

GIUSEPPE VETTORI

Professore emerito di Diritto civile presso l'Università degli Studi di Firenze
giuseppe.vettori@unifi.it

LA BUONA FEDE NELLA 'NUOVA' LEGALITÀ PLURALE GOOD FAITH IN THE 'NEW' PLURAL LEGALITY

SINTESI

Lo scritto descrive il fondamento della clausola generale di buona fede, nel diritto Privato e nel diritto Pubblico, la sua evoluzione giurisprudenziale e il suo ruolo in una nuova legalità plurale. Si sofferma sulla funzione della clausola come rimedio risarcitorio, di riequilibrio e di inesigibilità della prestazione.

ABSTRACT

The paper describes the legal bases of the general clause of good faith, in Private Law and Public Law, its evolution in the case law and its role in a new plural legality. It focuses on the function of the general clause as a compensatory and rebalancing remedy, as well as a ground of legitimate non-performance.

PAROLE CHIAVE: buona fede – rimedi – nuova legalità – risarcimento – nullità selettiva.

KEYWORDS: good faith – remedies – new legality – compensation – selective invalidity.

INDICE: 1. Il fondamento costituzionale: un legame storicamente determinato . 2. La clausola fra diritto privato e diritto pubblico. 3. Buona fede e discrezionalità amministrativa. 4. Il declino della Grande dicotomia e la nuova legalità plurale. 5. La buona fede nelle massime della Corte di Cassazione. Un ripensamento. 6. Buona fede come rimedio risarcitorio 7. Buona fede e funzione di riequilibrio: la nullità selettiva e il contratto quadro. 8. Buona fede abuso e inesigibilità.

1. Il fondamento costituzionale: un legame storicamente determinato

Il discorso deve partire da lontano nello spazio e nel tempo¹.

¹* Lo scritto riproduce l'intervento alla Giornata di studi organizzata a Firenze dal Prof. Simone Torricelli il 14 ottobre 2022. Lo scritto utilizza, spesso in modo testuale, una pluralità di scritti dell'autore sulla buona fede. Ne indico alcuni: G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 43 ss.; ID., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.; ID., *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 4, p. 915 ss.; ID., *Giustizia e rimedi nel diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 1, p. 53 ss.; ID., *La buona fede nel diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 4, p. 15 ss.; ID., *La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. cont.*, 2008, ora in ID., *Diritto dei contratti e ordinamento comunitario*, Milano, 2009,

Non si può affrontare il tema in chiave marcatamente municipale ed occorre rivolgersi alle grandi elaborazioni condotte, senza una norma scritta, in Germania, con Jhering nel 1861², in Francia con Saleilles³ nel 1907 e in America dagli anni 80 del novecento in poi.

Occorre ricordare il potente contributo della dottrina comparatistica. Si deve rileggere la letteratura d'epoca e quella moderna e contemporanea amplissima e ben nota. Solo così si può dare risposta a problemi di fondo come il contenuto della clausola generale e il suo rapporto con le norme costituzionali e le regole di validità. Su tutto ciò alcune belle pagine di Rodolfo Sacco devono essere analizzate con grande attenzione. Solo qualche cenno⁴.

Il rilievo della slealtà e della scorrettezza riceve attenzione dalla dottrina italiana sin dagli anni sessanta del 900 e la giurisprudenza si è adeguata, con ritardo e spesso in modo non convincente, perché la buona fede è un principio non meno importante di quanto espresso negli articoli 1322 e 1372. È una norma elastica imperniata su di una clausola generale. Ha una sua storia prima delle Costituzioni, dagli Stati Uniti ai paesi socialisti. Nulla deve, secondo Sacco, la clausola «a questo o quel comma della Costituzione italiana del 1947». Per un motivo chiaro. «Il soggetto della trattativa aspira a concludere un contratto e ha interesse a non venire condizionato, nella sua determinazione, da menzogne, sorprese, minacce, strapoteri con-

p. 271 ss.; ID., *L'abuso di diritto. Distingue frequenter*, in *Obb. cont.*, 2010, p. 166 ss.; ID., *Validità, Responsabilità e cumulo dei rimedi. A proposito del caso Cir-Fininvest*, in *Pers. merc.*, 2013, p. 279 ss.; ID., *Regole e Principi. Un decalogo*, in *Pers. merc.*, 2015, p. 5 ss.; ID., *Norme, dogmatica e sentenze: quid juris?*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 73 ss.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 3; ID., *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 15 ss.; ID., *Nullità selettive e "riequilibrio effettivo. L'evoluzione della buona fede*, in *Pers. merc.*, 2020, p. 27 ss.; ID., *Effettività fra legge e diritto*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 63 ss. (ove un'ampia casistica), e p. 135 ss.; ID., *Buona fede, abuso ed esigibilità del credito*, in *NGCC*, 2022, 1, p. 185 ss.

² JHERING, *Culpa in contrabendo oder Schadener-satz bei nichtigen Vertragen* Jber.Jabr., 1861.

³ SALEILLES, *De la responsabilité precontractuelle*, in *Rev. trim. dir. civ.*, 1907, p. 697.

⁴ R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, Torino, Utet, 2016, p. 1183 ss.; ma v. anche, R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 4, p. 417 ss.; G. VETTORI, *La terza edizione del Contratto di Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 5, p. 617 ss. e da ultimo, testualmente, ID., *Rodolfo Sacco e la civilistica del XXI secolo*, in corso di pubblicazione sulla *Riv. trim. dir. proc. civ.*

trattuali altrui». Sicché «invece di perdere tempo con la Costituzione occorre interrogarsi sulle norme che circondano la regola del codice»⁵.

L'art. 1372 evoca un preciso interesse alla conclusione del contratto, gli articoli 1337 e 1338 proteggono l'interesse a essere trattato correttamente senza mala fede. L'interesse tutelato è chiarissimo, sin dai tempi di Jering. Dolo, raggiro e minacce sono esempi di scuola della violazione della buona fede e l'art. 1440 ricorda che il dolo è anche fonte di responsabilità. Al dolo e alla violenza il diritto civile ha affiancato numerose figure di abuso e di scorrettezza (mancata informazione, costrizione, necessità e bisogno, distorsione del mercato). Non ha senso contrapporre, da una parte la volontà e l'assunzione del vincolo, e dall'altra colpa e responsabilità. Non solo. Da oltre 150 anni si è scoperto che la legge sul contratto protegge l'affidamento⁶.

Insomma le frontiere fra vincolo nascente dalla volontà e vincolo nascente dalla responsabilità si sono assottigliate. Chi vuole «*tener distinti e non comunicanti la responsabilità da contratto valido e la responsabilità da fatto ingiusto ha compiuto una battaglia di retroguardia, incurante dei segni dei tempi e della lettera del codice*»⁷. Di più. Il sistema di atipicità dell'illecito agevola il compito del giurista italiano rispetto ai tedeschi e alla *common law*, e ha portato ad estendere, sin dagli anni 60, la violazione della buona fede, scritta a grandi lettere nell'art. 2043 del codice civile sull'illecito.

Occorre, certo, costruire una tipologia a cui Sacco dedica molte belle pagine per descrivere la trattativa inconcludente, le ambiguità, la modificazione dei caratteri costituenti del contratto, le manipolazioni del consenso del contraente, la sorpresa, la paura, la povertà e il bisogno, le condizioni anomale del mercato ed altro ancora⁸.

⁵ R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 1189.

⁶ *Ivi*, p. 1190 ss.

⁷ R. SACCO, G. DE NOVA, *Il Contratto*, cit. p. 1194 e in nota un' ampia bibliografia.

⁸ R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, p.1199 ss.

Sono note le critiche. Ne ricordo due, autorevoli. Natalino Irti parla di una «falla, uno squarcio rovinoso che genera ogni forma di soggettivismo»⁹. Massimo Luciani denuncia i pericoli di un giudizio caso per caso affidato «ai paradigmi morali [ideologici o politici] del giudice»¹⁰.

In entrambe le posizioni c'è un aspetto di verità: un uso non corretto dei concetti indeterminati può espandere il soggettivismo del giudice e dare spazio a forze sociali e politiche dominanti. Ma occorre riflettere sul ruolo del tempo.

Estranea all'ottocento, la buona fede penetra nel BGB ed è utilizzata con cautela sino alla prima guerra mondiale. Ha uno sviluppo forte nella Repubblica di Weimar e provoca poi una rivolta espressa con forza, nel volume, di Hedemann del 1933¹¹.

