

STEFANO RODOTÀ

**LE FONTI  
DI INTEGRAZIONE  
DEL CONTRATTO**

XX

COLLANA  
LA MEMORIA DEL DIRITTO



Roma TiE-Press  
2024



Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (I). Problemi generali del diritto e del processo* (a cura di M. Cappelletti), 2019
2. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (II). Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto* (a cura di M. Cappelletti), 2019
3. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (III). Diritto e processo costituzionale* (a cura di M. Cappelletti), 2019
4. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (IV). Istituzioni di diritto processuale civile. In Appendice: Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
5. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (V). La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove* (a cura di M. Cappelletti), 2019
6. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VI). La Cassazione civile, Primo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
7. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VII). La Cassazione civile, Secondo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
8. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VIII). Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni* (a cura di M. Cappelletti), 2019
9. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (IX). Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri* (a cura di M. Cappelletti), 2019
10. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (X). Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa. In Appendice: Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
11. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani* (a cura di G. Pino), 2021
12. G. GORLA, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol I) e *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol II) (Introduzione di M. Lupoi), 2023
13. S. CHIARLONI, *Introduzione allo studio del Diritto Processuale Civile* (Introduzione di A. Proto Pisani, Premessa di A. Carratta), 2023
14. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano* (Presentazione di P. Chiassoni), 2023
15. A.E. CAMMARATA, *Scritti sul formalismo giuridico* (Raccolti e curati da F. Modugno e L. Pace), 2023
16. V. FROSINI, *Cibernetica, diritto e società* (Introduzione di G. Sartor), 2023
17. G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive, corso di diritto civile 1972-73* (Introduzioni di P. Chiassoni e M. Grondona), 2023
18. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova* (Introduzione di A. Dondi, Premessa di A. Carratta), 2023
19. C. CARDIA, *Ateismo e libertà religiosa* (Presentazione di R. Benigni), 2023

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

**STEFANO RODOTÀ**

# **LE FONTI DI INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO**

Introduzione di  
**GUIDO ALPA**

**XX**

COLLANA  
**LA MEMORIA DEL DIRITTO**



*Roma TrE-Press*

2024

*Direttori della Collana La Memoria del Diritto*  
Luca Loschiavo, *Università di Teramo*  
Giorgio Pino, *Università Roma Tre*  
Vincenzo Zeno-Zencovich, *Università Roma Tre*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

*Coordinamento editoriale:*  
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**. [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

Caratteri tipografici utilizzati:  
Brandon Grotisque, Cocogoose, Courier (copertina e frontespizio)  
Adobe Garamond Pro (testo)

*Impaginazione e cura editoriale:* Colitti-Roma      [colitti.it](http://colitti.it)

*Edizioni: Roma TrE-Press* ©  
Roma, febbraio 2024  
ISBN: 979-12-5977-298-5  
<http://romatrepress.uniroma3.it>

La presente riedizione riproduce anastaticamente l'opera pubblicata nel 2004 dalla Casa Editrice A. Giuffrè, che si ringrazia per l'autorizzazione.

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della  
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

## Collana “*La Memoria del Diritto*”

Il diritto e la cultura giuridica, come tutte le discipline e le arti, si nutrono del loro passato segnando continuità, evoluzioni, cesure. E questo è particolarmente vero per gli studi giuridici che, in Italia, godono dello straordinario privilegio di poggiare su una tradizione bimillenaria.

Questa posizione impone anche una responsabilità: quella di osservare con occhi attenti la realtà presente, ben consapevoli però che *nihil sub sole novi*.

La collana “*La Memoria del Diritto*” intende contribuire alla conservazione, viva, di questa tradizione mettendo a disposizione degli studiosi – ed in particolare di quelli più giovani – testi classici della cultura giuridica italiana del Novecento, non più disponibili in commercio e reperibili solo, con difficoltà, nelle biblioteche.

La *Collana* è stata aperta, significativamente, dalla ripubblicazione, in accesso libero, dei dieci volumi delle “*Opere Giuridiche*” di Piero Calamandrei che in poco tempo sono stati “scaricati” decine di migliaia di volte in tutto il mondo.

La *Collana* intende proseguire su questa strada, non limitandosi alla semplice ‘riedizione’, ma mettendo a disposizione in forma digitale, accessibile *gratuitamente, sempre e ovunque*, opere di rilievo che pensiamo continuino a costituire un fondamento per gli studi giuridici, orientandoli nella consapevolezza di quanto siamo debitori di chi ci ha preceduto.

Promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli studi Roma Tre nel quadro delle sue iniziative quale Dipartimento di Eccellenza la *Collana* intende essere un punto di riferimento per tutta l’accademia italiana, stimolando e raccogliendo le proposte che da quest’ultima perverranno, dando a questa iniziativa uno spirito ed una sostanza corali.

LUCA LOSCHIAVO

GIORGIO PINO

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH



UNIVERSITÀ DI ROMA - FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
**STUDI DI DIRITTO CIVILE**

FONDATAI DA ROSARIO NICOLÒ e FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI  
DIRETTI DA NATALINO ÌRTI e PIETRO RESCIGNO

6

STEFANO RODOTÀ

**LE FONTI  
DI INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO**

*RISTAMPA INTEGRATA*



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2004



## Indice

*Introduzione di* GUIDO ALPA  
*Novità e perdurante attualità de* “Le fonti di integrazione del contratto” XI

INTRODUZIONE XXIII  
PREMESSA XXXIII

### CAPITOLO I

#### COSTRUZIONE ED INTEGRAZIONE DEL REGOLAMENTO CONTRATTUALE

1. *L'integrazione nel sistema del Codice civile e nella teoria del contratto*: Autonomia del problema. - I rapporti della integrazione con i concetti limitrofi. - Insufficienza di questa prospettiva: il problema della integrazione come ricerca degli strumenti che adempiono alla funzione prevista dall'art. 1374 - Elaborazioni tradizionali ed analisi dell'ordinamento nello studio dell'integrazione. - Funzione ed oggetto dell'integrazione nel quadro della diminuzione di significato dell'attività dei contraenti. - Nuove vicende del contratto: ideologia, storia e diritto vigente 2
2. *Il consenso delle parti e le limitazioni dell'autonomia contrattuale*: Improperità delle classificazioni fondate sulle restrizioni dell'autonomia contrattuale. - Libertà di contrarre e libertà di determinare il contenuto del contratto: valore tecnico delle loro limitazioni. - Necessità di considerare la struttura contrattuale. - La funzione dell'accordo: i rapporti contrattuali di fatto; l'obbligo legale a contrarre. - Il passaggio dal contratto allo *status*. - Uniformità e permanenza delle relazioni contrattuali; il contratto come strumento fondamentale dell'economia concertata. - Contratto e composizione di interessi contrapposti 15
3. *Deroghe all'autonomia contrattuale e nuovi principi nella costruzione del contratto*: Il significato dell'art. 1322 e l'innovazione dell'art. 1339. - Valore normativo dell'art. 1339 - Clausole imposte dalla legge ed attività amministrativa: la determinazione dei prezzi ad opera del CIP. - Sostituzione e riduzione delle clausole convenzionali nel sistema del Codice civile. - Sostituzione legale e difetto di requisiti minimi. - La tutela costituzionale del contratto. - Significato del capoverso dell'art. 1419. - Prime conclusioni sull'intervento dello Stato nel contratto sotto il profilo del concorso di fonti nella costruzione del regolamento contrattuale. - Irriducibilità della conversione del negozio al momento integrativo. - Natura convenzionale o legale degli atti in presenza dell'intervento della fonte 31
4. *La precostruzione del regolamento contrattuale*: Le condizioni generali di contratto: esigenze pratiche e profili strutturali. - La scissione tra «contenuto e comando». - L'art. 1340, nel quadro della precostruzione del regolamento contrattuale; i suoi rapporti con l'art. 1374. - Usi individuali ed usi negoziali nella disciplina delle clausole d'uso 60

5. *La nuova complessità della nozione di contratto*; Concorso di fonti e precostruzione del regolamento. - La critica kelseniana e la necessità di distinguere tra attività delle parti e regolamento contrattuale 72
6. *Il concorso di fonti ed il problema della struttura del contratto*: Unitarietà delle questioni esaminate. - Contratto e rapporto. - Struttura e contenuto del contratto. - Definizioni del contenuto. - Contenuto e circostanze. - Equivoci nella discussione intorno alla nozione di contenuto: rapporto tra contenuto e contratto nel suo complesso; il *voluto* delle parti e la valutazione dell'ordinamento. - Limiti della teorica della fattispecie. - Significato e valore dell'attività dei privati. - Difficoltà di comprendere i fenomeni esaminati nel binomio contenuto-effetti. - Utilità di una prospettiva che consenta di descrivere la realtà legislativa attuale. - I rapporti tra le diverse fonti del regolamento contrattuale. - Il profilo del regolamento e la rivalutazione della fase esecutiva del contratto 76
7. *L'integrazione nel quadro della costruzione del regolamento contrattuale*; La sistemazione legislativa dell'art. 1374. - L'integrazione non si limita al riempimento delle lacune del regolamento. - Integrazione ed interpretazione integrativa. - L'art. 1374 come norma cogente: i suoi rapporti con le altre norme relative alle fonti del regolamento contrattuale. - Integrazione e fenomeni affini: costruzione del regolamento e vicende del rapporto. - Il sistema delle fonti del regolamento contrattuale. - L'art. 1374 e le norme interpretative 91

## CAPITOLO II

### BUONA FEDE E CORRETTEZZA NEL QUADRO DELL'INTEGRAZIONE

1. *Problemi sistematici della normativa di correttezza*: Correttezza contrattuale e principio di solidarietà. - Non tassatività dell'elencazione contenuta nell'art. 1374. - Il rapporto tra art. 1374 ed art. 1375: scarso valore degli argomenti meramente sistematici. - Correttezza e ordinamento corporativo: vigenza dell'art. 1175. - Il rinvio contenuto in quest'ultima norma ed i principi dell'ordinamento 112
2. *Correttezza e buona fede*: Insufficienza della considerazione della ratio comune agli artt. 1175 e 1375. - Buona fede e correttezza come clausole generali: comunanza dei loro destinatari e della loro area d'incidenza. - Buona fede e correttezza nei loro rapporti con il principio di solidarietà. - Carattere negativo della correttezza e carattere positivo della buona fede: limiti di tale criterio distintivo. - Comunanza del criterio in base al quale si determina il contenuto della correttezza e della buona fede. La disciplina costituzionale 132
3. *Correttezza e diligenza*: Diversità di funzione dei due criteri. Gli equivoci sulla nozione: la diligenza come obbligo autonomo; la diligenza come mezzo per

- specificare il contenuto dell'obbligo; la diligenza come dovere generico di protezione. - La diligenza è un criterio di responsabilità: presuppone, quindi, un contenuto già determinato. La correttezza riguarda il *farsi* del contenuto 152
4. *Correttezza ed 'alterum non laedere'*: Impossibile unificazione dei due concetti. - Diversità delle materie in cui operano. Equivoci giurisprudenziali 160
5. *La determinazione del contenuto del principio di correttezza*: Difficoltà sistematiche. - Costruzione del regolamento contrattuale e certezza dei rapporti privati. - Limiti del rinvio ai dati della coscienza sociale. - Il richiamo alle norme costituzionali: l'esperienza tedesca; il contenuto della correttezza ed i principi della Costituzione italiana 163
6. *La normativa di correttezza come mezzo di integrazione del contratto*: Le indicazioni costituzionali e le costanti del contenuto della correttezza: il profilo funzionale e le considerazioni di carattere sociale. - Rapporti tra la valutazione secondo correttezza e quella prevista dagli artt. 1322 e 1343. - La normativa di correttezza e la costruzione del regolamento contrattuale. - Carattere cogente di tale normativa: il contrasto fra normativa di correttezza ed altre norme cogenti. - Le violazioni della normativa di correttezza. - Le valutazioni di carattere sociale e l'integrazione secondo correttezza 175
7. *Per una definizione non dommatica della clausola generale di correttezza*: Interpretazione e ricostruzione del contenuto delle clausole generali. - Le figure sintomatiche dell'applicazione della clausole di correttezza 184

### CAPITOLO III

#### L'EQUITÀ E I POTERI DEL GIUDICE

1. *Significato e funzione dell'equità nel sistema civilistico*: Equità e concretezza delle decisioni: atteggiamenti dottrinari ed orientamenti giurisprudenziali. - Giudizi di valore e certezza del diritto. - Il valore dell'equità in un ordinamento codificato. - Esigenze del sistema e giustizia del caso singolo. - Povertà dell'elaborazione dommatica. - L'equità come componente interna del sistema 205
2. *La definizione dell'equità contrattuale*: Fonti del regolamento contrattuale e poteri del giudice. - Analogia e principi generali nella costruzione del regolamento contrattuale. - L'equità e l'uso. - L'equità come indicazione sintetica di soluzioni particolari. - Giudizio d'equità e generalizzazioni costruttive. - Le norme sull'equità nel Codice civile. - L'equità non riguarda l'adeguatezza delle prestazioni o l'armonia del contratto con le generali esigenze economiche e sociali. - L'equità come potere del giudice di dar rilievo alle ' circostanze ' del contratto 214

3. *Le circostanze del contratto*: I limiti del potere del giudice e la nozione di ‘circostanza’. - Circostanze ed ambiente contrattuale. - Le circostanze presupposte. - Attività interpretativa e circostanze: limiti. - Circostanze soggettive ed oggettive. - Presupposizione e circostanze. - Limiti legislativi al rilievo delle circostanze. - Il precetto contrattuale e le circostanze: lo sviluppo logico della dichiarazione ed il criterio di normalità. - Le circostanze rilevanti in via equitativa. 226
4. *Poteri del giudice ed area d’incidenza dell’equità*: Circostanze rilevanti ed allegazioni delle parti. - Le caratteristiche particolari del giudizio d’equità: loro estensibilità in relazione all’equità contrattuale. - L’art. 1374: l’equità opera «in mancanza» della legge. - Equità e contratti innominati. - Il rapporto dell’equità con le altre fonti d’integrazione 239

## *Introduzione*

### *Novità e perdurante attualità de "Le fonti di integrazione del contratto" di Stefano Rodotà*

GUIDO ALPA

Negli anni Sessanta-Settanta del Novecento gli esponenti delle due Scuole romane che fanno capo a Francesco Santoro-Passarelli e a Rosario Nicolò pubblicano una serie di monografie con le quali si compie una rivisitazione radicale della dottrina del contratto. Nicola Lipari si dedica al negozio fiduciario, la cui prima edizione risale al 1964. Antonino Cataudella pubblica nel 1966 la monografia sul contenuto del contratto, Paolo Vitucci sui profili della conclusione del contratto e quella di Giovanni B. Ferri su causa e tipo nella teoria del negozio giuridico e nel 1969 Stefano Rodotà pubblica la monografia sulla integrazione del contratto. Giovanni B. Ferri ritornerà sugli studi sul negozio ma privilegiando il contratto, con la seconda monografia, su ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto del 1970. Seguiranno Francesco Gazzoni con la monografia su equità e autonomia privata, Mario Nuzzo, su utilità sociale e autonomia privata, che è del 1975. A questi studi si può anche aggregare l'opera di Mario Bessone su Adempimento e rischio contrattuale, del 1969, appartenendo l'A. alle due Scuole, di Pietro Trimarchi e Stefano Rodotà.

La figura del negozio giuridico, pur enfatizzata da Giuseppe Stolfi, ma completamente rivoluzionata da Emilio Betti, era stata rielaborata da Renato Scognamiglio nel 1950, a cui però aveva fatto seguito l'opera su I Contratti in generale (Trattato Grosso-Santoro Passarelli, vol. IV°/Fasc. II°), Milano 1961, poi ripresa nella forma del commentario Dei contratti in generale. Artt. 1321-1352 (Commentario Scialoja e Branca), del 1970.

Chi osserva questo indirizzo culturale dall'esterno ne rimane impressionato e non può non pensare che vi fosse una regia nella scelta dei temi e nella loro concentrazione delle ricerche sul settore della disciplina del contratto: per l'appunto contratto e non negozio giuridico, limiti all'autonomia privata e non intangibilità della libertà contrattuale, rilevanza dell'interesse pubblico rispetto alla tutela degli interessi privati.

La monografia su Le fonti di integrazione del contratto è ristampata nel 2004 con una integrazione: è preceduta da una “introduzione” in cui l’A. spiega innanzitutto il metodo che ha voluto applicare. Non il metodo tradizionale, dogmatico e concettuale, ma il metodo “realistico” seguito da Pugliatti nella disamina dell’istituto della proprietà, qui applicato al contratto rappresentato nella realtà delle contrattazioni e come riflesso nella giurisprudenza e nella legislazione.

Rodotà illustra brevemente il suo disegno culturale, che ha preso le mosse dall’analisi della proprietà, con il saggio sulle Note critiche, è passato attraverso l’analisi della responsabilità civile ed è approdato all’altro istituto centrale nella dinamica dei rapporti privati. Il contratto si presta a questa analisi realistica, che tiene conto degli atteggiamenti della giurisprudenza e delle scelte legislative, anche di quelle effettuate dal legislatore europeo, che privilegia norme imperative piuttosto che non meramente dispositive, ed incide sul contenuto del contratto così come sull’estensione delle sanzioni di nullità e delle ipotesi di recesso *ex lege*, quando il contratto è destinato a disciplinare operazioni economiche in cui una parte, a causa della sua debolezza, richiede una protezione speciale. Rodotà giustifica anche la sua particolare attenzione alla clausola di buona fede, tema che seguirà negli anni a venire, insieme con le tecniche di legislazione per principi.

Può essere che la redazione del testo abbia risentito di due forti influssi: il primo proveniente dal Maestro – questa volta non Rosario Nicolò ma Emilio Betti – e il secondo proveniente dall’ambiente in cui Rodotà insegnava in quel torno d’anni, la Facoltà giuridica genovese in cui si erano radicate le idee del realismo giuridico, di cui erano alfiere Giovanni Tarello per l’indirizzo americano e Silvana Castignone per l’indirizzo scandinavo. Il periodo genovese abbraccia gli anni accademici dal 1968-1969 al 1971-1972. In quel torno d’anni particolarmente fruttuoso Rodotà proporrà una nuova analisi del diritto privato (*Il diritto privato nella società moderna*, 1971), l’analisi delle tecniche di controllo sociale (*Il controllo sociale delle attività private*, 1972), la prospettazione della dimensione politica del diritto, con la fondazione della rivista *Politica del diritto*, che aprirà la scienza del diritto privato alle altre scienze giuridiche e alle altre scienze sociali, superando gli steccati tra diritto privato e diritto pubblico, autonomia dei privati e intervento legislativo, dogma della volontà e rapporti sociali, legislazione per enunciati analitici e legislazione per principi.

Nello stesso periodo Rodotà aveva provveduto a riordinare il metodo del diritto privato, con la prolusione del corso di Macerata del 1967 su *Ideologie e tecniche del diritto civile*.

Insomma, un periodo particolarmente fecondo nella produzione del Maestro, che lascerà un segno indelebile nella rinnovazione del diritto privato.

Uno degli aspetti che la dottrina non mette nella dovuta luce è che la monografia sulle fonti di integrazione del contratto costituisce uno spartiacque tra la situazione precedente alla sua apparizione e quella successiva. Prima della sua apparizione il tema era trascurato, marginale, considerato quasi un complemento utile ma non strettamente necessario della disciplina del contratto. La Relazione al Re non vi dedica un rigo. E neppure nella discussione della Commissione reale il tema appare degno di discussione o di un qualche sviluppo, forse perché riprendeva una enunciazione normativa già esistente nel Codice Napoleonico e nei codici preunitari, alla quale i redattori non avevano dato molto rilievo, essendo quasi naturale che il contratto non potesse essere concluso in spregio alla legge, e che la legge dunque potesse modificarlo, se le parti non ne avevano tenuto conto, e che il contratto a seconda del tipo prescelto non potesse fare a meno che conformarsi agli usi normativi del luogo in cui doveva essere eseguito. Certo, il richiamo all'equità, con tutta la forza espressa da questo termine così pregnante, avrebbe potuto dare maggiore spazio ai commenti e alle proposte interpretative, ma l'Ecole de l'Exegèse non era così coraggiosa da valutare se la pattuizione delle parti potesse considerarsi equilibrata. Il liberismo che aveva imperato dopo gli anni rivoluzionari, il soffocamento dell'attività giudiziale resa sempre più conforme a quella di funzionari di Stato di napoleonica impostazione, aveva finito per radicare il principio che tutto ciò che era contrattuale (cioè voluto dalle parti) era per ciò stesso giusto.

Nel *Commentario* di Galdi che opera un raffronto meramente testuale tra i diversi codici (Cod. Nap. art. 1135, Cod. Parm. 1108, Cod. Alb. 1226, Cod. est. 1185) il fatto che "i contratti debbono esser eseguiti di buona fede ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso e la legge ne derivano" non acquista una posizione rilevata, e al testo si assegna maggior attenzione alla buona fede, e alla scelta del giudice a cui la causa veniva assegnata.

Quelle che Rodotà chiamerà "fonti di integrazione" finivano per stemperarsi nella esecuzione del contratto di buona fede. E, come si sa, in Francia il principio di buona fede non ha mai avuto quell'ampiezza e quell'ossequio che gli sono state tributati in Italia.

Il Codice del 1942 – e non poteva essere diversamente – opera una significativa inversione nell'ordine delle fonti, che non segue più la sequenza

equità, usi, leggi, ma, al contrario, muove dalla fonte più autorevole e imperativa, la legge, per degradare poi agli usi e finalmente all'equità.

Anche la dottrina degli anni Cinquanta è ben poco interessata alla integrazione: in uno dei primi commenti al nuovo Codice civile Mario Ghiron incentra il suo discorso sugli usi, e all'equità riserva una sola considerazione, dicendo che essa può venire in campo solo se le altre fonti facciano difetto. Un po' più articolata la trattazione di Luigi Cariota Ferrara, nel volume sul negozio giuridico, che distingue le norme integrative di tipo suppletivo, che appartengono ai *naturalia negotii*, da quelle dispositive "e magari cogenti" relative sia al contenuto sia agli effetti del negozio, con riguardo agli artt. 1339 e 1340, sui prezzi, sulle norme corporative, sui contratti individuali di lavoro in cui si sostituiscono le clausole volute dalle parti con quelle previste dagli accordi sindacali.

Insomma, l'art. 1374 è relegato ad un ruolo secondario, oppresso da un lato, dall'art. 1375, e dall'altro, reso quasi superfluo dall'art. 1339, che, pur riguardando la sostituzione automatica di clausole, e quindi un'altra vicenda, viene a sovrapporsi alla portata dell'art. 1374 in quanto integra il vuoto creato dalla soppressione della clausola *contra legem* che viene sostituita. L'integrazione occupa dunque uno spazio assai circoscritto nel panorama della disciplina del contratto. Ed è considerata, soprattutto dai fautori della libertà contrattuale, con una certa diffidenza, quasi che – come soleva dire Domenico Rubino dei poteri dell'autorità che conculcavano le libertà – "lo Stato ficcanaso" volesse ingerirsi di materie riservate ai privati.

L'unico Autore che si staglia, rispetto agli altri, anche per la sua concezione attenta ai controlli dell'ordinamento per ragioni sociali è Emilio Betti, il primo Maestro di Rodotà. Betti con piglio sistematico e sicuro unisce l'interpretazione alla integrazione, sottolinea la funzione correttiva della integrazione e la funzione modificativa del contenuto dell'accordo tra le parti. La legge, avuto riguardo "alle esigenze della coscienza sociale", compone di sua autorità il conflitto di interesse tra le parti, appunto modificandone il contenuto. Betti sottolinea che la rappresentazione delle disposizioni che nel diritto italiano e nel diritto francese si somigliano, mentre nel diritto tedesco il discorso è, a suo dire, diverso: qui la causa è compenetrata con la dichiarazione delle parti, e quindi l'integrazione incide sullo scopo da queste avuto di mira. Ben poco spazio si lascia agli usi (normativi) e tanto meno all'equità considerato un pericoloso strumento in mano ai giudici.

L'impianto della monografia di Rodotà emerge dunque in tutta la sua originalità se solo si considera che, a differenza di quanto normalmente accade per le opere di diritto civile, che si inseriscono in un contesto discusso

e radicato nel dibattito culturale, il tema affrontato è invece nuovo.

Questa constatazione può apparire originale: il disposto dell’art. 1374 del nuovo codice, anche se un poco modificato rispetto ai suoi omologhi precedenti, aveva un’aulica storia, e un secolo e mezzo di applicazione. Ma il precetto o era stato assorbito dalla trattazione degli effetti del contratto, o dal ruolo degli usi. L’equità ha sempre giocato nel passato un ruolo marginale, dopo che la codificazione e la teorizzazione del giudice *bouche de la loi* aveva tarpato le ali agli interpreti che volessero valutare la rispondenza dell’accordo alla giustizia sostanziale – sì che si contano sulle dita di una mano i contributi dedicati a questa materia. Insomma, è quasi come dire che Rodotà si è trovato dinanzi ad una tabula rasa.

Di qui la ragione per la quale c’è un prima e un dopo rispetto alla sua monografia: un prima, pressoché inconsistente, e un dopo, che non può prescindere dalla riflessione di Rodotà per affrontare il tema *ex professo*.

Intanto Rodotà distingue tra il voluto delle parti, la dichiarazione, e il regolamento complessivo, composto della volontà e di tutto ciò che viene apportato dalla legge (richiamata in modo generico nell’art. 1374 ma poi analiticamente esaminata), dagli usi e dall’equità. La differenza tra contratto e regolamento è messa in chiara evidenza. Il regolamento contrattuale è tema tipicamente bettiano, ma accolto anche da Renato Scognamiglio nella voce Accordo dell’Enciclopedia del diritto (e nel trattato su *I Contratti*, 1961). Qui entrano in gioco tutti i casi in cui, nonostante la volontà delle parti, il testo contrattuale si arricchisca di previsioni stabilite dalla legge, o per sostituzione di clausole, *ex art. 1339 cod. civ.*, o per conversione del contratto nullo *ex art. 1419*, o per la selezione delle clausole nulle nei contratti per adesione, e così via. La dimensione del regolamento costituisce un’alternativa a quella di contratto inteso come “il voluto” delle parti (e alla stessa categoria del negozio giuridico). Ma i risultati della sua speculazione sono molteplici: (i) non solo il complesso delle regole del contratto che si è arricchito mediante le fonti alternative a quelle della dichiarazione delle parti, (ii) non solo un ampliamento del contenuto e quindi degli effetti del contratto, (iii) ma anche il superamento della concezione della integrazione come “riempimento delle lacune” trascurate dalle parti o volutamente ignorate da esse, (iv) con la collocazione del tipo contrattuale nell’ambiente socioeconomico in cui deve svolgere i suoi effetti, tenendo perciò conto degli usi, (v) nonché del contesto costituzionale in cui il contratto opera, contesto che al contratto può dare, *ex art. 41 Cost.*, solo una tutela indiretta, essendo invece sottoposte al vaglio costituzionale le regole che incidono su di esso.

Questa lunga premessa in realtà è funzionale al discorso che più coinvolge Stefano Rodotà nell'impresa di rifondare il diritto civile nella società moderna: verificare come l'uso delle clausole generali e l'equità possa rendere l'operazione economica delle parti, estratta dal loro progetto egoistico, funzionale alle esigenze sociali. Il principio di solidarietà, che Rodotà aveva già utilizzato come parametro valutativo nell'apprezzare le soluzioni ai problemi della responsabilità civile, viene qui usato per comporre gli interessi delle parti, ed il contratto è visto non come teatro del conflitto ma come teatro della cooperazione.

Un altro importante aspetto originale del lavoro è dato proprio da ciò: se l'integrazione non significa "colmare le lacune" (o soltanto colmare le lacune) è evidente che l'integrazione è un processo che si applica a tutti i contratti anche se non presentano lacune. Non solo. Le fonti di integrazione non sono solo le leggi, gli usi e l'equità, ma anche clausole generali come correttezza e buona fede, che traggono la loro legittimità, come strumenti utilizzati dal giudice, dalla stessa "legge" che per l'appunto in tante disposizioni (dal 1175 cod. civ. in poi) vi fa ricorso. Non si tratta né di una concezione autoritaria della disciplina del contratto, perché la correttezza vale per entrambe le parti e perché rende conforme la loro volizione alle esigenze economico-sociali dell'ordinamento, né una compressione della loro volontà, perché entrambe le parti sono interessate a che il loro rapporto nasca e si dispieghi in modo corretto.

Per uscire dal limbo dei concetti e delle astrazioni Rodotà si affida a figure sintomatiche tratte dalla giurisprudenza, cioè dalla vita reale. Distinti i ruoli di buona fede e di correttezza – entrambe clausole generali non richiamate esplicitamente dall'art.1374 e tuttavia applicabili comunque al contratto in quanto intessute nella legge e per di più, con la loro carica valoriale, espressive dei principi costituzionali – Rodotà esamina alcune vicende risolte in via giudiziale con il ricorso all'art.1374. Non sono molte, anche perché i giudici si avventurano con ritrosia nell'applicazione della norma e gli avvocati sono poco adusi alla invocazione di questa disposizione e poco inclini ad esaltarne portata innovativa. La disposizione peraltro potrebbe essere applicata comunque dal giudice anche se non vi fossero istanze ad hoc da parte dei difensori.

L'ultimo capitolo è il più complesso. È dedicato interamente all'equità, si inserisce volutamente nel cuneo ideologicamente più complesso del tema: i poteri del giudice, l'autonomia delle parti (e la libertà dalle incisioni esterne), il potere di controllo e di correzione dell'ordinamento. A differenza delle clausole generali di buona fede e concretezza, poco usate, ma coerenti con il sistema, l'equità, come modo alternativo di giudicare, non

aveva, fino a quel momento, ricevuto, al di là dell'ossequio formale o di rapide elucidazioni, una trattazione organica, se si salva la dotta monografia di De Marini, rimasta peraltro isolata. Sì che, sottolinea Rodotà, era apparsa come un corollario dell'interpretazione, perdendo perciò la sua carica propulsiva e disperdendo le potenzialità d'uso da parte dei giudici. Occorre innanzitutto definire l'equità, che non si può scambiare con le clausole generali e neppure con la legge, quasi che il binomio legge-equità fosse un tutt'uno, come pretendeva di sostenere Osilia, cioè che deve essere applicata nelle sole disposizioni che la richiamano esplicitamente, quasi si trattasse di un numero chiuso di ipotesi applicative al di fuori del quale il giudice non può spingersi. Certamente il giudice non può alterare il rapporto tra le prestazioni come stabilito dalle parti, perché questo potere gli è dato solo quale ultima ratio in materia di interpretazione di clausole oscure, *ex art. 1371*; né può ridurre il regolamento contrattuale all'ordine pubblico economico, potere che spetta solo al legislatore. L'equità si pone in una zona residuale tra l'autodeterminazione contrattuale e la determinazione legale, consentendo al giudice di scegliere le circostanze del contratto che discrezionalmente – come aveva scritto Vittorio Scialoja – gli appariranno più adeguate allo scopo. È la cernita delle circostanze emerse nel giudizio che consente al giudice di scoprire ciò che le parti non hanno espresso ma che più si confà alla realizzazione dello scopo perseguito.

Dopo il 1969 salvi gli scritti d'occasione o comparsi nei commentari e nelle rassegne di giurisprudenza, per lungo tempo non sono state pubblicate monografie in questo settore: Rodotà non aveva soltanto costruito in modo sistematico il ruolo dell'istituto, ma aveva dato risposta a tutti gli essenziali problemi la cui soluzione era necessaria per applicarlo. Risposte che in ogni caso riemergono sempre quando si discute di integrazione del contratto, sia se si muove dalla concezione più tradizionale, della intangibilità del “voluta”, della prevalenza dell'autodeterminazione, della incertezza dei rapporti contrattuali esposti alla discrezionalità del giudice, della circoscritta ipotesi di intervento per di più di natura suppletiva, o, se si muove da una sostanziale svalutazione della disposizione contenuta nell'art. 1374, e la si confina al solo caso di lacune del testo contrattuale per ridurre ai margini l'operare dell'istituto.

È appena il caso di rilevare che ragionando in questo modo si finisce o per applicare alla integrazione del contratto le regole sulla interpretazione della legge (che non escludono peraltro margini di incertezza, specie se si debba decidere se esista una lacuna) oppure si sconfinava nella interpretazione del contratto.

A differenza di altre monografie di Rodotà nelle quali la comparazione ha giocato un ruolo fondamentale, come nel saggio sulla proprietà che necessariamente gli imponeva di dialogare con la dottrina francese, o nel saggio sulla responsabilità civile, nel quale ha dialogato soprattutto con la dottrina anglo-americana, questa volta egli si è trovato di fronte ad una corposa trattazione degli autori tedeschi. E qui l'interpretazione integrativa ha avuto il suo peso. E gli ha consentito di teorizzare la clausola generale di buona fede come fonte non esplicitata della integrazione del contratto, alla luce delle disposizioni costituzionali.

È significativo osservare che la giurisprudenza lo ha seguito, ovviamente con lentezza e senza eccessi, ma nei momenti più significativi delle sue tesi: dalla distinzione tra contratto e regolamento, alla irrilevanza delle lacune, alla concezione della correttezza, e soprattutto all'uso della buona fede in senso correttivo. Una rassegna operata dall'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione nel 2010 è dedicata proprio a questi passaggi, con tutti i riferimenti giurisprudenziali in tema di fideiussione *omnibus*, di tutela del credito, di cooperazione del creditore all'adempimento, di svalutazione monetaria, di riduzione della penale, di abuso del diritto di recesso, di abuso del diritto come principio generale, e in tema di contratto di lavoro.

Il tema è tornato di moda, se così si può dire, per effetto di diversi fattori: l'approvazione della direttiva sulle clausole predisposte dall'impresa nei confronti dei consumatori, l'attuazione della direttiva nei ritardi dei pagamenti, l'introduzione nei contratti c.d. alieni della clausola di merger, che si oppone all'intervento *ab externo* di qualsiasi modificazione del testo approvato dalle parti, la predisposizione di modelli europei di disciplina del contratto opzionabili dalle parti in alternativa a quello applicabile.

In altri termini, la disciplina della integrazione evolve con l'evolvere dell'ordinamento, ma si può notare che il libro non ha perso il suo smalto, in quanto Rodotà già nel 1969 si è addentrato in tutte le tematiche più ostiche, e ha proposto soluzioni ancor oggi fruibili.

Ne sono prova sia le voci enciclopediche che di recente sono state elaborate sul tema, sia le discussioni aperte dalla legislazione speciale, sia – e soprattutto – la giurisprudenza ormai copiosa, specie dei giudici di merito, sulla interpretazione integrativa.

L'attualità del pensiero di Rodotà in questa materia è risaltata nel seminario a più voci che gli è stato dedicato a Genova, per iniziativa di Alberto M. Benedetti e Mauro Grondona, i cui atti sono raccolti su *Politica del diritto*, n. 1, 2019, pp. 83 ss. È la riprova che quest'opera è diventata

un classico, ed è pertanto un grande merito degli organizzatori di questa collana aver pensato di riproporla ai lettori.



UNIVERSITÀ DI ROMA - FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
**STUDI DI DIRITTO CIVILE**

FONDATI DA ROSARIO NICOLÒ e FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI  
DIRETTI DA NATALINO IRTI e PIETRO RESCIGNO

6

STEFANO RODOTÀ

# LE FONTI DI INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO

*RISTAMPA INTEGRATA*

MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2004



## INTRODUZIONE

Già dalla sua prima pagina questo libro manifesta il clima culturale nel quale venne concepito. A ben guardare, la dichiarata volontà di andare oltre le teorie del negozio giuridico, quasi che avessero del tutto esaurito la loro funzione, non derivava tanto dal fatto che la loro algida presentazione del problema dell'autonomia privata impediva di scorgere il ruolo ad esse assegnato soprattutto nella stagione delle loro origini, divenendo parte, nella Germania bismarckiana, di un più generale progetto di neutralizzazione dei conflitti sociali. Chi avesse avuto occhi per vedere, infatti, almeno in Italia poteva nitidamente scorgere nelle opere di Emilio Betti e di Giuseppe Stolfi opposti programmi di politica del diritto, recuperando il negozio giuridico all'idea sociale o mantenendolo saldamente ancorato alla logica liberale.

Espressiva al massimo grado del metodo dommatico, la teoria del negozio giuridico si presentava piuttosto come uno schermo frapposto tra l'analisi giuridica e la piena comprensione del reale, dove la realtà era anche quella di un sistema normativo che si era venuto fortemente articolando, irriducibile ormai per lo studioso al prediletto codice civile, e che obbligava invece a sporcarsi le mani con la legislazione speciale, a fare i conti con la variabile giurisprudenziale, sempre più significativa. Ciò comportava la scomposizione di categorie concettuali monolitiche, come già era avvenuto con

il passaggio dalla proprietà alle proprietà grazie alla ricerca realistica di Salvatore Pugliatti. Il contratto, oggetto principale d'indagine in luogo del negozio, spingeva proprio in questa direzione, poiché la realtà delle contrattazioni e il loro riflettersi nella legislazione e nella giurisprudenza modificavano lo stesso materiale sul quale doveva esercitarsi l'attenzione dello studioso.

Cercando di sintetizzare questo passaggio, mi è accaduto di dire che la triade “formalistica” — soggetto, fattispecie, negozio — è stata sostituita da quella “realistica” — proprietà, responsabilità, contratto. E questo libro s'inscriveva in un personale programma di lavoro che seguiva proprio questa linea.

Sullo scorcio degli anni Cinquanta, discutendo di temi di ricerca con Rosario Nicolò, di cui ero assistente, mi veniva suggerito di occuparmi della responsabilità civile, allora area depressa degli studi civilistici. Ma, iniziata la ricerca, mi convinsi che quel tema non poteva essere seriamente indagato senza aver prima acquisito consapevolezza adeguata del senso della categoria proprietaria, poiché questo era il vero modello di riferimento quando si subordinava la possibilità di ottenere il risarcimento del danno alla lesione di un diritto assoluto. Compiuto questo rito di passaggio con le “Note critiche in tema di proprietà” (*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, pp. 1252-1341), e approdato a *Il problema della responsabilità civile* (Giuffrè, Milano, 1964), mi sembrò naturale che il passo successivo dovesse riguardare un contratto per il quale la declinazione al plurale fosse in qualche modo evidente fin dall'intitolazione: da ciò questo libro, apparso nel 1969.

Ogni libro ha una collocazione nel tempo che ne rende legittima la storicizzazione e dovrebbe indurre a non cedere

alla tentazione di giudicarlo, o riproporlo, ricorrendo alla categoria ambigua dell'attualità. Mi sembra utile, piuttosto, tentare una piccola (e, venendo dall'autore medesimo, estremamente soggettiva) prova di resistenza dello schema analitico adottato per la costruzione di questo lavoro, che prendeva le mosse dall'articolarsi della legislazione e dal peso della giurisprudenza, tra loro collegate in modo decisivo in particolare dalla clausola generale di buona fede.

In tempi di celebrazioni del contratto, dopo che se ne era affrettatamente certificata la morte, richiamare ancora l'attenzione sull'incidenza del legislatore sul contenuto del regolamento contrattuale può apparire, più che una forzatura, un anacronismo, al quale non si potrebbe porre rimedio invocando la permanente vigenza dell'art. 1339 sull'inserzione automatica di clausole. L'immersione del contratto nella temperie storica degli interessi generali seguirebbe, se mai, vie diverse da quelle dell'intervento legislativo autoritario, riguardando piuttosto l'esclusione di alcune categorie di interessi da quelli regolabili per via contrattuale o riservando soltanto ad alcuni tipi contrattuali la possibilità di tale regolamentazione (si pensi ai contratti gratuiti nella materia degli atti di disposizione del corpo, di sue parti o suoi prodotti).

All'osservatore attento, tuttavia, non dovrebbe sfuggire l'articolarsi delle modalità degli interventi normativi sul contenuto del contratto, anche per effetto dell'articolarsi del sistema delle fonti. Richiamo, tra le tante, la riflessione di uno studioso fine come Enzo Roppo, che ha messo in evidenza che "le discipline contrattuali di origine europea segnano la netta prevalenza delle norme imperative (...) su quelle dispositive", e l'esistenza, in materie qualitativamente e quantitativamente assai significative di "un regime di

vincolo contenutistico della libertà contrattuale” (*Il contratto del Duemila*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 13, 31). Si mettono così in evidenza i limiti dell’ideologizzazione delle tecniche di *default*, e si sottolinea una conformazione preventiva dei contenuti contrattuali che, nella contrattazione di massa, revoca in dubbio il dominio pieno e incontrollato su di essi delle parti, di cui, anzi, esalta le differenze di potere..

Certo, in molti casi gli interventi autoritativi non ricorrono alla tecnica dell’integrazione, preferendo la via delle nullità o dell’ampliamento del diritto di recesso. Ma la conformazione del contenuto ad opera del legislatore si manifesta con nettezza nei casi in cui, sancendosi l’inefficacia di singole clausole, si prevede che “il contratto rimane efficace per il resto” (art. 1469-*quinquies*, comma 1).

Qui non è certo possibile sviluppare una analisi di questi diversi profili. Quel che rimane confermata, tuttavia, è la necessità di guardare al contenuto contrattuale come il risultato di un concorso di fonti diverse dalla sola volontà delle parti, per la tutela di interessi certo immediatamente riferibili ad una di esse, ma in cui si riflettono manifestamente anche finalità d’ordine generale, non riducibili esclusivamente alla tutela del corretto funzionamento del mercato.

Con più forte evidenza si può oggi tranquillamente confermare l’assoluto rilievo della clausola di buona fede, anche al di là delle configurazioni da me proposte. Anche qui un po’ di storia non guasta. L’insistente mio richiamo alle clausole generali ed alla legislazione per principi, fin dall’inizio degli anni Sessanta, si scontrò con una diffusa incomprensione che non si annidava soltanto tra gli affezionato cultori della tradizione, ma pure tra quanti comincia-

vano ad impegnarsi nel rinnovamento degli studi giuridici. In verità, per poter esercitare quell'attenzione prospettica che problemi del genere esigono, era indispensabile spingersi al di là delle già problematiche frontiere del diritto privato, e interrogarsi su funzioni della legge e tecniche legislative, sul ruolo del giudice e sul significato che la stessa certezza del diritto veniva assumendo in sistemi continuamente messi alla prova da fortissime dinamiche sociali, economiche e tecnologiche, queste ultime annunciate da segni inequivocabili.

Le ripulse in nome dei rischi dell'antiformalismo, ed i timori che ciò potesse addirittura incidere sugli equilibri democratici, non tenevano nel giusto conto il fatto che un modo di legiferare proprio di società stabili ed omogenee sarebbe stato comunque messo in discussione dalle trasformazioni che queste già conoscevano. Interrogarsi sui modi di regolazione congeniali a questo tempo nuovo assumeva così un significato esattamente opposto a quello paventato dai critici, dal momento che era destinato a rivelarsi, nelle materie qui considerate, una via essenziale per evitare scarti drammatici tra diritto immobile e realtà mutevole, per mantenere all'interno del sistema giuridico fenomeni che, altrimenti, gli sarebbero sfuggiti o ne avrebbero scardinato l'impianto.

Questo è solo un accenno ad una riflessione sulla cultura dei giuristi che, prima o poi, bisognerà pur fare. Intanto, i dubbi sono stati fugati dalla forza dei fatti. La letteratura sulla buona fede è divenuta imponente, la giurisprudenza si è impadronita di questa clausola generale. Quella che poteva apparire la forzatura soggettiva di uno studioso è ormai un consolidato dato della realtà giuridica.

Le tecniche di buona fede si sono radicate, e sfaccettate nelle loro funzioni, che non sono soltanto quelle di assicu-

rare l'equilibrio contrattuale, di misurare il contenuto del contratto secondo criteri che tengano conto di valori socialmente rilevanti e costituzionalmente riconosciuti (come accade, in specie, nella giurisprudenza sul rapporto di lavoro), ma anche di rendere possibile una maggiore economicità delle contrattazioni: il rinvio alla buona fede prende il posto di costose redazioni analitiche di parti del contratto, in materie per le quali la probabilità di un futuro conflitto non appare particolarmente rilevante. Il mutamento può essere colto persino visivamente. Ci si avvede che gli anni (e lo stimolo scientifico) non sono passati invano quando, per dar conto della giurisprudenza della Cassazione in materia, servono quasi ottocento pagine (E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Utet, Torino, 2003), mostrando così quanto siano lontani i tempi in cui i repertori erano avarissimi di riferimenti alla buona fede e, se ci si imbatteva in una sentenza, questa serviva a negare la giuridicità stessa del principio di buona fede e correttezza.

Ma la penetrazione nella cultura giuridica diffusa si coglie ancor meglio se si considerano gli strumenti di base per la trasmissione di questa cultura – i manuali istituzionali. Addirittura nella prima pagina del *Diritto privato* curato da un gruppo di civilisti pisani (U. BRECCIA, L. BRUSCUGLIA, F. D. BUSNELLI, F. GIARDINA, A. GIUSTI, M. L. LOI, E. NAVARRETTA, M. PALADINI, D. POLETTI, M. ZANA, Utet, Torino, 2003, p. 3) si sottolinea l'importanza delle già vituperate clausole generali e si segnala come “esemplare” la regola della correttezza.

Si tratta di dinamiche che si ritrovano anche al di là di un coltivato giardino italiano. Basta seguire l'itinerario comparatistico contenuto nel ricchissimo volume curato da REINHARD ZIMMERMAN e SIMON WHITTAKER (*Good Faith in*

*European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000) per rendersi conto della capacità di penetrazione e delle infinite sfaccettature della buona fede. E se questo può non sorprendere in un ambiente giuridico come quello tedesco che, grazie ad uno dei “regali paragrafi” del BGB, il 242, aveva fin dai primi decenni del secolo passato regolato difficili problemi di transizione economica (e non solo), ben diverse riflessioni suscita il modo in cui la buona fede ha espugnato la roccaforte storica dello stretto positivismo legislativo, la Francia.

Riferendosi al comma 3 dell’art. 1134 del *Code civil* sull’esecuzione dei contratti secondo buona fede, si è detto che questa norma “s’est réveillée spectaculairement de son demi-sommeil” (P. JESTAZ, “Quel contrat pour demain?”, in C. JAMIN - D. MAZEAUD, *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, Paris, 2003, p. 249). Vero è che molte diffidenze permangono: legate, da una parte, ad una lettura ancora incompleta della giuridicità della buona fede, ascritta piuttosto all’ordine morale e vista come portatrice d’incertezza; suscitate, dall’altra, addirittura da qualche eccesso di fiducia, da un’“utopia contrattuale” che affida interamente il destino del contratto ad una serie di nuovi doveri, in cui la buona fede s’intreccia con la lealtà, la solidarietà, il diritto a rinegoziare. Tuttavia, un passo in avanti è stato fatto, ed è improbabile un ritorno al passato.

Ma il passo davvero più significativo e impressionante si coglie nelle varie imprese di codificazione privata sovranazionale. Nei *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali* il primo comma dell’art. 1.7 individua appunto nella buona fede il principio secondo il quale le parti devono agire nel commercio internazionale. E questo articolo “indica chiaramente, innanzi tutto, che nel sistema dei

Principi Unidroit il comportamento delle parti deve essere conforme al principio di buona fede durante l'intero ciclo vitale del contratto, inclusa la fase delle trattative" (M. J. BONELL, *Un "Codice" internazionale del diritto dei contratti*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 99).

Ancor più massiccia, fino a connotare complessivamente il testo, è la presenza dei riferimenti alla buona fede nei *Principi di diritto europeo dei contratti*, messi a punto dalla Commissione per il diritto europeo dei contratti (Commissione Lando). La stessa definizione dell'autonomia contrattuale incorpora quel riferimento (art. 1:102): "Le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto, nel rispetto della buona fede e della correttezza nonché delle norme imperative contenute nei principi".

Non si possono analizzare qui con completezza questa e altre norme che, nei *Principi*, danno alla buona fede una rilevanza senza precedenti. Ma l'articolo citato è eloquente nel suo indicare il principio di buona fede come limite "interno" alla libertà contrattuale, anteposto addirittura al rispetto delle norme imperative. Certo, a questo punto si è aperta una discussione sui valori che la buona fede farebbe penetrare nel contratto: esaltazione ulteriore della sola logica di mercato o sintonia con esigenze di generale conformità a valori fondativi del sistema?

Non solo per coerenza con quel che venivo scrivendo più di trent'anni fa, ma per la storia e la funzione della buona fede in questi ultimi decenni in giro per il mondo, credo che sia più corretto adottare una linea ricostruttiva che veda nella buona fede un tramite per una più accentuata tutela delle parti nel senso di mantenere il regolamento contrattuale in sintonia non solo con le posizioni e i comportamenti concreti delle parti, ma con i principi ai quali l'ordine

giuridico lega la legittimità stessa dell'agire privato. Proprio le nuove fortune del contratto, l'accresciuto suo peso economico e sociale, ne precludono una lettura chiusa, quasi che le parti, rinserrandosi nei suoi confini, potessero negare la loro appartenenza al mondo.



## P R E M E S S A

*Questa ricerca è stata portata a compimento in un tempo in cui disordinatamente si succedono i tentativi di revisione del tradizionale tema dell'autonomia privata. Essa non ha altra ambizione se non quella, dichiarata, di voler proporre una descrizione del sistema giuridico italiano più attenta alle sue reali strutture ed ai suoi attuali problemi, che non alle costruzioni concettuali che si sono venute edificando intorno a talune norme. In questo senso, può essere valutata anche come una rinnovata proposta di metodo e come una analisi critica della nozione di negozio giuridico.*

*Non ci sembra utile, infatti, avviare ancora una volta tortuosi recuperi di quella nozione in forme capaci di renderla più accettabile dalla realtà di oggi: il tentativo di guadagnare il negozio giuridico agli incerti territori dell'« idea sociale » ha compiuto il suo ciclo pure nella cultura giuridica italiana. Ben più fruttuosa, invece, può essere considerata un'indagine che cerchi di prendere atto del modo in cui si strutturano concrete forme di regolamenti d'interesse, prime tra tutte quelle contrattuali. Solo così è possibile verificare quale sia il ruolo effettivamente attribuito ai privati e ai poteri pubblici in un settore tanto significativo della disciplina giuridica, e preparare un terreno propizio alla comparazione con esperienze diverse dalle nostre.*

*Per far ciò era necessario chiedersi se il regolamento contrattuale fosse in ogni suo aspetto riconducibile all'at-*

*tività delle parti private, quali fossero le fonti competenti ad integrare le determinazioni dei privati, quali i rapporti da istituire tra le diverse fonti. Si tratta di problemi che certamente non sono stati finora ignorati dagli studiosi italiani, anche se in essi non si è visto altro che momenti eccezionali rispetto all'ordinaria logica negoziale. Ma il complesso delle determinazioni normative e un numero crescente di decisioni giurisprudenziali sono lì ad ammonirci della parzialità di questa prospettiva, e della necessità di porre in modo diverso la questione dei rapporti tra attività private e contesto sociale in cui si inseriscono.*

*Come ben si vede, questo non è un problema tipico della materia contrattuale, ma una tra le tante manifestazioni possibili del tema centrale degli studi civilistici moderni. Vorremmo che almeno questa consapevolezza risultasse evidente dall'indagine successiva: che è stata proprio concepita come una tappa in un più lungo cammino.*

CAPITOLO PRIMO

COSTRUZIONE ED INTEGRAZIONE  
DEL REGOLAMENTO CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. *L'integrazione nel sistema del Codice civile e nella teoria del contratto*: Autonomia del problema. - I rapporti della integrazione con i concetti limitrofi. - Insufficienza di questa prospettiva: il problema della integrazione come ricerca degli strumenti che adempiono alla funzione prevista dall'art. 1374. - Elaborazioni tradizionali ed analisi dell'ordinamento nello studio dell'integrazione. - Funzione ed oggetto dell'integrazione nel quadro della diminuzione di significato dell'attività dei contraenti. - Nuove vicende del contratto: ideologia, storia e diritto vigente. — 2. *Il consenso delle parti e le limitazioni dell'autonomia contrattuale*: Improprietà delle classificazioni fondate sulle restrizioni dell'autonomia contrattuale. - Libertà di contrarre e libertà di determinare il contenuto del contratto: valore tecnico delle loro limitazioni. - Necessità di considerare la struttura contrattuale. - La funzione dell'accordo: i rapporti contrattuali di fatto; l'obbligo legale a contrarre. - Il passaggio dal contratto allo *status*. - Uniformità e permanenza delle relazioni contrattuali; il contratto come strumento fondamentale dell'economia concertata. - Contratto e composizione di interessi contrapposti. — 3. *Deroghe all'autonomia contrattuale e nuovi principi nella costruzione del contratto*: Il significato dell'art. 1322 e l'innovazione dell'art. 1339. - Valore normativo dell'art. 1339. - Clausole imposte dalla legge ed attività amministrativa: la determinazione dei prezzi ad opera del CIP. - Sostituzione e riduzione delle clausole convenzionali nel sistema del Codice civile. - Sostituzione legale e difetto di requisiti minimi. - La tutela costituzionale del contratto. - Significato del capoverso dell'art. 1419. - Prime conclusioni sull'intervento dello Stato nel contratto sotto il profilo del concorso di fonti nella costruzione del regolamento contrattuale. - Irriducibilità della conversione del negozio al momento integrativo. - Natura convenzionale o legale degli atti in presenza dell'intervento della fonte legale. — 4. *La precostruzione del regolamento contrattuale*: Le condizioni generali di contratto: esigenze pratiche e profili strutturali. - La scissione tra « contenuto e comando ». - L'art. 1340 nel quadro della precostruzione.

zione del regolamento contrattuale; i suoi rapporti con l'art. 1374. - Usi individuali ed usi negoziali nella disciplina delle clausole d'uso. — 5. *La nuova complessità della nozione di contratto*: Concorso di fonti e precostruzione del regolamento. - La critica kelseniana e la necessità di distinguere tra attività delle parti e regolamento contrattuale. — 6. *Il concorso di fonti ed il problema della struttura del contratto*: Unitarietà delle questioni esaminate. - Contratto e rapporto. - Struttura e contenuto del contratto. - Definizioni del contenuto. - Contenuto e circostanze. - Equivoci nella discussione intorno alla nozione di contenuto: rapporto tra contenuto e contratto nel suo complesso; il *voluto* delle parti e la valutazione dell'ordinamento. - Limiti della teoria della fattispecie. - Significato e valore dell'attività dei privati. - Difficoltà di comprendere i fenomeni esaminati nel binomio contenuto-effetti. - Utilità di una prospettiva che consenta di descrivere la realtà legislativa attuale. - I rapporti tra le diverse fonti del regolamento contrattuale. - Il profilo del regolamento e la rivalutazione della fase esecutiva del contratto. — 7. *L'integrazione nel quadro della costruzione del regolamento contrattuale*: La sistemazione legislativa dell'art. 1374. - L'integrazione non si limita al riempimento delle lacune del regolamento. - Integrazione ed interpretazione integrativa. - L'art. 1374 come norma cogente: i suoi rapporti con le altre norme relative alle fonti del regolamento contrattuale. - Integrazione e fenomeni affini: costruzione del regolamento e vicende del rapporto. - Il sistema delle fonti del regolamento contrattuale. - L'art. 1374 e le norme interpretative.

1. *L'integrazione nel sistema del Codice civile e nella teoria del contratto*. — Già un osservatore superficiale potrebbe con facilità rilevare che le indagini sulla integrazione del contratto sembrano sovente perdersi in labirinti dommatici, che non portano in nessun luogo o la cui tortuosità induce a dubitare dell'effettiva concretezza del problema trattato. In verità, gli accenni, non sempre esaurienti, che i teorici del negozio giuridico o del contratto dedicano all'integrazione, danno piuttosto l'impressione di passaggi obbligati, che lo studioso si rassegna a percorrere senza essere perciò convinto della reale consistenza dell'argomento affrontato. Non è casuale il fatto che rare volte accade di veder trattata l'integrazione al di là dello schema scolastico delle distinzioni e delle concordanze: interpretazione ed integra-

zione, qualificazione ed integrazione, integrazione del contenuto o degli effetti, integrazione legale e convenzionale; e via dicendo.

Chi riflette su questo stato delle cose, è portato a chiedersi se esso dipenda soltanto dal fatto che il tema in questione è stato abitualmente sopraffatto, nell'interesse degli studiosi, da argomenti nelle apparenze assai vicini (si pensi all'ampiezza degli studi sull'interpretazione), o se invece non sia nella natura stessa delle questioni, che attraverso l'integrazione si prospettano, una sorta di irriducibilità ad un profilo rigorosamente unitario; o, almeno, a quel profilo in cui solitamente si riconosce l'integrazione, vale a dire la necessità di colmare talune lacune del regolamento contrattuale.

Probabilmente, una spiegazione non arbitraria può essere fondata sulla considerazione del modo stesso in cui la problematica della integrazione nasce e si svolge sul terreno contrattuale. A ben guardare, ci si avvede che tale problematica, o almeno la sua impostazione iniziale, ricalca i moduli propri dell'integrazione della legge, più precisamente dei procedimenti logici (ed analogici) elaborati al fine di consentire al sistema normativo di operare anche là dove manca una previsione esplicita (cosiddetto riempimento delle lacune) (1). La logica che presiede a questi procedimenti è quella dell'autointegrazione, discendente dal dogma dell'onnipotenza del legislatore (2), dal quale si trae come conseguenza l'attitudine dell'ordinamento a completarsi

(1) Cfr. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, voce in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, p. 936; PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica. Saggi*, Milano 1951, p. 353. Su questo problema, più ampiamente, si confronti in seguito il n. 7.

(2) Si vedano, da ultimo, i rilievi di BOBBIO, *La natura delle cose nella dottrina italiana*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1964, p. 503.

per virtù propria, per il dispiegarsi di forza e logica ad esso interne. Riproposta sul terreno contrattuale, questa problematica ha consentito la costruzione di un modello analogo a quello indicato per la legge.

In sostanza, si finiva con l'affermare che, come nell'ordine legislativo le lacune erano colmate grazie a potenzialità già proprie delle norme vigenti, così nell'ordine contrattuale le lacune aperte da una carente regolamentazione privata potevano essere eliminate in virtù della forza espansiva del regolamento medesimo.

Nascevano così due sistemi, costruiti l'uno a somiglianza dell'altro, entrambi retti dal principio d'autointegrazione, fondato, rispettivamente, sull'analogia e sull'interpretazione: due procedimenti affidati al medesimo soggetto (giudice) e di cui si constatava la comune natura dichiarativa. Una costruzione siffatta era in grado di soddisfare ad una duplice esigenza: da un canto, giustificare la netta separazione dei due mondi, quello della legge e quello retto dalla volontà dei privati, ciascuno dei quali non abbisognava di alcun intervento esterno per il suo integrale funzionamento; dall'altro, e come specificazione del precedente, ribadire il principio che la natura stessa dei rapporti interprivati (contrattuali), escludendo la necessità di interventi esterni che ne consentissero il pieno svolgimento, si opponeva ad ogni forma di eterointegrazione (sì che i casi in cui ciò avveniva non potevano non ritenersi anormali; o almeno eccezionali).

È evidente che una sistemazione siffatta (qui semplificata per ragioni di brevità) rispecchia una serie di dati storici e normativi che devono essere continuamente verificati da chi voglia ribadirne la validità. Questa sistemazione, infatti, postula una distinzione fra settore pubblico (dominio della legge) e settore privato (dominio del contratto).

inteso come « legge delle parti ») che, senza essere assoluta, raggiunga tuttavia un grado sufficiente a garantire una sostanziale intangibilità del settore privato da parte della legge. Essa, d'altro canto, esalta non tanto la creatività dell'agire dei privati, quanto l'assoluta sufficienza delle loro determinazioni a coprire ogni possibile aspetto della situazione regolata.

Fondati o no che fossero in passato, entrambi questi profili appaiono contraddetti dall'attuale strutturarsi dell'ordinamento e dalla realtà presente delle contrattazioni: non soltanto la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato non può essere tenuta ferma con l'antico rigore, ma ha pure mutato di significato; non soltanto i problemi posti dalla realtà delle contrattazioni di massa trovano faticosa collocazione nello schema esclusivo del *volutò* delle parti, ma pure il contratto si colloca diversamente nel sistema costituzionale ed economico. Se, poi, si allarga l'orizzonte dell'indagine, e si guarda allo stesso modello a cui ci si era ispirati nella ricostruzione sistematica dell'integrazione del contratto, ci si avvede che pure la legge è stata investita da rilevanti mutamenti; e che pure la logica dell'autointegrazione, fondata sull'analogia, tende ad essere affiancata (e talvolta sostituita) da forme di eterointegrazione, fondate sulla natura delle cose, sugli usi del traffico, su postulati etici (3). Più in generale, potrebbe mostrarsi come l'intera costruzione aprioristica, su cui gran parte di quella sistemazione si fondava, trovi evidenti ragioni di crisi nei suoi fondamenti (4).

(3) Il fenomeno ha assunto proporzioni particolarmente vistose nell'ordinamento tedesco: cfr., da ultimo, le indicazioni ed i riferimenti bibliografici di LARENZ, *Richterliche Rechtsforbildung als methodisches Problem*, in *Neue Jur. Woch.*, 1965, pp. 1-10, in particolare p. 3.

(4) Il punto è stato messo in rilievo, nei suoi termini generali e con

Tornando alla materia contrattuale, si potrà notare come i fondamentali motivi critici, ora rilevati per la legge, si ripropongono per essa con immutata evidenza.

Già in una prospettiva volontaristica, le possibilità dell'autointegrazione si scontrano con l'affermata irricevibilità del procedimento analogico nell'ambito contrattuale (4-bis); accentuandosi gli orientamenti che per semplicità diremo oggettivistici, e considerandosi le innovazioni legislative (soprattutto in tema di interpretazione), le possibilità di completamento di un regolamento lacunoso, più che nell'attività dichiarativa delle parti, sono fatte risiedere nelle indicazioni che possono trarsi dall'ambiente socio-economico in cui quel regolamento si inserisce. Queste non sono ancora rotture definitive con le concezioni tradizionali, tuttavia testimoniano già del diffuso bisogno di allargare il tipo di strumenti a mezzo dei quali rendere pienamente operante il regolamento contrattuale. Inoltre, all'aprioristico riferimento ad una presunta natura del contratto si va sostituendo una attenzione più diretta per la funzione realizzata dal concreto regolamento d'interessi, nell'ambiente che gli è proprio.

Alla vera rottura, però, si giunge quando ci si avvede che il problema della integrazione non è strettamente condizionato dall'esistenza di lacune. In altri termini, non è soltanto nei casi di oggettiva inidoneità ad operare del rego-

particolare asprezza polemica, da BOBBIO, *La natura delle cose*, cit., p. 503. Una recente indicazione sul problema a cui si accenna nel testo è quella di RAISER, *Scienza giuridica e pratica giuridica*, tr. it. di P. Vitucci, in *Foro it.*, 1965, V, in particolare n. 2. Per una considerazione più generale, si può utilmente vedere A. REINACH, *Zur Phänomenologie des Rechtes. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, München 1953.

(4-bis) Cfr. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna 1943, pp. 15 ss.; inoltre G. SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, p. 249 e nota 1; PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica. Saggi*, Milano 1951, p. 353. E più avanti cap. III, n. 2.

lamento predisposto dalle parti che può aver luogo il ricorso agli strumenti integrativi (come, invece, continua ad accadere al livello dell'ordinamento legislativo per il ricorso all'analogia). Poichè su questo punto si tornerà particolarmente più avanti, qui è sufficiente rilevare che quest'ultima considerazione modifica decisamente l'impostazione dei rapporti tra interpretazione e integrazione, mettendo in rilievo l'inidoneità dei procedimenti autointegrativi ad operare là dove non esista propriamente un problema di lacune. Già negli studi più attenti sulla teoria negoziale, al mantenimento della terminologia (interpretazione-integrazione) s'era progressivamente accompagnata una svalutazione della distinzione, dal momento che l'interpretazione non veniva più limitata ad una funzione circoscritta dall'ambito strettamente volontaristico. Poichè si prendevano le mosse anche dalla situazione ambientale in cui il contratto s'era originato ed era destinato ad operare, pure gli interventi volti a colmare le eventuali lacune del regolamento finivano con l'essere riportati alla logica dell'interpretazione: risultato, questo, certamente apprezzabile quando elimina gli equivoci derivanti dal designare con termini diversi la medesima realtà, contribuendo alla sparizione di alcuni tenaci e falsi problemi (considereremo più avanti quello più tenace di tutti, relativo alla interpretazione integrativa). A sua volta, però, una soluzione siffatta può essere fonte di equivoci nuovi, se non si avverte con chiarezza che le indicazioni da essa fornite possono operare soltanto nell'ambito dell'autointegrazione, senza potere in nulla contribuire ad una corretta impostazione dei problemi dell'eterointegrazione. In altri termini, è utile certamente che, in tutti i casi in cui si ricorre a procedimenti intesi a svolgere tutte le potenzialità del regolamento contrattuale, si parli esclusivamente di interpretazione: ma è assai pericoloso

che eccessi di ingegnosità inducano, attraverso opinabili ricostruzioni della *ratio* di singole norme o estendendo oltre il lecito il ricorso a presunzioni di volontà o ai dati forniti dalla realtà sociale ed economica dell'autoregolamento, a far rientrare nell'attività interpretativa procedimenti ad essa irriducibili (4-ter). A tal proposito, è necessario con assoluta franchezza dire che gli eccessi e le confusioni, a cui in passato aveva indotto il continuo parlare di volontà presunta per spiegare le più diverse forme di arricchimento del contenuto contrattuale, rischiano oggi di riprodursi quando ci si riferisce con troppa disinvoltura alla realtà sociale del contratto, trascurandosi che il limite di questa visione organicistica è appunto nel fatto che l'ordinamento non consente di apprezzare in via interpretativa tutti i possibili rapporti che fanno capo al contratto, in quanto dato sociale, ma unicamente quelli messi in rilievo dalle norme sull'interpretazione. Con queste non devono essere assolutamente confusi quegli strumenti che agiscono sul contratto in base ad esigenze non riconducibili a quelle delle parti private (intervento legislativo) o che, pur prendendo spunto da esigenze già espresse nel regolamento contrattuale o comunque rinvenibili nell'ambiente che lo ha espresso, le svolgono poi secondo criteri obiettivi (correttezza, equità), che ben possono non aver nulla a che fare con le autonome possibilità espansive del singolo regolamento contrattuale. Nè la distanza tra i due gruppi di norme (quelle sull'auto-integrazione e quelle sull'eterointegrazione) può essere colmata affermandosene una *ratio* comune, sia quella della

(4-ter) La denuncia degli abusi relativi all'utilizzazione del termine « interpretare » è diffusissima negli ambienti e nelle epoche più diverse. Cfr., ad esempio, EHRlich, *Das juristische Logik*, in *Arch. civ. Pr.*, 1918, p. 309; WÜRZEL, *Das juristische Denken*<sup>2</sup>, Wien-Leipzig 1924, pp. 13, 31-51. E cfr. più avanti n. 7.

maggior tutela dei privati, sia l'altra della limitazione della loro autonomia: e ciò non soltanto perchè talune di queste norme sono, dal punto di vista ideologico, evidentemente ambigue (si pensi a quelle sulle condizioni generali di contratto), ma soprattutto perchè, anche quando si sia rigorosamente individuata la ragione che le ispira, rimane aperto ed insoluto il fondamentale problema delle modalità secondo le quali realizzano un intervento sul regolamento contrattuale.

