

# GIUSTIZIA CIVILE.com

## GIUSTIZIA CIVILE RIV. TRIM.

Numero 2 - 2015

### Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto

di Giovanni D'Amico

#### SOMMARIO:

1. L'integrazione e il nuovo diritto dei contratti.
2. Norme costituzionali e integrazione del contratto. Considerazioni preliminari.
3. "Principi" e "regole".
4. Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto.

#### 1. L'integrazione e il nuovo diritto dei contratti.

Il tema della integrazione del contratto sta conoscendo, in questi ultimi anni, una indubbia ripresa di interesse, legata soprattutto (ma – come vedremo – non esclusivamente) alle caratteristiche del diritto contrattuale dei consumatori, che pone anche sotto questo profilo problemi in larga misura sconosciuti al paradigma tradizionale [1].

L'affermazione appena fatta risulta evidente non tanto con riferimento a quella forma di integrazione contrattuale (c.d. suppletiva) che ha la funzione di colmare lacune originarie del contratto [2], quanto piuttosto considerando (come faremo, prevalentemente, anche in questa sede [3]) il fenomeno della c.d. «integrazione *cogente*» (o «correttiva»), quale si profila nell'ipotesi in cui l'integrazione serva a colmare una «lacuna» del regolamento contrattuale, creatasi a seguito della invalidità/caducazione del regolamento convenzionale [4].

È implicita, naturalmente, nella prospettazione del problema, l'assunzione secondo cui l'invalidità considerata deve essere (una invalidità, e, più specificamente, una nullità) *parziale*, solo in tal caso ponendosi un problema di (eventuale [5]) integrazione del regolamento negoziale, mutilato bensì della parte (o della clausola) che è stata considerata invalida, ma idoneo cionondimeno a restare in vita. Ed è, appunto, su questo piano che si profila una tra le prime e più rilevanti peculiarità del «nuovo diritto dei contratti», modellato dalla disciplina europea di tutela dei consumatori. Rispetto, invero, ad una impostazione del codice civile che, in presenza di una nullità di parte del contratto o di singole clausole [6] lascia aperta la possibilità che venga caducato l'intero contratto «se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità», l'atteggiamento del diritto contrattuale dei consumatori appare ispirato ad un principio ben diverso. Al cospetto, infatti, di nullità conseguenti alla violazione di norme poste (per lo più) a protezione di uno dei contraenti [7], far dipendere la permanenza in vita del contratto anche dalla volontà (sia pure considerata *sub specie* di volontà «ipotetica») del contraente a cui è riferibile la violazione, significherebbe limitare sensibilmente la tutela della parte «debole», la quale continuerebbe ad avere il problema di procurarsi altrimenti sul mercato il bene o il servizio oggetto del contratto venuto meno. Di qui la regola – enunciata specificamente in materia di clausole vessatorie (art. 36, comma 1, cod. cons.), ma ritenuta (generalmente) applicabile per analogia in ogni ipotesi di nullità «di protezione» – secondo cui la nullità deve considerarsi necessariamente (o, quanto meno, tendenzialmente [8]) come *parziale*, con conseguente permanenza in vita del contratto [9]. Il che

apre la porta (assai più spesso di quanto non avvenisse in passato) al problema di verificare se il contratto, che rimane in vita, debba/possa (o meno) essere “integrato” nella parte (o nelle parti) in cui è intervenuta la dichiarazione di nullità [10].

Il problema assume una valenza inedita anche in virtù di un altro carattere delle “nuove nullità”, le quali – sempre più frequentemente [11]– non conseguono alla violazione di norme “imperative” (nel significato tradizionale del termine), ma costituiscono piuttosto rimedio all'*abuso* di una *libertà contrattuale*, libertà che le parti effettivamente hanno (in particolare nella forma della deroga a norme *dispositive*, ove esistenti), ma che da esse (*recte*: da una di esse) è stata esercitata malamente. Ipotesi che esibisce una duplice peculiarità: intanto, per il fatto che – in base ad essa – diventa *elastico* (*id est*: parzialmente indeterminato) il parametro alla luce del quale viene censurato l'atto di autonomia privata; e in secondo luogo perché – quando esista una norma “*dispositiva*” (alla quale i contraenti abbiano portato deroga *abusiva* [12]) – è possibile porre il problema se tale norma sia idonea a fungere da fonte di integrazione “correttiva” del contratto (problema inedito – come si diceva –, in quanto, secondo l'impostazione tradizionale, l'atto di deroga ad una norma “dispositiva” non è sindacabile, e mette definitivamente fuori gioco l'applicazione della norma derogata) [13].

## 2. Norme costituzionali e integrazione del contratto. Considerazioni preliminari.

C'è una terza ragione (ed è quella che si intende analizzare specificamente nel presente lavoro) che concorre oggi ad arricchire di un nuovo aspetto problematico il dibattito sull'integrazione del contratto (e, questa volta, anche al di là dell'ambito dei rapporti contrattuali con i consumatori): vale a dire l'importanza crescente che, nelle argomentazioni dei giuristi e nelle decisioni giurisprudenziali, ha assunto il tema dei “principi” [14], e in particolare dei principi costituzionali. Rispetto all'argomento oggetto delle presenti riflessioni, ciò comporta il profilarsi di una duplice domanda. Occorre, infatti, anzitutto chiedersi se (e in che termini) un “principio” (costituzionale) possa fungere da criterio per decidere della validità di una clausola contrattuale (o, comunque, di una parte del regolamento negoziale) [15]; e occorre poi, in successione (ove si sia data risposta affermativa al primo quesito), domandarsi altresì se e in che termini sia possibile “sostituire” la clausola in tal modo dichiarata nulla con una regola di condotta che il giudice ricavi dal “principio” [16] alla cui stregua egli ha formulato il giudizio di nullità.

Alla prima domanda hanno fornito una risposta affermativa due recenti ordinanze della Corte costituzionale [17], secondo le quali i principi costituzionali [18]– e, in particolare, il principio di “solidarietà sociale” previsto dall'art. 2 Cost. (che è quello che, nella specie, veniva – asseritamente – in rilievo) – possono fungere *direttamente* (ossia senza la mediazione di una regola che sia dettata, sulla base di essi, dal legislatore; e, anzi, *persino in difformità da una diversa regola che il legislatore abbia eventualmente dettato*) da criterio di validità del regolamento contrattuale, secondo il meccanismo della nullità virtuale di cui al 1° comma dell'art. 1418 c.c.

Abbiamo già, in altra sede, avuto modo di evidenziare le conseguenze (a nostro avviso, alquanto gravi) che una simile affermazione è suscettibile di produrre sul sistema del diritto contrattuale [19]. È chiaro, infatti, che i contratti – sottoposti (per intero o in singole loro parti o clausole) ad una valutazione di validità operata *direttamente* sulla base di un parametro così ampio quale quello offerto da un “principio” costituzionale – sarebbero costantemente esposti (anche in considerazione della normale imprescrittibilità dell'azione di nullità) ad una incertezza destabilizzante, ben oltre il limite (fisiologico) entro il quale un effetto (in parte) simile possa discendere dalla sottoposizione (del contratto) al vaglio di validità sulla base di *clausole generali*, come il “buon costume” (che “copre”, almeno nel nostro ordinamento, un ventaglio di ipotesi alquanto circoscritto) o l’“ordine pubblico” (che si compone di “principi” desumibili da complessi più o meno ampi di norme imperative, *già* dettate dal legislatore) [20], per citare due clausole generali che costituiscono sicuramente parametro di validità degli atti di autonomia privata (ex art. 1418, comma 2, c.c.).

Senza tornare nuovamente su questo aspetto del problema – e rinviando in proposito alle considerazioni più ampiamente svolte nel contributo citato – si vuol qui soltanto sottolineare

come, anche ad ammettere (ma solo in astratto, e senza alcuna concessione alla tesi in questione) che un “principio” possa (direttamente) fungere da parametro di validità del contratto o di una sua parte, ciò ancora non equivarrebbe a dimostrazione che quel principio possa (*come tale*) fungere anche da “fonte di integrazione” del contratto, divenuto lacunoso a seguito del giudizio di invalidità di quella parte o clausola contrastanti con il “principio” in questione [21]. La Costituzione rientra certamente nel concetto di «legge», quale è richiamato nell'art. 1374 c.c. [22], e nessun dubbio potrebbe pertanto essere sollevato sull'affermazione che tra le fonti *legali* di integrazione del contratto vi sia anche la fonte costituzionale [23]. Ma – come vedremo subito nel paragrafo che segue – questa affermazione, che apparentemente può sembrare “risolutiva” del problema [24], in realtà appare idonea soltanto a definire la premessa dello stesso. Detto altrimenti: *posto che anche le norme costituzionali possono fungere da fonti di integrazione del contratto*, il problema (che si pone, appunto, *a partire da questa premessa*) è quello di stabilire *quando, in che modo e in che limiti una norma costituzionale possa concretamente svolgere questo ruolo*.

Alla risposta a queste domande sono dedicati i paragrafi che seguono.

### 3. “Principi” e “regole”.

Un tentativo di risposta ai quesiti enunciati alla fine del paragrafo precedente non può prescindere dall'esame (sia pur sintetico) di una distinzione ormai consolidata (sebbene non senza qualche voce di dissenso) nell'ambito delle norme giuridiche (e, dunque, anche delle norme costituzionali): la distinzione tra “principi” e “regole” [25].