Il volume è un repertorio delle critiche che la cultura nazional-conservatrice muoveva alla Repubblica di Weimar, alla “perdita di autorità della legge” e “alla mollezza dei concetti aperti”. Come si è osservato giustamente, è un libro

⁹ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 987 ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss. La fattispecie «attrae a sé gli eventi futuri» e il giudizio basato su quello schema è prevedibile. Il metodo valutativo, invece, conosce il fatto in base «alla sensibilità emotiva del giudicante» e l'assenza di una mediazione normativa apre la porta «a coloro che realmente detengono il potere» e «alla volontà autoritativa del magistrato». Non solo. L'idea «metafisica di un diritto sovra positivo» nasconde di tutto (valori, utopie, ethos morale) senza che il precedente possa creare una ragionevole certezza perché un corpus coerente di casi «dovrebbe raccogliersi in principi generali e trascendere» la concretezza e singolarità del fatto. Ma il caso «presuppone la legge di cui è un esempio applicativo. Sicché non c'è caso senza una legge che stia prima e lo preveda e lo configuri». Insomma, la mancanza del sillogismo, della fattispecie e l'uso di clausole generali e valori determina un diritto che «perde a mano a mano qualsiasi razionalità e si risolve nell'occasionalità del puro decidere». ID., *Destino di Nomos*, in N. IRTI, M. CACCIARI, *Elogio del diritto*, Milano, 2019, p. 113 ss.

¹⁰ M. LUCIANI, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Questione giustizia*, 2020: «Chi dà al giudice la sicurezza di conoscere la soluzione “giusta”, al di là di quella “legale”, nel politeismo dei valori in cui siamo immersi? Cosa l'autorizza a pensare d'essere in grado da solo d'intendere le correnti profonde della società, per poi trarne ispirazione per decidere il caso singolo, quando quelle correnti restano spesso nascoste anche alla più raffinata e collettiva indagine scientifica? Quale fondamento, in ordinamenti come il nostro, avrebbe il reclutamento del giudice professionale una volta che questi si senta autorizzato ad agire da filosofo morale? Che certezza si può mai avere che i propri convincimenti morali siano quelli “buoni” o che anche semplicemente coincidano con quelli del corpo sociale? Per quale ragione non si trae insegnamento dalla paradigmatica esperienza della dottrina dell'interpretazione affermatasi nel nazionalsocialismo (che andrebbe studiata sui banchi d'università per vaccinare contro imprudenti scivolamenti “sostanzialistici”), tutta volta ad affermare il primato della giustizia del caso singolo?».

¹¹ J.W. HEDEMANN, *La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato* (1933), con Introduzione e traduzione critica di L. NIVARRA, Pisa, Pacini Giuridica, 2022.

ambiguo. Non se ne può fare una campione dell'ortodossia positivistica. Hedemann è attratto dal ruolo politico e culturale delle clausole generali. Parla di uno spazio legislativo lasciato aperto. Si sofferma sulla «*perdita di autorità della legge e si propone di rimettere ordine là dove regnava il caos*». Aderì al nazismo. Che tramite le Corti, usò buona fede e buoni costumi «*per assumere decisioni ispirate [alle] politiche del regime, specie in campo razziale*» e per «*adattare il diritto borghese al nuovo ordine imposto [...] dalla primazia dei sentimenti del popolo tedesco, mediati da Hitler*»¹². Insomma il libro di Hedemann opera e scrive in sintonia con un regime totalitario che ha alterato consapevolmente la struttura delle istituzioni democratiche e con essa la funzione delle clausole generali, utilizzate come stabilizzatori del sistema. Ma questa influenza nefasta di una folle ideologia politica non elimina il ruolo utile delle norme indeterminate.

Clausole generali e principi possono contribuire ad una positiva evoluzione del sistema giuridico, in un ambiente retto da un ordine costituzionale pluralistico, con molti benefici come la creazione e la correzione di nuovi istituti o l'uso di modelli più flessibili per la soluzione delle controversie.

Nei primi anni del novecento (con il BGB) le correnti anti formaliste in Germania avevano intuito che le società complesse originate da un passaggio a forme più mature di capitalismo, esigono che il giudice partecipi in qualche modo alla formazione del diritto¹³. Dopo la tragedia del nazismo, nella seconda metà del '900 con l'avvento delle Costituzioni, è divenuto sempre più chiaro un fatto. La fattispecie non riesce a galoppare dietro ai problemi di vita (come diceva Paolo Grossi) e la legge astratta e generale è sempre più inadatta ad ordinare la realtà. Sicché la complessità del sistema induce, prima a decodificare e poi ad espandere il ruolo ed il numero dei Principi e delle clausole generali.

¹² *Ivi*, p. 35.

¹³ L. NIVARRA, *Introduzione a J.W.Hedemann, la fuga nelle clausole generali*, cit., p. 31 e 19 ss., 27 ss., 10 ss. ID., *Dentro e fuori: lo strano caso delle clausole generali e dei principi generali*, in *Er.dir.prin.*, 2022, 1, p. 59 ss. con ampia valutazione critica della dottrina e della giurisprudenza

Senza creare miti o universali fantastici¹⁴ e con un ampio filtro critico sulla contemporaneità. Che, come sempre, ha luci ed ombre. Certo è che negli ultimi anni si premette, sempre più spesso la buona fede ad una serie di discipline di settore, secondo una tecnica oramai diffusa. E su questo occorre soffermarsi.

2. La clausola di buona fede fra diritto privato e diritto pubblico

Si sta affermando, in una serie di fonti legislative, la previsione iniziale di principi generali fra cui il richiamo esplicito alla buona fede oggettiva e all'affidamento.

Basta pensare all'art. 12 (coma 1, lettera Oa) della legge 120 del 2020 ove si integra l'art. 1 della legge 241 (con il comma 2.bis) del 1990 precisando che: *«i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede».*

Al nuovo art. 10 bis della legge n. 212 del 2000 che disciplina l'abuso del diritto del contribuente e da ultimo alla composizione negoziata della crisi d'impresa (d.l. 118 del 2021) ove si prevede l'obbligo di buona fede e precisi doveri per creditori e tutte le parti del rapporto¹⁵.

Come si è osservato la prassi diffusa di premettere una serie di principi prima alle regole di settore ha una ragione precisa: da un lato la perdita di coerenza sistematica dell'ordinamento non più ancorato alla sola radice del codice

¹⁴ Per L. NIVARRA (*Ivi*, pp. 44-45) il libro di Hedelmann aiuta a eliminare una possibile ideologia delle clausole generali, presente oggi nel dibattito italiano, e serve a guardare quegli strumenti come *«punto di osservazione privilegiato per inquadrare la prodigiosa capacità dell'ordine giuridico del mercato di conservare sé stesso anche a costo di cambiare completamente pelle».*

¹⁵ V. gli articoli: 4 *«Durante le trattative le parti si comportano secondo buona fede e correttezza».* 5: *«L'imprenditore ha il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori».* 6: *«Le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato. L'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore. Tutte le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto e rispettano l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative. Le medesime parti danno riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata».*

civile¹⁶, dall'altro il convincimento nella dottrina più autorevole¹⁷ e nella giurisprudenza recente del Consiglio di Stato¹⁸, che la buona fede e l'affidamento siano principi fondamentali anche nel diritto pubblico¹⁹, non fosse altro perché non esistono «argomenti idonei ad escludere conseguenze patrimoniali a carico della PA in caso di violazione di regole fondamentali di condotta»²⁰.

La Corte costituzionale ha confermato tutto ciò in una delle prime sentenze del 2023, precisando il rilievo della tutela dell'affidamento e della buona

¹⁶ R. RORDORF, *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principi generali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *il Fall.*, 2021, 5, p. 603 ss.

¹⁷ A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento e del cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione*, in *Diritto Pubblico*, 2018, 1, p. 121 ss., in part. p. 128 ss. e per una recente sintesi degli orientamenti recenti: G. CIRIELLI, *Il conflitto tra il principio di affidamento e la prassi nell'ordinamento giudiziario. Alcuni casi recenti all'attenzione del CSM*, in *Diritto vivente*, 2021.