In definitiva, con l'eterointegrazione (o, come più semplicemente si dirà da ora in poi, con l'integrazione) si allude a forme di intervento sul contratto che vanno al di là del pur ampio svolgimento della logica della dichiarazione e che, quindi, si aggiungono all'attività delle parti nella costruzione del definitivo regolamento contrattuale. Di conseguenza, non si tratta soltanto di descrivere quali siano gli strumenti previsti per l'integrazione (anche se questo sarebbe già un risultato di non poca importanza, consentendo di mostrare come siano gli stessi dati positivi ad imporre una revisione della tesi dell'intangibilità del contratto dall'esterno), ma soprattutto di analizzare i casi e i limiti del ricorso a tali strumenti, ed i rapporti che si stabiliscono, da un canto, tra essi stessi e, dall'altro, con gli ordinari strumenti interpretativi.

È necessario, anzitutto, liberarsi da un generico apriorismo, che sembra possedere tutta intera questa materia, e che si concreta in indagini fondate non già su un concetto di integrazione ricavato da un'analisi della disciplina legislativa, bensì residuo, per così dire, da tutta una serie di confronti e di esclusioni, o piuttosto da una sorta di tenzone tra interpretazione del contratto (oggettiva, integrativa e via dicendo), modificazione del contratto, completamento della fattispecie contrattuale, qualificazione del contratto, ed in-

tegrazione: alla quale ultima finisce con l'essere assegnato quel tanto di territorio che nessun'altra nozione è riuscita a conquistarsi. Abbandonando la suggestione delle immagini, deve osservarsi che le norme esplicitamente dedicate alla integrazione dal nostro codice civile si riducono, in sostanza, al solo articolo 1374: una disciplina, dunque, quantitativamente assai modesta, la quale, tuttavia, può consentire all'interprete un sufficiente chiarimento del concetto in questione, quando venga intesa senza pregiudizi e correttamente inquadrata nel sistema legislativo. Tale inquadramento, tuttavia, non può essere effettuato ricorrendo all'abituale confronto con nozioni diverse dall'integrazione, ma chiedendosi se, oltre il fragile schermo della rubrica dell'art. 1374, altre norme dello stesso codice adempiano alla medesima funzione degli strumenti indicati in quell'articolo (legge, usi, equità): è lo stesso richiamo della legge, contenuto nella elencazione riportata, ad obbligare ad un allargamento dell'indagine, per accertare quali siano i casi e le forme in cui l'integrazione viene realizzata.

Il problema dell'integrazione, quindi, si palesa quale veramente è, vale a dire non mera ricerca in un empirico concettuale della nozione di integrazione, bensì indagine volta a riconoscere tutti quegli strumenti che, nel nostro ordinamento, adempiono alla funzione prevista dall'articolo 1374.

La ricerca, di conseguenza, deve procedere proprio alla individuazione di questo profilo funzionale: il che non può avvenire qualora si dia per presupposto o scontato quel che contraddistingue l'integrazione rispetto all'oggetto suo, il contratto. Eppure, questo è proprio il metodo che si segue quando tale individuazione delle peculiarità venga perseguita attraverso un raffronto con la interpretazione, la mo-

dificazione, il completamento, la qualificazione, cioè con momento o profili di cui già è stata esaurita la caratterizzazione funzionale.

È evidente, però, che neppure una indagine così orientata può sottrarsi al riesame di talune impostazioni tradizionali, anche se deve esser chiaro che questa parte dell'indagine non appartiene propriamente al piano analitico o ricostruttivo, ma la riguarda in un momento diverso, ma non perciò meno necessario, che potremmo dire di *Privatrechtsgeschichte*, se l'espressione non potesse indurre in sospetto o far temere una sorta di commistione tra questioni assolutamente non omogenee. Il vero è che confusioni e travisamenti si originano proprio quando, tra i diversi piani su cui necessariamente indagini siffatte si muovono, non si opera alcuna distinzione, e si fa passare per analisi dei principi dell'ordinamento quella che è, invece, l'esposizione dell'ideologia dell'interprete; e si fa un fascio solo di dottrine che hanno riferimenti legislativi, culturali e storici del tutto diversi; e si considerano come soluzioni legislative formule che sono invece il frutto, o la stratificazione, di un insegnamento di scuola, o la traduzione in diversi termini di una esigenza politica, economica, sociale. Tutti profili, beninteso, che non potrebbero mancare in una indagine senza impoverirla grandemente: ma che, proprio perchè appartengono a piani diversi, devono essere presentati ciascuno con la sua effettiva fisionomia, e non appiattiti in una pretestuosa unità, che fatalmente ne travisa il reale significato.

Dei tre piani dell'indagine così indicati, con immediatezza maggiore si presenta quello che riguarda il contratto come oggetto dell'integrazione e come termine per definire la funzione di questa: è da alcune prese di posizione su

questo istituto, dunque, che la ricerca deve prendere le mosse. Beninteso, non si vuole qui scrivere la teoria del contratto. Ma ogni ricerca particolare, quando i suoi confini non siano pure i limiti dell'interesse di chi la conduce, è sempre un riscrivere (o almeno un ripensare) l'intero argomento di cui essa è parte. E se si accetta con consapevolezza la limitazione derivante dall'aver scelto un punto di vista particolare, la prospettiva dell'integrazione può contribuire a mettere a fuoco, sia pure in via non definitiva, questioni talvolta accantonate da diverse direttive di ricerca; e, insieme, a sottovalutarne altre, sovente al posto d'onore in più di una trattazione dedicata al contratto.

Questo perchè l'integrazione sembra partecipare di una duplice natura: essa è fuori del contratto, ma al tempo stesso ne determina l'operare; il contratto è il suo oggetto, ma alla costruzione del proprio oggetto essa non manca di partecipare. Di ciò l'art. 1374 è testimonianza eloquente, nel suo apparente contrapporre due diverse fonti degli obblighi discendenti dal contratto: quanto in esso è espresso, da un canto, e la legge, gli usi e l'equità, dall'altro. Si delinea così la complessità dell'istituto contrattuale, sfuggente a chi prescelga a proprio punto di vista la interpretazione, la modificazione, la qualificazione, che, tutte, suppongono concluso il *farsi* del contratto, e dunque ne offrono una immagine, se non compiuta, certo in sé unitaria.

D'altra parte, a conclusioni non dissimili sulla odierna complessità dell'istituto contrattuale dovrebbe giungere chiunque, non prigioniero di talune astrazioni proprie della teoria negoziale, consideri con attenzione i maggiori mutamenti che si sono determinati in relazione al modo in cui il contratto viene ad esistenza. Senza andare troppo lontano, e senza forzare la comparazione oltre i limiti compa-

tibili con il nostro ordinamento legislativo, possono ricordarsi tutti quei fenomeni che, talvolta impropriamente unificati sotto il segno della oggettivazione, vengono descritti con le formule più diverse e suggestive: istituzionalizzazione del contratto, standardizzazione del contratto, pubblicizzazione del contratto, passaggio del contratto allo *status*, tendenza alla stabilità del rapporto contrattuale, rapporti tra piani e contratto (e, in genere, intervento dello Stato nel contratto), rapporti contrattuali di fatto, predisposizione di schemi diversamente vincolanti (contratto *imposto, regolato, diretto*; contratto tipo, contratto per adesione; contratti *economici*); e via dicendo (senza trascurare accurate riflessioni sulla crisi, o addirittura sulla morte, del contratto). Su alcune di queste formule sarà necessario tornare più ampiamente: ma fin da ora può rilevarsi che tutte concordano nel dare rilievo particolare alla diminuzione di significato dell'attività dei contraenti ai fini della costruzione del regolamento contrattuale.

Questa, però, rimane una mera considerazione sociologica, se ad essa non si accompagna un chiarimento delle eventuali conseguenze tecnico-giuridiche determinate dai nuovi accadimenti descritti nelle formule sopra ricordate. Ma tale chiarimento, a sua volta, ne suppone un altro, di portata più generale e di significato non lieve per l'impostazione della ricerca. Le diverse formule citate possono essere intese tanto come espressione di particolari ideologie contrattuali, quanto come indicazione sintetica di qualche mutamento prodottosi sul piano legislativo: si tratta, appunto, di veder chiaro nell'uno e nell'altro aspetto, senza respingere i nuovi dati legislativi in base a criteri puramente ideologici, e senza proporre ricostruzioni sistematiche fondate su concetti estranei all'ordinamento legisla-

tivo. In altri termini, anche questa volta è necessario tenere ben distinti i diversi piani dell'indagine e, analizzando i diversi modi in cui il significato dell'attività dei contraenti può essere ridotto, non confondere i riflessi di ciò sull'ideologia degli studiosi o dei legislatori con le norme che contemplano quella riduzione; nè assumere i dati sociologici, eventualmente rilevanti in sede di riforma legislativa, come indici di una mutata situazione normativa. Ed allora l'auspicato chiarimento tecnico può raggiungersi soltanto saggiando la compatibilità delle varie novità, sinteticamente espresse nelle diverse formule, con la disciplina legislativa vigente. Il che significa chiedersi se i mutamenti, a cui quelle fanno riferimento, possano essere ritrovati anche in norme di legge.

In tal modo, viene ad essere giudicata impropria, e del tutto esclusa dal nostro orizzonte, ogni ricerca che si volga a risolvere il diverso problema della compatibilità della disciplina vigente, o di talune sue parti, con la nozione classica di contratto. Chiedersi se veramente « *le contrat devient de moins en moins contractuel* » (5), significa porre un problema tipicamente ideologico, o che può essere risolto soltanto in sede storica, in un confronto tra diversi strumenti posti a disposizione dei privati in epoche diverse per la realizzazione di interessi analoghi: un problema, come ben si vede, del tutto estraneo ad una indagine di diritto positivo, non potendo sfuggire alla necessità di ipotizzare una nozione di contratto distinta da quella propria della disciplina legislativa.

(5) JOSSE RAND, *Les dernières étapes du dirigisme contractuel: le « contrat forcé » et le « contrat légal »*, in *Dalloz Heb., chr.*, 1940, p. 5.

2. *Il consenso delle parti e le limitazioni dell'autonomia contrattuale.* — Il problema preliminare è costituito dalla necessità di tracciare con sufficiente chiarezza le linee fondamentali del quadro in cui l'integrazione deve essere collocata: e ciò non può esser fatto senza rendersi conto del significato tecnico dei diversi fattori che, intervenendo nella costruzione del regolamento contrattuale, circoscrivono il potere dei privati di determinarlo compiutamente, e dunque incidono sulla stessa rilevanza del consenso dei contraenti. È bene avvertire che diversi fenomeni ricordati nel paragrafo precedente non possono essere tutti ridotti al medesimo denominatore comune, che non sia quello, ingannevole, delle limitazioni dell'autonomia contrattuale. E questo non perchè essi non concretino, in sostanza, vere e proprie limitazioni di quella autonomia, almeno secondo il significato che tradizionalmente si suole attribuire a tale espressione; ma per la diversa ragione che, una volta constatata la limitazione dell'autonomia, non si è ancora detto nulla sulla qualità delle conseguenze tecniche che ciò comporta, e che può variare grandemente da caso a caso. Le limitazioni dell'autonomia contrattuale, infatti, possono tradursi tanto nell'obbligo quanto nel divieto di contrattare, tanto nella necessità di conformarsi ad un regolamento predeterminato quanto nell'obbligo di osservare la parità di trattamento di tutti i contraenti; nella sostituzione automatica di clausole e nella modificazione del regolamento contrattuale per finalità di ordine sociale, e così via.

Indubbiamente, in ognuna di queste ipotesi la libertà del privato è sostanzialmente limitata: ma è altrettanto chiaro il diverso valore tecnico di ciascuna delle limitazioni indicate. Ciò non vuol dire, ad ogni modo, che una ricerca riferita all'autonomia contrattuale sia del tutto priva di

significato, anche se è evidente che il suo terreno è quello della ricostruzione dell'ideologia del sistema, non già quello della ricostruzione positiva dell'ordinamento legislativo, l'operatività delle cui regole sfugge al giudizio di valore che può essere pronunciato su ciascuna di esse. Solo in una prospettiva ideologica, o più propriamente nel quadro dello svolgimento storico dell'ordinamento statale, può trovare collocazione un dibattito intorno all'attuale misura dell'autonomia contrattuale, raffrontata con quella di epoche e ordinamenti diversi; ed essere giudicata l'opinione, che riassume più di un analogo modo di considerare la situazione presente, di chi vede nell'attuale stato delle cose null'altro se non la tendenza dello Stato a riassumere gradualmente poteri che aveva in passato abbandonato ai privati (6).

A costo di sembrare monotoni, torneremo ad insistere sul fatto che una indagine come la nostra, pur non potendo assolutamente prescindere dal quadro generale che stiamo cercando di tracciare, può essere condotta unicamente come rilevazione dei dati offerti dalla disciplina positiva (ed il riferimento è non soltanto al codice civile, ma alle ormai numerosissime leggi speciali che incidono sulla materia contrattuale). L'unico atteggiamento valutativo che, in tale prospettiva, possa esser considerato lecito, è quello relativo alla legittimità costituzionale delle norme in questione, e più precisamente alla compatibilità delle norme sul regolamento contrattuale con i principi costituzionali relativi alla iniziativa economica privata (7).

(6) Per questa opinione cfr. in particolare VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*<sup>2</sup>, Paris 1962, p. 279.

(7) In una diversa prospettiva ha recentemente impostato l'intero problema NICOLÒ, *Diritto civile*, voce in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, p. 913, osservando che si potrà continuare a parlare di diritto civile « sino a quando

Così stando le cose, non può non ritenersi insoddisfacciente anche quel tentativo che, al fine di classificare più rigorosamente le disposizioni restrittive dell'autonomia contrattuale, distingue le limitazioni della libertà di contrarre da quelle relative alla libertà di determinare il contenuto del contratto (8). Certo, questa è una distinzione tecnicamente assai più attendibile, dal momento che sceglie a criterio discretivo non già concetti extralegislativi, bensì nozioni di cui è agevole ritrovare un esplicito riscontro normativo. La sua debolezza, però, si fa palese quando si prende in considerazione il profilo funzionale, rispetto al quale diventa immediatamente difficile conservare netta la distinzione proposta. Infatti, accade frequentemente che la predisposizione (legale o convenzionale) di particolari elementi relativi al contenuto contrattuale miri in effetti ad incidere sulla possibilità stessa di contrattare, e come tale sia presa in considerazione dallo stesso ordinamento legislativo (si

i limiti interni... dell'atto di autonomia incidono soltanto sul profilo funzionale, con accentuazione finalistica della tutela». È evidente la distanza di questa impostazione, che cerca di chiarire fino a che punto una nozione tecnica di autonomia sia compatibile con le limitazioni che le vengono imposte, dalle opinioni prima criticate.

(8) Cfr. le indicazioni di MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 802-805. Tale distinzione corrisponde, nella sostanza, a quella tra *Abschlussfreiheit* e *Freiheit der inhaltlichen Gestaltung* (a cui fa ricorso LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*<sup>1</sup>, I, München-Berlin 1964, pp. 37 ss.) o tra *Abschlussfreiheit* e *Gestaltungsfreiheit* (su cui ESSER, *Schuldrecht*<sup>2</sup>, Karlsruhe 1960, pp. 35-38). Più analiticamente, E. VON HIPPEL, *Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach anglo-amerikanischen Recht*, Frankfurt a.M. 1963, p. 9, nota 1, individua i seguenti elementi costitutivi del concetto di libertà contrattuale: 1) *Abschlussfreiheit*; 2) *Partnerfreiheit*; 3) *Inhaltsfreiheit*; 4) *Formfreiheit*; 5) *Aufhebungsfreiheit*. È evidente che questo, e altri analoghi tentativi, possono essere oggetto delle più varie critiche: deve notarsi, tuttavia, come essi esprimano la diffusa insoddisfazione per un riferimento generico, quale certamente è divenuto quello alla libertà contrattuale, preferendo scomporre questa nelle diverse componenti effettivamente prese in considerazione dall'ordinamento legislativo.

pensi, ad esempio, alla pratica della imposizione di prezzi determinati a fini discriminatori ed all'obbligo di pari trattamento, previsto dagli artt. 1679, co. 3, e 2597, che ne costituisce, in taluni casi, la sanzione). Viceversa, l'obbligo o il divieto di contrattare si riferiscono, in più di un caso, alla necessità od alla impossibilità di concludere un contratto con un contenuto determinato (si confronti ancora l'articolo 1679).

Potrebbe rilevarsi, però, la diversità di conseguenze giuridiche discendenti dalla configurazione di un limite in relazione alla libertà di contrarre od a quella di determinare il contenuto del contratto (basta pensare alla possibilità di applicare l'art. 2932 o di richiedere il risarcimento dei danni subiti a seguito della mancata conclusione di un contratto). Ma neppure questa considerazione è appagante, dal momento che, riguardando unicamente un profilo effettuale (e, per di più, sanzionatorio), non tocca il momento strutturale: il che, d'altra parte, era naturale, essendo libertà ed autonomia estranee alla struttura del contratto, riguardando le parti di esso in una fase precedente e, a dire di alcuni, neppure sempre rilevante. Se, però, l'indagine sulla libertà e l'autonomia riguarda più le parti contraenti che la struttura del contratto, i fenomeni in questione non possono essere esaurientemente spiegati neppure quando si fa riferimento al concetto di limite, tanto che lo si riferisca in generale all'autonomia contrattuale, tanto che lo si consideri in relazione a specifiche ipotesi di limitazione della libertà di contrarre o di determinare il contenuto del contratto. Questo perchè il concetto di limite, quale è abitualmente adoperato in questa ed in altre materie, serve soltanto ad indicare il grado di compressione dei poteri dei privati, o meglio a circoscrivere

l'ambito entro il quale tali poteri possono esplicarsi, senza fornire alcun chiarimento sulle modifiche che quei poteri, una volta circoscritti, hanno potuto subire. In altri termini, chi non voglia arrestarsi ad una descrizione della situazione legislativa, deve andare oltre la constatazione dell'esistenza di talune limitazioni, esaminando anche ciò che accade al di là del limite imposto, e in conseguenza dell'imposizione di questo (9). Questa stessa prospettiva, ad ogni modo, non deve far sì che il limite venga inteso come una sorta di spartiacque, o di confine, che lo studioso deve varcare e lasciarsi alle spalle. Certo, così vuole la tradizionale premessa di chi costruisce i poteri dei privati come potenzialmente illimitati, rispetto ai quali il limite sarebbe niente altro che un accidente esterno, ininfluenza sulla struttura della situazione residua: ma così non è sempre, chè vi sono ormai limiti che caratterizzano istituzionalmente determinate situazioni giuridiche (10) e non possono, quindi, essere considerati soltanto all'esterno della situazione in questione, dovendosi invece configurare come veri e propri elementi strutturali.

È necessario, allora, considerare preliminarmente la struttura contrattuale, nei suoi elementi più direttamente interessati dai fenomeni in questione.

Il termine a cui riferirsi, in questa ulteriore indagine, deve essere a nostro avviso costituito dall'accordo delle parti, la cui considerazione consente di svolgere in termini

(9) Su questo punto, in generale, si confrontino gli acuti rilievi di DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli 1958, p. 105.

(10) La necessità di superare una considerazione meramente *esterna* dei limiti relativi a diverse situazioni ed istituti giuridici è stata più volte segnalato; cfr. quanto già avevamo modo di scrivere nelle nostre *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, in particolare p. 1306.

tecnicamente più rigorosi i discorsi accennati in precedenza. Se, infatti, per comodità di svolgimento continuiamo a riferirci alle formule descrittive elencate nel paragrafo precedente, ci accorgiamo immediatamente che alcune implicano una vera e propria revoca in dubbio del significato e del valore dell'accordo in quanto tale. Così è, certamente, per i rapporti contrattuali di fatto, rispetto ai quali sono state prospettate entrambe le soluzioni estreme: tanto quella che nega ad essi vera e propria natura contrattuale, proprio in ragione della mancanza di uno scambio di consensi (11); quanto l'altra, che nei rapporti contrattuali di fatto fonda appunto la possibilità di prescindere del negozio (e dunque dall'accordo) nella costruzione della categoria contrattuale (12). Se questa ultima tesi viene intesa nella sua formulazione estrema, e cioè come non necessità dell'accordo, è evidente l'eccesso della conseguenza rispetto alla premessa,

(11) Questa era già l'opinione di HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift für H. Siber*, II, Leipzig-Wien 1943, pp. 21-23. Nella nostra dottrina chiaramente BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, pp. 366-367. Il problema generale è posto in termini assai precisi da SIEBERT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe 1958, pp. 37-38; e cfr. le notazioni critiche di ESSER, *Gedanken zur Dogmatik der « faktischen Schuldverhältnisse »*, in *Arch. civ. Pr.*, 1958-59, in particolare pp. 88, 97-98.

Ci sembra opportuno rilevare come, una volta scelto il punto di vista che, nell'attuale indagine, ci induce a considerare i rapporti contrattuali di fatto, sia possibile distinguere i casi riconducibili ai fenomeni della società di massa (*Leistungsbeziehungen des Massenverkehrs*, secondo la terminologia abituale della dottrina tedesca: cfr. SIEBERT, *op. cit.*, p. 12; FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, nel volume collettaneo *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, I, Karlsruhe 1960, p. 183), e quindi caratterizzati da una più accentuata tipicità sociale (*Schuldverhältnisse aus sozialtypischen Verhalten*, secondo l'espressione di LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 33), dai casi in cui si prevede la produzione di effetti per taluni contratti nulli (contratto di lavoro e contratto di società, in specie), sulla base di una più penetrante valutazione funzionale e di un esame del diverso modo di porsi della c.d. struttura contrattuale.

(12) Cfr. CARRARO, *La mediazione*<sup>2</sup>, Padova 1960, pp. 58-59. Cfr. i rilievi di FLUME, *Rechtsgeschäft*, cit., p. 186.

anzi l'improprietà dell'intero procedimento seguito da chi, costruendo una nozione di contratto, ha ritenuto di poter prescindere da un elemento, l'accordo, richiamato non soltanto in una definizione legislativa di dubbio valore vincolante (art. 1321), ma in una elencazione di requisiti previsti a pena di nullità (art. 1325 in relazione all'art. 1418). Tesi siffatte, a ben guardare, testimoniano dell'antico pregiudizio secondo il quale la categoria contrattuale, ed altre insieme ad essa, può essere costruita sulla base di mere concettualizzazioni, senza preoccuparsi troppo della loro coincidenza con le norme vigenti in materia: sì che appare conseguenziale ad un tale metodo affermare che può esservi contratto là dove non v'è accordo, dal momento che per *contratto* non s'intende la categoria desumibile delle norme vigenti, ma una nozione ricavata da un ordine concettuale diverso. Questa conclusione, ad ogni modo, non può essere semplicisticamente utilizzata per escludere senz'altro la legittimità della qualifica contrattuale per i rapporti di fatto, poichè il vero problema, che con essi si pone, riguarda il significato da attribuire al concetto di accordo, scegliendosi una interpretazione strettamente legata ad una attività delle parti comunque dichiarativa o, invece, accogliendosene una visione che consenta di parificare a quella attività altri dati, oggettivamente ricavabili, qualora rimangono immutati taluni presupposti. In altri termini, potrebbero ritenersi soddisfatte le condizioni richieste perchè possa parlarsi di contratto tutte le volte che non è toccata la libertà delle parti di entrare a far parte del rapporto di fatto, e ci si trovi in presenza di un'azione consapevole alla quale si ricollega il sorgere di un vincolo giuridico (13). Seguendo una im-

(13) Così RAISER, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, in *Hundert Jahre*, cit., I, p. 124. E cfr. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 367.

stazione schiettamente funzionale dei problemi del contratto (14), non sarebbe possibile spingersi oltre: resta da vedere, però, quale sia il dato rispetto al quale tale funzionalizzazione viene ad essere operata.

È evidente che, in simili concezioni, l'accento viene ad esser posto essenzialmente sulla situazione di libertà nella quale le parti si trovano: questa costituirebbe il dato comune ai rapporti in esame ed ai contratti veri e propri, comunanza che si ripresenterebbe nel terzo requisito indicato precedentemente, cioè il vincolo giuridico nascente a carico delle parti. Come già in alcune delle concezioni prima esaminate, riferite sostanzialmente ai concetti di autonomia e di libertà, anche in questa si assiste ad una netta svalutazione del momento strutturale; e si getta, così, un velo di sospetto sullo stesso metodo funzionale prescelto, dalla cui corretta utilizzazione dovrebbe invece discendere anche un più perspicuo chiarimento del profilo strutturale (15). In realtà, una soluzione più adeguata alla prospettiva funzionale sarebbe quella che dimostrasse, appunto, funzionalmente equivalenti all'accordo altri comportamenti delle parti, sulla più solida base di una evoluzione oggettivistica del concetto di accordo, parallela all'emergere delle relazioni di massa relativamente alle quali si è soliti parlare di rapporti contrattuali di fatto (16). Quale che sia, ad ogni modo, la soluzione a cui si vuol giungere, e che non potrebbe essere acquisita in questi sparsi accenni, dovrebbe essere ormai chiaro che il dibattito intorno ai rapporti contrattuali di fatto, quando non si salti a piè pari il momento dell'accordo o del suo (eventuale) equivalente,

(14) A questo punto di vista fa richiamo esplicito RAISER, *op. loc. cit.*

(15) Per tale questione ci permettiamo di rinviare alle considerazioni ed alle indicazioni contenute nelle *Note critiche*, cit., pp. 1252-1255.

(16) Cfr. i rilievi svolti nella nota 8.

riguarda anzitutto la stessa possibilità di inserire tali rapporti nella categoria contrattuale: una problematica, allora, dalla quale una indagine sulla integrazione può trarre indicazioni soltanto assai mediate, poichè quest'ultima presuppone già accertata la presenza di una vera e propria relazione contrattuale.

Conclusioni non dissimili devono trarsi in relazione all'intera materia degli obblighi di contrarre. In definitiva, questi possono venire considerati sotto il profilo della mancata attività di uno o di entrambi i contraenti, e delle sue relative conseguenze: conclusione automatica del contratto, applicabilità delle norme sulla esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, risarcimento del danno. Nessuno di questi tre profili, evidentemente, ha qualcosa in comune con la integrazione; e, anzi, i primi due configurano una così netta esclusione dell'attività consensuale delle parti, da far dubitare, ancora una volta, della possibilità di continuare a parlare, in ipotesi siffatte, di contratto (17).

(17) È sufficiente richiamare i dubbi espressi in sede di costruzione dei rapporti tra contratti preliminare e contratto definitivo (su ciò cfr. per tutti MONTESANO, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli 1953; per la discussione sul problema si veda MESSINEO, *Contratto preliminare*, voce in *Enc. Dir.*, X, Milano 1962, pp. 189-190; e RASCIO, *Il contratto preliminare*, Napoli 1967); per alcuni chiarimenti particolari cfr. GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 69; un interessante problema, che discuteremo più avanti, è quello posto da G. B. FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, pp. 284-285. Sull'obbligo di contrarre in generale, cfr. M. STOLFI, *L'obbligo legale a contrattare*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, pp. 105-182; CARIOTA FERRARA, *L'obbligo di trasferire*, in *Annuario Dir. Comp. St. Leg.*, XXVI (1950), pp. 195-221. Per tale tema vi è stata una vivissima ripresa di interesse nei tempi recenti: cfr. almeno PERA, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano 1965, pp. 271 ss.; BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici* (ed. provv.), Milano 1966, pp. 39-90; RASCIO, *op. cit.*, pp. 100-125; MONTUSCHI,

Nel quadro tradizionale delle limitazioni dell'autonomia contrattuale si ritrova, dunque, una prima serie di casi in cui è in questione la stessa necessità, o sufficienza, dell'accordo ai fini della nascita di un vincolo contrattuale: una questione, quindi, di carattere preliminare rispetto ai problemi da noi proposti, e che non riguarda ancora la funzione dell'accordo nella struttura contrattuale. Neppure queste notazioni critiche, ad ogni modo, sono per noi prive di utilità, dal momento che consentono di mettere a fuoco, sia pure in via esclusivamente problematica ed in una prospettiva che riguarda la fisionomia dell'accordo più che la sua funzionalità, una svalutazione dell'attività volitiva delle parti a tutto vantaggio di una considerazione di un complesso di dati oggettivi. E ciò potrà palesarsi di interesse non lieve per gli svolgimenti che ci ripromettiamo.

Una sorta di ponte verso considerazioni più immediatamente inerenti al tema che ci occupa, può essere costituita da un esame di quelle concezioni che, ritornando sull'antica formula del passaggio dallo *status* al contratto, cercano di segnalare l'inversione di quella tendenza (18) e, così fa-

*I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, Milano 1967, capitoli I e II, in part. pp. 66-191. Utili anche talune indicazioni di SERNA, *Le refus de contracter*, Paris 1967. Ma non può trascurarsi l'opera classica di NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag*, Jena 1920 (in particolare le precisazioni date pp. 1-15); e si veda anche MOLITOR, *Zur Theorie des Vertragszwang*, in *Jher. Jahrb.*, LVIII (1923), pp. 1-10; HEDEMANN, *Der Kontrahierungszwang. Erinnerung und Ausblick*, in *Festschrift für H.C. Nipperdey*, München-Berlin 1955, pp. 251-260; ulteriori indicazioni nella dissertazione (peraltro mediocre) di FEER, *Kontrahierungszwang*, Zurich 1922. Per la problematica tipica dei paesi ad economia rigidamente pianificata (certamente l'aspetto più interessante del problema) cfr. da ultimo la chiara esposizione di BERMAN, *Justice in USSR*, rist., New York 1963, pp. 117-124, 130-144.

(18) Ci riferiamo, come è evidente, alla celebre tesi di MAINE, *Ancient Law: its connections with the early history of society and its relation to modern ideas* (ed. a cura di F. Pollock), London 1930, in particolare

cendo, sono costrette a fermare l'attenzione pure sulle modificazioni che, secondo questo modo di vedere, la struttura del contratto è venuta subendo. Sintetizzando il risultato delle proprie ricerche in una formula suggestiva, Maine intendeva riferirsi al fatto che, nelle organizzazioni sociali in evoluzione, si assiste al progressivo abbandono di un sistema in cui la posizione del singolo è determinata dall'appartenenza ad un particolare gruppo sociale, per far posto ad un sistema diverso, in cui ciascuno è libero di determinare lo svolgimento della propria attività.

È nel destino di tutte le formule verbali vivere di vita propria, assumendo senso e valore che poco o nulla hanno a che fare con quelli originari. In un certo senso, ciò è accaduto anche questa volta: con una generalizzazione, che ricorda quella operata in tema di colpa (19) e che dovrebbe far meditare sulla pericolosità di un uso malaccorto del concetto di progresso, si è osservato che l'opposto processo caratterizza le società in involuzione (20), dimenticando così che la tesi del Maine prendeva le mosse dai soli casi di

p. 182 (la prima edizione di questa opera è del 1861). Variamente utilizzata e discussa, la tesi di Maine ha, in tempi più recenti, fornito la spunto a chi, volendo riassumere i dati nuovi, ha ritenuto particolarmente espressiva la formula « dal contratto allo *status* »: Si veda, per tutti, FRIEDMANN, *Law in a changing society*, London 1959, p. 90-91. Per una valutazione complessiva della tesi di Maine, cfr. l'esposizione di GRAVESON, *Status in the Common Law*, London 1953, pp. 33-54; con maggior consapevolezza critica e storica J. STONE, *The province and function of law*<sup>e</sup>, Sidney 1950, pp. 451-456.

(19) Alludiamo alla nota tesi di JHERING, *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, Giessen 1867, in particolare pp. 8-10; e rinviamo a ciò che scrivevamo ne *Il problema della responsabilità civile*, Milano 1964, pp. 64-67.

(20) Cfr. i rilievi di FRIEDMANN, *Legal theory*<sup>4</sup>, London 1960, p. 169. D'altra parte, lo stesso MAINE, *Ancient law*, cit., p. 180, riteneva che il processo da lui descritto, per le sue particolari caratteristiche, fosse del tutto irreversibile.

incapacità giuridica (la prevalente attenzione dedicata agli appartenenti alla *familia* romana è significativa) e ricorrendo ad un antistorico confronto di situazioni profondamente diverse (21). V'è, tuttavia, qualcosa di toccante in questo ingenuo ritenere che le ragioni della civiltà si leghino, in definitiva, alla sopravvivenza di una nozione di contratto (22): e, pur dovendo in questa sede circoscrivere la nostra ricerca a ciò che i dati legislativi possono offrire, sentiamo la diversa forza che ad una indagine può conferire una fede tanto profonda.

Anche se le formulazioni recenti travisano il senso vero della teorica originaria, non per questo vien meno la sostanza dei fenomeni a cui esse alludono. Si tratta, in sostanza, di una ampia serie di casi, che va dalla determina-

(21) Oltre alle precise osservazioni critiche di FRIEDMANN, *Legal theory*, cit., pp. 168-170, si può confrontare l'acuta analisi della nuova situazione già fatta da DICEY, *Law and public opinion in England during the nineteenth century*, rist., London 1962, pp. 259-302. Tuttavia, la linea indicata da Maine è stata frequentemente considerata, più che una generalizzazione storiografica, una indicazione di politica legislativa (cfr. M. COHEN, *The basis of contract*, in *Harvard L.R.*, 1933, p. 553).

(22) Come un singolare documento, a tal proposito, si legga quel che scriveva JOSSERAND (*Les dernières étapes du dirigisme contractuel*, cit., p. 5) all'inizio dell'ultimo conflitto mondiale: « Car la lutte qui a mise aux prises les démocraties de l'Occident avec le Reich a pour origine et pour enjeu le grand principe de la force obligatoire des contrats: il s'agit de savoir si, comment le pensent les Alliés, la convention fait toujours la loi des parties et si les engagements continuent à engager véritablement ceux qui les ont librement assumés, ou bien si les traités, publics ou privés, sont à considérer comme des simples « chiffons de papier » que « la volonté de puissance » du plus fort utilisera, tantôt en s'en réclamant, tantôt en les déchirant, au gré des intérêts du moment et pour l'assouvissement de ses appetits: ainsi le grand drame qui se déroule actuellement n'est pas seulement politique et militaire: il est aussi un drame juridique, un drame contractuel ». Ed uno scrittore equilibrato come N. COVIELLO (*Dell'equità ne' contratti*, Napoli 1896, p. 21) non aveva indicato nella mancanza d'equità nei contratti « una delle fonti principali se non l'unica della disegualianza sociale e della lotta di classi »?

zione del regolamento contrattuale in base ad una « qualità » sociale (23) di una o di entrambe le parti (come accade per la contrattazione collettiva nella materia del lavoro) a tutte quelle ipotesi in cui lo scambio dei consensi è, in realtà, condizionato dalla presenza di schemi regolamentari rigidi, o difficilmente mutabili (contratti per adesione, contratti tipo, contratti *diretti*) (24). Ora, mentre la prima serie di casi rimane anch'essa al di fuori dell'attuale indagine, approssimandosi piuttosto alla ricordata problematica della necessità o meno dell'accordo, le ulteriori ipotesi richiamano un diverso ordine di considerazioni e, nel loro implicito contrapporre l'articolata mobilità di una situazione di piena libertà contrattuale alla rigidità che è loro propria, fanno emergere elementi che, in sede di costruzione del contratto, non sono riconducibili al semplice consenso. Vedremo più avanti in che cosa consistono tali elementi: ma può fin d'ora rilevarsi che attraverso essi emerge un profilo *regolamentare* che si sovrappone allo stesso consenso dei contraenti.

A ciò si allude quando, talvolta più propriamente, si parla di istituzionalizzazione del contratto (25), di standar-

(23) Così descrive la situazione WEBER, *Economia e società*, tr. it. coordinata da P. Rossi, II, Milano 1961, p. 44.

(24) Cfr. in generale, gli accenni e le notazioni critiche di SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano 1961, pp. 18-19. Un preciso tentativo sistematico è in P. DURAND, *La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, pp. 73-74, 78-80; e cfr. KESSLER, *Freiheit und Zwang im nordamerikanischen Vertragsrecht*, in *Festschrift für M. Wolff*, Tübingen 1952, pp. 67-78.

(25) Elaborata essenzialmente dalla scienza giuridica francese, questa posizione è stata particolarmente illustrata da HAURIU, *Principes du droit public*<sup>e</sup>, Paris 1916, p. 199, che definisce appunto il contratto « une situation institutionnelle »; e cfr. RENARD, *La théorie de l'institution*, Paris 1930, p. 364. Esaminando la definizione di contratto ora ricordata, ha voluto sottolineare la sostanziale convergenza tra la propria concezione e quella di Hauriou, DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation*

dizzazione (26) e delle diverse forme di contratto *diritto* dall'esterno (27). Beninteso, neppure queste formule alludono tutte al medesimo fenomeno: tutte, però, mettono in luce una sostanziale novità, vale a dire che, in tutta una serie di rapporti che si continuano a definire contrattuali e che certamente hanno a loro fondamento l'accordo delle parti, diviene prevalente l'interesse alla uniformità ed alla permanenza delle relazioni così stabilite. Ciò, evidentemente, contrasta con l'idea radicata di un contratto legato alla

---

*de l'État*<sup>2</sup>, Paris 1911, pp. 80-82, in nota. Su questo punto del pensiero di Hauriou e di Duguit, cfr. tra gli altri MORIN, *La loi et le contrat*, Paris 1927, p. 113; JOSSEMAND, *La « publicisation » du contrat*, in *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, III, Paris 1938, p. 153. Il problema generale della natura *regolamentare* del contratto moderno è affrontato da SALLE DE LA MARNIERRE, *L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, thèse, Paris 1930, pp. 232-256; ma già SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris 1901, pp. 216, 228.

(26) Si veda PRAUSNITZ, *The Standardisation of commercial contracts in English and Continental law*, London 1937, che costituisce ancora la miglior veduta d'insieme della questione.

(27) Cfr. JOSSEMAND, *Considerazioni sul contratto « regolato »*, in *Arch. giur.*, 1934, pp. 1-21; ROUAST, *Le contrat dirigé*, in *Mélanges juridiques dédiés à Sugiyama*, Tokio 1940, pp. 317-327. Sul complesso di problemi a cui si accenna nel testo, acutamente CARBONNIER, *Sociologie et droit du contrat*, in *Annales Fac. Dr. Toulouse*, VII (1959), pp. 113-120.

In questa sede non si può, ovviamente, affrontare esaurientemente il problema dell'intervento dello Stato nel contratto, per cui quest'ultimo « a cessé d'être une affaire purement privé » (JOSSEMAND, *La « publicisation » du contrat*, cit., p. 157). Oltre ai testi indicati alla nota 14, cfr. in generale ESMEIN, *L'intervention de l'État dans les contrats*, in *Travaux de l'Association H. Capitant pour la culture juridique française*, I, Paris 1946, pp. 118-134; FLOUR, *L'influence du droit public sur le droit privé en France*, in *Travaux Capitant*, cit., II, pp. 188-189; BEHIN, *Aperçus historiques sur les interventions, ingérence et intrusion de l'État dans le domaine des relations contractuelles*, in *L'intervention de l'État dans les contrats et dans la vie économique (Rapports au 51 Congrès des notaires de France)*, Le Touquet 1952, pp. 3-13 (interessante per i richiami alle numerose norme in materia, pessimo per il resto). E cfr. la particolare prospettiva delineata da LAENZ, *Vertrag und Unrecht*, I, Hamburg 1936, pp. 11-35 (per cui valgono i rilievi svolti alla nota 32).

mutevole volontà delle parti, affiancandosi (o sovrapponendosi) al consenso un complesso di elementi diversi, capace di assicurare quella uniformità e quella permanenza.

Che ciò coincida con una fase critica dell'idea di contratto, non è da tutti riconosciuto. Al contrario, negandosi la perdita d'importanza del contratto in una organizzazione sociale che tende ad arrigidirsi intorno ad un rinnovato ordine di *status* (28), l'analisi delle strutture e dei procedimenti propri di uno Stato moderno ha recentemente indotto ad affermare che la linea d'evoluzione segnata da Maine prosegue ininterrotta, dal momento che il ricorso al contratto si fa sempre più frequente, perfino in un settore che dovrebbe essergli istituzionalmente estraneo, quello, cioè, del diritto obiettivo, dove invece si parla proprio di « *droit négocié* » (29). Questo perchè l'accordo, la preventiva *concertazione*, consentirebbero di attribuire alle norme stesse una efficacia ed una stabilità che potrebbero mancare qualora si facesse ricorso ai tradizionali procedimenti imperativi (30).

Inerente com'è soprattutto al diritto pubblico, e palesandosi con troppa evidenza ispirata ad una particolare ideologia (31), questa concezione non va certo esente da critiche: comunque si voglia accoglierla, la sua stessa pos-

(28) Cfr. FRIEDMANN, *Law in a changing society*, cit., p. 91.

(29) Così VASSEUR, *Un nouvel essor du concept contractuel. Les aspects juridique de l'économie concertée et contractuelle*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1964, p. 8. E cfr. quanto già scriveva RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, II, Paris s.d., in particolare pp. 350-352. Da ultimo, SAVATIER, *Observations sur les modes contemporaines de formation du droit positif*, in *Mélanges Dabin*, I, Bruxelles-Paris 1963, pp. 309-315.

(30) Cfr. VASSEUR, *Un nouvel essor*, cit., pp. 13-14.

(31) In verità, non è difficile avvertire che il citato scritto di Vasseur si presenta nella sostanza come una razionalizzazione dei presenti indirizzi di politica economica ai quali si ispira il governo francese.

sibilità è, però, indice di una situazione legislativa e scientifica in cui davvero si consuma completamente l'antica opinione di quanti osservavano che « il contratto non è che una tregua assai precaria; sospende le ostilità soltanto per un certo tempo » (32). Oggi, invece, si parla addirittura di una « tendenza alla stabilità del rapporto contrattuale » (33), a mezzo di strumenti che dovrebbero far venire meno proprio l'insicurezza derivante dalla precarietà della situazione contrattuale (34), inserendosi nella sua struttura ed adempiendo ad una funzione che è del tutto estranea a quella caratteristica dello scambio dei consensi. Accentuandosi così il profilo regolamentare, potrebbe essere revocato in dubbio un altro dei caratteri peculiari del contratto, vale a dire l'esclusiva sua considerazione come strumento per comporre un conflitto di interessi: ma questo è problema che, al punto attuale dell'indagine, potrebbe consentire soltanto una sterile discussione di principio, sì che sembra più prudente rinviare la trattazione di esso a momenti successivi ed a questioni più circoscritte (35).

(32) DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, tr. it. di F. Airoldi Nemer, Milano 1962, p. 358 (la prima edizione dell'opera è del 1893).

(33) Una serie di saggi, dedicati a molteplici aspetti della nuova realtà contrattuale, è stata raccolta da P. Durand appunto sotto il titolo *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*. Paris 1960.

(34) Cfr. DURAND, *Préface*, in *La tendance*, cit., p. II.

(35) Si veda più avanti al cap. II. Può rilevarsi ad ogni modo, che l'ostilità ad un serio riesame della tesi del contratto come composizione d'un conflitto d'interessi nasce soprattutto dalla identificazione delle posizioni critiche di quella tesi con atteggiamenti propri di ordinamenti giuridici totalitari, di quello nazista in particolare: per una indicazione generale cfr. RAISER, *Vertragsfunktion*, cit., pp. 103-119, e la bibliografia ivi citata; RESCIGNO, *Gruppi sociali e lealtà*, ne *Il Mulino*, 1959, pp. 272-273, con ulteriore letteratura; alla quale è da aggiungere, almeno, MANICK, *Neubau des Privatrecht*, Leipzig 1938; una lucida, e distaccata, presa di posizione sul nuovo modo in cui in quegli anni erano stati posti i problemi del contratto, è quella di SCHMIDT-RIMPLER, *Grundfragen einer Erneuerung des*

3. *Deroghe all'autonomia contrattuale e nuovi principi nella costruzione del contratto.* — Le considerazioni finora svolte hanno permesso di rilevare una indicazione di tendenza abbastanza significativa, le cui ripercussioni interessano direttamente la struttura del contratto nel suo elemento tradizionalmente più importante e legislativamente più rilevato, l'accordo. La singolarità delle ipotesi menzionate, ed una certa eterodossia delle opinioni dottrinarie riferite, potrebbero far ritenere, però, che quella tendenza sia un fatto eccezionale, caratteristica soltanto di particolari contratti, priva di reale influenza sulla categoria contrattuale presa nel suo insieme, relativamente alla quale non sarebbe possibile ritrovare nessuna delle novità segnalate; nè in via dottrinarie, nè, a maggior forza, su base legislativa. A nulla servirebbe far appello ad argomenti quantitativi o statistici, per dimostrare l'importanza maggiore o la più accentuata frequenza di quei contratti che solitamente si definiscono « di massa »: questa dimostrazione, che non sorprenderebbe certo un cultore di sociologia giu-

*Vertragsrechts*, in *Arch. civ. Pr.*, 1941, pp. 130-197, che pure avverte, in apertura della sua trattazione, « die Aufgabe der Abhandlung ist lediglich rechtspolitisch, nicht dogmatisch ». Su questo punto, nei medesimi anni, si ebbe una significativa presa di posizione di BETTI, *Il quarto libro nel progetto del Codice civile italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1938, I, pp. 566-568. Nè la questione può essere avviata a soluzione soddisfacente contrapponendo contratto ed accordo sotto il profilo della convergenza o del conflitto degli interessi (il dilemma era già posto chiaramente da CARNELUTTI, *Contratto e diritto pubblico*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina 1931, p. 10; in generale SCOGNAMIGLIO, *Accordo*, voce in *Enc. forense*, I, Milano 1958, pp. 53-54). È probabile, invece, che una impostazione più adeguata alla situazione attuale debba tener presente che l'interesse alla *composizione* del conflitto si lega direttamente all'idea del contratto come tregua provvisoria (cfr. nota 29); mentre gli orientamenti indicati nel corso di questi primi due paragrafi, o almeno quelli che pongono in luce l'istituzionalizzarsi del contratto e la sua stabilità, pongono piuttosto in luce la finalità di *superare* definitivamente il conflitto.

ridica, potrebbe lasciare indifferenti gli studiosi del diritto positivo.

L'attenzione, allora, deve essere rivolta, con puntualità maggiore di quella finora dimostrata, al diritto positivo, e precisamente a quelle disposizioni generali sul contratto che a noi sembrano confermare in più di un punto l'orientamento di massima già segnalato, e rispetto alle quali non sarebbero certamente possibili riserve simili a quelle ora ipotizzate (36).

Se ci accostiamo ai testi che, con maggior coerenza e rigore, attribuiscono all'accordo delle parti (inteso come manifestazione della volontà dei contraenti) il massimo significato, e l'intendono non come astratta libertà di volere, ma come effettiva possibilità di foggare il contratto a proprio piacimento, avvertiamo immediatamente lo spiccatissimo rilievo che in essi, conseguentemente, assume l'articolo 1322, dal quale si trae anche argomento per affermare che « alla base dell'odierna legislazione sono le stesse norme che reggevano l'antica » (37). Non deve meravigliare, allora, il rilievo, altrettanto vistoso, assunto dalla discussione intorno all'art. 1339, che di quel principio di autonomia è apparso, più che una deroga, una vera e propria negazione. E la vivacità di quella discussione è stata tale, che giova distinguere immediatamente tra profilo ideologico e profilo tecnico, non sempre adeguatamente separati nel corso di essa.

Quando si afferma che l'art. 1339 fa « violenza alla volontà delle parti » (38) e pone in essere una situazione

(36) Cfr., in generale, ALLARA, *La teoria generale del contratto*<sup>2</sup>, Torino 1955, pp. 40-43; MESSINEO, *Sul rapporto sistematico fra gli artt. 1321-1469 e gli artt. 1470-1986*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, pp. 16-21

(37) G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, rist., Padova 1961, p. XII.

(38) RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, p. 531.

eccessivamente gravosa per i contraenti (39), si muove una esplicita critica al legislatore, il quale, apportando « una profonda deroga, forse la più grave, al principio dell'autonomia contrattuale » (40), avrebbe appunto « capovolto » quell'antico principio (41). Si condivide o no il punto di vista da cui tale critica muove, gli argomenti che la sostanziano possono assumere rilevanza in sede di ricostruzione del sistema solo se da essi si desume l'esistenza di una aporia dell'ordinamento, tale da comportare reali difficoltà applicative. Ora, l'art. 1339 è troppo chiaro nella sua formulazione, e può esser fatto rientrare senza difficoltà nel rinvio alla legge contenuto nell'art. 1322, perchè una conclusione di tal genere sia possibile. Ci si trova in presenza, allora, di critiche che possono valere unicamente come sollecitazioni per una riforma legislativa, che comporti l'abrogazione dell'art. 1339 (42); ma che, in definitiva, possono avere una certa utilità anche per coloro i quali ritengono che la questione debba essere impostata in modo del tutto diverso, dal momento che, con la chiarezza che nasce sovente dallo spirito polemico, mettono in luce il profondo significato innovatore (o eversivo) dell'art. 1339, così contraddicendo all'originario assunto che vorrebbe immutati i lineamenti fondamentali del vigente sistema dei contratti.

L'art. 1339, in sostanza, consente al legislatore di « ordinare quale debba essere il contenuto dell'atto » (43), sì che il regolamento contrattuale può, in misura più o meno

(39) G. STOLFI, *Teoria*, cit., p. XXIII.

(40) MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Cod. civ.*, Lib. IV, t. II, Torino 1958, p. 87.

(41) Ancora RUBINO, *Libertà contrattuale*, cit., p. 530.

(42) È questa la conclusione esplicitamente prospettata da RUBINO, *Libertà contrattuale*, cit., p. 531.

(43) G. STOLFI, *Teoria*, cit., p. XXIII.

ampia, differire da quello che le parti avevano autodeterminato (44). Ciò vuol dire, allora, che il potere di determinare il contenuto del contratto, attribuito alle parti private dall'art. 1322, non è *esclusivo*. D'altra parte, per sostenere tale esclusività, lo stesso art. 1322 avrebbe potuto offrire argomenti assai fragili, poichè il richiamo ai « limiti imposti dalla legge » implica la considerazione di uno strumento utilizzabile su scala larghissima, ché l'antico valore garantistico del rinvio alla legge deve considerarsi in gran parte caduto (45). L'art. 1339, inoltre, consente anche di mostrare l'insufficienza di una configurazione dei limiti imposti per legge unicamente sotto il profilo della compressione *esterna* dei poteri attribuiti alle parti, quando è invece evidente che questi cosiddetti limiti non hanno soltanto un valore negativo, ben potendo concretarsi in modifiche *interne* alla situazione considerata.

Il significato dell'art. 1339 non si esaurisce, però, negli argomenti che esso offre per una ricostruzione del sistema più aderente alla nuova realtà legislativa, e quindi per una revisione della stessa nozione di contratto (46), anche se è stata avanzata proprio questa interpretazione riduttiva, sostenendosi che a quella disposizione manca ogni diretta efficacia normativa. È vero che, tutte le volte che la legge prevede una sostituzione automatica di clausole, questa opera per forza di tale legge e non ha alcun bisogno della mediazione dell'art. 1339; opererebbe, anzi, anche se l'art.

(44) Cfr. CARNELUTTI, *Tentativo contrattuale*, in *Foro it.*, 1948, I, cc. 239-240.

(45) Sulla questione, più ampiamente, le nostre *Note critiche*, cit., p. 1336.

(46) Per questa conclusione, nella sostanza presente a più di uno studioso, cfr. ALB. ROMANO, *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi* (ediz. provv.), Milano 1960, p. 180.

1339 mancasse (47). Ma non è questo il punto, e bene lo si è avvertito quando, invocandosi l'abrogazione di quella norma (48), non si cercava di sgombrare il terreno da una disposizione incomoda sul piano sistematico, ma si perseguiva una concreta finalità pratica. L'art. 1339, infatti, prevede la sostituzione delle clausole legali a quelle convenzionali difformi *in via generale*: sì che tale effetto si produce indipendentemente dal fatto che la norma, che prevede la clausola, contempra anche la sostituzione, essendo sufficiente il sussistere della ricordata difformità e la mancanza, nella legge medesima, di una disposizione tendente ad escludere la sostituzione (49). Questa conclusione generale non sarebbe possibile qualora mancasse l'art. 1339, poichè, in tal caso, l'efficacia sostitutiva delle clausole legali dovrebbe essere chiaramente prevista dalla norma imperativa che le contempla (50).

(47) La negazione del valore normativo dell'art. 1339 è in ALB. ROMANO, *Limiti*, cit., p. 179.

(48) Cfr. RUBINO, *Libertà contrattuale*, cit., p. 531.

(49) Cfr. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 88, e la giurisprudenza ivi indicata.

(50) Come proponeva RUBINO, *Libertà contrattuale*, cit., p. 531. L'importanza dell'art. 1339, non solo dal punto di vista sistematico, ma pure da quello pratico, può essere agevolmente valutata a mezzo di un sommario confronto con la situazione determinatasi nel sistema francese, dove la mancanza di una norma analoga (eccezion fatta per il contratto di lavoro) provoca difficoltà gravi: da un canto, rendendo evidente l'inadeguatezza della sanzione della nullità nei casi di difformità tra contratto e legge; dall'altro, obbligando a ricorrere a nozioni rispondenti a logiche del tutto diverse, come l'errore di diritto. Di queste difficoltà e, al tempo stesso, della necessità di trovare le vie per procedere ad un « modelage du contrat », è piena testimonianza in tutte le opere più recenti: cfr., ad esempio, FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris 1963, pp. 242-253; NORMAND, *Le juge et le litige*, Paris 1965, pp. 230, 264-266; EL-GAMMAL, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, Paris 1967, pp. 179 ss.; KHALIL, *Le dirigisme économique et les contrats*, Paris 1967, pp. 271, 280-293. È utile ricordare che questi stessi problemi si ponevano nell'ordinamento giuridico tedesco prima dell'ampio ricorso al par. 242 BGB: come docu-

Resta da chiedersi se, parlandosi di clausole imposte « dalla legge », si sia voluto dire che le stesse debbano essere previste esclusivamente da provvedimenti aventi valore formale di atti legislativi, o se la sostituzione non sia, invece, possibile anche nei casi in cui le clausole trovino la loro fonte in un atto amministrativo (51). Si è osservato che l'art. 1339 sembrerebbe consentire, almeno in via di principio, il ricorso a fonti diverse dalla legge, dal momento che, nella sua formulazione originaria, prevedeva anche la ipotesi di clausole imposte da norme corporative (52). Questo rilievo sul valore non esclusivo del rinvio alla legge, ad ogni modo, non può esser considerato decisivo, poichè la elencazione contenuta nell'art. 1339 è certamente tassativa, e non può ritenersi che la categoria delle norme corporative, una volta abrogata, sia stata sostituita da una diversa categoria di atti, quelli amministrativi, già esistente al tempo dell'entrata in vigore di quella norma, e quindi evidentemente esclusa dal richiamo in essa contenuto. Piuttosto, l'espressione « imposti dalla legge » non può essere correttamente intesa quando si trascura il fatto che espressioni del genere sono tutt'altro che rare nella nostra legislazione. Senza voler qui tentare una sorta di impossibile, e in definitiva inutile, censimento di tutti i casi in cui tali espressioni vengono adoperate, basta richiamare quanto è detto, ad esempio, nella Costituzione agli articoli 24 (« in base alla legge ») e 41 (« la legge determina »). Ora, l'inter-

mento di questa situazione può leggersi TITZE, *Richtermacht und Vertragsinhalt*, Tübingen 1921, in part. p. 34.

Più in generale, può osservarsi che una notevole incertezza caratterizza oggi tutte le ricerche francesi sul contratto: si vedano le indicazioni contraddittorie, e di valore assai ineguale, contenute nel fascicolo *Sur la notion du contrat* degli *Arch. phil. droit*, 1968.

(51) Cfr. ALB. ROMANO, *Limiti*, cit., p. 178 e *passim*.

(52) ALB. ROMANO, *Limiti*, cit., p. 178.

pretazione corrente di queste norme ha escluso che il rispetto delle condizioni da esse previste si abbia soltanto nei casi in cui l'imposizione personale o patrimoniale, o la limitazione dell'iniziativa economica privata, siano compiutamente definite nell'atto legislativo; si sono, invece, ritenute soddisfatte le condizioni dell'imposizione o della determinazione legale tutte le volte che, attribuendo ad un organo amministrativo il potere di provvedere alla imposizione o alla determinazione, la legge provvede anche alla « predeterminazione di criteri direttivi che, avendo per fine l'utilità sociale, delineino, circoscrivendola, l'attività della pubblica amministrazione, così da togliere ad essa carattere di assoluta, illimitata discrezionalità » (53). La coerenza formale di questo discorso è innegabile, così come è evidente che il legislatore del 1942 non poteva intendere il riferimento alla legge come necessità di una continua e puntuale ripetizione di atti legislativi in materie che possono richiedere un rapido adattamento a condizioni transitorie o locali (si pensi, per tutte, alla disciplina dei prezzi), e rispetto alle quali deve, quindi, mantenersi un sufficiente grado di elasticità. Tutte queste considerazioni valgono certamente anche per l'art. 1339: sì che, una volta soddisfatti i già ricordati requisiti della imposizione legale, ben può dirsi che il contenuto del contratto può trovare la sua fonte in un atto amministrativo.

La previsione relativa alla sostituzione di clausole legali non si esaurisce, evidentemente, nell'art. 1339, ma trova concreta realizzazione già in tutta una serie di disposizioni particolari dello stesso Codice civile. In queste disposizioni si ritrova tanto la sostituzione delle clausole con-

(53) Così, da ultimo, Corte Cost. 20 dicembre 1968, n. 133, in *Sent. ord. Corte cost.*, 1968, p. 776.

venzionali difformi con clausole legali (ad esempio, articoli 1932, co. 2, 2066, co. 2, 2077, co. 2), quanto la riduzione di quanto disposto da una clausola convenzionale alla misura stabilita dalla legge (ad esempio artt. 979, co. 2, 1500, co. 2, 1501, 1573, 1815, co. 2, 1865, co. 2, 1962, co. 3, 2125 co. 2, 2596, co. 2): ma la distinzione, se può utilmente servire a descrivere le modalità concrete secondo le quali l'ordinamento opera (54), non incide sulla sostanza del fenomeno, consistente in entrambi i casi nel ricorso ad una fonte diversa dall'accordo per costruire un contenuto difforme da quello autodeterminato dalle parti (55).

Alcune precisazioni sono, tuttavia, necessarie a proposito di talune norme, data la tendenza ad estendere senza limiti il fenomeno ora esaminato. Deve richiamarsi, in primo luogo, l'art. 1679, co. 4, dove la difformità rispetto alle ipotesi precedenti è solo apparente: in esso, infatti, il rinvio alle condizioni generali di contratto opera in forme diverse da quelle stabilite nell'art. 1341 (basta pensare alla generale inderogabilità), e che avremo modo di considerare più avanti. Impropria, invece, deve considerarsi la trattazione in questa medesima prospettiva di altre tre norme, gli artt. 958, co. 2, 1284 e 1941, co. 3. Quest'ultimo, disponendo che «la fideiussione eccedente il debito o contratta a condizioni più onerose è valida nei limiti dell'obbligazione principale», solo nella apparenza comporta un regolamento contrattuale sostanzialmente difforme da quello voluto dalle parti, adempiendo invece al diverso fine di mantenere la fideiussione nell'ambito che le è proprio, fa-

(54) Cfr. FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti tra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, I, p. 322.

(55) Si veda, in tal senso, SCOGNAMIGLIO, *Contratti*, cit., p. 247 (per l'assimilazione alle ipotesi indicate nel testo anche dei casi di conversione legale, cfr. il seguito di questo stesso paragrafo).

cendole espletare la funzione di garantire l'adempimento di una obbligazione altrui (art. 1936, co. 1), e non una diversa. L'art. 1284, dal canto suo, richiedendo la forma scritta per la determinazione di interessi superiori alla misura legale, si limita a porre un onere formale per la instaurazione di un regime degli interessi difforme da quello che sarebbe comunque vigente. Diverso, infine, è il caso dell'art. 958, co. 2, che fissa in venti anni la durata minima dell'enfiteusi. A prima vista, l'articolo potrebbe essere considerato nella stessa prospettiva propria di quelle norme che fissano una certa durata per taluni rapporti (art. 979, co. 2 e 1573, ad esempio), concludendosi così per la possibilità di estendere *ipso iure* a venti anni la durata della enfiteusi. La conclusione è certamente eccessiva. Ma la ragione non va cercata nella impossibilità di far operare il principio della conservazione del negozio (*utile per inutile non vitiatur*), impossibilità derivante dal fatto che le parti si erano proposte un risultato irraggiungibile per difetto, sì che, una volta depurato il loro regolamento di quanto v'è di *inutile*, non rimarrebbe nulla da conservare (56). In verità, la difficoltà nascente dalla inapplicabilità dei principi sulla conservazione potrebbe essere superata proprio facendo ricorso all'art. 1339, se nel caso in esame la mancanza di uno dei requisiti minimi non facesse venir meno la stessa possibilità di individuare, nel tipo di regolamento posto in essere, un contratto costitutivo di enfiteusi: il contratto stesso, di conseguenza, deve essere ritenuto nullo, ferma restando la possibilità, ove il regolamento prefissato lo consenta, di una sua conversione in un contratto costitutivo di una locazione o di una anticresi (57).

(56) L'argomentazione è di BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*<sup>6</sup>, I, Torino 1962, p. 822.

(57) Cfr. TRIFONE, *Dell'enfiteusi*, in *Comm. Cod. civ.* a cura di Scialoja

Piuttosto, quest'ultimo problema ne richiama uno analogo, che sorge in una delle più importanti leggi speciali riconducibili ai principi a cui si ispira l'art. 1339. Ci riferiamo alla disciplina dei prezzi, i cui testi fondamentali sono costituiti dal D.L.L. 19 ottobre 1944, n. 347, dal D.L.L. 23 aprile 1946, n. 363 e dal D.L.C.P.S. 15 settembre 1947, n. 896: quest'ultimo contiene la norma per noi più importante, disponendo all'art. 12 che « i prezzi determinati a norma del presente decreto... sono di diritto inseriti nei contratti se più favorevoli ai consumatori o agli utenti ». In questa sede non interessa particolarmente stabilire la natura giuridica dei provvedimenti del Comitato interministeriale prezzi (58), dal momento che ciò riguarda unicamente la possibilità di approfondire il diverso problema dei limiti entro i quali è possibile intervenire con atti amministrativi nel regolamento contrattuale (59). È interessante, invece, segnalare la questione che sorge a proposito della imposizione di prezzi *minimi* da parte dello stesso CIP, dubitandosi della possibilità di farla rientrare tra i poteri concessi all'organo in questione (60); d'altra parte, una volta ammessa la legittimità di tale imposizione, si può ragionevolmente essere incerti sulle conseguenze alle quali

e G. Branca, Libro III, Bologna-Roma 1947, p. 9; CARIOTA FERRARA, *L'enfiteusi*, Torino 1950, p. 285; PESCATORE-ALBANO-GRECO, *Della proprietà*, in *Comm. Cod. civ.*, Libro III, t. II, Torino 1958, p. 7 (ove, però, non si accenna alla conversione).

(58) Ampiamente BACHELET, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano 1957, pp. 225-249, ed ivi bibliografia; ulteriori indicazioni in SERRANI, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1965, pp. 291-292.

(59) Per ciò cfr. *retro*. In generale, G. TREVES, *Gli atti amministrativi costitutivi di rapporti fra privati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, pp. 314-341.

(60) Cfr. ALB. ROMANO, *Limiti*, cit., pp. 100-119. Sul problema dei prezzi massimi, BIGIAMI, *Ripetibilità del sovrapprezzo pagato al « mercato nero »*, in *Dir. giur.*, 1946, pp. 280-294.

darebbe luogo una stipulazione difforme. Al primo quesito, deve, a nostro avviso, darsi risposta positiva, poichè il carattere generale della disciplina dei prezzi fa sì che essa si configuri come strumento neutro rispetto ai fini che gli organi esecutivi vogliono perseguire a mezzo di essa, escludendosi la possibilità di limitarla all'imposizione di prezzi massimi, tipica di una politica antinflazionistica e calmieratrice (che, pure, ne ha costituito l'occasione storica). Quanto alla eventuale difformità di una clausola contrattuale dai prezzi minimi fissati dal CIP, è evidente che si pone un problema solo nel caso in cui sia stato convenuto un prezzo inferiore: e riteniamo che, anche in questa ipotesi, si debba propendere per la soluzione accolta per il contratto costitutivo di enfiteusi, cioè per la nullità, dal momento che l'estensione dell'operatività della legge, dal regime dei prezzi massimi a quello dei prezzi minimi, non può travolgere anche quanto disposto dal citato art. 12, ove la sostituzione delle clausole difformi è contemplata unicamente sotto il profilo della riduzione.

Irrilevanti in questa sede, ma certamente irriducibili al denominatore comune alle ipotesi finora esaminate, sono poi gli artt. 108, co. 2, 257, 634, 637, 2010, relativamente ai quali deve rilevarsi che (a parte le peculiarità derivanti dalla materia testamentaria, a cui alcune di tali norme attengono, e sulle quali non è certo il caso di insistere in questa sede) non si è in presenza nè di una sostituzione, nè di una riduzione, ma di una vera e propria incompatibilità tra lo strumento prescelto e la clausola considerata.