Secondo una delle più accreditate e note prospettazioni di tale distinzione [26], i «principi» sono «*precetti di ottimizzazione di un valore*» [27], ossia precetti che richiedono che un valore sia realizzato nella misura più ampia possibile compatibilmente con le possibilità giuridiche (cioè con gli altri principi e regole presenti nell'ordinamento), e di fatto. Come tali, i «principi» hanno una dimensione deontica “aperta”, *che si determina (solo) in sede di applicazione degli stessi nei singoli casi concreti*, attraverso l'adattamento al fatto specifico, e soprattutto attraverso il “bilanciamento” con (gli) altri principi che possono venire in rilievo in relazione ad esso. I principi ammettono, dunque, per definizione una realizzazione graduale o parziale, in conseguenza del suddetto bilanciamento con altri principi, che possono risultare occasionalmente prevalenti sui primi. La prevalenza di un principio non determina (pertanto) l'invalidità dell'altro, che resta comunque valido, e potrebbe – rispetto a casi diversi – divenire esso stesso prevalente. Le «regole» sono, invece, «precetti definitivi», ossia implicano una conseguenza giuridica definitiva, in quanto ordinano, vietano, permettono o autorizzano qualcosa in modo risolutivo (*in esse il “bilanciamento” è già stato operato*) [28]. Il loro contenuto prescrittivo non ammette una realizzazione graduale o parziale (l'applicazione delle regole avviene secondo la logica del «tutto o niente»); e i conflitti tra regole si risolvono o attraverso la “soppressione” di una di esse, oppure configurando una di esse come “eccezione” rispetto all'altra.

#### 3.1. - L'applicazione delle “regole” attraverso il meccanismo della “sussunzione”.

La distinzione (sopra evocata) tra “regole” e “principi” trova – com'è noto – uno dei profili di rilevanza più significativi sul terreno (che qui particolarmente interessa analizzare) del(le) modalità attraverso le quali avviene) l'applicazione, rispettivamente, delle prime e dei secondi: le “regole”, infatti, si applicano – secondo la visuale che stiamo seguendo – tipicamente attraverso un meccanismo di «sussunzione» (del fatto nella norma astratta), i “principi” invece si applicano (come già accennato nel paragrafo precedente) attraverso un procedimento c.d. di «bilanciamento» [29].

Va precisato che considerare il meccanismo di applicazione delle «regole» come modellato sullo schema della «sussunzione» non significa indulgere – secondo un modo di pensare del tutto lontano dalla nostra opinione – ad una (ormai superata) concezione “logicistica” della interpretazione (della legge), né tanto meno ad una visione “meccanicistica” del processo attraverso il quale il “fatto” viene “ricondotto” alla norma (astratta) [30]. Vuol significare invece, semplicemente, che la «norma» espressa attraverso una “regola”, *se pure applicata in base a*

*procedimenti che possono ben implicare (e sovente implicano) la formulazione di giudizi "valutativi"*, è individuata /individuabile (prima e) indipendentemente dalla considerazione del caso concreto (al quale la regola deve applicarsi); ed è proprio per questo che si può parlare di "sussunzione" in essa del caso concreto che si tratta di decidere [31].

Occorre, peraltro, aggiungere che tale "preesistenza" della *regula iuris* al *caso concreto* a cui essa deve essere applicata [32] non è riferibile – almeno a nostro avviso – a tutte le disposizioni normative qualificabili come "regole", ma solo a quelle che *non* contengano nell'enunciato legislativo (vuoi nella parte di esso che descrive la "fattispecie", vuoi in quella che riguarda l'effetto) *clausole generali* [33]. In quest'ultimo caso, infatti, la individuazione della *regula iuris* è inscindibile dalla valutazione del caso concreto [34], non diversamente da quel che accade (come si dirà fra poco) per i "principi", anche se – a differenza di quel che si riscontra nell'applicazione di questi ultimi – la tecnica di "concretizzazione" delle clausole generali *non* è (necessariamente) quella del "bilanciamento", e comunque non implica la possibilità che il "valore" di cui la clausola generale è espressione sia suscettibile di una attuazione "graduata" (e, dunque, variabile) in relazione alla presenza di altri principi (o regole) che risultino rilevanti [35].

### **3.2. L'applicazione dei principi e la tecnica del "bilanciamento": generalità.**

Mentre le "regole" (ad eccezione – come appena detto – di quelle la cui formulazione avviene attraverso il ricorso a "clausole generali") si applicano attraverso il meccanismo della "sussunzione", allorché viene in gioco l'applicazione di un "principio" la norma (di condotta) non può dirsi preesistente alla considerazione del caso concreto, perché essa sarà individuabile soltanto all'esito del "bilanciamento" di quel principio con gli altri principi (e regole) rilevanti in relazione a quello specifico caso [36].

Volendo analizzare più da vicino questo modo di applicazione (dei principi), può intanto osservarsi che i «principi» – per lo meno quelli c.d. *espressi* [37] (categoria alla quale appartengono i principi costituzionali) – sono, se non proprio «norme senza fattispecie» [38], certamente norme il cui ambito di applicazione è (o può essere) 39alquanto ampio e indeterminato (in correlazione all'ampiezza e alla indeterminatezza dell'ambito al quale può essere riferito il *valore* di cui la «norma-principio» è espressione) [40]. Riprendendo – a titolo esemplificativo – l'analisi svolta da un autore con riferimento alla «giuridificazione del valore solidarietà» [41], si può così immaginare che un valore siffatto (e il relativo principio normativo) possa essere invocato (poniamo) a fondamento e giustificazione di una regola che, *in materia di trapianti*, preveda la possibilità di prelievo di organi anche da un soggetto che non abbia prestato indubitabile assenso alla "donazione"; come pure che esso dia contenuto (come afferma da tempo la giurisprudenza) ad una «regola generale» di comportamento che, *nelle relazioni contrattuali*, imponga di comportarsi secondo correttezza e buona fede (nel senso di un «dovere per ciascuna parte di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali, o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge»); o, ancora, che il medesimo principio costituisca la *base (e il fondamento) di quella particolare figura di reato che è l'«omissione di soccorso»* (art. 593 c.p.); e così via [42]. Una seconda osservazione (più importante, dal punto di vista che qui interessa) [43] consiste nel rilevare che (secondo una opinione largamente diffusa) mentre «dalle regole è possibile risalire al principio normativo presupposto (come pure da un principio può estrarsene uno di più ampia portata)», non è invece «ordinariamente possibile desumere da un principio le regole che lo concretizzano», e ciò perché (così almeno si afferma) un simile procedimento apparterrebbe al genere delle «inferenze *riduttive*», che sono *certe* solo quando dall'antecedente sia desumibile *un unico conseguente* [44]. Affermazione che, se da un lato è probabilmente eccessiva laddove postula che regola "valida" sia solo quella ricavabile da un principio *in via "necessitata"* (e perciò priva, per definizione, di alternative) [45], dall'altro serve ad evidenziare (o, se si vuole, a ribadire) che l'applicazione di un principio può aprire la strada a una *pluralità di "regole"*, tutte *riconducibili* a quel principio, ancorché nessuna possa dirsi *conseguenza necessaria* di esso [46].

#### 4. Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto.

Si è già detto – nel precedente par. 2 – che, nel concetto di “legge”, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1374 c.c., rientrano anche le norme costituzionali; norme che, pertanto, possono anch'esse costituire fonti di integrazione del contratto, purché ricorrano le condizioni all'uopo necessarie.

La prima di tali condizioni ci sembra si possa formulare nel senso che occorre, anzitutto, che la norma (costituzionale) sia effettivamente riferibile (direttamente o indirettamente) alla materia contrattuale [47], o anche ad uno specifico contratto (ipotesi che si realizza, per es., nell'art. 36 Cost. che enuncia una serie di principi e di regole con riferimento al *contratto di lavoro*).

Sotto questo (primo) profilo – e benché proprio in materia contrattuale esso sia (sempre più) frequentemente richiamato (soprattutto quale principio che darebbe contenuto alla clausola generale di «buona fede»: v. subito *infra*) – potrebbe forse sollevarsi qualche dubbio, ad esempio, circa la pertinenza alla materia contrattuale del principio che consente *alla Repubblica* di richiedere «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2 Cost.) [48]. Intanto perché potrebbe dubitarsi che la solidarietà «*sociale*» di cui parla la norma costituzionale citata sia riferibile *alla relazione contrattuale*, come relazione attraverso la quale due soggetti «privati» regolano tra di loro interessi «*particolari*» (e, peraltro, normalmente *contrapposti*) [49]. E poi perché, quando il contratto (*recte*: uno specifico contratto) coinvolge anche una dimensione “sociale” (o superindividuale che dir si voglia) – come ad es. accade con riferimento a tipologie di contratti di larga diffusione e relativi a interessi “primari” della persona socialmente rilevanti (si pensi al contratto di locazione immobiliare quale strumento per realizzare l'interesse fondamentale all'abitazione del conduttore e della sua famiglia, oppure ai contratti utilizzati per consentire l'accesso ad alcuni beni essenziali come l'acqua, l'energia elettrica, ecc.) – sono altri i principi costituzionali che vengono in gioco, come ad es. il principio della «*funzione sociale*» della proprietà, oppure il già ricordato principio dell'art. 41 Cost. che vieta che l'iniziativa economica privata possa essere esercitata in contrasto con l'*utilità sociale*. Ma non basta che la «norma» costituzionale sia riferibile (direttamente o indirettamente) al (la materia del) contratto, perché essa possa fungere da fonte di integrazione di quest'ultimo. Un secondo – e, dal punto di vista dell'analisi che stiamo qui svolgendo, più importante – presupposto è che si tratti di una norma *sufficientemente determinata*.

Al riguardo, premesso che (come già ricordato) vale anche per le norme costituzionali la distinzione tra “regole” e principi”, è evidente che il problema non si pone quando la norma costituzionale sia espressa nella forma della “regola”, e dunque possieda in ipotesi il carattere della “determinatezza”. Si pensi ad es. alle due previsioni dell'ultimo comma dell'art. 36 Cost., secondo cui «il lavoratore ha diritto al riposo settimanale» e «a ferie annuali retribuite», disposizioni (astrattamente) idonee senza dubbio ad “integrare” il regolamento negoziale di un contratto individuale di lavoro che non dovesse prevedere il diritto al riposo settimanale del lavoratore o il diritto del medesimo lavoratore a ferie annuali retribuite (o che dovesse, addirittura, contenere clausole – che sarebbero, allora, sicuramente invalide – che escludano i suddetti diritti).