¹⁸ Cons. Stato, 31 dicembre 2020, n. 8546 citato da CIRIELLI, par. 14: «Il dibattito sulla responsabilità riveniente dalla non corretta gestione della dinamica relazionale nella contrattualistica pubblica ha costituito da tempo l'ambito più fertile di sviluppo della teorica di un sistema di diritto comune che attingendo ai principi civilistici ne mutua l'essenza al fine di ampliare la soglia della risarcibilità ed elevare il livello di collaborazione richiesto alla pubblica amministrazione, seppur senza rinunciare alle prerogative del proprio potere autoritativo. La commistione tra regole pubblicistiche e regole privatistiche che ne connota la disciplina, infatti, si da renderle operanti non in sequenza temporale, ma in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione, ben giustificano l'approccio osmotico a categorie concettuali tipiche del diritto privato da parte dei titolari di pubblici poteri (cfr. sul punto Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237). Da qui la rilevanza attribuita a quelle di correttezza, che non possono pertanto essere relegate soltanto ad una o più delle singole fasi in cui si suddivide una gara, ma le permeano nella loro interezza, in quanto le stesse, oltre che intrise di aspetti pubblicistici e privatistici, sono tutte pur sempre teleologicamente orientate all'unico fine della stipulazione del contratto. Prima della quale, dunque, il loro rispetto non può che riguardare le "trattative", il "contatto" più o meno intensamente qualificato nelle quali esse si sono circostanziate, a seconda del grado di sviluppo del procedimento. Va ricordato altresì come la differenza tra violazione delle regole pubblicistiche e civilistiche risiede nel fatto che la prima, in quanto riferita all'esercizio diretto ed immediato del potere, impatta sul provvedimento, determinandone, di regola, l'invalidità; l'altra, invece, si riferisce al comportamento, seppur collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere, complessivamente tenuto dalla stazione appaltante o dall'amministrazione aggiudicatrice nel corso della gara e la loro violazione genera non invalidità provvedimento, ma responsabilità. Il che non può non valere anche con riferimento alla condotta del privato, seppure a sua volta destinata a confluire in atti dell'Amministrazione. Essa, dunque, va egualmente valutata alla stregua della rispondenza ai richiamati canoni di correttezza comportamentale, non potendo certo porsi sullo stesso piano un errore o una dimenticanza o, come nel caso di specie, una scelta determinata da errore di diritto scusabile, e un'altra, consapevolmente volta invece a trarre in inganno il contraente pubblico. Diversamente opinando, si arriverebbe al paradosso di "punire" con maggior rigore la condotta che abbia inciso in via "mediata" su un provvedimento, rispetto a quella ascrivibile direttamente al funzionario preposto ad esprimere la volontà dell'Amministrazione, la cui responsabilità, espressamente evocata in caso di annullamento d'ufficio dal portato testuale del comma 1 dell'art. 21 nonies della l. n. 241 del 1990, rientra comunque nella normale perimetrazione della colpevolezza». Par. 15: «Il paradigma cui ascrivere la fattispecie, dunque, quanto meno in termini astratti, è quello della responsabilità precontrattuale, collocandosi il comportamento che ha causato l'evento dannoso nella fase antecedente la stipula del contratto pubblico, nella quale il Comune, prima ancora che la Società, aveva fatto affidamento per garantire l'attivazione del servizio di mensa nella tempistica preventivata in connessione con la tipologia del luogo di effettuazione dello stesso (un Centro estivo)».

fede nella condotta della Pubblica Amministrazione, sulla scia di reiterate sentenze della Corte EDU. In tal modo «*si da corpo all'interpretazione dell'art.1 Prot. Addiz. CEDU*» come parametro interposto, «*volto a specificare la violazione dell'art. 117, primo comma della Costituzione*. Con una conclusione chiara: «*il diritto al rispetto dei propri beni*» implica anche la «*piena tutela all'affidamento legittimo*» come «*situazione soggettiva dai contorni più netti di una semplice speranza o aspettativa di mero fatto*». Così «*in una pluralità di casi concernenti indebiti retributivi e previdenziali erogati da soggetti pubblici*» si sono precisati «*i criteri per identificare un affidamento legittimo*» e «*le condizioni che tramutano la conditio indebiti in un'interferenza*» nei confronti di tale affidamento. Se la Corte EDU fonda le sue censure sulla “proporzionalità” la Corte Costituzionale trova “il perno” per la soluzione del conflitto nella clausola di buona fede oggettiva. Ciò perché tale normativa è la cornice giuridica capace di valorizzare, a livello nazionale, e condizionare l'obbligazione restitutoria prevista dall'art. 2033 del codice civile. In base a presupposti che corrispondono a quelli individuati «*dalla Corte EDU per fondare il riconoscimento di un affidamento legittimo circa la spettanza di una prestazione indebita erogata*»²¹.

Resta da chiarire il significato di tale estensione ed occorre premettere alcune considerazioni sulla peculiarità del diritto amministrativo, sul declino della Grande dicotomia fra pubblico e privato e sul ruolo della clausola generale. Iniziamo dal primo aspetto.

3. Buona fede e discrezionalità amministrativa

Si è osservato che il senso del diritto²² amministrativo può riassumersi in un concetto preciso: «*la discrezionalità, ossia gli spazi più o meno ampi che la legge rimette alle valutazioni delle pubbliche amministrazioni titolari di poteri, proprio attraverso il*

¹⁹ A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della Pubblica amministrazione*, cit., p. 121 ss. e il richiamo nella nota 1 alle molte sentenze della Corte costituzionale.

²⁰ *Ibidem*; S. TORRICELLI, *Il principio della buona fede nelle procedure di gara, tra obblighi (dell'impresa) di informare e obblighi (dell'Amministrazione) di informarsi*, in *Munus*, 2020, p. 477 ss.

²¹ Corte cost., 27 gennaio 2023, n. 8.

²² M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto Amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, ETS, 2021, p. 5-7.

ricorso alle clausole generali». Le quali incidono «sul principio della legalità sostanziale»²³. Con un pericolo evidente²⁴, rilevato dalla stessa Corte costituzionale²⁵. «La norma attributiva del potere non può essere una norma in bianco [...] né una delega all'arbitrio dell'autorità amministrativa, imprevedibile per il cittadino e insindacabile per il giudice»²⁶. Specie per quanto attiene ai poteri delle Autorità indipendenti²⁷.

«Da qui il rapporto fra regole e discrezionalità» che determina «una progressiva erosione della cosiddetta riserva di amministrazione, [...] a favore di un controllo giurisdizionale»²⁸ e il necessario recupero secondo il nostro autore, “della legalità sostanziale a tutela della prevedibilità degli atti della PA e delle situazioni soggettive dei privati tramite diversi strumenti²⁹ e criteri forniti anche dalla giurisprudenza³⁰.

La conclusione è chiara.

Attribuire al giudice l'ultima parola nella applicazione delle clausole generali “intacca le prerogative della PA” ed occorre trovare correttivi. Per una serie di ragioni. In ogni ordinamento l'equilibrio fra giudice e amministrazione «si

²³ *Ivi*, pp. 10-12. E il richiamo a M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1995, p. 472.

²⁴ Corte cost., 6 febbraio 2019, n. 45, sulla SCIA.

²⁵ Corte cost. 7 aprile 2011, n. 115.

²⁶ Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 e Corte EDU, *De Tommaso c. Italia*, n. 43395/09, 23 febbraio 2018.

²⁷ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, p. 31; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 72 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica politica e democrazia*, Torino, 2019, p. 88 ss. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703 ss.

²⁸ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 28 e la limpida ricostruzione del pensiero classico sul tema pp. 17-28.

²⁹ *Ibidem*, fra i quali: «un rafforzamento delle garanzie procedurali» come il contraddittorio “funzionale ad un accertamento più accurato dei fatti, alla concretizzazione della “norma attributiva del potere” discrezionale e alla protezione degli interessi coinvolti, specie nei giudizi delle Autorità indipendenti; un auto-vincolo alla discrezionalità che può essere un modo per «recuperare in parte, sia pure in via sub-legislativa, le esigenze di tipizzazione sottese alla legalità sostanziale»; infine l'attività interpretativa del giudice che può sviluppare «parametri, criteri e situazioni tipiche». In tal modo «alla tipicità dei comportamenti illeciti l'ordinamento reagisce, entro certi limiti, con l'atipicità dei poteri necessari per reprimerli».

³⁰ Corte cost., 6 marzo 2019, n. 24, osserva che «la predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può limitarsi legittimamente un diritto costituzionalmente garantito [può] essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione», v. M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 35.

colloca in un punto intermedio fra due estremi. La totale insindacabilità del potere amministrativo, non conforme allo Stato di diritto e un potere giudiziale pieno, incompatibile con il principio di separazione dei poteri». Non solo. Il tema dell'applicazione delle clausole generali è diverso rispetto alle tematiche di diritto civile. «Nel diritto amministrativo, la sussunzione del fatto concreto nella clausola generale, posta a livello di fattispecie normativa, è operata in prima battuta da un soggetto (la pubblica amministrazione) che è di norma esterno ai rapporti inter-privati regolati da clausole generali». Sicché «il giudice opera, per così dire, in seconda battuta» e questo «introduce un elemento di complessità che spiega le incertezze in dottrina e le oscillazioni giurisprudenziali»³¹.