Questo complesso di considerazioni, dalle quali risulta con chiarezza sufficiente l'ampio arco di situazioni comprensibili nel dettato dell'art. 1339, consente di affrontare in modo più compiuto ed esplicito il problema della posizione

sistematica dell'articolo stesso. A dire il vero, questo problema ben può apparire meramente concettuale, e risolversi proprio in una di quelle discussioni ideologiche che sovente i giuristi vestono di false sembianze tecniche. In questo caso, infatti, si tratta di individuare il rapporto che si stabilisce tra l'art. 1339 e la nozione di autonomia privata, quale è precisata dall'art. 1322: la vera difficoltà di questa indagine consiste appunto nella tentazione, affiorante in infinite ricerche, di muovere da una nozione aprioristica dell'autonomia, abitualmente fondata sulla controvertibile individuazione della *ratio* delle norme che la contemplano in via generale, quando invece è evidente che si tratta di una nozione *diffusa* nell'intero sistema, ricavabile, quindi, soltanto a mezzo di una valutazione analitica delle norme considerate. Sul rapporto tra l'art. 1339 e l'articolo 1322 abbiamo già avuto modo di prendere posizione in via di principio, considerando l'opinione di chi vede nella prima delle due norme uno strumento a mezzo del quale diviene possibile ordinare qualcosa in ordine al contenuto del contratto: in questa prima approssimazione, l'art. 1339, da un canto, rende palese la possibilità di una parziale sostituzione di una regolamentazione autoritativa ad una patizia; dall'altro, mette in rilievo la possibilità che, attraverso lo strumento legislativo, il regolamento contrattuale divenga portatore non soltanto dell'interesse dei contraenti, ma pure di un interesse qualitativamente diverso.

Su quest'ultima questione si appunta l'indagine di chi, esaminando la posizione sistematica dell'art. 1339, cerca di ricondurre pure quest'ultima norma tra gli strumenti predisposti per un rafforzamento dell'autonomia privata (61).

(61) Cfr. le osservazioni di G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, p. 334; CAPACCIOLI, *Programmazione e*

Di questa posizione non è possibile non apprezzare la sensibilità per le reali esigenze di un ordinamento giuridico moderno, già evidente nella capacità di sottrarsi al luogo comune di cui mostrano d'esser prigionieri quanti credono che sia possibile difendere l'autonomia dei privati respingendo ogni forma di intervento incidente sul regolamento predisposto dai privati stessi. Ben sappiamo, invece, che le ragioni dell'individuo, ormai sempre più spesso, abbisognano dell'intervento legislativo per una loro piena realizzazione. Però, una volta dato atto che la posizione indicata nè si affida a motivi arcaici, nè si presenta come un mero espediente dialettico, v'è da chiedersi se essa caratterizzi in tutta la sua ampiezza la situazione individuata dall'art. 1339.

Se consideriamo il procedimento adottato per dimostrare che la sostituzione legale di clausole rafforza in concreto l'autonomia privata, ci avvediamo che esso sostanzialmente consiste nello spostamento dell'attenzione dell'art. 1339 alle molteplici leggi che danno concretezza alla previsione generale in quella contenuta: procedimento in sè corretto — dal momento che si è già visto come il significato dell'art. 1339 non sia quello di operare direttamente un intervento integrativo del regolamento contrattuale, bensì quello di consentire in via generale la sostituzione altrove disposta —, ma che non sembra tale da costituire il tramite più idoneo per la soluzione del problema che qui ci interessa. Dire che l'art. 1339 vale unicamente a determinare l'efficacia sostitutiva di clausole previste in norme diverse, infatti, non può al tempo stesso significare che la *ratio* dell'art. 1339 sia quella propria di ciascuna singola

*autonomia negoziale nel diritto pubblico italiano, ne Il dir. ec., 1966, pp. 22 ss.*

norma contemplante una sostituzione, o pure del complesso di tali norme. E ciò per due ordini di ragioni.

Anzitutto, non può trascurarsi il fatto che l'art. 1339 non fa riferimento soltanto alle norme già vigenti, ma pure a tutte quelle che, vigenti in futuro, avranno con le altre comune la previsione di una forma di sostituzione di clausole del regolamento contrattuale. Ciò vuol dire che operare soltanto con i dati forniti dalle norme vigenti, razionalizzandone le indicazioni, è procedimento per se stesso inidoneo a fornire elementi decisivi, sia perchè i dati normativi da considerare si rinnovano continuamente, sia perchè è possibile che sopravvengano dati normativi nuovi, contraddittori con i precedenti proprio sotto il profilo della *ratio*. L'analisi dei dati normativi vigenti, allora, potrà fornire soltanto una indicazione di tendenza, mai definitiva; e la considerazione della loro *ratio*, di conseguenza, è destinata ad essere ricondotta alle particolari caratteristiche di ciascun caso considerato. In conclusione, il carattere non chiuso delle ipotesi a cui l'art. 1339 fa rinvio (e l'aver vincolato queste ipotesi unicamente al rispetto del presupposto formale della imposizione per legge) esclude che questo articolo possa essere interpretato in base alle singole norme a cui esso fa riferimento, sempre variabili e rinnovantesi. Se, quindi, si vuol sostenere che pure l'art. 1339 rientra fra gli strumenti di tutela dell'autonomia privata, questa dimostrazione dev'essere data analizzando la funzione propria della norma in sede di costruzione del regolamento contrattuale, senza poter desumere argomenti dalla *ratio* particolare di singole disposizioni.

D'altra parte, anche se si analizzano alcune di queste singole disposizioni, ci si avvede che la conclusione non è diversa: è questo il secondo ordine di ragioni a cui si allu-

deva in precedenza. Così, ad esempio, le numerosissime norme che incidono sul regime dei contratti agrari non sempre si propongono la tutela del contraente più debole, ma hanno come fine piuttosto il rafforzamento della posizione della parte attiva del rapporto (coerentemente alla tendenza a fare *dell'attività* una delle componenti sostanziali di talune situazioni di proprietà); e, massime nei periodi di difficoltà economiche (ma non in questi soltanto), la manovra dei prezzi persegue fini di stabilizzazione, tipicamente pubblici, piuttosto che la tutela di deboli acquirenti.

La rassegna potrebbe continuare: ma crediamo di aver mostrato sufficientemente l'inconsistenza di una posizione che voglia ricondurre l'art. 1339 nell'ambito della protezione dell'autonomia privata. A noi sembra, tuttavia, che l'improprietà del punto di vista finora considerato debba essere rilevata soprattutto considerando il mutato quadro istituzionale all'interno del quale deve essere collocata l'intera problematica del contratto. L'intervento del legislatore, infatti, deve essere apprezzato in relazione alle norme della Costituzione, chiedendosi in particolare se al contratto sia stata attribuita una tutela costituzionale diretta o indiretta. L'opinione prevalente, accolta anche dalle più recenti sentenze della Corte costituzionale (62),

(62) Da ultimo, Corte Cost., 21 marzo 1969, n. 37 (ined.), in cui si fa riferimento alle numerose decisioni della stessa Corte relative alla materia contrattuale. Tra queste attirò particolarmente l'attenzione dei commentatori Corte Cost., 27 febbraio 1962, n. 7, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 73-96: ad essa, infatti, dedicò una ampia nota GIORCIANNI, *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità o di 'ragionevolezza' delle norme speciali?*, ivi, pp. 82-94. Di quest'ultima sentenza vogliamo qui segnalare due punti. In primo luogo, si afferma che la *ratio* delle norme esaminate consisteva nella particolare politica dei prezzi dei cereali, perseguita nell'ultimo dopoguerra: questo rilievo conferma l'esattezza delle argomenta-

propende per la tutela indiretta, affermando così che l'autonomia contrattuale è garantita nei limiti previsti per le situazioni costituzionalmente protette che ad essa servono da base. Si afferma, in altri termini, che il contratto, dal punto di vista costituzionale, non può essere considerato un istituto autonomo, ma una situazione strumentale: la tutela costituzionale, nella gran parte dei casi, esisterebbe solo

zioni da noi svolte nel testo ed è ritenuto esatto dallo stesso GIORCIANNI, *op. cit.*, p. 89. In secondo luogo, la sentenza — adoperando una formula poi corrente nella giurisprudenza costituzionale — ha ritenuto che legittimamente le norme impugnate comportassero « la imposizione di condizioni restrittive per lo svolgimento dell'autonomia contrattuale », mostrando così esplicitamente di ritenere che gli articoli 41 e 42 della Costituzione comportano pure una diretta garanzia dell'autonomia contrattuale. A questa impostazione GIORCIANNI (*op. cit.*, pp. 92-93) obietta che i due articoli citati non coprono tutte le possibili ipotesi di limitazione dell'autonomia contrattuale, non potendo rientrare in essi quelle derivanti dalla tutela del contraente più debole e dalla tutela del buon costume; sì che dovrebbe ritenersi che « l'autonomia contrattuale si trova tutelata dalle norme costituzionali, non già direttamente, ma indirettamente, ricevendo riconoscimento e limiti costituzionalmente rilevanti solo nel quadro e quale esplicazione della iniziativa economica e della proprietà ». Ma può osservarsi, anzitutto, che le limitazioni volte alla tutela del contraente più debole ben possono essere ricondotte a quella ragione di utilità sociale, che è il presupposto sostanziale a cui fanno riferimento le norme costituzionali, poiché tale utilità può sussistere anche quando viene in considerazione l'interesse di particolari categorie di soggetti, purché questo si palesi inerente all'ordinato svolgimento della vita della collettività (esplicitamente in tal senso Corte cost. 23 aprile 1965, n. 30, in *Giur. cost.*, 1965, pp. 283-303; la legittimità di questa impostazione può essere ribadita ricordando i criteri secondo i quali la Corte valuta la sussistenza o meno dell'utilità sociale). D'altra parte, l'impossibilità di far rientrare le limitazioni attinenti al buon costume nell'ambito individuato dagli artt. 41 e 42 non sembra sufficiente ad escludere la diretta garanzia costituzionale dell'autonomia contrattuale, dal momento che per le stesse situazioni esplicitamente tutelate (proprietà ed iniziativa economica) sono previste limitazioni non riconducibili al quadro delle norme citate (così è, ad esempio, per quelle limitazioni dell'iniziativa economica privata che trovano il loro fondamento nella necessità di tutelare la salute pubblica, e quindi nell'art. 32 della Costituzione: cfr. Corte cost. 26 maggio 1957, n. 29, in *Giur. cost.*, 1957, pp. 404-406).

quando il contratto si manifestasse come proiezione dell'iniziativa economica privata o della proprietà (62-bis).

Questa formulazione, tuttavia, comporta alcune difficoltà. Se si considera il rapporto tra il contratto e l'iniziativa economica privata, non è possibile sfuggire all'alternativa seguente: o l'art. 41 della Costituzione è inteso come lo statuto fondamentale dei rapporti economici, e allora ogni specie di contratto può essere ricondotto ad esso, in virtù del carattere patrimoniale richiesto dalla disciplina civilistica per l'istituto, così ricadendosi nella tesi della tutela diretta; oppure si ritiene che l'art. 41 disciplina soltanto l'impresa, e allora lo stesso tipo contrattuale sarà o no costituzionalmente protetto (o lo sarà in forme differenziate) a seconda che attenga o meno ad un'attività imprenditoriale, con un ritorno alla categoria degli atti di com-

(62-bis) Su questo complesso di problemi cfr., anche per le indicazioni bibliografiche, SERRANI, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, cit., pp. 283-303 (nota a Corte cost. 23 aprile 1965, n. 30); inoltre, e sempre criticamente verso la garanzia diretta e globale, MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Iustitia*, 1966, p. 103; RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, ivi, 1967, pp. 13-14; E. ROMAGNOLI, *Circolazione giuridica del fondo rustico e controllo dei prezzi*, Milano s.d., pp. 30 ss. L'amplissima discussione tedesca vede prevalere le tesi favorevoli in sostanza ad una garanzia di tipo indiretto: ma si deve avvertire che tale discussione può essere valutata solo con un continuo controllo del relativo contesto costituzionale, rispetto al quale, ad esempio, si osserva che la *Grundgesetz* della Germania federale non ha conservato l'esplicito riferimento alla libertà contrattuale contenuto nell'art. 152 della Costituzione di Weimar. In generale, cfr. da ultimo H. HUBER, *Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit*, Berlin 1966; inoltre FLUME, *Allgemeiner Teil der Bürgerlichen Rechts. II: Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York 1965, pp. 17-20; RAISER, *Grundgesetz und Privatrechtsordnung*, in *Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages*, II, München-Berlin 1967, pp. 27-28; LAUFKE, *Vertragsfreiheit und Grundgesetz*, in *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhundert. Festschrift für Heinrich Lehmann*, I, Berlin-Tübingen-Frankfurt a.M. 1956, pp. 145-188 (con ampia bibliografia).

mercio che l'unificazione del diritto delle obbligazioni aveva fatto scomparire dal nostro ordinamento.

D'altra parte, la considerazione dal punto di vista della disciplina costituzionale della proprietà rischia di riaprire la discussione sulla collocazione del potere di disposizione all'interno o fuori del diritto di proprietà, con quanto vantaggio per la chiarezza è agevole immaginare.

L'indagine, in tal modo, sembra imboccare una strada senza uscita. A dire il vero, se, al di là di talune formulazioni teoriche, ci interroghiamo intorno alle reali ragioni della controversia, ci avvediamo che questo non è che uno dei tanti episodi del contrasto tra coloro che intendono affermare l'esistenza di situazioni intangibili nella loro essenza, anche se limitabili, e quanti invece accentuano il profilo della generale funzionalizzazione in senso sociale dei rapporti economici. Per mascherare queste scelte politico-ideologiche, il discorso rischia ad ogni momento l'insidia del concettualismo.

Ora, almeno per i contratti che possono essere ricondotti al sistema costituito dagli articoli 41 e 42 della Costituzione, la contrapposizione tra garanzia diretta ed indiretta è certamente fonte di equivoci pericolosi. Infatti, quando si parla di garanzia diretta, si allude ad un tempo ad una garanzia *dell'istituto* e ad una garanzia *unitaria*; mentre la garanzia indiretta appare soprattutto come una garanzia *differenziata* a seconda delle situazioni di base a cui è possibile far capo.

Ma si è già ricordato che la possibilità di affermare una garanzia diretta è resa assai ardua dal fatto che la Costituzione mostra di considerare il contratto da un punto di vista meramente strumentale: se pure fosse possibile intendere l'art. 41 come lo statuto fondamentale dei rapporti econo-

mici, da questo sarebbe comunque necessario stralciare i rapporti contrattuali attinenti alla proprietà, esplicitamente contemplati dall'art. 42 con la formula « modi di acquisto, di godimento ». Così, non soltanto la tesi della garanzia diretta sarebbe gravemente compromessa, ma diverrebbe essa stessa la fonte di nuove e maggiori difficoltà, per l'insicurezza esistente intorno ai criteri distintivi tra rapporti facenti capo alla proprietà e rapporti facenti capo all'impresa.

Dal canto suo, la tesi della garanzia indiretta, nel suo intento di porsi in termini di mera relazione con tutte le norme costituzionali che potrebbero interessare la materia contrattuale, accentua in modo eccessivo ed improprio il significato di una garanzia differenziata. Si è già osservato che, pure per istituti direttamente garantiti, l'unicità di una disciplina di base non esclude la possibilità di interventi legislativi fondati su norme diverse; in secondo luogo, quasi tutti i contratti possono essere ricondotti alle previsioni contenute negli articoli 41 e 42; infine, è ormai prevalente la considerazione di questi due articoli come componenti di un sistema unitario. Per la maggior parte dei contratti, quindi, sarebbe possibile far capo ad un unico riferimento costituzionale di base.

Muovendo da queste premesse, ci sembra di poter concludere nel senso della negazione di una rilevanza autonoma del contratto sul piano costituzionale; ma, al tempo stesso e per la gran parte dei contratti, si può affermare che le condizioni del legittimo intervento del legislatore sui contratti siano quelle unitariamente deducibili dal sistema degli articoli 41 e 42. In definitiva, al contratto in quanto tale non è attribuita alcuna diretta garanzia costituzionale: tuttavia, l'intervento pubblico è condizionato dall'uso dello strumento legislativo e dalla esistenza di una utilità sociale, secondo una indicazione comune alle norme ricordate.

Tutto questo deve essere tenuto ben presente tutte le volte che si esaminano sia le funzioni e la struttura dell'art. 1339, sia la *ratio* e le finalità delle norme che contemplan singole ipotesi di sostituzione. In relazione a queste ultime, infatti, un interesse sociale potrà ritrovarsi sia quando venga perseguito il fine di proteggere una determinata categoria di contraenti (compresi tra costoro quelli economicamente più deboli), sia quando si voglia l'espansione o la compressione di determinati consumi, sia quando si ritenga necessario un nuovo assetto di un settore produttivo, e via dicendo: quel che importa rilevare, in questa molteplicità di casi tendenzialmente indefinita è che, il termine a cui riferire la valutazione della *ratio* di ciascuna norma va cercato in un ordine di valori diverso da quello proprio dell'autonomia privata, valori espressi dalle disposizioni costituzionali e rispetto ai quali l'eventuale sindacato si affida a criteri del tutto distinti da quelli riferibili al profilo dell'autonomia privata, in sè considerata.

Per ciò che direttamente riguarda l'art. 1339, inoltre, non si può non ricordare che una considerazione del contratto pure dal punto di vista della sua garanzia costituzionale (intesa come legittimità dei soli interventi rispettosi dei presupposti già ricordati) significa che norme come quella finora considerata concretano un intervento dello Stato nelle forme classiche della limitazione di situazioni dei privati o, se vi preferisce, della loro funzionalizzazione (nel senso che vengono adottate forme strumentali idonee a soddisfare a un tempo un interesse privato ed un interesse pubblico). Una analisi così impostata consente di ritrovare in questa più generale funzione la *ratio* vera dell'art. 1339, svincolata dalle particolari finalità pratiche di volta in volta perseguite dalle singole norme contemplanti sostituzioni di clausole. Vengono, quindi,

richiamate figure familiari allo studioso del diritto di proprietà, prima tra tutte quella della funzionalizzazione realizzata a mezzo della mancata attribuzione al privato di determinate facoltà o della imposizione di modalità d'esercizio per facoltà attribuite (63).

Nè varrebbe obiettare che la contemporanea realizzazione di interessi privati e pubblici, affidata ad uno strumento qual'è il contratto, incontra un limite nella natura stessa dell'istituto: in sè considerato, questo argomento non riesce più persuasivo di quelli che negano la funzionalizzazione della proprietà o dell'impresa invocando l'essenza individualistica di tali istituti.

La contraddizione tra tale argomento e la realtà dell'ordinamento legislativo non ha bisogno d'essere sottolineata. Piuttosto, è opportuno mettere in evidenza il pericolo annidato in questa impostazione della questione: poichè, si afferma, proprietà, impresa, contratto sono istituti a carattere essenzialmente individualistico, tutti gli interventi che tendono a negare questo carattere contraddicono a quella essenza, sì che, in presenza dei casi di funzionalizzazione non sarà più possibile parlare di proprietà, impresa, contratto. Ora, dovrebbe essere chiaro che, tutte le volte che si adopera il termine con cui si indica uno di quegli istituti, non si vuol designare una essenza o entità oggettivamente riconoscibile, bensì dire che in una determinata situazione si applica la disciplina dettata per la proprietà, l'impresa, il contratto.

Concludendo queste considerazioni generali intorno all'articolo 1339, e rinviando ad un momento successivo la discussione sull'esattezza del suo riferimento al contenuto e

(63) Su questo punto, analiticamente, le nostre *Note critiche*, cit., pp. 1312-1314.

non agli effetti del contratto, si deve accennare a quella opinione che, contrapponendo l'art. 1339 all'art. 1374, restringe l'integrazione secondo legge, prevista da quest'ultimo, al mero prodursi delle conseguenze proprie del tipo contrattuale prescelto, con diversità di effetti determinata dal carattere cogente o dispositivo delle norme in questione (64). Così inteso, l'art. 1374 non avrebbe veramente alcun valore normativo (almeno nella parte in cui richiama la legge), poichè le singole norme, cogenti o dispositive che siano, non abbisognano certo del rafforzamento di una norma generale per poter produrre effetti conformi a quanto è in essere disposte. Ciò dovrebbe far riflettere sulla maggiore complessità di quella norma: ma questo è discorso che non è possibile anticipare.

L'analisi dell'art. 1339, ad ogni modo, richiama, quasi in forma obbligata, quella del secondo comma dell'articolo 1419, accomunato al precedente anche nelle riserve dei critici del sistema (65). Giustamente si è osservato che questa è « norma non necessaria, ma opportuna » (66): i dubbi che potevano sorgere in presenza di clausole legali erano già stati risolti dall'art. 1339, ma la ricostruzione sistematica che stiamo tentando ricevere da quest'altra norma un significativo contributo. Malgrado un esplicito richiamo della *Relazione*, che riportava l'intero art. 1419 e l'art. 1420 al principio *utile per inutile non vitiatur* (67), vi è sostanziale concordia nel ritenere che i due commi dell'art. 1419 disciplinino situazioni del tutto diverse, e non possano neppure essere riportati al medesimo fondamento (68). E ciò

(64) Cfr. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 87.

(65) Così, esplicitamente, RUBINO, *Libertà contrattuale*, cit., p. 530.

(66) MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 388.

(67) *Relazione al Codice civile*, Roma 1943, p. 423.

(68) Cfr. G.B. FERRI, *Volontà del privato*, cit., p. 272, ed ivi bibliografia.

non tanto per la considerazione che, ove non operasse la sostituzione prevista dal secondo comma dell'art. 1419, saremmo di fronte ad un caso di nullità totale (69), ma per la diversa ragione che, in tal caso, si è del tutto al di fuori del fenomeno della nullità (70). Per scorretta che sia la coesistenza nella medesima norma di fenomeni tanto diversi, tutto questo contribuisce ad illuminare il complesso delle indicazioni rilevanti in sede ricostruttiva, dal momento che la contrapposizione fa risaltare con nettezza il carattere proprio della sostituzione operata in base a clausole legali: questo, ove non se ne considerino soltanto le implicazioni rilevanti sul piano della politica legislativa, consiste proprio nella predisposizione di una rilevante modalità di intervento dello Stato nel contratto, confermando così la presenza di un concorso di fonti nella costruzione del regolamento contrattuale. Proprio la constatazione di questo concorso, e la piena autonomia delle fonti in questione, rende del tutto insostenibile la tesi che subordina l'applicabilità del capoverso dell'art. 1419 alla anteriorità alla stipulazione della legge contemplante la clausola, in base al presupposto della mancata conoscenza della clausola legale da parte dei contraenti (71): tesi che avrebbe potuto avere qualche parvenza di fondamento qualora si fosse trattato di norme dispositive, rispetto alle quali un richiamo alla

(69) Così SANTORO-PASSARELLI, *Validità della clausola oro*, in *Foro it.*, 1948, I, c. 41 (che, però, argomenta in relazione all'oggetto del contratto); G.B. FERRI, *Volontà del privato*, cit., p. 284. Diversamente CARNELUTTI, *Tentativo contrattuale*, cit., c. 240.

(70) Cfr. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 388.

(71) In questo senso Cass. 7 maggio 1948, n. 675, in *Foro it.*, 1949, I, c. 40; Cass. 7 giugno 1948, *ivi*, 1948, I, c. 936; Cass. 5 ottobre 1953, n. 3179, in *Giust. civ.*, 1953, I, p. 3032; Cass. 18 giugno 1955, n. 1900, *ivi*, 1955, I, p. 1052. L'insostenibilità della tesi è chiaramente rilevata, in una ipotesi specifica, da BICIAVI, *Ripetibilità del sovrapprezzo*, cit., p. 289.

volontà ipotetica o presunta può sembrare meno arbitrario, ma che certamente non può essere sostenuta in un caso in cui non solo non è in questione il rispetto della volontà delle parti (72), ma addirittura si realizza imperativamente « un assetto di interessi non solo non previsto dalle parti e quindi non voluto, ma a volte anche non desiderato » (73). Poichè, per il momento, ci preme soltanto individuare casi e modalità di regolamenti contrattuali che non trovano l'unica loro fonte nell'attività dei contraenti, rinviando ad un momento successivo l'esame di una questione più generale, sollevata a proposito dei problemi appena discussi: se cioè, in casi del genere, si possa ancora parlare di atti di autonomia privata, o se invece non ci si trovi in presenza di un procedimento che si limita a « far rimanere in vita una realtà produttiva di effetti », procedimento assai simile a quello che presiede all'operatività degli atti giuridici in senso stretto (74). Fin da ora può rilevarsi, ad ogni modo, che la difformità del definitivo regolamento contrattuale rispetto a quello autodeterminato dalle parti deve limitarsi alle sole clausole per le quali è prevista una sostituzione di diritto: sì che, pur potendo risultare un regolamento nella sostanza non aderente all'interesse delle parti (o, meglio, a taluni fini da esse perseguiti), l'intervento della fonte legale è circoscritto entro limiti ben precisi, al di là dei quali le determinazioni delle parti sono, per così dire, al riparo da ogni modifica (da questo punto di vista potrebbe pure addursi qualche argomento a favore della collocazione della norma in discussione nell'ambito della nullità parziale).

(72) Cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Validità*, cit., c. 42, che sottolinea l'estraneità all'autonomia privata dello strumento predisposto dall'art. 1419, co. 2.

(73) G.B. FERRI, *Volontà del privato*, cit., p. 284.

(74) Cfr. ancora G.B. FERRI, *Volontà del privato*, cit., p. 285.

Sulla base di queste premesse, non sembra possibile costruire il secondo comma dell'art. 1419 come un caso di conversione del negozio (75), e neppure di conservazione (se non in un senso molto lato e descrittivo, che ha ben poco in comune con l'accezione tecnica di tali espressioni); e, viceversa, non si può nemmeno ritenere che il fenomeno della conversione — in generale (76), o limitatamente ai casi di conversione legale (77) — possa essere ricompreso nella prospettiva in esame, o comunque considerato sotto il profilo integrativo. Prescindendo del tutto dall'opinione di chi ritiene che, con l'attuale codificazione, la disciplina della conversione sia stata sostanzialmente abrogata per ciò che riguarda i contratti, tanto la conversione che, in genere, la conservazione si inscrivono in una prospettiva che è quella dell'efficacia di un regolamento in tutto riconducibile a quello determinato dai privati, non già all'intervento di una diversa fonte regolatrice: non a caso l'articolo 1424 può essere derogato da una esplicita volontà delle parti o da un loro non equivoco comportamento (e, non senza ragione, si è osservato che l'applicabilità della disciplina della conversione deve essere subordinata ad una interpretazione secondo buona fede dell'atto da convertire). Se pure la formulazione dell'art. 1424 non può essere ritenuta felice (78), sembra eccessivo ritenere del tutto privo di senso il rinvio alla volontà delle parti, con il quale, almeno, si è imposta una valutazione in concreto dell'interesse dei contraenti (e non è qui il caso di insistere sugli equivoci

(75) Così BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, rist., Torino 1960, p. 488.

(76) Cfr. le indicazioni di GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova 1938, p. 19, nota 31; OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva*, cit., p. 1, nota 1.

(77) SCOGNAMIGLIO, *Contratti*, cit., p. 247.

(78) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 508.

che possono sorgere quando non si tenga distinta una valutazione in chiave soggettivistica o volontaristica da una che tenga conto del concreto assetto di interessi, apprezzato in forma tipica). In altri termini, si deve certo criticare il rinvio alla volontà in quanto tale (o, piuttosto, l'uso di un vocabolo determinato), ma si deve escludere che la conversione possa operare sulla base di un mero confronto oggettivo tra due schemi negoziali, dal momento che è esplicitamente imposto un riferimento al processo genetico del regolamento determinato dalle parti. Conseguentemente, può ritenersi che il regolamento contrattuale, risultante dalla conversione, non sia, in via di principio, contrastante con quello autodeterminato, come invece accade sempre nelle varie ipotesi finora esaminate.

Dal punto di vista funzionale, tutto ciò vuol dire che divergono gli interessi perseguiti nell'uno o nell'altro caso; dal punto di vista strutturale, che nel caso di conversione non si è in presenza di un concorso di fonti, ma unicamente di un intervento volto a consentire che il regolamento posto da una fonte determinata possa continuare ad operare, sia pure parzialmente, o diversamente qualificato.

Proprio tenendo fermo il punto di vista strutturale, v'è però da chiedersi se un concorso di fonti, qual'è quello che abbiamo indicato (accordo e legge), non alteri profondamente la natura del regolamento che ne risulta, dato che una delle fonti considerate è in grado di imporsi, in parte o completamente, all'altra. In altri termini, l'atto, originariamente convenzionale, deve poi essere considerato legale? Questa è la soluzione che si prospetta già per i casi in cui è applicabile l'art. 1339 (79), e che a maggior forza appare accettabile in relazione ai correnti regimi vincoli-

(79) G. STOLFI, *Teoria*, cit., p. XXIII.

stici dei contratti di locazione e dei contratti agrari (80). Anche questa sembra una conclusione eccessiva. A dire il vero, ci pare che quanti accedono alle soluzioni ora indicate mostrano di non tenere nel giusto conto il fatto che sostituzioni di diritto o proroghe legali non fanno venir meno la rilevanza delle determinazioni dei privati contraenti nella costruzione del regolamento contrattuale, ma comportano una funzionalizzazione di quest'ultimo per la contemporanea realizzazione di interessi di natura sociale, collettiva, pubblica (81). Nè deve tacersi della gravità delle conseguenze tecniche che si produrrebbero ove si volesse spingere fino in fondo la qualificazione legale degli obblighi discendenti a carico dei privati, la cui posizione sarebbe certamente resa più gravosa, ad esempio, dalla impossibilità di far ricorso ad un rimedio importante, quale è la risoluzione del contratto per inadempimento, chè, certamente, l'imposizione legale degli obblighi farebbe venir meno la struttura dell'atto prevista dell'art. 1453 (82).

A questo rilievo si è obiettato che, riguardando la risoluzione il rapporto e non già il contratto, non avrebbe senso alcuno escludere l'applicabilità della disciplina della risoluzione in base a considerazioni che riguardino soltanto il contratto, poichè non si può pensare ad una risoluzione di una fonte di effetti (83).

(80) Frequente negli scrittori francesi, questa opinione è chiaramente espressa da JOSSERAND, *Les dernières étapes du dirigisme contractuel*, cit., p. 6; recentemente THANAGO, *De l'obligation judiciaire*, Paris 1965, pp. 128-161 (con bibl.), in part. 143, che prospetta la tesi della novazione necessaria, su cui anche EL-GAMMAL, *L'adaptation*, cit., pp. 290 ss.; in generale cfr., DI MAJO-GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano 1967, pp. 214-215.

(81) Si considerino i rilievi generali di NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., p. 913.

(82) A tal proposito ALB. ROMANO, *Limiti*, cit., nn. 174-175.

(83) Così replica G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 342.

La questione, però, non è così semplice. Infatti, quando si osserva che la risoluzione incide sul rapporto, non si vuol dire che l'istituto è applicabile a qualsiasi rapporto; quando, inoltre, si sottolinea il carattere sanzionatorio della risoluzione, non si fa consistere il suo presupposto unicamente nel fatto sanzionato, cioè nell'inadempimento. In verità, l'uno e l'altro discorso presuppongono già risolto il problema preliminare, e cioè che si tratti di un rapporto di natura negoziale e che l'inadempimento attenga ad una situazione in cui esista una corrispettività tra le prestazioni. La fonte, in altri termini, non viene in questione come *oggetto* della risoluzione, bensì al fine di qualificare il rapporto come negoziale o non negoziale: e solo quando sia possibile una soluzione nel primo senso, la disciplina della risoluzione sarà applicabile.

Questo punto è così fermo nella comune riflessione che, volendosi estendere l'applicazione della risoluzione anche ai rapporti nascenti dalla sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre, non è stato sufficiente far leva sull'esistenza di un rapporto commutativo, ma si è dovuta sottolineare la permanenza del carattere negoziale del rapporto, pur in presenza di un intervento giurisdizionale così penetrante. La possibilità di applicare la disciplina della risoluzione, in altri termini, è stata fatta discendere dal carattere totalmente negoziale dal rapporto (84).

(84) Esplicitamente in tal senso SATTÀ, *L'esecuzione forzata*<sup>2</sup>, Torino 1963, p. 285, nota 1, consentendo con Cass. 14 febbraio 1963, n. 324, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 1318 (con nota di G. E. LONGO, *Esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre e risoluzione per inadempimento*). Che sia « il preliminare », reso « definitivo » per mezzo della sentenza a costituire la vera e propria fonte giuridica di questi effetti », è l'opinione di DI MAIO GIACQUINTO, *Gli effetti negoziali della sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 377; e cfr. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*,

Inoltre, quando si afferma che non può esser ricondotto ad un atto di autonomia privata il regolamento che risulta dopo la sostituzione con disposizioni legali di corrispondenti clausole del contratto, sostanzialmente si degrada l'attività svolta dei privati a semplice fatto, in dipendenza del quale l'ordinamento fa sorgere in capo ai privati obbligazioni determinate. Si introduce, così, un nuovo elemento di dubbio relativamente alla possibilità di far operare la disciplina della risoluzione, poichè si spezza quel nesso di corrispettività che la legge richiede e che non può essere semplicisticamente ritenuto esistente tutte le volte che sorgono reciproche obbligazioni in occasione del medesimo fatto.

In definitiva, se si considera esclusivamente legale il regolamento nella ipotesi di sostituzione di clausole prevista dall'art. 1339, si passa ad un ordine di fonti completamente diverso, modificandosi anche la disciplina sostanziale applicabile.

La modifica, aderendosi a tale ricostruzione del fenomeno, non può non investire il rapporto nella sua totalità: mentre è evidente che, adottandosi il diverso punto di vista del concorso di fonti autonomamente operanti, le modifiche investiranno soltanto quella parte del regolamento contrattuale per la quale è stato direttamente rilevante l'operare della fonte legale (si pensi alle norme sull'errore), senza assumere rilevanza alcuna per quella parte determinata dall'attività della fonte privata. Anche esaminandosi i profili applicativi della disciplina, dunque, si fa palese l'opportunità di tener distinto l'operare delle diverse fonti, qualificando conseguentemente il valore del loro intervento sul regolamento contrattuale.

---

in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1360, nota 43, che chiarisce la questione rilevando l'uso del termine *contratto* nel senso di *regolamento*.

Nè ci sembra che queste considerazioni contraddicano a quanto finora si è detto sull'operare delle diverse fonti e sulla loro definitiva incidenza sul regolamento contrattuale. Abbiamo già messo in luce, infatti, il ruolo particolare che, in sede di costruzione del regolamento, spetta all'attività dei privati: questo è sufficiente a mantenere al regolamento il carattere negoziale, così come l'attribuzione al privato in quanto tale conserva natura privatistica anche a situazioni di proprietà fortemente funzionalizzate. Per rendersi conto dell'esattezza di questa conclusione, è sufficiente riflettere sulla realtà della disciplina legislativa, senza cedere alla tentazione di giudicare secondo particolari criteri valutativi un sistema in cui continuamente si determinano commistioni tra interessi privati e pubblici.

4. *La precostruzione del regolamento contrattuale.* — Anche l'art. 1341 suole essere presentato come una grave deroga ai principi dell'autonomia contrattuale: e, se ormai non conoscessimo il significato vero da attribuire a queste e ad altre simili espressioni, verrebbe fatto di dubitare assai della intima coerenza di un sistema in cui sembrerebbe più facile ritrovare la deroga che non il principio. In realtà, la disposizione contenuta nell'art. 1341, e quella del successivo art. 1342, si collocano coerentemente lungo la linea di svolgimento che abbiamo tracciato. È vero che, già lo si avvertiva in occasione dei brevi cenni dedicati all'articolo 1679, le norme ora ricordate introducono alcuni elementi nuovi rispetto alla considerazioni finora svolte: ma saranno proprio questi a consentire l'arricchimento della nostra indagine.

A chi rifletta sul sistema delle fonti del regolamento contrattuale, le norme in questione, e specificamente l'articolo 1341, si presentano in « una posizione intermedia fra

competenza dispositiva privata e competenza normativa legale» (85): la netta distinzione tra fonte convenzionale e fonte legale, che poteva essere agevolmente tracciata nei casi esaminati nel paragrafo precedente, sfuma ora in un diverso equilibrio tra attività dei contraenti e intervento legislativo, nel cui chiarimento consiste il problema strutturale dei contratti stipulati sulla base di condizioni generali. Ancora una volta, però, questa realtà strutturale è destinata a sfuggire a chi si preoccupa di indagare più la *ratio* della normativa, che non le modalità attraverso le quali viene posto in essere il regolamento contrattuale. Non che la indagine sulla *ratio* sia priva di utilità e di significato: ma, in tal caso, bisogna stare attenti a non cristallizzare la ricostruzione della normativa intorno a particolari ragioni socio-politiche, che possono caratterizzare la disciplina nei diversi momenti del suo storico operare, ed a non generalizzare l'esperienza di taluni ambienti o di specifiche contrattazioni. Si rischia, altrimenti, di far passare per tipico quel che è transitorio, e di trasporre nella struttura ciò che caratterizza, invece, la funzione.

Così l'abituale considerazione delle condizioni generali di contratto sotto il profilo delle limitazioni dell'autonomia privata induce a vedere prevalente la funzione di tutela del contraente più debole (86). D'altra parte, chi dedica maggiore attenzione ai fenomeni di massa, che caratterizzano pure l'attività giuridica, sarà portato a sottolineare i vantaggi, l'economia e la rapidità della contratta-

---

(85) BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. p. 96.

(86) Così, ad esempio, BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 97-98; GIORDANO, *I contratti per adesione*, Milano 1951, p. 55. Sulla questione, criticamente, MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 98; e, più ampiamente, GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova 1954, pp. 56-60, 84-86.

zione condotta secondo schemi uniformi, nei quali non dovrebbero cercarsi occasioni di sopraffazione, ma garanzie di sicurezza e di ordine (87). Pur rispecchiando valutazioni divergenti, questi due ordini di considerazioni non sono tra loro contraddittori, ben potendo accadere (come accade, in concreto, ai giorni nostri) che nella disciplina legislativa delle condizioni generali di contratto si vedano realizzate entrambe le esigenze: sì che, in sede di ricostruzione del sistema, non potrebbe essere assunto come esclusivo l'uno o l'altro punto di vista. Nè questi sono rilievi interessanti soltanto sotto un profilo teorico, o metodologico: si pensi alle diverse conseguenze che la scelta dell'uno o dell'altro punto di vista avrebbe sul piano interpretativo. Chi considerasse prevalente la funzione di tutela del contraente più debole, porrebbe l'accento esclusivamente sull'*interpretatio contra stipulatorem* (88); chi, invece, rilevasse il ca-

(87) La letteratura sull'argomento è sterminata. Come semplici indicazioni di tendenza, ci limiteremo a richiamare АТИҮАҢ, *An introduction to the law of contract*, Oxford 1961, pp. 11-13 (in particolare, alle pp. 12-13 osserva che « is not to say that standard-form contracts are necessarily evil. They have the advantages of saving time, trouble and expense in bargaining over terms »); FRIEDMANN, *Law in a changing society*, cit., pp. 102-105; M.R. COHEN, *Law and the social order*, New York 1933, p. 106 (« by standardising contracts, a law increases that real security which is a necessary basis of initiative and tolerable risks »); LLEWELLYN, *What price contract?*, in *Yale L. J.*, 1931, p. 704-751; PRAUSNITZ, *Standardisation*, cit.; KESSLER, *Contract of adhesion. Some thoughts about freedom of contract*, in *Columbia L.R.*, 1943, pp. 629-642; E.J. STONE, *Contract by regulation*, in *Law and contemporary problems*, 1964, pp. 32-38 (il quale segnala il più generale fenomeno del ricorso a non più di una dozzina di schemi per la conclusione di contratti del valore di miliardi). La letteratura anglo-americana, e quella statunitense in particolare, ci è sembrata la più significativa; ma pari ricchezza, se non eguale approfondimento, è dato di riscontrare anche negli altri paesi: basta confrontare ESSER, *Schuldrecht*, cit., p. 38 (che considera le condizioni generali anche come strumenti adoperati nell'ambito di una economia più o meno pianificata per tipizzare il contenuto del contratto); SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*<sup>3</sup>, Paris 1964, pp. 28-30.

rattere di generalità e di uniformità delle condizioni generali di contratto, invocherebbe piuttosto una interpretazione prossima a quella della legge, almeno per ciò che riguarda il sindacato da parte della Corte di Cassazione (89).

Se, quindi, è evidente che nella funzione delle condizioni generali di contratto, e della disciplina che le contempla, v'è un momento dinamico che l'interprete non deve lasciarsi sfuggire, è altrettanto chiaro che l'individuazione di tale profilo non è sufficiente a caratterizzare la situazione in ciò che di tipico essa presenta: qualora, anzi, l'interprete volesse trasformare l'indagine funzionale nella ricerca di un elemento tipico ed immutabile, il suo apparirebbe come un impossibile tentativo di arrestare la storia.

Riguardate dal punto di vista della costruzione del regolamento contrattuale, e dunque sotto un profilo esclusivamente strutturale, le condizioni generali di contratto appaiono come la « preventiva formulazione di un contenuto negoziale uniforme rispetto ad una serie di contratti futuri » (90). Il fenomeno, che viene così in luce, è quello che può definirsi come scissione « fra contenuto e comando » (91): il che impedisce di assimilare al caso in que-

(88) Cfr. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1949, pp. 312-313.

(89) L'evoluzione in tal senso della giurisprudenza francese è chiaramente illustrata e motivata da PLAISANT, *Le contrôle de la Cour de Cassation en matière de contrats*, in *Gaz. Pal (Doct.)*, 1946, pp. 26-27, che mette in rilievo i caratteri di uniformità e generalità dei contratti d'adesione, tali da giustificare una interpretazione prossima a quella della legge; considerando il profilo « regolamentare » aveva esplicitamente richiamato l'attenzione su ciò, SALELLES, *De la déclaration de volonté*, cit., p. 230. Per l'atteggiamento tedesco cfr. ESSER, *Schuldrecht*, cit., pp. 42-43.

(90) GENOVESE, *Condizioni generali di contratto*, voce in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, p. 802; e, più diffusamente, *Id.*, *Le condizioni generali*, cit.

(91) Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 96 e nota 12.

stione il contratto normativo o contratto tipo, in cui comando e contenuto coincidono, e relativamente al quale il regolamento contrattuale successivo continua ad avere la determinazione delle parti come sua unica fonte (92).

Nelle ipotesi disciplinate dagli articoli 1341 e 1342, invece, l'ordinamento attribuisce autonoma rilevanza all'attività di predisposizione del regolamento contrattuale posta in essere da una sola parte, tutte le volte che questa, per le caratteristiche di generalità e di uniformità che la contraddistinguono, attinge ad un particolare significato sociale: le differenze tra le ipotesi previste dai due articoli,

(92) Per il contratto tipo deve ovviamente rinviarsi a BARBERO, *Il contratto tipo nel diritto italiano*, Milano 1935 (le considerazioni svolte nel testo, e talune indicazioni di questa nota, possono valere come chiarimento della nostra posizione nei confronti delle tesi sostenute in tale opera: una ulteriore discussione, per importante che sia, risulterebbe certamente eccessiva in questa sede); da ultimo cfr. MESSINEO, *Contratto normativo e contratto tipo*, voce in *Enc. Dir.*, X, Milano 1962, pp. 116-128. Quale che sia, ad ogni modo, la corretta qualificazione di stipulazioni siffatte (accordo o contratto), non può contestarsi il loro carattere convenzionale e la loro mera efficacia obbligatoria: sì che l'eventuale difformità di un regolamento contrattuale successivo rispetto al contratto tipo può essere riguardata unicamente sotto il profilo della deroga convenzionale, rilevante solo per quel caso particolare e non richiamabile in occasione di ulteriori contrattazioni, qualora la difformità consista nell'inserzione di una clausola diversa da quella prevista nel contratto tipo; se, invece, si è soltanto trascurato di inserire una delle clausole, previste nel contratto tipo, nel nuovo contratto, non potrebbe in alcun caso essere invocato il meccanismo dell'inserimento automatico (esattamente SCOGNAMIGLIO, *Contratti*, cit., p. 18; non sembra proprio, di conseguenza, il richiamo all'art. 1339 di BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 97, nota 13; e cfr. BARBERO, *Il contratto tipo*, cit., p. 172). Sembra, quindi, del tutto inesatto quanto affermato da Cass. 28 ottobre 1966, n. 2688, in *Giust. civ.*, 1967, I, p. 21 (in motivazione): « Dal contratto normativo deriva un preciso vincolo e un preciso obbligo per le parti: quello di regolare il singolo rapporto che sarà di volta in volta posto in essere durante il periodo di vigore del contratto normativo secondo i patti fissati. Pertanto, le parti non hanno possibilità di variare di volta in volta le clausole predisposte; le parti hanno solo la facoltà di non contrattare o di aggiungere volta per volta le singole clausole particolari non previste ed attinenti al singolo individuato rapporto ».

infatti, non riguardano la sostanza del fenomeno, ma la prospettazione del regolamento predisposto. È sufficiente, allora, porre a confronto gli articoli 1322 e 1362 con gli articoli 1341 e 1342 per avvedersi che, se pure questi ultimi non alterano nella sostanza il sistema delle fonti del regolamento contrattuale, certamente incidono sulle modalità dell'operare delle fonti stesse, con conseguenze non prive di significato pratico.

Quando, infatti, parliamo di fonte convenzionale, non intendiamo riferirci genericamente al fatto che talune determinazioni discendono da un'attività del privato, ma, coerentemente alla materia contrattuale qui analizzata, ad un regolamento autodeterminato da entrambi i contraenti. Né costituirebbe una valida obiezione rilevare che, in moltissimi casi, è una parte soltanto a stabilire quale debba essere il regolamento, limitandosi l'altra ad una passiva accettazione: la disciplina della proposta e dell'accettazione, infatti, non attiene al *grado* di partecipazione dei contraenti alla elaborazione del regolamento contrattuale, ma fissa unicamente le condizioni formali perchè tale regolamento divenga vincolante per quei soggetti; una volta che tale vincolo sia venuto in essere, il regolamento è oggettivamente riferito ad entrambe le parti, anche sotto il profilo genetico. La disciplina delle condizioni generali di contratto intacca questo sistema in due punti: attribuisce rilevanza al grado di partecipazione alla elaborazione del regolamento; considera il ruolo svolto dal contraente più attivo ai fini della disciplina, specie sotto il profilo della interpretazione e dell'applicabilità delle norme sull'errore (93).

(93) Per ciò che riguarda l'errore si può confrontare MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., pp. 97-99; ma si veda anche PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 215.

cato, poichè il momento della costruzione del regolamento viene esplicitamente posto fuori di esso, e la sua funzione rimane esclusivamente quella di sanzionare la nascita del vincolo. Ciò è sufficiente, ad ogni modo, per escludere che le caratteristiche della generalità e della uniformità siano per sè sole idonee ad attribuire valore vincolante alle condizioni generali di contratto, nel senso almeno che non si può riconoscere ad un soggetto il potere di vincolare altri ad un regolamento da lui solo determinato (e ciò sul piano giuridico, se non sempre sul piano sociale) (94); e per ribadire il valore determinante dell'accordo (95).

Quella che, all'inizio di questa indagine, abbiamo chiamato diminuzione di significato dell'attività dei contraenti ai fini della costruzione del regolamento contrattuale (96), trova nel caso appena esaminato un'ulteriore significativa illustrazione, anche se qualitativamente diversa da quella propria delle ipotesi esaminate nel paragrafo precedente. Là, infatti, ci si trovava comunque in presenza di una determinazione del regolamento contrattuale *comune* ad entrambe le parti, determinazione a cui poteva aggiungersi, o sulla quale poteva parzialmente prevalere, quella proveniente dalla fonte legale; nelle norme esaminate per ultime, invece, vien meno la comunanza dell'attività di determinazione, ritrovabile soltanto in un successivo momento

(94) In questo senso, con chiarezza LARENZ, *Lehrbuch*, cit., I, pp. 89-90. Per i diversi orientamenti della scienza giuridica tedesca, che sottolineavano il profilo regolamentare delle condizioni generali di contratto, cfr. GENOVESE, *Le condizioni generali*, cit., pp. 31-35.

(95) Cfr. ESSER, *Schuldrecht*, cit. p. 41. Di interesse particolare le considerazioni di SUNDBERG, *The law of contracts. Jurisprudential writing in search of principles*, in *Scandinavian Studies in Law*, VII, Göteborg-Stockholm-Uppsala 1963, p. 143.

(96) Cfr. *retro*, n. 1.

sanzionatorio. Nelle ipotesi individuate dagli artt. 1339 e 1419 co. 2 si era in presenza di un vero e proprio concorso di fonti; in quelle disciplinate dagli artt. 1341 e 1342 si attribuisce rilevanza ad un regolamento « pre-costruito » rispetto alla attività contrattuale (97).

Di quest'ultimo carattere sembra partecipare la situazione individuata nell'art. 1340, dove, appunto, si attribuisce rilevanza ad elementi pre-costruiti, anche se non riferibili all'attività di una parte determinata. Di conseguenza, alla lunga, e non chiusa, discussione intorno al senso da attribuire all'art. 1340 non sarebbe neppure il caso di accennare in questa sede, se taluni punti di essa non gioverebbero a chiarire questa ed altre questioni che ci interessano direttamente (98): la nostra trattazione, quindi, sarà contenuta nei ristretti limiti di questo specifico interesse.

La storia (99) e la posizione sistematica (100) dell'arti-

(97) Così ASQUINI, *Integrazione del contratto con le clausole d'uso*, in *Scritti giuridici*, III, Padova 1961, p. 383. Sulla questione F. FERRARA sr., *Teoria dei contratti*, Napoli 1940, pp. 48-50. Con generalizzazione eccessiva, ritiene che le parti non vogliono coscientemente un complesso di effetti, ma « adhèrent en bloc, sans possibilité véritable de dérogation, à tout un droit objectif pré-existant », GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris 1912, p. 183. Il senso del mutamento è messo bene in rilievo da SALLE DE LA MARNIERRE, *L'évolution technique du contrat*, cit., pp. 21-34; e cfr. ZAKSAS, *Les transformations du contrat et leur loi*, thèse (Toulouse), Paris 1939, pp. 302-318.

(98) Per una rassegna delle discussioni sull'art. 1340, con ricche indicazioni bibliografiche, cfr. da ultimo N. COVIELLO jr., *In margine all'art. 1340 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, pp. 501-532, e SERRA, *Considerazioni sulla natura degli usi di borsa*, in *Banca Borsa Tit. cred.*, 1963, I, pp. 325-382, in particolare pp. 344-347.

(99) Cfr. ASQUINI, *Integrazione del contratto*, cit., pp. 375-377 (a p. 377 si rileva che l'art. 1340, soppresso nel progetto di codice delle obbligazioni del 1940, « è stato ripreso e inserito nell'attuale collocazione nella fase finale dell'unificazione quasi in contrappeso dell'inciso « in mancanza » inserito nell'art. 1374 »); Id., *Usi legali e usi negoziali*, in *Scritti giuridici*, cit., pp. 365-377.

(100) Ancora ASQUINI, *Usi legali*, cit., p. 368; Id., *Integrazione del*

colo 1340 fanno ritenere inesatta una sua svalutazione fondata sull'analisi dell'art. 1374 (101). Senza voler qui ripetere argomenti ormai consueti, si può forse ritenere che un certo chiarimento del dibattito deriverebbe proprio dalla considerazione del diverso ruolo che, nella prospettiva appena delineata, spetta, da un canto, all'art. 1374 e, dall'altro, all'art. 1340. Il primo, infatti, si presenta già nella formulazione letterale come una norma che prevede un concorso di fonti; il secondo, invece, attiene proprio al profilo della precostruzione, la cui diversa disciplina rispetto agli artt. 1341, 1342 (inserzione di diritto, tuttavia temperata dalla facoltà di deroga) discende dal fatto che tale operazione non può essere ricondotta all'attività di uno dei contraenti, ma si realizza su di un piano diverso (102). Ciò è indice evidente del fatto che, in un caso (art. 1374), è in questione un ordine di valutazioni generali, che può entrare a far parte del regolamento contrattuale solo in virtù di una fonte legale; nell'altro (art. 1340), invece, si tratta di valutazioni inerenti ai rapporti già esistenti fra i contraenti, o propri dell'ambiente in cui essi operano (103), sì che l'inserzione nel regolamento contrattuale deve trovare

*contratto*, cit., pp. 379-380. Inoltre, in particolare, GENOVESE, *Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 368-393; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano 1966, pp. 150-157.

(101) Cfr. OPPO, *Profili*, cit., pp. 84-89; VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova 1941, pp. 246 ss.; BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 229; MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., pp. 90-91 (si vedano le ulteriori considerazioni svolte nel testo per valutare la fondatezza degli argomenti addotti da questo autore per negare, in definitiva, che l'art. 1340 altro non sia che un doppione dell'art. 1374).

(102) Cfr. le giuste intuizioni di ASQUINI, *Integrazione del contratto*, cit., pp. 278-379; In., *Usi legali*, cit., p. 368; intuizioni che non vengono tratte a tutte le conseguenze di cui sarebbero feconde per il permanere di una irrigidita considerazione dei rapporti tra contenuto ed effetti.

(103) Si veda ASQUINI, *Integrazione del contratto*, cit., pp. 380-381.

un riferimento nell'attività convenzionalmente svolta (accordo), attraverso un meccanismo (inserzione automatica e regime derogatorio) che è, al tempo stesso, la negazione di ogni finzione di volontà.

Il richiamo al meccanismo derogatorio, d'altra parte, non può essere utilizzato per escludere la riferibilità dell'art. 1340 ai cosiddetti usi individuali. Quando, infatti, si osserva che nessun significato potrebbe essere attribuito, nel sistema normativo, ad «una proposizione che espressamente contempra i patti in uso tra i contraenti e li dichiara vincolanti per gli stessi solo in quanto da essi voluti» (104), si dà all'art. 1340 un significato del tutto inconciliabile con la stessa sua formulazione letterale.

L'inserzione delle clausole d'uso nel regolamento contrattuale non è affatto subordinata ad una dichiarazione delle parti a ciò diretta, essendo sufficiente che le parti stesse non abbiano regolato i loro interessi in modo da escludere quella inserzione («... se non risulta che non sono state volute dalle parti», art. 1340) (105). Sì che, una volta rettificata l'interpretazione dell'art. 1340, l'utilità di esso si potrebbe presentare anche quando si identificassero le clausole d'uso con i patti tra i contraenti (e sarebbe, almeno per certi aspetti, una identificazione impropria), poiché, già lo si è visto a proposito del contratto tipo (106), i patti stipulati tra i contraenti in ordine a futuri regolamenti hanno una mera efficacia obbligatoria, e non possono mai ritenersi inseriti automaticamente nei regolamenti successivi.

Ciò detto, non si è ancora risolto il problema relativo al senso proprio delle clausole d'uso previste dall'artico-

(104) N. COVIELLO jr., *In margine all'art. 1340*, cit., p. 505.

(105) Esattamente CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., p. 153, nota 194.

(106) Cfr. *retro*.

lo 1340: escluso che con esse si sia fatto riferimento ai cosiddetti usi normativi, non sembra, però, che possa accogliersi neppure l'interpretazione che vede in esse soltanto gli usi individuali propri ai contraenti (107). Il diverso modo di operare dell'art. 1340 rispetto all'art. 1374 è già stato chiarito (ed è una diversità che, evidentemente, non si identifica con quella fondata sull'operare in relazione alla fattispecie o agli effetti). D'altra parte, la materia sembra essere posseduta da un certo apriorismo, sì che, invece di distinguere gli usi individuali e quelli negoziali in base ai loro requisiti obiettivi (108), si tende ad una loro ricostruzione preoccupata piuttosto di salvaguardare le esigenze logiche secondo cui viene posta in essere la nozione di contratto.

A nostro modo di vedere, i cosiddetti usi individuali possono essere considerati o come comportamenti abituali delle parti o come patti che esse solitamente inseriscono nelle stipulazioni. Sotto il primo punto di vista, essi vengono presi in considerazione dell'art. 1362 e, più generalmente, dall'art. 1366, dai quali, appunto, sembra potersi desumere che il comportamento dei contraenti, anteriore alla stipulazione, può contribuire a chiarire la regola, ma non a porla esso stesso. È evidente, allora, che questo è pure l'unico senso in cui è lecito far capo al concetto di buona fede, escludendosi la possibilità di fondare l'art. 1340 sulla previsione dell'art. 1337 (109): d'altro canto, quest'ultimo articolo si limita a prevedere la responsabilità in sede di trattative, sì che ogni deviazione dal cri-

(107) Cfr. GENOVESE, *Gli usi*, cit., pp. 381-387; CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., p. 153.

(108) Cfr. ASQUINI, *Integrazione del contratto*, cit., p. 380.

(109) Così GENOVESE, *Gli usi*, cit., p. 390; CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., pp. 155-156.

fatto dal quale può nascere un'obbligazione di risarcimento, e non altro.

Quanto, poi, ai patti abitualmente inseriti dai contraenti nelle loro stipulazioni, a maggior forza deve escludersi la possibilità di far operare per essi il meccanismo previsto dall'art. 1340. Se, infatti, l'inserzione automatica non si verifica nel caso in cui le parti abbiano esplicitamente previsto taluni patti in vista di future stipulazioni (contratto normativo), malgrado il carattere obbligatorio dei patti stessi, non può ritenersi ammissibile una conseguenza maggiore quando ai patti manchi questa previsione del futuro ed il loro valore vincolante si esaurisca con la stipulazione in cui sono stati inseriti (110).

Diversa, invece, deve essere la conclusione qualora le clausole d'uso vengano intese come «*clausole tipiche di determinati mercati*» (110-bis), chè in tal caso ci si trova in presenza di un vero e proprio fenomeno di precostruzione, caratterizzato dai requisiti della generalità e della uniformità, e quindi avvicicabile all'ipotesi prevista dall'articolo 1341. Questo collegamento, d'altra parte, consente di ritenere applicabile anche al caso contemplato dall'articolo 1340 il secondo comma dell'art. 1341, esattamente individuato come norma generale dei casi di precostruzione (111).

(110) In generale, ed usando con valore puramente indicativo la formula, potrebbe dirsi che gli usi individuali rilevano come *circostanze* del contratto, non già sotto il profilo del contenuto (cfr. art. 1431).

(110-bis) Cfr. ASQUINI, *Integrazione del contratto*, cit., pp. 382-385, in particolare p. 384.

(111) ASQUINI, *Integrazione del contratto*, cit., p. 381. Cfr. anche alcuni accenni di CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 370. E si veda Cass. 19 giugno 1963, n. 1572, in *Banca Borsa Tit. cred.*, 1963, II, p. 334, che evita, nell'interpretazione dell'art. 1340, i grossolani

A questo punto dell'indagine sembrano possibili due prime conclusioni. Anzitutto, la constatata riduzione di significato dell'attività delle parti si risolve nell'ammissibilità di un concorso di fonti all'atto della costruzione del regolamento contrattuale; concorso che, finora, abbiamo esaminato soltanto per ciò che si riferisce all'attività delle parti ed alla legge, ma che troverà significativa illustrazione anche nelle pagine che dedicheremo ai poteri attribuiti al giudice. In particolare, questo modo di venire in essere del regolamento contrattuale non costituisce una astratta ipotesi teorica, od una mera esigenza politica: crediamo di aver mostrato che esso è già operante realtà legislativa, dalla quale non è ormai possibile prescindere per la costruzione della stessa nozione di contratto e per superare quelle resistenze che ancora si oppongono ad un riconoscimento del diverso valore che l'attività delle parti ha assunto.

A questo rilievo di carattere generale si collega pure la seconda conclusione, anche se essa è con maggiore immediatezza illustrata dal fenomeno della precostruzione. Cogliendo felicemente uno dei punti significativi della teoria del contratto, Kelsen osservava: « È importante distinguere il negozio giuridico come atto con il quale le parti creano una norma per esse medesime, dalla norma in tal modo creata. Entrambi i fenomeni sono di solito designati con la stessa parola. Il termine ' contratto ', in particolare, ha un doppio uso. Il ' contratto ' designa sia il procedimento specifico con il quale vengono creati i doveri ed i diritti contrattuali delle parti contraenti, sia la norma contrattuale creata con questo procedimento, equivoco che è la

fraintendimenti contenuti in altre sentenze della medesima Corte di Cassazione (cfr., ad esempio, Cass. 30 ottobre 1959, n. 3177, in *Rep. Foro It.*, 1959, voce *Obb. contr.*, n. 83).

fonte di tipici errori nella teoria del contratto » (112). Proprio la distinzione tra attività delle parti e regolamento contrattuale dovrebbe essere stata colta dall'analisi finora svolta: e l'autonomia di questi due dati risulta con nettezza maggiore di quella derivante dall'indagine kelseniana, quando si hanno presenti le ipotesi in cui la posizione del regolamento contrattuale non consegue all'attività delle parti, ma le preesiste.

Riprendendo questi spunti, al fine di mostrare quale sia il senso vero da attribuire al consenso delle parti, si è più recentemente osservato che nel nostro codice civile possono con sicurezza ritrovarsi almeno quattro diversi significati in cui il termine 'contratto' viene adoperato (113). Non è questa la sede per vagliare l'esattezza di questa indicazione, e tanto meno per discutere le conclusioni raggiunte in relazione al consenso delle parti. Ci sembra, però, che l'analisi dei diversi significati del termine 'contratto' non valga soltanto a rendere più rigoroso il linguaggio del legislatore, ma possa condurre pure ad un riesame della struttura stessa del contratto: riesame che non muove da una preconcepita nozione di contratto, anzi le rifiuta tutte, per rivolgersi direttamente ai dati offerti dalla disciplina positiva. E questo è un orientamento con il quale ben volentieri conveniamo.

È curioso rilevare, però, come talvolta si accusi questo

(112) KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*<sup>2</sup>, tr. it. di S. Cotta e G. Treves, Milano 1954, p. 139. Sul punto si veda SUNDBERG, *The law of contracts*, cit., pp. 141-142. Evidentemente, i rilievi di Kelsen non possono essere ricondotti alla relazione tra contratto e rapporto, come sarà chiarito nel paragrafo successivo. L'uso anfibologico del termine contratto era stato altrimenti rilevato da RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, pp. 6-7.

(113) È la tesi di SCHLESINGER, *Complessità del procedimento*, cit., pagine 1345-1365.

procedimento d'essere manifesta espressione dell'*Inversionsmethode*, osservandosi che, tutte le volte che si attinge alla molteplicità di norme vigenti in tema di contratto per ricostruire le linee generali dell'istituto, si commette un pericoloso errore: si attribuisce, cioè, carattere prioritario ad una normativa che non può valere a ricostruire i lineamenti del contratto, dal momento che essa stessa deve essere interpretata alla luce di principi ricavabili da poche norme generali. Non sarebbe difficile ritorcere questa obiezione contro chi l'ha formulata, richiamando l'attenzione sui nessi che stringono le varie norme e sulla necessità di intendere soprattutto le enunciazioni di principio alla luce della complessa normativa in cui si inseriscono: sì che sarebbe proprio chi stabilisce *a priori* quale sia il significato delle norme generali ad invertire indebitamente i termini della questione.

A ben guardare, l'atteggiamento così criticato trova le sue radici o in una sopravvalutazione della sistematica del codice civile o in una nozione di autonomia privata non del tutto aderente alla disciplina vigente.

Per ciò che riguarda il profilo sistematico, bisogna ricordare che il codice civile rispecchia abbastanza fedelmente la teoria della fattispecie, come eloquentemente dimostra il rilievo accordato alla distinzione tra contenuto ed effetti. Sull'intera questione dovremo tornare più avanti, per stabilire se veramente quella teoria e quella distinzione sono in grado di spiegare la realtà del contratto, quale risulta dall'intera disciplina ad esso dedicata. Qui si vuole soltanto osservare come non sia possibile, al tempo stesso, ripudiare la teoria della fattispecie e tener ferma la sistematica che la rispecchia: una volta respinta la prima, non ci si può arrestare di fronte alla necessità di una revisione generale della materia, dalla quale risulterà agevolmente che la po-

sizione secondaria o subordinata di talune norme discendeva unicamente dalla loro sistemazione in quel particolare quadro teorico, non già dall'effettiva funzione spiegata in sede di costruzione del regolamento contrattuale. Questa considerazione, allora, conferma la legittimità dell'orientamento metodologico precedentemente illustrato.

Inoltre, quando si mette in rilievo il carattere arbitrario della scissione operata dalla teoria della fattispecie, se ne trae motivo per una rinnovata considerazione unitaria dell'istituto contrattuale. Anche questo sarà argomento da trattare più ampiamente in seguito. Quando, però, si è rilevata l'impossibilità di limitare al contenuto il senso dell'attività dei privati, non sempre ci si è avveduti del fatto che il medesimo ordine di considerazioni vale anche in relazione all'altro termine della contrapposizione: implica, cioè, anche una critica alla tesi di chi ritiene riferibile solo agli effetti l'intervento dell'ordinamento. In conclusione, si è talvolta portata a compimento in modo unilaterale la revisione critica della teoria della fattispecie, senza rendersi conto del fatto che una nuova impostazione, volta unicamente ad estendere l'ambito d'incidenza dell'attività dei privati, non richiede soltanto una dimostrazione della possibilità di riferire questa attività anche al settore abitualmente assegnato agli effetti, ma pure una esauriente contestazione del ruolo assegnato alla legge per la determinazione di questi ultimi. Altrimenti, una volta ricostruita l'unità del regolamento contrattuale, non ci si può sottrarre alla considerazione del ruolo in esso spettante a tutti gli elementi richiamati in via normativa.

Anche da questo più generale punto di vista, dunque, viene ribadita l'opportunità di indagini che cerchino di cogliere la realtà contrattuale nella sua interezza, quale si manifesta nella ricca normativa ad essa dedicata.

Questa nuova complessità del fenomeno ben può giustificare la nostalgica esclamazione « elle était si belle et si simple, la notion de *contrat* dans le Code civil! » (114). Ma la nostalgia non deve velare i dati nuovi, il cui combinarsi arricchisce (o modifica) a tal punto l'antica nozione che qualcuno sente il bisogno di riferirsi al contratto come ad un « ambiente normativo » o « sistema contrattuale » (115), così mostrando di ritenere ormai del tutto perduta l'originaria semplicità.

Al di là di queste considerazioni, l'interprete avverte la necessità di una nuova coerenza, che spieghi, senza mortificarlo, pure il diverso ruolo che spetta all'attività dei contraenti.