Del resto anche quando la giurisprudenza e la dottrina hanno (giustamente) affermato – sin dai primissimi anni dall'entrata in vigore della Costituzione – la diretta applicabilità del “*principio*” della c.d. «retribuzione sufficiente», enunciato nella medesima norma dell'art. 36 Cost. [50], ciò è accaduto, a ben vedere, perché i contratti collettivi di lavoro sono stati assunti (in assenza di una loro efficacia legale *erga omnes*) come parametri *certi* (e, per così dire, “oggettivi”) per individuare il livello di retribuzione da considerarsi *precisamente* idoneo ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia «*un'esistenza libera e dignitosa*» [51].

Non è tuttavia – questa – la situazione in cui normalmente si colloca (l'interpretazione e) l'applicazione di un “principio” (costituzionale).

Si è già visto, infatti, come i “principi” (intesi come «precetti di ottimizzazione di un valore») *non* consistano in regole di condotta direttamente e immediatamente idonee a guidare comportamenti dei consociati [52]. E si è ricordato altresì come da un “principio” non sia

possibile dedurre un'unica ed univoca "regola" (realizzatrice del "valore" di cui il principio è espressione), bensì una pluralità di possibili "regole" che "graduano" l'attuazione del principio in base al "bilanciamento" di esso con altri principi e regole che vengono in rilievo nella decisione di un caso concreto.

Se è così, allora, ipotizzare una integrazione del contratto tramite l'applicazione diretta (cioè, *effettuata dal giudice*) di un "principio", significa aprire la "costruzione" del regolamento contrattuale a soluzioni la cui possibile (opinabilità e) "variabilità" sarebbe (per la sua ampiezza) probabilmente incompatibile con un "grado tollerabile di incertezza" [53] circa l'effettivo contenuto del rapporto contrattuale [54].

La conclusione – che sin qui è stata argomentata (come avevamo anticipato, iniziando il ragionamento) con riferimento alla ipotesi della c.d. «integrazione *correttiva*» (ossia immaginando l'ipotetico inserimento nel contratto di quella stessa "regola", desunta da un "principio costituzionale", in base alla quale il giudice abbia pronunciato la invalidità della difforme clausola convenzionale) [55] – può agevolmente essere estesa anche all'ipotesi della integrazione c.d. suppletiva, ossia di quella forma di integrazione che (prescindendo dall'esistenza di clausole convenzionali, che regolino – in maniera ipoteticamente difforme – un certo aspetto del rapporto contrattuale) "arricchisca" il regolamento con "obblighi" (e più in generale con regole di condotta) da osservarsi nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.). È evidente che, ove si ammetta che siffatti obblighi "integrativi" possano – oltre che da precise disposizioni (di legge) [56]– essere individuati/individuabili *dal giudice* (necessariamente *dopo la conclusione del contratto*) sulla base di "principi costituzionali" di ampio e indeterminato contenuto, si apre la porta alla possibilità di creazione di obblighi (e di correlativi diritti) del tutto imprevedibili, e tali comunque da mettere in discussione qualsiasi assetto negoziale (anche se concordato in maniera del tutto corretta) che sia stato convenzionalmente pattuito [57].

Una ragione identica sta a fondamento – a nostro avviso [58] – della impossibilità di considerare la (clausola generale della) «buona fede» come una fonte di integrazione del contratto.

Conclusione che, per vero, si direbbe discendere *de plano* dal dato legislativo (posto che la "buona fede" non è menzionata dall'art. 1374 c.c. tra le fonti di integrazione del contratto, ed è invece prevista nell'articolo successivo, come regola di valutazione delle condotte dei contraenti nell'esecuzione del contratto), sebbene un orientamento (ormai prevalente) ritenga di poter superare tale dato testuale (ma anche sistematico) con il debole argomento secondo cui l'art. 1375 c.c. rientra nel concetto di «legge» di cui alla disposizione precedente (art. 1374 c.c.).

Da quest'ultimo assunto si dovrebbe dedurre, però, che la «buona fede» sia una fonte *legale* di integrazione del contratto, conclusione che – come ognuno è in grado di vedere – stride palesemente con la natura di «clausola generale» che è ad essa riconosciuta, e che comporta (pacificamente) che le regole di condotta che dalla buona fede si vogliono ricavare siano regole *individuate dal giudice* (e, dunque, nella sostanza, regole di formazione *giurisprudenziale*, e non regole legali: il che del resto è immanente ed essenziale, nella e per la *funzione* delle clausole generali).

Ma, ammesso pure di voler soprassedere a siffatte obiezioni, è tutta da verificare l'idea che – proclamando la buona fede «fonte di integrazione» (vera e propria) del contratto – la giurisprudenza consideri la clausola in questione come idonea a dar vita ad obblighi realmente "eteronomi", ossia non solo *diversi*, ma anche eventualmente *contrastanti* con quelli "voluti" dalle parti (come possono essere – fuori di dubbio – gli obblighi integrativi *legali*). Orbene, se si considera la formula giurisprudenziale (già sopra ricordata) che definisce la buona fede (integrativa) come «atteggiamento di cooperazione e di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di tenere, al di là degli specifici obblighi scaturenti dal vincolo contrattuale e dal dovere del *neminem laedere*, quei comportamenti che *senza comportare apprezzabile sacrificio a suo carico* risultino idonei a salvaguardare gli interessi dell'altra parte», è agevole osservare che in questo modo non si immagina affatto la possibilità di creare obblighi che possano realmente "sconvolgere" (o anche solo contraddire) il programma predisposto dalle parti. Il limite dell'«*apprezzabile sacrificio*» sta, invero, ad indicare che la buona fede può sì implicare censura (ad es.) di comportamenti del creditore meramente "emulativi" [59], ma (non può) giammai spingersi sino ad imporre ad un contraente un (apprezzabile) *sacrificio* delle utilità che egli si

riprometteva di ritrarre dal contratto, vuoi attraverso la sottoposizione ad *obblighi* il cui assolvimento riduca quelle utilità, vuoi attraverso la *rinuncia* all'esercizio di diritti che il contratto stesso gli attribuisce (salvo il limite dell'*abuso* [60]). Sotto questo profilo, anzi, la nozione di «buona fede» (integrativa) cui ricorre la giurisprudenza può – al di là dell'enfasi che talora l'accompagna (e che spesso è dovuta, più che all'oggettivo contenuto delle decisioni dei giudici, al fraintendimento di lettori superficiali) – considerarsi financo *timida*, e comunque *dichiaratamente rispettosa* dell'autonomia privata.

E allora c'è da chiedersi se sussista veramente la distanza – così frequentemente rimarcata – tra l'orientamento che prospetta la buona fede come una «fonte di integrazione del contratto» (suscettibile di dar vita ad obblighi “*nuovi*”) 61 e quello che invece la considera come un criterio di qualificazione del comportamento delle parti nell'esecuzione del contratto 62, e se non possa piuttosto dirsi che la differenza tra queste due (apparentemente irriducibili) posizioni sia più nominalistica che reale, e derivi dal fatto che i sostenitori della prima si mostrino propensi a qualificare come obblighi “*nuovi*” (e, dunque, “integrativi”) quelle che sono semplici modalità – individuate dal giudice come “corrette” (ossia conformi a buona fede, tanto ai sensi dell'art. 1366 c.c. [63] quanto ai sensi dell'art. 1375 c.c.) – di adempimento di obblighi (o di esercizio di diritti) già scaturenti dal contratto (in base agli effetti, convenzionali e legali [64], ad esso ricollegabili) [65].

Un'ultima, conclusiva, considerazione. Chi attribuisce alla buona fede la qualifica di «fonte di integrazione del contratto» trascura – a parte ogni altra considerazione – di valutare un dato: e cioè che sarebbe ben strano, dal punto di vista sistematico, ritenere che il legislatore abbia da un lato circondato di grandi cautele (e, anzi, abbia sostanzialmente escluso) la possibilità di considerare in via generale l'*equità* quale fonte di integrazione del contratto 66, e che egli, al contempo, abbia invece riservato una funzione siffatta alla buona fede, per la quale, oltre tutto, non varrebbe la clausola di “sussidiarietà” contenuta nell'art. 1374 c.c. (posto che la buona fede sarebbe essa stessa una fonte “legale” [67], e, anzi – ove si veda la clausola di buona fede come attuazione del principio costituzionale di solidarietà sociale – avrebbe valore preminente rispetto alla regola “legislativa” ordinaria) [68].

Senonché un siffatto esito significherebbe immaginare che il nostro ordinamento conosca un *generale* potere *del giudice* di integrare/correggere il regolamento negoziale, modellandone variamente il contenuto: il che sembra ancor oggi esito non corrispondente alla lettera e allo spirito del nostro sistema contrattuale, considerato nell'insieme dei suoi principi ordinatori e dei valori che lo ispirano.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI:

[1] Testimoniano questa rinnovata attenzione al tema alcuni lavori monografici pubblicati nell'ultimo decennio, quali ad es. i volumi di C.M. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, *passim*, e Ang. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008; cui adde M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eu. e dir. priv.*, 2008, 54, e, nell'ambito delle trattazioni inserite in *Commentari o Trattati*, C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in P. RESCIGNO-E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti, I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, Torino, 2006, II, 1160 ss., e A. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto, II, Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, 389 ss. Al tema dell'integrazione contrattuale – nella dimensione (in larga parte inedita) in cui esso si colloca nel nuovo diritto dei contratti – è anche dedicata la raccolta di saggi di G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013.

[2] Non importa – rispetto a questa forma di integrazione – se essa avvenga attraverso norme di carattere “dispositivo” (ossia norme alle quali i contraenti avrebbero potuto – se avessero regolato quell'aspetto del loro rapporto – portare deroga) ovvero attraverso norme cogenti (la cui presenza può, essa stessa, costituire la ragione per la quale le parti abbiano in ipotesi omesso di

disciplinare convenzionalmente un profilo che sfuggiva comunque alla loro “competenza”, formando oggetto di disposizioni inderogabili di legge).

[3] Nelle pagine finali, comunque, alcune considerazioni saranno dedicate anche al fenomeno della integrazione c.d. suppletiva.