In altra prospettiva il tema è trattato con diversa sensibilità.

Si ricordano le recenti disposizioni che estendono il rilievo della buona fede al procedimento amministrativo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato sul dovere di correttezza nella fase precontrattuale³² e la più autorevole dottrina privatistica³³ e pubblicistica³⁴. Con un richiamo, anche in questa analisi, alla specificità del diritto amministrativo, ma con una puntuale distinzione fra l'interesse pubblico da perseguire con l'atto amministrativo e il comportamento di chi agisce³⁵.

Separare i due momenti consente “di guardare con maggior distacco alla questione del rapporto tra attività amministrativa e attività giurisdizionale”. Stante la piena consapevolezza di un dato.

³¹ *Ivi*, p. 41 e il richiamo a C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Milano, 1972, p. 239 ss.

³² M. RAMAJOLI, in M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, pp. 44-45 ed *ivi* i richiami a E. FABIANI, voce *Clausole generali*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. V, Milano, 2012, p. 183 ss. e Cons. Stato, Ad Plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Giur. it.*, 2018, p. 1983 ss., con nota di G.D. COMPORTI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, p. 327 ss.

³³ P. RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1689 ss. e L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss., che reputa le clausole generali uno «strumento 'ineliminabile' nella tecnica legislativa una volta che sono state abbandonate la tentazione e l'utopia di una minuziosa ed esaustiva disciplina casistica».

³⁴ L.R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1213, che considera le clausole come «luogo di emersione dell'ordinamento giuridico della società» e V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2020.

³⁵ M. RAMAJOLI, *op. cit.*, pp. 45-51.

La scelta discrezionale è una scelta funzionalizzata alla «*realizzazione dell'interesse pubblico che l'amministrazione deve curare in concreto*». Formula un giudizio di legittimità dell'azione che «*trae fondamento nella legge o nelle fonti sovranazionali e comporta un quid novi rispetto alla situazione preesistente*». Il dovere di correttezza, invece, opera in base ai criteri dell'ermeneutica e impone un criterio di valutazione dei comportamenti ai fini dell'accertamento di una responsabilità³⁶.

4. La 'nuova' legalità plurale

L'analisi delle due posizioni esige, in ogni caso, una riflessione sul principio di legalità. Non fosse altro perché il sistema delle fonti è mutato. Il giudice di rado applica semplicemente una norma e deve, più spesso, comporre frammenti di regole o tener conto di varie forme di percettività. Di più.

Il tempo incide sulla giuridicità in modo visibile specie quando è difficile afferrare il reale³⁷ e individuare le strade che possono aprirsi al tramonto delle nostre antiche visioni del mondo³⁸.

Paolo Grossi ci ha lasciato pagine illuminanti sulla legalità e la separazione dei poteri, verità per molto tempo indiscusse da riesaminare in un *continuum* storico. L'una, la legalità, ha realizzato il progetto della modernità di vanificare ogni lettura della realtà diversa dalla legge. L'altra, la separazione, fu pensata per arginare il potere del principe, ma ha finito per sottrarre ai giudici e alla scienza giuridica ogni spazio nella produzione del diritto. Da qui una grande rivoluzione e una grandissima riduzione del diritto civile alle esigenze del potere politico e alla classe dominante che ha il suo approdo nel Code Napoleon. Il punto di

³⁶ *Ivi.*, p. 60-73. S. TORRICELLI, *Il principio di buona fede nelle procedure di gara*, *op. cit.*, p. 477 ss.

³⁷ J.L. NANCY, *Un trop humain virus*, Paris, Bayard, 2020.

³⁸ C. ROVELLI, (*L'ordine del tempo*, Milano, Adelphi, 2017), un grande fisico, racconta della perdita di unicità del tempo del suo scorrere in modo diverso, in montagna e in pianura, o a seconda della massa che incontra e della velocità. Sicché non si «*può descrivere come il mondo evolve nel tempo: descriviamo le cose evolvere in tempi locali e i tempi locali evolvere uno rispetto all'altro*». Insomma «*il mondo non è come un plotone che avanza al ritmo di un comandante. È una rete di eventi che si influenzano l'un l'altro*». Come ci insegna «*la teoria della relatività generale di Einstein*» (p. 25). Sull'incertezza sono fondamentali le riflessioni di G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 83 ss.

svolta si ha con le Costituzioni nate per ricondurre le leggi al diritto dopo le illusioni giusnaturalistiche e la tragedia dei totalitarismi.

I tratti del presente sono chiari a Grossi. Storicità di un sistema di valori, interessi e fatti che si intrecciano in un ordine ove lo Stato e la Repubblica svolgono ruoli diversi e concorrenti. Fattualità ed effettività che impongono di far coincidere la forma e la sostanza nella proclamazione dei diritti e dei doveri. Il fattore democratico espresso da una legalità plurale che esige un compito nuovo delle Scienze sociali, sollecitato dal maggior peso della giurisprudenza e una responsabilità ermeneutica che fissa il preciso dovere, per chi giudica o interpreta, di comprendere il proprio tempo e di usare in modo corretto Regole e Principi.

Il diritto penale non sfugge a tale logica³⁹.

Esiste un'esplicita riserva di legge (art.25 Cost.), che una recente sentenza intende come esplicito riferimento al testo scritto⁴⁰. A ciò si aggiunge il divieto di analogia *in malam partem*. Ma il sistema è profondamente mutato⁴¹.

Il ruolo dell'interpretazione è ampio, perché la lettera della legge si ferma in presenza di casi non tipizzabili. Il che fa parlare, anche in tale settore, di un'età della interpretazione e di ipotesi ove è necessario andare oltre la legge. Si sottolinea una svolta netta che pone il giudice al centro del rapporto fra fatti e valori, perché ad esso non spetta più il solo ruolo di ricerca della norma appli-

³⁹ V. da ultimo R. BARTOLI, *Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale. Presentazione degli Atti del Convegno organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Firenze il 20 maggio 2022*, in *Sistema Penale*, 12, 2022, ed *ivi* F. PALAZZO, *La "nuova" legalità e il ruolo della Corte di Cassazione*; G. LATTANZI, *Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale. Appunto per la presidenza della sessione mattutina*; G. ZACCARIA, *Una "nuova" legalità penale tra testo e interpretazione*; G. CANZIO, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*; D. PULITANÒ, *Legalità penale e nomofilachia*; V. ZAGREBELSKY, *Legalità penale. La posizione della Corte europea dei diritti umani*; E. LUPO, *Prospettive della legalità penale*; R. ORLANDI, *Nuova legalità penale, diritto giurisprudenziale e funzioni attuali della Corte di Cassazione*.

⁴⁰ Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98.

⁴¹ Emblematico è il noto caso Contrada ove la Corte di Strasburgo ha ritenuto che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa sia nato con una pronunzia nazionale del 1994 e non possa, dunque, essere prevedibile e percepibile prima di tale data, con conseguente condanna dell'Italia. La sentenza confermata dalla Grande Camera, nonostante le molte critiche, implica che si possa giovare del principio in essa contenuto in altri casi.

cabile o della interpretazione conforme e dunque di ricerca di una norma preesistente. Oggi si chiede a chi giudica di foggare la regola. Se prima potevano esserci avvisaglie in alcune fattispecie legislative (abuso d'ufficio, colpa grave), la pressione dell'ordinamento comunitario ha determinato una svolta. Per un fatto chiaro.

I principi di garanzia sono incorporati nei criteri dell'Unione europea e sono dunque direttamente applicabili. Basta pensare al *ne bis in idem*, in caso di sanzioni penali e amministrative che spetta al giudice valutare in concreto (Corte cost. n. 149 del 2022), e alla proporzionalità della pena che l'art.49 CEDU consegna al giudice.

Insomma il ruolo della giurisdizione si accentua nei casi di applicazione diretta dei principi e conferisce al giudice penale una capacità ordinante che la norma ha perso. Tutto ciò è espressione per molti di una forma democraticità sostanziale, perché avvicina il giudice alle vicende concrete della società, più di quanto possa fare la legislazione. Con alcuni pericoli.