6. *Il concorso di fonti ed il problema della struttura del contratto.* — In sede di bilancio critico potrebbe, però, osservarsi che i vari fenomeni finora considerati non consentono conclusioni unitarie, a ragione dell'eterogeneità dei termini a cui essi fanno riferimento. In altre parole, non sarebbe corretto mettere insieme, ad esempio, gli articoli 1322, 1339, 1340, 1341, 1419 e via dicendo, poichè alcuni di essi riguardano la fattispecie contrattuale, altri i suoi effetti. Inoltre, nel riferimento continuo al regolamento contrattuale potrebbe ritrovarsi una pericolosa confusione tra contratto e rapporto.

Ora, se il negozio (contratto) viene « concepito come lo strumento (giuridico) per la realizzazione di nuovi rapporti » (116), non può certamente escludersi l'appartenenza del regolamento a tale momento strumentale: dal pun-

(114) SAVATIER, *Métamorphoses*, cit., p. 21.

(115) MESSINEO, *Contratto*, cit., pp. 936-937.

(116) SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1950, p. 334. Sul problema cfr. anche ALB. ROMANO, *Limiti*, cit., p. 169.

to di vista da noi prescelto, anzi, può agevolmente chiarirsi che la prospettiva in cui si colloca la relazione tra contratto e rapporto non è quella causalistica, ma quella normativa intercorrente tra regola e regolato.

Più sottilmente, potrebbe rilevarsi che la confusione, inesistente per ciò che riguarda contratto e rapporto, si realizza, invece, per ciò che riguarda struttura e contenuto. È vero che la distinzione tra questi due termini è tutt'altro che sicura (117), e che potrebbe pure dubitarsi del suo rigore e della sua utilità: tuttavia, un accenno ad essa può contribuire a chiarire qualche punto del discorso che stiamo conducendo. La definizione della struttura del contratto « come sintesi di due dichiarazioni di volontà, aventi un certo contenuto » (118), può essere, senza grave arbitrio, tradotta nel rapporto tra fonti e regolamento contrattuale, così come finora lo abbiamo considerato.

Si giunge, così, al punto più delicato di questa parte dell'indagine, consistente nel chiarimento dei rapporti tra contenuto ed effetti, e nella possibilità di riferire all'uno o all'altro di questi termini le considerazioni finora svolte. A dire il vero, sarebbe agevole riferire più d'una autorevole opinione, secondo cui, nella gran parte delle ipotesi esaminate nei paragrafi precedenti, si sarebbe in presenza di fenomeni che riguardano il contenuto, e non già gli effetti: ma questa rassegna potrebbe riuscire assai meno significativa di quanto a prima vista non sembrerebbe, sia perchè

(117) Tra gli altri, la negano in sostanza G. STOLFI, *Teoria*, cit., p. 13; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 125. Sul problema, in generale, DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., pp. 191-205; CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., *passim* (nell'intera parte prima), in particolare pp. 36-39 (ove si respinge il criterio di distinzione proposto da MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 838).

(118) NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano 1936, p. 166.

variano notevolmente i punti di vista dai quali i diversi scrittori prendono le mosse; sia perchè non può pensarsi che una tesi qualsiasi possa prevalere per il semplice fatto del largo consenso che la circonda.

D'altra parte, più che indicare singoli orientamenti, è interessante mettere in rilievo che le stesse definizioni di contenuto oscillano tra estremi tra loro lontanissimi. Per « contenuto », ad esempio, prendendo le mosse dall'art. 1431 che esplicitamente lo contempla, si intende il « complesso delle dichiarazioni », il « contesto (patti, condizioni, clausola ed eventuale parte narrativa) » (119); andando oltre questa prospettiva formale, si è soggiunto che « il riferimento... indica qualcosa di più: l'insieme dell'operazione, sia economica che giuridica, compiuta dalle parti » (120). Approfondendo l'analisi dell'art. 1431, un chiarimento ulteriore può essere raggiunto quando si consideri la distinzione, esplicita in tale norma, tra *contenuto* e *circostanze* del contratto. Sembra corretto ritenere che, con il termine *circostanze*, si sia voluto alludere a fatti che, senza entrare a far parte del contratto in sè considerato, sono stati, tuttavia, tenuti presenti dalle parti in occasione della conclusione del contratto stesso: e che, dunque, non attengono all'atto in sè, ma alla complessa situazione di fatto in cui questo si inserisce (121). Di conseguenza, il termine

(119) BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano 1962, p. 224.

(120) PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 223. Sull'intera questione cfr. i rilievi di ALLARA, *Teoria generale*, cit., pp. 54-70 (in particolare p. 58 sul diverso significato che può assumere un medesimo elemento).

(121) « Le circostanze si riferiscono al suo (*dell'atto*) collegamento con le cose *quae circum stant*, ossia con il resto del mondo o della storia; ... le circostanze ... attengono all'atto immerso nel mondo o nella storia »: così CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*<sup>3</sup>, Roma 1951, pp. 307-308. Sembra esatto, allora, ritenere che, parlando di circostanze, la norma

*contenuto* può ritenersi adoperato per comprendere nel suo complesso il vero e proprio regolamento contrattuale.

Ancora, con un rigoroso procedimento riduttivo, si è sostenuta l'identificazione del contenuto con « tutte le determinazioni poste in essere dalle parti per regolare i propri interessi » (122), e quindi con il loro concreto voluto (123), denunciandosi l'errore di prospettiva che impedisce di distinguere con il dovuto rigore, e a volte induce addirittura a confondere, il piano della fattispecie e quello degli effetti (124).

All'opposto, la sostanziale svalutazione di questa distinzione e la constatazione della possibile divergenza tra effetti e contenuto, hanno indotto a superare, sotto questo profilo, la distinzione stessa, e ad inserire nel contenuto anche gli effetti dettati da norme cogenti (125); muovendosi in questa direzione, sia pure in una prospettiva diversamente articolata, si è recentemente giunti a concludere che « il *contenuto* del contratto si manifesta in relazione ai suoi *effetti* (*voluti*), con la conseguenza che non risulta possibile consi-

abbia voluto alludere a qualcosa di diverso da ciò che le parti oggettivamente hanno dichiarato, e che, come tale, entrerebbe a far parte della fattispecie negoziale (su questa opinione di BARCELLONA, *Profili*, cit., p. 224, si vedano i rilievi critici di PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 224, nota 75. Piuttosto, anche il riferimento sul quale Barcellona sembra fondare la propria tesi — cioè la interpretazione estensiva del concetto di dichiarazione, inteso come *Gesamtatbestand* del negozio, secondo la veduta di F. LEONHARD, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, in *Arch. civ. Pr.*, 1922, pp. 14-16 — sembra non tenere nel giusto conto il carattere prevalentemente descrittivo del concetto adoperato da Leonhard).

(122) CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., pp. 18-19.

(123) CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 56.

(124) CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 61 ss.

(125) Basta riandare alle classiche formulazioni di TITZE, *Die Lehre vom Missverständnis*, Berlin 1910, che, muovendo proprio da una radicale negazione (pp. 491-495), opera la considerazione di effetti e contenuto sotto un unico profilo (p. 493, nota 51).

derare l'un aspetto del fenomeno senza farvi rientrare logicamente anche l'altro» (126).

Da una ulteriore esposizione delle tesi sul contenuto del contratto non si ricaverebbe grande profitto (127). Quanto si è già detto, infatti, è sufficiente a far sorgere qualche dubbio sulla effettiva utilità di una discussione che contrapponga contenuto ad effetti; o, per meglio dire, dell'effettivo rigore di discussioni che, nel tentativo di isolare una nozione generale ed autonoma di contenuto, o pongono a proprio fondamento nozioni di contratto tra loro diverse (sì che i risultati a cui le varie indagini pervengono non sono tra loro comparabili, essendo solo nominalisticamente identici i termini a cui si riferiscono); o assumono come riferimento problemi particolari della figura contrattuale (ed allora le generalizzazioni sono improprie, mancando un adeguato controllo dei risultati raggiunti con la totalità dell'istituto considerato). Tutte queste considerazioni, allora, dovrebbero indurre a ritenere estensibile alle discussioni sul contenuto quanto esattamente si osserva a proposito delle generali contrapposizioni teoriche nella materia negoziale, e cioè che « si crede di risolvere in maniera diversa il problema laddove si cambia soltanto la prospettiva o si modificano le condizioni di illuminazione del dato » (128).

Più particolarmente, a conferma dei rilievi generali appena esposti, può osservarsi che le definizioni del contenuto che facciano capo al « complesso delle determinazioni delle parti » (129), inteso tanto in senso volontari-

(126) Così DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., p. 211.

(127) Queste tesi sono ora sistematicamente esposte e discusse da CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., pp. 6-43.

(128) LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano 1964, p. 18.

(129) CARRESI, *Il contenuto del contratto*, cit., p. 365.

stico che precettivistico (130), non si sottraggono ad una critica che sottolinei come tali definizioni non riguardino, in realtà, il contenuto, ma lo stesso contratto. « Il complesso delle determinazioni delle parti è il contratto medesimo, non il contenuto. Il contratto è *ciò che determina*; il contenuto è *ciò che ne è determinato* » (131). Non è il caso di discutere immediatamente la fondatezza delle conclusioni che si traggono da questa esatta premessa, dal momento che, attenendo tali conclusioni alla sostanziale identificazione del *regolamento di interessi* con la *prestazione* (132), si riproporrebbe l'intera questione dei rapporti tra contenuto, oggetto e prestazione (133), rispetto alla quale non sembrano qui utili specifici rilievi. Si deve, però, osservare che l'equivoco denunciato si annida fatalmente in tutte quelle concezioni che, respingendo sul piano degli effetti tutto ciò che non possa essere immediatamente ridotto al concreto voluto delle parti e dando a questo *voluto* l'estensione massima, in sostanza si limitano a descrivere la fattispecie negoziale nella sua interezza (134). Ma ad una censura non sembra che possano sottrarsi neppure quelle tesi che, pur attribuendo al contenuto il valore di parte rispetto a un tutto e costruendolo così come uno soltanto degli elementi del contratto (accanto alla forma ed alla causa), in realtà non giungono a spiegare

(130) Cfr., ad esempio, CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli s.d., p. 119; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 85; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano 1954, p. 153.

(131) CARNELUTTI, *Chiose*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 619.

(132) CARNELUTTI, *Chiose*, cit., p. 619.

(133) Cfr. ad esempio, MESSINEO, *Contratto*, cit., pp. 836-839; ed anche CARRESI, *Il contenuto del contratto*, cit., p. 372. E si vedano gli esatti rilievi critici di CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., pp. 36-37.

(134) In tal senso cfr. anche CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., pp. 18 ss.

il fenomeno che qui ci interessa, dal momento che si limitano a descrivere « una realtà oggetto-presupposto di altra valutazione » (135) (quella legislativa), alla quale valutazione si lega non soltanto l'operatività del regolamento determinato dai privati, ma la stessa fisionomia definitiva che tale regolamento assume.

Si potrebbe obiettare che, almeno per quanto riguarda l'autodeterminazione del regolamento, la limitazione è giustificata, poichè sono le stesse norme di legge a stabilire un nesso diretto tra contenuto e determinazione delle parti (si confrontino gli articoli 1322 e 1431). Ma, per quanto riguarda l'art. 1322, si è già osservato come non sia possibile interpretarlo nel senso dell'attribuzione alle parti di un potere esclusivo di determinazione del contenuto (136); l'articolo 1431, dal canto suo, deve essere inteso conformemente alle peculiarità della disciplina dell'errore, che ben possono giustificare talune accezioni restrittive (137).

In verità, le difficoltà precedentemente segnalate non trovano la loro origine in questioni particolari, ma mettono

(135) DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione*, cit., p. 100.

(136) Cfr. *retro* n. 3.

(137) Tale peculiarità è esplicitamente richiamata da BARCELLONA, *Profili*, cit., p. 155. Quanto all'obiezione di CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., p. 70, secondo cui la mancata distinzione tra contenuto ed effetti comporterebbe la necessità di configurare come errori in senso proprio non solo quelli su norme dispositive, ma anche gli errori su norme inderogabili, può rilevarsi, in primo luogo, che tale specie di errore, configurandosi come errore sui motivi (cfr. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., pp. 678-679; SCOGNAMIGLIO, *Contratti*, cit., p. 47), sfugge al presente ordine di considerazioni: più che al contenuto, esso atterrebbe alle circostanze del contratto. D'altra parte, anche quando si costruisse l'errore di diritto come attinente al contenuto (in questo senso BARCELLONA, *Profili*, cit., pp. 190-191; ed anche PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 456), si potrebbe agevolmente osservare che l'irrilevanza dell'errore su una norma inderogabile si spiega con il fatto che tale norma riguarda proprio un aspetto del regolamento contrattuale istituzionalmente sottratto ai poteri dei privati.

in evidenza insufficienze e contraddizioni proprie di ogni dottrina che considera il negozio nella esclusiva prospettiva della fattispecie (138). Insufficienze e contraddizioni che, evidenti nel continuo trascorrere dal piano del fatto a quello del valore, vanificano nella sostanza l'esigenza di rigore formale che presiede a quelle teorizzazioni, d'altra parte incapaci di dar piena ragione del divario grandissimo tra quello che si suole definire contenuto e l'effettivo regolamento degli interessi delle parti: sì che ognuno vede quanto sia giusta la riflessione di chi, tra l'ironico e l'amaro, addita in Origene il teorico di questa parte del diritto privato (139).

Poichè crediamo d'aver sufficientemente chiarito gli elementi che rilevano per l'indagine in corso, riteniamo matura una indicazione conclusiva, senza che sia necessario insistere in una ulteriore rassegna di opinioni altrui, d'altra parte notissime e sovente richiamate in più d'un momento del precedente discorso.

Una precisazione, però, è necessaria. Poichè ci interessava un chiarimento sistematico relativo all'art. 1374, avevamo esplicitamente avvertito che la nostra indagine avrebbe riguardato tutti quei casi in cui, considerato il fenomeno sotto il profilo negativo, s'era in presenza di una diminuzione di significato dell'attività dei privati volta a de-

(138) Nella considerazione di questo problema si è singolarmente favoriti dalla esistenza di un'opera quale quella di DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione*, cit., alla quale si rinvia per ogni ulteriore chiarimento; la sicura impostazione critica di quest'opera ci consente, d'altra parte, di valutare severamente ridondanti rassegne come quella di RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris 1961. Per una chiara presa di posizione generale sull'intero complesso di profili teorici, che la questione discussa nel testo implica, si veda l'importante lavoro di FALZEA, *Efficacia giuridica*, voce in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, pp. 432 ss.

(139) Così SALV. ROMANO, *Presentazione* di CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano 1963, p. XII.

terminare il regolamento contrattuale: abbiamo, così, preso atto dell'imponenza del fenomeno, che, riguardato da un punto di vista positivo, palesava la partecipazione di una vera e propria fonte legale alla costruzione di quel regolamento; ed abbiamo rinviato l'esame dei casi in cui la fonte è da ricercare nell'attività del giudice. Si è, dunque, individuato un concorso di fonti nella costruzione del regolamento contrattuale: ma come sarebbe possibile stabilire i rapporti tra queste fonti, se si è del tutto taciuto per ciò che riguarda la prima di esse, l'attività delle parti? L'interrogativo è legittimo, ma, forse, gli elementi per una risposta sono già presenti nel discorso finora condotto.

L'aver parlato esplicitamente di un concorso di fonti e l'aver respinto, sia pure sommariamente, un'interpretazione restrittiva in termini di fattispecie, dovrebbe costituire un indizio dal quale desumere che attribuiamo un valore *qualificante* (140), e non di mero fatto, all'attività dei privati. A dire il vero, il discorso finora condotto, se non fornisce tutti gli elementi idonei a giustificare una conclusione siffatta, certamente pone in rilievo una ulteriore difficoltà alla quale va incontro il tradizionale modo di tener distinto il contenuto dagli effetti. Così, quando si osserva che la considerazione del fenomeno negoziale sotto il profilo del rapporto tra ordinamenti diversi è possibile solo in chiave descrittiva, trattandosi di un rapporto tra valori (141), si fa una considerazione logicamente esatta, al pari di quella, ulteriore, secondo cui, una volta adottato un criterio valutativo, l'esclusività di questo impone di considerare l'atto o dal punto di vista dell'ordinamento dei privati o da quello

(140) Cfr. le indicazioni e le precisazioni di DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione*, cit., p. 115.

(141) Ancora DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione*, cit., p. 113.

dell'ordinamento statale (142). Mantenedosi, però, in quest'ordine di considerazioni logiche, non è possibile sfuggire ad un'ulteriore serie di conseguenze; se si assume il punto di vista dell'ordinamento dei privati, e quindi s'intende il negozio come valore, si perde la possibilità di tener ferma la distinzione tra contenuto ed effetti, dato il valore normativo del negozio stesso. Ma non dissimile è la conclusione quando si assume il punto di vista dell'ordinamento, poichè in tal caso, appartenendo esclusivamente alla sfera del fatto, l'attività dei privati (e, quindi, anche il loro concreto voluto) ha unicamente la funzione di individualizzazione degli schemi o tipi negoziali: intervenuta tale individualizzazione, il senso dell'attività dei privati si esaurisce, ed emerge unicamente un fenomeno normativo, il contratto; e sarà il suo contenuto ad avere valore vincolante per le parti, non già le situazioni effettuali che gli rimarrebbero concettualmente estranee (143).

Giunti a questo punto, si potrebbe già considerare acquisita la conclusione, per noi molto importante, che riguarda l'estrema difficoltà (per non dire l'impossibilità) di distinguere tra i fenomeni in precedenza esaminati in base alla rigorosa bipartizione contenuto-effetti: la coerenza del discorso finora condotta sarebbe salva. E questa sarebbe anche una manifestazione di scetticismo verso un dibattito meramente concettualistico, di cui ben si può avvertire la

(142) Cfr. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione*, cit., p. 112. Per l'intera prospettiva critica si veda CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., pp. 50 ss. Per ciò che riguarda l'ordinamento dei privati, può apparire perfino superfluo un rinvio alle note ricerche di SALV. ROMANO: cfr., ad ogni modo, le osservazioni pertinenti al tema in discussione in *Autonomia privata*, Milano 1957, pp. 73-82. E vedi L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano 1959, pp. 16-34 (ed *ivi* bibliografia).

(143) Sul punto, in generale DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., pp. 206 ss.

sterilità. Sia più o meno drastica la conclusione generale, certo si presenta più feconda, e meglio corrispondente alla realtà presente, una indagine che cerchi di cogliere l'aspetto organizzativo di questa realtà, e tenti di darne una plausibile visione sistematica. E forse altra via non è possibile, poichè un complesso di considerazioni descrittive (144) è l'unico che possa consentire di dare più adeguata ragione di un sistema in cui l'inserzione di numerose norme, che attribuiscono a fonti diverse dell'accordo un ruolo fondamentale nella costruzione del regolamento contrattuale, non ha mancato di produrre modificazioni nella nozione stessa di contratto, accentuando le riserve di quanti negano l'utilità di queste concettualizzazioni (145).

Così, il regolamento contrattuale, comprensivo degli elementi idonei ad una completa disciplina del rapporto nascente tra le parti, non si identifica necessariamente con il complesso delle determinazioni dei privati, nè esaurisce il contratto nella sua interezza. Sotto il primo profilo, deve osservarsi che non sono gli argomenti di pura logica a poter essere opposti al constatato concorso di fonti: le norme esaminate mostrano con chiarezza che l'intervento di fonti diverse dall'attività delle parti non riguarda soltanto il « trattamento giuridico » del contenuto, ma si ripercuote sul contenuto stesso (146), dando così origine ad un rego-

(144) Si tengano presenti le precisazioni di DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione*, cit., pp. 113-114.

(145) Possono ricordarsi le decise critiche al concetto di negozio giuridico di ALLARA, *Teoria generale*, cit., pp. 10-14; e RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli 1952, pp. 183-208 (con ampie indicazioni bibliografiche). E si veda la conclusione di CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano 1959, pp. 329-332.

(146) A queste conseguenze non può sottrarsi neppure chi (come BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 84-85) cerca di segnare con la maggiore chiarezza possibile la distinzione « fra il contenuto

lamento che può non rispondere all'esclusiva logica dei privati (147). È evidente, allora, che le diverse fonti si ispirano ciascuna a peculiari valutazioni: ma qui interessa rilevare soltanto che tutte convergono nella finalità comune della costruzione del regolamento contrattuale; rispetto a quest'ultimo la particolare *ratio* delle singole fonti non viene in questione, riguardando esclusivamente il modo in cui ciascuna di esse, in sé considerata, opera. Qui interessa soltanto mettere in luce il dato caratteristico dei rapporti tra queste varie fonti: la fonte privata rimane, per così dire, il motore del contratto, nel senso che la sua mancanza o impedisce una valida conclusione del contratto (nel senso della nullità) o preclude la possibilità di parlare di contratto in senso tecnico (esecuzione in forma specifica di obblighi di contrarre, conclusione automatica); inoltre, tale fonte limita pure la possibilità delle altre di partecipare alla costruzione del regolamento, o escludendone l'operatività (come è nel caso delle norme dispositive) e consentendo l'intervento solo nell'ambito da essa prefissato (come è per l'intervento del giudice, che non può imporre alle parti un assetto di interessi del tutto divergente da quello originariamente perseguito).

del negozio e il trattamento giuridico — i così detti *effetti* giuridici di esso ».

(147) Quanto è detto nel testo, d'altra parte, risponde ad un orientamento che, se può essere agevolmente ritrovato nelle norme che regolano la materia contrattuale, certamente non si esaurisce in esse, portando ad interferenze continue tra fonti private e fonti legali nella determinazione di rapporti, situazioni, attività giuridiche: basta por mente, ad esempio, alle forme giuridiche della cosiddetta economia mista. Proprio in questa delicata fase di transizione può apprezzarsi la fecondità di un punto di vista descrittivo, che consente di « vedere volontà e ordinamento ad un unico livello », sì chè entrambe influenzano allo stesso modo il contenuto della situazione giuridica (cfr. DE GIOVANNI, *La volontà e il diritto*, in *Dir. Giur.*, 1958, p. 504). In generale, i precisi rilievi critici di ROSS, *On law and justice*, London 1958, pp. 217-218.

Quanto, poi, all'eventuale identificazione tra regolamento e contratto, che potrebbe discendere da questa impostazione, diremo soltanto che, rimanendo aderenti alla sistemazione legislativa, non è certo possibile comprendere nel regolamento nè la causa, nè la forma.

Tutti questi rilievi possono spiegare perchè in tanti studi recenti si noti una diffusa insofferenza per la nozione di contenuto, a cui si attribuisce un tale carico di incertezze e di contraddizioni da far ritenere più utile un suo definitivo abbandono (148). Noi stessi, in realtà, preferendo l'uso dell'espressione « regolamento contrattuale », abbiamo mostrato di credere che il termine 'contenuto' sia troppo profondamente legato ad una vicenda teorica particolare, perchè si possa pensare ad una sua sopravvivenza, una volta revocato in dubbio il rigore del concetto che esso designava; ed esplicitamente abbiamo già avuto modo di ricordare come la contrapposizione contenuto-effetti avesse le sue ragioni ben oltre il ristretto ambito tecnico solitamente assegnato ad essa, sì che, venuta meno la fermezza di quelle maggiori premesse, dovevano perdere di significato pure i termini della contrapposizione. D'altra parte, si è visto come, nelle stesse opere di chi rimaneva fedele a quella sistematica, le differenze e le difficoltà maggiori si originassero proprio quando si affrontava questo ordine di problemi: non deve meravigliare, quindi, che gran parte del discorso fin qui condotto sulle nozioni di contenuto e di effetti, e più generalmente sulla teoria della fattispecie, potesse criticamente giovare pure di argomenti ben noti alla dottrina fedele a quelle nozioni.

(148) Si confrontino, tra gli scritti più recenti, SCHLESINGER, *Complessità del procedimento*, cit., p. 1352, nota 22; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., pp. 201-205.

A noi sembra, infatti, che l'intima fragilità di quell'assetto teorico non dovesse mostrarsi soltanto attraverso un confronto che mettesse in evidenza la sua distanza dalla disciplina positiva: era necessario, soprattutto, condurre un discorso interno a quell'orientamento dottrinale, che chiarisse le difficoltà insuperabili a cui conduce l'accettazione delle sue premesse. Soltanto questa piena consapevolezza può evitare che si persista nell'errore di chi crede che lo scarto tra elaborazione teorica e disciplina positiva dipenda soltanto dalla mancanza di alcuni aggiustamenti concettuali, che consentano all'antica sistematica di adattarsi alla nuova realtà.

Il vero problema non è quello di restituire coerenza alla tradizionale impostazione dei problemi del negozio, ma di verificare l'esattezza dei presupposti da cui muove. In questa direzione, l'analisi dei diversi piani su cui si realizza la realtà del regolamento contrattuale ci ha fatto cogliere l'aspetto organizzativo della complessa disciplina positiva, consentendoci ora una conclusione più generale in ordine all'autonomia privata, anch'essa, tuttavia, inerente al solo profilo della concreta operatività di talune norme.

Tenendo alla costruzione del regolamento contrattuale, l'attività dei privati determina essa stessa la natura e la portata degli interessi in questione, precisando anche l'ambito entro il quale può manifestarsi l'operatività delle altre fonti; contribuendo alla costruzione del regolamento, al di là del generale fenomeno della qualificazione, la fonte legale (e, come si vedrà, l'attività del giudice) partecipa anch'essa alla concreta determinazione del definitivo assetto di quegli interessi. Di fronte a questa duplice realtà, la contrapposizione contenuto-effetti perde ogni serio fondamento: volendo continuare ad esprimerci con l'abituale terminologia, infatti, potremo dire che l'attività dei pri-

vati si dilata oltre il contenuto, al tempo stesso che in questo penetrano le determinazioni poste dalle norme di legge (o dall'atto del giudice).

Ogni tentativo di nuova impostazione, però, deve muovere proprio da questa duplice constatazione, se non vuole assidere la nuova sistemica su fondamenti fragili quanto quelli che reggevano l'antica. Ciò significa che bisogna tener conto di tutte le fonti individuate, senza restringere la considerazione alla sola fonte privata: altrimenti, o non è lontana una nuova confusione in termini di fatto e di valore, o la nozione di autonomia privata rischia di ridursi ad un concetto monco, privo di rispondenza nella più complessa realtà normativa (149).

Se, infatti, alla giusta considerazione della tensione dell'attività privata verso il regolamento si fa seguire l'affermazione dell'esclusiva disponibilità privata del regolamento stesso, si è costretti a far seguire a tutti gli interventi legislativi (non riconducibili ad un criterio di normalità relativo al tipo contrattuale prescelto) addirittura una diversa qualificazione giuridica del regolamento, che perderebbe il suo carattere negoziale: conclusione che, sul piano teorico, apre prospettive di estrema incertezza (quale misura dovrà assumere l'intervento legale per mutare la qualificazione del regolamento? chi sarà competente a valutare lo scarto tra interesse perseguito dalle parti ed interesse realizzato dopo l'intervento legale?), mentre, sul piano teorico, comporta la impossibilità di ricorrere alla disciplina dei contratti, con le pericolose conseguenze già segnalate.

A queste diverse precisazioni è necessario farne seguire una ulteriore. Non può sfuggire il fatto che la svalutazione

(149) Cfr. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, cit., pp. 3-24.

della contrapposizione tra contenuto ed effetti, ed il porre l'accento sul profilo del regolamento, possono essere ritenuti atteggiamenti riconducibili ad un più generale orientamento, che si manifesta variamente nel definire il contenuto come situazione giuridica mezzo (150) o come sintesi (normativa) degli effetti, ed anche nella netta distinzione tra effetti negoziali ed effetti finali (151): un orientamento che si concreta in una sostanziale rivalutazione della fase esecutiva del contratto. A nostro avviso, questa necessaria rivalutazione può trovare qualche ulteriore argomento nella indagine finora condotta, in base alla quale i problemi propri dell'istituto contrattuale ruotano tutti intorno a due punti fermi, quello della costruzione del regolamento contrattuale e quello della sua esecuzione (152).

7. *L'integrazione nel quadro della costruzione del regolamento contrattuale.* — Il chiarimento e la sistemazione dell'art. 1374 devono ritenersi, a questo punto, notevolmente semplificati.

In verità, gran parte dei problemi finora discussi potrebbero essere riproposti nella loro integrità da chi osservasse che l'art. 1374, collocato com'è nel capo dedicato agli effetti dei contratti, riceve da questa sistemazione legislativa ogni possibile chiarimento: così, ad un tempo, si negherebbe la legittimità del riferimento dell'art. 1374 al discorso precedente, e si revocherebbe in dubbio la sostanza stessa di quel discorso. L'argomento, però, è assai fragile. Non soltanto la sistemazione operata dal legislatore

(150) Cfr. NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., p. 166.

(151) In particolare, da ultimo, SCOGNAMIGLIO, *Contributo*, cit., pp. 275-289. Sull'intero problema cfr. CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., pp. 76 ss.

(152) Sul tale questione anche i rilievi di CARBONNIER, *Sociologie et droit du contrat*, cit., p. 118.

non è strettamente vincolante per l'interprete, ma, nel caso in esame, si è pure in presenza di una sistemazione più incerta ed opinabile che altrove, come chiariremo meglio nel capitolo successivo.

È evidente, ad ogni modo, che la collocazione della norma sull'integrazione nella parte dedicata agli effetti si spiega agevolmente con l'adesione del legislatore (evidente in più d'una definizione legislativa e nell'andamento della *Relazione* al codice) alla predominante ideologia della fattispecie ed alla tradizionale veduta che fa dell'attività delle parti la fonte esclusiva del regolamento contrattuale. Che ciò non sia in contraddizione con quanto abbiamo avuto occasione di rilevare a proposito delle numerose norme che pongono in essere un concorso di fonti, è altrettanto evidente: al legislatore, infatti, non deve chiedersi, oltre all'attività normativa vera e propria, anche una coerente opera di riflessione sistematica sul complesso di regole poste in essere. Quel che l'interprete deve domandarsi è se, nell'attività di ricostruzione del sistema, debba attribuirsi rilievo prevalente al legislatore che pone norme o a quello che enuncia teorie: poichè la risposta non può essere dubbia, si tratterà, in concreto, di accertare se le valutazioni del legislatore abbiano assunto forma normativa o se, invece, pur essendo desumibili dal testo legislativo, non siano contraddette da proposizioni normative diverse.

In via di principio, dunque, nulla s'opponesse ad una considerazione dell'art. 1374 nell'ambito della costruzione del regolamento contrattuale. D'altra parte, la non univocità dell'analisi sistematica è rilevata anche da chi, pur ritenendo esatto il riferimento agli effetti dell'art. 1374, trova « impropria » la rubrica di quest'ultimo (153), evidentemente

(153) Cfr. ASQUINI, *Usi legali*, cit., p. 369.

perchè, parlandosi in essa di « integrazione del contratto », si allude a qualcosa che va oltre la considerazione dei soli effetti; ma, allora, perchè non considerare esatta la rubrica, ed impropria la collocazione della norma?

Il vero è che con questi argomenti non si va molto lontano. Essi, infatti, indulgono all'apriorismo e tendono a dare per risolto il problema prima ancora d'averlo affrontato, cioè prima d'aver stabilito quali siano la funzione e la natura dell'art. 1374.

Abitualmente si afferma che tutte le norme integrative, e l'art. 1374 tra queste, presuppongono una manifestazione negoziale carente: la loro funzione, di conseguenza, sarebbe quella di colmare le lacune ritrovabili nel regolamento predisposto dalle parti. Per giudicare della fondatezza di tale affermazione, è necessario, anzitutto, chiarire ciò che s'intende per lacuna in tale ipotesi. Lacuna, in primo luogo, può essere un « vuoto » del regolamento contrattuale, tale da impedire l'operatività di questo: la normativa sull'integrazione, allora, assume una vera e propria funzione di completamento della cosiddetta fattispecie legale (154), consentendo al regolamento predisposto di operare. È certo, però, che questo concetto di lacuna, valido in taluni casi (ad esempio, art. 1349), non è in grado di esaurire l'intera materia dell'integrazione, che conosce ipotesi in cui non si può certamente parlare di lacuna nel senso indicato (basta pensare all'art. 1340, ove la possibilità di escludere la clausola d'uso è indizio sicuro del fatto che il regolamento può operare indipendentemente da questa). Nè potrebbe argomentarsi che, là dove non v'è lacuna nel senso indicato, non può parlarsi di integrazione, chè questa sarebbe una

(154) Adoperiamo l'espressione nel senso che le dà BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 87.

la regola è subordinata al concetto, e non viceversa.

Di lacuna, allora, si finisce con il parlare in senso improprio ed approssimativo, alludendo a tutti i casi in cui il regolamento predisposto dalle parti venga arricchito o ampliato in talune clausole o elementi. Ma è evidente l'equivoco psicologico che in ciò si annida: si pone idealmente a confronto il regolamento contrattuale, quale risulta dalle determinazioni delle sue diverse fonti, con quella sua parte che deriva dall'attività dei privati e, quando si ritrova una maggiore ampiezza del primo, se ne deduce una lacunosità delle stesse determinazioni dei privati. A fondamento di ciò non è difficile scorgere il tradizionale modo di considerare il contratto come frutto esclusivo del volere dei privati, sì che interventi esterni diverrebbero pensabili solo quando tale volontà avesse insufficientemente disposto.

Opportunamente si è messo in rilievo che tali equivoci nascono dalla confusione di una problematica propria della legge con profili tipici del contratto (155). Ma, una volta denunciata l'erroneità di questo punto di vista, vien meno anche uno dei consueti criteri di distinzione tra integrazione e interpretazione integrativa (o, addirittura, interpretazione *tout court*), criterio fondato appunto sul riferimento a vere e proprie lacune (tipico della integrazione), mentre l'interpretazione integrativa opererebbe nel senso di ren-

(155) Cfr. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 936. In generale, si confronti la precisa distinzione tra i due profili operata da GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano 1941, p. 22. Si veda, però, la particolare sistemazione di M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano 1939, che, pur muovendosi nell'ambito tradizionale del riempimento delle lacune e del completamento di una volontà insufficiente (pp. 85-87), consente una più proficua sistemazione dei diversi mezzi di integrazione (pp. 88-89, 91), dai principi generali alla analogia, all'equità (problemi che affronteremo tutti nel cap. III).

dere esplicito ciò che, tuttavia, già apparteneva alla logica interna del contratto.

A dire il vero, non v'è da rammaricarsi del fatto che non si possa più ricorrere ad un criterio così superficiale: anzi, l'aver revocato in dubbio quel criterio di distinzione ha il benefico effetto di imporre l'esame di uno dei concetti più equivoci di questa materia, appunto quello di interpretazione integrativa. Prima ancora che intimamente contraddittoria (156), questa espressione sembra rispondere ad esigenze costruttive e pratiche ben difficilmente conciliabili con il nostro ordinamento legislativo: meglio, il nostro ordinamento contiene norme tali da rendere superfluo il ricorso a quel concetto.

Non deve dimenticarsi, infatti, che la problematica della interpretazione integrativa nasce e si svolge, non senza contrasti, nell'ambiente giuridico tedesco (157). Ciò è evidente nella più classica delle sue formulazioni, secondo la quale, non potendo le norme suppletive colmare tutte le possibili lacune, il ricorso alla interpretazione integrativa (fondata sul par. 757 BGB ed avente ad oggetto la fattispecie nella sua totalità) consentirebbe, a un tempo, di colmare le lacune e di regolare nel modo migliore gli in-

(156) Cfr. ALLARA, *Il testamento*, Padova 1936, p. 341; GRASSETTI, *L'interpretazione*, cit., p. 19, nota 31; ASQUINI, *Integrazione del contratto*, cit., p. 378. Osservava M. S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., p. 84, nota 6, che l'improprietà era superabile parlando soltanto di integrazione.

(157) Oltre ai testi ricordati nelle note successive, cfr. HENCKEL, *Die ergänzende Vertragsauslegung*, in *Arch. civ. Pr.*, 1960-61, pp. 106-126, con ricca bibliografia; LÜDERITZ, *Auslegung von Rechtsgeschäften*, Karlsruhe 1966, pp. 386 ss.; FLUME, *Allgemeiner Teil*, cit., pp. 321 ss.; BROX, *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*, Karlsruhe 1960, pp. 117-136 (ove permangono tenacemente alcuni equivoci). Un cenno particolare merita la posizione di LARENZ, per la quale cfr. *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Leipzig 1930, p. 122; *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*<sup>3</sup>, München-Berlin 1963, pp. 159-165; *Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht*, in *Neue Jur. Woch.*, 1963, pp. 737-741.

teressi dei privati (158). Considerata nel quadro legislativo offerto dal BGB, e riferita alla situazione storica in cui veniva enunciata, questa tesi trova ragioni di ripulsa assai minori di quelle che sarebbero possibili qualora la si trasferisse nel nostro ordinamento. Da un canto, infatti, l'ordinamento tedesco non ha, almeno in via di principio, una disposizione di ampiezza paragonabile a quell'art. 1374, la cui formulazione consente di superare gli argomenti fondati sulle ineliminabili carenze del diritto suppletivo; d'altro canto, l'amplissimo svolgimento giurisprudenziale e dottrinale dei principi contenuti nei paragrafi 157 e 242 BGB (di quest'ultimo in particolare) è successivo all'epoca in cui Oertmann formulava la propria tesi, sì che sarebbe inesatto imputargliene la scarsa considerazione (159).

Chiarito questo punto d'avvio, deve osservarsi che, parlandosi d'interpretazione integrativa in relazione alla fattispecie nel suo complesso (come fanno i teorici più rigorosi) (160), il concetto non riesce ad assumere autonoma rilevanza. Quando, infatti, si ricostruisce compiutamente il sistema d'interpretazione previsto dal nostro codice per i contratti, deve concludersi che l'esigenza propria dell'interpretazione integrativa è già soddisfatta dall'interpretazione senza aggettivi, poichè questa « intende a sviluppare nella sua coerenza logica la formola della dichiarazione o la struttura dell'atto per ricavarne l'idea più appropriata » e « porta a mettere in luce anche quel contenuto implicito

---

(158) Così OERTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, Leipzig 1914, pp. 152-159, 172-176.

(159) Per questa evoluzione del diritto germanico, e le conseguenti cautele che devono guidare la comparazione con esso, cfr. il capitolo successivo. Vero è che OERTMANN, *Rechtsordnung*, cit., p. 173, non aveva mancato di richiamare il par. 242: ma questo rinvio non poteva caricarsi di tutti i significati che oggi gli si accompagnano.

(160) cfr. le indicazioni di CATADELLA, *Sul contenuto*, cit., pp. 113 ss.

e marginale del negozio che nella formula o struttura di esso non si è espresso e che per lo più è rimasto nell'ombra anche nella coscienza delle parti» (161). Più particolarmente, ciò può ritrovarsi nel rinvio alla « comune intenzione delle parti », contenuto nell'art. 1362 (162), e nella stessa previsione del massimo significato utile ad opera dell'art. 1376 (163). Tutte ipotesi in cui si sviluppa ciò che era già implicito nel regolamento, o in esso espresso in formula inadeguata (164): e si tratta, dunque, « di una regola non "creata" ma "trovata" » (165).

Risolvendosi nella più generale prospettiva ermeneutica o nella previsione dell'art. 1374, l'interpretazione integrativa appare, dunque, come un fenomeno di cui non è possibile, nel nostro ordinamento, una visione giuridica unitaria.

E di ciò si comincia ad avere una consapevolezza che forse consentirà al dibattito su tale presunta forma di interpretazione di uscire dalla sterilità polemica che l'ha contraddistinto fino ad ora. Ci si comincia ad accorgere, e forse a ciò non è estranea una rinnovata attenzione per la scienza giuridica anglosassone (166), di un problema vero

(161) BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., pp. 300-301; Id., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 353.

(162) Su questo profilo, e per una valutazione d'insieme, CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., pp. 87-89.

(163) Cfr. OPPO, *Profili*, cit., pp. 30-31.

(164) Cfr. ancora BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 301; Id., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 353.

(165) CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., p. 116.

(166) Alludiamo, in particolare, alla dottrina della *construction* (sulla quale ampiamente CORBIN, *On contracts*, III, St. Paul (Minn.) 1960, pp. 7-15, che chiarisce le differenze con l'*interpretation*, e pone in rilievo i momenti della qualificazione, del completamento della fattispecie e del riempimento delle lacune ad opera del giudice; per il particolare profilo delle *constructive conditions* rimane fondamentale il contributo di PATTERSON, *Constructive conditions in contracts*, in *Columbia L.R.*, 1942, pp. 903-954) ed a quella

che si nascondeva nella folla dei falsi problemi suscitati dall'interpretazione integrativa: poichè in una molteplicità di casi, sempre più frequente a causa dei meri rinvii che le parti fanno ad un tipo contrattuale, spetta al giudice il compito di determinare in concreto la portata del regolamento, è ai poteri del giudice che deve essere rivolta l'attenzione, al tempo stesso che si pongono in rilievo i legami tra interpretazione (cosiddetta integrativa) e tipo contrattuale (167).

Tornando al tema generale che ci occupa, possiamo dire di aver pure tracciato sommariamente le linee distintive dell'interpretazione dall'integrazione, dal momento che la prima non pone un problema di fonti del regolamento contrattuale, e quindi non opera sul piano della costruzione di quest'ultimo (168): in tal senso parlavamo di

degli *implied terms* (recentemente riesaminata criticamente da ATIYAH, *Introduction*, cit., pp. 122-125, che ha rilevato la molteplicità di impieghi del concetto, osservando inoltre che «the modern tendency is away from the implied term idea, because the tendency is more and more to apply rules irrespective of the parties' presumed intentions»; e da BURROWS, *Contractual co-operation and implied term*, in *Modern L.R.*, 1968, pp. 390-407; l'impostazione tradizionale è illustrata da ANSON, *Principles of the english law of contract*<sup>21</sup> (a cura di GUEST), Oxford 1959, pp. 117-128; CHESHIRE-FIFOOT, *The law of contract*<sup>5</sup>, London 1960, pp. 122-143 (in particolare, per ciò che riguarda l'estensione dei poteri dei giudici in tale materia, cfr. pp. 139-143); GUEST, in CHITTY, *On contracts*<sup>22</sup>, I, London 1961, pp. 283-291. In generale, cfr. i rilievi di RESCIGNO, *Interpretazione*, cit., pp. 33-34; CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione*, Milano 1961, pp. 179-183).

(167) Cfr. da ultimo FLUME, *Rechtsgeschäft*, cit., pp. 197-198. Ed inoltre ATIYAH, *Introduction*, cit., p. 121. In generale, sul tipo G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit.; SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, pp. 785 ss.; e le riflessioni di CHARMATZ, *Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht*, Brünn-Prag-Leipzig-Wien 1937.

(168) La questione non ha nulla a che vedere con il carattere dichiarativo o creativo dell'interpretazione. Piuttosto, va segnalato quell'orientamento che attribuisce all'interpretazione una funzione determinativa del contenuto: cfr. TITZE, *Die Lehre vom Missverständnis*, cit., pp. 483-495;

regole *create* e *trovate*. Piuttosto, deve osservarsi che, in occasione dei rilievi sull'interpretazione integrativa, l'articolo 1374 è venuto in questione a proposito della fondatezza o meno delle tesi che giustificavano quella forma di interpretazione con l'impossibilità di fare in ogni caso ricorso a norme suppletive: la portata dell'art. 1374 ha consentito di respingere questo argomento. Generalizzando questa conclusione, però, potrebbe ritenersi che lo art. 1374, nel suo complesso, viene in considerazione unicamente come norma suppletiva, sia pure dotata di un grado di operatività mancante ad altre norme dello stesso tipo.

L'assunzione di questo punto di vista è tutt'altro che rara (169) e discende, nella gran parte dei casi, più da una

DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*<sup>3</sup>, Jena 1911, pp. 108-109; il profilo della determinazione — oltre che da Mosco, *Principi sulla interpretazione dei negozi giuridici*, Napoli 1952, pp. 29-30 — è tenuto presente da GRASSETTI, *L'interpretazione*, cit., pp. 102-105; OPPO, *Profili*, cit., p. 31; in generale, cfr., i rilievi di SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino 1947. Sulla questione CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., p. 151, i cui rilievi critici non sono per noi sempre accettabili, proprio perchè ad essi è estranea la considerazione del concorso di fonti nella costruzione del regolamento contrattuale: l'assunzione di questo punto di vista potrebbe consentire l'isolamento dell'attività interpretativa, anche considerata sotto il profilo della determinazione, dal momento che ciò non implicherebbe comunque il venire in essere di una fonte autonoma del regolamento. Sull'opinione, corente tra gli studiosi francesi, cfr. H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*<sup>6</sup>, II, Paris 1962, p. 275.

(169) Cfr., in generale, già REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, rist., Padova 1934, p. 65; VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, cit., p. 244, nota 1; e OPPO, *Profili*, cit., pp. 80-81; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano 1948, p. 228; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*<sup>3</sup>, rist., Milano 1952, pp. 366-367 (ma per la mutata opinione di questo autore, cfr. *Contratto*, cit., p. 937, nota 641); BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 354; ID., *Interpretazione della legge*, cit., p. 302; MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., pp. 230-231; OSTI, *Contratto*, voce in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino 1959, p. 529. Nel medesimo senso deve intendersi il pensiero di BARBERO, *Le norme complete*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 526.

impropria generalizzazione di dibattiti particolari e transitori, che non da un vero fraintendimento della norma, o peggio da una non chiara distinzione dei caratteri propri alle norme dispositive, suppletive, cogenti (170). Così è, ad esempio, per l'art. 1124 del codice civile del 1865, la cui natura di norma suppletiva veniva solitamente affermata in relazione ad un dibattito sugli usi contemplati da quella norma, dibattito che, a parte ogni giudizio sulle opinioni espresse, ha oggi perduto ogni significato in presenza della nuova sistemazione legislativa (171). Deve, però, aggiungersi che la persistenza di quella opinione si spiega, oltre che come residuo dell'antica veduta che poneva la volontà unica « padrona » del contratto, con la ricordata netta separazione tra contenuto ed effetti, assai difficilmente sostenibile di fronte ad una normativa sulla integrazione che giunge fino alla determinazione o all'imposizione di elementi essenziali del contratto (ad esempio, il prezzo, come già si è visto).

(170) Una distinzione precisa tra norme dispositive ed *ergänzendes Recht* era già in BÜLOW, *Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, in *Arch. civ. Pr.*, 1881, pp. 71-90. Per una analisi del carattere dispositivo o cogente delle norme complete (ergänzende Rechtsnormen) cfr. LARENZ *Lehrbuch*, cit., I, pp. 86-87; in generale ENNECERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*<sup>15</sup>, I, 1, pp. 302-303; per la questione che ci interessa più da vicino cfr. HAUPT, *Vertragsfreiheit und Gesetz*, in *Zeit. Ak. Deut. Recht*, 1943, p. 84. Sui rapporti tra norme cogenti e norme dispositive è tornato, di recente, PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, voce in *Enc. Dir.*, XII, Milano 1964, pp. 713-714.

(171) Per la discussione sull'art. 1124 cfr. le opinioni di Verga ed Oppo (opere e luoghi citati alla nota 157); sulle conseguenze derivanti dalla mutata situazione legislativa, *retro*, n. 4. Per ciò che si riferisce alla codificazione abrogata si vedano, però, le recise opinioni di MESSINA, *L'interpretazione dei contratti*, in *Scritti giuridici*, V, Milano 1948, p. 169, e di GRASSETTI, *L'interpretazione*, cit., p. 38, che ponevano appunto in rilievo il carattere cogente dell'art. 1124 (anch'essi però, muovendosi in un ordine di considerazioni — quello relativo all'interpretazione secondo buona fede — che è particolare rispetto al generale problema discusso nel testo).

In verità, più di un equivoco nasce dall'uso stesso del termine *integrazione* (172), che sembrerebbe applicabile ai soli casi in cui un eccesso di « sobrietà » delle parti (173) o una carenza di « contenuto dichiarativo » nella loro attività (174) richiedono l'intervento di determinazioni esterne che, appunto, integrino quelle dei contraenti. L'equivoco è il medesimo che denunciavamo a proposito del riferimento alle lacune, nè può essere evitato con meri espedienti terminologici, ricorrendo, ad esempio, ad espressioni diverse, come « norme complete ». L'errore di fondo di questa impostazione è, però, quello di ritenere che al chiarimento del concetto di integrazione dell'art. 1374 debbano presiedere preoccupazioni d'ordine lessicale, e non normativo.

Se si tiene fermo quest'ultimo come l'unico punto di vista legittimo, non sarà difficile fugare gli equivoci che si annidano nell'uso delle qualificazioni *dispositivo*, *suppletivo*, *completivo*. Abbiamo già rilevato che gli usi, richiamati dall'art. 1374, entrano a far parte del regolamento contrattuale automaticamente, nè le parti possono derogarvi; così, l'integrazione in base alla legge può certamente realizzarsi ad opera di norme dispositive, ma, nei casi più significativi, trova attuazione a mezzo di norme cogenti; infine, l'equità (e la correttezza, come avremo modo di dimostrare) fa rinvio ad un ordine di considerazioni alle quali le parti non possono liberamente derogare: l'art. 1374,

(172) È evidente la discendenza dell'espressione da analoghe formulazioni tedesche. L'uso del termine *integrazione*, ora accolto anche nel linguaggio legislativo, era già abituale in sede di discussione dei problemi dell'interpretazione della legge, in particolare del problema delle lacune: si comprendono, quindi, i motivi che indussero ad estenderlo alla materia contrattuale (tale estensione — secondo MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 936 — sarebbe stata operata da REDENTI, *Dei contratti*, cit., p. 65 e *passim*).

(173) Così REDENTI, *Dei contratti*, cit., p. 221.

(174) Cfr. BARBERO, *Le norme complete*, cit., p. 526.

dunque, non è una norma dispositiva, nel senso che le parti non possono, in linea generale, derogare a quanto è in esso disposto. Ma non è neppure una norma suppletiva, se è vero che l'operatività di esso prescinde dal profilo delle lacune del regolamento, così come è stato predisposto dalle parti, e discende da un ordine di valutazioni proprio di una fonte diversa da quella rappresentata dall'attività dei contraenti. Nè gli si addice la qualifica di norma *completiva*, a meno di non usare l'espressione in un senso atecnico, e divergente da quello abituale.

Dall'art. 1374 esula ogni giudizio sulla conformità o difformità del regolamento contrattuale da ciò che le parti avevano disposto: esso è unicamente una norma sulle fonti di tale regolamento e, come tale, deve essere posta in relazione con l'altra norma disciplinante la materia, l'art. 1322. Ciò che solitamente induce in errore e fa travisare la prospettiva in cui tali norme si collocano, è il fatto che il concorso delle varie fonti non è un concorso *necessario*: in altri termini, pur operando sempre la fonte prevista dall'art. 1322, alla costruzione del regolamento contrattuale possono non contribuire le altre fonti contemplate dall'art. 1374. Ma tutto questo, da un canto, vuol dire che l'iniziativa del regolamento contrattuale è lasciata ai privati; in secondo luogo, che l'operatività delle fonti distinte dall'attività dei privati, implicando un diverso punto di vista nella considerazione dell'interesse regolato, non viene in questione quando la diversità non sussiste: il che, evidentemente, non incide sul profilo formale, dal momento che si tratta di questione riguardante il *se* dell'operatività delle varie fonti, non il *come* della loro partecipazione alla costruzione del regolamento contrattuale (175).

(175) Si possono utilmente confrontare taluni rilievi, sia pure somari, di REDENTI, *Dei contratti*, cit., p. 227.

Sempre sul piano dei rapporti tra le diverse fonti, deve valutarsi criticamente quel complesso di vedute che, accanto all'integrazione, considera autonomamente fenomeni di volta in volta definiti come modificazione, rettifica, correzione, completamento, ampliamento, arricchimento del contratto. In realtà, se con queste diverse espressioni si allude all'attività di costruzione del regolamento contrattuale, la distinzione dall'integrazione riesce possibile solo accettando le costruzioni restrittive di quest'ultima, che abbiamo già avuto modo di respingere e che si fondano sull'errata contrapposizione del regolamento contrattuale nella sua interezza (quale risulta dal concorso delle diverse fonti) a quella parte di esso determinata esclusivamente dai privati. Se, invece, non ci si riferisce alla costruzione del regolamento contrattuale, ma a profili diversi, allora si è sul terreno delle vicende del rapporto, che possono essere tenute distinte dal problema in esame (176).

Si può delineare, infine, il sistema delle fonti del regolamento contrattuale. Apparentemente articolato intorno ai due poli dell'accordo delle parti e della determinazione legale, il sistema sembra strutturarsi diversamente per l'esplicito rinvio agli usi e all'equità. Ma il rinvio agli usi non comporta alcuna modifica sostanziale. Nel nostro ordinamento, infatti, e nella particolare materia contrattuale, l'operatività degli usi è subordinata all'esplicito richiamo della legge ed è circoscritta ai casi in cui la legge non disponga (art. 8 Disp. leg. gen.; art. 1374): a parte, quindi, gli elementi in base ai quali la norma consuetudinaria viene in essere, il suo modo di contribuire alla costruzione

(176) Cfr. ALLARA, *Le vicende del rapporto giuridico e loro cause*, Torino 1939. Sul valore del termine « vicenda », cfr. i rilievi critici di PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano 1964, p. 2.

del regolamento contrattuale appartiene al quadro legale, dei cui caratteri (automaticità, inderogabilità) partecipa e dal quale non può essere distinta.

Diverso è il caso della equità (e della correttezza, come vedremo più avanti), dal momento che questa fissa i criteri in base ai quali un altro soggetto (organo) dovrà partecipare alla costruzione del regolamento. Per l'integrazione, allora, non si fa capo soltanto ad una regola, ma anche ad una *attività*, con una evidente deroga al principio che vorrebbe il privato vincolato esclusivamente dall'attività propria o dalla legge. La questione si sposta, così, dal piano delle fonti del regolamento contrattuale a quello degli atti creatori di diritto (obiettivo): e sappiamo che al giudice è attribuito non soltanto il potere di emanare atti (sentenze) costitutivi, ma anche *determinativi* (177). Si tratterà di vedere, in concreto, quali siano i limiti posti all'esercizio di tali poteri.

Il sistema delle fonti del regolamento contrattuale contempla, in definitiva, l'attività delle parti, la determinazione legale, la determinazione ad opera del giudice.

Le conclusioni sulla natura cogente dell'art. 1374 e la rinnovata considerazione del problema delle fonti inducono a qualche riflessione sui rapporti tra l'art. 1374 stesso ed altre norme, in particolare quelle interpretative. Si può, ormai, escludere la fondatezza della tesi che, distinte tre coppie di norme (artt. 1337-1340, 1366-1368, 1375-1374), assegna quest'ultima al momento esecutivo (178). Ma nep-

(177) Per tale problema è sufficiente rimandare alle osservazioni ed alle indicazioni bibliografiche di CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina 1931, pp. 225-226, 236; e cfr. RASELLI, *Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze*, in *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova 1950, pp. 567-605.

(178) Così, tra gli altri, MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 231.

pure può considerarsi appagante l'abituale prospettiva fondata sul rapporto tra norme interpretative e norme suppletive, o tra norme attinenti alla fattispecie e norme attinenti all'effetto (179). Come problema di logica astratta, esso è suscettibile di soluzioni diverse, tutte le volte che si trascorra da un ordine concettuale all'altro; come problema di ricostruzione dell'ordinamento legislativo, esso si risolve nella considerazione di un concorso di fonti. Qualora con la determinazione privata concorra una norma cogente, non v'è alcun problema di priorità delle norme interpretative o di quelle integrative: una volta che la fonte legale abbia operato, si valuterà il regolamento nel suo complesso. Nel caso in cui ci si trovi in presenza di una norma suppletiva o dispositiva, le facoltà specificamente attribuite ai privati in ordine alle medesime imporranno; anzitutto, lo svolgimento dell'attività interpretativa (come individuazione nella sua interezza del regolamento posto dalla fonte privata), sulla cui base si potrà, poi, decidere se sussistano in concreto le condizioni che rendono possibile l'operare della fonte legale.

È evidente, allora, il punto debole delle vedute che considerano l'integrazione come il momento più significativo dell'attività interpretativa (180): esse, da un canto, pren-

(179) Cfr. ancora BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 354.

(180) È interessante rilevare come la necessità di distinguere tra interpretazione e procedimenti diversi, anche se solitamente ricondotti a quella, sia esplicitamente avvertita pure in raccolte pratiche come il *Répertoire de droit civil* (Dalloz), ad es. I, 1951, p. 1010, dove si distingue, nella intitolazione delle sezioni in cui sono raggruppate le sentenze, l'interpretazione propriamente detta dalle « corrections et adjonctions apportées au contrat sous couleur d'interprétation ». Cfr. già i rilievi di GOUNOT, *Le principe*, cit., p. 212; inoltre R. DAVID, *Le rôle des juristes dans l'élaboration du droit selon la conception traditionnelle du système de droit romano-germanique*, in *Vom deutschen zum europäischen Recht. Festschrift*

dono le mosse da una considerazione dell'attività integrativa unicamente sotto il profilo della lacunosità del regolamento, che abbiamo già visto essere discorso incapace di esaurire le ipotesi in cui può parlarsi di integrazione; dall'altro, considerano esclusivamente le norme dispositive, le quali non compendiano tutti i casi in cui può operare la fonte legale. In altri termini, e richiamando quel che dicevamo nelle pagine iniziali, la possibilità di tenere l'integrazione legata all'interpretazione è subordinata ad una considerazione soltanto parziale dei dati legislativi relativi al regolamento contrattuale. A dire il vero, pur continuando a muoversi in un ambito così circoscritto, sarebbe possibile mostrare che integrazione ed interpretazione sono attività qualitativamente diverse: il che è implicitamente confermato da quanti individuano l'integrazione in tutti quegli interventi necessari al completamento di un regolamento contrattuale, che l'interpretazione ha dimostrato carente. Questa, però, sarebbe soltanto una improduttiva indagine concettualistica.

La constatazione di ipotesi in cui la fonte legale interviene indipendentemente dall'esistenza di una lacuna del regolamento, e con carattere di inderogabilità, spezza decisamente il nesso istituito tra momento interpretativo e momento integrativo, nesso che sarebbe quello di consequenzialità necessaria: e ciò vuol dire non soltanto che si differenziano più nettamente i piani su cui quelle diverse attività si svolgono, ma soprattutto che, nella rico-

*für Hans Dölle*, I, Tübingen 1963, p. 362. Meritevole di segnalazione, anche se riconducibile alla particolare logica del sistema svizzero, è la tesi di chi vede nel completamento del contratto ad opera del giudice una forma di integrazione del diritto dispositivo, in quel punto lacunoso: cfr. PIOTET, *Le complètement judiciaire du contrat*, in *Zeit. Schweiz. Recht*, 1961, pp. 367-401; inoltre MERZ, *Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtsschöpfung*, ivi, pp. 335-366.

struzione del fenomeno integrativo, non si può far ricorso a dati che attengono alla diversa prospettiva della interpretazione.

Così considerato, il problema della integrazione si risolve tutto in quello della costruzione del regolamento contrattuale, acquistando un senso e ritrovando una plausibile unità. E questo risultato non consiste soltanto in una più adeguata sistemazione di elementi già noti, come accade in tante indagini meramente concettualistiche. Certo, ben sapevamo che i regolamenti d'interessi dei privati non sono frutto soltanto della loro attività, ma ad essi possono variamente contribuire pure la legge e l'attività del giudice: quel che restava da stabilire erano, appunto, il valore e la misura di questa partecipazione; e, una volta chiarito questo, le sue ripercussioni sul significato proprio dell'attività dei privati.

Di fronte alla complessità della vicenda attraverso la quale il regolamento contrattuale viene costruito, il giurista non può limitarsi alla registrazione esterna di alcuni dati, senza chiedersi mai se quella vicenda si svolga secondo criteri generali, intorno ai quali quei dati dispersi si organizzano: criteri, beninteso, da non determinare secondo canoni di normalità statistica, ma in base a precise determinazioni normative.

A noi è sembrato che tali criteri andassero ricercati, anzitutto, in relazione al rapporto tra attività dei privati ed intervento legislativo: questo perchè il nostro ordinamento non garantisce il contratto (e la proprietà e l'iniziativa economica) individuandone un contenuto essenziale, ma vincolando l'esercizio dei poteri d'intervento al rispetto di una forma determinata ed al ricorrere di alcuni presupposti sostanziali (basta riflettere sugli articoli 41 e 42 della Costituzione). Del resto, l'esperienza quotidiana ci mostra come

il contratto non abbia in se stesso nulla che possa metterlo al riparo dall'intervento legislativo, se non ciò che discende dalla previsione costituzionale che regola quest'ultimo (181).

Il rapporto tra fonte privata e fonte legale, quindi, si chiarisce intorno ai limiti istituzionalmente previsti per la operatività della fonte legale e, d'altra parte, in relazione al significato qualificante dell'attività dei privati (nel senso già precisato), senza che residui spazio per una autonoma considerazione della cosiddetta disponibilità del regolamento da parte dei privati. Quest'ultimo problema, infatti, o si risolve sul piano dell'interesse perseguito, e allora è questione che può riguardare soltanto la meritevolezza della tutela o la legittimità dell'intervento legislativo (cioè presupposti per l'effettiva operatività delle fonti indicate); o comporta la negazione del carattere negoziale del regolamento, tutte le volte che quella disponibilità venga meno a seguito di un intervento esterno, ma allora si è in presenza di una mera operazione concettualistica, di cui già si sono denunciati i limiti e la pericolosità.

Il rapporto tra fonte privata e fonte legale non si arresta qui, investendo anche il problema della tipicità negoziale, nel senso che è necessario individuare anche i criteri che devono operare in presenza di una divergenza tra il regolamento, quale è stato configurato dai privati, e la corrispondente disciplina di quel tipo (legale o sociale) (182).

(181) Cfr., in generale, REINHARDT, *Die Vereinigung subjektiver und objectiver Gestaltungskräfte im Verträge*, in *Festschrift Schmidt-Rimpler*, Karlsruhe 1957, pp. 115-138, in part. 135-137; e YUNG, *Les éléments objectifs dans les contrats civils et commerciaux*, in *Études de droit commercial en l'honneur de Paul Carry*, Genève 1964, pp. 169-192.

(182) Su tale questione, ampiamente, G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., cap. III, *passim*.

Così dicendo si allude evidentemente a questioni diverse. La divergenza, infatti, può discendere da una consapevole volontà delle parti di derogare alle prescrizioni tipiche; può consistere in una maggior sobrietà del regolamento rispetto alla disciplina tipica; può manifestarsi in una eccedenza di contenuto del regolamento rispetto al tipo: in ciascuno di questi casi sono possibili soluzioni diverse.

In generale, è ovvio che, in tutti i casi in cui la divergenza riguarda punti della disciplina sottratti alla competenza privata, la disciplina tipica reagirà sul regolamento negandogli la tutela, riducendone la portata, sostituendone le parti difformi; nei casi in cui la competenza derogatoria dei privati esista, il regolamento posto in essere potrà permanere nella sua interezza. Non tutte queste ipotesi, evidentemente, racchiudono problemi di integrazione, rinvenibili solo là dove la disciplina tipica interviene automaticamente nella costruzione del regolamento contrattuale.

Altro discorso dev'esser fatto nel caso in cui questo 'allargamento' del regolamento contrattuale, oltre l'ambito di più stretta incidenza del 'voluto' delle parti, non si realizza attraverso un automatico operare di norme proprie della disciplina tipica, ma comporta uno svolgimento della portata del regolamento. In tal caso, il ragionare dall'espresso al non espresso può trovare il suo fondamento tanto in indicazioni implicite nella stessa attività di regolamento posta in essere dai privati, ed allora si presenta e si risolve come una questione di interpretazione; ma può anche far capo a criteri irriducibili a quelle potenzialità, estranei alle dirette implicazioni della formula (correttezza, equità), ed allora è evidente che la questione torna ad essere propriamente integrativa.

In quest'ultima ipotesi, allora, l'attività del giudice non può essere presentata come meramente dichiarativa di un

implicito intento dei privati, di un dato assunto dalla realtà sociale: essa si fonda su criteri ricavabili dall'ordine normativo, dunque autonomi rispetto al regolamento contrattuale.

Dal rapporto tra fonte privata e fonte legale si trascorre, così, alla questione del senso e dei limiti dell'attività del giudice che applica quei criteri. Si pone, dunque, il problema dei rapporti tra fonte privata ed una nuova fonte di integrazione del regolamento contrattuale, risolvibile in base agli stessi principi che hanno finora guidato la nostra indagine (183).

(183) Il lettore ha già avvertito che i problemi finora dibattuti, così come molti di quelli che saranno discussi in seguito, individuano un terreno comune ad altre recenti ricerche. Intendiamo riferirci, in particolare, a BARCELLONA, *Intervento*, cit.; CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit.; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit.; G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit.; LIPARI, *Autonomia privata e testamento* (ed. provv.), Milano 1966; PIETROBON, *L'errore*, cit. Queste ricerche sono state, e saranno, più volte ricordate, anche se non in tutti i casi in cui ciò sarebbe stato possibile. La ragione è evidente: poichè la comunanza dei temi è sostanziale, sarebbe forse stato necessario quasi ad ogni pagina operare richiami e intrecciare dialoghi; con quanto vantaggio per la chiarezza e la linearità della trattazione è facile intendere. Si è preferito, quindi, proporre con la maggiore semplicità possibile un linea ricostruttiva del nostro sistema, senza pretendere di affiancare ad essa una improbabile *summa* delle opinioni in materia. Al di là dei singoli richiami e delle discussioni specifiche, comunque, il lettore è avvertito della necessità di confrontare tale linea con quelle altrove proposte.