[4] Sulla distinzione tra integrazione suppletiva e integrazione cogente cfr., per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, 457 ss.

[5] La dichiarazione di nullità di una clausola non sempre richiede la “sostituzione” della clausola caducata. Ad es., la discussa – e discutibile – pronuncia con cui, alcuni anni fa, la Cassazione ha dichiarato la nullità per contrasto con il precetto costituzionale di solidarietà sociale della clausola di un contratto di locazione che vietava al conduttore di ospitare stabilmente nell'appartamento locato persone estranee al suo nucleo familiare (il riferimento è a Cass. 19 giugno 2009, n. 14343, Pres. Vittoria – est. D'Amico, in *Corr. giur.*, 2010, 58, con Commento critico di N. Izzo, *Il dovere di solidarietà sociale e l'ospitalità del conduttore*; la pronuncia è riportata anche nella raccolta a cura di G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA, *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza*, II, Napoli, 2012, 372 ss., con una nota di I. Prisco), non imponeva di “sostituire” la clausola caducata con altra clausola, essendo sufficiente aver rimosso il divieto di ospitalità imposto al conduttore, ripristinando la libertà di quest'ultimo a tal riguardo. Su questa pronuncia v. anche quanto osserviamo *infra*, alla nota 57. Un altro esempio che potrebbe farsi è quello di un contratto di insegnamento (ad es. con una Università privata) in base ad una clausola del quale il docente risultasse vincolato a seguire le direttive del Consiglio di amministrazione rinunciando all'esercizio della «libertà di insegnamento» garantita dal 1° comma dell'art. 33 Cost. Anche in questo caso, la dichiarazione di nullità della clausola contrattuale illecita non richiederebbe alcuna “integrazione” del contratto.

[6] E fatta salva naturalmente (ex art. 1419 cpv. c.c.) l'ipotesi della «sostituzione di diritto» delle clausole nulle con norme imperative, il che può avvenire tanto ai sensi dell'art. 1339 c.c., quanto ai sensi di una c.d. «norma integrativa speciale» (quali, ad es.: l'art. 1501, comma 1, c.c.; l'art. 1573 c.c.; l'art. 1932, comma 2, c.c.; l'art. 1962, comma 2, c.c.). La disposizione dell'art. 1339 c.c. si riferisce a clausole o prezzi (di beni e servizi) «imposti dalla legge», e rispetto ad essi dispone (*in via generale*) l'inserimento nel contratto, *anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti*. Le altre norme citate si riferiscono, invece, ad ipotesi nelle quali non si può – a rigore – parlare di una clausola “imposta”, perché la legge si limita a fissare un “limite” all'autonomia privata (ad es. la *durata massima* di un determinato rapporto contrattuale), senza che naturalmente le parti possano dirsi obbligate ad adottare la misura indicata dal legislatore (purché esse non superino la stessa, se si tratta di una misura “massima”, o non scendano al di sotto di essa se si tratta di una misura “minima”). Conseguentemente non potrebbe trovare applicazione la previsione generale dell'art. 1339 c.c., donde la necessità che la sostituzione della clausola convenzionale sia prevista da una norma *ad hoc* (si parla, in questo caso, di «norme integrative speciali»).

[7] E, dunque, impiegando la figura della “nullità” in maniera alquanto distante dal “modello” cui si ispirava la tradizione normativa e dottrinale recepita nel codice civile del 1942, un modello nel quale la nullità appariva come “sanzione” ad un contegno “bilaterale” dei contraenti, lesivo di un interesse “generale”. Sul fenomeno delle c.d. «nullità speciali» la letteratura è ormai vastissima. Ci limitiamo a segnalare: G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 459 (e, ora, anche in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011); M. Girolami, *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali (per una moderna nullità relativa)*, Padova, 2008; G. D'AMICO, *Nullità virtuale. Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 732 ss.; A. GENTILI, *La nullità di protezione*, in *Eu. e dir. priv.*, 2011, 77 ss.; I. PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012; R. ALESSI, “Nullità di protezione” e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Eu. e dir. priv.*, 2014, 1141 ss.

[8] Ma con l'avvertenza che alla “regola” della nullità parziale si sottrarrebbero soltanto le (poche) ipotesi nelle quali la nullità colpisca una parte (o una clausola) *oggettivamente*

essenziale (ad es. una clausola determinativa dell'oggetto del contratto, che sia formulata in maniera non trasparente).

[9] Sul tema della nullità parziale (alla luce dei mutamenti indotti dall'incidenza del diritto comunitario sul diritto interno) cfr. P.M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002, *passim*.

[10] Sul punto si registra, comunque, una presa di posizione (negativa) assai netta della Corte di giustizia UE, che – in una serie di pronunce – ha esplicitamente escluso (per lo meno in materia di clausole vessatorie) che sia possibile al giudice che abbia dichiarato la caducazione di dette clausole, sostituirle con una diversa regolamentazione: cfr. Corte giust. UE, 14 giugno 2012, n. C-618/10 (*Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*), in *Contratti*, 2013, 16 ss. [con commento di A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*; sulla medesima sentenza si sofferma ampiamente anche il già citato contributo di S. Pagliantini, *L'integrazione del contratto tra Corte di giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 2013, 406 ss.], e, un anno dopo, Corte giust. UE, 30 maggio 2013 - *Asbeek Brusse c. Jahani BV* (causa C-488/11), su cui si veda il contributo di R. Alessi, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2013, fasc. 7, spec. 400 ss.

[11] E non soltanto nel settore dei rapporti contrattuali di cui sia parte un "consumatore", ma anche in quello dei rapporti tra imprese (basti pensare alla disciplina delle pattuizioni "abusiva" in materia di regolamentazione convenzionale dei termini di pagamento e delle conseguenze del ritardo del debitore: v. d.lgs. n. 231 del 2002, e in part. l'art. 7, sul quale, per tutti, cfr. S. Pagliantini, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in G. D'Amico-S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, cit., 67 ss.).

[12] Come succede – normalmente – nel caso di inserimento nel contratto di clausole "vessatorie" (o – come altrimenti vengono, appunto, denominate – "abusiva"). In argomento sia consentito il richiamo a G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 625 ss. (e, ora, anche in G. D'AMICO -S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, cit., 1 ss., spec. 34 ss.).

[13] Sul tema, anche per i necessari riferimenti, cfr. amplius D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO -S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, cit., 213 ss.

[14] Cfr., da ultimo, il saggio di A. Jannarelli, *Dall'età delle regole all'età dei principî ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno*, in *Giust. civ.*, 2014, 991 ss.

[15] Come già sottolineato, non interessa esaminare altresì l'ipotesi in cui debba ritenersi che l'ipotetico contrasto con un "principio" (costituzionale) determini la nullità dell'intero contratto, perché in tal caso non si porrebbe (ovviamente) alcun problema di "integrazione".

[16] È chiaro, invero, che il "principio" – *come tale* –, per definizione, non enuncia una "regola di condotta" determinata, la quale deve invece essere "ricavata" da esso attraverso un procedimento di "concretizzazione" (v. *infra*).

[17] Cfr. Corte cost., 13 ottobre 2013, n. 248 (ord.) e Corte cost., 26 marzo 2014, n. 77 (ord.), sulle quali si vedano: S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contratti*, 2014, fasc. 10 (e, ora, in Id., *Nuovi profili del diritto dei contratti*, Torino, 2014, 132 ss., spec. 135 ss., 158 ss.); F. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riquilibratura in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in *Giur. cost.*, 2013, 3770 ss.; F.P. Patti, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 685 ss.; E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2036 ss.; R. Pardolesi, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, ivi, c. 2039 ss.

[18] Di cui si assume – evidentemente – la natura di «norme imperative».

[19] Cfr. G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contratti*, 2014, 927 ss.

[20] Lo stesso non può dirsi per la clausola generale della “buona fede”, che né ha un ambito di applicazione limitato (come avviene per il buon costume) né può intendersi come mera “sintesi” (o, anche, sviluppo) di *rationes* desumibili da specifiche (e già individuate) norme imperative. È questa (fra le altre) la ragione per la quale la buona fede va considerata come una «regola di responsabilità», e non invece come una «regola di validità» (quale si pretenderebbe – secondo un orientamento – di considerarla, richiamando la figura della nullità “virtuale” ex art. 1418, comma 1, c.c.): cfr. in proposito le ben note pronunce di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Giur. it.*, 2008, I, 353 ss.

[21] Una cosa – insomma – è il giudizio in base al quale si affermi che una determinata “regola” voluta dalle parti contrasta con un principio (nella specie: costituzionale) e sia pertanto da considerarsi nulla, altra e diversa cosa è che si affermi che dal medesimo “principio” sia anche possibile trarre una “regola” (univoca) che vada a sostituire quella convenzionale dichiarata illegittima. Detto altrimenti, la circostanza che sia possibile affermare che un certo “esito” (o una certa regola) è in contrasto con un principio costituzionale (giudizio che ha un valore puramente “negativo”, di *incompatibilità* di quell'esito o di quella regola con una norma costituzionale), non implica anche che sia possibile *in positivo* individuare – tra le tante possibili regole alternative che possono dare attuazione ad un principio costituzionale (v. *infra*) – una regola specifica da utilizzare per “integrare” la lacuna contrattuale determinatasi a seguito del giudizio di nullità. Per la formulazione (sia pure in altro contesto) di un argomento analogo cfr. A. D'ADDA, *La correzione del 'contratto abusivo': regole dispositive in funzione 'conformativa' ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in A. BELLAVISTA-A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, 392, ove si legge che «non si può fare discendere dalla attribuzione al giudice della facoltà di giudicare patti iniqui altresì un potere di correzione del contratto», perché «un conto sono le scelte dell'ordinamento quanto alla disapprovazione di un patto, altro conto quelle scelte che – imponendo regole e non limitandosi a caducare contratti – sono ben più “intrusive” rispetto alla autonomia privata».

[22] Art. 1374 c.c.: «Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano *secondo la legge (...)*».