Anzitutto il carattere diffuso del potere giudiziario, il peso dell'espansione del diritto applicabile dovuta a fattori storici strutturali che richiedono antidoti e sorveglianza. Che non manca nelle sentenze della Corte costituzionale, quando si rivaluta il ruolo della legge (Corte cost. n. 230 del 2012), si riafferma il ruolo del divieto di analogia (Corte cost. n. 98 del 2021) e si esprime il favore di una dichiarazione di costituzionalità rispetto alla disapplicazione della norma interna difforme dal diritto dell'Unione europea. Ma occorre andare oltre.

Il legislatore deve emanare norme chiare e coerenti. Il Massimario della Cassazione è tenuto a costruire un modello di problemi applicativi per razionalizzare la giurisprudenza di legittimità, procedendo per singoli settori nel delineare il diritto vivente, tramite la corretta creazione del precedente tramandabile. (Cass. n. 14747 del 2019). Si pone in guardia dal rimanere abbagliati dai principi e dai valori e si critica l'esorbitanza di alcuni giudici. Da controllare con una effettiva nomofilachia e con una pluralità di contegni convergenti: l'attività

dell'avvocatura e dell'Università; l'attenzione alle norme delle Corti di Strasburgo consolidate; l'autocontrollo, il senso del limite e il dubbio metodico di chi giudica; la trasparenza delle ragioni della decisione (art. 65-68 ord. giudiziario).

C'è un altro profilo da sottolineare con forza.

Come si è osservato esattamente la distinzione fra diritto pubblico e privato non segue la logica del pendolo, ma si manifesta come una realtà complessa. Ove la mano visibile del diritto agisce in modo diverso e con gradi di intensità distanti da periodo a periodo⁴². Il fatto nuovo accade agli inizi del secolo. Si moltiplicano le fonti e gli attori in un complesso intreccio di livelli normativi differenti che si muovono in una nuova legalità scandita da “un continuo e incessante movimento”. In questo scenario il diritto privato è profondamente mutato e non si basa più, da molto tempo, su un modello formale e astratto di eguaglianza.

Il rilievo della disparità di potere e le forme di protezione sono centrali. La regolazione si è estesa dal pubblico al privato e in ampi settori della tutela dei diritti fondamentali relativi al patrimonio, al biodiritto, all'identità personale.

Tutto ciò attribuisce al diritto privato una vocazione costituzionale costruita in antitesi e in netta contrapposizione a quella del codice civile. Di fronte a questa espansione e centralità dei diritti il potere pubblico «*ha perso l'impronta imperativa e autoritaria dell'800 e si è avviato verso una specialità sempre più aperta e multiforme*»⁴³.

Insomma la netta separazione è stata in gran parte archiviata e si va verso un'unità sorretta da principi di diritto da fissare «*intrecciando i linguaggi, le soluzioni per sperimentare nuove compatibilità e nuovi equilibri e confini*»⁴⁴. Tramite un'opera attenta dei Giudici e della Scienza giuridica. Evitando generalizzazioni eccessive

⁴² G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, Bologna, il Mulino, 2022, pp. 19, 47, 58, 68, 69, 99.

⁴³ Così B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, Il Mulino, 2020, p. 11 e p. 220 ss.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, il Mulino, 2020.

⁴⁴ B. SORDI, *op. cit.*, p.226 ss.

per sperimentare, invece, tecniche e strumenti diversi come la interazione e la contaminazione di forme e sistemi normativi, usando una buona dogmatica e molta fantasia nella costruzione di nuove soggettività, diritti, e doveri, tratti da un ordine fondato sulla legge nazionale, il sistema comunitario, i vincoli internazionali, le Authority e i precedenti giudiziari.

5. La buona fede nelle massime della Corte di Cassazione. Un ripensamento

Il sistema subordina il contegno delle parti ad un dovere di correttezza, autonomo e precettivo, talmente radicato nel nostro ordine giuridico da non tollerare smentite. Come si è osservato si può solo separare i vantaggi dai rischi dell'indeterminatezza della buona fede⁴⁵ per non smarrire la coerenza dell'ordine oggettivo⁴⁶. Solo un cenno.

Sino agli anni sessanta del novecento la giurisprudenza aveva sostanzialmente escluso il valore della clausola come fonte autonoma di un diritto e di un obbligo⁴⁷, ma dagli anni settanta in poi la dottrina e la giurisprudenza hanno consolidato un valore precettivo e autonomo della clausola generale, nonostante si lamenti la perdita di calcolabilità del diritto positivo⁴⁸ e si reputi che «*eventuali carenze di tutela debbano essere soddisfatte dal legislatore*». Che solo potrebbe disporre «*di tutti gli elementi di giudizio necessari per effettuare una valutazione dei diversi interessi*»⁴⁹.

⁴⁵ A. GENTILI, *Prefazione* a V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. XVII.

⁴⁶ G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 2017, ed *ivi* la *Presentazione* di P. GROSSI e i saggi di L. ROVELLI, C. LATTANZI, G. D'AMICO, F. DI MARZIO, S. PATTI, E. SCODITTI, S. PAGLIANTINI, F. MACARIO. Ma v. anche il saggio di E. NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. cin.*, 2020, p. 243.

⁴⁷ Cass. 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro pad.*, 1964, I, c. 1283 con nota critica di RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*.

⁴⁸ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 11 ss., e ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, il Mulino, 2017, p. 17 ss.

⁴⁹ V. D'AMICO, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir., Il contratto*, Milano, 2021, p. 607.

Si comprende così come il tema abbia attratto la riflessione del filosofo, sempre più dentro «*al conoscere e all'operare del giurista*»⁵⁰, nella ricerca di un giusto equilibrio fra legge e giurisdizione⁵¹, basato su chiare scelte di politica del diritto guidate da Logica e Dogmatica⁵². Vediamola da vicino.

Una bella analisi di alcuni anni fa esamina, prima della funzione, la struttura semantica delle clausole generali che appaiono come termini o sintagmi contenuti in enunciati normativi non vaghi, ma indeterminati. Da concretizzare con criteri esterni e interni al diritto⁵³ fra loro “potenzialmente concorrenti”. Utilizzando il sillogismo, interno, per un controllo di coerenza fra premesse e decisione ed esterno per la scelta dello *standard* e del suo contenuto⁵⁴.

Se seguiamo questo metodo occorre formulare, a volta a volta, una premessa maggiore largamente condivisa, e una minore dettata dal caso concreto.

La premessa maggiore è chiara⁵⁵. Le origini romane, arricchite dalla dogmatica tedesca e rafforzate dalla scienza giuridica e dalla giurisprudenza, anche italiana, scandiscono un ordine consolidato. Dal dovere di correttezza e buona fede sorgono obblighi reciproci e autonomi di prestazione e di protezione. Questa tecnica di formazione giudiziale e sapienziale delle regole integra il rapporto credito-debito con percettività altra e diversa rispetto al rapporto voluto dalle parti. Essa «*pone un limite all'esercizio del diritto di credito quando l'interesse del*

⁵⁰ Si considera giustamente un classico, il volume di V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., p. 95.

⁵¹ Sul punto P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2020, p. 63 ss.; ID. *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021, in part. pp. 142-145, da un lato isolando l'auto-ordinarsi della società come filtro sistemico capace di scegliere «*fra la folla dei fatti ed interessi solo quelli meritevoli di essere tutelati e promossi*», dall'altro non ripetendo all'infinito i difetti della giurisprudenza in un ordine politico, non solo nazionale, ove «*la democrazia parlamentare offre la figura di un legislatore spesso assente, spesso sordo, spesso impotente, spesso addirittura cosciente di dover abdicare alle vecchie pretese totalizzanti*».

⁵² L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 51, nt. 68 e il richiamo a LEIBNIZ, 1968, p. 508.

⁵³ V. VELLUZZI, *op. cit.*, pp. 56-57.

⁵⁴ L. GIANFORMAGGIO, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo* (1991), in E. DI CIOTTI, V. VELLUZZI (a cura di), *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, p. 28. Ove la conclusione che «*un giurista privo di consapevolezza critica è un cattivo giurista*», mentre «*un filosofo del diritto che non conosce il diritto non è un filosofo del diritto*».

⁵⁵ V. VELLUZZI, *op. loc. cit.*

creditore entri in conflitto con un interesse del debitore che nel sistema degli interessi protetti assuma un valore preminente»⁵⁶.

La premessa minore deve considerare la carica normativa del fatto.