## CAPITOLO SECONDO

# BUONA FEDE E CORRETTEZZA NEL QUADRO DELL'INTEGRAZIONE

**SOMMARIO:** 1. *Problemi sistematici della normativa di correttezza:* Correttezza contrattuale e principio di solidarietà. - Non tassatività dell'elencazione contenuta nell'art. 1374. - Il rapporto tra art. 1374 ed art. 1375: scarso valore degli argomenti meramente sistematici. - Correttezza e ordinamento corporativo: vigenza dell'art. 1175. - Il rinvio contenuto in quest'ultima norma ed i principi dell'ordinamento. — 2. *Correttezza e buona fede:* Insufficienza della considerazione della *ratio* comune agli artt. 1175 e 1375. - Buona fede e correttezza come clausole generali: comunanza dei loro destinatari e della loro area d'incidenza. - Buona fede e correttezza nei loro rapporti con il principio di solidarietà. Carattere negativo della correttezza e carattere positivo della buona fede: limiti di tale criterio distintivo. - Comunanza del criterio in base al quale si determina il contenuto della correttezza e della buona fede. - La disciplina costituzionale. — 3. *Correttezza e diligenza:* Diversità di funzione dei due criteri. - Gli equivoci sulla nozione: la diligenza come obbligo autonomo; la diligenza come mezzo per specificare il contenuto dell'obbligo; la diligenza come dovere generico di protezione. - La diligenza è un criterio di responsabilità: presuppone, quindi, un contenuto già determinato. - La correttezza riguarda il *farsi* del contenuto. — 4. *Correttezza ed 'alterum non laedere':* Impossibile unificazione dei due concetti. - Diversità delle materie in cui operano. - Equivoci giurisprudenziali. — 5. *La determinazione del contenuto del principio di correttezza:* Difficoltà sistematiche. - Costruzione del regolamento contrattuale e certezza dei rapporti privati. - Limiti del rinvio ai dati della coscienza sociale. - Il richiamo alle norme costituzionali: l'esperienza tedesca; il contenuto della correttezza ed i principi della Costituzione italiana. — 6. *La normativa di correttezza come mezzo di integrazione del contratto:* Le indicazioni costituzionali e le costanti del contenuto della correttezza: il profilo funzionale e le considerazioni di carattere sociale. - Rapporti tra la valutazione secondo correttezza e quella prevista dagli artt. 1322 e 1343. - La normativa di correttezza e la costruzione del regolamento contrattuale. - Carattere cogente di

tale normativa: il contrasto fra normativa di correttezza ed altre norme cogenti. - Le violazioni della normativa di correttezza. - Le valutazioni di carattere sociale e l'integrazione secondo correttezza. — 7. *Per una definizione non dogmatica della clausola generale di correttezza: Interpretazione e ricostruzione del contenuto delle clausole generali. - Le figure sintomatiche dell'applicazione della clausola di correttezza.*

### 1. *Problemi sistematici della normativa di correttezza.*

— Tra le fonti del regolamento contrattuale deve essere considerata la normativa di correttezza (1). Opinione, questa, non nuova e ancor oggi avanzata da taluno, anche se assai raramente motivata in modo esauriente e quasi mai tratta alle reali conseguenze di cui è suscettibile; una opinione, d'altra parte, che, soprattutto nei tempi recenti, è sembrata troppo angusta, tale da circoscrivere eccessivamente l'ambito di operatività di un concetto, quale quello di correttezza, a cui sembra possibile far ri-

(1) Per il senso da attribuire al termine *fonte* si rinvia ai chiarimenti contenuti nel capitolo I. Si avverte fin d'ora che l'affermazione contenuta nel testo deve essere esclusivamente intesa — nè potrebbe essere diversamente — con riferimento al solo ordinamento legislativo italiano: ciò ad evitare facili e possibili equivoci con il modo in cui la scienza e la pratica tedesche affermano che la nozione di *Treu und Glauben* costituisce anche uno strumento per l'integrazione del contratto. Questa cautela, d'altra parte, deve essere osservata tutte le volte che si ritiene possibile richiamare il par. 242 BGB e le opinioni dottrinarie che da questo hanno preso le mosse. Ché, infatti, la norma in questione è stata ritenuta applicabile in una serie così vasta di ipotesi, da rendere vana ogni diretta utilizzazione delle esperienze fondate su di essa in ordinamenti diversi da quello germanico (cfr. la classificazione di queste ipotesi fatta da ENNECERUS-LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*<sup>15</sup>, Tübingen 1958, pp. 20-24, che è quella correntemente richiamata anche nel nostro paese; ma si vedano le osservazioni, assai più fini, di WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des par. 242 BGB*, Tübingen 1956, pp. 20-44): il che non significa soltanto che a quella norma si è fatto riferimento per regolare ipotesi a cui nel nostro ordinamento è stata data soluzione su basi diverse (come, ad esempio, nel caso della svalutazione monetaria) o per cui è prevista una esplicita disciplina (come, ad esempio, per la risoluzione per eccessiva onerosità); ma soprattutto che l'ampio uso della norma ha condotto ad una dilatazione delle sue motivazioni di base difficilmente compatibile con sistemi giuridici diversi.

corso in ipotesi di ben diversa portata. Consapevoli o no, i sostenitori di questa opinione riecheggiano le diffuse e diverse speranze che, all'apparire della nuova codificazione civile, si appuntavano sul nuovo concetto, sul quale si richiamava l'attenzione quasi per far contrasto con lo scarso significato che si continuava ad attribuire alla considerazione dell'equità, per cui sembrava che potesse ripetersi l'antico e pessimistico giudizio di chi, vigendo il codice civile del 1865, altro non vedeva in quella se non « una espressione retorica, una reminiscenza platonica, un'idea appresa dalla scuola del Diritto naturale, senza rendersi conto del suo significato e della sua importanza » (2). Il richiamo alla correttezza, dunque, sollecitava gli spiriti assai più di quello all'equità, quasi che, di quest'ultima, la lunga abitudine e la tradizione antichissima avessero scolorito i contorni e cancellato le possibilità operative: già dalla lettura della *Relazione* al codice civile, invece, sembrava possibile cogliere la nuova consapevolezza che reggeva quel diverso strumento ed individuare per esso concrete possibilità operative, di cui più d'una norma appariva come sicura testimonianza.

Ma, almeno per quel che riguarda il rilievo pratico attribuito alla correttezza nell'ambito contrattuale, più di vent'anni di vigenza del codice civile sembrano smentire speranze ed ottimistiche previsioni. La dottrina, infatti, nella gran parte propensa a vedere nell'art. 1175 nulla più

(2) N. COVIELLO, *Dell'equità ne' contratti*, cit., p. 15. Prendendo in esame i lineamenti della nuova disciplina delle obbligazioni, PUGLIATTI (*Interesse pubblico e interesse privato nel libro delle obbligazioni*, ora in *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica. Saggi*, Milano 1951, p. 174) sottolinea appunto la genericità e la scarsa importanza pratica di « atteggiamenti... come quello consacrato » nell'art. 1374. Sulla questione, in generale, cfr. cap. III, n. 1.

di una indicazione generica, priva di significato pratico (3), o piuttosto portata a risolvere il suo contenuto normativo in ciò che dispongono norme diverse (4), non le ha attribuito rilievo apprezzabile; nè sempre lo ha fatto la giurisprudenza, afflitta da quella timidità che solitamente la prende di fronte alle formule generali (5).

Una ricerca che abbia ad oggetto la normativa di correttezza, quindi, deve fare i conti con questa avversa si-

(3) Cfr. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*<sup>9</sup>, III, Milano 1959, p. 27, il quale ritiene che al determinarsi di tale atteggiamento abbia pure « contribuito la formulazione, intenzionalmente vaga, dell'art. 1175 ».

(4) Così è, ad esempio, per RUBINO, (*La Compravendita*<sup>8</sup>, Milano 1962, *passim*) che solitamente applica l'art. 1375 per risolvere questioni che ben potrebbero essere ricondotte all'art. 1175.

(5) Cfr. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*<sup>2</sup>, I, Milano 1966, pp. 30-31, dove esattamente si aggiunge che sovente la soluzione apparentemente adottata sulla base della correttezza sarebbe stata identica qualora si fosse fatta « un'applicazione pura esemplice dello *strictum ius* » (p. 31). È interessante rilevare fin d'ora la situazione che si presenta in taluni altri paesi: non tanto quella della Germania — dove la moltitudine di applicazioni giurisprudenziali del par. 242 BGB è addirittura percepibile visivamente, data la mole assunta dai commentari di questo articolo: cfr. W. WEBER, *Treu und Glauben*, in *Staudingers Kommentar zum BGB*<sup>11</sup>, II, 1 b, Berlin 1961 — quanto quella francese, ove rarissimi sono i casi di sentenze fondate sull'art. 1134, al. 3, del *Code civil* (cfr. G. LYON-CAEN, *De l'évolution de la notion de bonne foi*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1946, p. 83; e infatti ha rilevato la « timidité » dei giudici francesi in questa materia MARTY, *Rôle du juge dans l'interprétation des contrats*, in *Travaux Capitant*, V, Paris 1950, pp. 91-92). anche perchè, in materia contrattuale, le infrazioni alla buona fede sono state talvolta riportate alla teoria dell'abuso del diritto (cfr. PLANIOL-RIPERT-ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, VI, Paris 1930, p. 526; ma si veda il più recente orientamento critico verso tale tesi in PLANIOL-RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*<sup>4</sup>, II, Paris 1952, p. 169). Sui rapporti tra buona fede ed abuso del diritto, nel senso di una autonomia della buona fede e della sua capacità di assorbire il profilo del comportamento, cfr. WENDT, *Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse*, in *Arch. civ. Pr.*, 1906, p. 150; sul punto ampiamente W. WEBER, *op. cit.*; questa, d'altro canto, è l'attuale posizione di SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*<sup>8</sup>, Napoli 1964, pp. 76-77. Un esplicito accostamento dell'art. 1375 all'art. 833 è in GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile (1955-56)*, Varese 1956, pp. 177-178.

tuazione di fatto: le cui difficoltà, paradossalmente, sono state nei tempi recenti aggravate proprio dai numerosi tentativi che perseguono l'apprezzabile scopo di individuare nel nostro ordinamento legislativo un principio generale di correttezza. Si è osservato, infatti, che, una volta accertata l'esistenza della correttezza come principio che limita in via generale il libero operare dei soggetti, non è possibile circoscriverne l'operatività ad istituti determinati; sarebbe, quindi, certamente inesatta una limitazione dell'indagine all'integrazione del contratto. A questa tesi si deve replicare mettendo in chiaro l'equivoco che in essa si annida, non già negando la premessa sulla quale si fonda, cioè l'esistenza di un principio di correttezza nel nostro ordinamento: soprattutto perchè quest'ultima sarebbe una conclusione contrastante con la realtà del nostro sistema legislativo.

In altra occasione riteniamo di aver addotto qualche argomento idoneo a mostrare l'esistenza di un « limite della solidarietà », sulla base del riferimento ad alcune norme del Codice civile (artt. 833, 1175, 1337, 1375, in particolare) e della Costituzione (artt. 2 e 41, co. 2) (6). D'altra parte, si tratta di una conclusione che va generalizzandosi, pur variando le conseguenze che da essa si traggono: si conviene, ad esempio, che i principi della correttezza sono tra quelli « che debbono presiedere in ogni caso

---

(6) Cfr. RODOÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., in particolare pp. 90-107. La preferenza accordata al termine *solidarietà* piuttosto che a quello *correttezza* potrebbe sorprendere, pur potendosi rilevare che in dottrina i due termini sono adoperati indifferentemente (cfr. *op. ult. cit.*, p. 91, nota 28): in realtà, ci siamo determinati alla scelta del termine *solidarietà* — pur consapevoli delle perplessità e degli equivoci che taluni usi passati e recenti del termine possono determinare — proprio perchè avvertivano la necessità di sottolineare, già nella terminologia adoperata, il diverso rilievo del principio e delle soluzioni legislative che ad esso si rifanno.

alla azione dei soggetti che vivono in uno stesso aggregato sociale» (7), sì che la normativa di correttezza si presenta come « l'intero sistema privato del lecito e dell'illecito e come tale non sembra che si possano segnargli dei confini » (8). Ciò premesso, non si è ancora risolto il problema della operatività concreta del principio, sia perchè esso, come ogni principio, è caratterizzato « da una *eccedenza di contenuto deontologico* (o *assiologico*, che dir si voglia) in contrasto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema » (9); sia perchè possono essere diversi le situazioni e gli istituti rispetto ai quali il principio si presenta come concretamente applicabile. In altri termini, una volta individuato il principio, deve essere correttamente impostato il problema costruttivo della sua concreta rilevanza in ordine alle diverse soluzioni legislative che possono essersi ispirate ad esso, e di cui esso costituisce il criterio di base (10): l'operatività del principio dovrà essere commisurata alle caratteristiche di ciascuna di quelle soluzioni. Così, ad esempio, nella ipotesi prevista dall'art. 2043 il limite della

---

(7) G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 412.

(8) SALV. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)*, voce in *Enc. Dir.*, V, Milano 1959, p. 681.

(9) BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 211.

(10) Cfr. ancora BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 212. L'equivoco indicato nel testo si annida anche nella tesi di chi denuncia la « petizione di principio » sulla quale si fonderebbe la costruzione del principio di correttezza (solidarietà). Si osserva, infatti, che « il dovere generale di correttezza è costruito dalla prevalente dottrina muovendo dalla considerazione degli artt. 1175, 1337, 1366, 1375: come si può allora utilizzare quella nozione per interpretare le disposizioni da cui essa viene ricavata? » (così BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano 1963, p. 86). Ora, è evidente che l'aver assunto talune norme come « indici » di un determinato principio generale, né esaurisce di per sé la portata di quel principio, né esclude la necessità di vedere come il principio si sia specificato nelle norme in questione.

solidarietà si specifica concretamente secondo il requisito dell'ingiustizia, previsto da quella norma (11); e, nella materia contrattuale, dovrà appunto specificarsi secondo il senso che la correttezza assume rispetto al regolamento contrattuale. Ed è appunto questo problema di precisazione che dovrà ampiamente essere affrontato più avanti.

Piuttosto, prima ancora di andare a fondo in questa indagine sulla normativa di correttezza, devono essere considerate e discusse due questioni, insolute le quali ben potrebbe essere pregiudicata la fondatezza di tutta l'analisi successiva. Bisogna chiedersi, in primo luogo, se la sistematica adottata dal Codice civile del 1942 non sia essa stessa d'ostacolo alla possibilità di comprendere la correttezza tra gli strumenti ai quali ricorrere per l'integrazione del contratto. E ciò non significa soltanto porre il problema della tassatività o meno della elencazione contenuta nell'art. 1374, ma alludere anche alla recisa opinione di chi segnala la netta distinzione tra i criteri esplicitamente indicati ai fini dell'integrazione (leggi, usi, equità) e taluni criteri aventi funzione diversa (correttezza, buona fede); distinzione che la nuova codificazione civile avrebbe esplicitamente voluto segnare, dal momento che, al posto dell'unica disposizione contenuta nell'art. 1124 del Codice civile del 1865, esistono oggi le diverse disposizioni degli artt. 1374 e 1375 (e dell'art. 1175).

Quando si afferma che « la formula legislativa è tale da far ritenere che l'elenco sia tassativo e non semplicemente esemplificativo » (12), si prospetta una interpretazione dell'art. 1374 certamente corretta, ma tutt'altro che esauriente

(11) Cfr. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 107. Una diversa esemplificazione è offerta da SALV. ROMANO, *Buona fede*, cit., p. 681.

(12) MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli 1958, p. 47

ai fini di una soluzione negativa del quesito relativo alla possibilità di far posto alla correttezza tra gli strumenti di integrazione del contratto. Infatti, dire che l'elencazione contenuta in una norma è di carattere tassativo, significa semplicemente che un ampliamento di quell'elenco può essere effettuato soltanto da una norma di legge. Una accezione diversa della tassatività — intesa, ad esempio, come predisposizione di un elenco comunque immodificabile — è del tutto incompatibile con l'attuale nostro sistema delle fonti del diritto, per il quale un vincolo del genere indicato potrebbe esser posto soltanto da una fonte superiore (legge costituzionale). Una volta accertata la tassatività dell'elenco contenuto nell'art. 1374 (leggi, usi, equità), rimane proprio aperta la possibilità di individuare altre norme di *legge*, contenenti ulteriori indicazioni relative all'integrazione: questo, vedremo, è proprio il caso della correttezza, la cui considerazione legislativa non può essere messa in dubbio. D'altra parte, l'esplicito richiamo della legge — non potendo essere restrittivamente inteso come rinvio a norme dispositive — consente già di far capo a tutti quei concetti *legislativi* che l'interprete ritiene funzionalmente preordinati alla integrazione del contratto.

Anch'essa fondata su argomenti tratti dalla sistematica del codice civile, è la successiva obiezione preliminare opposta alla possibilità di richiamare la correttezza nella materia della integrazione. Vero è che non manca chi, pur rilevando talune novità che la distinzione in due norme (artt. 1374 e 1375) dell'antico precetto unitario (art. 1124 Cod. civ. 1865) avrebbe comportato, ha continuato a ritenere che gli artt. 1374 e 1375 « sono due regole che in realtà si integrano » (13). Ma contro tale tesi si è obiettato

(13) Così BARASSI, *Teoria generale*, cit., II, p. 248; ma dello stesso

che quelle possibilità di ritenere che « la regola della buona fede stesse sullo stesso piano della equità, dell'uso, e della legge ai fini della integrazione del contenuto del contratto » (14) sono venute meno proprio per il fatto che « il codice vigente riserva ai due principi due disposizioni diverse..., distinguendo nettamente il momento della integrazione da quello della esecuzione del contratto », coerentemente al presupposto che « l'uno riguarda in astratto il senso del comportamento dei soggetti, l'altro attiene, invece, al come di tale comportamento in concreto » (15).

La rilevanza di questa obiezione, per l'analisi che stiamo conducendo, discende dal fatto che riteniamo sostanzialmente unitario il riferimento espresso con le formule *correttezza* e *buona fede*, come avremo modo di chiarire più avanti, sì che le perplessità avanzate a proposito della buona fede ben possono significare (e, in realtà, quasi sempre significano) esclusione di ogni ricorso alla normativa di correttezza per la materia in esame. In verità, una conclusione così impegnativa non sembra possa rag-

avviso sono numerosi altri studiosi, tra i quali SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 230; BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 87; DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*<sup>3</sup>, Padova 1962, p. 218. Il fondamento unitario delle due norme (« in quanto entrambe si riferiscono al contenuto del contratto, o meglio delle prestazioni che da esso derivano ») è esplicitamente ribadito da GIORGIANNI, *Lezioni*, cit., p. 176.

(14) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 27.

(15) NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., pag. 27-28. A tale punto di vista aderisce in sostanza DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 377, osservando che « anche ammesso che il principio di correttezza si risolva in un complesso di regole dell'agire, ossia sia fonte di doveri di comportamento, sarebbe escluso comunque che esso abbia portata integrativa (del contenuto) del contratto, precisandosi invece la sua funzione in relazione all'azione concreta del soggetto »; nello stesso senso MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano 1957, p. 76, nota 68.

giungersi unicamente con argomenti tratti dalla mutata sistematica legislativa. Anche perchè chi considera la storia di queste norme si rende immediatamente conto del fatto che la distinzione attuata con gli artt. 1374 e 1375 riproduce quella contenuta all'origine nel *Code civil*, ove l'integrazione era disciplinata da una norma successiva (articolo 1135) a quella in cui si faceva parola della esecuzione di buona fede (art. 1134, al. 3).

Le ragioni di tale distinzione non si possono desumere dai lavori preparatori del *Code*, dove, anzi, esplicitamente si pone in rilievo il carattere unitario della disciplina (16), sì che la successiva espressione in due diverse norme potrebbe far pensare ad un mero accidente di redazione. Commentatori e trattatisti successivi continueranno a considerare le due norme come corpo unico, limitandosi ad osservare, da un canto, che il legislatore volle così abbandonare la distinzione romana, per affermare che tutti i contratti sono di buona fede (17); e talvolta accentuando, dal-

(16) Ciò è evidentissimo nell'*Exposé des motifs* del 7 pluvioso dell'anno XII (28 gennaio 1804) ad opera del BIGOT-PRÉMENEU (cfr. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, XIII, Paris 1836, p. 229; per le diverse redazioni, *ivi*, VIII, pp. 124, 175; e I, pp. 163-164); nello stesso il discorso di presentazione del Tribuno MOURICAULT del 16 pluvioso XII (6 febbraio 1804) (cfr. FENET, *op. cit.*, XIII, pp. 413-414); si veda MARCADÈ, *Spiegazione teorico-pratica del Codice Napoleone*<sup>3</sup>, tr. it. di Golia, VI, Napoli 1875, p. 452; nè la convinzione di quella sostanziale unità sembra essere stata scalfita dal trascorrere del tempo, dal momento che si ritrova chiaramente espressa in tutte le opere più recenti: cfr. MARTY-RAYNAUD, *Droit civil*, II, 1, Paris 1962, p. 204; CARBONNIER, *Théorie des obligations*, Paris 1963, p. 207; nello stesso senso la dottrina belga, per la quale si veda DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*<sup>2</sup>, II, Bruxelles, 1948, pp. 439-440.

(17) Corrente nei vecchi commentatori e trattatisti, anche italiani, l'affermazione è ancor comunemente ripetuta: cfr. MARTY-RAYNAUD, *op. loc. cit.*; CARBONNIER, *op. loc. cit.*, DE PAGE, *op. loc. cit.* Su talune divergenti opinioni dottrinarie (relative soprattutto al contratto d'assicurazione) cfr. LYON-CAEN, *De l'évolution*, cit., p. 83. Per la dottrina italiana cfr. le indicazioni

l'altro, una interpretazione della buona fede, già in POTHIER (18), che non poco l'avvicinava al concetto di diligenza. La distinzione, comunque, passa immutata nei codici italiani pre-unitari (19); scompare in sede di redazione definitiva del codice civile del 1865, senza che da alcun testo risulti una qualche volontà innovatrice dei legislatori e senza che i commentatori abbandonino l'abituale riferimento alla dottrina francese (20); riappare nel Progetto

di FADDA-BENSA, *Note a WINDSCHEID, Diritto delle pandette*, rist., IV, Torino 1930, p. 217; e i rilievi di GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio*, cit., pp. 196-197.

(18) Si veda il passo assai significativo di POTHIER, *Traité des obligations*, chap. II, art. I, par. 1, 142 (*Oeuvres*, I, Bruxelles 1829, p. 37).

(19) Questi riproducono tutti, con varianti di poco conto, la versione che degli artt. 1134, al. 3-1135 del *Code civil* aveva dato il *Codice civile del Regno d'Italia* del 1806 agli artt. 1134-1135: cfr. *Codice pel Regno delle Due Sicilie. Leggi Civili* (1819), artt. 1088-1089; *Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla* (1820), artt. 1107-1108; *Codice civile per gli Stati di S.M. il Re di Sardegna* (1837), artt. 1225-1226 (l'elaborazione di questo Codice fu abbastanza lunga ed accurata; pure, nei *Motivi dei Codici per gli Stati Sardi*, II, Genova 1856, p. 322, a proposito di quei due articoli si trova scritto: «nessuna osservazione da parte dei Magistrati; adottati all'unanimità e senza discussione dalla Sezione e dal Consiglio»). Il riferimento alla buona fede fu soppresso nel *Codice civile per gli Stati Estensi* (1852), che tuttavia mantenne, con l'art. 1185, una norma identica a quella dell'art. 1135.

(20) Cfr. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, III, 2, Torino 1877, p. 241; RICCI, *Corso-pratico di diritto civile*, VI, Torino 1880, p. 67. Chi segua i lavori preparatori della codificazione civile del 1865 può rendersi conto di come la formulazione in un'unica norma e quella in due articoli distinti siano adoperate indifferentemente, senza che si attribuisca all'una o all'altra qualsiasi significato sistematico. Così la formulazione unitaria compare per la prima volta con l'art. 1287 del *Progetto di revisione del Codice civile albertino* del 1860 (MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA E DEI CULTI, *Lavori preparatori del Codice civile del Regno d'Italia*<sup>c</sup>, IV, Roma 1888, p. 613); successivamente, gli artt. 1263, 3 co., e 1264 del *Progetto del Codice civile del Regno d'Italia* del 1861 (*Lavori preparatori*, cit., VI, Roma 1892, p. 625) ripropongono la sistemazione del codice francese; ad una formulazione identica all'art. 1124 del c.c. 1865 si approderà con l'art. 1165 del *Progetto di Codice civile del Regno d'Italia* del 1862 (*Lavori preparatori*, cit., VII, Roma 1892). D'altra parte, si affermò esplicitamente l'adesione alla

italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti (artt. 39 e 40), pure questa volta senza lasciar traccia nei lavori preparatori; e, infine, torna ad essere consacrata legislativamente nel 1942, rimanendo ancora indifferenti i codificatori rispetto alla sua presunta novità (21).

Pur così sommariamente tracciata, la storia delle norme in questione rivela una sostanziale uniformità, rispetto alla quale non ha carattere effettivamente innovativo neppure l'inversione dei due termini del rapporto, operata dal codice civile del 1942 (integrazione-esecuzione: artt. 1374-1375; esecuzione-integrazione: artt. 1134, al. 3 - 1135 *Code civil*). Nè, in definitiva, deve sorprendere il fatto che nessun esplicito chiarimento accompagni la vicenda appena ricordata: sia perché si è esattamente rilevato che già «l'abrogato art. 1124 conteneva sostanzialmente due diverse norme, come facilmente si poteva desumere dalla sua formulazione» (22); sia perché è evidente che l'innovazione relativa al principio di correttezza andava ben al di là delle norme citate, sì che lo stesso significato di queste dipende dalla complessiva ricostruzione del sistema (23).

sistemica del *Code civil*: cfr. GIANZANA, *Codice civile*, I, Torino 1887, p. 87, 310.

(21) Nel *Progetto* del 1936 esecuzione di buona fede e «obbligazioni derivanti dal contratto» erano disciplinate da due articoli distinti (artt. 39-40). Ma nel *Progetto preliminare del libro delle obbligazioni* del 1940 esecuzione di buona fede ed integrazione erano disciplinate insieme dall'art. 238.

(22) MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 47, nota 78.

(23) «L'interprete è vincolato dalla normativa posta dal legislatore, non dalla sua costruzione (se non in quanto essa indichi una normativa) e ciò perché il legislatore non può simultaneamente essere l'interprete di sé stesso» (ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 249). Sui limiti delle costruzioni dommatiche del legislatore cfr. ancora ASCARELLI, *Studi in tema di società*, Milano 1952, p. 318, nota 37; e NICOLÒ, *Dell'azione surrogatoria*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma 1953, p. 1.

In altri termini, non è dal formale rapporto tra art. 1374 e 1375 che può desumersi il senso e l'ambito di operatività della normativa di correttezza, ma è dalla caratterizzazione di quest'ultima che possono essere ricavati gli elementi dai quali procedere ad una sicura impostazione dei rapporti tra quelle due norme. E ciò è confermato dal fatto — evidente già dai sommari riferimenti dati in precedenza — che le diverse interpretazioni non derivano tanto da una diversa sensibilità rispetto alla nuova sistematica legislativa, bensì proprio dal modo in cui viene impostato il problema della correttezza (24). Ed allora, se quella sistematica è in sé *neutra*, potendo essere diversamente colorata a seconda dei principi a cui si può riferirla, non può essa stessa costituire un ostacolo nell'opera di individuazione dei principi che attribuiscono a quel sistema la sua fisionomia. Di ciò, in definitiva, può aversi esplicita conferma pure sul piano della stretta sistematica legislativa, dal momento che una reale innovazione non va faticosamente cercata nel rapporto tra gli articoli 1374 e 1375, ma nella previsione contenuta nell'art. 1175 (25).

(24) Ad esempio, e per continuare a riferirci agli autori già citati, Barassi fonda la sua opinione sul valore preminente attribuito all'equità, che pone in secondo piano la buona fede e ricaccia sullo sfondo la correttezza; mentre Natoli esclude preliminarmente la possibilità di ricorrere alla correttezza per l'integrazione.

(25) Scrive TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 495: « Il sistema che deriva dall'inserzione razionale delle nuove norme, i principi che se ne ricavano, e la presenza di numerosi rinvii a fattori etici o equitativi, ci presentano un diritto profondamente mutato rispetto al precedente, e proprio nelle strutture essenziali o più significative: così da richiedere nell'interprete l'impiego di adeguati nuovi criteri ». E si tratta di una opinione tanto più significativa, in quanto Trabucchi, vigendo il Codice civile del 1865, si era mostrato nettamente orientato verso una interpretazione restrittiva dei principi allora contenuti nell'art. 1124 (cfr. *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova 1937, pp. 105-109). D'altra parte, una puntuale esemplificazione del mutamento che l'art. 1175 comportava

Questa conclusione, però, perderebbe gran parte del suo significato, se dovesse ritenersi che l'art. 1175 è stato abrogato per effetto della fine del regime corporativo: è questa la seconda delle questioni generali a cui si accennava in precedenza. Affacciata in passato con varia convinzione, la tesi dell'implicita abrogazione dell'art. 1175 è stata autorevolmente riproposta di recente, rilevandosi che « è da tener conto che tale disposizione aveva una ragion d'essere e un significato soltanto in quanto mirava ad inserire nei rapporti obbligatori il principio della "solidarietà corporativa", sì che è destinata a rimanere, in questo ambito, priva di significato dopo la soppressione dell'ordinamento corporativo e dell'ultima parte della disposizione » (26).

A dire il vero, già all'indomani della caduta del regime fascista, più d'una voce s'era levata per denunciare il carattere di concessione politica proprio di quella norma, e l'accresciuta sua indeterminatezza una volta venuta a mancare pure quella parvenza di riferimento concreto che po-

era già stata fornita, in un caso concreto, da NICOLÒ, *Ipoteca. Rinuncia del creditore in danno di terzi acquirenti* (Nota Cass. 8 aprile 1941), in *Riv. dir. civ.*, 1941, pp. 379-380. Devono, quindi, ritenersi inesatte le considerazioni riferite più avanti alla nota 26.

(26) G. FERRI, *Diritto agli utili*, cit., p. 412. Si ricorderà che l'art. 1175 era originariamente formulato nel modo seguente: « Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, in relazione ai principi della solidarietà corporativa ». Con l'art. 3 del D.D.L. 14 settembre 1944, n. 287, furono soppresse le parole da noi indicate in corsivo: si è osservato che il legislatore « non ha avuto la mano felice quando ha soppresso l'inciso finale dell'art. 1175 ... Sarebbe stato anzi più opportuno conservare l'inciso limitandosi a sostituire all'aggettivo « corporativa » l'aggettivo « sociale ». Tuttavia la mutilazione dell'articolo, operata dal frettoloso legislatore del 1944, può oggi essere riparata coordinando l'art. 1175 Cod. civ. con l'art. 2 della Costituzione » (così MENGONI, *Obbligazioni « di risultato » e obbligazioni « di mezzi »*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 393, nota 35; analogamente MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 82). E cfr. RODOTÀ, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca Borsa Tit. cred.*, 1965, I, pp. 149-160.

teva essere offerto dalla solidarietà corporativa (26-bis): e sarebbe certamente semplicistico replicare opponendo il fatto che qualcosa dell'originaria disposizione è rimasto scritto nel codice civile, sì che l'interprete dovrebbe comunque sforzarsi di attribuire ad esso un significato normativo (27). D'altra parte, lo stesso atteggiamento di quanti si preoccupavano della defascistizzazione dei codici (cioè della coerenza di tutte le loro disposizioni con la nuova fisionomia che il sistema veniva assumendo con il sopravvenire degli istituti democratici) sovente non superava lo stato emozionale, considerando la norma più per l'occasione che l'aveva determinata, che per la sua effettiva funzione e per la posizione sistematica.

Per mettere ordine in questo confuso quadro, è necessario considerare separatamente talune questioni. In primo luogo, ci si deve chiedere se la fine del regime corporativo abbia automaticamente segnato l'abrogazione di tutte le norme contenenti un riferimento ad esso. Che questa non sia la conclusione accettabile, stanno a provarlo tanto la

(26-bis) Si leggano le espressioni severe che all'art. 1175 erano riservate nella Relazione contenente le proposte di riforma del Codice civile formulate nel 1944 dall'apposita Commissione costituita dall'Istituto italiano di Studi legislativi (in *Ann. Dir. Comp. St. Leg.*, XXIV (1950), p. 177; la parte relativa al libro delle obbligazioni fu stesa dal PUGLIESE): «Naturalmente non sono da prendere sul serio i richiami o rinvii alla solidarietà corporativa e all'equilibrio e proporzione corporativa, espressioni vaghe e prive di contenuto. Nell'intenzione dei compilatori l'art. 1175 ... avrebbe dovuto costituire la chiave di volta del sistema; invece è appena un festone di poco gusto collocato all'inizio del libro per dare al lettore profano la sensazione che vi avrebbe respirato aria fascista. In realtà, ripetesi, è un elemento esteriore, per così dire, ornamentale, che non scalfisce la bontà del libro, ancorato solidamente, nelle sue linee essenziali, al sistema tradizionale del codice 1865». Coerentemente a queste premesse si proponeva l'abrogazione integrale dell'articolo (cfr. *Ann. Dir. Comp. St. Leg.*, XIX (1946), p. 188). E cfr. nota 24-bis.

(27) Come sembra ritenere PASTERIS, *La correttezza nella disciplina della concorrenza sleale*, Milano 1962, pp. 4-5.

strada seguita dal legislatore, che, in attesa di una più generale riforma (art. 1 del D.D.L. 14 settembre 1944, n. 287), ha preferito distinguere tra le varie norme in questione, scegliendo per una parte di esse la strada dell'abrogazione parziale (ed è appunto il caso dell'art. 1175); tanto le proposte dei riformatori, sempre attenti al diverso significato del riferimento all'ordinamento corporativo ed alla varia funzione delle norme in cui esso era contenuto (28).

Per tal via, allora, si chiarisce proprio quello che dovrebbe costituire il punto fermo di un'indagine, quale è quella che stiamo conducendo: cioè, che bisogna evitare la confusione tra quel che è peculiare di un determinato regime politico e quel che ad esso si accompagna come portato di esigenze che vanno al di là della occasione politica, trovando analogie anche in sistemi fondati su principi diversi (29). Ora, per ciò che riguarda la tutela del creditore, ad esempio, « è certo che questa maggior tutela è richiesta dalle mutate condizioni economiche sociali e morali e non ha nulla a che fare con il fascismo » (30); così, la necessità di dettare clausole generali che garantiscano uno svolgimento dei rapporti interprivati conforme ai principi

(28) Cfr. *Ann. Dir. Comp. St. Leg.* XIX (1946), pp. 187-190. Una agevole conferma di quanto andiamo dicendo può cercarsi nelle norme sulla buona fede; infatti, anche se si fosse accettata l'interpretazione di chi riteneva che il contenuto della buona fede dovesse essere fornito dai principi corporativi (cfr. *Orpo, Profili*, cit., p. 111), non si sarebbe certamente sostenuta l'abrogazione di talune norme sulla buona fede, per la sopravvenuta fine dell'ordinamento corporativo.

(29) Si tratta di un problema di portata generale, di volta in volta destinato a proporsi per gli istituti più diversi (si può confrontare, ad es., quanto scrivevamo nelle *Note critiche*, cit., p. 1256, nota 10; e ne *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 1-2, nota 1 e p. 128, nota 3) e la cui soluzione rimarrà ardua fino a quando mancherà un serio lavoro storico sulla codificazione civile del 1942.

(30) PUGLIESE, *Relazione* cit., in *Ann. Dir. Comp. St. Leg.*, XXIV (1950), p. 177.

sociali che reggono l'ordinamento, è esigenza sentita e realizzata da numerosi sistemi giuridici, e che lo stesso codice civile del 1942 pone a fondamento di norme svincolate da ogni rapporto con l'ordinamento corporativo (31).

Se, dopo queste considerazioni generali, ci si volge ad una analisi della struttura dell'art. 1175, sembra possibile un chiarimento definitivo. Infatti, fondando la tesi dell'abrogazione sul riferimento alla solidarietà corporativa, solitamente si trascura che non è questa, bensì la correttezza, a costituire il momento centrale della norma (32); conclusione non contestabile, se non con una palese forzatura della formulazione dell'art. 1175. Valga quel che si vuole la *Relazione*, certo consente di stabilire senza equivoci che è alla correttezza che si vuol fare riferimento come a clausola generale (33), rispetto alla quale la solidarietà corporativa si pone unicamente come un riferimento per la determinazione concreta del contenuto della clausola: il che, evidentemente, non equivale a dire che la correttezza è la solida-

(31) « La moltiplicazione — rispetto al Codice civile del 1865 — dei richiami alle regole della correttezza e della buona fede non rappresenta, in sè e per sè, nel Codice civile del 1942, il riflesso di una particolare ideologia politica ormai superata, ma è l'espressione del tentativo di adeguare la regolamentazione positiva dei rapporti tra privati ad esigenze ormai affermate — oltre che nella tradizione storica del nostro diritto — in più o meno larga misura, sul piano di tutti i moderni orientamenti positivi » (così NATOLI, *L'attuazione*, cit., p. 21).

(32) Frutto di un equivoco deve, quindi, considerarsi l'opinione di chi ritiene che il momento centrale della norma sia stato costituito dalla solidarietà corporativa fino al D.D.L. 14 settembre 1944, n. 287, e solo dopo quella data dalla correttezza (cfr. GRECO, *Ancora sulla concorrenza sleale per violazione di esclusive di vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, II, p. 461: « essendosi delle gerarchie fasciste deplorato lo scarso corporativismo del Codice civile, si decise di farvi « delle iniezioni » di questa materia... Cadde poi il fascismo e, per lasciare al suo posto il numero 1175 col suo articolo, si pensò di scacciare un diavolo con un altro, e al posto della solidarietà corporativa si iniettò 'la correttezza' »).

(33) Cfr. *Relazione*, cit., pp. 344-345.

rietà. In altri termini, ci si trova di fronte ad una formulazione normativa in nulla diversa da quella propria di tutte le clausole generali, se non nel fatto che, nel caso in esame, è esplicitamente previsto il termine a cui far riferimento per determinare il concreto contenuto della clausola. Ora, data la funzione propria delle clausole generali (o concetti elastici), ben può accadere che il loro contenuto muti con il trascorrere del tempo.

Si viene così al nodo teorico della questione, e all'unica rigorosa formulazione del quesito dell'abrogazione: una volta che il termine della *relatio*, a cui far capo per determinare il contenuto concreto di una clausola generale, sia stato esplicitamente fissato da una norma di legge, può la clausola continuare ad operare quando quel termine sia venuto meno? Ora, questo termine esterno della *relatio* può essere a sua volta costituito o da un'altra norma giuridica o da un diverso principio che, pur essendo deducibile dal sistema, non è esso stesso formulato direttamente in una norma. È evidente il diverso significato della *relatio*, a seconda che il rinvio sia del primo o del secondo tipo: nel primo caso, si vuole vincolare l'interprete ad una esplicita previsione legislativa, pur potendo quest'ultima variare o essere modificata; nell'altro, si vuole escludere che l'interprete, nella concreta ricostruzione della clausola generale, possa far ricorso a parametri diversi da quelli immediatamente ricavabili da un determinato complesso di norme giuridiche.

Di conseguenza, varieranno pure gli effetti della abrogazione della norma che individua il termine della *relatio*. Se questo era costituito da una specifica norma, la sua abrogazione implicherà tacitamente anche l'abrogazione della norma contenente la previsione della clausola; nell'altra ipotesi, invece, si dovrà ulteriormente indagare, per stabilire

se il sistema esiste ancora un principio tale da consentire alla clausola generale di continuare a svolgere la funzione per la quale era stata prevista: e solo dopo aver concluso negativamente questa indagine ulteriore, si potrà ritenere implicitamente abrogata la clausola generale.

Se dall'analisi generale si passa alla considerazione del sistema quale era al tempo dell'entrata in vigore della codificazione civile, l'esattezza delle conclusioni precedenti è sostanzialmente confermata. I rinvii all'ordinamento corporativo, contenuti nel codice civile, non erano tra loro omogenei, avendo talora ad oggetto le *norme corporative*, altre volte facendo capo, invece, a concetti di significato diverso (solidarietà corporativa, ordine corporativo eccetera) (34): e non s'era mancato di sottolineare il diverso valore di siffatti riferimenti (35). Anzi, a proposito della solidarietà, s'era trovato così poco caratterizzante il richiamo ad essa, che s'era insistito sulla sua genericità, tale da render « difficile determinare la portata pratica della norma che si fonda su quel concetto » (36). Così argomentando, però, s'era esattamente impostato il rapporto tra la norma sulla correttezza ed il richiamo della solidarietà, ed indivi-

(34) Cfr. PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il Codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 373.

(35) Esplicitamente PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo*, cit., p. 373.

(36) PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo*, cit., p. 373. Delle difficoltà che il riferimento al concetto di solidarietà corporativa comportava, è testimonianza nella complessiva valutazione dello stesso Pugliatti, che, in uno scritto del medesimo periodo (*Interesse pubblico e interesse privato nel libro delle obbligazioni*, cit., pp. 182-183), richiamava invece l'attenzione sul valore caratterizzante di quel concetto. Di conseguenza, ben può dirsi che l'abrogazione del riferimento alla solidarietà corporativa, lungi dal comportare l'implicita abrogazione dell'intero art. 1175, ha eliminato un elemento di equivoco e di confusione, che avrebbe potuto rendere più ardua la individuazione del significato da attribuire alla correttezza (cfr. i rilievi di NATOLI, *L'attuazione*, cit., pp. 34-35).

duato il carattere che distingueva quest'ultima tra i vari richiami all'ordinamento corporativo: sì che, in modo altrettanto esatto, s'era concluso nel senso che quei più generici richiami dovevano piuttosto ritenersi « indici diagnostici », dai quali erano svelate « le tendenze programmatiche alle quali si è ispirata la legislazione » (37). Sarebbe errato, ad ogni modo, considerare anche quest'ultimo rilievo come mera rilevazione di un carattere transitorio, strettamente legata alla situazione storica in cui il codice civile s'originò. A ben guardare, esso va assai oltre l'occasione, individuando nella formulazione di principi generali, che mirano ad inserire il codice nel complesso tessuto dell'ordinamento legislativo, addirittura « uno dei caratteri stilistici del nuovo Codice civile » (38): dunque, non una vicenda transitoria, ma una caratteristica permanente della nostra codificazione.

L'esigenza generale, che fondava quella sistematica, evidentemente non è venuta meno con la fine dell'ordinamento corporativo. Chi imposti correttamente il problema della coerenza interna del sistema, può avvedersi che l'armonia tra specifici complessi normativi (quale certamente è un codice) e tendenze generali della legislazione è questione che si ripropone continuamente nella vicenda storica, e che può appunto essere risolta grazie a strumenti che, per la loro elasticità, consentano un adeguamento continuo delle norme ai principi. Venuto meno il riferimento alla solidarietà corporativa (cioè al principio storicamente prevalente all'atto dell'entrata in vigore del nuovo codice civile), non per questo è caduta la possibilità di caratterizzare la cor-

---

(37) PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo*, cit., p. 374.

(38) PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo*, cit., p. 374. Su tali caratteristiche del Codice civile del 1942 cfr. i nostri rilievi in *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 92. e le indicazioni bibliografiche ivi contenute.

rettezza sulla base dei nuovi principi che reggono il nostro ordinamento, e la necessità di valutare i rapporti interpretati secondo criteri che consentano un loro corretto inserimento nel contesto sociale. In tal senso, è esatto ritenere che l'art. 1175 « vale, appunto, a tenere avvertito il giudice della necessità che... egli operi nel caso concreto l'indispensabile collegamento della disposizione particolare di legge con i fondamenti etico-sociali di tutto l'ordinamento » (39). Dev'essere chiaro, però, che l'interprete, così operando, non può attingere ad un generico *humus* etico-sociale: la sua attività dovrà svolgersi nell'ambito segnato dalle norme positive, senza la pretesa di sostituire a queste ultime valutazioni che non hanno trovato consacrazione legislativa, ma pure senza arbitrarie discriminazioni tra le norme che concorrono a costituire l'ordinamento legislativo (40).

Accertato che l'analisi storica e sistematica non esclude il ricorso al concetto di correttezza, confermandone anzi le ragioni, rimarrebbe aperta una questione, già segnalata, relativa all'attuale presenza nell'ordinamento di principi in base ai quali far continuare a svolgere alla correttezza la funzione per la quale era stata prevista. La risposta a tale questione fa tutt'uno con la precisa determinazione della

(39) NATOLI, *L'attuazione*, cit., p. 37.

(40) Si vuole alludere, in particolare, al significato che, per ricostruzioni del genere, possono assumere le norme costituzionali, soprattutto in ragione della loro posizione sopraordinata nel sistema delle fonti: si è già ricordato (cfr. *retro*, nota 25) che, ad esempio, Mengoni ritiene possibile coordinare l'art. 1175 con l'art. 2 della Costituzione; altri ritiene addirittura che, almeno per quanto riguarda i profili toccati dall'intervento statale, talune norme costituzionali sarebbero « disposizioni non molto lontane da quelle della fascista Carta del Lavoro » (OSTI, *Contratto*, cit., pag. 481); mostrando però di irascere del tutto il sistema in cui tali norme sono inserite. Sulla rilevanza delle norme costituzionali come direttive interne del sistema civilistico ha recentemente richiamato l'attenzione NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., pp. 908-909.

nozione di correttezza: e deve, quindi, essere rinviata all'indagine successiva.

2. *Correttezza e buona fede.* — Una volta superate le difficoltà che pregiudizialmente potevano opporsi ad un discorso sulla correttezza, individuare la posizione sistematica di tale concetto è premessa necessaria tanto alla definizione del suo contenuto, che dell'ambito di operatività assegnatogli. A tal fine, anzi può giovare l'esame dei suoi rapporti con nozioni limitrofe, con le quali sovente finisce con l'essere confusa: prima tra tutte, quello di buona fede.

Non v'è bisogno d'avvertire che ci riferiamo alla buona fede cosiddetta oggettiva (41), quale è, ad esempio, quella contemplata dagli articoli 1337, 1366, 1375. Di tutte queste norme si segnalano frequentemente i legami con l'articolo 1175: abbiamo già rilevato la tendenza a risolvere il contenuto di quest'ultimo articolo nella previsione di quelle diverse disposizioni (42); dell'art. 1337 si sottolinea esplicitamente la discendenza dall'art. 1175 (43); e nello stesso linguaggio tecnico può rilevarsi la frequenza sempre maggiore con cui le espressioni *buona fede* e *correttezza* vengono adoperate come sinonimi (44). Evidentemente, ciò non ba-

(41) Sui limiti di tale qualificazione cfr. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano 1953, p. 79 e nota 69. Ma cfr. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, pp. 335 ss.

(42) Cfr. *retro* n. 1 e nota 4.

(43) In tal senso, ad esempio, SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino 1949, p. 14, nota 5; TORRENTE, *La donazione*, Milano 1956, pp. 452-453; PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, voce in *Enc. Dir.*, IV, Milano 1959, p. 460; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano 1963, pp. 133-134; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, pp. 80-81.

(44) Così ancora SACCO, *La buona fede*, cit., p. 14, nota 5; RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 841, nota 141-ter., 1037; PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 79.

sta a risolvere il problema dei rapporti che corrono, in particolare, tra l'art. 1175 e l'art. 1375; e, pur rappresentando una significativa indicazione di tendenza, neppure esaurisce le opinioni sull'argomento. Talora, anzi, la sostanziale unità concettuale, affermata per *buona fede e correttezza*, è proposta in termini tali da vanificare il concetto stesso di correttezza; originando, così, nuovi e pericolosi equivoci, sui quali converrà tornare più avanti.

Già sotto il profilo terminologico ci si è chiesti se debba ricevere considerazione maggiore l'uso del termine *correttezza* o quello dell'espressione *buona fede*, quasi che la soluzione della disputa linguistica potesse andar oltre una questione di gusto, e fornire concreti argomenti alla ricostruzione del sistema. È vero, ad ogni modo, che ci si trova a dover confrontare espressioni a cui si accompagnano tradizioni storiche ben diverse, se pure può parlarsi di tradizioni a proposito della correttezza: il che, passando dal piano descrittivo a quello ricostruttivo, vuol dire che devono essere messi a confronti concetti che hanno avuto elaborazioni tecniche non comparabili. Se da queste considerazioni si prendono le mosse per esigere un approfondimento del concetto meno elaborato (quello di correttezza, appunto), si manifesta una opinione seria e rispettabile: non così quando si vogliono risolvere i rapporti tra le due nozioni facendo pesare unicamente argomenti « quantitativi » a favore della buona fede. Questa non sarebbe una corretta valutazione sistematica, ma soltanto un premio alla pigrizia.

Ciò non vuol dire che ogni riferimento alla tradizione, che ha attribuito alla buona fede un prestigio tale da far ritenere pallido e generico il richiamo alla correttezza, debba essere trascurato dall'interprete. Se esso non può da solo consentire la soluzione del problema, certamente aiuta a

comprendere le profonde ragioni che ancora inducono a dar la prevalenza alla buona fede, nel senso almeno che è questa ad esser prescelta come elemento caratterizzante la normativa di correttezza. Né deve trarre in inganno il fatto che sovente si affermi la discendenza dell'art. 1337 e dell'art. 1375 dal principio contenuto nell'art. 1175, mostrando quasi di riconoscere alla buona fede un ruolo vicario. Nella generalità dei casi, infatti, questa è poco più che una clausola di stile del discorso, con la quale, lungi dall'attribuire alla correttezza il concreto valore di un principio operativo, la si respinge nel più comodo mondo dei principi ispiratori, così riducendola a mera *ratio* di particolari norme (45).

Se non ci si può appagare del generico riconoscimento della comunanza di fondamento della correttezza e della buona fede, riconoscimento che, appunto per la sua genericità, non impone alcun approfondimento ed assicura la prevalenza al concetto tradizionalmente meglio precisato, neppure soddisfa il mero rinvio ai dati della coscienza sociale, che dovrebbe costituire il comune denominatore dei due concetti (46). Così argomentando, infatti, altro non si dice se non che la buona fede e la correttezza sono entrambe clausole generali, contenenti un rinvio a valutazioni diverse: ma questa affermazione non fa molto progredire l'indagine sui loro rapporti, proprio perchè rimane inespresso il momento di maggiore interesse, cioè l'indicazione dei criteri secondo i quali le valutazioni richiamate devono es-

(45) La possibilità di identificare principi siffatti soltanto sotto il profilo della *ratio legis* è esplicitamente affermato (in diretto riferimento all'equità, e per i sistemi codificati) da ESSER, *Grundsatz und Norm*, Tübingen 1956, pp. 151-152. Ha rilevato, da ultimo, il diverso atteggiamento della nostra dottrina, dopo l'entrata in vigore del Codice civile del 1942, PIETROBON, *L'errore*, cit., pp. 80-81.

(46) Cfr. più avanti p. 151 e nota 92.

sere utilizzate. Vero è che pure il semplice riconoscimento della natura sostanzialmente elastica delle clausole di correttezza e di buona fede riesce di qualche utilità, dal momento che consente di dubitare della fondatezza della tesi di chi differenzia l'una dall'altra considerando eminentemente relativa la nozione di correttezza, ed assoluta quella di buona fede, il cui contenuto andrebbe « fissato senza necessità di riferirsi al costume sociale » (47). Una tesi, quest'ultima, che la storia della nozione di buona fede, prima ancora dell'opinione degli studiosi, si incarica di smentire.

Di ben maggiore rilevanza è la questione, di carattere sistematico, relativa all'ambito di operatività delle norme in questione. Bisogna chiedersi, infatti, se l'art. 1175 e l'art. 1375 siano stati dettati per disciplinare le medesime ipotesi, o se debbano applicarsi a figure o posizioni diverse: è vero che la semplice affermazione della diversa area di incidenza delle due norme non sarebbe sufficiente a dimostrare la diversità dei concetti a cui esse esplicitamente rinviano, dal momento che ben potrebbe l'ordinamento far capo al medesimo concetto in distinti settori della disciplina legislativa (48); ma è vero anche che l'opposta soluzione può semplificare notevolmente la soluzione del problema che ci interessa.

Si è ritenuto che l'art. 1175 e l'art. 1375, pur avendo il rapporto obbligatorio come riferimento comune, si rivolgono in realtà a soggetti diversi, disciplinando il primo l'attività del creditore e ponendo il secondo un dovere di

(47) BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano 1958, p. 180.

(48) Su questi diversi problemi, cfr. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., pp. 370-374.

comportamento a carico del debitore (49). Una semplificazione siffatta sembra, però, eccessiva, fondata com'è su una interpretazione che, se contrasta certamente con la lettera delle due disposizioni, neppure può essere giustificata da argomenti d'ordine sistematico o storico. Già il riferimento dell'art. 1375 alla sola attività del creditore denuncia una visione angusta del momento esecutivo, la cui esatta considerazione esige invece una rivalutazione del ruolo proprio di entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio (50), soprattutto quando l'attività esecutiva venga riferita al complesso degli obblighi derivanti dal contratto (51). Ma

(49) Cfr. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*<sup>4</sup>, Bologna 1958, p. 323; ma ora, dello stesso, cfr. l'osservazione a Cass. 6 aprile 1966, n. 918, in *Foro it.*, 1967, I, c. 103, ove si dice che « l'obbligo di buona fede (o come altro lo si chiami) vale per tutt'e due i contraenti »; la prevalenza dell'art. 1175 per il creditore e dell'art. 1176 per il debitore è sottolineata da GIORGIANNI, *L'obbligazione*, I, rist., Milano 1951, p. 149.

Ritiene che « il dovere di buona fede è posto essenzialmente a tutela di una specifica posizione contrattuale, quella creditoria », COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta nella prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano 1955, p. 146. Questo riferimento è inteso piuttosto nel senso « che il creditore venga qui in considerazione non nella sua veste di soggetto che esercita un diritto, ma come obbligato a sua volta, cioè tenuto a sua volta da dei doveri », da L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., p. 305: ove, però, sembra arbitraria la distinzione operata all'interno della posizione creditoria.

(50) Si veda, per una esemplificazione concreta, RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 199. E cfr. App. Genova, 4 febbraio 1953, in *Rep. Foro It.*, 1953, voce *Vendita*, n. 214

(51) Così DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., pp. 370-371. Le ragioni della tesi criticata nel testo sono più che altro psicologiche, riflettendo un orientamento delle ricerche volto sostanzialmente ad una « analisi specifica condotta a *latere debitoris*, con riferimento, non all'attuazione del rapporto nel suo complesso, ma in particolare all'attività a tale scopo svolta dal debitore (adempimento) che è certamente il momento più appariscente ma... non il solo » (NATOLI, *L'attuazione*, cit., p. 7): di ciò è chiara prova lo stato delle discussioni dottrinarie, dedicate non già *all'attività del debitore*, ma *all'atto* dell'adempimento, con conseguenti divergenze teoriche sulla natura giuridica di questo. Inoltre, qualora non si voglia considerare il solo profilo obbligatorio, è evidente l'improprietà di una costruzione che fini-

una diversa conclusione non è possibile a proposito dell'articolo 1175: ritenere che la disciplina dell'attività del debitore sia tutta esaurita dall'art. 1176, infatti, è conclusione che sarebbe giustificata solo quando si dimostrasse che correttezza e diligenza sono tutt'uno; mentre avremo modo di chiarire più avanti la diversa funzione assegnata ai due criteri della disciplina legislativa (52). D'altra parte, anche chi voglia attribuire scarso significato ai chiarimenti della *Relazione* (53), non può trascurare il fatto che l'attuale formulazione dell'art. 1175 e dell'art. 1375 discende anche dalla volontà di evitare gli equivoci che potevano nascere dal riferimento di ciascuno di essi al solo debitore o al solo creditore (54).

sce con l'escludere dal profilo esecutivo il complesso dei diritti esercitabili dal creditore (cfr. BARASSI, *Teoria generale*, cit., III, in particolare pp. 10, 13; NATOLI, *L'attuazione*, cit., p. 8). Né la considerazione della posizione del creditore vale — come ha temuto qualcuno — « a capovolgere ed invertire l'onere delle prestazioni assunte con la conseguenza che il primo [*il creditore*] possa essere tenuto a prendere la iniziativa di quanto occorra a superare... difficoltà, quando a ciò può e deve provvedere il debitore » (così esattamente Cass. 16 gennaio 1954, n. 86, in *Rep. Foro It.*, 1954, voce *Obb. contr.*, n. 207).

(52) Cfr. più avanti n. 3. La giurisprudenza, sviluppando una indicazione della *Relazione*, esplicitamente ritiene « il dovere di correttezza imposto dall'art. 1175 sia al creditore che al debitore » (così Cass. 27 marzo 1949, n. 474, in *Rep. Foro It.*, 1948, voce *Obb. contr.*, n. 241; e cfr. Cass. 16 gennaio 1954, n. 86, cit.

(53) Cfr. *Relazione*, cit., pp. 344-345 (in particolare p. 345: « trasferito tale concetto di solidarietà nell'ambito del rapporto obbligatorio, si affievolisce in questo ogni dato egoistico, e si richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore »).

(54) L'art. 73 del *Progetto preliminare del Libro delle obbligazioni* del 1940 era così concepito: « Quando il debitore esegue la prestazione dovuta, l'obbligazione si estingue. *Il debitore, nell'eseguire la prestazione, deve comportarsi secondo le regole della buona fede* ». Si osservò che la norma andava soppressa, proprio perchè non era da approvare una formula che limitasse al debitore il dovere di comportarsi secondo buona fede (*Atti della Commissione delle Assemblee legislative chiamata a dare il proprio*

Accertato che non è una diversità di destinatari a poter consentire una distinzione tra le due norme, non si è del tutto definita la questione della loro comune area d'incidenza, dal momento che più d'uno esclude l'applicabilità dell'art. 1375 alle obbligazioni non contrattuali (55), adducendo, in sostanza, argomenti meramente formali, tratti dalla collocazione topografica dell'art. 1375. Nella sua accezione più comune, questa tesi implica l'esclusione delle sole obbligazioni legali dall'ambito d'operatività dell'articolo 1375; quest'ultimo, infatti, sarebbe applicabile a tutte le altre obbligazioni non contrattuali grazie al rinvio dell'articolo 1324 (56), la cui discussa interpretazione deve far propendere per la più ampia operatività. Si è così potuto osservare che, in definitiva, ci si troverebbe di fronte ad una distinzione di scarsa rilevanza pratica (57) o ad una constatazione che, stante il più vasto ambito di applicazione dell'art. 1175, dovrebbe far ritenere quest'ultimo come norma generale, e superfluo l'art. 1375 (58). Altri, però, è giunto a conclusioni assai più restrittive, sostenendo che l'art. 1375, scritto per i contratti, deve veder circoscritta

*parere sul progetto del Codice civile. Libro delle obbligazioni*, Roma 1940, p. 78): la difficoltà fu, appunto, superata mantenendo la formula analoga a quella dell'inizio dell'art. 1124 cod. civ. 1865 ed introducendo quella, ancora più esplicita, dell'art. 1175.

(55) In tal senso BARASSI, *Teoria generale*, cit., III, pp. 8-9; MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., pp. 73-74; MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 956.

(56) Così BARASSI, *Teoria generale*, cit., III, p. 8, aggiungendo che la non estensibilità alle obbligazioni *ex lege* dipende pure dal fatto che esse non fanno nascere quelle aspettative che solo dal contratto possono derivare (p. 9). La scarsa rilevanza delle considerazioni meramente sistematiche è sottolineata da GIORGIANNI, *Lezioni*, cit., p. 179.

(57) Cfr. gli opportuni chiarimenti di DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., pp. 371-372.

(58) In questo senso, sia pure con formula dubitativa, MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 956.

la sua portata « in primo luogo alle vicende di *immediato ed esclusivo* interesse contrattuale » (59); in concreto, queste vicende si riducono, poi, alla sola disciplina della sopravvenienza (artt. 1467 ss.), di cui la buona fede costituirebbe la *ratio*, escludendosi ogni sua ulteriore o diversa funzione integrativa (60). Di fronte ad impostazioni siffatte v'è da richiamare, in primo luogo, quanto già si è avuto occasione di dire a proposito del valore della sistematica del codice civile del 1942 in questa materia (61); quando, poi, si volesse fondare qualche argomento sui mutamenti sistematici intervenuti rispetto alla codificazione del 1865, le conclusioni da trarre non sarebbero quelle restrittive, a cui concretamente si giunge, bensì quelle, sostanzialmente opposte, che confermano la necessità dell'interpretazione più lata dell'art. 1375. Vigente il codice civile del 1865, infatti, pur non mancando opinioni contrarie (62), la tesi prevalente era per l'estensibilità oltre l'ambito dei contratti della norma sulla buona fede contenuta nell'articolo 1124 (63): quale che sia il giudizio che si vuole espri-

(59) MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 73.

(60) Esplicitamente MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 74-75.

(61) Cfr. *retro*, n. 1.

(62) In tal senso esplicitamente, ad esempio, VITI, *Commento sistematico del Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, I, Napoli 1876, pp. 68-77.

(63) FADDA-BENSA, *Note*, cit., p. 218, affermano che « la equità e la buona fede sono lo spirito vivificatore di tutto il sistema giuridico e non de' soli contratti »; e cfr. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*<sup>7</sup>, rist., I, Torino 1930, p. 18; VIII, p. 595. La prevalenza di questa opinione è ripetutamente ribadita da BARASSI, *Addizione a BAUDRY LACANTINERIE-WAHL, Del contratto di locazione*, tr. it., II, 2, Milano s.d., p. 546; *Id.*, *Le obbligazioni* (ed. lit.), Milano 1930, pp. 356-357; *Id.*, *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti* (ed. lit.), Milano 1934, p. 334. Sul mutamento di opinione di Barassi, seguito alla codificazione del 1942, cfr. MENCONI, *Obbligazioni*, cit., p. 282, nota 8.

mere su un orientamento siffatto, discutibile quando la collocazione della norma in questione sotto l'intitolazione « Degli effetti dei contratti » ben poteva significare un intento restrittivo, è certo che oggi il sistema è stato modificato dall'introduzione di una norma di portata generale (l'art. 1175), di fronte alla quale gli antichi argomenti limitativi sono destinati a perdere ogni pregio, costituendo quella norma nuova l'indirizzo alla stregua della quale operare ogni ricostruzione sistematica (64). In altri termini, ancora una volta si cade nell'errore, già denunciato a proposito dei rapporti tra art. 1374 e art. 1375, di trascurare i reali mutamenti di carattere generale, sostituendo alla considerazione di essi l'ingannevole semplificazione che deriva dall'esame isolato di talune norme: mentre è certo, ed è il caso di ripeterlo, che, ad una aderenza alla regolamentazione particolare del 1865, il codice civile vigente ha accompagnato sostanziali innovazioni proprio in talune indicazioni di carattere generale. Sì che lo stesso art. 1175 non deve essere considerato come un isolato termine di riferimento, ma, al pari dell'art. 1375 e delle altre norme in precedenza ricordate (65), come espressione di quel generale principio di solidarietà che caratterizza ormai il nostro sistema, ed in relazione al quale l'interpretazione restrittiva dell'art. 1375 perde definitivamente ogni significato.

Quanto alla limitazione della buona fede al solo profilo della sopravvenienza, bisogna rilevarne immediatamente l'improprietà: sia perché la *ratio* degli artt. 1467 ss. deve esser ricercata nell'equità, piuttosto che nella buona fe-

(64) Cfr. NATOLI, *L'attuazione*, cit., p. 5.

(65) Cfr. *retro*, n. 1. Come « regola aurea » del rapporto obbligatorio è intesa la buona fede da TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*<sup>16</sup>, Padova 1968, p. 542.

de (66); sia perché tale limitazione, pur perseguendo l'apprezzabile tentativo di un uso prudente delle clausole generali, prescinde del tutto dalla considerazione degli indici offerti da quelle norme «improprie» (67) per la identificazione delle generali tendenze legislative. L'equivoco, su cui tale veduta si fonda, è d'altra parte evidente nello stesso modo in cui si fa riferimento al par. 242 BGB, richiamato come indice esclusivo della buona fede (68): mentre la pratica e la dottrina fanno ad esso riferimento in sensi diversi, certamente attribuendogli funzioni integrative ed equitative, oltre a quelle assimilabili al nostro concetto di buona fede (69).

Una più ampia visione sistematica induce, dunque, a ritenere comune l'area d'incidenza dell'art. 1175 e dell'art. 1375 (70), sì che, a questo punto, è lecito chiedersi se sia esatto continuare a parlare di due concetti diversi: se, cioè, debbano trarsi conseguenze costruttive dalla rilevazione di una semplice diversità lessicale. Ben sappiamo che l'uso di termini diversi non sempre comporta, con altrettanta chiarezza, una distinzione concettuale; e, in concreto, conosciamo le particolari ragioni che hanno indotto ad accompagnare all'antica terminologia l'uso della parola *correttezza*. Il giurista allora, come può chiedersi se il linguaggio

(66) Si vedano gli espliciti rilievi di TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 497.

(67) Così le qualificava, ad esempio, PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo*, cit., p. 375.

(68) Così MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 75.

(69) Cfr. *retro* nota 1. Del resto, il trapasso dall'uno all'altro significato è frequente nei più diversi ordinamenti, ed impone una estrema cautela nei riferimenti; per l'uso del termine *bonne foi* come equità nel diritto francese, cfr. G. LYON-CAEN, *De l'évolution*, cit., pp. 75-76.

(70) In tal senso, ad esempio, NICOLÒ, *Adempimento*, voce in *Enc. Dir.*, I, Milano 1958, p. 558; NATOLI, *L'attuazione*, cit., pp. 9-10; SACCO, *La buona fede*, cit., p. 16.

legislativo adoperi un certo termine sempre con lo stesso significato, così deve accertarsi se l'uso di termini diversi corrisponda effettivamente a significati distinti, evitando abusi costruttivi e inutili proliferazioni di concetti. Ora, la comunanza d'ambito di operatività degli articoli 1175 e 1375, se non è constatazione per se stessa conclusiva ai fini di stabilire la comunanza di significato delle espressioni *correttezza* e *buona fede*, consente almeno una valutazione critica di quelle tesi che individuano il rapporto tra le due in termini di più a meno (o viceversa), di genere a specie (o viceversa), di principio a conseguenza (o viceversa) (71). Non è inutile rilevare, in primo luogo, come tutte queste opinioni riflettano la gran parte dei difetti d'impostazione finora criticati: la scarsa consapevolezza sistematica del fatto che il rapporto tra principio generale e singola soluzione legislativa non va posto nel circoscritto ambito della materia del contratto (o, più generalmente, delle obbligazioni), ma si iscrive nel quadro più vasto di una solidarietà relativa ad un ben più ampio complesso di istituti; la destituzione di significato concreto della correttezza, vista unicamente come *ratio* di norme particolari (quasi indicazione sintetica dei concetti contenuti in queste ultime); la mancata considerazione dello stesso mutamento legislativo verificatosi nel libro delle obbligazioni, per cui ad un immutato concetto di buona fede si sarebbe affiancato, senza minimamente influire su questa, la correttezza. Tutte considerazioni, a ben guardare, che eludono nella sostanza il problema dei rapporti tra buona fede e correttezza, proprio perché il comune ambito di operatività pratica esclude

(71) Cfr., fra gli altri, BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, p. 68; SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, p. 46; MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 82.

che si possa uscire dall'alternativa seguente: o si tratta di concetti distinti, applicabili alle medesime situazioni; o si tratta del medesimo concetto, che tutte le copre, sì che appare contraddittoria una distinzione nel suo interno, se non nei termini descrittivi consentiti dalla diversità di punti di vista da cui il medesimo concetto può essere riguardato (una distinzione, dunque, priva di ogni valore sistematico).

