perimetro dell'art. 1175 c.c.⁷⁵.

Al di là della topografia del codice, la tesi criticata poggia in sostanza sulla convinzione che la portata dell'art. 1375 c.c. attenga «in primo luogo alle vicende di

non all'attuazione del rapporto nel suo complesso, ma in particolare all'attività a tale scopo svolta dal debitore (adempimento), che è certamente il momento più appariscente, ma come si è rilevato, non il solo». Quella che emerge è una concezione francamente troppo ristretta di esecuzione del contratto, la quale, tutt'al contrario, abbraccia non solo l'adempimento della prestazione da parte del debitore, ma anche l'esercizio dei corrispondenti diritti da parte del creditore, senza contare la non identificabilità della prestazione contrattuale con la prestazione oggetto di un rapporto obbligatorio: cfr. al riguardo A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 370.

⁷⁰ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 137; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 1, cit., 9, dove si sottolinea che la correttezza e la diligenza, lungi dall'essere criteri di valutazione incompatibili oppure, tutt'al contrario, fungibili, attengono a profili diversi, ed in un certo senso destinati ad integrarsi, dell'attuazione del rapporto obbligatorio.

⁷¹ È la nota teoria sostenuta da G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 73-74, cui aderiscono tanto F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 956 quanto L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, III, cit., 8, il quale corrobora la posizione aggiungendo che l'impossibilità di estendere la buona fede alle obbligazioni *ex lege* dipende pure dalla circostanza che queste ultime non fanno sorgere nel creditore aspettative analoghe a quelle che soltanto dal contratto possono promanare.

⁷² Per alcune indicazioni utili sugli obblighi di fonte legale cfr. L. NIVARRA, *L'obbligo legale a contrarre e il mercato*, Padova, 1989, *passim*; A. DI MAJO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 1 ss.; e nella letteratura più risalente G. ARE, *Le obbligazioni ex lege dal punto di vista della sistematica delle fonti delle obbligazioni*, Napoli, 1915, *passim*; L. GIOVENCO, *Le categorie delle obbligazioni «ex lege»*. *Origini storiche e costruzione dogmatica*, Empoli, 1938, *passim*.

⁷³ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 1, cit., 7.

⁷⁴ A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 371-372; ID., *Delle obbligazioni in generale*, cit., 292-293; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 138.

⁷⁵ S. RODOTÀ, *op. loc. ult. cit.*; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 292.

immediato ed esclusivo interesse contrattuale»⁷⁶ e adduce come esempio – in effetti l'unico – l'istituto delle sopravvenienze contrattuali, il quale non va esaurito nella sola disciplina dell'eccessiva onerosità delineata nell'art. 1467 c.c., ma va esteso a qualsiasi ipotesi di squilibrio tra le prestazioni prodottosi durante la vita del rapporto contrattuale. L'istituto affonda le proprie radici nella natura essenzialmente reciproca della buona fede, il che conferma una volta di più che il campo d'elezione dell'art. 1375 c.c. coincide con la materia dei contratti, e per di più di quelli commutativi, di cui la reciprocità rappresenta da sempre una delle pietre angolari. Ne discende che la buona fede evoca un più intenso profilo di cooperazione, una più spiccata capacità di sacrificio e una prontezza nel soccorso di controparte: atteggiamenti che soltanto nel contesto contrattuale possono essere richiesti ai privati. Il contenuto della correttezza si restringe, dunque, al mero obbligo di solidarietà nei confronti dell'altra parte del rapporto obbligatorio; mentre, per converso, la buona fede viene elevata a precetto di fattiva cooperazione con la controparte dell'accordo contrattuale⁷⁷. Sulla base di tali premesse, si è ritenuto che soltanto nei rapporti contrattuali venga richiesta alle parti una partecipata collaborazione, mentre nei rapporti obbligatori *ex lege* ci si possa accontentare di una meno incisiva solidarietà tra i soggetti del vincolo⁷⁸. Questa spiegazione dei rapporti tra buona fede e correttezza è apparsa alla migliore dottrina in controtendenza rispetto all'evoluzione storica delle categorie, facendo segnare addirittura un anomalo capovolgimento del *trend* di cui sono espressione anche alcune delle scelte consegnate alla codificazione del 1942, la quale sembra avere innalzato la correttezza a *regula aurea* dell'intero diritto delle obbligazioni. Sulla base di questa premessa, si rivela poco convincente una sistemazione che assegni alla buona fede una maggiore pregnanza ed incisività, consegnando, invece, la correttezza a un'immagine malinconicamente sbiadita; mentre è più coerente con l'evoluzione della legislazione e con la storia dei concetti riconoscere a quest'ultima il merito di aver rinnovato la stessa nozione di buona

⁷⁶ G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., 73.