Come si è accennato esattamente la valutazione giudiziale deve attingere a quella che è stata definita la 'legalità del caso'⁵⁷ o il dovere di verità dell'interprete nel ricercare la regola più «congrua, convincente, adatta, appropriata a soddisfare le esigenze pratiche alla base del fatto storico». Angelo Falzea parla «di convenienza e adattabilità dell'effetto al fatto»⁵⁸ a cui deve obbedire anche il procedimento ermeneutico⁵⁹. Vincenzo Scalisi osserva che «la regola deve recepire e conformarsi alla normatività insita nel fatto stesso» richiamando le taglienti parole di Salvatore Pugliatti: «nel cuore del fatto non c'è soltanto l'essere, ma fuso insieme ad esso e inscindibile da esso c'è anche il dover essere»⁶⁰. Parole limpide e chiare a tutti. Chiunque decide una lite, consulta un repertorio o studia una casistica, sa bene di cosa si parla. L'interprete deve indagare la «carica di valore contenuta nel fatto e alla luce di essa interrogare il testo»⁶¹. Perché la giuridicità è comprensiva del dato positivo e del dover essere portato dai fatti, osservato in base a quello che scorre nella vita sociale⁶². Solo una precisazione.

Credo che la Corte di Cassazione dovrebbe ridefinire la massima secondo cui ogni contraente deve salvaguardare la posizione dell'altro.

Tutto è più chiaro se ci riferiamo a parole semplici e di valore universale. Ogni etica laica o religiosa ed ogni filosofia antica o moderna si riconosce nella

⁵⁶ L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, Giuffrè, 1988, p. 1072 ss.

⁵⁷ C. SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung e i suoi limiti innanzi alla Corte di Cassazione*, in *NGCC*, 2021, 2, p. 1189 e il richiamo a F. VIOLA, *La legalità del caso*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 315 ss.

⁵⁸ A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 62.

⁵⁹ V. SCALISI, *op. cit.*, p. 1268.

⁶⁰ S. PUGLIATTI, *Per un convegno di diritto cosmico* (1961), in *Scritti giuridici*, VI, Milano, Giuffrè, 2012, p. 44.

⁶¹ V. SCALISI, *op. cit.*, p. 1266.

⁶² P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2017.

reciprocità. Nessuno può tenere un contegno che non desidera subire dalla controparte. Se le parole sono «*il grande portone attraverso il quale il diritto entra nella coscienza degli uomini*», se la *ratio* della norma si può ampliare solo tramite un'estensione semantica. Se tutto ciò è vero non si deve scordare che la buona fede è un lemma normativo che trova nella reciprocità il suo fondamento semantico e positivo⁶³. Solo una breve digressione.

In una brillante analisi⁶⁴ si osserva che i concetti ricorrenti di solidarietà, giustizia, equità, eguaglianza, buona fede, effettività, pongono il problema del passaggio dal giudizio ontologico al fatto e viceversa. Il che richiede non solo una dimostrazione e coerenza razionale ma pone un'alternativa fra la possibilità di ordinare razionalmente e l'*intuire* che esce dal diritto e dunque è inammissibile.

Ciò perché non si può creare una regola da un valore senza «*passare da una sua formalizzazione semantica attraverso disposizioni vigenti*». Non si può disapplicare una norma ordinaria sulla base della priorità della norma costituzionale neppure ragionando, finemente, sulla diversità della disapplicazione del concetto normativo tratto dalla norma dall'annullamento della disposizione ordinaria che spetta alla Corte costituzionale. Né è possibile il richiamo allo spirito del tempo eludendo la lingua e le parole che restano, in questa visione, ineliminabili. Secondo lo schema dettato dell'art.12 delle preleggi ove il riferimento alla *ratio* non può che significare prevalenza dell'interesse regolato dalla norma e dell'art. 101 della Costituzione. La quale limita la discrezionalità dell'interprete⁶⁵ e la separazione dei poteri in un *ordo superior* delimitato secondo una rigorosa razionalità semantica. Fuori di tale limite non c'è diritto e il richiamo dei principi «*esige il passaggio dalla vaghezza del puro astratto alla concretezza della fattispecie*»⁶⁶.

⁶³ Già in G. VETTORI, *Buona fede abuso e inesigibilità*, cit.

⁶⁴ M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna, il Mulino, 2021, p. 15 ss., e i riferimenti a N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Norme e fatti*, 1984, p. 55 ss. ID., *Riconoscersi nelle parole*, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 12-13.

⁶⁵ M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, Giuffrè, 2016, p. 433-437

⁶⁶ M. ORLANDI, *op. cit.*, p. 209 e p. 216, nt. 247, 218, 226-227.

Una replica a questa visione è possibile in questi termini. La realtà nel diritto va oltre le parole ed è possibile fissare “un'essenza sociale” dei fatti che non occupano uno spazio fisico ma sono soggetti al tempo come i doveri e i diritti.

La loro esistenza non ha niente di oscuro o di mistico, ma è orientata da interessi, bisogni ed azioni che esigono risposte. Per la loro conversione in diritto la fattispecie è uno schema utile e necessario, ma esistono altre forme di “quadratura e di certezza” in una società complessa. La legalità costituzionale fissa un ordine preciso e precise funzioni per la legge, i giudici, la Scienza giuridica. Un ordine che supera e contamina le parole e la *ratio* dell'art. 12 delle Preleggi al codice civile, affidando alla dogmatica, alla teoria dell'argomentazione e alla nuova retorica il compito di recepire la confluenza continua fra Logica e Storia.

Anche perché, come si è giustamente osservato, legalità ordinaria e costituzionale, Stato di diritto e Stato costituzionale non sono in armonia e una “loro conciliazione è indispensabile se si vuole che l'ordinamento funzioni”⁶⁷.

Quanto al ruolo dei principi è noto che i problemi più sensibili, dalla nascita alla morte, sono stati affrontati e risolti, negli ultimi decenni utilizzando il potere-dovere del giudice di applicare la legge anche in casi non espressamente previsti (art.12 disp.att.c.c.), sulla base di riferimenti normativi come “dignità, identità, libertà” a cui dovremo ricorrere ancora in difesa dei diritti civili e di libertà⁶⁸.

6. Le conseguenze della violazione. La buona fede come rimedio risarcitorio

⁶⁷ M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 462.

⁶⁸ P. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, Giuffrè, 2009, p.29 ss., in part. 38. E ora V. PESCATORE, *Identità sessuale e auto-percezione di sé*, Torino, Giappichelli, 2021, ed *ivi* V. PESCATORE, *La legge tedesca sui trattamenti di conversione al crocevia tra libertà fondamentali e diritto all'identità personale*, p. 5 ss. e 13 ss.

Sulle conseguenze della violazione della clausola si è espressa la grande dogmatica degli anni trenta del novecento⁶⁹, da cui muove la distinzione fra atto e contegni formativi ed esecutivi che non si esauriscono nella fattispecie, ma hanno una rilevanza autonoma rispetto alla validità o inefficacia dell'atto⁷⁰.

Ciò conduce la giurisprudenza teorica e pratica in Italia a distinguere fra regole di validità e di responsabilità e di recente ad ammettere una responsabilità anche in presenza di un contratto valido ed efficace concluso in presenza della mala fede di un contraente⁷¹.

D'altra parte tutte le fonti persuasive del diritto uniforme reputano sempre possibile un cumulo o un concorso della regola di validità e di efficacia e una forma di responsabilità aquiliana, contrattuale e precontrattuale⁷². Il che

⁶⁹ A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica* (1929), in *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 277. Chiave di volta della logica giuridica è «la distinzione tra l'elemento formale e l'elemento materiale del diritto: altro è la norma, altro è l'insieme dei presupposti o condizioni cui la norma medesima subordina la propria applicazione: altro, in termini più poveri, è la regola, altro l'addentellato, il support della regola». *Ivi*, p. 280: «senza il fatto, il valore non si particolarizza mai nelle singole valutazioni: il fatto media il valore, perché senza il fatto, il valore resterebbe allo stato di mera virtualità». *Id.*, *Limiti fra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, p. 345 ss., in part. pp. 390-399.

⁷⁰ Così ci sembra di arguire da: A.E. CAMMARATA, *op. cit.*, p. 392. «ogni figura di qualificazione giuridica si esaurisce, logicamente in sé stessa: nessuna ha in sé l'efficacia di dar luogo, per così dire, automaticamente, a nuove conseguenze giuridiche» ma la norma può assumere «come presupposto di conseguenze giuridiche un contegno, non in quanto atto giuridico qualificato, ma in quanto fatto [...] a tale situazione perciò, e non alla preesistente qualificazione giuridica, in quanto tale, la norma ricollega le conseguenze giuridiche». V. G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, Milano, Giuffrè, 1983 p. 43 ss.