[23] Cfr., per tutti, A. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, cit., 393, dove si legge che «il termine “legge” deve essere inteso in senso lato con riferimento a qualsiasi disposizione normativa (...) da qualsiasi fonte provenga e di qualsiasi livello essa sia, *compresi i principi*. Il termine ricomprende quindi le norme costituzionali e anche quelle comunitarie» (corsivo aggiunto). Va, tuttavia, segnalato sin d'ora che – secondo un'autorevole dottrina (F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, 787; e, già prima, Id., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, 260 ss., 287) la legge a cui fa richiamo l'art. 1374 c.c. è la legge «puntuale», altrimenti – operando l'*analogia legis* e *iuris* – una legge non potrebbe dirsi mai mancante, e quindi la possibilità che possano operare usi ed equità non si verificherebbe mai.

[24] E tale viene, evidentemente, considerata da chi non fa seguire ad essa alcuna ulteriore specificazione e/o problematizzazione.

[25] Cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 9-10, dove – pur ricordandosi che la distinzione è stata sottoposta (soprattutto dai filosofi del diritto) a svariate critiche – si riconosce che essa ha una indubbia «validità operativa».

[26] Il riferimento è alla impostazione di R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1986, *passim*, e spec. 75 ss. (sulla struttura de principi si veda poi, specificamente, ID., *On the Structure of legal Principles*, in *Ratio Juris*, 13, 2000, n. 3, 294 ss.). Non meno nota (e, ai fini che qui interessano, non particolarmente distante dalla concezione di Alexy, alla quale quindi faremo esclusivamente riferimento) è la concezione di R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, trad. it. a cura di F. ORIANA e G. REBUFFA, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982. Sulla dottrina dei principi di quest'ultimo autore cfr., tra i molti contributi esistenti, almeno: S. BARTOLE, *In margine a “Taking Rights Seriously” di Dworkin*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, X, 1980, 185 ss.; A. PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, 1982; B. PASTORE, *I principi ritrovati. Saggio su Ronald Dworkin*, Palermo, 1985; A. SCHIAVELLO, *Riflessioni sulla distinzione rules/principles nell'opera di Ronald Dworkin*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1995, 159 ss.; P.

COMANDUCCI, *Su Dworkin*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989, 356 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, 865 ss.

[27] Per Alexy «principi» e «valori» sono sostanzialmente equivalenti, dal punto di vista della struttura («i principi sono sempre principi di una qualche morale»). L'unica differenza è che i primi hanno un carattere «deontologico» (cioè stabiliscono *cosa è dovuto*), i secondi invece hanno una dimensione «assiologica» (stabiliscono *cosa è bene*). A proposito della «interfaccia principi/valori» nel pensiero di Alexy si veda A. COSTANZO, *L'ingranaggio normativo*, in *Ars interpretandi*, 2005, 225 ss.

[28] Il principio, invece – isolatamente considerato – è solo un comando *prima facie*, non «definitivo». I principi «sono fondamenti della decisione che non ne determinano direttamente l'esito in quanto richiedono [ancora] la ponderazione con altri principi e la scelta tra diverse prospettive di valore» (così G. BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme*.

*Interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e in Habermas*, in *Ars interpretandi*, 10, 2005, (numero monografico intitolato *Valori, principi e regole*), 177 ss., 181.

[29] Cfr. T. DE DOMINGO PEREZ, *Perché ottimizzare? Sulla base normativa del concetto di principio di Robert Alexy*, in *Ars interpretandi*, 2005, 199 ss., 200. Sulla distinzione tra «sussunzione» e «bilanciamento» v. R. ALEXY, *On Balancing and Subsumption*, in *Ratio iuris*, 4, 2003, 433 ss.

[30] E ciò perché anche il “fatto” non costituisce un “dato” oggetto di mero “accertamento”, ma è piuttosto il risultato di una “costruzione” che l'interprete compie, selezionando i dati rilevanti di un dato evento della realtà.

[31] Chi scrive non ignora che – secondo un postulato ben noto della “ermeneutica” giuridica – l'atto del “comprendere” (e dunque il momento della “interpretazione”) non è *mai* disgiunto da quello della “applicazione” della disposizione normativa ad un caso concreto. Ma questa affermazione – che, in sé, è certamente corretta – se da un lato rende avvertiti che eventuali “estensioni” o “restrizioni” di senso *del testo* normativo sono sempre il frutto della considerazione del “problema” posto dal *fatto* che deve essere disciplinato, non esclude che *nella maggior parte dei casi* l'applicazione di una disposizione normativa avvenga sulla base di una “*regula iuris*” che è precisamente individuabile *in astratto* (ossia prima della considerazione del caso specifico) tanto negli elementi che definiscono la c.d. “fattispecie”, quanto nel contenuto dell'effetto giuridico (o degli effetti giuridici) che il legislatore ricollega a quella fattispecie. Si tratta, per l'esattezza, dei casi che rientrano – secondo una notissima metafora – nel “nucleo certo” di significazione di un enunciato (ossia i casi ai quali quell'enunciato è *certamente* riferibile), fermo restando che attorno a questo “nucleo certo” vi è un'area più o meno estesa di “incertezza” (è il c.d. “alone di indeterminatezza” o *penombra*) che identifica i casi per i quali risulta incerta (in misura progressivamente crescente) la riconducibilità al “significato” che può essere attribuito all'enunciato.

[32] La presenza di momenti “valutativi” sia nella determinazione della premessa maggiore del sillogismo giudiziale (vale a dire nella *interpretazione della disposizione normativa*, tanto nella parte di essa che descrive la “fattispecie” quanto nella parte che enuncia l'“Effetto giuridico”, in particolare quando la descrizione della fattispecie e/o la individuazione dell'effetto siano effettuati dal legislatore ricorrendo ad espressioni “indeterminate”, o addirittura a vere e proprie “clausole generali”), sia nella formulazione della premessa minore (“*costruzione*” del “*fatto*”, che si ipotizza di sussumere in una determinata previsione normativa), non vuol dire che risalga al giudice né l'attività di “qualificazione della realtà” ai fini della individuazione della fattispecie “astratta” (spetta al giudice invece – come detto – *costruire* [non semplicemente “accertare”] il “fatto *concreto*” per stabilire se esso ricada o meno nella fattispecie astrattamente configurata dal legislatore) né la determinazione della “regola di condotta”, ossia dell'effetto giuridico che l'ordinamento ricollega alla ricorrenza di una determinata fattispecie. Si consideri, ad es., la “regola” di cui al comma 2 dell'art. 18 Cost., secondo il quale «sono proibite le associazioni *segrete*». Anche se dovesse spettare al giudice (in mancanza di una “precisazione del concetto da parte del legislatore ordinario) stabilire quando un'associazione possa qualificarsi come

“segreta”, non potrebbe dirsi che è al giudice stesso (e non invece al legislatore, che l'ha appunto effettuato ponendo la predetta disposizione del comma 2 dell'art. 18) che risale il bilanciamento tra l'interesse ad “associarsi liberamente” (art. 18, comma 1, Cost.) e altri interessi che possono configgere col primo: bilanciamento il cui esito è, nella specie, consistito nel sancire la non meritevolezza di una (possibile) idea di “libertà di associazione” che comprenda anche la libertà di tenere nascosto (segreto) il vincolo associativo esistente tra gli associati.

[33] Si pensi all'ipotesi in cui il legislatore, dopo aver posto la regola secondo cui il pagamento di somme di denaro deve effettuarsi “al domicilio del creditore” (art. 1182, comma 3, c.c.), avesse dettato una previsione di deroga così formulata: «(...) *salvo che l'applicazione di questa regola appaia irragionevole*» (o, il che è lo stesso, *contraria a buona fede*). In un'ipotesi siffatta – si noti – sarebbe lasciato al giudice non soltanto il compito di formulare la diversa “regola di condotta” da applicare per la determinazione del “luogo dell'adempimento” (desumendola – deve ritenersi – dal principio di “ragionevolezza” o dalla clausola generale della “buona fede”), ma – e prima ancora – anche il compito di individuare *per intero* la “fattispecie” in presenza della quale questa diversa regola dovrebbe operare (nel nostro esempio, il giudice dovrebbe stabilire *quando sia “irragionevole” applicare la regola generale dell'adempimento al domicilio del creditore*).

[34] E così, la decisione del giudice che “accerta” che uno specifico comportamento è *contrario a buona fede*, non si basa su un “giudizio di valore” *preventivamente formulato* – in via astratta – dal legislatore, bensì serve a definire essa stessa il contenuto della clausola generale (*recte*: dell'elemento della “fattispecie” descritto attraverso il ricorso ad una clausola generale). Lo stesso avviene quando il ricorso alla clausola generale avvenga in sede di determinazione *dell'effetto giuridico* (si pensi ad es. al caso in cui il legislatore imponga alle parti un obbligo di rinegoziazione del contratto, e aggiunga che tale obbligo deve essere adempiuto *entro un termine ragionevole*). Anche qui è evidente che la *regula iuris* (quanto meno con riferimento alla modalità temporale di adempimento dell'obbligo) non preesiste alla valutazione del caso concreto, ma è formata dal giudice *in occasione della (e in connessione con la) valutazione del singolo caso concreto*.

[35] Sul punto v. il paragrafo seguente. La “variabilità” delle regole di condotta desunte dalla “concretizzazione” di una clausola generale deriva dalle circostanze *fattuali* in relazione alle quali la clausola deve ricevere attuazione, non dal “bilanciamento” con (altri) principi o regole dell'ordinamento (il che non toglie, tuttavia – ma si tratta di cosa diversa dal “bilanciamento” – che la clausola generale debba ricevere una applicazione *coerente*, ossia *non contrastante* con tali principi e regole, quanto meno ove si tratti di norme “cogenti”). Per una recente riflessione sui modi di concretizzazione delle clausole generali, si veda F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giust. civ.*, 2014, 339 ss., spec. 367 ss.