In altri termini: o si tratta di concetti che, pur applicandosi alle stesse situazioni, sono fundamentalmente diversi; o si tratta di concetti che, identici sul piano del contenuto ed applicabili alle medesime situazioni, attengono a profili o momenti diversi di queste ultime (come accadrebbe ove si volesse riferire la correttezza all'integrazione, la buona fede all'esecuzione); o si tratta di un unico concetto, espresso con varianti lessicali, ma applicato a situazioni, momenti, profili identici.

Non contestabile, certamente, è il riferimento al principio di solidarietà della normativa sulla correttezza, che, anzi, sembra esprimere quel principio in modo tanto paradigmatico da indurre più d'uno ad una sostanziale identificazione (72). Non diverso, però, deve essere considerato il riferimento che regge la norma sulla buona fede, proprio per il modo in cui il concetto è venuto ad atteggiarsi nell'esperienza giuridica moderna (73): la sua componente

(72) In tale senso, esplicitamente, la *Relazione*, cit., pp. 344-345, 404. E cfr. MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., pp. 82-83.

(73) L'aspetto « modernamente più importante » del principio di buona fede è individuato appunto nel « dovere di rispetto e di correttezza » da TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, cit., p. 497. D'altra parte, solo una valutazione superficiale della storia del concetto di *bona fides* potrebbe consentire una colorazione di tale concetto in termini meramente etici e psicologici: per una indicazione dei più ricchi significati che esso porta con sé, assai più vicini all'aspetto moderno di quanto non si possa solitamente ritenere, basta confrontare BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, pp. 76-79.

etica, tanto frequentemente invocata (74), non può infatti consentire una interpretazione riduttiva del concetto, nel senso cioè che esso altro non potrebbe esprimere se non un atteggiamento di buona volontà del debitore, una sorta di fedeltà al vincolo (75). Una interpretazione, questa, che non soltanto fa perdere alla buona fede gran parte del suo significato (come sarà meglio chiarito più avanti); ma che pure è contrastante con le disposizioni del codice civile e con i generali orientamenti di cui esso testimonia. La buona fede contrattuale, infatti, è contrassegnata, da un canto, dal fatto che essa investe nella sua totalità una situazione di rapporto, e non può quindi essere correttamente apprezzata considerando isolatamente le posizioni dei partecipanti al rapporto stesso. D'altra parte — e qui si fanno evidenti i riflessi della nuova sistematica — la sua considerazione si pone come limite alla possibilità di valutare il contratto facendo astrazione dal contesto sociale in cui esso è inserito: e questo perché, quale che sia l'interpretazione che si vuol dare dell'art. 1375 ed il senso attribuito alla buona fede, la norma in questione non può essere considerata isolatamente, per le evidenti sue relazioni con un complesso di altre disposizioni (76). Da queste considerazioni, ab-

(74) Si veda la recisa opinione di RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*<sup>4</sup>, Paris 1949, pp. 287-289. Su alcuni profili generali, cfr. MENGONI, *L'acquisto « a non domino »*, Milano 1949, pp. 213-215. Franca-mente eccessiva sembra l'affermazione secondo la quale la buona fede « è un concetto essenzialmente etico », contenuta nella sentenza del Trib. Palermo, 14 luglio 1950, in *Rep. Foro It.*, 1950, voce *Obb. contr.*, n. 183.

(75) Questo atteggiamento — assai diffuso in quella dottrina francese (cfr. G. LYON-CAEN, *De l'évolution*, cit., p. 8) che è pure la più propensa a far ricorso a profili etici — è assai eloquente, e mostra come, malgrado talune ricorrenti affermazioni, non sempre il ricorso a motivazioni d'ordine morale conduce ad un concetto di buona fede tale da consentire una più intensa valutazione dei rapporti giuridici.

(76) Cfr. *retro* n. 1.

bastanza ovvie nel loro evidenziare il carattere bilaterale o reciproco di questa parte del diritto civile (77), è possibile trarre una conclusione di carattere generale: proprio perchè la disciplina della buona fede considera la posizione di ciascun contraente in rapporto a quella dell'altro e mette in relazione l'intero contratto con criteri di valutazione che riflettono l'ispirazione generale dell'ordinamento, tale disciplina si profila come limite alla autonomia individuale e come strumento per accentuare la valutazione obiettiva del contratto. Su tutto questo si dovrà tornare più avanti, anche per dare motivazioni più esaurienti: per il momento basta sottolineare gli evidenti tramiti che, per la via ora tracciata, conducono la buona fede nell'ambito individuato dal principio della solidarietà.

Né a queste considerazioni potrebbe opporsi, con qualche parvenza di verità, un presunto carattere *soggettivo* della buona fede: poichè, così dicendo, o ci si limita ad affermare (non senza una certa improprietà terminologica) l'impossibilità di vedere nella buona fede il limite dello sforzo che il debitore deve compiere (78); oppure più genericamente, si finisce con l'alludere al fatto che la buona fede riguarda una valutazione *in concreto* del rapporto contrattuale (79). Nel primo caso, allora, ci troveremo di fronte

(77) Cfr. NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., p. 911; T. RAVÀ, *La bilateralità del diritto civile*, estratto dagli *Studi in onore di Alberto Asquini* (in corso di pubblicazione). Si vedano i rilievi di NIESE, *Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht*, in *Juristenzeitung*, 1956, p. 463. E CARRESI, *Introduzione ad uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 828 (per i rapporti ivi stabiliti tra buona fede e diligenza cfr. più avanti n. 3).

(78) Cfr. CORTINO, *L'impossibilità*, cit., pp. 144-148, in particolare p. 148, nota 26.

(79) Si confrontino i rilievi di SIEBERT, *Treu und Glauben*, in SOERCEL-SIEBERT, *Bürgerliches Gesetzbuch*<sup>3</sup>, I, Stuttgart 1959, p. 807, a proposito della

ad una tesi che, a parte ogni valutazione della sua fondatezza, lascia del tutto impregiudicato il quesito relativo al principio sistematico a cui la buona fede può essere ricondotta (e la tesi, comunque, nasce almeno in parte sul fondamento della già criticata riferibilità dell'art. 1375 prevalentemente al debitore); nell'altro caso, invece, è evidente l'equivoco in cui si cade, confondendo l'apprezzamento in concreto di una situazione ed il carattere oggettivo dei criteri in base ai quali tale apprezzamento deve essere compiuto (80). Potrebbe rilevarsi, inoltre, la scarsa rilevanza di una distinzione fondata sul ricorso ai termini *soggettivo* ed *oggettivo*, inidonei a fornire un chiarimento definitivo sui diversi criteri che fondano i riferimenti normativi alla buona fede; sì che di recente, e non a torto, si è piuttosto sottolineata la loro comunanza proprio nel generale riferimento ad un dover agire correttamente (81).

Si dirà che la possibilità di indicare una *ratio* comune ai concetti di correttezza e di buona fede non è sufficiente per affermare l'identità del loro contenuto, essendo evidentemente l'improprietà del ragionamento di chi volesse assumere a contenuto di una norma la sua *ratio*. Se, però, questo è certamente vero in presenza della ragione socio-politica di una certa disciplina, potendo ben accadere che la medesima *ratio* fondi contenuti normativi sostanzialmente distinti, un atteggiamento diverso deve essere assunto una volta che si siano esaminati i modi in cui il principio si riflette nelle singole norme, e si sia constatata una so-

« Individualisierung » che il ricorso alla previsione del par. 242 BGB comporterebbe.

(80) Cfr. KOLLMAR, *Das Problem der staatlichen Lenkung und Beeinflussung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs*, Tübingen 1961, p. 86, nota 2, che replica alle opinioni di Siebert citate nella nota precedente.

(81) Basta ricordare SALV. ROMANO, *Buona fede*, cit. E cfr. PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 179; e retro nota 41.

stanziale loro identità. Ci sembra, in altri termini, che la analisi finora condotta abbia consentito di andar oltre la semplice constatazione di un principio comune (quello della solidarietà), al quale ricondurre tanto il concetto di buona fede, quanto quello di correttezza, essendosi individuati, sia pure in forme ancora embrionali, i caratteri specifici che contraddistinguono nella materia contrattuale le norme discendenti da quel principio.

Muovendo da questa premessa, talune proposte di differenziazione appaiono insoddisfacenti. Il tentativo di distinzione più elaborato ha indotto a ritenere che correttezza e buona fede siano entrambi criteri deontologici: ma che l'uno (la correttezza) imponga « normalmente solo doveri di carattere negativo », mentre l'altro (la buona fede) imporrebbe « degli obblighi di carattere positivo » (82). Già nella terminologia prescelta (*dovere*, in relazione alla correttezza; *obbligo* per la buona fede) è possibile scorgere il segno di un non perfetto chiarimento del rapporto che corre tra correttezza ed *alterum non laedere*, al quale più avanti saranno destinati espliciti cenni (83), e che non può non spiegare effetti negativi sulla sistemazione della materia. Ma, più puntualmente, può osservarsi che il criterio ricordato non è di applicazione sicura, né agevole: e, se pure non si vuole attribuire rilievo decisivo all'incerta sistemazione dell'art. 1337, che da una distinzione siffatta discenderebbe, poichè tale articolo non può essere fatto rientrare con sicurezza nell'ambito contrattuale, è certo che esiste tutta una serie di norme, esplicitamente dettate per la materia contrattuale, di cui diverrebbe impossibile una spiegazione in base a criteri unitari, una volta che si fosse adottata la

(82) Così BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, p. 68.

(83) Cfr. n. 4.

distinzione in esame (84). Questo perché tali norme, riguardando tanto il profilo negativo che quello positivo, imporrebbero un artificioso intrecciarsi della buona fede e della correttezza, non giustificato da alcuna ragione sistematica, e che finirebbe con il destituire d'ogni significato la distinzione stessa, potendosi soltanto concludere che v'è correttezza là dove vi è imposizione legislativa di doveri negativi, buona fede ove la legge prevede obblighi positivi. La correttezza e la buona fede, allora, diverrebbero inutili duplicazioni, conservando al più un valore meramente descrittivo.

Il vero è che una distinzione, quale è quella in discussione, non esprime tanto una diversità di contenuto, quanto piuttosto il diverso atteggiarsi della medesima regola in relazione a momenti o punti di vista diversi: ciò, tra l'altro, è confermato dal fatto che i diversi obblighi integrativi nascenti dalla correttezza e dalla buona fede sono ricondotti a momenti diversi della vicenda contrattuale (85). E la sensazione che non ci si trovi in presenza di una vera e propria distinzione concettuale si rafforza quando si esamina il contenuto che avrebbero i doveri di carattere negativo e gli obblighi positivi: essendo comune ad entrambi la « finalità di adempiere l'aspettativa del creditore » ed il carattere accessorio, i primi sarebbero contraddistinti dalla necessità di astenersi da ogni indebita ingerenza nell'altra sfera giuridica, gli altri consisterebbero in un atteggiamento

---

(84) Si pensi, ad esempio, agli articoli 1681 e 2087, per il profilo negativo; ed agli articoli 1686, 1710, 1712 e 1747, per quello positivo. Le difficoltà relative all'art. 1337 sono già evidenti nello stesso BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, pp. 81-82, 84-85.

(85) Cfr. ancora BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, pp. 95-96.

mento di fattiva cooperazione nell'interesse altrui, di fedeltà al vincolo (86).

Con il che non si è ancora indicato un criterio distintivo, come talvolta si è indotti a credere, ma si è detto semplicemente che l'integrazione della norma contrattuale ad una stregua di buona fede (o di correttezza) può comportare tanto obblighi a contenuto positivo, quanto obblighi a contenuto negativo: ma allora è proprio il contenuto di tali obblighi a differenziarsi secondo la positività o negatività, non già il contenuto della buona fede o della correttezza a ricevere tale qualificazione. Deve, però, osservarsi che la distinzione criticata, inoperante ai fini della identificazione di un diverso contenuto della buona fede e della correttezza, può riuscire assai utile quando si tratti di procedere in concreto al chiarimento del tipo e della estensione di quegli obblighi (87).

Quella che non sembra in complesso accettabile è l'ulteriore qualificazione della buona fede, sostanzialmente compiuta sulla base della premessa ora discussa. Intesa « sia come *fedeltà* ad un accordo concluso, sia come *impegno* all'adempimento delle altrui aspettative » (88), la buona fede implicherebbe « una costante subordinazione dell'interesse del debitore a quello del creditore » (89). Ora, chi

(86) BETTI, op. ult. cit., pp. 68, 76.

(87) Cfr. più avanti n. 7.

(88) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. cit., I, p. 77.

(89) COTTINO, *L'impossibilità*, cit., p. 146. Si noti che GIORGIANNI (*Lezioni*, cit., p. 181), dopo aver rilevato che i concetti in discussione sono « assai contigui e... forse si coprono parzialmente a vicenda », ritiene possibile una qualche distinzione quando si riferisca la buona fede al contenuto dell'obbligo e la correttezza alle modalità del comportamento del debitore e del creditore. Come ben può vedersi, la differenza sarebbe assai profonda, proprio perché la correttezza presupporrebbe già determinato il contenuto degli obblighi; a tale determinazione atterrebbe, appunto, la buona fede. Si delinea, così, sia pure implicitamente, la possibilità di ricondurre la buona fede ad una funzione integrativa.

rifletta su entrambe queste affermazioni, non fatica a rendersi conto della loro scarsa compatibilità con il nostro sistema. Se pure il riferimento alla fedeltà ed all'impegno di cooperazione trova una valida ragione nelle fonti classiche e nella storia dei dogmi, è evidente il suo scarso significato caratterizzante in una situazione in cui il dato peculiare dei diritti di obbligazione è ritrovato proprio nell'impegno a cooperare e nella quale si tende frequentemente a superare la visione del contratto come mezzo di risoluzione di un conflitto di interessi, per vedere in esso la forma di una cooperazione a cui le parti si impegnano (90). Si che quella formula rischia d'essere nulla più che l'enfatica amplificazione di ciò che il concetto di obbligazione già si incarica di esprimere (91). Contrastante con tutto quel che si è detto finora si palesa, poi, l'affermazione della subordinazione del debitore, come carattere saliente della buona fede, la cui essenziale reciprocità non ha bisogno d'essere ulteriormente ribadita.

L'indagine svolta in questo paragrafo consente di fissare alcuni punti fermi. I criteri di correttezza e di buona fede, così come sono espressi dagli artt. 1175 e 1375, hanno una comune area d'incidenza, rappresentata dalla materia delle obbligazioni e dei contratti, nella quale tali criteri si presentano come specificazione del principio di solidarietà, la cui essenziale reciprocità esclude che dell'uno o dell'altro si possa parlare in relazione di una soltanto delle parti del rapporto.

Giunti a questo punto, però, non è più possibile appagarsi di una definizione, comune ad entrambi i criteri, che si limiti ad un generico rinvio alla coscienza sociale, alla

---

(90) Cfr. *retro*, cap. I, nota 32.

(91) Su tale profilo insiste particolarmente proprio BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, p. 10 e *nassim*.

coscienza etica della società (92). Ripetiamo che, se con ciò si vuol ribadire la natura elastica dei criteri (o del criterio, come ormai possiamo dire), si afferma cosa ovvia; ma non può ritenersi che non sia possibile andare oltre. Se le nostre precedenti considerazioni sono in qualche misura esatte, deve negarsi che il rinvio ai dati della coscienza sociale possa intendersi senza limiti, consentendosi cioè al giudice di trarre il criterio di integrazione da una valutazione del tutto soggettiva dei dati della coscienza sociale. Abbiamo rilevato, invece, che l'originaria formulazione del criterio di correttezza rinviava ad un ordine di considerazioni di carattere normativo, cioè ad indici della valutazione legislativa delle esigenze sociali; ed abbiamo aggiunto che la vigenza della norma si lega alla possibilità di ritrovare nell'ordinamento legislativo attuale indici siffatti.

Inteso come riferimento ad un ordine di considerazioni legislative, il parametro a cui far capo nella concreta definizione del contenuto della correttezza va tratto, in primo luogo, dai principi costituzionali nella materia dei diritti e dei doveri dei soggetti privati; in secondo luogo, dai lineamenti generali che il principio di solidarietà ha assunto nel sistema civilistico (anche questo, giova ricordarlo, per effetto dei nominati principi costituzionali).

Per quanto riguarda quest'ultimo, può dirsi che ci si trova in presenza di un vero e proprio dovere inderogabile di non recar danno ad altri (93); per la Costituzione, i

(92) Cfr. i rilievi di BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., I, p. 66; ripresi da NATOLI, *L'attuazione*, cit., I, p. 9. Sulla improprietà di generici rinvii al « sentimento giuridico » o a criteri equitativi, chiaramente LARENZ, *Lehrbuch*, cit., I, p. 101; Id., *Geschäftsgrundlage*, cit., pp. 161-165.

(93) Per una più diffusa argomentazione ci permettiamo di rinviare a quanto scrivemmo ne *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 96-106.

riferimenti più sicuri si ritrovano negli artt. 2, 36, 37, 39, 41 e 42, dai quali appare evidente la volontà di mantenere in armonia le situazioni riconosciute ai privati e le attività da loro svolte con il complesso degli interessi di tutta la comunità. In base a questi due indici legislativi si può ritenere che il criterio della correttezza si specifica in due direzioni:

come criterio idoneo a consentire la formazione di una norma contrattuale tale da rendere possibile la realizzazione completa dell'operazione economica perseguita dalle parti;

come criterio che, compatibilmente con il tipo di regolamento d'interessi perseguito dalle parti, consente la formazione di una norma contrattuale adeguata alle finalità d'ordine sociale perseguite dall'ordinamento.

3. *Correttezza e diligenza.* — Prima di approfondire e chiarire queste affermazioni, è necessario volgere l'attenzione al tipo di rapporti esistenti tra una nozione di correttezza, quale è quella delineata, e la diligenza. Entrambe, infatti, vengono ascritte alla categoria dei criteri deontologici (94); e, d'altra parte, sono le stesse formulazioni legislative a porre il problema dei loro rapporti, come è evidente per chi mette a confronto, ad esempio, l'art. 1375 («Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede») e l'art. 1710 («Il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato con la diligenza del buon padre di famiglia») (95). Ancora una volta ci troveremmo di fronte a

---

(94) Cfr., ad esempio, NATOLI, *L'attuazione*, cit., II, Milano 1962, p. 48.

(95) Si confrontino, a tal proposito, i rilievi ed i richiami di MENGONI, *Obbligazioni*, cit., pp. 193-194, nota 34. Inoltre COTTINO, *L'impossibilità*, cit., p. 56.

variazioni lessicali a cui non corrispondono effettive distinzioni concettuali?

Già una considerazione sommaria del problema fa propendere per una risposta negativa. Si può notare, anzitutto, che l'art. 1176, contemplando la diligenza, la riferisce soltanto al debitore, così escludendo esplicitamente una sua considerazione sotto il profilo della reciprocità, al pari della correttezza. Sotto il profilo funzionale la distinzione non potrebbe essere più netta: perché, se è indubbio che pure la diligenza implica una valutazione globale del rapporto e quindi anche della posizione del creditore, tale valutazione concerne soltanto l'attività strumentale richiesta al debitore ai fini dell'adempimento, non una complessiva caratterizzazione del rapporto stesso. D'altra parte, sarebbe semplicistico obiettare che, almeno per i contratti con prestazioni a carico di entrambe le parti, la diligenza può venir riferita a tutti i contraenti, poiché ciò non vale a mutare la sua funzione.

Al fine di individuare il significato proprio della diligenza, non interessa, in questa sede, dar conto di tutte le discussioni che essa ha occasionato. In sostanza — anche quando si controverte sull'area d'incidenza dell'art. 1176 (qualsiasi obbligazione, o sole obbligazioni di contegno, e così via) o sulle fasi del rapporto a cui sarebbe riferibile (preadempimento o adempimento; e quindi sulla funzione conservativa o no), discutendo in generale della possibilità di far capo alla diligenza come ad autonomo strumento per la liberazione del debitore (nel quadro dei rapporti tra l'art. 1176 e l'art. 1218) — non si dubita che la diligenza altro non sia se non uno strumento di controllo dell'attività del debitore: essa riguarderebbe soltanto il *come* della prestazione. È vero, però, che non è mancato chi ha visto nella diligenza una obbligazione autonoma, accessoria ad

ogni altro obbligo giuridico, o addirittura uno strumento per l'integrazione del rapporto obbligatorio: questa diversa prospettiva merita un esame immediato.

La critica, a nostro parere definitiva, condotta contro la costruzione di un autonomo obbligo di diligenza (96), non ha soltanto spianato la strada ad una più corretta visione della diligenza come semplice criterio di responsabilità, contribuendo ad individuare ed isolare i motivi storici che, muovendo dalla tormentata figura della *custodia*, determinavano quella costruzione; ma, soprattutto, ha contribuito ad una esatta impostazione dei rapporti fra la prestazione dovuta e la diligenza dovuta.

Una volta chiarita l'inesattezza di una costruzione che finisce con il fondare un obbligo la cui violazione può non produrre proprie conseguenze giuridiche (97) o dalla quale potrebbe trarsi l'aberrante conclusione che il debitore è tenuto a esser diligente, e non già a dare, fare, non fare (98), il preteso obbligo di diligenza veniva risolto nell'obbligo principale, ed in realtà privato di ogni concreto significato, essendo la funzione ad esso assegnata (quella di specificare il contenuto dell'obbligo principale) (99) null'altro che un modo di descrivere il contenuto dell'obbligo, così come concretamente si struttura, oltre che in base alle determinazioni delle parti, secondo ciò che stabiliscono la legge, gli usi e via dicendo. È evidente che, così intesa la diligenza, essa in realtà non specifica nulla, poiché sono proprio le determinazioni delle parti, la legge, gli usi a specificare concretamente il contenuto del-

(96) È sufficiente riandare alle chiare pagine di RUBINO, *La fattispecie*, cit., pp. 210-211.

(97) Cfr. RUBINO, *La fattispecie*, cit., v. 211.

(98) Così MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 132.

(99) RUBINO, *La fattispecie*, cit., p. 211, nota 1.

l'obbligo; la presunta funzione di evidenziare questo o quel momento del contenuto dell'obbligo o nulla aggiunge al concetto di prestazione, rimanendo una mera formula verbale, oppure in realtà non si riferisce al tipo di comportamento da tenere, ma unicamente al modo di comportarsi (100), così presupponendosi già fissata l'estensione della prestazione. Questa tenace operazione riduttiva, se non vanificava del tutto il concetto di diligenza, certamente indicava una strada per circoscriverne utilmente i contorni; così come era avvenuto quando s'era considerata la diligenza unicamente mezzo per misurare l'esattezza dell'adempimento (101), anche se tale tesi non va esente dal rilievo che la valutazione dell'inesattezza dell'adempimento non richiede il ricorso alla diligenza (102), ma a nozioni diverse (103).

In queste due posizioni estreme, ad ogni modo, non è difficile scorgere la matrice di gran parte delle posizioni successive, anche quando le prime apparenze sembrerebbero segnare un profondo distacco. Così, l'affermazione che dalla diligenza possono nascere obblighi alternativi o accessori riprende appunto l'equivoco tema della diligenza

(100) Cfr. da ultimo NATOLI, *L'attuazione*, cit., II, p. 86.

(101) È la nota tesi di OSTI, *Revisione critica della teoria sull'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 425.

(102) Cfr. MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 134, che pone in rilievo come, per determinare l'inesattezza dell'adempimento, sia sufficiente far capo all'art. 1218. Da ultimo cfr. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 193 (per il quale la diligenza è soltanto un « presupposto » dell'esatto adempimento); NATOLI, *L'attuazione*, cit., II, p. 55 (secondo il quale « l'inosservanza della diligenza, cioè la colpa, non varrebbe a concretare il fondamento soggettivo della responsabilità, ma a integrare la condizione obiettiva del fatto, inesatto adempimento, sottoposto, dall'art. 1218, alla sanzione della stessa responsabilità che è collegata al totale adempimento »). E MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 44.

(103) Cfr. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano 1959, p. 274, e più in generale pp. 13-68.

come specificazione del contenuto dell'obbligo principale, e continua a manifestarsi come frutto di una maniera errata di rappresentare obblighi nascenti da fonti diverse; d'altra parte, la considerazione della diligenza come misura dell'adempimento si specifica più correttamente in una valutazione di essa come sforzo del debitore, e quindi come criterio di responsabilità (diversamente operante, a seconda della soluzione prescelta per il coordinamento degli articoli 1176 e 1218).

In particolare, mentre non contrasta con una esatta impostazione del problema della diligenza rilevarne il possibile adeguamento alle varie categorie di rapporti, rientra invece tra le posizioni criticate l'opposto atteggiamento di chi, prendendo le mosse dai due commi dell'art. 1176, ritiene che per talune obbligazioni la diligenza costituisca anche lo strumento per la determinazione concreta del contenuto dell'obbligo (104). Una tesi, questa, inaccettabile sia

(104) È la nota tesi di MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 198, per la cui discussione rinviamo, in particolare, ad OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, pp. 612-613, nota 40; CORTINO, *L'impossibilità*, cit., pp. 23-65; MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., pp. 27-32; NATOLI, *L'attuazione*, cit., II, pp. 86-92. In un contesto equivoco e contraddittorio faceva richiamo al medesimo concetto la *Relazione al Progetto del Libro delle obbligazioni*, Roma 1942, pp. 37-38 (ove la diligenza era considerata tanto come « misura del contegno attivo » del debitore, tanto come strumento per « la determinazione concreta del contenuto dell'obbligo »: una distinzione, come ben si vede, assai vicina a quella successivamente proposta da Mengoni). Deve, però, osservarsi che nella definitiva *Relazione*, cit., p. 346, la duplicità di dizioni è scomparsa, facendosi riferimento soltanto alla « misura del comportamento del debitore nell'eseguire la prestazione dovuta ». Il vero è che le due indicazioni date dalla *Relazione al Progetto* si originano in un contesto in cui si mescolano senza alcuna chiarezza riferimenti alla buona fede (di cui la diligenza costituirebbe il completamento), ai profili generali della diligenza, alla obbligazione di custodire (in relazione alla quale, appunto, si propone la formula della « determinazione concreta del contenuto dell'obbligo »): di conseguenza, proprio un chiarimento su questi diversi termini è condizione preliminare per l'utilizzazione di quella distinzione.

per l'indistinto ricorso a norme di portata diversa, quali sono appunto l'art. 1176 e gli articoli 1175 e 1375 (105); sia perché torna a proporre la tesi della specificazione del contenuto dell'obbligo principale (106), sulla scorta di una interpretazione evidentemente impropria dell'articolo 1176 (107) e di un concetto di prestazione eccessivamente ristretto (108). È singolare, comunque, che la formula della specificazione del contenuto dell'obbligo principale, all'origine introdotta per ridurre il significato della diligenza, venga ora riproposta per attribuire a questa un significato più pregnante, e per risolvere un problema di ordine diverso, quale è quello del rapporto tra attività diligente e attività obiettivamente adeguata allo scopo del rapporto obbligatorio (109). A dire il vero, quest'ultima questione, per essere risolta, non abbisogna della attribuzione alla diligenza di un significato diverso da quello di criterio di controllo dell'attività del debitore: poiché è ovvio che lo strumento per controllare lo svolgimento di una attività non deve necessariamente servire al controllo del risultato; anzi, la diligenza, presentandosi come qualità di un comportamento, non può al tempo stesso costituirne il limite. In definitiva, è probabile che la distinzione tra due concetti di diligenza, operata sulla base di due commi del-

(105) Cfr. MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 203.

(106) Esplicitamente MENGONI, *op. loc. ult. cit.*

(107) Gli argomenti testuali per avvalorare il significato della diligenza come misura del contenuto di certe obbligazioni sono sostanzialmente tratti da una contrapposizione del 2° al 1° comma dell'art. 1176 (MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 205).

(108) Evidentemente, a fondamento della tesi criticata nel testo è un concetto di prestazione assai meno comprensivo di quello, prevalente, che la individua « come attività personale, come comportamento » del debitore, corrispondente al « contenuto dell'obbligo » (NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., pp. 60, 91-92; sul punto, da ultimo, NATOLI, *L'attuazione*, cit., II, pp. 79, 89).

(109) È il problema posto da MENGONI, *Obbligazioni*, cit., p. 195.

l'art. 1176, non abbia sufficientemente considerato che la norma in questione implica « non una diversa natura della diligenza, ma un diverso criterio per valutarla » (110): in altri termini, ci si trova di fronte ad una vicenda interna alla clausola generale della diligenza, contemplandosi la possibilità di far capo a nozioni diverse per determinarne il contenuto (111). Ma ciò, evidentemente, non può incidere sulla funzione che la clausola adempie.

Nettamente divergente da tutte le costruzioni finora ricordate — ma neppure essa esente da uno dei vizi d'origine che le fondavano — è la tesi di chi vede nella diligenza null'altro che « un dovere generico di protezione, posto a tutela della sfera patrimoniale del creditore, per il caso in cui il debitore, nell'adempire l'obbligazione, sia stato con il proprio comportamento occasione di danni ai beni o alla persona del creditore, indipendentemente dal fatto che la prestazione da eseguirsi abbia o meno subito pregiudizio » (112). Anche in questo caso, dunque, ci troveremmo di fronte ad un obbligo accessorio, destinato ad accompagnarsi sempre a quello principale: sì che, in via preliminare, possono richiamarsi gli argomenti critici già

(110) OSTI, *Deviazioni*, cit., p. 613.

(111) Cfr. OSTI, *Deviazioni*, cit., p. 611, il quale sottolinea il rinvio a fattori sociali (art. 1176, 1° co.) o tecnici (art. 1176, 2° co.). Questa distinzione generale e le molteplici qualificazioni normative che accompagnano il termine diligenza (*ordinaria, normale, dovuta, del buon padre di famiglia, del buon allevatore*, e così via; per indicazioni più dettagliate cfr. RODOTÀ, *Diligenza (dir. civ.)*, voce in *Enc. Dir.*, XII, Milano 1964, p. 540) inducono a ritenere che debbano essere ricondotte al medesimo ordine concettuale anche espressioni come « a regola d'arte » (art. 1622, 2224), « buona tecnica » (art. 1618), « convenientemente » (art. 1090), che rendono evidente la necessità di misurare la diligenza secondo la concreta natura della prestazione dovuta (in senso contrario GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 274). Sui due commi dell'art. 1176 cfr. inoltre COTTINO, *L'impossibilità*, cit., p. 54; NATOLI, *L'attuazione*, cit., II, p. 86.

(112) MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 138.

ricordati a tal proposito. Ad ogni modo v'è da aggiungere, senza alcuna pretesa di esaurire in questa sede la questione, che una ricostruzione della diligenza come dovere generico di protezione rischia di tradursi in una inutile duplicazione di quanto è già disposto dall'art. 2043 (113): il che è già dimostrato dal fatto che in tutte le ipotesi consuetamente ricondotte al ricordato dovere di protezione (114) è possibile ottenere il risarcimento in base all'art. 2043; sì che la costruzione di quel dovere si risolverebbe unicamente in un aggravamento della posizione processuale dell'autore del danno, non giustificabile secondo il nostro sistema. Si consideri, inoltre, che una tesi siffatta è esplicitamente fondata sul riferimento alle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali sulle *positive Vertragsverletzungen* (115): una concezione che, nell'ambiente giuridico tedesco, si origina e si svolge per attenuare gli inconvenienti della mancata previsione legislativa di una clausola generale di responsabilità, ed alla quale, di conseguenza, non sembra possibile far ricorso ricostruendo il sistema italiano, che invece conosce tale clausola (116).

-

(113) L'osservazione è già in NATOLI, *L'attuazione*, II, p. 46; e si vedano gli esatti rilievi di SCHLESINGER, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, p. 408.

(114) Le elenca MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 65.

(115) Così MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., pp. 64-65.

(116) Su queste peculiarità dei due sistemi, e sulle conseguenze relative alle elaborazioni scientifiche e dalle soluzioni giurisprudenziali, abbiamo ripetutamente richiamato l'attenzione ne *Il problema della responsabilità civile*, cit., in particolare pp. 84-85, 144-148, 183-185. Il posto che alla dottrina della *positive Vertragsverletzungen* spetta nella peculiare storia del sistema tedesco della responsabilità civile è ben chiarito da VON CAEMMERER, *Wandlungen des Deliktsrechts*, nel volume collettaneo *Hundert Jahre*, cit., II, pp. 56-62. D'altra parte, gli studiosi tedeschi non hanno mai fatto mistero delle ragioni pratiche che li determinavano a quella costruzione, che avrebbe dovuto colmare una evidente lacuna legislativa (così ancora ESSER, *Schuldrecht*, cit., p. 341) attraverso il ricorso all'applicazione analogica dei par. 283 o 286 BGB (che era il metodo che contrassegnava l'originaria ricerca di

siderato esauriente: è certo, però, che la conclusione che ci proponevamo in questa sede può ritenersi acquisita, almeno nel senso che la diligenza non può essere considerata fonte di obblighi, autonomi o accessori che siano. Ciò consente anche di precisare il rapporto tra prestazione dovuta e diligenza dovuta: la diligenza è un criterio di responsabilità nei confronti di una prestazione *già* determinata nel suo complesso; presuppone, cioè, un contenuto integralmente fissato.

Alla luce di quanto si è detto, e rinviando anche a quel che si avrà modo di precisare in seguito, la distinzione tra diligenza e correttezza non potrebbe essere più netta: riguardando la prima soltanto la misura dello sforzo del debitore, la conformità del suo comportamento a quello dovuto; la seconda, invece, lo stesso farsi del contenuto.

4. *Correttezza ed 'alterum non laedere'*. — A questo punto potrebbe tralasciarsi l'ultima considerazione comparativa che ci proponevamo, quella tra correttezza ed *alterum non laedere*, se taluni equivoci ricorrenti non costringessero a ritenere il rapporto tra quei due termini assai meno ovvio e sicuro di quanto non dovrebbe essere. In verità, il problema potrebbe essere esaurito con un rinvio a quanto dicevamo a proposito dei rapporti tra correttezza e principio della solidarietà, ed alle considerazioni critiche formulate in relazione alla tesi della diligenza come dovere generico di protezione. L'uno e l'altro tipo di

STAUB, *Die positive Vertragsverletzung*, Berlin 1904); e che ha finito con l'investire un ben più vasto complesso di norme, assai difficilmente riducibile al profilo che lo stesso Majello dà della diligenza, come è per le c.d. *Treupflichtverletzungen*, riportate appunto alla *Treu und Glauben* del par. 242 (cfr. ESSER, *Schuldrecht*, cit., p. 344, e in generale pp. 342-346).

la correttezza non si identifica con un generico dovere di rispetto della sfera giuridica altrui: così intesa, essa diverrebbe un vano concetto, impossibilitato ad assumere un proprio significato tra la disciplina dell'inadempimento e quella della responsabilità civile; o destinato a duplicare, come misura dello sforzo del debitore, la diligenza.

Quanto poco siano appaganti queste risposte risulta già dal modo in cui vengono formulate, scarsamente rispettoso di più d'una norma di legge. A ben guardare, nella diversità di punti di vista da cui muovono, tutte queste tesi convergono nel considerare la correttezza come qualcosa che riguardi soltanto il comportamento esterno dei soggetti (117), non la stessa struttura del rapporto. Ora, in una accezione generica, che già abbiamo creduto di poter respingere (118), correttezza ed *alterum non laedere* ben possono essere identificati (119); ma, quando da un generico discorso di principio si passa ad una più puntuale considerazione della normativa, l'equivoco non è più possibile. Se, infatti, correttezza ed *alterum non laedere* vengono assunti come termini intercambiabili per indicare quello che finora si è definito principio di solidarietà, si è, in realtà, al di fuori del problema in discussione, che non riguarda l'esame di quel principio, ma di alcune concrete soluzioni legislative ad esso informate. Qualora, poi, la correttezza venga intesa proprio come la concretizzazione nella materia delle obbligazioni e dei contratti del principio

(117) È la terminologia adottata da OSTI, *Deviazioni*, cit., p. 613, nota 40.

(118) Cfr. *retro*, n. 1. Una ulteriore illustrazione della posizione criticata è in LEVI, *Sul concetto di buona fede*, Genova 1912, pp. 19-20.

(119) Cfr. SANTINI, *La vendita a prezzo imposto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, p. 1073; e in generale PUGLIATTI, *Alterum non laedere*, voce in *Enc. Dir.*, II, Milano 1958, p. 105.

di solidarietà, a sua volta identificato con l'*alterum non laedere*, i due termini in esame si troverebbero su piani del tutto diversi. Oppure, infine, correttezza ed *alterum non laedere* sono entrambi considerati come espressioni di concrete soluzioni legislative: ed allora il problema diviene quello dei rapporti tra art. 1175 ed art. 2043, norme di cui non sembra dubbia la reciproca autonomia.

Da questa succinta rassegna si è intenzionalmente escluso il riferimento alla costruzione dell'*alterum non laedere* come mera formula verbale, sintesi dei doveri e degli obblighi altrimenti imposti dall'ordinamento legislativo a ciascun consociato nei confronti di tutti gli altri. Senza voler ripetere qui le osservazioni che altra volta ritenevamo di poter muovere ad una impostazione siffatta (120), rileveremo soltanto che l'antica insidia semplificatrice, che in essa si annida, rischia di riflettersi sul nostro problema, intendendosi appunto la correttezza come mera sintesi verbale degli obblighi imposti alle parti contrattuali dal regolamento da esse predisposto, dalla legge, dagli usi, dall'equità. E questa è tesi meno peregrina di quanto non possa sembrare, enunciata com'è in una recente sentenza, che subordina la sanzione di un comportamento « contrario ai doveri di lealtà, correttezza, solidarietà sociale... alla violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altre norme » (121). Si sancisce, in

(120) Cfr. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 85, 88-89

(121) È interessante riportare non la massima, ma le parole stesse della sentenza in questione (che risolveva una controversia determinata da uno scambio erroneo di merci, alla cui eliminazione la parte responsabile aveva rifiutato di cooperare): « I doveri generici di lealtà e di correttezza sono bensì entrati nel nostro ordinamento giuridico, specialmente in materia contrattuale, ma la violazione di tali doveri, quando la legge non ne faccia seguire una sanzione autonoma, costituisce solo un criterio di valutazione e

tal modo, la sparizione di tali doveri dal nostro ordinamento, ammettendosi soltanto che il legislatore possa ispirarsi ad essi per riconoscere specifici diritti.

La forzatura è troppo evidente, perchè abbia bisogno di essere ulteriormente sottolineata. Correttezza e buona fede, nelle norme che le contemplano, non hanno la mera funzione di evidenziare principi che, altrove, l'ordinamento concreta: rappresentano esse stesse la specificazione concreta del principio di solidarietà nella materia contrattuale e sono, come tali, autonomamente e direttamente operanti.

5. *La determinazione del contenuto del principio di correttezza.* — Si può, a questo punto, affrontare in una prospettiva ben più ricca la questione di fondo, relativa alla possibilità stessa di considerare la correttezza come strumento d'integrazione del contratto. Una questione, a

di qualificazione di un comportamento. Essi non valgono a creare, di per se stessi, un diritto soggettivo tutelato *erga omnes* dall'osservanza del precetto del *neminem laedere* quando tale diritto non sia riconosciuto da un'espressa disposizione di legge; pertanto, un comportamento contrario ai doveri di lealtà, di correttezza e di solidarietà sociale non può essere reputato illegittimo o colposo, nè può essere fonte di responsabilità per danni quando non concreti la violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altre norme (Cass. 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro pad.*, 1964, I, cc. 1283-1289, con nostra nota *Appunti sul principio di buona fede*; e cfr. n. 7. Chiunque abbia nozione della storia della giurisprudenza di altri paesi, non faticerà a riconoscere nella sentenza riportata il segno di una posizione arcaica, tipica di un pensiero giuridico che, non avendo ancora compiuto una sufficiente elaborazione tecnica di un concetto determinato, è propenso a liberarsene attraverso formule che lo privano di ogni significato normativo. Particolarmente significativa è la storia della giurisprudenza tedesca, che ancora nel 1915, negando la portata autonoma del par. 242, affermava: « das allgemeine Prinzip beherrscht alle Einzelbestimmungen und muss gerade in ihnen lebendigen Wirkung üben, zur Klarung, Erweiterung, Ergänzung oder Beschränkung des vereinzelt Wortlauts » (RG 26. Mai 1914, in *Entscheidungen RG*, 85 (1915), p. 117). Sulla successiva evoluzione giurisprudenziale cfr. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München-Berlin 1960, pp. 236-237.

ben guardare, la cui soluzione non può essere cercata soltanto sul piano dei principi o facendo ricorso ad argomenti di diritto comparato, in questa materia di utilizzazione assai rischiosa (anche se, soprattutto quelli tratti dall'ordinamento tedesco, faciliterebbero non poco la soluzione positiva); ma che esige un riferimento puntuale alla realtà legislativa, assai più ricca ed articolata di quanto solitamente non si pensi.

Se si pone mente alle consuete obiezioni contro l'utilizzabilità della norma sulla correttezza nella materia dell'integrazione, ci si avvede immediatamente della utilità del discorso finora condotto. Così, quando si osserva che il ricorso alla buona fede non sarebbe possibile nel nostro ordinamento, ché questo, a differenza di quello tedesco, conosce una specifica norma sulla integrazione (122), si dice cosa sostanzialmente esatta, richiamandosi l'attenzione sul diverso articolarsi dei due sistemi e sulla maggior ricchezza di enunciazioni da cui quello italiano è contraddistinto: non si formula, però, una obiezione insuperabile, proprio perchè si è già sottolineato il carattere non tassativo della elencazione contenuta nell'art. 1374 (123) ed il reale valore innovativo della normativa di correttezza. D'altra parte, negare la possibilità di « arricchire » il contenuto del contratto in base alla buona fede con argomenti di mera collocazione topografica dell'art. 1375, è argomento superato dalla indicata unità concettuale di buona fede e correttezza, e dalla conseguente possibilità di far capo all'art. 1175. L'occasione, comunque, è propizia per tornare sul tenace equivoco che continua a manifestarsi in questa materia, a causa del persistere di una

(122) Ma si tengano presenti i rilievi della nota 1.

(123) Cfr. *retro*, n. 1.

interpretazione curiosamente restrittiva dell'art. 1374. Già richiamavamo l'attenzione sul fatto che tale articolo contiene una indicazione massimamente comprensiva, quella relativa alla legge, la quale ovviamente consente di far capo a qualsiasi strumento legislativo a cui sia stata attribuita una funzione integratrice. Ora, non è possibile dubitare che questo sia proprio il caso della correttezza, a meno di non restare prigionieri del pregiudizio di non considerare le norme che contemplano tale clausola come disposizioni di legge.

Piuttosto si potrebbe rilevare che tutto il discorso precedente si palesa condizionato in modo determinante dalla considerazione di uno solo dei profili che il regolamento contrattuale può interessare, e cioè quello obbligatorio. Per giudicare se a ciò corrisponda pure un generale travisamento di prospettive, ci sembra più utile rinviare alle conclusioni di questa parte dell'indagine. Ma non si può fare a meno di aggiungere che taluni rischi sono determinati dalla stessa visione che del contratto ha finito con l'assumere il nostro legislatore, adottando la sostanziale fusione del contratto come promessa e del contratto come atto traslativo, tipico di più d'un sistema continentale (124).

Ad un diverso ordine di valutazioni si ispirano le obiezioni di coloro che oppongono ad una integrazione fondata sulla correttezza i pregiudizi per la certezza e le limitazioni all'autonomia privata che ne deriverebbero. Osservazioni, come ben si vede, tutt'altro che nuove, e che sovente accade di veder prospettate anche in materie diverse da quella contrattuale: in questa, però, sembra che

(124) Cfr. GORLA, *La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale*, in *Jus*, 1953, p. 304; ID., *Il contratto*, I, Milano 1955, p. 2. E cfr. ALLARA, *Teoria generale del contratto*, cit., pp. 8-10, 29.

assumano consistenza maggiore che altrove, abituati come siamo a vedere nel contratto non soltanto il fatto tipico dell'autonomia privata, ma pure un istituto strutturalmente inidoneo a sopportare determinazioni non riconducibili all'attività dei contraenti, o da questi preventivamente conoscibili per essere contenute in una esplicita e particolare previsione legislativa. Superando ogni argomento letterale o sistematico, si osserva appunto che una integrazione secondo buona fede sarebbe « contro la stessa logica, dacché per la sicurezza stessa dei contraenti, la fattispecie contrattuale deve essere determinata o dalle parti o dalla legge, dall'equità o dall'uso » (125). In tal modo, con un procedere tipico di tutta la materia obbligatoria (126), si fa appello ad una logica che non sempre coincide con quella propria del sistema legislativo, cioè ad una sorta di modello astratto al quale la stessa disciplina normativa non potrebbe derogare senza contraddire se stessa: questo procedimento è inaccettabile dall'interprete, proprio perchè si fonda su una premessa non corretta, e cioè sul presupposto che il canone fondamentale del giurista dovrebbe esser costituito dal principio di non contraddizione, quasi che il compito suo non fosse quello di stabilire la portata effettiva della disciplina legislativa, ma quello di indagare sulle presunte contraddizioni di questa con la « natura » degli istituti regolati (127). In realtà, nelle tesi prima ricordate, non è difficile

(125) Così VERGA, *Errore e responsabilità*, cit., p. 242. E cfr. OPPO, *Profili*, cit., p. 108, nota 1.

(126) Sul diritto delle obbligazioni come espressione ideale della logica giuridica cfr. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 2, nota 2, ed ivi bibliografia; alla quale si aggiunga GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., p. 213.

(127) Osserva appunto ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano 1959, pp. 94-96, che « il ragionamento del giurista nei diritti romanistici si presenta... spesso nelle forme di espressione della logica aristotelica... I vari

scorgere il tentativo dell'interprete di sovrapporre le proprie valutazioni a quelle dell'ordinamento. Un discorso generale sulla certezza, allora, ben potrebbe essere ritenuto una inutile digressione, dal momento che la soluzione del quesito, posto da chi si preoccupa di essa, deve essere cercata unicamente nei dati offerti dall'ordinamento legislativo. Altrimenti, perché non preferire l'opinione di chi, conoscitore certo non superficiale della materia contrattuale, scrive che la certezza del diritto, quando non è una illusione, costituisce un prezzo troppo alto da pagare? (128)

In definitiva, questo della certezza e quello dei limiti all'autonomia privata costituiscono problemi che si risolvono chiedendosi se, nella materia contrattuale, vi siano norme la cui applicazione comporti un assetto degli interessi delle parti che non si limiti a rispecchiare il regolamento da esse predisposto. Ciò, in concreto, significa chiedersi se esista qualche strumento di garanzia dell'attività dei contraenti; e, d'altra parte, quali siano le conseguenze d'ordine strutturale che possono discendere dall'ammissione del fatto che alla costruzione della norma contrattuale possano contribuire fonti diverse da quella rappresentata da tale attività (129).

È questo il momento di riprendere il discorso sulla Costituzione. Nell'attuale sistema delle fonti del diritto, infatti, la garanzia dell'attività contrattuale può essere ricer-

istituti vengono identificati in una loro natura che dovrebbe implicare ulteriori conseguenze (ma che in realtà non fa che tradurre una valutazione dell'interprete) ». Lo scambio della necessità logica per necessità ontologica, che a tutto ciò presiede, è acutamente rilevato da PUGLIATTI, *Diritto civile*, cit., pp. 399-400.

(128) È questa l'opinione di CORBIN, *On Contracts*, cit., III, p. 689. Il valore complementare, e non alternativo, di correttezza e certezza è indicato da TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., p. VI.

(129) Cfr. *retro*, cap. I, n. 3.

cata unicamente nel testo costituzionale, in quelle sue varie norme che riconoscono e limitano lo svolgimento dell'attività dei privati economicamente rilevante.

Il discorso coincide, così, con quello sul contenuto del principio di correttezza che, come già abbiamo rilevato, deve anch'esso venire riferito ai principi costituzionali. Sappiamo bene che l'opinione prevalente diverge nella sostanza da questa impostazione, appagandosi di un rinvio alle idee dominanti nei rapporti sociali o ad un generico complesso di valori etici prevalenti nel momento storico considerato. Se l'insistenza non rischiasse di sembrare eccessiva, sarebbe agevole indugiare sulle premesse ideologiche che, consapevolmente avvertite o meno, ispirano posizioni siffatte, mostrando la loro distanza da quei valori liberali o progressisti che abitualmente si vogliono ritrovare in esse. A parte le consuete difficoltà che si profilano tutte le volte che si vuol fare riferimento a modelli etici, deve ricordarsi che proprio le dittature del nostro tempo hanno sempre tenuto in onore grandissimo riferimenti siffatti, la cui incerta matrice consentiva di sottrarsi pure a quei minimi vincoli che ogni rinvio a principi legislativi comporta (130). Quanto, poi, al valore progressista che avrebbe il riferimento alle concezioni dominanti nella società, ben può valere l'acuto rilievo di chi, in tale riferimento, temeva di non veder trionfare altro se non « il principio della forza dei pregiudizi » (131).

(130) È sufficiente ricordare l'esplicita riaffermazione dell'importanza del rinvio alla morale fatta, a conclusione di una relazione rigorosamente ortodossa dal punto di vista nazista, da VOLKMAR, relatore ufficiale tedesco ad un convegno internazionale dedicato alla revisione del contratto ad opera del giudice: cfr. *Travaux de la semaine internationale de droit*, II, Paris 1938, pp. 28, 31.

(131) ESSER, *Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1952, I, p. 59.

In verità, concezioni siffatte sono proprio quelle che, per la vaghezza dei termini a cui facevano rinvio, hanno alimentato le critiche fondate sulla necessità di salvaguardare la certezza del diritto, ed hanno grandemente circoscritto le possibilità di dare contenuto concreto a concetti come quello di correttezza (o buona fede) (132). D'altra parte, anche a voler tener fermo il nucleo comune a quelle concezioni, doveva esser chiaro che il *Sozialmodell* dell'ordinamento privatistico non poteva più essere attinto ad un *ethos* o ad un *mos* genericamente indicati (133): non è senza significato che lo stesso mutamento di atteggiamento dei giuristi tedeschi si accompagni all'entrata in vigore della costituzione di Weimar (134), cioè alla prima di quelle «lunghe costituzioni» con le quali tanta parte della materia tradizionalmente disciplinata dai codici di diritto privato veniva presa in considerazione dai testi costituzionali (135), aprendosi anche il dibattito sulla applicabilità immediata delle norme di questi ai rapporti interprivati (136). In altri termini, una volta che lo Stato assumeva nelle sue leggi fondamentali i principi del diritto civile, definendo al tempo stesso i lineamenti generali dell'ordinamento legislativo, diveniva più difficile e meno giustificato il ricorso diretto ai dati della coscienza sociale, senza

(132) Cfr. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., pp. 236-237.

(133) Ci riferiamo, in generale, ai chiarimenti (ed alla terminologia) di WIEACKER, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe 1953. E cfr. SIEBERT, *Treu und Glauben*, cit., p. 812.

(134) Cfr. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., p. 55-59 e *passim*.

(135) Sul problema si veda, da ultimo, NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., pp. 908-909.

(136) Cfr., in generale, LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, cit. Per le questioni che più direttamente interessano in questa sede, SIEBERT, *Treu und Glauben*, cit., p. 811-814.

passare per il filtro della norma costituzionale (137). Potrebbe dirsi che, quale che sia il procedimento prescelto, il risultato non muta: ma questa sarebbe certamente una conclusione errata, ben potendo riscontrarsi uno scarto tra il sentire socialmente più diffuso ed i principi costituzionali; ed in tal caso non potrebbe non censurarsi la legittimità del procedere di chi facesse capo al primo, costruendo così un contenuto della correttezza contrastante con i principi costituzionali. Il luogo non è propizio per chiedersi fino a che punto ciò interferisce con i problemi della costituzione formale e materiale: quel che interessa in questa sede è l'ulteriore conferma della necessità di riferirsi ai principi costituzionali.

Una volta condotta una indagine su tali principi, lo stesso problema della indeterminatezza di contenuto della correttezza, che continua ad ispirare tante critiche e preoccupazioni, sarebbe almeno in parte risolto: non perché verrebbero del tutto meno i caratteri di elasticità del criterio — ché si farebbe sempre riferimento a indicazioni d'ordine generale — ma perché sarebbero precisate, fuori d'ogni genericità, le costanti in base alle quali la determinazione del contenuto deve essere operata (138). È evidente, d'altra parte, che in tal modo non si esauriscono tutti i rinvii possibili nella materia della correttezza (basta ricordare il riferimento settoriale contenuto nell'art. 2598): però, in mancanza di tali esplicite indicazioni, il rinvio generale deve ritenersi quello da noi indicato, la cui fonte ed il cui significato vanno tenuti presenti anche per valutare l'opinione di chi nella normativa di correttezza vede un com-

(137) Cfr. alcuni rilievi di NATOLI, *L'attuazione*, cit., I, pp. 36-38.

(138) Per qualche rilievo, si può ancora confrontare LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., pp. 236-237.

plesso di « regole di azione... elaborate dalla collettività come tale, attraverso un processo di generalizzazione delle produzioni giuridiche dei singoli e il filtro dei dati metogiuridici (convinzioni religiose, etiche etc.) » (139).

Nulla, dunque, può opporsi in via di principio ad un ricorso alle norme costituzionali al fine di determinare il contenuto della clausola di correttezza, anche perché non sembra possibile dubitare del fatto che quelle norme, oltre ad assumere rilevanza per i rapporti tra lo Stato ed i cittadini, possono incidere sui rapporti tra i singoli (basta confrontare, ad esempio, l'art. 41, 2° co., della Costituzione); si ritiene, anzi, che talune prescrizioni, riconducibili allo schema della clausola generale, possano operare soltanto nei rapporti interprivati (si veda, ancora, l'art. 41, 2° co.; e l'art. 36 della Costituzione) (140). D'altra parte, non sembra nemmeno possibile arrestarsi in questa indagine solo perché gli studi italiani in questa materia sono poco più che embrionali: questa, se mai, sarebbe una buona ragione per considerare attentamente la letteratura assai ricca che la scienza giuridica tedesca offre a proposito dei rapporti tra la *Grundgesetz* della Repubblica Federale Tedesca ed il par. 242 BGB. Qui l'utilizzazione della altrui esperienza può essere più sicura e significativa di quanto non lo sia per taluni profili particolari del par. 242 BGB, che trovano ragione in caratteristiche specifiche del sistema germanico (141).

(139) SALV. ROMANO, *Presentazione*, cit., p. IX. Evidentemente si palesa assai generico ed insufficiente il richiamo allo « spirito di galantomismo » di F. FERRARA sr., *Teoria*, cit., pp. 257; nello stesso senso LEVI, *Sul concetto di buona fede*, cit., p. 15.

(140) Così MENGONI, *Forme giuridiche dell'economia contemporanea*, in *Justitia*, 1962, p. 33.

(141) Cfr. *retro*, in particolare nota 1.

Le norme della *Grundgesetz*, abitualmente richiamate per determinare il contenuto del par. 242, sono gli articoli 1, 2, 3, 4, 14 (2° co., sez. 1), 20, 28: essi riguardano la dignità ed i diritti inalienabili dell'uomo (svolgimento della personalità, vita, integrità fisica, libertà personale), l'eguaglianza tra i cittadini e tra i sessi, la libertà di culto, l'obiezione di coscienza, la funzione sociale della proprietà, il carattere sociale dello Stato (142). Come ben si vede, si tratta di norme che coprono un'area vastissima e dalle quali, sinteticamente, si trae spunto, da un canto, per una valutazione più penetrante della posizione delle parti, singolarmente considerate o nei loro rapporti reciproci; dall'altra, per inserire il contratto nel contesto di superiori valutazioni di carattere sociale.

Se ci chiediamo quali siano le disposizioni della nostra carta costituzionale corrispondenti a quelle tedesche ora citate, la risposta è più puntuale di quanto non si pensi: all'art. 1 della *Grundgesetz* corrisponde, per i profili che qui ci interessano, l'art. 2 della Costituzione italiana; all'art. 2 gli articoli 2 e 13; all'art. 3 l'art. 3; all'art. 4 l'art. 8; all'art. 14, 2° co., sez. 1, l'art. 41, 2° co.; e gli artt. 20 e 28, qui richiamati per l'esplicita affermazione che in essi si fa del carattere *sociale* della Repubblica Federale Tedesca, trovano sostanziale riscontro già nell'art. 1 della nostra Costituzione, oltre che in tutta una serie di disposizioni particolari.

Non si può insistere ulteriormente in questo meccanico raaffronto. Approfondendo, però, l'indagine sulla Costituzione italiana, ci si avvede che, per la valutazione della posizione delle parti di un contratto, essa consente di far

(142) Per una analisi dettagliata cfr. SIEBERT, *Treu und glauben*, cit., pp. 812-814.

capo anche agli artt. 36 e 37; e, rilievo ben più importante, si deve sottolineare che il riconoscimento dei diritti fondamentali (in particolare, artt. 2 e 4) è accompagnato, a differenza di quanto accade per la *Grundgesetz*, dall'affermazione altrettanto esplicita del carattere funzionale di tale riconoscimento (art. 2: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo... e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»; art. 4: «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro... Ogni cittadino ha il dovere di svolgere... un'attività o una funzione»). Quanto all'inserimento del contratto di un più ampio contesto di valutazioni sociali, si deve richiamare l'attenzione tanto sull'affermazione dei «doveri inderogabili di solidarietà sociale» (art. 2), quanto sull'affiancarsi alla disciplina funzionale della proprietà di quella, ben più importante per la materia contrattuale, dell'iniziativa economica privata (art. 41). Questi rilievi mostrano a sufficienza l'infondatezza della tesi di chi nega la legittimità in un ricorso alla Costituzione per determinare il contenuto della correttezza, adducendo una presunta carenza di contenuto normativo della nostra Costituzione rispetto alla *Grundgesetz* (143). Né sarebbe più valida una analoga obiezione sul terreno strettamente civilistico, negandosi che nel nostro sistema esista una norma di ampiezza pari al par. 242 BGB, ché, al con-

(143) Altro discorso, evidentemente, sarebbe quello relativo alla esistenza nella *Grundgesetz* di una norma (art. 1, sez. 3) in base alla quale i diritti fondamentali «vincolano la legislazione, l'amministrazione e la giurisdizione come norme giuridiche immediate»; sì che sembrerebbe corretta l'obiezione di chi osservasse che un simile vincolo non può essere ritrovato nella Costituzione italiana. Poiché questo rilievo formale non potrebbe mai giungere ad escludere che le nostre norme costituzionali operino almeno come direttive interne del sistema civilistico, la discussione del problema generale è, in questa sede, di scarsa importanza costruttiva.

trario, un semplice confronto letterale è a tutto vantaggio delle formule amplissime degli artt. 1175 e 1375: ciò, d'altra parte, è stato sempre assai chiaro per i nostri studiosi più accorti, che già sottolineavano la maggiore ampiezza dell'art. 1124 del codice civile del 1865 rispetto al par. 242 BGB (144), così come oggi mettono in rilievo il carattere più esplicito dell'art. 1175 (145). Quando si nega ogni possibile confronto tra sistema italiano e tedesco, adducendosi la maggiore ricchezza normativa di quest'ultimo, si fa certamente una affermazione infondata da un punto di vista strettamente positivo, in realtà razionalizzandosi la più frequente applicazione del par. 242 nell'ordinamento tedesco. Ma ciò significa soltanto che i giurici e gli studiosi tedeschi hanno considerato il par. 242 con attenzione maggiore di quella dedicata presso di noi all'art. 1124 del Codice civile nel 1865 ed agli attuali articoli 1175 e 1375: si fa, cioè, una considerazione essenzialmente storica, che nulla ha a che vedere con una precisazione sistematica.

Si può, allora, tentare di giungere ad una conclusione relativa alle indicazioni ricavabili dalla Costituzione per determinare il contenuto della correttezza, non essendo evidentemente più contestabile la rilevanza di quelle norme come « direttive » della materia contrattuale. Così, l'art. 2 ribadisce, con un singolare ritorno terminologico, la necessità di un agire corretto in base alla solidarietà, il cui senso concreto può essere chiarito valendosi, ad esempio, degli artt. 36 e 37. D'altro canto, l'art. 41 fornisce un chiarimento ulteriore, tanto per ciò che riguarda i rapporti interindividuali, quanto per ciò che ha riferimento alla più

(144) Così BARASSI, *Addizione*, cit., p. 546.

(145) Cfr. CARRARO, *Valore attuale della massima « fraus omnia corrumpit »*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 792.

generale armonizzazione dell'attività dei privati con i fini sociali dell'ordinamento. Tenendo presenti queste indicazioni, non riesce difficile l'individuazione dei principi secondo i quali deve essere determinato il contenuto proprio della correttezza in materia contrattuale.

6. *La normativa di correttezza come mezzo di integrazione del contratto.* — Le « costanti » fondamentali, a cui ispirarsi in questa opera di determinazione, corrispondono sostanzialmente alle due indicazioni che, in un primo tentativo di precisare il contenuto proprio della correttezza, abbiamo già avuto modo di enunciare (146). Può dirsi che il dato generale da tener presente è costituito dalla più appariscente direttiva costituzionale finora emersa, relativa alla funzionalizzazione di situazioni e poteri privati ed all'accresciuto peso delle valutazioni di carattere sociale. In relazione alle norme ricordate in precedenza, questa indicazione generale si specifica sia come possibilità di valutare il contratto nella sua conformità ad esigenza di carattere sociale (rimanendo soltanto aperta la questione del soggetto a cui può essere attribuito siffatto potere), sia come possibilità di una più diretta e frequente valutazione della norma contrattuale, considerata esclusivamente sotto il profilo dell'interesse dei contraenti.

Non deve, però, ritenersi che la ricordata valutazione secondo le esigenze di carattere sociale sia sostanzialmente coincidente con quella valutazione di merito che, ad esempio, è prevista per i contratti innominati dal capoverso dell'art. 1322 (147), o si risolva nella necessaria conformità

(146) Cfr. *retro* n. 2, in fine.

(147) A proposito del capoverso dell'art. 1322, deve convenirsi con l'opinione di chi (L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., pp. 313-317) nega la possibilità di dedurre dal riferimento in esso contenuto agli « interessi me-

alle norme imperative, all'ordine pubblico, al buon costume (contemplati, in via generale, dall'art. 1343). Si tratta di valutazioni che stanno su piani distinti ed hanno una diversa funzione: gli articoli 1322 e 1343 si riferiscono, infatti, alla stessa validità della fattispecie, mentre la correttezza ha riguardo unicamente alla « costruzione » della norma contrattuale (148). Questa distinzione di piani, d'altra parte, rappresenta una costante del nostro ordinamento. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui, riconoscendosi il contratto appartenente ad uno dei tipi nominati o comunque volti alla tutela di interessi meritevoli, l'ordinamento interviene per adeguare il regolamento interprivato alle

ritevoli di tutela » la conclusione che « all'attività negoziale è imposto il perseguimento di interessi generali o pubblici ». Infatti, anche se dovesse ritenersi che con quella formula il legislatore in realtà volle alludere ai principi corporativi ed alla necessità di un costante adeguamento ad essi della attività negoziale (e, sia detto per inciso, questa ci sembrerebbe illazione francamente eccessiva, neppure giustificata dai passi dei lavori preparatori che Ferri richiama), la sopravvenuta abrogazione dell'ordinamento corporativo avrebbe definitivamente risolto il problema. Quella che non riteniamo di poter condividere è, invece, la conseguenza che si vuol trarre da tale constatazione, vale a dire la irrilevanza o la impossibilità di una valutazione funzionale in ordine al negozio giuridico. Il nostro dissenso non deriva tanto dall'aver già dubitato del valore decisivo di argomenti quale quello relativo al fatto che il capoverso in questione sfuggi all'abrogazione solo per caso, mancando in esso una esplicita menzione dell'ordinamento corporativo; e della conclusione secondo cui, venuto meno l'ordinamento corporativo, il capoverso 1322 sarebbe carente di contenuto normativo (su questi punti, cfr. *retro*, n. 1). Come dovrebbe risultare dal testo, riteniamo, invece, che l'art. 1322 cpv. non possa in alcun modo riguardare un profilo funzionale, per il quale dovrebbe farsi capo a norme diverse: una delle quali è proprio quell'art. 41 della Costituzione che Ferri richiama per affermare l'assoluta libertà dell'attività negoziale (p. 315), trascurando proprio il dato funzionale espresso dalla medesima norma. La tesi di Ferri è, nella sostanza, accolta da PIETROBON, *L'errore*, cit., pp. 138-140.

(148) Sulla possibilità di una impropria confusione tra *Treu und Glauben* ed i concetti di ordine pubblico e buon costume richiama l'attenzione ESSER, *Schuldrecht*, cit., p. 102.

esigenze di carattere sociale (come è nel caso previsto dall'art. 1339).

Inoltre, non può neppure ritenersi che questa funzionalizzazione in senso sociale sia l'unica conseguenza ricavabile dalle norme costituzionali, dal momento che si è sottolineata l'esclusiva rilevanza interprivata di talune delle norme in questione (ad esempio artt. 36, 37, 41, 2° co.: e si confrontino anche gli articoli 2 e 3): sì che la posizione dei contraenti, in tale prospettiva, non può ritenersi contrassegnata da una generica « fedeltà » alla controparte, che discenderebbe dalla correttezza, dal momento che il concetto di « vincolo » contrattuale non ha bisogno di qualificazioni misticheggianti (149) e che il controllo dell'attività dovuta da ciascuna parte è effettuato in base alla diligenza. Quelle norme, allora, devono aver riferimento al modo in cui la norma contrattuale regola la posizione delle parti, in ragione dei richiamati principi di solidarietà, eguaglianza, parità.

Non sembra, allora, possibile negare che il criterio di correttezza, così delineato, non riflette soltanto il caratteristico aspetto bilaterale delle norme di diritto civile, derivante « dalla esigenza di assicurare la coesistenza delle varie sfere di libertà individuali » (150), rispetto alla quale, più che di limiti dell'autonomia, deve parlarsi di suoi aspetti essenziali: in realtà, la correttezza si pone veramente come complesso di regole che restringono « la libertà di scelta ai fini dell'azione e della qualità del comportamento », incidendo direttamente sul contenuto dell'atto (151). Si tratta,

(149) Sono senz'altro da condividere, a questo proposito, i vivaci rilievi di MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., pp. 86-87.