⁷¹ Cass., Sez. Un., nn. 26724 e 26725 del 2007; Cass. n. 24795 del 2008; Cass. n. 16937 del 2006; Cass. n. 2479 del 2007. E G. VETTORI, *La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. cont.*, 2008, ora in *Id.* *Diritto dei contratti e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 271 ss. *Id.* *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi. A proposito del caso Cir-Fininvest*, cit.: «Ogni assetto di interessi privato va esaminato come atto, in base ad una valutazione strutturale di validità e come insieme dei contegni formativi ed esecutivi in base ad una valutazione dinamica che può condurre ad una pronunzia di responsabilità. Perché la disciplina dell'atto e dei contegni è diversa, come autonome e cumulabili sono le due valutazioni di validità e di responsabilità». Questa conclusione era già stata affermata dalla cassazione nel 2007 ma è ora ribadita con estrema lucidità e con profili del tutto innovativi, condivisi da una buona parte della dottrina.

⁷² L'art. 8.102 dei PECL (Principi di diritto europeo dei contratti) e l'art. 3.102 (*cumulation of remedies*) del Charter 3 del DCFR affermano la possibilità di un cumulo dei rimedi con il solo limite della compatibilità. Gli artt. 7:216 e 7:304 del Charter 7 del DCFR prevedono la possibilità di altri rimedi in presenza di un'invalidità. La Convenzione sulla vendita internazionale di merci agli art. 45 (obblighi del venditore) e 61 (obblighi dell'acquirente) prevedono la possibilità di cumulo fra adempimento, risoluzione e risarcimento. La Proposta di Regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita, all'art. 29 (Rimedi in caso di violazione di un obbligo di informazione) prevede che il risarcimento non pregiudica l'applicazione dei rimedi previsti nell'art. 42 (recesso), 48 (dolo), e negli altri casi di annullamento o inefficacia del contratto.

contraddice l'idea che la clausola di buona fede sia regola del rapporto e non dell'atto. La clausola concerne la valutazione di comportamenti doverosi che non sono assorbiti dalla fattispecie, ma concorrono con essa nella definizione di rimedi effettivi e adeguati alla soluzione del caso.

Dunque si può ipotizzare un risarcimento per la condotta abusiva e la violazione di un affidamento legittimo, provando il danno subito in base ad un onere che graverà sul danneggiato. Il caso recente più noto è la vertenza fra Cir e Fininvest sui danni causati dalla corruzione di un giudice della Corte di Appello di Milano che aveva annullato un lodo favorevole a Cir, indotta, poi, dalla sentenza corrotta, ad una transazione svantaggiosa.

La Corte richiama la dottrina e la giurisprudenza di legittimità⁷³. Affronta il tema della teoria dei vizi incompleti e le critiche mosse in dottrina ad un uso incontrollabile del difetto della volontà, lesa da un fatto diverso da quelli tipici, indicati dal codice civile. Fininvest aveva osservato che in tal modo sarebbe stato possibile un controllo del contenuto contrattuale al di là di specifiche previsioni normative e in virtù della clausola generale di buona fede, di difficile concretizzazione. Sempre secondo tale tesi, la responsabilità aquiliana sarebbe divenuta un “cerotto universale” di qualsiasi “insoddisfazione equitativa”, mentre le ipotesi di invalidità di per sé assorbono ogni valutazione diversa da quella indicata nelle diverse fattispecie. La sentenza ha replicato che la responsabilità aquiliana (2043 c.c.) e pre-contrattuale (1337 c.c.) hanno una funzione autonoma rispetto alla struttura negoziale. Ha osservato esattamente che le regole di comportamento e il rapporto obbligatorio precedono e seguono la vicenda negoziale, integrata, nella sua più intima essenza da doveri di comportamento funzionali a governare secondo buona fede i differenti aspetti della complessa vicenda negoziale. Un rimedio di questo tipo, secondo la Corte, non è in con-

La sentenza *Courage* della Corte di Giustizia afferma la compatibilità fra un'azione di danni del consumatore pur in presenza di una nullità del contratto a cui lui stesso ha dato causa.

⁷³ Cass., Sez. Un., nn. 26724 e 26725 del 2007; Cass. n. 24795 del 2008; Cass. n. 16937 del 2006; Cass. n. 2479 del 2007. E G. Vettori, *La buona fede come rimedio risarcitorio*, ora in ID. *Diritto dei contratti e ordinamento comunitario*, Milano, cit., p. 271ss.

trasto con l'esigenza di stabilità e certezza dei rapporti giuridici per un motivo chiaro. La slealtà che «*altera i presupposti della trattativa precontrattuale attraverso la commissione di un illecito penale*» non può non avere conseguenze sul piano risarcitorio di natura riparatoria e compensativa. Non solo.

La sentenza si sofferma sul principio di effettività, qualificato esattamente come regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, volta ad assicurare il diritto «*ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella [...] unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato*». Il che significa riconoscere la possibilità «*di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato*», in forza di “un itinerario di pensiero” indicato da precise norme. L'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art.13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (v. Corte di Giustizia a partire dal caso Johnston del 1986), e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. Le quali tutte indicano non solo un diritto di “accesso al giudizio”, ma «*un diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela*»⁷⁴.

Da qui la Corte trae il convincimento, confermato dall'art. 30 del Codice della giustizia amministrativa⁷⁵, che la pretesa della CIR, ricollegata alla violazione della buona fede, debba trovare tutela con rimedio autonomo rispetto alla validità o invalidità della transazione conclusa, e conferma l'inquadramento di tale azione nell'area della responsabilità aquiliana di cui si individuano, nella specie, gli elementi costitutivi⁷⁶.

⁷⁴ L'ampliamento della regola di buona fede è coerente con la responsabilità da contatto sociale riconosciuta prima “come un'ipotesi affine a quella contrattuale e comunque distinta da quella extracontrattuale (Cass., 21 novembre 2011, n. 24438) e poi ricostruita in guida di contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede, caratterizzato da tutti gli elementi dell'art. 1173 c.c. (Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648).

⁷⁵ L'art. 30 del Codice della giustizia amministrativa, «*pur esprimendo un principio di settore*» ha confermato «*l'indipendenza del rimedio risarcitorio rispetto a quello demolitorio*».

⁷⁶ Nel modo seguente: «*il dipanarsi dell'atto doloso (il comportamento del giudice Metta) che cagiona ad altri (la Cir) un evento di danno (la sentenza corrotta) ingiusto (conseguente alla ingiusta alterazione delle posizioni contrattuali) da cui scaturisce una conseguenza dannosa risarcibile (la transazione stipulata a diverse pregiudizievoli condizioni) in costanza del doppio e necessario nesso di causalità materiale (che lega la condotta all'evento) e giuridico (che lega l'evento di danno alla conseguenza dannosa risarcibile) volto a ledere un interesse giuridicamente rilevante del danneggiato (il diritto a stipulare una transazione priva di condizionamento*

7. La Buona fede in funzione di riequilibrio: la nullità selettiva e il contratto quadro

Il principio di buona fede è utilizzato anche come strumento idoneo a ricomporre uno squilibrio asimmetrico e conoscitivo a danno del consumatore (art.33 cod. consumo). Il quale ha, a sua volta, un obbligo di lealtà espresso dal valore trasversale della clausola generale. Ciò accade quando, in presenza di un contratto quadro di investimento, il risparmiatore impugni solo gli ordini che hanno avuto esito negativo e non gli altri che hanno provocato un vantaggio.

La questione della nullità selettiva di protezione è stata affrontata dalla Corte di Cassazione sulla base del criterio ordinante della buona fede, al «*fine di esaminare se in sede giurisdizionale la nullità possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla ratio equilibratrice, in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto*»⁷⁷.

La sentenza delle Sezioni Unite n. 28314 del 2019 alza lo sguardo su tutte le nullità di protezione per esaminare finalità e limiti di una disciplina non del tutto omogenea anche se espressione di un *genus* ispirato a interessi e valori fondamentali, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'eguaglianza, almeno formale dei contraenti (art. 3 Cost.)⁷⁸. Ciò consente una prima conclusione.

Il problema non può essere risolto sulla base dell'utilizzo di un criterio che richiami l'*animus* o dell'intento del contraente. Si deve utilizzare la buona fede per accertare «*la oggettiva determinazione di un ingiustificato e sproporzionato sacrificio*» di una sola parte, con un'ulteriore precisazione. Non si può richiamare la figura dell'abuso di diritto che vieta di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali i poteri delle parti sono stati attribuiti (Cass. n. 15885

scaturente dalla sentenza corrotta, il cui aspetto speculare si identifica nell'indebolimento della posizione contrattuale in corso di trattative e di stipula della convenzione negoziale)».