[36] Decidere attraverso principi significa dunque produrre norme attraverso un “metodo casistico” (come avviene nella c.d. concretizzazione delle clausole generali), in quanto l'incompatibilità di un principio rispetto ad un altro non si mostra prima del momento della “applicazione” (cfr. T. DE DOMINGO PEREZ, *Perché ottimizzare?*, cit., 203).

[37] Discorso diverso sembrerebbe doversi fare per i principi *inespressi*, ossia per quei principi che si ricavano *induttivamente* da un insieme di “regole” specifiche, che ne costituiscono espressione (ad es. il «principio dell'affidamento» in materia contrattuale; o il principio secondo il quale «nessun può trarre vantaggio dal proprio illecito»; e così via). È vero che il «principio» va – anche in questo caso – al di là delle singole regole, dalle quali esso viene ricavato, e proprio per questa sua (maggiore) generalità è idoneo ad essere applicato (attraverso il procedimento analogico) anche a «casi non regolati», ma è anche vero che l'analogia (*legis*) presuppone che vi sia una similitudine tra il caso regolato e quello non regolato, il che vuol dire che il caso non regolato deve presentare almeno alcuni degli elementi che individuano (la fattispecie de)l caso regolato. Se invece non è individuabile la “similitudine” con un caso (già regolato), si dovrà far ricorso alla c.d. *analogia iuris*: ma, allora, è *difficile* che i «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato», ai quali si attingerà per la decisione, possano essere principi “inespressi” (se così fosse si sarebbero potuti e dovuti rinvenire dei «casi regolati» – da cui quei principi fossero ricavati – *simili* a quello “non regolato”), e si tratterà pertanto verisimilmente di principi *espressi*.

[38] Almeno se si accoglie l'idea che possano qualificarsi tali – a rigore – solo quelle norme che hanno come unico presupposto di fatto l'esistenza del soggetto (si pensi alle disposizioni che enunciano i «diritti dell'uomo», attribuiti all'individuo per il solo fatto di esistere). La qualificazione dei principi come «norme senza fattispecie» è, comunque, al quanto diffusa.

[39] A volte, l'ambito di applicazione di un principio è (almeno apparentemente) delimitato in maniera precisa dallo stesso legislatore: basti pensare, ad es., al principio della “funzione sociale”, che l'art. 42 Cost. riferisce alla «proprietà privata». Bisogna, peraltro, considerare che si potrebbe considerare il principio di cui al comma 2 dell'art. 42 Cost. come una mera specificazione (con riferimento alla proprietà) di un più generale e ampio «principio di socialità» (o di «solidarietà sociale»), rispetto al quale tornerebbe pertinente il rilievo circa l'estensione (tendenzialmente vastissima) dell'ambito di applicazione del principio.

[40] I “principi” sono il veicolo attraverso il quale i “valori” (e in particolare i valori etici) entrano nell'ordinamento *direttamente*, ossia indipendentemente e oltre l'attuazione di tali valori da parte del legislatore (il “valore” – del resto – è, per così dire, “inesauribile”; presenta cioè una “eccedenza di contenuto deontologico”, che fa sì che esso non possa dirsi mai esaustivamente realizzato per il tramite delle “applicazioni” che il legislatore ne abbia fatto. Possono venire in gioco sempre nuove situazioni nelle quali quel “valore” potrà venire in rilievo, con la conseguenza che dal relativo principio sarà possibile ricavare nuove regole attuative del valore anche nella situazione non prevista dal legislatore). Sulla connessione tra diritto e morale, che si realizza attraverso l'uso dei principi, cfr. R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, 71 ss. Come scrive G. BONGIOVANNI (*Principi come valori o come norme*, cit., 181-182) «L'argomento dei principi [in ALEXY] è volto a mostrare che le decisioni che richiedono il ricorso a principi sono connesse con argomentazioni morali. In presenza di “casi dubbi”, dove “si tratta di trovare una risposta a una questione pratica non desumibile (...) dal materiale autoritativo preconstituito”, il giudizio non potrà essere basato “sulle decisioni di un'autorità”, ma dovrà fare riferimento a “tutti i principi pertinenti” alla soluzione del caso. Ciò determina che “tra i principi pertinenti alla soluzione di una questione pratica se ne trovano sempre alcuni che appartengono a una qualche morale” e, parallelamente, che “una parte degli argomenti con cui il giudice fonda l'esito della sua ponderazione ha sostanzialmente carattere morale”».

[41] Cfr. A. COSTANZO, *L'ingranaggio normativo*, cit., 226 ss. Va peraltro osservato che questo Autore valuta criticamente le esemplificazioni che egli prospetta (e che anche noi riprendiamo nel testo), in quanto ritiene che «il passaggio dal valore ai principi normativi e alle regole che lo diramano avviene [deve avvenire] mediante la interposizione di un livello di presupposti non aventi contenuto valoriale né efficacia immediatamente prescrittiva. I contenuti di tali presupposti intermedi sono idee e cognizioni e opinioni inerenti alle condizioni della realtà oggetto della regolazione», e afferma che nei casi in questione difetterebbe proprio «una idonea idea intermedia» che permetta al presupposto valoriale di tradursi realmente in dati giuridici. Questa conclusione non impedisce tuttavia di considerare – come facciamo nel testo – le tematiche indicate come interferenti (almeno in astratto) con il valore/principio della «solidarietà» (il che serve del resto – ai fini del nostro discorso – solo per dimostrare la potenziale vastità dell'ambito di applicazione di un valore/principio).

[42] Come è facilmente intuibile, si potrebbe continuare a lungo nella elencazione di “materie” rispetto alle quali può essere astrattamente richiamato il «principio di solidarietà».

[43] Mentre la precedente osservazione riguarda l'ampiezza dei principi *dal punto di vista del loro ambito di applicazione*, e dunque sotto il profilo della (loro) “*fattispecie*” (se si ritiene di poter usare – anche qui – questo termine), il carattere al quale si riferisce questa seconda osservazione riguarda invece l'ampiezza (e l'indeterminatezza, quanto meno sotto il profilo delle alternative possibili, riconducibili al medesimo principio) dell'*effetto giuridico* attraverso il quale si concretizza l'applicazione di un “principio”.

[44] Così A. COSTANZO, *L'ingranaggio normativo*, cit., 222.

[45] Si potrebbe obiettare, infatti, che la *certezza* che si può pretendere non è tanto quella che la “regola” che viene individuata sia *l'unica* che può essere tratta dal principio (ciò che contraddirebbe, oltre tutto, lo stesso concetto di “principio” come norma “aperta” ad una varietà di applicazioni, ossia di regole che attuano – in relazione ai vari casi concreti – in miseramente

variamente “graduata” il principio di cui trattasi), ma piuttosto che essa sia *una delle regole che possono (con sicurezza, appunto) ricondursi all'ambito semantico ed assiologico del principio*. L'individuazione, poi, di questa “regola” avverrà con gli ordinari metodi di “bilanciamento” dei principi, e controllando (quindi) la “coerenza” del risultato raggiunto con tutti i valori integrati nel sistema (attraverso principi e regole esistenti: problema della “possibilità giuridica” dell'applicazione del principio: v. *retro*).

[46] Su questo aspetto dei “principi” insiste particolarmente C. LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, 2012, *passim*. Premesso che per “principi” l'A. propone di intendere (secondo un uso, del resto, alquanto diffuso) norme che (sono “importanti”, in quanto) costituiscono il “fondamento” di altre norme (C. LUZZATI, *Principi e principi*, cit., 37, 126), secondo la tesi sostenuta da L. la caratteristica essenziale dei principi sarebbe rappresentata dalla “genericità” (nozione da tenersi distinta da quella di “generalità”) di tali norme, la quale implicherebbe l'idea della “fungibilità” e “intersostituibilità” delle condotte che attuano un principio [C. LUZZATI, *Principi e principi*, cit., 16, 71; e v. anche p. 110, ove si legge che «quando una disposizione è generica (...) vi sono molte condotte alternative, tutte egualmente legittime (...)», nonché p. 131: «I principi dicono qual è lo scopo da raggiungere, l'obiettivo da conseguire, il valore da difendere, la ragione per vincolare i comportamenti, ma *poco o nulla dicono sui mezzi per raggiungere una simile finalità*. In realtà è *come se* si prescrivesse di *fare qualcosa [non importa molto cosa]* per realizzare uno scopo (...). Con buona pace di Dworkin, i principi non prospettano *la* soluzione migliore, la più adatta, ma disegnano semplicemente un largo ventaglio di possibilità equivalenti, su cui l'ordinamento giuridico è *indifferente*»]. Appare chiaro in questa impostazione (che non coincide – per lo meno non del tutto – con quella fatta propria nel presente contributo) il rifiuto (da un lato) della definizione dei principi come “precetti di ottimizzazione di un valore” (rifiuto che si esprime nella negazione di una “natura etica” dei principi: v. ad es., C. LUZZATI, *Principi e principi*, cit., 15, e 136 ss.; e cfr., invece, quanto abbiamo ricordato *supra*, alla nota 40), il che – di per sé – porta (d'altro canto, e conseguentemente) a svalutare anche l'idea del “bilanciamento” (con altri principi) quale meccanismo di applicazione di questo tipo di norme.

[47] Un esempio di riferimento *indiretto* alla materia contrattuale potrebbe essere rinvenuto nel principio di “utilità sociale”, che è enunciato nell'art. 41 Cost. quale limite alla libertà di iniziativa economica privata (che non può svolgersi in contrasto con esso, oltre che in maniera tale da arrecare «danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana»), e che ben può essere riferito anche all'attività contrattuale posta in essere dall'imprenditore nell'esercizio della sua impresa.

[48] Il fatto che l'obbligo di solidarietà sussista *nei confronti della Repubblica*, che è il soggetto che ne può richiedere l'adempimento, sembrerebbe già di per sé escludere un'efficacia (diretta) “orizzontale” di questo obbligo, e orientare l'ambito di applicazione del principio di «solidarietà sociale ed economica» in direzioni diverse da quella della materia contrattuale. Per un severo giudizio circa il richiamo (nelle argomentazioni dei giuristi) alla «solidarietà sociale» in mancanza di una rigorosa dimostrazione di quelli che l'A. chiama «presupposti intermedi», si veda A. COSTANZO, *L'ingranaggio normativo*, cit., 226 ss. (la cui opinione abbiamo già ricordato *retro*, nella nota 41).