⁷⁷ G.F. MANCINI, *op. ult. cit.*, 74-75.

⁷⁸ È grosso modo questa la conclusione cui perviene A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 371-374, il quale pure critica sia l'argomento della distinzione di buona fede e correttezza sulla base di nudi indici formali sia la più generale tesi che affida all'art. 1375 c.c. la disciplina delle «vicende di immediato ed esclusivo interesse contrattuale», e tuttavia ravvisa negli artt. 1175 e 1375 c.c. delle specificità tali da giustificare una loro distinzione. Il punto di partenza del discorso di d.M. si concentra sul riconoscimento che non sia poi del tutto da rifiutare la posizione di quanti restringono l'ambito di applicazione dell'art. 1375 c.c. alla materia contrattuale e sul contestuale ripudio, però, della lettura che sminuiscono il ruolo della correttezza, relegando l'art. 1175 c.c. all'ambito delle sole obbligazioni legali. L'inerenza della buona fede ai rapporti contrattuali si riattacca alla diversa logica che presiede tali rapporti rispetto a quelli obbligatori nascenti dalla legge: una logica caratterizzata da una più accentuata richiesta di cooperazione. L'a. riconosce che «in effetti le parti contraenti, per mezzo del contratto, hanno convenuto il raggiungimento di un determinato risultato, e a questo obiettivo sono vincolate, vincolate nel senso che da entrambe si richiede una attiva collaborazione e partecipazione, a prescindere dai comportamenti che sono oggetto di obblighi o che si trovano comunque enunciati in contratto. Lo stesso discorso non potrebbe applicarsi *tout court* all'attuazione di un rapporto, che vede le parti in posizione (di partenza) quanto meno di indifferenza o estraneità dell'una nei confronti dell'altra e legate nella sola misura stabilità dalla norma di legge». In altri termini, ad ogni situazione di rapporto si attaglia il principio e il limite della solidarietà sancito nell'art. 1175, mentre ai rapporti contrattuali a tale principio se ne affianca un altro, quello di agire secondo buona fede, quale specificità dell'impegno contrattuale. Cfr. però la posizione in parte diversa espressa in A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 293-294.

fede, gettando una “ventata d’aria nuova” su di un concetto che rischiava viceversa di ossificarsi⁷⁹.

La più matura e condivisa costruzione sistematica assegna agli artt. 1175 e 1375 c.c. il medesimo ambito di applicazione e, allora, è necessario appurare se, nonostante la comune area di incidenza, ci si trovi comunque al cospetto di due concetti sostanzialmente distinti oppure di concetti che, sebbene identici e applicabili alle medesime situazioni, incidono però su aspetti diversi dell’unitario fenomeno disciplinato (come accadrebbe se si riconoscesse che la correttezza attiene all’integrazione, mentre la buona fede all’esecuzione) o, infine, se si tratti di una medesima nozione che il legislatore esprime con due varianti lessicali⁸⁰.

Il più recente tentativo di riproporre la distinzione tra buona fede e correttezza suggerisce proprio una differenza di area di intervento, nonostante il comune ambito di applicazione; e, a tal fine, esso fa leva sulla gestazione degli artt. 1175 e 1375 c.c. e sulla loro definitiva separazione, dopo l’iniziale inclusione nell’unitaria disposizione dell’art. 208, comma 1, del secondo progetto ministeriale del libro delle obbligazioni, giustificata dall’esigenza di mantenere integra la nozione di buona fede e di ancorare, invece, la correttezza al principio di solidarietà corporativa⁸¹. Su tale premessa, la proposta dogmatica consiste nell’assegnare alla buona fede di cui all’art. 1375 c.c. la funzione di criterio di sviluppo-specificazione del sistema delle regole proprie dell’ordinamento pattizio; mentre alla correttezza quella di criterio di sviluppo-specificazione del sistema delle regole dell’ordinamento legale⁸². La buona fede così realizzerebbe un’autointegrazione dell’atto di autonomia, colmando lacune svelate da fatti sopravvenuti; mentre la correttezza consentirebbe l’ingresso di istanze etiche e solidaristiche, rese in qualche modo rilevanti dal sistema costituzionale⁸³. Questo tentativo di razionalizzare i rapporti tra buona fede e correttezza, cercando così di conferire un senso compiuto al mancato richiamo della buona fede *ex art.* 1375 c.c. tra le fonti di eterointegrazione del contratto di cui all’art. 1374 c.c., per quanto brillante, non persuade. Come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, nell’unitario concetto di buona fede in senso oggettivo convivono entrambe le istanze segnalate dalla dottrina in esame: tanto l’autointegrazione, volta ad estendere la razionalità inscritta nella *lex contractus* anche ad aspetti non previsti; quanto l’eterointegrazione, volta invece ad allargare l’area degli interessi rilevanti nel piano dell’obbligazione o nel regolamento contrattuale. Ed è più che auspicabile tale convivenza, perché destinata a produrre un mutuo contenimento: l’autointegrazione non diviene sorda a esigenze non contemplate ma contrassegnate da una caratura assiologica tale da renderne necessaria la salvaguardia o anche