⁷⁷ V. sul punto le notazioni critiche di R. RORDORF., *op. loc. cit.*

⁷⁸ Si vedano su tale sentenza i commenti di S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come nullità selettiva?*, in *Foro it.*, 2019, I, c. 988; G. PETTI, *L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle sezioni unite*, in *Contratti*, 2019, p. 288; D. MAFFEIS, *Nullità selettive: la "particolare importanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in *Corriere giur.*, 2019, p. 178 ss.; G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e le "nullità selettive" nell'ambito della prestazione dei servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in *Dirittobancario.it*.

del 2013 e n. 10508 del 2018). Occorre una valutazione in concreto del rapporto per esaminare vantaggi e svantaggi che l'investitore ha conseguito.

Solo in tal modo è possibile «ristabilire una equivalenza» con una «verifica di effettività» che superi un riferimento alla condotta dolosa o predeterminata e sia capace invece di modulare correttamente «il riequilibrio effettivo» del contenuto negoziale tenendo conto degli investimenti eseguiti e ponendo in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità con quelli che ne sono “esclusi”. Al fine di «verificare se permanga un pregiudizio».

Se questa negatività permane l'azione sarà stata esercitata correttamente. Se invece gli ordini hanno prodotto un risultato complessivamente positivo e superiore al danno vantato con la domanda selettiva, l'intermediario può reagire. E paralizzare, nei limiti delle allegazioni, «gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati», tramite “un'eccezione di buona fede”. Insomma, se i rendimenti degli investimenti, non colpiti da nullità, superano il *petitum* l'effetto impeditivo è integrale, se invece residua un danno per l'investitore la riduzione opera nei limiti del vantaggio ingiustificato⁷⁹.

8. Buona fede ed inesigibilità totale e parziale degli effetti

Una recente sentenza della Corte di Cassazione ha sollecitato di nuovo un dialogo sulle clausole generali e sulle conseguenze della loro violazione, utile per un ripensamento del sistema delle fonti. Provo ad indicare qualche aspetto⁸⁰.

La decisione⁸¹ si è espressa sul caso di una società familiare che conclude con uno dei soci (il figlio) un contratto di locazione di un immobile. Il canone per sette anni non viene richiesto e solo dopo il divorzio dei coniugi la società intima lo sfratto con la richiesta di tutti i canoni non pagati. La Corte di Cassazione esclude una vicenda estintiva perché non provata, ma accerta un affida-

⁷⁹ Testualmente, G. VETTORI, *Nullità selettive e “riequilibrio effettivo. L'evoluzione della buona fede*, cit., p. 27.

⁸⁰ Così G. VETTORI, *Buona fede, abuso ed esigibilità del credito*, cit., p. 185 ss.

⁸¹ Cass., sez. III, 14 giugno 2021, n. 16743.

mento del debitore ed un abusivo esercizio del diritto del creditore, utilizzando il rimedio della *inesigibilità* dei canoni per tutto il periodo di inerzia del creditore. Con una motivazione che richiama la dottrina tedesca della *Verwirkung*⁸² e la soluzione adottata nel BGB.

La inesigibilità si distingue dalla impossibilità perché a differenza di quella «*non produce effetti definitivi*», limitandosi a provocare una stasi o un'inefficacia del rapporto per l'esistenza di un abuso o di un contegno del creditore che giustifica un *exceptio* per la prevalenza dell'interesse del debitore⁸³.

In presenza di circostanze che il par. 275, abs. 2, del BGB descrive come grave sproporzione, tratta dal contenuto dell'obbligo e dal giudizio di buona fede, escludendo la mera impotenza finanziaria o la semplice “esorbitanza”⁸⁴.

Secondo un modello che in Italia si giova anche di altre motivazioni. Tenendo conto che l'attuazione del rapporto di credito «*non risponde esclusivamente alla logica formale della conformità al titolo e alla legge, ma si adegua alla sostanza dell'assetto di interessi realizzato con l'obbligazione*». Con un duplice livello di valutazione, dunque: la fonte dell'obbligo e l'art. 1175 del codice civile potenziato dai riferimenti alla tutela della persona, alla cui salvaguardia «*l'obbligazione è vocata in forza della sua struttura complessa*»⁸⁵. Specie quando la posizione del debitore sia esposta a circostanze eccezionali⁸⁶.

Una conferma sulla potenzialità di tale rimedio si ha in modo chiarissimo nella recente sentenza della Corte costituzionale sulla ripetizione delle prestazioni previdenziali effettuate in eccesso. Si osserva, al riguardo, che «*un primo fondamentale ruolo spetta alla categoria della inesigibilità, che si radica nella clausola genera-*

⁸² F. RANIERI, *Rinunzia tacita e Verwirkung*, Padova, Cedam, 1971; S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, Jovene, 1978; ID., voce *Verwirkung*, in *Digesto disc. priv.*, IV ed., sez. civ., XIX, Torino, Utet, 1999, 722 ss.

⁸³ V. A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Padova, Cedam, 2021, p. 36, 42-43, 93, 109.

⁸⁴ F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 447 ss. Dove si trova una compiuta analisi della dottrina tedesca e italiana sul punto.

⁸⁵ *Ivi*, pp. 453-456.

⁸⁶ V. da ultimo A. DI MAJO, *Debito e patrimonio nell'obbligazione*, in G. GRISI (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Napoli, 2014, p. 32 ss. ID., *Obbligazioni e tutele*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 179 ss.

le di cui all'art. 1175 cod. civ., la quale [...] impone ad ambo le parti del rapporto obbligatorio di comportarsi secondo correttezza o buona fede oggettiva» tenendo «in debita considerazione, in rapporto alle circostanze concrete, la sfera di interessi che fa riferimento al debitore»⁸⁷.

Certo si deve distinguere *ineseguibilità* ed *inesigibilità*⁸⁸: la prima «implica una valutazione del rapporto tra mezzi e scopo [...] tramite una diagnosi preliminare sul contratto interpretato alla luce dell'art. 1366 c.c.». Mentre la *inesigibilità* presuppone una prestazione possibile, oggetto di obbligazione, il cui adempimento, in date circostanze, non può essere preteso dal creditore” per un termine non ancora scaduto (1185 c.c.), per l'esercizio di un'azione dilatoria (1460 c.c.) o nella forma dell'abuso del diritto «fungendo non da limite dell'obbligazione ai sensi degli artt. 1218 e 1256 c.c., bensì da autonoma 'causa esimente' del debitore»⁸⁹.

Questa posizione ha un preciso seguito nel nostro ordinamento⁹⁰ anche se esiste una giurisprudenza oscillante. La quale si comprende solo riflettendo sul valore del fatto che giustifica una parziale o totale perdita di efficacia del diritto di credito. Solo qualche esempio.

Quale che sia la soluzione che si accoglie è difficile negare che il caso concreto orienta nella ricerca di una tutela che dia piena ed effettiva risposta, ad un affidamento determinato da un silenzio, un'inerzia o una tolleranza. L'inesigibilità ben motivata e delimitata rientra anche nel nostro ordinamento fra le tutele possibili che spetta all'interprete, aiutato da una buona dogmatica, fissare.

⁸⁷ Corte cost., 27 gennaio 2023, n. 8.

⁸⁸ F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet Giuridica, 2015, p. 1991 ss. e p. 560 ss. E il richiamo a L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., ora in ID., *Obbligazioni e negozio*, in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti*, II, Milano, 2011, p. 316 e p. 332.

⁸⁹ F. GAMBINO, *op. cit.*, p. 193 e ancora L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 334.

⁹⁰ P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, Jovene, 1996, p. 283; e A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1992, p. 125, nt. 1 e di recente F. ASTONE, *Ritardo nell'esercizio del credito, Verwirkung e buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 2, p. 603 ss.; F. Ranieri, *Rinuncia tacita e Verwirkung*, cit., *passim*; S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, Jovene, 1978; F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, Jovene, 2006, spec. p. 93 ss., 139 ss., 153 ss.; L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Padova, Cedam, 2008, spec. cap. V, §§ 6-9.

Le recenti sentenze della Cassazione e della Corte costituzionale hanno il merito di aver sottolineato il rilievo di un rimedio compatibile con il nostro ordine giuridico e utile per la soluzione di molti conflitti.