[49] È ben noto, peraltro, come si ritenga (solitamente) che l'applicazione alla materia del contratto del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. si realizzi non direttamente, bensì attraverso la clausola generale di «buona fede», alla quale il principio di solidarietà fornirebbe il contenuto. Risulta chiaro, tuttavia, che non vi è alcuna ragione per non ritenere che la «buona fede» possa essere riempita di contenuto (*rectius*, dotata di significato) *autonomamente*, senza l'aiuto di «stampelle costituzionali» (come giustamente osservava L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 1-20, e, ora, in C. CASTRONOVO-A. ALBANESE-A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, 101 ss., 111), fermo restando che i principi costituzionali (ma – a questo punto – non solo quello di «solidarietà sociale», ma anche tutti gli altri principi costituzionali) fungono certamente da *limiti* a concretizzazioni della buona fede (come di qualsiasi altra clausola generale), che non potranno giammai *porsi in contrasto* con essi (sui principi costituzionali come limiti alle «concretizzazioni» possibili di una clausola generale sia consentito il rinvio a G.

D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in AA.VV., *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale*, I, *Principi fondamentali*, Napoli, 2007, 429 e ss., spec. 446 ss.). A parte la considerazione appena svolta, può forse essere utile osservare che il principio costituzionale di «solidarietà sociale» viene talora invocato nella giurisprudenza per applicazioni che sembrerebbero prescindere dal richiamo alla «buona fede», o quanto meno essere in contraddizione con la nozione di buona fede che correntemente la giurisprudenza adotta quando parla di «atteggiamento di cooperazione e di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di tenere, al di là degli specifici obblighi scaturenti dal vincolo contrattuale e dal dovere del *neminem laedere*, quei comportamenti che *senza comportare apprezzabile sacrificio a suo carico* risultino idonei a salvaguardare gli interessi dell'altra parte» (cfr., ad es., Cass. 22 novembre 2000, n. 15066; Cass. 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Danno e resp.*, 2003, 174 ss.; Cass. 11 gennaio 2006, n. 264; Cass. 7 giugno 2006, n. 13345). Nella formula riportata, infatti, il richiamo all'esigenza che obblighi ulteriori (rispetto a quelli esplicitamente assunti) – che vengano eventualmente posti a carico del contraente in nome della “cooperazione” e della “solidarietà” *verso l'altra parte* – non comportino un “apprezzabile sacrificio” dell'interesse di questo contraente, serve a delimitare l'asserita possibilità di “integrare” il regolamento contrattuale, in maniera tale che detta integrazione non sconvolga il “programma” che le parti avevano definito attraverso l'atto di autonomia, piegandolo alle “soggettive” (e, dunque, variabili) valutazioni di un terzo (il giudice). È evidente che si è fuori da questa nozione di «buona fede» (ed anche dalla nozione di «solidarietà sociale» che la ispira) allorché – come avviene in Cass. 19 giugno 2009, n. 14343 (cit. *retro* alla nota 5) – si afferma che il principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. impone di considerare nulla la clausola di un contratto di locazione che faccia divieto al conduttore di ospitare stabilmente nell'immobile soggetti diversi dai familiari. Probabilmente è vero che nella fattispecie in questione veniva in rilievo il concetto *proprio* di «solidarietà sociale» (concetto che – come sopra detto – appare invece *malamente evocato*, per esprimere il contenuto dell'obbligo di *cooperazione* tra i contraenti, di cui si fa portatore il canone della buona fede), ma proprio il singolare caso deciso dalla sentenza in questione dimostra come questo concetto sia in definitiva (e come diciamo nel testo) estraneo al piano del contratto (che non può certo essere – al di là delle previsioni delle parti, e/o in contrasto con esse – concepito come strumento di realizzazione di finalità “sociali”).

[50] Il dibattito appassionato svoltosi intorno all'art. 36 Cost. è ben noto. Basti qui ricordare, tra gli altri, gli scritti di: R. Scognamiglio, *Sull'applicazione dell'art. 36 della Costituzione in tema di retribuzione del lavoratore*, in *Foro it.*, 1951, 352 ss.; R. NICOLÒ, *L'art. 36 Cost. e i contratti individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, II, 5 ss.; e di U. NATOLI, *Ancora sull'art. 36 Cost. e sulla sua pratica applicazione*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, II, 9 ss.; ID., *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, *Introduzione*, Milano, 1955, 19 ss.

[51] A rigore, dunque, non si è trattato di una «applicazione diretta» *del principio*, ma piuttosto di una *attuazione* dello stesso affidata (per prassi giurisprudenziale) all'autonomia collettiva (come del resto prefigurato dalla norma costituzionale dell'art. 39 Cost., rimasta inattuata in conseguenza della decisione dei sindacati di non chiedere la registrazione). Ciò implica(va) due conseguenze, che è opportuno mettere in rilievo: la prima è che non si assiste propriamente ad un intervento “eteronomo” (del giudice), in quanto l'integrazione del contratto rimane pur sempre frutto dell'autonomia (collettiva); la seconda è che il richiamo ad un unico parametro (quello, appunto, fornito dalla misura della retribuzione prevista dai contratti collettivi) impedisce che l'integrazione avvenga attraverso criteri di valutazione soggettivi e variabili (in quanto rimessi alla discrezionalità dei singoli giudici).

[52] Così C. LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, cit., 30, il quale osserva che questa funzione è svolta dalle “regole”, mentre i principi consistono in «norme che sono normalmente impiegate per giustificare... altre norme». Volendo esemplificare il concetto si può dire – poniamo – che il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà può porsi (astrattamente) come fondamento di una norma legislativa che preveda (in determinate situazioni) un obbligo a contrarre a carico del proprietario privato di un immobile che riceva una proposta di locazione del bene ad uso abitativo, ma non può costituire premessa perché *il giudice* ricavi un siffatto obbligo (e così non avendo ad es. la l. n. 392 del 1978 previsto alcun

obbligo a contrarre a carico del proprietario, un siffatto obbligo non poteva essere – ed in effetti non è stato – formulato in via giurisprudenziale).

[53] Per mutuare l'espressione che Luhmann utilizza allorché descrive la funzione che ha l'apparato concettuale apprestato dalla dogmatica, il quale – secondo l'illustre autore – è uno strumento indispensabile di garanzia della certezza del diritto, o almeno, in una società complessa e altamente dinamica come la nostra, di *un grado tollerabile di incertezza* (cfr. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, trad. it. di A. Febbrajo, Bologna, 1978, 16 ss.).

[54] Così si può ipotizzare, ad es., che dal «principio di solidarietà sociale» si desuma un «principio di proporzionalità delle prestazioni nei contratti» e da questo principio una «regola generale» che consacri il «divieto di penali o caparre eccessive» e una ulteriore regola che qualifichi (poniamo) come “eccessiva” la caparra che ecceda il 40% del corrispettivo pattuito in contratto. Ma poiché un altro interprete potrebbe – altrettanto legittimamente – ritenere “eccessiva” una caparra che superi il 30% o anche il 20% del corrispettivo pattuito, è agevole rendersi conto come l'applicazione del principio di solidarietà come criterio di integrazione del contratto (e – prima ancora – come criterio di validità del regolamento negoziale) porterà ad esiti imprevedibili *ex ante*, creando (come diciamo nel testo) una incertezza intollerabile. V. anche la nota seguente.

[55] E così – a voler seguire questo tipo di ragionamento – se il giudice avrà ritenuto contrastante con il principio costituzionale di «solidarietà sociale» una caparra confirmatoria superiore al 20% del corrispettivo contrattuale (con conseguente nullità della clausola convenzionale, che in concreto prevedeva una caparra del 30% del prezzo) si può immaginare (ipoteticamente) che, piuttosto che la mera caducazione della clausola (con conseguente riespandersi del diritto dispositivo: nella specie delle norme che prevedono la possibilità del contraente non inadempiente di richiedere all'altro il risarcimento del danno subito in conseguenza dell'inadempimento), sia possibile una sua “sostituzione” con la regola “legale” (*recte*: con la regola che il giudice avrà tratto dalla “concretizzazione” del principio costituzionale di solidarietà sociale) che individui la misura (massima) della caparra nella suddetta percentuale del 20% del prezzo (importo che potrà, pertanto, essere trattenuto – in caso di inadempimento dell'altra parte – da chi ha ricevuto la caparra, *senza bisogno di fornire la prova del danno*, richiesta invece dalle ordinarie regole di responsabilità). Naturalmente lo stesso varrebbe – *mutatis mutandis* – qualora il medesimo giudice (o un altro) ritenessero conforme al (o, quanto meno, non contrastante con il) principio costituzionale di solidarietà sociale una caparra confirmatoria fissata ipoteticamente nella misura del 25% o del 18% o del 15% (e così via) del prezzo contrattuale.

[56] Ivi comprese – come abbiamo già sopra ricordato – norme costituzionali, che siano espresse nella forma di “regole” (es.: art. 36, ult. comma, Cost.). Si ricordi, poi, che l'art. 1374 c.c. prevede – ma solo ove manchi una regola legislativa – la possibilità di integrare il contratto attraverso gli usi o l'equità.