(150) NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., p. 911.

(151) NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., pp. 911-912. Sulla questione cfr. LUKES, *Par. 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen*, in *Neue Jur. Woch.*, 1963, p. 1897.

dunque, di una limitazione in senso tecnico dell'autonomia privata, quale è comunemente intesa (152), e più precisamente di una indicazione che incide sui poteri attribuiti ai privati dal primo comma dell'art. 1322.

Ad ogni modo, quale che sia la collocazione categoriale che si preferisce per il criterio della correttezza, non mutano in sostanza le valutazioni relative alla sua posizione sistematica, alla sua funzione, al suo ambito di operatività. A tal fine, può essere utile sottoporre a riesame l'opinione diffusa che vede nelle disposizioni che contemplano la correttezza nient'altro che alcune norme dispositive: opinione che talora si accompagna alle affermazioni, che pure possono aver valore sostanzialmente diverso, secondo le quali la correttezza è destinata ad operare soltanto in presenza di un regolamento incompleto, riallacciandosi alla riduzione della integrazione a mero riempimento di lacune (153). È bene intendersi: può certamente accadere (e certo è così nella gran parte dei casi) che la norma contrattuale sia in grado di operare, soddisfacendo a tutte le esi-

(152) Il problema posto da siffatti limiti dell'autonomia privata è stato ampiamente discusso tra gli scrittori tedeschi, e diffusamente ripreso anche in tempi recenti (ma non è detto che all'ampiezza della discussione corrisponda un effettivo approfondimento del problema trattato): cfr., in generale KOLLMAR, *Das Problem der staatlichen Lenkung*, cit., pp. 86-91; LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., pp. 235-240; ESSER, *Par. 242 und die Privatautonomie*, in *Juristenzeitung*, 1956, pp. 555-557 (che contiene una decisa critica di principio a WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Prazisierung*, cit., ed esplicite riserve sull'immediata operatività delle norme costituzionali nell'ambito privatistico). Un interessante chiarimento, in chiave comparatistica, è quello recente di KESSLER-FINE, « *Culpa in contrahendo* », *bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study*, in *Harvard L.R.*, 1964, in particolare p. 449.

(153) Questa opinione è stata recentemente ribadita da G. STOLFI, nella sua prolusione romana dedicata a *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 176, nella quale, anzi, si è affermato che il carattere suppletivo è attribuito proprio di qualsiasi norma di diritto civile.

genze finora accennate, senza bisogno di un esplicito intervento del criterio di correttezza; ma ciò, lo ripetiamo, significa soltanto che il ricorso alla correttezza non è necessario in ogni caso. Quella che non è lecita, invece, è la conseguenza ulteriore, che potrebbe trarsi dalla considerazione ricordata, cioè l'affermazione di una possibile deroga convenzionale al criterio della correttezza. Al fondo di una simile veduta non sarebbe difficile scorgere una singolare coincidenza della tesi di chi vede nella correttezza nient'altro che la generalizzazione di alcuni principi o pratiche correnti tra la generalità dei consociati con la spiegazione delle norme dispositive operata in base a ciò che si è soliti fare nella pratica degli affari e che diviene, quindi, statisticamente probabile: ma ciò può spiegare un atteggiamento, non giustificare una soluzione. Né si tratta di una questione di parole, superabile quando, invece che di norme *dispositive*, si parlasse di norme *suppletive* o *completive*, ché in tal modo non sarebbe affatto risolta la questione che ci interessa, relativa alla inderogabilità della normativa di correttezza.

Se, infatti, quello di correttezza è un criterio che domina l'intera materia contrattuale, ben può accadere che esso si trovi in collisione con una contraria regolamentazione posta in essere dalle parti, o discendente da norme dispositive o cogenti. Qualora si accogliesse una interpretazione restrittiva, riservando alla correttezza solo quell'area che è lasciata libera dalla mancanza di determinazioni delle parti o del legislatore (154), l'eventuale conflitto sarebbe agevol-

(154) La più coerente formulazione in tal senso è ancora quella di SCHNEIDER, *Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse*, München 1902, p. 228, la cui valutazione esige, però, un riferimento ai rilievi già esposti alla nota 121. E si confronti la recente, recisa opinione di ESSER, *Schuldrecht*, cit., p. 102. Chiarissimo, nel senso del carattere integrativo,

mente risolto con un costante sacrificio delle esigenze della correttezza. Una soluzione così radicale non sembra, però compatibile con il nostro sistema, soprattutto quando si ritenga che il contenuto del criterio di correttezza non rispecchia un generico sentire sociale, bensì le valutazioni espresse nella legge fondamentale dello Stato, come tali sopraordinate ad ogni altra anche dal punto di vista formale (pure se ciò, evidentemente, non significa che vengono applicate direttamente le norme costituzionali). L'inderogabilità della normativa di correttezza da parte dei privati, allora, non può essere messa in dubbio (155); e la stessa soluzione deve essere raggiunta nel caso di contrasto con norme dispositive, comunque derogabili dai privati e che, a maggior forza, devono cedere ad un opposto principio di diritto. Più complessa è la questione nel caso in cui il conflitto si pone tra la correttezza ed una norma inderogabile, poichè il nostro sistema non offre alcuna norma particolare che lo risolva, né sembrano raccomandabili, per la loro insicurezza, le escogitazioni di una certa parte della dottrina tedesca (156). La risposta, allora, deve essere cercata su di un diverso piano: non facendo capo ai generali rapporti tra principi e norme, bensì riguardando la concreta funzione a cui adempiono la correttezza e le altre disposizioni inderogabili nella materia della costruzione della norma contrattuale. A nostro avviso, se il contenuto della correttezza deve

G. STOLFI, *op. loc. ult. cit.* E cfr. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova 1966, pp. 220-234.

(155) Cfr. anche NATOLI, *L'attuazione*, cit., I, p. 43. E cfr. *retro*, cap. I.

(156) Per le tesi più consuete cfr. LARENZ, *Lehrbuch*, cit., I, (su cui la critica di NATOLI, *L'attuazione*, cit., I, pp. 43-45); SIEBERT, *Treu und Glauben*, cit., pp. 816-817. Sulla base della generalità del principio contenuto nel par. 242, ha di recente sostenuto l'assoluta prevalenza del *Treu und Glauben*, WEBER, *Treu und Glauben*, cit., p. 10.

essere determinato con un rinvio ad un ordine di considerazioni legislativamente determinato, e concretamente individuato nelle norme costituzionali, un conflitto non dovrebbe essere, di regola, ipotizzabile, dovendosi ritenere il sistema coerentemente unificato dai principi costituzionali; e dovrebbe senz'altro applicarsi la norma particolare inderogabile, pur'essa inquadrata, come soluzione legislativa concreta, in quel sistema di principi. Qualora, poi, dovesse effettivamente verificarsi un conflitto tra la correttezza ed una norma inderogabile, questo si porrebbe evidentemente come conflitto tra divergenti valutazioni di principio, e la soluzione potrebbe essere cercata unicamente in un giudizio sulla legittimità costituzionale della norma particolare.

Questa apparente divagazione dalla linea maestra della nostra indagine può, in realtà, consentire un ulteriore chiarimento della posizione sistematica del criterio di correttezza. Sottolineandosene la inderogabilità e distinguendolo dalle norme meramente dispositive, si chiarisce appunto la sua funzione di limite dell'autonomia privata; precisandosi le direttive in base alle quali se ne determina il contenuto, da una parte si esclude la competenza dei privati in ordine a taluni profili della norma contrattuale, dall'altra si richiede che la norma contrattuale sia strutturata secondo linee determinate.

Che il nostro problema sia direttamente toccato da una considerazione della correttezza sotto il duplice profilo della norma imperativa e inderogabile e dal limite all'autonomia privata, si avverte non appena si prospetti la possibilità di una violazione della normativa di correttezza. Come accade tutte le volte che siano in questione limiti generali, la violazione può comportare tanto « inidoneità dell'atto di

autonomia a produrre effetti sul piano giuridico», quanto «conservazione dell'atto con la sostituzione del contenuto della norma a quella parte del contenuto dell'atto che ne sia difforme» (157). Rispetto a quest'ultima eventualità, che è l'unica a poterci interessare in questa sede, deve osservarsi l'improprietà di una obiezione che restringesse la possibilità di sostituzione della parte del contenuto difforme dalla norma inderogabile ai soli casi in cui esista nell'ordinamento una norma (eventualmente diversa da quella violata) che renda possibile direttamente la sostituzione. Così argomentando, infatti, si confonde la questione dell'integrazione *di diritto* (giusta l'espressione adoperata negli articoli 1339 e 1419), che ha il proprio fondamento nel richiamo alla legge dell'art. 1374, con la possibilità di una integrazione *ope iudicis*, quale appunto è quella fondata sul criterio della correttezza. Piuttosto, l'ovvia attribuzione al giudice di siffatti poteri integrativi induce ad escludere che in essi sia compreso anche quello di integrare la norma contrattuale al fine di metterla in condizione di realizzare direttamente finalità divergenti da quelle a cui l'operazione economica era stata rivolta. A questa soluzione negativa fa giungere la considerazione del tipo di garanzia costituzionale previsto per l'attività contrattuale privata, che può essere «indirizzata e coordinata a fini sociali» solo dalla legge: da ciò consegue che la valutazione e la determinazione dell'interesse sociale, in principio, sono di competenza del legislatore, e non del giudice.

Questa conclusione potrebbe apparire in contrasto con le indicazioni date in precedenza in ordine alla funzione propria della clausola generale di correttezza (158), a pro-

(157) Nicolò, *Diritto civile*, cit., p. 912.

(158) Cfr. *retro* n. 2, in fine.

posito delle quali esplicitamente si affermava che l'utilizzazione di quella clausola deve valere anche a realizzare le finalità sociali proprie dell'ordinamento. In realtà, e l'indagine condotta nelle pagine precedenti dovrebbe averlo chiarito, qui non si tratta di mettere in opposizione un valore 'sociale' ed uno 'individuale', con conseguenti problemi di determinazione delle condizioni di prevalenza dell'uno sull'altro (159): il ricorso al criterio della correttezza, in presenza di un conflitto tra i contraenti, comporta una scelta tra le soluzioni possibili in base ad un giudizio di opportunità sociale, pronunciato seguendo i criteri già indicati e di cui si tenterà più avanti una ulteriore specificazione.

Si tratta, cioè, di intendersi sul significato da attribuire al valore 'sociale' nell'ambito individuato dalla normativa di correttezza. In tale ambito, non sembra che il ricorso a criteri di valutazione sociale possa essere utilizzato al fine di introdurre nel contratto determinazioni contrastanti con gli interessi delle parti, e volte unicamente a realizzare finalità proprie della collettività. Le ragioni di tutto questo sono state già ricordate: qui si vuol soltanto aggiungere che quella possibilità di modificare il regolamento contrattuale nell'interesse della collettività potrebbe essere riconosciuta in base ad un criterio diverso, quello del cosiddetto ordine pubblico economico, risultante dal complesso delle norme di programmazione e di controllo dell'attività economica. Ma, in tal caso, il giudice porrebbe a fondamento della propria decisione indicazioni già rese esplicite dal legislatore.

(159) Si confrontino i rilievi di DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., pp. 385-390.

Per quanto riguarda la normativa di correttezza, invece, non si tratta di contrapporre la logica dei contraenti a quella della collettività, legislativamente individuata, bensì di scegliere, tra le soluzioni possibili, quella socialmente più desiderabile (160).

7. *Per una definizione non dommatica della clausola generale di correttezza.* — Tutte le considerazioni finora svolte, se pure se ne riconoscesse l'esattezza, vedrebbero grandemente scemare il loro significato agli occhi di considerare, poi, 'vago' il criterio concretamente indicato come strumento per l'integrazione del contratto. La modestia dei risultati applicativi, allora, indurrebbe a dubitare di una indagine tanto diffusa, e confermerebbe così la tesi, più enunciata che dimostrata, di quanti respingono tra gli strumenti praticamente inutilizzabili la correttezza e la buona fede.

L'accusa di 'vaghezza', tuttavia, ricorre pure in occasioni diverse da quella presente, sì che, prima di approfondire l'indagine sulla definizione della correttezza, conviene analizzare le ragioni di questo atteggiamento, che solitamente si accompagna a tutti i discorsi dedicati alle clausole generali. In verità, quell'accusa, lungi dal dare soprattutto evidenza a considerazioni di carattere pratico, tradisce piuttosto la scarsa familiarità della nostra cultura con tutti gli strumenti non riducibili allo schema della normazione analitica, della fattispecie chiusa: di conseguenza, la ripulsa delle conclusioni di chi dedica la propria attenzione alle clausole generali non appare dettata da un senso più vigile dell'opportunità e della concretezza, bensì da una visibile

(160) Esplicitamente su questo profilo BURROWS, *Contractual co-operation*, cit., p. 395.

incapacità di articolare il discorso secondo le diverse tecniche adoperate dal legislatore (161).

A questa conclusione induce tanto una riflessione, sia pure sommaria, su talune vicende della cultura giuridica italiana, quanto una considerazione della funzione e delle caratteristiche proprie della normazione per clausole generali. Non deve credersi, infatti, che gli studiosi italiani abbiano sempre assunto, di fronte a tali clausole, l'atteggiamento di sostanziale rifiuto maturato negli anni tra le due guerre. Tra la fine dello scorso secolo ed i primi due decenni di questo non mancano testimonianze dell'interesse per quella particolare tecnica legislativa, sovente considerata uno dei tratti più significativi del sistema ed adoperata al fine di garantire adeguata disciplina alle nuove situazioni proposte dalla realtà sociale (162). A quel tempo, infatti, le clausole generali non costituivano tanto l'oggetto di una speculazione dei teorici, bensì l'avvio ad una riflessione intesa proprio a superare talune rigidità o lacune del dettato legislativo ed a proporre ragionevoli schemi di soluzione per urgenti problemi concreti. E quanti avvertivano

(161) Per più diffusi svolgimenti in ordine a tale questione, ci permettiamo di rinviare all'analisi svolta in *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, pp. 83-125, in part. 106.

(162) Manca, purtroppo, una ricerca d'insieme su questa fase del pensiero giuridico italiano. E solo parzialmente appaganti, su questo punto, sembrano le indagini, peraltro fini, di CORRADINI, *Il criterio della buona fede*, cit., ché spunti in tema di equità, ed elaborazioni sulla base di questa e della buona fede soprattutto in materia di contratti di lavoro, non mancano nella giurisprudenza dell'ultimo quarto dello scorso secolo. Per quanto riguarda gli scritti dottrinari, rinviamo alle indicazioni contenute nelle nostre *Note critiche*, cit., pp. 1284-1287, note 196-199, a cui si possono aggiungere almeno F. FERRARA, *Poteri del legislatore e funzione del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, p. 514; G. SCADUTO, *Sulla tecnica*, cit., pp. 249-251. Istruttiva la vicenda francese in tema di contratti di lavoro, su cui gli interessanti rilievi di E. LEVY, *La vision socialiste du droit*, Paris 1926, pp. 56-57.

l'importanza di quegli strumenti, erano pure consapevoli dei nessi strettissimi esistenti tra l'elaborazione scientifica ad essi collegata ed un orizzonte culturale non circoscritto unicamente dai dati ricavabili dalla disciplina normativa: sì che Brugi poteva dire che « uno dei più bei servigi che le scienze sociali abbiano reso al giurista è proprio di averlo fatto consapevole della sua posizione di fronte a sì fatti schemi generali » (163).

Evidentemente, questo atteggiamento non poteva sopravvivere al deciso mutamento metodologico che, a partire dagli anni successivi alla prima guerra mondiale soprattutto, segnò la scienza giuridica italiana fino a farle abbracciare, nella sua quasi totalità, l'impresa della edificazione del sistema del diritto privato secondo quel metodo dommatico che la Pandettistica era andata accreditando in Germania. Questa scelta implicava ben più che l'abbandono di certe poco rigorose abitudini rinvenibili in opere del periodo precedente, dove l'analisi propriamente giuridica stentava ad assumere una propria individualità ed incisività nell'intricato complesso dei riferimenti politici, economici, sociologici (164): essa voleva rappresentare soprattutto una sorta di reazione ed un tentativo di superamento della scuola dell'esegesi, a tutto vantaggio di una metodologia generalizzante volta alla elaborazione di concetti suscettibili di essere organizzati in un disegno sistematicamente compiuto. Non si trattava più di spiegare ad una ad una le norme vigenti, ma di collocarle nel sistema concettuale edificato. La conseguenza di questo mutamento del punto di vista si coglie con facilità, e consiste nel respingere

(163) BRUCI, *Della proprietà*<sup>2</sup>, I, Napoli-Torino 1923, p. 309.

(164) È il noto giudizio di M.S. GIANNINI, *Sociologia e studi di diritto contemporaneo*, in *Jus*, 1957, p. 223.

ai margini del sistema quelle norme che, a causa proprio della loro 'asistematicità', potevano costituire un elemento disgregante l'intera costruzione.

Da questa semplificata sintesi d'una complessa vicenda del nostro pensiero giuridico è possibile trarre uno spunto per chiarire talune caratteristiche proprie dell'operare delle clausole generali. La vicenda italiana, infatti, può essere presentata come una concreta smentita della tesi di chi ritiene che la vita delle clausole generali obbedisce ad un immutabile ciclo biologico, per cui ad un iniziale periodo di disinteresse segue una lenta presa di coscienza del loro valore da parte dei giudici, quindi il diffondersi di tendenze giurisprudenziali ispirate da alcune di esse, e solo alla fine compare la riflessione scientifica, il più delle volte nella forma del mero tentativo di razionalizzazione degli indirizzi giurisprudenziali esistenti (165). In verità, più che da una ferrea legge, la fortuna o il declino delle clausole generali dipendono dallo specifico contesto storico in cui di volta in volta devono essere riguardate. La stessa situazione tedesca è, in tal senso, assai significativa: la presa di coscienza delle grandi possibilità operative del par. 242 BGB, pienamente maturata nel primo dopoguerra, avvenne perchè era passato un ventennio dall'entrata in vigore di quel codice, o non piuttosto per la pressione dei fatti socio-economici e per l'influenza della scuola del diritto libero (166)?

In Italia, l'entrata in vigore del codice civile del 1942, che pure attribuiva rilievo particolare ad alcune clausole generali, non valse a modificare la situazione preesistente.

(165) In questo senso ESSER, *Grundsatz*, cit., pp. 150 ss.

(166) È sufficiente confrontare gli espliciti rilievi di W. WEBER, *Treu und Glauben*, cit., p. 2.

Il disinteresse della gran parte degli studiosi e della totalità dei giudici, tuttavia, non discendeva da una generica diffidenza per le novità: venivano ben accolti i dati nuovi della codificazione che si presentavano come varianti interne ad un corpo già consolidato, mentre si respingevano quelli non immediatamente riconducibili alla dommatica in voga in quegli anni. Questo è un atteggiamento facilmente spiegabile, se si tien conto del fatto che le norme neglette, qua e là sparse nel tessuto della codificazione, non apparivano come momenti di un generale disegno di rinnovamento, ma piuttosto come deviazioni da un ordine di cui il codice si presentava come la riaffermazione. Nulla di sorprendente, quindi, se negli anni successivi invano si cerca il segno di una più viva attenzione dei giudici per quelle norme nuove: si ribadisce anzi, da scienziati e pratici, l'opinione che il margine d'incertezza proprio delle clausole generali impedisce la loro applicazione ai casi concreti e la loro utilizzazione in sede di ricostruzione scientifica. La cultura italiana batteva ormai da anni vie ben diverse, ed è naturale il suo disagio di fronte a strumenti diversi da quelli abituali. Il concettualismo ed il positivismo, tra loro strettamente alleati, spiegavano tutta la loro influenza, con effetti che arrivavano fino ad espungere dall'ordinamento alcune norme: ma anche questa è una conseguenza quasi inevitabile, chè ciascuna cultura non è disposta a riconoscere altri strumenti tecnici che non siano quelli ad essa omogenei, negando agli altri il carattere della giuridicità.

Questo atteggiamento non poteva mutare come semplice effetto della lunga familiarità con le norme contemplanti clausole generali. Per avvertire una nuova considerazione di queste ultime, sarà necessario attendere consistenti modificazioni delle condizioni culturali e della struttura stessa

dell'ordinamento giuridico. È inutile insistere qui su taluni nuovi indirizzi che si son venuti manifestando nell'ambito dei nostri studi: ma le notevoli modificazioni dei più diversi settori dell'ordinamento, prime tra tutte quelle determinate dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, han cominciato a realizzare quel generale mutamento di prospettive a cui non s'era posto mano nel 1942, facendo così assumere nuova rilevanza proprio a quelle norme del codice civile più immediatamente interessate dal nuovo stato delle cose (167).

Se queste, insieme all'accentuata dinamica dell'organizzazione sociale, sono le ragioni che giustificano il nuovo interesse per le clausole generali, diverso si manifesta pure il punto di vista da cui devono essere considerate le loro caratteristiche.

Non soltanto, infatti, le clausole generali si presentano dotate di grande elasticità ed irriducibili allo schema della fattispecie chiusa, e per ciò possono adempiere alla funzione di rendere meno acuta la tensione tra norma giuridica e realtà regolata; ma, proprio a causa di queste loro caratteristiche, appaiono pure incompatibili con i procedimenti dommatici tradizionali, per l'impossibilità di ridurle in concetti definiti una volta per tutte.

Diviene chiaro, a questo punto, il quadro all'interno del quale deve essere svolta la discussione sulla definizione del contenuto normativo proprio delle clausole generali. In realtà, quelle clausole sono in via di principio irriducibili agli schemi interpretativi e definitivi adoperati per le norme di tipo analitico o regolamentare, o strutturati secondo il modello della fattispecie chiusa. Questa irriducibilità de-

---

(167) Più ampiamente ancora nel nostro scritto su *Ideologie e tecniche*, cit., pp. 106-108.

riva proprio dalla funzione assegnata alle clausole generali nell'ambito dell'ordinamento, opposta a quella delle norme diversamente strutturate: anzi, le clausole generali vengono introdotte al fine specifico di ovviare agli inconvenienti tipici della normazione analitica o regolamentare. Inoltre, nella presente situazione storica, quelle clausole non appaiono soltanto come espedienti per evitare l'irrigidirsi di un complesso legislativo di fronte ad una realtà mutata, ma rappresentano pure gli strumenti più adeguati a regolare una realtà del dinamismo crescente, e quindi irriducibile alla tipizzazione di ipotesi già definite. Si guardi dall'uno o dall'altro punto di vista, è certa comunque la distanza che separa la normativa per clausole generali da quella di tipo analitico, sia dal punto di vista strutturale, che da quello funzionale.

Di questa diversità tecnica è indispensabile tener conto in sede ricostruttiva. È evidente che una definizione in termini dommatici del contenuto delle clausole generali è impossibile o contraddittoria. L'impossibilità deriva dalla ricordata irriducibilità a formule rigide di strutture normative istituzionalmente connesse con complessi di indicazioni variabili. La contraddittorietà può prodursi nel momento in cui si crede di approdare ad una definizione dommatica: poichè la funzione propria delle clausole generali richiede che esse mantengano il carattere della elasticità, nel momento in cui vengono chiuse in un circolo definitorio dommatico perdono proprio questa loro caratteristica, e si negano come clausole generali.

Nasce così l'accusa di 'vaghezza' rivolta alla normativa per clausole generali: ma dovrebbe ormai essere chiaro che questa accusa mette in evidenza soltanto l'impossibilità di adoperare le abituali tecniche definitorie in presenza di que-

gli strumenti. Il problema, allora, diviene proprio quello di vedere se esistano procedimenti definitivi diversi, adeguati alla struttura ed alla funzione proprie delle clausole generali, tali da consentirne una ricostruzione che metta al riparo dagli arbitri interpretativi.

Ancora una volta la questione si sposta, e si risolve in un interrogativo di portata generale: sono possibili forme di controllo razionale delle modalità di applicazione di norme il cui contenuto non possa essere preventivamente ricondotto ad una serie di elementi determinati? Una risposta esauriente esigerebbe un ampliamento della ricerca incompatibile con l'economia di questo lavoro: si possono soltanto ricordare quelle riflessioni, che, da un canto, mettono in evidenza le forme di controllo rese possibili dalla teoria dell'argomentazione; dall'altro, escludono il diretto e generico ricorso alla coscienza sociale per la ricostruzione del contenuto delle clausole generali, ritenendo invece operante il filtro rappresentato dalle norme costituzionali e dai riferimenti resi evidenti dalle discipline particolari (168).

Qui, tuttavia, più che discutere in via teorica del problema, è necessario fornire qualche ulteriore precisazione relativa alla normativa di correttezza. Una volta chiarite la sua posizione nel sistema e la funzione ad essa attribuita, si tratta non già di operare una sua impossibile assunzione nel cielo dei concetti, ma di chiarire le condizioni in presenza delle quali si ritiene corretto il ricorso ad essa, e le modalità di tale ricorso. Per far ciò, l'unica via rigorosa sembra essere l'individuazione di figure sintomatiche relative all'applicazione della clausola generale di correttezza, quali già possono trarsi dalle applicazioni giurisprudenziali, al fine

(168) Cfr. RODOÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., pp. 95, 98.

di razionalizzare taluni di questi orientamenti e in funzione della indicazione di possibili modelli operativi (169).

Una prima figura sintomatica può ritrovarsi nei casi in cui è posto legalmente o convenzionalmente un obbligo di

(169) Il procedimento è tutt'altro che nuovo. A parte l'ampio uso che se ne è fatto nel diritto amministrativo (fino a costruire a mezzo di esso la fondamentale figura dell'eccesso di potere), esso è stato adoperato proprio nella materia che qui ci interessa, con risultati diversi, da DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., pp. 413-420; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano 1968; inoltre GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni* (ed. provv.), Milano 1965. Ed è importante ricordare come la più seria risposta alle preoccupazioni di quanti vedono eccessivamente esteso l'ambito di applicazione del par. 242 BGB è venuta proprio nella forma della richiesta di « costruzioni sistematiche della teoria del *Treu und Glauben* attraverso l'analisi delle figure sintomatiche » (W. WEBER, *Treu und Glauben*, cit., p. 71; e cfr. ESSER, *Schuldrecht*, cit., p. 102). L'esattezza di questa posizione, tuttavia, rischia di essere notevolmente pregiudicata dalla considerazione del procedimento relativo alle figure sintomatiche come procedimento 'dommatico', con richiami espliciti al ragionamento 'more geometrico' (ancora W. WEBER, *op. cit.*, p. 71, ed ivi ulteriori indicazioni bibliografiche). Fino a che punto ciò rappresenti soltanto un ossequio a talune vedute tradizionali, e non pure l'accettazione di un concreto metodo di lavoro, può vedersi nell'opera dello stesso Weber: dove, nella folla enorme di casi e di problemi, sovente il peso delle impostazioni tradizionali costituisce il freno ai tentativi di razionalizzazione compiuti dall'autore.

Quanto alla situazione propria dei sistemi di *common law*, dove è corrente l'affermazione dell'impossibilità di far capo ad un vero e proprio principio di buona fede nel senso continentale (cfr. POWELL, *Good faith in contracts*, in *Current Legal Problems*, IX, London 1956, in part. pp. 25, 29; BURROWS, *Contractual co-operation*, cit., p. 390; e FARNSWORTH, *Good faith performance and commercial reasonableness under Uniform Commercial Code*, in *Univ. Chicago L.R.*, 1963, p. 669, vede nei circa cinquanta riferimenti alla buona fede sparsi nei quattrocento articoli di quel codice — specialmente in quello dell'art. 1 — proprio il ritorno a « an ancient, although largely forgotten, principle »), l'attitudine è ovviamente quella di una ricognizione analitica dei modi in cui i rapporti tra le parti vengono presi in considerazione nei casi concreti (cfr. ancora BURROWS, *Contractual co-operation*, cit., p. 390; FARNSWORTH, *Good faith*, cit., pp. 674, 679, che non a caso, accanto all'opera di « creative judges », invoca quella di « researchful lawyers »).

Per la giurisprudenza spagnola una esposizione è in DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fé*, Barcelona 1965, pp. 130-136, 168-174.

‘contrattare’ (non di contrarre) a carico di uno o di entrambi i contraenti. Si consideri, ad esempio, quanto è previsto dall’art. 4, 3° comma, della legge 27 gennaio 1963, n. 19, ove è disposto che il conduttore può rinunciare al compenso per l’avviamento, optando per la proroga del contratto *ad un canone da concordarsi tra le parti*. Il problema posto da questa norma riguarda il potere del giudice di fissare l’ammontare del canone in mancanza dell’accordo degli interessati: problema la cui importanza pratica è evidente, poichè altrimenti il locatore avrebbe sempre la possibilità di paralizzare la scelta del conduttore favorevole alla proroga, avanzando pretese eccessive in ordine all’ammontare del canone. Si è detto che l’obbligo posto dalla legge riguarderebbe il momento della trattativa: in altri termini, il locatore dovrebbe soltanto accettare di discutere sull’ammontare del canone. Ma questa sembra una conclusione in manifesto contrasto con il sistema della legge, che ha inteso rimettere al solo conduttore la scelta tra l’indennizzo e la proroga: mentre limitare al solo momento della trattativa l’obbligo del locatore, significherebbe capovolgere questa impostazione e fare di quest’ultimo l’unico arbitro del futuro assetto di interessi. Di conseguenza, la determinazione ad opera del giudice dell’ammontare del canone avrebbe proprio la funzione di impedire che la scelta del conduttore venga resa inoperante dal mero arbitrio del conduttore, e di rendere possibile la realizzazione dell’assetto di interessi che la legge individua come il più desiderabile (170).

Analogo discorso può essere fatto nel caso in cui, sempre

(170) Cfr. la nostra nota *In tema di integrazione del contratto*, in *Foro pad.*, 1965, I, cc. 160-162, con indicazioni giurisprudenziali e bibliografiche.

in un contratto di locazione, venga stabilita una clausola che preveda il diritto del conduttore di chiedere il rinnovo « a condizioni da stabilire ». Anche in questa ipotesi, un mero impegno ad « avviare trattative » è espressione giuridicamente priva di senso, poichè a tale impegno ben può adempiersi con l'apertura di trattative a condizioni tali da renderne poi impossibile la conclusione: di conseguenza, l'intervento del giudice sulla base della correttezza è l'unico strumento idoneo a consentire l'attribuzione di un valore giuridico alla clausola voluta dalle parti (171).

In entrambi i casi ricordati, l'integrazione secondo correttezza operata dal giudice può ben essere giustificata con le considerazioni seguenti. La previsione legale o convenzionale dell'obbligo di avviare trattative risulta praticamente priva di significato, se ad essa si accompagna l'affermazione della assoluta libertà delle parti in ordine allo svolgimento delle trattative stesse: in realtà, non sarebbe allora possibile segnare alcuna differenza 'giuridica' tra un contratto a cui non accedesse una previsione del genere ricordato ed uno a cui questa fosse riferibile. E l'obbligo di avviare trattative si definirebbe come la molierana « *obligation chimérique* », chè il cosiddetto obbligato potrebbe sempre sottrarsi al vincolo manifestando una pretesa del tutto inaccettabile dalla controparte. D'altro canto, quell'obbligo non potrebbe neppure essere risolto in una riaffermazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nel corso delle trattative, essendo tale dovere già autonomamente posto dall'art. 1337.

Non esiste, allora, altra possibilità se non quella di ri-

(171) La nullità della clausola e l'esclusione dei poteri del giudice in ordine alla fissazione del canone sono stati invece affermati da Cass. 11 agosto 1966, n. 2201, in *Rep. Foro it.*, 1966, voce *Locazione*, n. 20.

tenere che il vincolo consista proprio nell'obbligo a contrattare a condizioni determinate alla stregua del criterio di correttezza, conformemente alla natura dell'affare ed agli usi del traffico. In caso di inadempimento, quindi, non è certo possibile far capo alla sanzione prevista dalla minore e diversa ipotesi dell'art. 1337 (risarcimento dei danni), ma si deve ritenere legittima l'integrazione operata dal giudice secondo correttezza.

Una seconda, e più generale, figura sintomatica si ritrova nei casi in cui il giudice interviene a completare una pattuizione in ordine ad un elemento che le parti avevano rimesso ad un successivo accordo, essendo mancato quest'ultimo per il contegno non conforme a correttezza di una delle parti. La giurisprudenza in tal senso è ormai copiosa, ed ha completamente superato talune rigidità che avevano caratterizzato la prime sentenze in materia, tanto che si giunge ormai a generalizzare l'intervento del giudice anche oltre le ipotesi di contegno scorretto di una delle parti (172). Le decisioni riguardano sostanzialmente casi di determinazione dell'oggetto del contratto, e si svolgono secondo la seguente linea argomentativa: la riserva di procedere con un successivo accordo alla determinazione dell'oggetto è parificata ad

(172) Tale orientamento giurisprudenziale è comunemente fatto risalire a Cass. 11 agosto 1947, n. 1492, in *Foro it.*, 1948, I, c. 958: una decisione, questa, che sembrò « gravissima » al MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., p. 134, nota 15, il quale tuttavia la giustificava con le particolarità del contegno della parte, evidentemente scorretto (la sentenza è stata criticata da CARRESI, *Il contenuto del contratto*, cit., p. 375, il quale erroneamente cita come contraria l'opinione di SCOGNAMIGLIO, *Contratti*, cit., p. 131). Cfr. inoltre Cass. 18 marzo 1960, n. 558, in *Rep. Giust. civ.*, 1960, voce *Obb. contratti*, n. 254; Trib. Torino 6 aprile 1964, in *Foro pad.*, 1964, I, cc. 1323-1329; Cass. 26 marzo 1965, n. 502, in *Giust. civ.*, 1965, I, pp. 1371-1375. Si vedano i rilievi a Cass. 4 giugno 1946, n. 721 di NATOLI, *Significato e limiti dell'intervento del giudice nella determinazione della cosa e del prezzo*, in *Giur. comp. Cass. civ.*, 1946, II, 1, pp. 176-184, in part. 184.

una remissione della determinazione stessa ad un equo apprezzamento; di conseguenza, la mancanza dell'accordo conferisce al giudice il potere di procedere alla determinazione; quest'ultima è effettuata sulla base del complesso delle clausole contrattuali, anche se i criteri desumibili da queste non siano nè rigidi, nè univoci.

Questa argomentazione potrebbe essere indicata come un modello a quanti si scandalizzano di fronte ai tentativi di valorizzare le clausole generali, affermando che queste esaltano quell'arbitrio del giudice altrimenti frenato dalla normativa analitica. Ora, poche norme sono così circostanziate come l'art. 1349, dove si afferma che il potere del giudice può essere adoperato solo nel caso in cui manca la determinazione dell'oggetto affidata all'equo apprezzamento di un terzo. E, nei casi ricordati, non solo non v'è alcun terzo a cui sia stata rimessa la determinazione, ma la riserva della determinazione ad un accordo successivo rende manifesta l'intenzione delle parti di voler procedere ad una trattativa ulteriore, al di là di ogni equo apprezzamento.

Ciò dimostra come i giudici preferiscano forzare la lettera di norme di comune applicazione, piuttosto che ricorrere a norme più aderenti al caso da decidere, ma di uso raro o difficile. Nelle ipotesi sopra ricordate, infatti, siamo di fronte a comportamenti evidentemente scorretti di una delle parti, che impedisce la conclusione del successivo accordo o cerca di sfruttare la mancata conclusione dell'accordo per sottrarsi ad altri impegni assunti: un terreno, dunque, che più propizio non potrebbe essere alla applicazione della clausola generale di correttezza.

Se si muove da questo rilievo, e dalle sommarie considerazioni critiche svolte in precedenza, ci si avvede come la giurisprudenza, al di là delle forzature testuali, abbia com-

più una operazione riduttiva perfettamente coerente al tipo di ricostruzione generale che qui stiamo proponendo. I giudici, infatti, si limitano a richiedere che le parti si sentissero vincolate dall'accordo già raggiunto sugli altri punti, procedendo poi su questa base alle integrazioni necessarie alla concreta operatività del regolamento contrattuale: e ciò equivale a dire che l'integrazione secondo correttezza richiede soltanto che la fonte privata abbia dato l'avvio al regolamento in questione. E la determinazione degli elementi mancanti ad opera del giudice si fonda proprio sull'esistenza di una situazione contraria alla correttezza, considerata sotto il profilo della solidarietà tra contraenti.

In tale opera di determinazione, l'estensione dei poteri del giudice non va misurata in base all'« equità » del suo apprezzamento, come pure sembra che si possa desumere da alcune delle sentenze citate: a ben guardare, questo richiamo dell'equo apprezzamento è poco più che una reminiscenza di quanto è detto nell'art. 1349, e non risolve affatto il problema dei limiti al potere del giudice, potendo al più significare una cosa ovvia, cioè che il giudice non può procedere arbitrariamente all'integrazione. Il limite in questione va cercato altrove, e precisamente nell'affermata necessità di non apportare modifiche « sostanziali » al patto originario, secondo un giudizio che tenga conto dell'apprezzamento sociale del tipo di operazione economica posto in essere dalle parti.

Bisogna chiedersi, invece, se un limite al giudice non sia imposto dal carattere formale del contratto da integrare. A nostro avviso, una risposta affermativa potrebbe essere possibile solo a prezzo di gravi confusioni e di un sostanziale travisamento della funzione della forma. Le disposizioni riguardanti quest'ultima, infatti, riguardano unicamente

l'attività delle parti private, né sembra possibile un loro riferimento alle altre fonti del regolamento contrattuale: altrimenti, dovrebbe anche giungersi alla conclusione che neppure gli artt. 1339, 1344 e 1419 cpv. siano applicabili ai negozi formali. Di conseguenza, il problema qui posto non può essere confuso con quello della *relatio* nei negozi formali e non può, quindi, essere pregiudicato o semplificato da qualsiasi soluzione si raggiunga in ordine a quest'ultimo. Deve soltanto osservarsi che l'integrazione secondo correttezza, ammissibile per qualsiasi contratto, richiede che l'attività delle parti sia stata svolta in modo formalmente adeguato, non essendo pensabile che l'integrazione possa riguardare la stessa forma, cioè un requisito previsto specificamente in ordine all'attività delle parti private.

Più complessa delle precedenti si presenta una terza figura sintomatica delle applicazioni della clausola generale di correttezza, che potrebbe essere individuata con riferimento ai rapporti tra regolamento predisposto, risultato previsto da una delle parti e risultato effettivamente conseguito: sul piano, cioè, della valutazione comparativa degli interessi dei diversi contraenti, quando ci si trovi in presenza del comportamento di una parte che impedisce all'altra di trarre dal contratto quelle utilità che ad esso potevano ragionevolmente essere riferite (173).

Tra i casi decisi dalla giurisprudenza si segnalano quelli relativi ad ipotesi di alienazioni immobiliari successive, la seconda delle quali comporti un pregiudizio per l'acquirente del primo immobile, a causa di un comportamento scorretto del venditore. È stata, infatti, affermata la responsabilità dell'alienante che, avendo costituito una servitù a favore del compratore di un suo fondo, abbia poi venduto

(173) Su questo problema cfr. le indicazioni e la interessante casistica di BURROWS, *Contractual co-operation*, cit., pp. 390-407.

come libero il fondo servente (174). I giudici hanno esattamente posto in rilievo che « il costituente, al pari dell'alienante, deve fare quanto è in suo potere per far acquistare effettivamente all'altra parte il diritto che si è costituito » e « non deve compiere atti che svuotino di contenuto il diritto da lui fatto volontariamente sorgere », o che comunque pregiudichino il diritto costituito (175): e la ragione di ciò è indicata proprio nell'obbligo di comportarsi secondo buona fede imposto alle parti di un contratto.

Al medesimo ordine di considerazioni possono essere ricondotte quelle sentenze in cui si afferma che, in sede di riproduzione del negozio, le parti sono tenute a tutti i necessari chiarimenti in ordine al contenuto del negozio stesso (176); che è contrario a buona fede il rifiuto opposto dal venditore di un immobile a prestare il proprio consenso per procedere alla rettifica di un atto pubblico di vendita, in cui sia contenuto un errore relativo ai dati catastali, errore riconosciuto dallo stesso venditore (177); che il creditore è tenuto ad accettare quelle sostituzioni delle condizioni contrattuali, rivelatesi inattuabili, che non importino una modifica sostanziale del patto originario (178). In tutte queste

(174) Cass. 27 marzo 1965, n. 518, in *Foro it.*, 1965, I, cc. 1743-1748, con nota di BRANCA, *Buona fede e doppia alienazione immobiliare*; e Cass. 24 novembre 1966, n. 2797, in *Foro pad.*, 1967, I, cc. 123-126. Sul punto DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., pp. 413-414.

(175) Cass. 27 marzo 1965, n. 518, cit., cc. 1747-1748, in motivazione.

(176) « Qualora sia venduto un immobile con scrittura privata nella quale sia fatta riserva di successiva stipulazione dell'atto pubblico di vendita, le parti, nella traduzione della scrittura stessa nel rogito notarile, sono tenute non alla letterale riproduzione del contenuto della scrittura medesima, ma a prestarsi alle enunciazioni che possano chiarirlo »: così Cass. 26 marzo 1966, n. 825, in *Giust. civ.*, 1966, I, p. 1989. E cfr. Cass. 24 giugno 1968, n. 2108, in *Foro pad.*, 1969, I, cc. 197-198.

(177) Cfr. Cass. 5 gennaio 1966, n. 89, in *Foro pad.*, 1966, I, cc. 524-526.

(178) Così Cass. 16 gennaio 1954, n. 86, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce *Obb. contratti*, n. 207.

ipotesi, è evidente la finalità di dar vita ad un regolamento contrattuale il più possibile aderente all'interesse concretamente perseguito, evitando che una delle parti possa vedersi privata delle utilità sperate da un comportamento della controparte solo apparentemente rispettoso della lettera del regolamento. Ancor più che nelle figure sintomatiche precedentemente analizzate, qui appare evidente come il criterio della correttezza possa essere adoperato al fine di inserire nel contratto quelle specificazioni rese necessarie dal tipo di operazione economica perseguito, secondo un apprezzamento sociale degli interessi in gioco nell'operazione stessa (179).

Per meglio specificare l'ambito entro il quale si ritiene che debba assumere rilevanza la ricordata corrispondenza tra regolamento predisposto e risultato realizzato, è opportuna una esemplificazione ulteriore. I casi riguardano la consegna di merci diverse da quelle dedotte in contratto (180) o in quantità eccedenti quella pattuita (181), e consentono una precisa valutazione tanto della posizione del venditore, che di quella del compratore. Per quanto riguarda quest'ultimo, l'applicazione della clausola generale

(179) Un chiarimento ulteriore di quanto è detto nel testo può derivare dalla considerazione di Cass. 28 maggio 1966, n. 1404, in *Foro it.*, 1967, I, cc. 310-311 (con osservazione di BRANCA, *Muro sul confine e abuso del diritto*). La massima è la seguente: « Richiesta e non ancora costituita la comunione forzosa del muro di confine del vicino, questi può arretrarlo o demolirlo, ma il suo contegno può risultare illecito, processualmente o extraprocessualmente ». Pure con le differenze derivanti dal fatto che qui non ci troviamo sul terreno contrattuale, è interessante notare le ragioni che hanno indotto a ritenere scorretto il contegno del proprietario, che era volto proprio ad impedire un risultato per la cui realizzazione l'altro soggetto aveva già predisposto i necessari strumenti.

(180) Cfr. Cass. 16 febbraio 1963, n. 357, già citata e discussa alla nota 121.

(181) Si veda App. Genova, 4 febbraio 1953, in *Rep. Foro it.*, 1953, voce *Vendita*, n. 214 (su cui BRECCIA, *Diligenza e buona fede*, cit., p. 136).

di correttezza comporta l'obbligo di restituzione della merce diversa o eccedente o, quanto meno, la custodia nell'interesse del venditore. Ed è stato rilevato che la considerazione di questi obblighi sotto il profilo della correttezza, e non già dell'art. 2037, non è senza conseguenze pratiche, dal momento che in tal modo risultano irrilevanti le indagini intorno allo stato subbietivo del compratore, altrimenti richieste dall'articolo citato per affermare la responsabilità dello stesso compratore (182).

D'altra parte, la posizione del venditore viene in questione nel caso in cui egli rifiuti di cooperare alla eliminazione delle conseguenze della consegna di una merce in luogo di un'altra. Qualora questo suo comportamento non sia giustificato, e da esso derivi un pregiudizio alla controparte, non sembra possibile dubitare della esistenza di un comportamento contrario alla correttezza, sanzionabile con l'obbligo di risarcire i danni arrecati.

Ci si può chiedere se la corrispondenza tra regolamento predisposto e risultato previsto, considerata finora soltanto sotto il profilo della determinazione del complesso degli obblighi a cui le parti sono tenute, possa talora imporre addirittura l'inadempimento di obbligazioni. Il caso, che costituisce lo spunto per queste riflessioni, riguarda un amministratore di condominio che non eseguì una delibera assembleare, la cui revoca sarebbe stata pronunciata certamente, nella seduta successiva, dalla maggioranza dei condomini assenti nella precedente seduta (183).

(182) Così BRECCIA, *op. loc. ultt. citt.*

(183) Cfr. Cass. 8 ottobre 1963, n. 2688, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, cc. 1190-1198, con nota di M. SEGNI, *Diligenza e buona fede nell'esecuzione del mandato*. In quest'ultima nota si manifestano riserve intorno alla possibilità di distinguere tra buona fede e diligenza per ciò che attiene alla determinazione del contenuto (c. 1192), così criticandosi talune opinioni da noi sostenute. Tuttavia, più avanti (cc. 1192-1193) si procede ad una

L'opinione corrente, confortata anche dal valore semantico del termine adoperati (*integrazione*), intende il ricorso alla normativa di correttezza unicamente sotto il profilo dell'aggiunta di nuove obbligazioni a quelle già previste dalle parti, dell'arricchimento o dell'inflazione del contenuto obbligatorio. Si è già avuto modo di osservare, tuttavia, che questa è una opinione fortemente condizionata da un modo d'intendere l'integrazione in funzione esclusiva del riempimento delle eventuali lacune del regolamento contrattuale: mentre la considerazione sotto il profilo del concorso di fonti consente di vedere l'integrazione anche nella diversa prospettiva della modifica del contenuto del contratto (si pensi, in relazione all'integrazione legale, all'art. 1339). Sembra possibile, allora, ammettere in via di principio che la normativa di correttezza possa pure imporre al debitore di non adempiere a talune obbligazioni, quando ciò sia volto alla tutela dell'interesse del creditore nel quadro generale della corrispondenza tra regolamento predisposto e risultato previsto (184).

I limiti entro i quali è consentito il ricorso alla normativa di correttezza, per garantire tale corrispondenza, si collegano invece in ipotesi in cui il sopravvenire di fatti nuovi, non contemplati dalle parti all'atto della stipulazione del contratto, incide variamente sulla realizzazione del risultato. Così, si è ritenuto negligente il comportamento del destinatario di una promessa di vendita di un'area da parte di un terzo, nel caso in cui, avuta notizia prima della sca-

distinzione tra buona fede («... che, regolando tutta la condotta del debitore, può avere come contenuto un comportamento nel quale non rientri l'adempimento») e diligenza («... che, disciplinando esclusivamente l'esecuzione della prestazione, *stabilisce evidentemente solo il criterio con cui questa attività deve essere realizzata*»), distinzione che nella sostanza ci sembra largamente coincidente con quella da noi proposta.

(184) Cfr. BRECCIA, *Diligenza e buona fede*, cit., p. 130, ed ivi bibl.

denza del termine fissato nella promessa del fatto altrui che il terzo non ha intenzione di vendere, non impiega tempestivamente in analogo acquisto la somma prevista in promessa quale corrispettivo della vendita (185). Questo, però, non ci sembra un atteggiamento da secondare, chè il richiamo alla correttezza è possibile solo quando si può stabilire una diretta corrispondenza tra regolamento e risultato, non già tutte le volte in cui si è comunque in grado di accertare l'esistenza di una possibilità di tutela dell'interesse di una delle parti, sia pure attraverso la realizzazione di un risultato diverso. Più esatta, allora, ci sembra la strada scelta dai quei giudici che, decidendo in ordine alla vendita di un immobile nel corso di una espropriazione ritenuta legittima, hanno negato la possibilità di ricorrere all'art. 1374 per consentire al venditore di pretendere che l'acquirente agisse per la dichiarazione di incostituzionalità dell'espropriazione, in conseguenza di una decisione della Corte costituzionale intervenuta alcuni anni dopo (186).

In aggiunta a quelle finora individuate, una quarta figura sintomatica può essere ritrovata nei cosiddetti obblighi di avviso, che costituiscono il tema a cui è stata finora dedicata la maggiore attenzione da parte degli studiosi italiani. A tal proposito, tuttavia, vogliamo limitarci ad una indicazione di carattere generale, ribadendo quanto già abbiamo avuto occasione di dire a proposito dei cosiddetti doveri di protezione (187). Riteniamo, cioè, che la categoria degli

(185) App. Napoli, 26 marzo 1962, in *Temì*, 1964, pp. 47-52 (con nota di SCALFI, *Determinazione dell'indennità nella promessa del fatto altrui*). Ma un diverso orientamento, anche se la sentenza richiama l'art. 1227, può scorgersi in Cass. 30 dicembre 1964, n. 2984, in *Rep. Giust. civ.*, 1964, voce *Danni*, n. 24.

(186) Così App. Firenze, 27 ottobre 1967, in *Foro pad.*, 1968, I, cc. 448, 457-460.

(187) Cfr. *retro*, n. 3.

obblighi di avviso non debba mai costituire un pretesto per modificare le posizioni processuali individuate dalla normativa sulla responsabilità civile o per sostituire soluzioni raggiungibili con l'ordinaria disciplina dell'adempimento delle obbligazioni (188). Gli obblighi di avviso possono costituire materia per una integrazione del contratto secondo la clausola generale di correttezza solo nelle ipotesi in cui riguardano fatti tali da comportare modifiche sostanziali delle posizioni delle parti o da compromettere addirittura la realizzazione dell'operazione economica nel suo complesso (189).

(188) Si considerino le ipotesi connesse allo sciopero dei dipendenti di una delle parti di un contratto, su cui BRECCIA, *Diligenza e buona fede*, cit., pp. 113-114, con indicazioni giurisprudenziali; o quelle relative all'individuazione dell'oggetto, su cui RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 395.

(189) Si può citare il caso del locatore che, ricevendo una disdetta della locazione non firmata dal conduttore, non informi del fatto quest'ultimo: in una ordinanza Pret. Roma, 24 febbraio 1965, in *Foro pad.*, 1965, I, cc. 1432-1433, si è affermato che « il destinatario che riceve una missiva non firmata contenente una dichiarazione negoziale, qualora in essa sia indicato il nominativo del mittente, ha l'obbligo di informarlo, *semperché con il medesimo sia legato da un rapporto contrattuale* ». Un'altra ipotesi di obbligo di avviso, nel significato restrittivo adottato nel testo, può essere ritrovata nell'obbligo del creditore di dar notizia al fideiussore delle sopravvenute difficoltà del terzo garantito, prima di continuare a far credito (cfr. Cass. 13 giugno 1967, n. 1320, in *Foro it.*, 1967, I, cc. 1393-1398).

## CAPITOLO TERZO

### L'EQUITÀ E I POTERI DEL GIUDICE

**SOMMARIO:** 1. *Significato e funzione dell'equità nel sistema civilistico:* Equità e concretezza delle decisioni: atteggiamenti dottrinari ed orientamenti giurisprudenziali. - Giudizi di valore e certezza del diritto. - Il valore dell'equità in un ordinamento codificato. - Esigenze del sistema e giustizia del caso singolo. - Povertà dell'elaborazione dommatica. - L'equità come componente interna del sistema. — 2. *La definizione dell'equità contrattuale:* Fonti del regolamento contrattuale e poteri del giudice. - Analogia e principi generali nella costruzione del regolamento contrattuale. - L'equità e l'uso. - L'equità come indicazione sintetica di soluzioni particolari. - Giudizio d'equità e generalizzazioni costruttive. - Le norme sull'equità nel Codice civile. - L'equità non riguarda l'adeguatezza delle prestazioni o l'armonia del contratto con le generali esigenze economiche e sociali. - L'equità come potere del giudice di dare rilievo alle 'circostanze' del contratto. — 3. *Le circostanze del contratto:* I limiti del potere del giudice e la nozione di 'circostanza'. - Circostanza ed ambiente contrattuale. - Le circostanze presupposte. - Attività interpretativa e circostanze: limiti. - Circostanze soggettive ed oggettive. - Presupposizione e circostanze. - Limiti legislativi al rilievo delle circostanze. - Il precetto contrattuale e le circostanze: lo sviluppo logico della dichiarazione ed il criterio di normalità. - Le circostanze rilevanti in via equitativa. — 4. *Poteri del giudice ed area d'incidenza dell'equità:* Circostanze rilevanti ed allegazioni delle parti. - Le caratteristiche particolari del giudizio d'equità: loro estensibilità in relazione all'equità contrattuale. - L'art. 1374: l'equità opera « in mancanza » della legge. - Equità e contratti innominati. - Il rapporto dell'equità con le altre fonti d'integrazione.

1. *Significato e funzione dell'equità nel sistema civilistico.* — Le difficoltà preliminari, che si ponevano a proposito del principio di correttezza e che consistevano nella stessa legittimità di comprendere tale principio tra i mezzi

d'integrazione del contratto, non hanno certamente ragion d'essere per ciò che riguarda l'equità, grazie all'esplicita previsione dell'art. 1374. Ma questa è soltanto una apparente semplificazione del problema, che si complica non appena si coglie l'atteggiamento che gli studiosi del diritto positivo son soliti assumere verso il criterio dell'equità, e l'interpretazione che, di conseguenza, sono portati a dare di quella parte dell'art. 1374 che lo contempla. Atteggiamento ed interpretazione che, in sostanza, si risolvono in una totale svalutazione della portata concreta di quel criterio, sia quando se ne contesta la pratica operatività a ragione della sua indeterminatezza; sia quando lo si risolve nella richiesta di una giurisprudenza maggiormente attenta alle peculiari ragioni di ciascun caso. Sarebbe agevole replicare che l'apparente indeterminatezza di un concetto non giustifica la disattenzione o il disinteresse dell'interprete, il quale potrebbe concludere per la mancanza di ogni valore normativo del concetto solo dopo aver fatto ogni tentativo per cogliere tale valore: d'altra parte, una conclusione negativa sarebbe certamente illegittima in un ordinamento come il nostro, chè un giudice non potrebbe rifiutarsi di decidere secondo equità, qualora le parti gliene facessero richiesta ai sensi dell'art. 114 del codice di procedura civile (o qualora si versasse nel caso contemplato dal capoverso dell'art. 113 dello stesso codice), adducendo a motivo del suo rifiuto l'indeterminatezza del concetto (ed è forse questa ragion pratica ad aver determinato la maggiore attenzione dei processualisti per il problema). Così, la richiesta di una giurisprudenza più aderente alle ragioni del caso concreto non ha nulla a che fare con il problema dell'equità, costituendo, invece, una critica all'attitudine prevalente dei nostri giudici, assai più attenti a cogliere l'occa-

sione per enunciare una nuova *massima* generale ed astratta, che non disposti a sacrificare qualche dubbia ragione di logica ad una più piena adesione alla controversia loro sottoposta (1). Se, poi, la richiesta di concretezza significasse il bisogno di avere i giudici più vicini alla realtà del loro tempo e più attivi collaboratori del progresso sociale, questa sarebbe questione ancor più dell'altra lontana dal problema dell'equità, e che riguarderebbe nella sostanza la cultura dei giudici e la funzione della giurisprudenza, che sono questioni politiche e certamente estranee alla ricostruzione positiva di un concetto (2).

È vero, ad ogni modo, che nemmeno questa volta si possono attingere alla giurisprudenza elementi costruttivi, chè le decisioni in tema di equità sono assai più rare di quanto non lo fossero quelle fondate sulla correttezza e sulla buona fede (3); ed anche perchè il giudizio d'equità previsto dall'art. 114 c.p.c. « non ha mai avuto, contrariamente agli auspici, vita feconda » (4). E da questa situazione dovrebbe dedursi non soltanto la resistenza dei giudici a servirsi del criterio d'equità come concreto strumento di decisione, ma

(1) Ci permettiamo di rinviare ancora una volta a ciò che scrivevamo ne *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 29-30, ed alla bibliografia indicata *ivi* alla nota 53.

(2) Cfr. CROCE, *Conversazioni critiche*<sup>2</sup>, serie prima, Bari 1924, p. 246. Sul problema le vivaci osservazioni di A. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, Bari 1962.

(3) Basta scorrere raccolte e rassegne, che si limitano tutte a riportare una sentenza (Cass. 2 aprile 1947, n. 503, in *Foro Pad.*, 1947, I, c. 281) in cui si afferma che « l'equità è, a norma dell'art. 1374, un elemento sussidiario, non tanto per l'interpretazione delle norme contrattuali, quanto per derivarne, oltre e in aggiunta alla volontà manifesta dalle parti, elementi apprezzabili al fine di determinare i limiti e il contenuto delle obbligazioni contratte ». Ma, per alcuni casi recenti, cfr. n. 3.

(4) Così CAPPELLETTI, *Il giudizio d'equità e l'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, II, p. 143.

pure l'attitudine dei privati scarsamente fiduciosa in uno strumento siffatto.

Le ragioni profonde, che ispirano perplessità e diffidenze verso il criterio dell'equità, trovano così conferma in una attitudine sociale assai più generalizzata di quella propria al ceto dei giuristi. Sarebbe così confermato che, posti di fronte all'alternativa tra un continuo adattamento del diritto alle situazioni concrete e la certezza del diritto, i membri di una società sono tutti portati a scegliere questa ultima soluzione.

Questa, però, sarebbe una impostazione ingannevolmente semplificatrice, e tale da non aderire alla realtà delle cose. In primo luogo, non si tratta di accertare una opinione o un atteggiamento prevalente, ma di individuare il significato di una proposizione normativa; in secondo luogo, pure ammettendosi la legittimità della ricerca volta a stabilire la prevalenza dell'esigenza di certezza, tale ricerca non potrebbe esaurirsi in una sorta di sondaggio di opinioni, ma dovrebbe stabilire se effettivamente il concreto modo di operare dei giudici giustifichi in tutto l'atteggiamento di chi ritiene inammissibile, o pericoloso, il ricorso a strumenti equitativi. Ora, superando talune controversie di principio sul carattere dichiarativo o creativo dell'interpretazione (e sulla conseguente qualificazione dell'attività del giudice), le indagini degli ultimi tempi hanno chiaramente messo in luce come i giudizi di valore siano ineliminabili dell'attività del giudice (5) e come lo stesso

(5) Ci si può limitare a ricordare, tra gli scritti italiani, l'opera di CALANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova 1954. D'altra parte, l'indagine più ampia dedicata negli ultimi anni all'equità — quella di DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova 1958 — muove proprio da queste premesse, dedicando l'intero primo capitolo al « confluire in unica concreta pronuncia di giudizi di conoscenza verificabili

discorso sulla certezza debba tener conto di questo fattore ineliminabile (6): nè queste conclusioni potrebbero essere respinte in nome di diverse premesse teoriche, dal momento che i dati sui quali si fondano sono continuamente confermati da analisi sociologiche e comportamentistiche sempre più penetranti (7).

Ma non è un discorso sulla certezza del diritto che ci proponiamo, e neppure una rassegna dei diversi significati storicamente assunti dal concetto di equità (7-bis). L'uno e

e di giudizi di valore che hanno il loro metro solo nella coscienza del singolo » (p. 142), ed offrendo di ciò significative esemplificazioni. Una ricca serie di spunti tratti da analisi di casi concreti, si trova, ad esempio, in BOULANGER, *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, in *Riv. trim. dr. civ.*, 1961, pp. 417-441; R. E. KEETON, *Creative continuity in the law of torts*, in *Harvard L.R.*, 1962, pp. 463-509; R. STEVENS, 'Hedley Byrne v. Heller': *judicial creativity and doctrinal possibility*, in *Modern L.R.*, 1964, pp. 121-166; LARENZ, *Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik*, in *Juristenzeitung*, 1962, pp. 105-110; MEYER-LADEWIG, *Justizstaat und Richterrecht*, in *Arch. civ. Pr.*, 1962, pp. 97-108. Cfr., in generale, i rilievi critici, relativi alla specifica questione dell'*equity*, di WASSERSTROM, *The judicial decision*, Stanford 1961, pp. 84-117.

(6) Si può rinviare alle pagine conclusive di CAIANI, *I giudizi di valore*, cit., pp. 290-291, che approfondendo il tema della certezza, osservava come la « certezza che in fondo è più necessaria al soggetto concreto, e che questi forse reclama più d'ogni altra, quando la legge debba venire applicata nei suoi confronti » non sia « la certezza astratta della legge », ma la « certezza concreta della sentenza » (p. 291). Che, poi, l'esigenza di certezza nei rapporti individuali non possa disgiungersi dalla necessità « di una miglior conformazione dei rapporti sociali », è ben chiarito da DE MARINI, *Il giudizio di equità*, cit., p. 203.

(7) È sufficiente confrontare, per una prima serie di indicazioni, F. J. DAVIS-H. H. FOSTER, *The judicial process and social change*, nel volume collettaneo *Society and the Law*, Glencoe 1962, pp. 95-145; SCHUBERT, *Introduction: from public law to judicial behaviour*, nel volume collettaneo *Judicial Decision-Making*, Glencoe 1963, pp. 1-10. In generale L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967.

(7-bis) Si veda, per una serie di indicazioni generali, DE MARINI, *Il giudizio di equità*, cit., cap. II, *passim*; e, tra gli scritti italiani, SERENI, *L'« equity » negli Stati Uniti*, in *Studi di diritto comparato*, I, Milano 1956, pp. 67-147. In generale, cfr. HERING, *Die Billigkeit im philosophischen*

l'altra sono certamente tra i presupposti di questa indagine: ma, proprio perchè tali, ci limiteremo a richiami essenziali, là dove l'intelligenza del discorso lo renderà assolutamente necessario. In questa sede, ci interessa stabilire quale sia il valore normativo del criterio d'equità e quale il suo significato nel quadro dell'integrazione del contratto. Per ciò sono necessarie due precisazioni: la prima, relativa al valore dell'equità in un ordinamento codificato; l'altra, legata alle esigenze che, in una particolare situazione storica, determinano il ricorso a criteri equitativi.

È ben vero che l'una e l'altra questione potrebbero essere superate, osservandosi che la previsione legislativa dell'equità è appunto contenuta in una codificazione, e che il criterio in esame, partecipando dell'astrattezza e della generalità proprie della legge scritta, è destinato ad operare indipendentemente dal sopravvenire o dal permanere di determinate condizioni storiche. Ma, anche questa, sarebbe una conclusione eccessivamente semplificatrice, poichè la natura del concetto in questione è tale che soltanto una precisa individuazione del tessuto in cui è chiamato ad operare può consentire un chiarimento della posizione sistematica e della funzione dell'equità nel nostro ordinamento legislativo.

È osservazione corrente che il sopravvenire delle codificazioni abbia fatto grandemente diminuire il significato

*Rechtsdenken*, Tübingen 1938. Per il sistema inglese può vedersi MAITLAND, *Equity*<sup>c</sup>, Cambridge 1949, pp. 1-22; e la chiara esposizione di ALLEN, *Law in the making*<sup>d</sup>, rist., Oxford 1961, pp. 366-408; e le notazioni comparatistiche di FRIEDMAN, *Legal theory*, cit., pp. 493-496. Sulla situazione presente, la vivace critica di DENNING, *The need for a new equity*, in *Current Legals Problems*, V, London 1952, pp. 1-10. Per una veduta d'insieme dei problemi inerenti alla tradizione storica cfr. CALASSO, *Medio evo del diritto*, I, Milano 1954, in particolare pp. 331-340, 476-484; G. KISCH, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit*, Basel 1960, pp. 14-54, 529-538.

dell'equità, a causa dell'assoluta prevalenza accordata alla legge scritta (8). Più propriamente, deve dirsi che il fatto della codificazione importava una radicale modifica della posizione sistematica dell'equità, che non poteva essere più considerata in contrapposto al diritto, ma, una volta richiamata da quest'ultimo, si prospettava come una componente interna del sistema codificato (9): e l'antico ricorso a due diversi ordini di valutazioni sfumava nel conflitto, tipicamente razionalistico (10), tra esigenze del sistema e giustizia del caso singolo. Forse, però, la ragione più vera della declinante fortuna della equità nei sistemi codificati non va cercata nella prevalenza della norma scritta, ma nel progressivo ampliarsi dei poteri affidati al giudice: mancando la possibilità di far capo all'equità come ad un sistema autonomo di valutazioni, l'adattamento della norma al caso concreto (in cui si fa consistere appunto una delle funzioni dell'equità) (11) finiva con l'essere compreso nella stessa attività interpretativa. Si spiega, così, come al declinare dell'interesse per le indagini sull'equità si accompagni l'attenzione crescente per i problemi dell'interpretazione; e come l'equità non trovi quasi nessuna considerazione nelle indagini dedicate ad una rigorosa ricostruzione dogmatica del sistema (12).

(8) In generale ASCARELLI, *Studi di diritto comparato*, cit., pp. 182-183, 186-188. E cfr. DE MARINI, *Il giudizio di equità*, cit., p. 164; e già BRUCI, *L'equità e il diritto positivo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1923, p. 451.

(9) Esatti rilievi in ROSS, *On law and justice*, cit., p. 284.

(10) Così ESSER, *Wadlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht*, in *Summum Ius Summa Iniuria*, Tübingen 1963, p. 22.

(11) Una diffusa esposizione delle diverse ricostruzioni dell'equità è nel già ricordato secondo capitolo di DE MARINI, *Il giudizio di equità*, cit.

(12) « Il concetto di equità è uno dei più controversi e non sembra che le stesse valutazioni cui è pervenuta la dottrina siano molto conclusive da un punto di vista dogmatico » (SALV. ROMANO, *Ordinamento sistematico*

E la povertà di questa elaborazione dogmatica, scarsamente rilevante quando l'equità costituisce essa stessa un autonomo ordine di valutazioni, doveva risaltare con evidenza sempre maggiore man mano che il sistema, di cui essa era ormai parte, si avviava ad essere rigoroso ordinamento di concetti. Nè potrebbe con giustizia obiettarsi che l'esigenza di maggior precisazione concettuale è frutto di mentalità aridamente legalistica, incapace di comprendere e più ricche ragioni che, attraverso l'equità, trapassano nel sistema. In verità, non sono quelle ragioni ad essere legate da chi cerca di cogliere con maggior precisione i contorni dell'equità: riteniamo, anzi, che esse siano ben presenti a chi orienti in tal modo la propria ricerca, consuevoli come siamo che l'operatività dei concetti giuridici è intimamente legata alla loro precisazione.