⁷⁹ In tale senso è oramai orientata la prevalente dottrina: cfr., per tutti, U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, t. 1, cit., 36 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 132 ss.; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, 9 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., 472 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., 293-294; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 169 ss.; M. BESSONE-A. D’ANGELO, *Buona fede*, cit., 2; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, cit., 184-189; A. D’ANGELO, *La buona fede*, cit., 4-5. Di affinità tra correttezza e buona fede in senso oggettivo parla G.M. UDA, *La buona fede nell’esecuzione del contratto*, cit., 30.

⁸⁰ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 143.

⁸¹ A. BELFIORE, *La presupposizione*², estr. da *Il contratto in generale*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2000, 19 nt. 41.

⁸² A. BELFIORE, *op. ult. cit.*, 19-21.

⁸³ A. BELFIORE, *op. ult. cit.*, 18.

la realizzazione nel contesto dell'attuazione del rapporto obbligatorio oppure dell'esecuzione del contratto, se non addirittura nell'ambito di quella dimensione relazionale non tanto intensa da essere già un rapporto giuridico compiuto ma neppure tanto evanescente da apparire rilevante solo sul piano sociale; e, al contempo, l'eterointegrazione non tradisce l'assetto di interessi realizzato dalle parti e i criteri regolativi che lo animano, allargando il perimetro del contenuto dell'obbligazione o del contratto in misura tale da non stravolgere il senso complessivo del regolamento pattizio. A questo rilievo di matrice squisitamente dogmatica – come tale non vero ma, al limite, più o meno persuasivo – può essere affiancata una notazione di stampo invece meramente logico: se fosse corretto, come la dottrina in esame sembra ritenere⁸⁴, che l'interpretazione – sulla quale pure si tornerà più avanti – che include tra le fonti di integrazione in senso proprio o forte la buona fede, nonostante manchi qualsivoglia riferimento nell'art. 1374 c.c. che non sia quel generico rinvio alla "legge", appigliandosi al quale si vorrebbe ovviare al silenzio legislativo, rendere insensato il testo dell'art. 1374 c.c., non diversamente si può dire della soluzione che opera una distinzione tra la buona fede *ex art. 1375 c.c.* e la correttezza *ex art. 1175 c.c.*, proprio a causa dell'inidoneità della prima al completamento della regola pattizia per vie esterne, tanto più se poi in questa funzione di sviluppo-specificazione del regolamento contrattuale la buona fede viene accomunata all'equità, che, invece, l'art. 1374 c.c. espressamente menziona⁸⁵.

L'opinione più autorevole a favore del riconoscimento a buona fede e correttezza di una comune natura, quella di criteri deontologici, e di un'identica ispirazione, quella alla promozione della civile convivenza nell'ottica del rispetto dell'altrui dignità e dell'impegno ad un'attiva cooperazione, ma di una loro sostanziale differenziazione⁸⁶ ritiene che «la correttezza impone normalmente soltanto doveri di carattere negativo; la buona fede impone degli obblighi di carattere positivo»⁸⁷. La correttezza si carica, pertanto, di una valenza esclusivamente negativa e il suo compito si esaurisce nel prescrivere ai consociati di astenersi da comportamenti che rischiano di produrre indebite ingerenze nell'altrui sfera giuridica e, quindi, di assumere atteggiamenti di rispetto e di conservazione, sovrapponendosi, in pratica, all'antico brocardo dell'*alterum non laedere*. La buona fede risponde, invece, alla diversa esigenza di promuovere la convivenza sociale e si spinge oltre la semplice salvaguardia delle altrui posizioni, così da evitare al consociato l'insorgere di un danno o l'aggravamento di quel pregiudizio che nella situazione data è inevitabile subire, investendo piuttosto la fattiva collaborazione in vista della promozione dell'altrui interesse, il che conferisce alla buona fede una carica indiscutibilmente positiva⁸⁸. A ben guardare, la tesi in esame si discosta ben poco da quella che diversifica i ruoli di correttezza e buona fede in funzione della loro diversa area di incidenza, attribuendo alla prima la funzione di imporre un limite di solidarietà ai soggetti del rapporto obbligatorio di origine legale e alla seconda quella, ben più corposa, di

⁸⁴ A. BELFIORE, *op. ult. cit.*, 17 e nt. 38.