[57] Se il conduttore, alla scadenza del contratto di locazione, ha difficoltà a trovare un nuovo alloggio, il locatore può dirsi obbligato *secondo buona fede* (e/o in virtù del principio costituzionale di solidarietà sociale o del principio della funzione sociale della proprietà) a concedere una “proroga” del contratto di locazione, o addirittura a consentire al rinnovo del contratto? Se il debitore, avendo perso il posto di lavoro, è “impossibilitato” a pagare le rate del mutuo, la Banca è tenuta *secondo buona fede* a non recedere dal contratto? Se l'imprenditore – in conseguenza di una crisi economica generale – ha bisogno di ottenere una ristrutturazione del debito nei confronti di un istituto di credito, quest'ultimo può dirsi obbligato (in virtù della buona fede nell'esecuzione del contratto o del principio costituzionale secondo il quale l'esercizio dell'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'*utilità sociale*) ad aderire alla richiesta che in tal senso venga formulata? Non è qui in discussione – ovviamente – il valore *morale* della solidarietà, e neanche la possibilità che *il legislatore* (in nome di questo valore) imponga – trasformando il dovere morale in precetto giuridico – *obblighi precisi* in capo a soggetti, che vengano così chiamati a subire un sacrificio (più o meno grande) nei propri diritti per ragioni di «solidarietà sociale» (il che può avvenire al di fuori di una relazione contrattuale [si

pensi, ad es., al blocco degli aumenti dei trattamenti pensionistici superiori ad un certo importo, ovvero al blocco degli adeguamenti stipendiali di alcune categorie del pubblico impiego], ma anche – e più specificamente – imponendo un sacrificio *a carico di un contraente e a favore della controparte contrattuale*, come avviene ad es. nelle ipotesi di provvedimenti di sospensione dell'esecuzione di sfratti per morosità del conduttore). In questa prospettiva, si possono ricordare una serie di provvedimenti che negli ultimi anni sono variamente intervenuti per prevedere: obblighi di rinegoziazione (cfr. art. 3 d.l. 27 maggio 2008, n. 93, conv. in l. 24 luglio 2008, n. 126; art. 8, comma 6, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, conv. in l. 12 luglio 2011, n. 106), facoltà di sospensione del pagamento di rate (art. 2, comma 476, l. 24 dicembre 2007, n. 244), o ancora misure varie di sostegno a situazioni di debolezza (si veda, ad es. – sempre nella legge da ultimo citata – l'istituzione del “Fondo di solidarietà” per i mutui prima casa; e cfr. anche il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, che ha dato vita al Fondo per l'accesso al credito per l'acquisto della prima casa da parte delle giovani coppie o dei nuclei familiari monogenitoriali). Quello su cui si vuole sollevare il dubbio è che *effetti analoghi* possano essere raggiunti attraverso l'applicazione diretta (*da parte del giudice*) dei “principi” ai quali sono chiaramente ispirati i provvedimenti legislativi or ora ricordati (e tanti altri che potrebbero essere richiamati e/o ipotizzati: si pensi – per continuare nell'esemplificazione – al c.d. Decreto del fare, e alla previsione in esso contenuta di una dilazione fino a 120 rate dei debiti con Equitalia, di cui può beneficiare chi si trovi, per motivi estranei alla propria responsabilità, in una accertata e grave situazione di difficoltà legata alla congiuntura economica; o, ancora, al Fondo destinato agli inquilini morosi incolpevoli, istituito dall'art. 6, d.l. 31 agosto 2013, n. 102 presso il Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti). Il rischio – a tacer d'altro – è quello di trasferire al livello del “micro-conflitto individuale” problematiche che richiedono invece interventi e soluzioni di carattere “generale” (anche per evitare che la distribuzione del carico della “solidarietà sociale” avvenga in maniera del tutto occasionale e casuale), e che – del resto – anche in quest'ultima (e più appropriata) dimensione incontrano non a caso resistenze e contestazioni (si veda la recentissima pronuncia della Corte costituzionale, 30 aprile 2015, n. 70, pres. Criscuolo, rel. Sciarra, che ha dichiarato illegittima la sospensione temporanea – per gli anni 2012 e 2013 – della rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici superiori alla soglia di € 1.405,05 lordi per il 2012 e di € 1.441,56 lordi per il 2013, che era stata disposta dall'art. 24, comma 25, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214, provvedimento vivacemente contestato dai pensionati che avevano subito la decurtazione). Per non dire di un'ulteriore obiezione alla quale (su un piano generale) si espone la applicazione diretta (da parte di un giudice) di un “principio”, vale a dire quella di fornire una soluzione (fondata sul bilanciamento degli interessi nel singolo caso concreto), che potrà magari apparire condivisibile in relazione alla vicenda particolare oggetto di decisione, ma potrà al contempo essere *dissonante* rispetto a valutazioni (e a “bilanciamenti”) più ampi, che spetta ovviamente al legislatore compiere (e così, un obbligo – giudizialmente statuito – di ampliamento o di mantenimento del credito a favore di un imprenditore da parte di un Istituto di credito potrebbe rivelarsi poco in sintonia con un più generale orientamento della legislazione fondato su un principio di “erogazione prudente del credito”: si veda ad es. il nuovo testo dell'art. 124-*bis* del TUB, in materia di “merito creditizio”). Un'ultima considerazione. Osservare che gli interventi del legislatore potrebbero rivelarsi insufficienti o tardivi ovvero tali da non coprire tutte le situazioni che meriterebbero di essere tutelate, onde, per queste ultime, non resta altra via se non quella di una tutela che sia assicurata dal giudice in via di interpretazione e di adeguamento della normativa esistente [così G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in Id. (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, 2014, 281 ss., e, ora, in *Jus civile*, 2014, 6, 215 ss., spec. 221 ss.] è rilievo sul quale si può astrattamente convenire, salvo però poi a verificare quali siano gli *effettivi margini* che sono disponibili per l'interprete (e ribadendo il rischio che una simile impostazione possa servire da *alibi* per lasciare irrisolti i problemi a livello politico-generale, “scaricando” le tensioni sociali sul piano delle singole relazioni contrattuali). Resta comunque fermo che le soluzioni proposte dalla dottrina or ora citata sono soluzioni prospettate come dichiaratamente *eccezionali*, in quanto volte a fronteggiare una situazione (generale) di *emergenza economica e sociale*: e già questo dovrebbe mettere sull'avviso chi

ipotizza che soluzioni analoghe appartengano invece alla *fisiologia* di funzionamento del sistema ordinamentale.

[58] E pur nella consapevolezza che una simile opinione contrasta – almeno apparentemente (v. infatti, *infra*) – con quella della ormai compatta giurisprudenza.

[59] Si veda, al riguardo, quanto osservato in G. D'AMICO, *Comportamento del creditore. Mora accipiendi*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile, III, Obbligazioni*, t. 1, *Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, 203 ss. (e, ora, in Id., *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014, 151 ss., spec. 158 ss.)

[60] Per il tentativo di differenziare il piano di operatività dell'*abuso del diritto* e della *buona fede*, sia consentito il rinvio a G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 11 ss., spec. 18 ss.

[61] Cfr., in questo senso, ad es. C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 209 ss.; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. XII, t. IV, Torino, 2004, 33 ss.; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, 109 ss. Perplexità su questo orientamento sono espresse, anche recentemente, da A. Federico, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008, 85 ss.

[62] Cfr., almeno: U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, 17 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 170 ss.; e, più di recente, M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 155 ss. E v., altresì, la chiara posizione di L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 2, 9, dove si legge che «(...) In ordine (...) alle prestazioni dedotte in contratto in funzione degli interessi perseguiti dalle parti, la buona fede secondo l'insegnamento corrente fondato su un argomento *a contrario* dalla lettera dell'art. 1374 c.c., non è fonte di integrazione del regolamento negoziale, ma soltanto un criterio ermeneutico di esplicitazione di doveri o condizioni impliciti nel contenuto dell'accordo (art. 1366 c.c.) oppure un criterio di determinazione delle modalità esecutive e quindi di valutazione dell'esattezza dell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.)» (corsivo aggiunto).

[63] Sovente quella che viene considerata “integrazione” del contratto in applicazione della buona fede *in executivis* non è altro che una “interpretazione” e una ricostruzione del corretto significato da attribuire al regolamento contrattuale divisato dalle parti, alla luce del criterio di cui all'art. 1366 c.c.

[64] Ovvero, in mancanza della legge, agli effetti che scaturiscono dagli usi o dall'equità.

[65] Come riconoscevamo in altra sede (cfr. G. D'AMICO, *L'integrazione cogente*, cit., p. 240 e nt. 52) è ben possibile, peraltro, che l'osservazione formulata nel testo venga – in qualche modo – ribaltata, come emerge dalle considerazioni che da un fautore della funzione integrativa della buona fede vengono svolte (peraltro in forma – apprezzabilmente – problematica) nel brano che qui di seguito riportiamo: «(...) L'orientamento avverso al riconoscimento della funzione integrativa muove dalla critica alla tendenza a ricostruire, alla stregua della buona fede, posizioni soggettive d'obbligo ulteriori e distinte rispetto all'obbligazione di prestazione, stigmatizzandosi l'artificiosità della moltiplicazione delle figure soggettive ed il rischio di atomizzazione del “contenuto unitario” della prestazione. Se tali rilievi svelano la precarietà del tentativo di connettere alla funzione integrativa la moltiplicazione delle figure giuridiche, non sembrano valere ad escludere il riconoscimento che dalla buona fede si desumono regole ulteriori rispetto a quelle direttamente desumibili dall'enunciato della convenzione o da singole norme di legge che disciplinano i rapporti. In tal senso la stessa qualificazione dell'intervento del giudice come valutativo a posteriori ed in concreto della condotta delle parti non comporta forse la presupposizione di regole violate, di elementi di doverosità non assolti? Che tali regole siano ricostruite dal giudice a posteriori, siano specifiche e concrete e non corrispondenti all'enunciato di precetti generali e astratti di legge o a quello di clausole contrattuali, esclude davvero che un intervento siffatto e le regole di cui è portatore siano integrativi del contratto? (...)» (così A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., 37).

[66] Sul tema cfr., da ultimo, M. MATTIONI, *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 577 s.

[67] Secondo la prospettazione che, pure, più sopra abbiamo sottoposto a critica.

[68] Anche A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., 94, osserva che, considerando la buona fede come fonte di integrazione del contratto, si finisce «oltretutto per sovvertire la gerarchia delle fonti "integrative" delineata dall'art. 1374 c.c. (non si dimentichi che tale disposizione assegna un ruolo alla determinazione 'equitativa' del giudice *solo in mancanza di leggi ed usi*, che possano integrare il regolamento lacunoso.