Chiarita in tal modo la posizione generale dell'equità in un sistema come il nostro (componente *interna* del sistema stesso), non si è ancora detto nulla sulla funzione che le è propria. Solitamente si osserva che l'invocazione dell'equità caratterizza momenti critici di talune organizzazioni sociali, in cui, palesandosi insufficiente il ricorso al diritto, si fa riferimento ad un diverso ordine di valu-

*del diritto privato* (ed. lit.), I, Napoli 1964, p. 101). In generale ESSER, *Verhandlungen*, cit., p. 24. La situazione a cui si accenna nel testo è confermata da una indagine, pur sommaria, sulla situazione degli studi italiani: chiunque consulti una bibliografia degli scritti in tema di equità, potrà immediatamente accorgersi che la produzione, copiosissima fino agli anni attorno al 1920, si inaridisce, poi, di colpo, e quasi scompare; rimane qualche accenno, oltre che nelle opere dei processualisti, in quelle di teoria generale e di filosofia del diritto. Non v'è bisogno di sottolineare il fatto che, proprio nel torno d'anni citato, la civilistica italiana si impegnava a fondo in una rigorosa opera di sistemazione dogmatica. Per una radicale invocazione del diritto positivo, cfr. BONFANTE, *L'equità*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, pp. 191-192 (i cui toni, per singolare contrasto, richiamano alla mente ciò che, non molti anni prima, aveva scritto il CROCE, *Filosofia della pratica*, Bari 1950 (ma la prima ed. è del 1908), p. 315).

tazioni, che meglio può aderire alle condizioni reali (13): adempiuta la funzione di restituire al sistema la necessaria elasticità, l'equità tenderebbe a divenire essa stessa complesso di regole inserite nel quadro giuridico generale, ricostituendosi l'unità dell'ordinamento. Sia esatta o no questa riflessione sui cicli che contrassegnerebbero la vita delle organizzazioni giuridiche, è certo che essa può valere per il passato, ma non riesce particolarmente significativa per spiegare le vicende dei tempi nostri. I quali, caratterizzati da una dinamica che non ha riscontro alcuno nelle epoche passate (14), sembrano quasi aver reso la vicenda critica, a cui si alludeva, un dato permanente della situazione attuale, sì che il problema dell'adeguamento del diritto al mutare delle condizioni storiche si pone oggi con ampiezza non comparabile a quella di altre epoche. Si spiegano, così, l'ampliarsi dei poteri attribuiti ai giudici e l'inserzione in codici antichi e nuovi di più numerose clausole riguardanti l'equità (15).

Si ingannerebbe, però, chi ritenesse che i nuovi poteri attribuiti al giudice si risolvono tutti nel momento equita-

(13) Cfr., tra gli altri, CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni d'equità*, in *Arch. giur.*, 1921, pp. 274-275; OSILIA, *L'equità nel diritto privato*, Roma 1923, p. 39; DE MARINI, *Il giudizio di equità*, cit., p. 156, 171.

(14) Cfr. i nostri rilievi ne *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 82-83 e nota 7.

(15) Lo documenta ampiamente DE MARINI, *Il giudizio di equità*, cit., pp. 201-202 (alla cui elencazione può aggiungersi l'art. 1386-bis del codice belga; sul quale SPILMAN, *Sens et portée de l'évolution de la responsabilité civile depuis 1804*, Bruxelles 1955, p. 14, nota 1). Sulle ragioni che ispiravano la riduzione dei poteri dei giudici, CALAMANDREI, *Il significato costituzionale*, cit., pp. 236-239; e CAPPELLETTI, *Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione 'civil law' - 'common law'*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, pp. 54-57, 59. Portato piuttosto a svalutare i nuovi poteri attribuiti al giudice dalle nostre recenti codificazioni è ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*<sup>3</sup>, I Napoli 1954, p. 326.

tivo, e che quest'ultimo costituisce davvero l'elemento caratterizzante la nuova situazione. Chi guarda più a fondo nell'atteggiamento di legislatori, giudici, studiosi, sa bene che l'attenzione di tutti, con vario spirito e vario giudizio, si appunta invece su di un fenomeno diverso, costituito dal ricorso sempre più frequente al metodo normativo delle cosiddette clausole generali (16). Diremo, allora, che l'equità ha perduto quella funzione *generale* (17), che contrassegnava il suo operare nei confronti del diritto, e che ormai in essa non possa riconoscersi se non una clausola generale tra le altre? La risposta a questo interrogativo è la conclusione stessa di questo discorso: e, quindi, deve essere rinviata ad un momento successivo.

2. *La definizione dell'equità contrattuale.* — Quando delineavamo il sistema delle fonti del regolamento contrattuale (18), facevamo esplicita menzione dell'attività del giudice, ponendo questa in relazione con i criteri dell'equità e della correttezza; e l'esattezza di questa conclusione era confermata dall'intero svolgimento dell'indagine dedicata al principio di correttezza, la cui operatività come fonte del regolamento contrattuale si legava appunto alla possibilità che il giudice esercitasse determinati poteri. Ma, da quella parte dell'indagine, non si può trarre soltanto questa conclusione. In realtà, la configurazione proposta per la correttezza, che comprende in sé la nozione di buona fede ed

(16) Per indicazioni e richiami bibliografici, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 128-132; *Ideologie e tecniche*, cit., pp. 95-96. E cfr. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale*, cit., p. 241.

(17) Per questa terminologia già CALAMANDREI, *Il significato costituzionale*, cit., pp. 243-244. Il fenomeno è messo in rilievo da DE MARINI, *Il giudizio di equità*, cit., p. 158.

(18) Cfr. *retro.* cap. I, n. 7.

esaurisce il rinvio ai principi costituzionali, può indurre a chiedersi se rimanga spazio per una considerazione autonoma dell'equità, o se, invece, l'estensione del concetto di correttezza non debba essere spinta oltre i confini che le avevamo prima segnato, fino a comprendere la nozione stessa d'equità. E ciò significa chiedersi, da un canto, se il giudice, intervenendo nella costruzione del regolamento contrattuale, abbia a fondamento della propria attività un criterio unitario o criteri diversi; e, d'altro canto, se il sistema delle fonti già delineato possa essere considerato esauriente.

Abbiamo altre volte avvertito che, in questa materia, accade talvolta di veder confusi profili attinenti alla cosiddetta integrazione della legge con altri propri della integrazione del contratto, quasi che, una volta passato il termine *integrazione* dalla legge al contratto, l'ordine concettuale e normativo entro cui muoversi fosse divenuto comune. Beninteso, non neghiamo l'utilità dei confronti (19): ma questa utilità è condizionata dalla consapevolezza di aver a che fare con problemi profondamente diversi.

A tal fine, può essere utile chiedersi se sia esatto comprendere l'analogia ed i principi generali tra i mezzi d'integrazione del contratto: e la soluzione di tale problema, a nostro avviso negativa, non è subordinata alle conclusioni che, in ordine al medesimo quesito, possono raggiungersi per ciò che riguarda la legge. Infatti, alludendosi all'analogia come mezzo d'integrazione del contratto, si possono voler dire cose diverse: o che alla costruzione del regolamento contrattuale hanno partecipato norme ricavate a mezzo del procedimento analogico; o che il regolamento contrattuale

(19) Si cfr., in specie, l'ampio disegno di CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., pp. 86-92; e ciò che scriveva M. S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., pp. 88-91.

è stato costruito tenendo conto anche di analoghe stipulazioni già intervenute tra le stesse parti; o che il contratto può *autointegrarsi* (20), traendosi da esso stesso ciò che è necessario ad una completa regolamentazione dell'interesse. A nessuna di queste tre ipotesi, ad ogni modo, corrisponde un autonomo mezzo di integrazione del contratto. Nel primo caso, ci si trova evidentemente di fronte ad un'ipotesi di integrazione operata dalla fonte legale, dal momento che il rinvio alla legge, contenuto nell'art. 1374, non consente di operare distinzioni tra norme espresse in precise disposizioni e norme ricavate con il procedimento analogico. Nel caso successivo, si potrà essere in presenza di una delle varie categorie di usi, che già abbiamo avuto occasione di esaminare, non già di un nuovo ed autonomo mezzo d'integrazione. L'autointegrazione, infine, non appartiene nemmeno alla costruzione del regolamento contrattuale propriamente detto, rientrando piuttosto in quell'attività interpretativa che «intende a sviluppare nella sua coerenza logica la formola della dichiarazione» (21).

Conclusioni non dissimili devono essere raggiunte per ciò che riguarda i principi generali di diritto, anch'essi operanti sul piano della norma e compresi, quindi nell'ambito della fonte legale.

Ribadita in tal modo la legittimità della classificazione delle fonti precedentemente proposta, il problema dell'equità può essere formulato in termini più corretti: se essa, cioè, riguardi effettivamente l'attività del giudice e se, riguardandola, comporti un regolamento particolare di tale attività.

(20) Il senso del termine è quello che gli attribuisce CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 87.

(21) BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 300. E cfr. *retro*, cap. I.

La prima questione può sorprendere, dal momento che non sembra possibile dissociare l'equità dall'attività del giudice. Eppure, questa è in sostanza la conclusione a cui è pervenuta una delle poche indagini che, nel tentativo di sottrarre l'equità alle insidie delle costruzioni meramente teoriche, abbiano preso in considerazione i dati positivi offerti dal nostro sistema (22): si è così ritenuto che il rinvio all'equità in fase integrativa comportasse, in definitiva, l'identificarsi dell'equità con la legge o con l'uso, con quest'ultimo in particolare (23). Le confusioni, che stanno all'origine di questa opinione, sono evidenti. Dalla constatazione del fatto che, nei sistemi codificati, l'equità è elemento interno al sistema, e può quindi operare solo quando la legge la richiami espressamente, si è impropriamente fatta derivare la identificazione tra legge ed equità. In particolare, scendendosi ad una analisi più specifica, si è ritenuto che, volendosi con l'equità mantenere un costante accordo tra valutazioni giuridiche e sociali, di queste ultime si potesse tener conto solo quando avessero raggiunto quel grado di uniformità e di permanenza che caratterizza l'uso: da ciò si è fatta conseguire l'identificazione dell'equità con l'uso. In tal modo, l'indeterminatezza della nozione è stata certamente eliminata: tale risultato, però, è stato raggiunto eliminando l'equità stessa, senza spiegare le ragioni per cui, nella sistematica legislativa, il richiamo dell'equità permanga proprio accanto agli altri due termini con i quali dovrebbe identificarsi (24).

(22) È quello di OSILIA, *L'equità*, cit., che alla p. 4 richiama l'attenzione sullo scarso interesse per i dati positivi.

(23) Così OSILIA, *L'equità*, cit., p. 100.

(24) Vigente la codificazione civile del 1865, sotto la quale scriveva l'Osilia, si sarebbe forse potuta trovare qualche ragione concreta alla sua ricostruzione, intesa come tentativo di dare all'uso una applicabilità più

Sembra corretto, allora, circoscrivere l'indagine all'attività del giudice, tentando, tuttavia, di fermarsi all'analisi di alcuni soltanto tra i poteri che al giudice vengono attribuiti nel nostro ordinamento, ed alle modalità del loro esercizio. Una impostazione, questa, a cui potrebbe rimproverarsi di voler diminuire il significato dell'equità, dal momento che risponde ad una logica, quella del diritto positivo, evidentemente portata a restringere, in via di principio, l'operatività di quel concetto. È evidente, però, che tale orientamento non nasce da un preconcetto dell'interprete, ma dalla sua volontà di aderire alle determinazioni dell'ordinamento legislativo, che non consentono di far concessioni alla tradizione solo perchè è tale.

Circoscrivendo l'indagine alla materia contrattuale, non sarebbe difficile accorgersi che i casi più importanti, per i quali in passato si invocava l'esercizio di poteri equitativi da parte dei giudici (25), sono stati tutti risolti dal legislatore: così è per la risoluzione per eccessiva onerosità e per la rescissione, esplicitamente contemplate dal Codice civile del 1942; e per i contratti di lavoro, grazie, ad esempio, alla disciplina dei contratti collettivi, del recesso dell'imprenditore, e via dicendo. Da questa constatazione si possono trarre due diverse conclusioni: ritenere che l'esplicita previsione normativa confermi l'impossibilità di vedere nella equità un principio autonomo, costituendo essa soltanto la

estesa di quella allora consentita dalla legislazione vigente. Queste ragioni, ad ogni modo, non potrebbero essere invocate in presenza di una disciplina degli usi quale quella contenuta nel nuovo codice civile.

(25) Basta confrontare N. COVIELLO, *Dell'equità*, cit., p. 9-22. Una visione d'insieme dei diversi sistemi è offerta dal volume degli atti di un convegno dedicato a *La révision des contrats par le juge*, in *Travaux de la semaine internationale de droit*, II, Paris 1938; e cfr. NEWMANN, *Equity and Law: a comparative study*, New York 1961, in part. pp. 81-208.

*ratio* di disposizioni particolari (26) o incarnando mere esigenze di riforma legislativa (26-bis); o prendere lo spunto da queste disposizioni per cercare di ricostruire nelle sue linee generali il concetto di equità, indagando sull'estensione e sui limiti dei poteri affidati al giudice.

La prima conclusione nasce da un atteggiamento di netta ripulsa per tutto ciò che può introdurre incertezza nelle relazioni giuridiche, richiamando l'attenzione più sulla concretezza delle singole norme che su alcuni inafferrabili principi (27). La riduzione positivistica è così portata alle sue conseguenze estreme: non soltanto l'equità non costituisce un criterio di decisione extralegislativo (28), ma neppure ha senso indagare su di essa all'interno di un sistema, se non nella prospettiva analitica delle diverse e separate ipotesi in cui vengono attribuiti al giudice poteri discrezionali (29). L'obiezione che, rimanendo sul medesimo terreno positivistico, può muoversi ad una tesi siffatta, osservando che è la legge stessa a rinviare all'equità come a concetto generale, viene solitamente superata con l'argomento che non si è in presenza di un vero e proprio concetto normativo, bensì della mera indicazione sintetica del contenuto di singole norme (30). Su questa interpretazione

(26) Cfr. ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 151-152.

(26-bis) Cfr. YNTEMA, *Equity in the Civil law and the Common law*, in *Ann. Jour. Comp. Law*, 1967, p. 85.

(27) « In unserem heutigen Privatrecht ist die Billigkeit ein vagabundierendes Element der Rechtsgestaltung » (ESSER, *Wandlungen*, cit., p. 23).

(28) ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., p. 151.

(29) Cfr. ESSER, *Wandlungen*, pp. 25-35.

(30) In tal senso, sostanzialmente, ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., pp. 151-152. La posizione, assai significativa, di Esser può essere valutata compiutamente solo quando si tengano presenti il significato che, in epoca nazista, aveva finito con l'assumere il richiamo delle clausole generali, e la rinnovata fioritura giusnaturalistica che, nell'ultimo dopoguerra, ha caratterizzato l'ambiente giuridico tedesco, influenzando in particolar modo sulla

riduttiva potrebbero avanzarsi numerose riserve, soprattutto fondate sulla premessa di metodo a cui si ispira: ma, nel nostro caso, riteniamo che tale discorso non sia necessario, dal momento che la riduzione dell'equità alle singole ipotesi normative contrasta con quanto è disposto dall'art. 1374, che rinvia all'equità « in mancanza » della legge. Nè questa conclusione critica ci sembra contrastante con la premessa di questa parte della nostra indagine, per cui l'equità costituisce soltanto un elemento interno del sistema. Ciò significa, infatti, che essa può operare solo là dove la legge la richiama espressamente (come è nel caso dell'art. 1374), non già che essa deve costituire soltanto il *sottinteso* di norme determinate.

Proprio il pericolo di valutazioni arbitrarie, che minerebbero « la consistenza dell'intero sistema » (31), vuole evitare quel diverso orientamento che, muovendo dalle sparse norme in cui si fa riferimento a criteri equitativi, ricerca qualche indicazione di principio. Il rigore di questo processo di generalizzazione potrebbe essere contestato, rilevando, da una parte, l'insufficienza di un'attività deduttiva o di crescente astrazione al fine della individuazione dei principi (32); e, d'altra parte, anche quando si ammettesse la legittimità di quel procedimento, se ne potrebbe sostenere l'inapplicabilità al caso in esame, dato il carattere individualizzante dal giudizio d'equità, in cui « il caso singolo è deciso in base a una regola di esperienza che non

giurisprudenza (per ciò cfr. l'eccellente rassegna di WEINKAUFF, *Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, nel volume collettaneo *Naturrecht oder Positivismus?*, Bad Homburg 1962, pp. 554-576); sulla posizione di Esser, acutamente RAISER, *Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht*, in *Summum Ius*, cit., pp. 145-149. Sul prezzo dell'equità, GERNHUBER, *Die Billigkeit und ihr Preis*, ivi, pp. 205-223.

(31) SALV. ROMANO, *Ordinamento sistematico*, cit., p. 101.

(32) Cfr. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., pp. 89, 206-207.

è quella generalizzata e non è, almeno praticamente, suscettibile di generalizzazione» (33). Più particolarmente, si è messo in rilievo «l'errore in cui spesso si cade» considerando «il giudizio di equità come un giudizio di conoscenza che dichiara preesistenti regole, venendo così a stabilire un inesatto parallelismo con il giudizio di diritto che dichiara preesistenti regole giuridiche» (34): questo perchè la cosiddetta regola di equità, a differenza della norma generale che consegue ad un giudizio del legislatore, «non può acquistare valore obiettivo e rimane sempre collegata al suo autore» (35), sì che l'equità può essere intesa soltanto «come sistema di giudizi di valutazione concreta» (36).

Da questo complesso di considerazioni critiche riteniamo che risulti confermata l'esattezza della linea di ricerca finora seguita, volta a precisare il regolamento dei poteri attribuiti al giudice, non già a dare una astratta indicazione sul concetto di equità. D'altra parte, ciò consegue alla definizione dell'art. 1374 come norma sulle fonti del regolamento contrattuale: in esso è detto appunto che, in mancanza della legge, il regolamento sarà integrato dall'uso

(33) SATTA, *Commento al codice di procedura civile*, Libro I, Milano 1959, p. 447. Ma cfr. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato*, cit., pp. 60-61.

(34) DE MARINI, *Il giudizio di equità*, cit., v. 178.

(35) DE MARINI, *op. cit.*, p. 181.

(36) DE MARINI, *op. loc. ultt. citt.* Sulla concretezza dell'equità, considerata appunto sotto il profilo del rinvio ai poteri del giudice, M. ROTONDI, *Equità e principi generali del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Recueil d'études sur les sources du droit*, cit., p. 409; e cfr. B. DONATI, *Sul principio d'equità*, in *Annali Perugia*, 1913, p. 354. Sulla distinzione tra equità e principi generali (oltre allo scritto citato di Rotondi), FADDABENSA, *Note*, cit., IV, pp. 31-32; BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., pp. 220-221; DE MARINI, *Il giudizio di equità*, cit., p. 162; identifica nell'equità ogni possibile principio MACCIORRE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1923, p. 276.

o dall'equità. Poichè per equità non può intendersi un sistema diverso dalla legge, nè il rinvio a questa può significare che deve farsi luogo all'applicazione delle singole norme che contemplano criteri equitativi (chè, in tal caso, si avrebbe un doppiante del rinvio alla legge), ci si trova in presenza di una norma che fissa il criterio secondo il quale un soggetto, diverso dai contraenti, dovrà partecipare alla costruzione del regolamento contrattuale (37). Le stesse precisazioni sistematiche, allora, devono avere ad oggetto la disciplina di tale attività.

Ciò premesso, deve riconoscersi che prendere in considerazione le diverse norme che contemplano criteri equitativi non è inutile, nè contrasta con le ultime conclusioni raggiunte. Infatti, una volta ammesso che l'equità altro non sia se non un criterio di giudizio, rimane aperta tutta una serie di problemi: chi è il soggetto che deve pronunciare tale giudizio? qual'è l'oggetto del giudizio? in quali casi il giudizio può essere pronunciato? quali ne sono i limiti e gli effetti?

Una rapida rassegna delle norme che contemplano l'equità (artt. 1226, 1371, 1374, 1384, 1447, 1467, 3° co., 1468, 1526, 1° co., 1651, 3° co., 1660, 1664, 2° co., 1733, 1736, 1738, 1749, 2° co., 1751, 1° co., 1755, 2° co., 2045, 2047, 2° co., 2056, 2° co., 2109, 2° co., 2110, 2118, 1° co.) ne conferma il riferimento alla valutazione del giudice (38). Piuttosto, non essendo detto nulla in relazione ai limiti dei poteri così conferiti, si devono ritenere anche in tal caso operanti i limiti generali che indicavamo a proposito della normativa di correttezza (39). Per quel che ri-

(37) Usiamo l'espressione nel senso chiarito al cap. I, n. 7.

(38) Cfr. SALV. ROMANO, *Ordinamento sistematico*, cit., p. 104.

(39) Cfr. *retro*, cap. II, n. 6.

guarda l'oggetto, infine, senza voler qui analizzare tutte le norme appena citate, è sufficiente rilevare che la equità viene in questione come criterio valutativo del contratto nel suo complesso (sia pure, come si è visto, subordinatamente alla legge).

Si viene, così, al punto più delicato dell'intero problema, quale sia, cioè, l'ambito entro il quale il giudice può servirsi dei poteri equitativi per integrare il regolamento contrattuale. Ora, il rinvio all'equità non esaurisce i casi in cui l'ordinamento attribuisce al giudice una funzione valutativa (di giudizio), ma si iscrive in un quadro più ampio (40), all'interno del quale è possibile ritrovare una molteplicità di riferimenti (secondo la natura del contratto, secondo le circostanze, secondo le condizioni sociali o economiche, avuto riguardo all'utilità, alle esigenze sociali della produzione, alle esigenze dell'agricoltura e dell'industria; e via dicendo): quel rinvio, allora, non concreta una generica *autorizzazione* concessa al giudice (41), un generico ampliamento dei suoi poteri discrezionali.

A nostro avviso, la presa di posizione (del giudice) nei confronti di un determinato regolamento (contrattuale), in cui consiste il giudizio d'equità (42), non può riguardare il rapporto tra le prestazioni, così come è stato stabilito dalle parti: e questo non soltanto perchè una valutazione siffatta è ammessa dalla legge soltanto in presenza di condizioni particolari; ma soprattutto perchè proprio l'articolo 1371, solitamente richiamato a tal proposito, consente una valutazione delle prestazioni secondo un criterio

(40) Una rassegna assai indicativa è offerta da LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 52, nota 86.

(41) Cfr. su tale questione ESSER, *Wandlungen*, cit., pp. 25-26, 35.

(42) Si veda DE MARINI, *Il giudizio di equità*, cit., p. 177.

oggettivo di adeguatezza nei soli casi di oscurità del regolamento.

D'altra parte, non può nemmeno ritenersi che il giudice, in quanto « ministro d'equità », abbia il potere di adeguare il regolamento contrattuale alle esigenze di un non ben precisato « ordine pubblico economico » (43): in primo luogo, perchè una valutazione di tal genere potrebbe non riguardare più la costruzione del regolamento, approssimandosi, invece, a quel diverso tipo di giudizio che è previsto dall'art. 1343; in secondo luogo, e soprattutto, perchè la valutazione di siffatte esigenze generali spetta al legislatore, e soltanto questi può inserirle nei regolamenti tra privati (44).

Tra questi due estremi, il criterio d'equità deve trovare la propria collocazione. È vero che, dal complesso delle norme che la contemplano, si ricava che « il terreno proprio della valutazione equitativa è quello della misura » (45): tale misurazione, però, non può riguardare un migliore equilibrio degli elementi predisposti dalle parti, equilibrio a cui il giudice può contribuire unicamente applicando la normativa di correttezza (46); e neppure l'a-

(43) Cfr. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris 1963, in particolare pp. 161-201. I limiti di questa posizione, nello stesso ordinamento francese, si possono agevolmente valutare considerando ciò che scrive DELMAS-SAINT-HILAIRE, *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*, in *La tendance à la stabilité*, cit., pp. 194-195.

(44) Cfr. *retro*, cap. II, n. 6.

(45) SALV. ROMANO, *Ordinamento sistematico*, cit., p. 105.

(46) Per i rapporti tra equità e correttezza, cfr. GRASSETTI, *L'interpretazione*, cit., pp. 211-215; M. S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit., p. 141, nota 16; e, da ultimo, DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione*, cit., pp. 392-396. In generale, SCHNEIDER, *Treu und Glauben*, cit., pp. 20-25; da ultimo ESSER, *Wandlungen*, cit., pp. 28-30, 36. Da quanto è detto nel testo risulta che non condividiamo l'interpretazione dell'art. 1374 proposta da DE MARINI, *Il giudizio di equità*, cit., pp. 193-195; e pure la differenza di questa nostra posizione da ciò che scrive SALV. ROMANO, *Ordinamento si-*

dattamento ad esigenze di carattere sociale, per cui è competente il legislatore. L'equità, allora, si pone tra l'auto-determinazione dei privati e la determinazione legale, in una zona, per così dire, *residuale* rispetto all'indagine finora svolta: comportando una valutazione il più possibile aderente all'interesse regolato (per la sua natura individualizzante), essa si concreta nell'attribuzione al giudice del potere di assumere sotto il profilo del regolamento quelle *circostanze* del contratto (47) che, al suo apprezzamento discrezionale (48), appariranno le più adeguate allo scopo.

Riassumendo: nel nostro sistema, l'equità non rappresenta un autonomo principio regolativo e viene in questione nei soli casi in cui la legge la richiama espressamente; essa si concreta nell'attribuzione al giudice di un potere discrezionale e non può, quindi, essere costruita come clausola generale, la quale implica in ogni caso la definizione di una regola (49); l'equità è un criterio di giudizio, che non può essere adoperato in relazione a qualsiasi profilo del contratto, ma unicamente per far assumere rilevanza regolamentare a talune circostanze di esso. « Considerata

*stematic*, cit., p. 106, che pone in diretta relazione valutazione equitativa e valutazione secondo correttezza: la prima valutazione, infatti, si fonda sui poteri discrezionali del giudice, l'altra si concreta nell'applicazione di regole determinate.

(47) Cfr. *retro*, cap. I, n. 6.

(48) Che esercizio discrezionale di poteri voglia dire qualcosa di assai diverso da *arbitrio* o *capriccio*, lo aveva ben chiarito già V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Scritti giuridici*, III, 1, Roma 1932, p. 7, in nota. Le conseguenze di siffatta attribuzione di poteri sulla tradizionale tripartizione dei poteri all'interno dello Stato erano state richiamate da POLACCO, *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, in *Riv. dir. civ.*, 1919, p. 117.

(49) Per questa distinzione BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., pp. 220-221; DE MARINI, *Il giudizio di equità*, cit., p. 192. E cfr. ESSER, *Wandlungen*, cit., pp. 27-28.

a sè, o senza connessione alcuna con il termine *corte*, l'equità è un abracadabra: una parola senza senso » (49-bis).

3. *Le circostanze del contratto.* — Si può a questo punto osservare che, nell'ambito contrattuale, l'equità, pur mantenendo intatto il proprio carattere individualizzante e concreto, non appare in alcun modo come uno strumento attraverso il quale una parte possa sottrarsi « alle conseguenze del contratto divenute *troppo gravose* o difficili per eventi imprevisi », bensì « come una nuova fonte da cui derivano *ulteriori e più forti* conseguenze per il debitore che non sgorgano dal testo contrattuale » (50). Così dicendo, si rafforza l'opinione secondo la quale, « il contenuto del contratto . . . risulta formato dalla dichiarazione dei contraenti, integrata dalle norme suppletive di legge, dagli usi di affari e dall'equità » (51).

L'indicazione che si ricava da questo discorso, però, è essa stessa all'origine di alcuni nuovi e difficili interrogativi, riguardanti, da un canto, la possibilità di ritenere attribuiti al giudice poteri siffatti; relativi, d'altra parte, allo stesso significato ed alla estensione da attribuire al concetto di *circostanza* del contratto.

Per ciò che riguarda i poteri del giudice, o più in generale la funzione attribuita al giudice, non si vorrà certo negare che istituzionalmente essa è quella di decidere controversie, non già di dettare norme. Ma, quando si è detto questo, in realtà non si è ancora enunciato alcun principio su-

(49-bis) BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence*, VIII, Cap. XIX, par. 3, in *Works* (ed Bowring), VII, p. 291.

(50) Adoperiamo le espressioni di F. FERRARA *sen.*, *Teoria*, cit., pp. 253-254. A questa impostazione aderisce sostanzialmente SALV. ROMANO, *Equità (diritto civile)*, voce in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, pp. 83 ss.

(51) Ancora F. FERRARA *sen.*, *Teoria*, cit., p. 255.

scettibile di risolvere il nostro problema, poichè l'attribuzione al giudice di poteri equitativi, esplicitamente prevista in via legislativa, non potrà essere vanificata con una obiezione meramente formale. Si può convenire, cioè, con la opinione di chi afferma che l'intervento integrativo del giudice è qualitativamente diverso da ogni altro, subordinato com'è all'effettivo esercizio da parte del privato dell'azione giudiziaria; ma non si può essere d'accordo con chi da questa premessa fa scaturire una conseguenza preclusiva in ordine allo svolgimento dell'attività integrativa, conseguenza che abbisognerebbe di ben altra dimostrazione. Possiamo comunque osservare che, quando si subordina lo intervento del giudice all'azione di una delle parti del contratto, non si dice ancora nulla rispetto alle modalità di tale intervento, individuandosi soltanto il presupposto necessario all'esercizio dei poteri da parte del giudice.

A questo punto dell'indagine, e dopo le ultime precisazioni, ci sembra che la direttiva di ricerca più concreta non sia quella che affronta in astratto il problema dei poteri del giudice, per stabilire se in essi possano rientrare o meno quelli equitativi, ma un'altra, che cerchi di precisare quali siano gli elementi in base ai quali si specifica il criterio equitativo, chiedendosi successivamente quali siano i riflessi che ciò comporta sulla sistemazione generale dei poteri del giudice. Ancora una volta, quindi, al bivio tra l'analisi concettuale e la rilevazione dei dati positivi, imbocchiamo decisamente quest'ultima strada.

L'indagine, in tal modo, torna al punto in cui era stata interrotta, dopo l'enunciazione relativa alle circostanze del contratto, come oggetto dei poteri equitativi affidati al giudice. Approfondire la portata da attribuire al concetto di circostanza significa, a questo punto, precisare l'ambito e

la portata dell'intervento equitativo; e porre le premesse per un riesame del potere del giudice in relazione ad una nozione così definita.

Il riferimento alle circostanze, nell'ambito delle teorie del contratto, è più diffuso di quanto non si penserebbe in un primo momento. Dati i particolari fini che si propone la nostra ricerca, è però necessario escludere immediatamente la possibilità di utilizzare quei contributi, che sono poi i più comuni, in cui il termine circostanza viene adoperato in un significato del tutto generico, per descrivere la intera situazione giuridica e sociale nella quale il contratto si inserisce: qui circostanza sta per dato di fatto comunque significativo per il regolamento contrattuale (52).

Ed è chiaro che questa nozione è per noi del tutto inutilizzabile, poichè il nostro problema è proprio quello di individuare, tra le varie circostanze che possono essere ritrovate, quelle soltanto che possono sorreggere l'intervento equitativo del giudice.

Ma, da un diverso punto di vista, deve pure escludersi che con il termine circostanze si possa alludere a quelle circostanze presupposte (o più propriamente motivi), nelle quali la teoria della presupposizione ha trovato il proprio fondamento ed in riferimento alle quali, più o meno propriamente, si è talvolta proposto il ricorso ad un non ben circoscritto criterio equitativo (53). In tal caso siamo certamente al di fuori del fenomeno dell'integrazione: infatti,

(52) Cfr., tra gli altri, SCHLESINGER, *Complessità del procedimento*, cit., pp. 1349, 1351.

(53) Per una indicazione in tal senso GIORCIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, p. 336. La tesi è criticata da MARTORANO, « *Presupposizione* » ed errore sui motivi nei contratti, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 72.

o tali circostanze presupposte devono ritenersi inidonee a reagire sul regolamento contrattuale, ed allora il problema non può neppure essere posto; o, invece, si consente su di una loro più o meno accentuata operatività, ed allora si è in presenza dell'operare della fonte privata, reso concreto, a mezzo dello strumento interpretativo (54).

Quest'ultimo rilievo ci conduce immediatamente al punto più arduo di questa parte dell'indagine, consistente appunto nella possibilità o meno di svincolare il concetto di circostanza dall'attività interpretativa: qualora questo tentativo dovesse fallire, non avrebbe senso alcuno proseguire nella ricerca, dal momento che abbiamo più volte rilevato la diversità di piani sui quali si muovono l'attività interpretativa e quella integrativa. Se si tiene presente quanto si è avuto appena occasione di dire, ad esempio sulle cosiddette circostanze presupposte, ci si avvedrà che è impossibile dissociare ogni specie di circostanza dal concetto di interpretazione. Ma, quando si allude a circostanze di specie diversa, si afferma implicitamente che ci si trova di fronte ad un categoria di situazioni non omogenee: proprio su questo dato cercheranno di far leva le considerazioni successive.

È evidente, infatti, che il crescente rilievo assunto dai criteri di interpretazione oggettiva, e la valutazione in termini sociali del negozio (che di ciò costituisce il presupposto), hanno indotto a far rientrare nell'ambito interpretativo ogni dato di fatto riferibile al regolamento contrat-

(54) Si vedano i rilievi di BRANCA, *Considerazioni pratiche sulla presupposizione*, in *Foro It.*, 1962, I, c. 239 (per una critica alla tesi di chi ricorre alla buona fede per risolvere i problemi della presupposizione, cfr. ancora MARTORANO, « *Presupposizione* », cit., pp. 91-92. E cfr. CATAUDELLA, *Sul contenuto*, cit., pp. 274-278 (e, in genere, cap. IV, a cui si rinvia una volta per tutte).

tuale; ed ogni precisazione del regolamento in base al riferimento a tali fatti veniva intesa come svolgimento logico della formula originaria. Questa conclusione è venuta via via generalizzandosi in dottrina, ed ha trovato teorizzazioni assai convincenti. Così, si è detto che « le vere circostanze del fatto espressivo ne costituiscono parte integrante » (55), aggiungendosi che in tal caso « si tratta di quei fatti o di quelle situazioni, su cui chi compie il fatto espressivo conta, più o meno consciamente, come elementi che danno un significato a tale suo fatto » (56). Si vuole, cioè, evitare un isolamento della « dichiarazione dalla cornice delle circostanze socialmente rilevanti in cui fu emessa » (57).

Esatto nella sua sostanza, questo orientamento legittima qualche riserva quando, non circoscrivendo con sufficiente precisione le circostanze ritenute rilevanti, indica una prospettiva per più di un verso generica, come dimostra pure una certa disinvoltura con cui vengono istituiti paralleli con i problemi del linguaggio. Ci sembra, infatti, che nel sottolineare il carattere oggettivo del regolamento contrattuale si sia andati sovente troppo lontano, accentuandosi al di là del dovuto una sorta di *naturalità* del contratto, il quale, una volta inserito nell'ambiente sociale, sarebbe pronto a caricarsi di tutti i significati di cui quell'ambiente è pregno, in una sorta di adattamento mimetico. Sappiamo, invece, che così non è, che questa influenza delle forze ambientali sul contratto non è senza limiti, anzi è strettamente condizionata dalla normativa sull'interpretazione. E questo è vero non soltanto per ciò

(55) GORLA, *L'interpretazione*, cit., p. 117.

(56) GORLA, *L'interpretazione*, cit., p. 117. Nello stesso senso OPPO, *Profili*, cit., pp. 17-18.

(57) BETTI, *Interpretazione*, cit., pp. 305-306.

che riguarda le vicende del rapporto o la sua esecuzione, ma pure in sede di costruzione del regolamento contrattuale, dove l'operare della fonte privata non è condizionato dall'ambiente in cui si manifesta: il principio generale è, nè poteva essere diversamente, quello che fa capo all'intenzione delle parti, richiamandosi criteri diversi solo là dove non soccorre un regolamento contrattuale adeguato al fine che le parti private si proponevano (58).

Potrà sorprendere che un discorso del genere sia fatto proprio da chi, già nelle prime pagine di questo lavoro, si affannava a portar acqua al mulino della crescente oggettivizzazione del regolamento contrattuale, di cui si mettevano in rilievo le determinazioni non riconducibili all'attività dei privati. Analizzando meglio i diversi argomenti, ci sembra che tra i due atteggiamenti non esista alcuna contraddizione: come in precedenza facevamo consistere la conseguenza più importante dell'oggettivizzazione nella riduzione di significato dell'attività dei contraenti, così ora, esprimendo una riserva su taluni orientamenti in tema di interpretazione, cerchiamo di contestare che il complesso di determinazioni desumibili dall'ambiente circostante possa essere integralmente riportato all'operare della fonte privata. In entrambi i casi, si è in presenza di un tentativo di precisazione dell'ambito di operatività delle diverse fonti del regolamento contrattuale, viste nei loro rapporti e nel loro concreto dispiegarsi.

Infatti, riprendendo il discorso precedente, può agevolmente osservarsi che, attraverso un esame della stessa disciplina legislativa, si individuano diverse categorie di circostanze: oltre alle circostanze che consentono uno svolgi-

(58) Con questa veduta concorda anche BETTI, *Interpretazione*, cit., p. 309.

mento delle potenzialità della regolamentazione (quelle solitamente considerate in sede interpretativa), altre ve ne sono del tutto irrilevanti sul piano giuridico ed altre ancora che possono assumere rilevanza pur non essendo riconducibili alle potenzialità della formula contrattuale.

Prima di approfondire il significato di queste distinzioni, vogliamo rilevare l'improprietà di quelle vedute che contrappongono circostanze oggettive e circostanze soggettive: se per circostanze, infatti, si intendono determinate situazioni di fatto comunque attinenti al regolamento contrattuale, pur senza essere esplicitamente comprese in esso, queste hanno necessariamente carattere oggettivo, nè possono essere confuse con le rappresentazioni (soggettive) che le parti possono essersene fatte. A ben guardare, la ragione di quella contrapposizione sta o nella necessità della rappresentazione soggettiva perchè talune situazioni di fatto possano assumere rilevanza giuridica (come è nei casi di motivo rilevante): ma, in tal caso, la rappresentazione soggettiva funge soltanto da presupposto per la rilevanza giuridica. Oppure, ed è questa la ragione più importante, l'accento sul carattere soggettivo della circostanza viene posto in sede di teoria della presupposizione. Ma il problema della presupposizione è certamente distinto dalle due questioni che stiamo attualmente discutendo: non può essere confuso con l'attività interpretativa, poichè questa muove dalla considerazione che talune circostanze devono ritenersi implicite nel regolamento contrattuale, mentre le difficoltà in tema di presupposizione derivano proprio dall'impossibilità di considerare la circostanza come clausola (sia pure implicita) del contratto (59); e tanto meno si può pensare ad una assimilazione con l'integrazione secon-

(59) Cfr. MARTORANO, « *Presupposizione* », cit., pp. 90-95.

do equità, poichè in tal caso l'asserito rilievo della circostanza non ha come fine la liberazione di una parte dal vincolo assunto sulla base di una circostanza venuta meno, o rivelatasi insussistente, come è, invece, per la presupposizione (59-bis).

Questa precisazione circoscrive ulteriormente l'ambito della nostra ricerca, consentendoci di tornare con maggior chiarezza sulla distinzione precedentemente proposta. Abbiamo parlato, anzitutto, di circostanze che, pur potendo essere ricollegate al regolamento contrattuale, non assumono rilevanza giuridica: questa è affermazione che non abbisogna di dimostrazione particolare, non soltanto perchè lo stesso senso comune ci fa consapevoli dell'impossibilità di attribuire rilevanza agli infiniti dati di fatto comunque ricollegabili al contratto, ma soprattutto perchè la disciplina positiva prevede esplicitamente numerosi casi di irrilevanza (e si può esemplificare richiamando, oltre il dubbio caso dei motivi, le molteplici ipotesi in cui il profilo documentale si pone appunto come limite alla rilevanza giuridica di circostanze determinate: si vedano, tra gli altri, gli artt. 1528 e 1530).

Accertata l'esistenza di circostanze irrilevanti, si tratta ora di cercare di stabilire quali siano le condizioni in presenza delle quali talune circostanze divengono invece rilevanti. Evidentemente inappagante si presenta ogni tentativo volto a circoscrivere l'ambito delle circostanze rilevanti identificando queste con il comportamento delle parti, pur non risultante immediatamente dal contenuto del contratto (60), con il comportamento complessivo del dichiaran-

(59-bis) Su questo complesso di questioni acuti i rilievi di COLESANTI, *A proposito di poteri del giudice e cosiddetto «fondamento del negozio»*, in *Jus*, 1958, pp. 392-424.

(60) Si veda BARCELLONA, *Profili*, cit., p. 224.

te (61). Questo perchè non è il comportamento stesso ad esprimere le circostanze, rappresentando esso soltanto il tramite attraverso il quale taluni dati ambientali possono essere utilizzati per chiarire, appunto, il senso pieno di quel comportamento. D'altra parte, questo modo di impostare la questione non sembra neppure in grado di chiarire del tutto il problema proposto, chè rimane ad esso estranea proprio la considerazione delle modalità secondo le quali le circostanze contribuiscono a quell'opera di chiarimento.

Se, invece di indulgere ad ipotesi meramente concettuali, si guarda a fondo nella complessa disciplina che il codice civile ha delineato per l'interpretazione, ci si avvede che tutte quelle norme fissano all'interprete un limite ben preciso, che è quello determinato dalla portata effettiva del precetto contrattuale (62): questo limite è già evidente nell'art. 1364, che appare come la più esplicita garanzia contro indebite estensioni del regolamento.

Riducendo la genericità dell'abituale riferimento all'ambiente circostante, può dunque dirsi che le circostanze rilevanti per lo sviluppo logico della dichiarazione (secondo criteri obiettivi), da un canto, sono quelle comunque riconducibili al precetto contrattuale, sia questo espresso o meno con formula adeguata (63); dall'altro, la loro individuazione ed il loro svolgimento devono obbedire ad un criterio di normalità, nel senso che l'atto di autonomia deve essere interpretato in modo che possa conseguire quelle finalità a cui normalmente tende l'operazione eco-

(61) Esplicitamente OPPO, *Profili*, cit., p. 17.

(62) Adoperiamo l'espressione nel significato individuato da SCHLESINGER, *Complessità del procedimento*, cit., p. 1355, sulle orme del BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 52-53 (dello stesso cfr. *Interpretazione*, cit., p. 302).

(63) Cfr. BETTI, *Interpretazione*, cit., p. 302.

nomica da esso realizzata (64). Questo duplice limite, poi, risponde sostanzialmente alla logica dell'autointegrazione, propria dell'attività interpretativa.

Detto questo, non si è ancora esaurita la caratterizzazione delle diverse categorie di circostanze. Può accadere, infatti, che un determinato aspetto dell'operazione non sia compreso nel precetto o che, relativamente ad esso, il criterio di normalità non possa operare, o rischi di condurre a risultati non univoci: saremmo, cioè, nell'ipotesi contraria alla precedente, per la quale non avrebbe senso alcuno parlare di svolgimento delle potenzialità della formula. Non deve pensarsi, ad ogni modo, che ciò possa verificarsi soltanto nei casi estremi della assoluta mancanza di precetto, e quindi di definitiva impossibilità di realizzare le finalità perseguite dai privati (salva, bene inteso, la possibilità di ricorrere anche in questo caso agli altri strumenti integrativi di cui si è trattato): la medesima situazione può determinarsi soltanto in relazione a profili o punti particolari di un regolamento. Si faccia l'ipotesi di un finanziamento garantito da una cessione di canoni fino alla concorrenza di una somma determinata: promettendosi tale finanziamento si conviene che, qualora il suo ammontare dovesse risultare ridotto per cause indipendenti dalle parti (mancanza di autorizzazioni, ecc.), automaticamente si adeguerebbe a tale minor somma il piano previsto per la restituzione: ma, relativamente alla eventualità della riduzione, si tace del tutto della garanzia. In sè considerato, il regolamento è certamente in grado di operare: ma, a risolvere la questione relativa alla eventuale riduzione dei canoni ceduti in garanzia, non può soccor-

(64) Su tale criterio ampiamente G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., ad esempio pp. 297-298.

rere nessuno dei criteri abitualmente richiamati in via interpretativa ed esaminati precedentemente (64-bis).

Infatti, è fuor di dubbio che, in tal caso, non possa farsi ricorso alla logica interna della dichiarazione, svolgendola compiutamente: questo sarebbe possibile, ad esempio, qualora le parti nulla avessero previsto in ordine al piano di restituzione, nel caso di riduzione del finanziamento, poichè vi è un evidente nesso logico tra somma ricevuta e somma da restituire; mentre così non è necessariamente per l'ammontare della garanzia, che può essere stabilita tenendo conto di numerose altre eventualità (ritardato adempimento, interessi moratori, danni eventuali, e via dicendo; nel caso specifico delle cessioni di credito di varia natura, anzi, ordinariamente si conviene che il loro ammontare superi la somma dovuta, per fronteggiare gli eventuali casi di insolvenza), eventualità che ben possono variamente configurare quel legame di congruità che solitamente si stabilisce tra somma dovuta e garanzie prestate. Tutte queste considerazioni, che escludono la possibilità di uno sviluppo meramente logico della dichiarazione, impediscono pure di far ricorso al criterio di normalità o alla buona fede interpretativa, proprio perché questi, in ipotesi come quella indicata, non trovano nel regolamento predisposto gli elementi di fatto che consentono una loro concreta applicazione (la quale presuppone comunque un precetto, qui del tutto mancante).

Una analoga situazione di base si ritrova in un caso che ha costituito oggetto di alcune notevoli sentenze, le quali, nel complesso, rappresentano una significativa elaborazione

(64-bis) Il caso è tratto da Cass. 9 dicembre 1966, n. 2884, in *Foro it.*, 1967, I, cc. 248-264 (che decide, però, su punti diversi da quelli indicati nel testo).

del tema dell'equità contrattuale (64-ter). Si controverteva intorno alla possibilità di rivalutare un capitale costituente uno dei punti di riferimento per la concessione di una sovvenzione governativa: ora, l'espressione 'capitale investito', contenuta nella convenzione tra la società privata e lo Stato, può essere intesa tanto con riguardo a valori monetari (e quindi come « somme spese nell'esercizio »), tanto con riguardo a valori patrimoniali (e quindi come « entità delle risorse impiegate in un dato investimento »). Solo adottando il secondo significato la rivalutazione diventava possibile. Tuttavia, né la convenzione, né i dati comunque riconducibili ai comportamenti delle parti offrivano elementi tali da poter consentire una decisione in un senso piuttosto che nell'altro.

Il lodo del collegio arbitrale, investito della controversia, ha ricercato la soluzione del problema in un apprezzamento delle circostanze storiche proprie dell'epoca in cui la convenzione era stata stipulata: e proprio sulla base di queste ha concluso nel senso della rivalutabilità del capitale. E questa linea è stata sostanzialmente accolta dai giudici chiamati a pronunciarsi sul lodo.

Vi sono, dunque, casi in cui punti oscuri o controversi della dichiarazione non possono essere regolati in via interpretativa. Di fronte a questa conclusione, abbastanza ovvia, v'è da chiedersi se questa impossibilità di ricorrere

---

(64-ter) Cass. 11 giugno 1965, n. 1189; App. Roma, 31 gennaio 1964, entrambe in *Riv. dir. comm.*, 1966, II, pp. 19-28, con ampia nota di riferimento al lodo arbitrale a cui le sentenze stesse si riferiscono. In aggiunta a queste sentenze si possono confrontare, per i richiami all'equità in esse contenuti, Cass. 27 novembre 1963, n. 3044, in *Giust. civ.* 1964, I, pp. 27 ss.; e soprattutto Cass. 22 luglio 1966, n. 1995, in *Giust. civ.*, 1966, I, pp. 1654-1659, in un caso in cui le parti di un convenzionamento di un cortile, ai sensi dell'art. 44 del Regolamento d'igiene del comune di Milano, nulla avevano disposto in ordine alla ripartizione della superficie verticale resasi disponibile per l'edificazione.

all'interpretazione si converta nella impossibilità di dare una qualsiasi regolamentazione ai punti in questione. È qui, a nostro avviso, che si inserisce la nozione di circostanza rilevante ai fini dell'esercizio dei poteri equitativi da parte del giudice.

Prima ancora di motivare più diffusamente questa opinione, si può tuttavia rilevare come essa comporti necessariamente una valutazione in chiave integrativa di tale profilo dell'attività del giudice (65), dal momento che non svolge i termini espliciti o impliciti della dichiarazione, ma pone essa stessa il precetto. A differenza delle ipotesi solitamente considerate sotto il profilo interpretativo, in cui l'ufficio delle circostanze non è quello di «arricchire il contenuto dispositivo del contratto, ma solamente... (di) illuminarlo» (66), nei casi prima indicati ci si trova in presenza della fissazione di una regola, relativa ad una vera e propria lacuna del contratto (66-bis).

Appunto in relazione ai dati, a cui il giudice fa riferimento nella posizione del precetto, si specifica l'ultima accezione del termine circostanza. Sia ben chiaro: trascorrendo dall'una all'altra accezione, non muta la realtà oggettiva a cui si fa riferimento, poichè si tratta sempre di elementi di fatto connessi al contratto, ma si modificano le condizioni della loro rilevanza in ragione dei rapporti con il precetto concretamente preso in esame. Ora, nel caso che qui ci interessa, le circostanze non possono essere, nè esplicitamente nè implicitamente, comprese nel precetto, poichè il punto a cui si riferiscono non è stato oggetto di disciplina (così, negli esempi precedenti, la sorte della ga-

(65) Cfr. BETTI, *Interpretazione*, cit., p. 51.

(66) Così esattamente PIETROBON, *L'errore*, cit., p. 224, nota 75.

(66-bis) In tal senso, esplicitamente, Cass. 22 luglio 1966, n. 1995, cit., p. 1659 (in motivazione).

ranza in caso di riduzione del finanziamento non aveva formato oggetto di alcuna previsione, né si era previsto qualcosa in ordine alla rivalutazione): il giudice, in tal caso, nulla risolverebbe ricorrendo agli strumenti interpretativi.

L'integrazione di quel punto del regolamento ad opera del giudice dipende unicamente dalla possibilità di ritrovare, oltre il precetto, circostanze idonee a consentire quella soluzione che più sembra in armonia con il complesso dell'operazione compiuta. Di volta in volta, allora, il giudice potrà attribuire rilevanza, ad esempio, anche a motivi comuni ai contraenti, alla loro situazione patrimoniale, alle prospettive offerte dalle attività che essi svolgono, alla situazione di altri soggetti, estranei al regolamento contrattuale, ma in esso direttamente o indirettamente interessati (creditori o debitori delle parti, ecc.): tutte circostanze che non sono certamente riconducibili al regolamento, quale fu configurato dalle parti e che, quindi, non potrebbero essere apprezzate in via interpretativa; ma che, qualora appaia evidente la loro utilità in relazione a un punto non risolto del regolamento contrattuale, il giudice può rendere rilevanti, assumendole sotto il profilo regolamentare grazie ai poteri equitativi.

#### 4. *Poteri del giudice ed area d'incidenza dell'equità.*

— Così individuato l'ambito delle circostanze rilevanti in via equitativa e segnate le linee secondo le quali deve svolgersi l'attività giudiziale, non sembra difficile proporre anche qualche rilievo conclusivo in ordine al travagliato problema dei poteri del giudice.

Deve dirsi, in primo luogo, che l'obiezione formale prima prospettata — l'essere, cioè, l'attività equitativa in-

compatibile con il fatto che il giudice non pone norme, ma risolve controversie — può essere superata, in modo altrettanto formalistico, osservando che pure nel caso esaminato in precedenza la pronuncia del giudice risolve una controversia fra privati. Se, poi, con quell'obiezione si volesse dire che al giudice non è consentito andare al di là del precetto, predisposto dai privati, allora la replica esige una distinzione. Andare al di là del precetto privato, infatti, può voler dire che al giudice non è consentito di intervenire sul regolamento sì da renderlo difforme da quello che i privati intendevano porre in essere (più precisamente, sì da renderlo tale da realizzare un interesse in tutto o in parte diverso da quello che i privati intendevano perseguire): se questa è l'esatta interpretazione dell'obiezione, evidentemente questa non coglie la sostanza delle situazioni finora considerate, nell'esame delle quali muovevamo proprio dal presupposto che per uno o più punti del precetto non fosse rinvenibile una regolamentazione (o una regolamentazione sufficiente), sì che non sarebbe possibile individuare una difformità tra una regola posta dal giudice e l'assenza di ogni regola. A meno di non voler ritenere che la realizzazione di un diverso interesse venga giudicata assumendo come punto di riferimento l'interesse di uno solo dei litiganti: ma allora questo sarebbe vizio di ogni decisione giurisdizionale.

Negare la possibilità di andare al di là del precetto privato, ad ogni modo, potrebbe voler dire anche che al giudice non è consentito di far capo a circostanze non riconducibili al precetto: ma a questa obiezione, che svuoterebbe di ogni significato il rinvio all'equità dell'art. 1374, riteniamo di aver già replicato nelle pagine precedenti (67).

(67) Cfr. *retro*, n. 2.

Quest'ultima obiezione, respinta sul piano sostanziale, potrebbe essere riproposta su quello processuale, osservandosi che il giudice deve giudicare in base alle allegazioni delle parti, altrimenti verrebbe travolto quel principio dispositivo che sta a fondamento del processo civile. Le controversie dottrinarie su questi punti sono ben note (68), ed è evidente la delicatezza dei principi in questione: ma non sembra arbitrario un tentativo di semplificazione.

Se con quella obiezione si vuol dire che il giudice, nell'individuare la circostanza da porre a fondamento dell'integrazione per via equitativa, non può servirsi della propria scienza, si è certamente nel vero: il fatto stesso che l'esercizio dei poteri equitativi sia condizionato all'instaurarsi di un processo, dimostra che esso non può essere sottratto ai principi generali che regolano la materia. Il problema si fa difficile quando il giudice annette valore di circostanza, nel senso indicato, a fatti che, pur essendo emersi nel corso del giudizio, non abbiano costituito l'oggetto di specifica allegazione (69).

(68) Le sintetizza ora efficacemente SCHLESINGER, *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, in *Temi*, 1963, pp. 1135-1144, a cui rimandiamo anche per una informazione bibliografica.

(69) Su tale questione, e sulle altre indicate successivamente nel testo, cfr. gli ampi ragguagli (anche bibliografici) di CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano 1962, in particolare pp. 50-58, 303-353 (per il punto che qui ci interessa soprattutto pp. 342-343, 351). Accanto alla classica posizione di CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola « ne eat iudex ultra petita partium »*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma 1930, pp. 157-177 (su cui, però, si vedano le precisazioni di ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*<sup>2</sup>, Napoli 1961, pp. 167 ss.), deve essere ricordata la ricostruzione di CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano 1951, pp. 695-772. E cfr. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità di ultra e extrapetizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, pp. 387-429. Per un ampio panorama comparatistico delle recenti tendenze. CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, pp. 407-428.

questo problema, è quello di cercare la soluzione unicamente sul terreno del giudizio di diritto, distinguendo, in relazione alla decisione, tra fatti costitutivi e fatti secondari e, in ordine allo svolgimento del processo, tra fatti suscettibili di immediato accertamento e fatti che non presentano tale carattere; e via dicendo. Si trascura, però, che nel caso da noi esaminato si è in presenza di una situazione almeno in parte diversa: e la diversità deriva, ovviamente, dal fatto che al giudice sono attribuiti poteri equitativi. Ora, noi sappiamo che nel giudizio d'equità assumono rilievo elementi di fatto altrimenti irrilevanti nel giudizio di diritto (70), che nel giudizio d'equità si può tener conto «di elementi, circostanze e situazioni che secondo lo stretto diritto non sarebbero influenti e non potrebbero essere considerati» (71).

Proprio quest'ultima constatazione si deve avere ben presente per la risoluzione del nostro problema: la natura equitativa dei poteri affidati al giudice consente l'estensione alla materia da noi discussa dei principi enunciati per il giudizio d'equità, rendendo così legittimo il rilievo che il giudice attribuisce alle circostanze comunque desumibili dai fatti emersi nel corso del giudizio. Né ci sembra esatto obiettare che questa applicazione di principi caratteristici del giudizio di equità trascura il fatto determinante di tale giudizio, vale a dire la volontà delle stesse parti di veder decisa la loro controversia secondo equità, e non in base ai principi di diritto: nelle controversie relative alla materia contrattuale, mancando una richiesta delle parti nel

(70) Il punto è illustrato da NASI, *Equità (giudizio di)*, voce in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, p. 122.

(71) DE MARINI, *Il giudizio di equità*, cit., p. 270 (dove si analizza anche la giurisprudenza italiana in materia).

senso ora indicato, dovrebbe farsi ricorso allo stretto diritto, esclusivamente. Ma pure questa è obiezione semplicistica, che non tiene nel giusto conto il significato dell'articolo 1374. L'affidamento al giudice di poteri equitativi, contemplato in tale articolo, vuol dire appunto che, in deroga al principio secondo cui il giudizio equitativo presuppone una esplicita richiesta delle parti, si può procedere ad una integrazione secondo equità nei casi e con le modalità precedentemente analizzati. A confortare sulla esattezza di questa conclusione contribuisce la formula stessa dell'art. 1374, che prevede l'intervento dell'equità « in mancanza » della legge, riproducendo sul piano sostanziale quello svincolarsi del profilo equitativo da quello dello stretto diritto, che sta all'origine di conseguenze tanto significative sul piano processuale.

Piuttosto, proprio prendendo le mosse dall'art. 1374 e dal rapporto in esso istituito tra legge, usi ed equità, si è di recente proposta una ricostruzione restrittiva dell'operare dell'equità, meritevole di particolare segnalazione. Condividendo le perplessità di chi vede nel ricorso all'equità un pericolo per la certezza delle relazioni giuridiche (72), si è negato che l'art. 1374, nella parte relativa all'equità, sia applicabile ai contratti riconducibili a tipi legali o sociali, la cui definitiva disciplina può sempre essere ricavata ricorrendo ad un criterio di normalità: campo di applicazione dell'equità, invece, sarebbe quello, ben diverso, dei tipi contrattuali creati dagli stessi interes-

---

(72) Per una serie di valutazioni riassuntive di questo orientamento cfr. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., pp. 51-56 (il quale, però, non può fare a meno di rilevare — alle pp. 51-52, nota 85 — come « la scienza del processo vada liberandosi, sia pure a fatica, da talune tradizionali concettualizzazioni in tema di giurisdizione »).

sati (73). Per questi contratti, non essendo possibile una integrale ricostruzione della disciplina con riferimento a un tipo, sarebbe affidato al giudice il compito di precisazione della disciplina, sempre in base « alla direttiva economica che i contraenti hanno voluto dare alla loro attività » (74).

Questa ricostruzione muove, con evidente coerenza, dalla riduzione dell'intero fenomeno integrativo al momento dell'interpretazione: per ciò che riguarda le sue implicazioni generali, quindi, si può rinviare a quanto abbiamo già avuto modo di osservare sui rapporti intercorrenti tra integrazione ed interpretazione. In aggiunta a quelle più ampie riflessioni, sembra però possibile qualche specifico rilievo (75).

Quando si propone una applicazione dell'equità ai soli contratti atipici, si afferma in sostanza che le tre fonti richiamate dall'art. 1374 (legge, usi, equità) « non individuano funzioni differenti e non possono, congiuntamente, operare, ma esprimono l'operare della stessa funzione in ipotesi differenti: e il verificarsi dell'una esclude, dunque, necessariamente, ogni altra » (76). Ora, a noi sembra che, così ragionando, si trascuri proprio il fatto nuovo e caratteristico della disciplina introdotta dall'art. 1374, e cioè la particolare limitazione dell'ambito assegnato all'equità,

(73) G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 329.

(74) G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 330 (ma cfr., in generale, pp. 323-332).

(75) Sempre in via generale, si può qui richiamare quanto scriveva DE MARINI, *Il giudizio di equità*, cit., pp. 193-194, a proposito delle tesi di chi negava « al giudice di derogare in qualsiasi modo alle clausole contrattuali in nome dell'equità o di applicare regole non prevedibili dalle parti »: egli osservava, appunto, che « tale opinione... ora non sembra più sostenibile facendo specifico richiamo all'equità nell'interpretazione del contratto l'art. 1374 c.c. ».

(76) G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 331.

la cui operatività è subordinata alla mancanza della legge: il che vuol dire, chiaramente, che l'operare delle diverse fonti non è graduato in relazione a diverse ipotesi di regolamento, ma secondo le modalità in base alle quali ciascuna di quelle fonti può partecipare alla costruzione del regolamento contrattuale.

Una sistemazione, quale è quella di cui discutiamo, disconosce, invece, questa diversità di piani, su cui ciascuna fonte si muove, e opera una diversificazione solo per ciò che riguarda il tipo di regolamento sul quale si interviene: una conclusione, questa, che sarebbe stata forse plausibile vigente l'art. 1124 del Codice civile del 1865 (ove, appunto, legge, usi ed equità erano posti sul medesimo piano), ma che non sembra più sostenibile in presenza della diversificazione introdotta dalla nuova codificazione (77). Si consideri, ancora, che l'inciso « in mancanza » non significa che l'equità può operare solo in relazione a quei regolamenti per cui manca del tutto un riferimento legislativo: una interpretazione così rigorosa, infatti, precluderebbe del tutto il ricorso all'equità, poichè pure i contratti inonominati fanno capo alla legge per ciò che riguarda la disciplina dei punti essenziali della loro struttura. In realtà, con quell'inciso si è voluto dire che la sostituzione del cri-

(77) La fedeltà all'antica sistematica è evidente nello stesso esplicito riferimento che G.B. FERRI (*Causa e tipo*, cit., p. 329) fa all'art. 40 del Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti del 1927 (« I contratti obbligano non solo a ciò che nei medesimi è espresso, ma anche a tutte le conseguenze che l'equità, l'uso o la legge attribuiscono all'obbligazione secondo la sua natura »). Questa formula, sostanzialmente fedele alla tradizione della scienza giuridica francese, appare oggi del tutto inutilizzabile in presenza di una norma che, come l'art. 1374, ha lasciato cadere ogni riferimento alla natura dell'obbligazione, facendo leva unicamente sul concetto di conseguenza del contratto; e che, d'altra parte, non pone più sullo stesso piano le tre fonti, ed anzi retrocede l'equità dal primo posto ad una posizione evidentemente subordinata.

terio equitativo a quello legale non può essere arbitrariamente compiuta dal giudice: poiché, come già si è visto, il ricorso all'equità nei contratti prescinde dal presupposto fondamentale del giudizio d'equità (l'iniziativa della parte), si è voluto circoscrivere tale regime derogatorio ai soli punti per cui sarebbe stato comunque impossibile un giudizio di stretto diritto.

È giusto, quindi, osservare che per l'equità non si pone direttamente un problema di concorrenza con le altre fonti. L'equità non solo adempie ad una funzione diversa, ma si muove sul diverso piano della concretezza delle circostanze, così evitando ogni confusione anche con quei criteri che, come la buona fede integrativa, sono pure essi ricondotti all'intervento del giudice, ma che, per la loro natura di clausola generale, implicano comunque il riferimento a parametri oggettivi, anche se variabili: cioè, a parametri che il giudice certamente contribuisce ad elaborare, ma non in funzione esclusiva della singola fattispecie. L'equità, allora, non può essere compresa tra le clausole generali, proprio perché essa non si risolve nella individuazione di un parametro, sia pure elastico, ma unicamente in un ampliamento dei poteri del giudice in ordine all'apprezzamento di circostanze altrimenti irrilevanti.

Si ribadisce, così, l'antico carattere individualizzante dell'equità: che certamente è all'origine di una diffusa e altrettanto antica sfiducia, ma è pure la ragione della lunga sopravvivenza dell'equità nei più diversi sistemi giuridici.

Chi guardi oltre le occasioni, può scorgere nell'attenzione che l'equità continua a destare un segno dell'impossibilità di considerare definitiva e compiuta ogni opera di regolamentazione giuridica, sottraendola alla prova ed al giudizio della storia.

Il volume di Stefano Rodotà sulle fonti di integrazione del contratto costituisce un ulteriore passo verso la presentazione della sua visione a tutto tondo dei fenomeni del diritto privato nella società contemporanea. Rodotà, come già aveva fatto nel suo volume precedente sulla responsabilità civile, supera approcci formalistici e cala le vicende del contratto nella nuova costituzione economica che aveva già illustrato nella sua prolusione del 1967 su “Ideologie e tecniche del diritto civile”. Le prospettive da lui avanzate – che oggi sono acquisite ma che all’epoca rompevano un quieto vivere intellettuale – sono almeno cinque: (i) il complesso delle regole del contratto è arricchito mediante fonti alternative a quelle della dichiarazione delle parti; (ii) ciò determina un ampliamento del contenuto e quindi degli effetti del contratto; (iii) la integrazione non è un soltanto “riempimento delle lacune” trascurate o ignorate dalle parti; (iv) ai fini della sua integrazione il contratto va collocato nell’ambiente socioeconomico in cui deve svolgere i suoi effetti; (v) l’art. 41 Cost. presidia le regole esterne che disciplinano ed integrano il contratto.

**STEFANO RODOTÀ** (Cosenza 1933 – Roma 2017), professore di diritto civile nelle università di Macerata, Genova, e La Sapienza ha unito una intensa attività accademica – di cui questo volume è solo uno dei tanti risultati che hanno toccato molteplici aspetti del diritto – ad un continuativo impegno, a partire dal 1979, prima in Parlamento, poi quale primo Garante italiano della privacy, e componente la commissione che ha redatto la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

**GUIDO ALPA** (Ovada 1947), emerito di diritto civile nell’Università La Sapienza, è stato allievo di Stefano Rodotà nei suoi anni genovesi e ne ha seguito le orme nella molteplicità di interessi e di impegni istituzionali, ricoprendo dal 2004 al 2015 la carica di Presidente del Consiglio Nazionale Forense.