⁸⁵ A. BELFIORE, *op. ult. cit.*, 14-15, 20.

⁸⁶ Tale differenziazione si ripercuote anche sull'ambito di applicazione delle due nozioni: la correttezza è saldamente ancorata alla materia delle obbligazioni, mentre la buona fede si esplica anche al di fuori di tale contesto: E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. I, cit., 68-69 ss.

⁸⁷ E. BETTI, *op. ult. cit.*, 67-68.

⁸⁸ E. BETTI, *op. ult. cit.*, 67.

esigere dalle parti del contratto la fattiva cooperazione: anche in questo caso si cade nel tranello di sminuire la portata della correttezza a tutto vantaggio della buona fede. Differenziazioni come quella fondata su obblighi positivi e negativi sfiorano il bizantinismo e, soprattutto, trascurano che la protezione dell'altrui sfera giuridica, in molti frangenti, non è affidata alla misura di retroguardia dell'astensione da contegni che accentuano il rischio di pregiudizi a carico dell'altro soggetto del rapporto giuridico, ma passa necessariamente attraverso la messa in campo di condotte commissive, come, per limitarsi alla trama del codice civile, la disciplina del contratto di trasporto di persone (art. 1681, comma 1, c.c.) e quella del contratto di lavoro (art. 2087 c.c.) testimoniano in maniera assai eloquente⁸⁹. E la dimensione positiva dell'obiettivo della protezione rappresenta addirittura la cifra di alcune prestazioni di *facere* di natura professionale, prima fra tutte quella del medico⁹⁰,

⁸⁹ Cfr. sul punto specialmente S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 646 ss.; ID., *Il mobbing*, Milano, 2004, 23 ss.

⁹⁰ La letteratura al riguardo è davvero smisurata: cfr., *ex multis*, A. DE MARTINI, *La responsabilità civile del medico*, in *Giust. civ.*, 1954, I, 1236 ss.; A. PRINCIGALLI, *La responsabilità del medico*, Jovene, 1983, *passim*; D. CARUSI, *Responsabilità del medico e obbligazioni di mezzi*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 491 ss.; V. ZAMBRANO, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1993, *passim*; C. CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno. V, Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, 117 ss.; R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*, Padova, 1995, *passim*, in part. 220 ss. G. ALPA, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 318 ss.; R. QUADRI, *La responsabilità medica tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Danno e resp.*, 1999, 1165 ss.; L. NIVARRA, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto della giurisprudenza*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 518 ss.; A. NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 797 ss.; ID., *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, in *Danno e resp.*, 2008, 871 ss.; ID., *L'interesse del creditore tra forma e sostanza del rapporto obbligatorio*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di M.V. De Giorgi-S. Delle Monache-G. De Cristofaro, II, Padova, 2010; F. PIRAINO, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» ovvero dell'inadempimento incontrovertibile e dell'inadempimento controvertibile*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 83 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 306 ss.; M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2011, *passim*, in part. 55 ss., 191 ss. E in giurisprudenza tra le sentenze più significative v.: Cass., 21 dicembre 1978, n. 6141; Cass., 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, 771 ss.; Cass., 4 febbraio 1998, n. 1127, in *Giur. it.*, 1998, I, 1800 ss.; Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, 294 ss., Cass., 14 febbraio 2008, n. 3520, in *La resp. civ.*, 2009, 402 ss., con nota di F. ZAULI, *Responsabilità medica e interventi di natura routinaria: l'onere probatorio incombe sul dentista*. Particolare clamore in dottrina ha destato Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, 788 ss., con nota di G. VINCIGUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica e ivi*, 2008, 871 ss., con nota di A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., e di M. GAZZARRA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*, 1002 ss. e di R. BREDA, *Contenuto del rapporto obbligatorio e onere della prova nella responsabilità medica*, in *Danno e resp.*, 2008, 1265 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, I, 2008, 612 ss. con nota di R. DE MATTEIS, *La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasiusione*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 856, con commento di M. GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*; in *Giur. it.*, 2008, 1653 ss., con nota di A. CIATTI, *Crepuscolo della distinzione tra le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato* e di M.G. CURSI, *Responsabilità della struttura sanitaria e riparto dell'onere probatorio*, *ivi*, 2197 ss.; in *La resp. civ.*, 2009, 221 ss., con nota di C. MIRIELLO, *Nuove e vecchie certezze sulla responsabilità medica*, e di R. CALVO, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*, *ivi*, 397 ss. e di M. DRAGONE, *Le S.U., la "vicinanza*