

Andrea Nicolussi – Giuseppe Portonera

Buona fede e correttezza nel rapporto obbligatorio



Giappichelli



INTRODUZIONE

L'obbligazione di tradizione europeo-continentale non è pensabile senza la buona fede e la correttezza. Ciò è vero anzitutto sul piano storico, se si ricorda che è possibile risalire fino al diritto romano per trovare già germogliata l'idea che l'*obligatio* è un *vinculum iuris* governato da una regola di condotta desunta dall'*habitus* del *bonus vir*, e per questo ellitticamente definita, con una caratteristica inversione dell'aggettivo, *fides bona*. Ma l'impossibilità di pensare un'obbligazione amputata della buona fede si evince anche con riferimento alla modernità e alla contemporaneità giuridica, ove si è riconosciuto nella buona fede sia un parametro di conformazione del rapporto, sia una fonte di integrazione dello stesso, nonché l'elemento in grado di qualificare quel contatto sociale che, altrimenti lasciato nell'indifferenziato, sarebbe destinato o all'irrelevanza oppure, ma solo ove ne ricorrano i presupposti, alla tutela aquiliana. Con ciò, peraltro, si mette allo scoperto non solo la ricchezza del contenuto dell'obbligazione, ma anche una pluralità dell'obbligazione stessa in riferimento alle sue fonti: esse si aprono alla tutela di una dimensione relazionale connotata dall'affidamento o meglio dalla possibilità di fare affidamento (soprattutto in ambito professionale) che la maggior frequenza e intensità dei rapporti socio-economici richiede, e quindi a una nuova forma di tutela al di là delle tradizionali figure del contratto e del fatto illecito che nella modernità hanno enfatizzato il momento volontaristico, sia nel suo risvolto positivo (volontà del contratto) sia nel suo risvolto negativo (volontà riprovevole in termini di dolo o di colpa).

Tale innovazione giuridica è spesso riferita all'ordinamento tedesco, ma va rilevato, senza alcuna intenzione di disconoscere il fattore ispiratore derivante da quell'esperienza giuridica, che in Italia essa presenta tratti originali e ha trovato altresì un fondamento più sicuro non solo nelle svariate norme giuridiche che a partire da quella sulla responsabilità precontrattuale ospitano puntuali ipotesi di obblighi di protezione, ma pure nel dettato dell'artt. 1173 c.c. con la sua apertura verso quei fatti o atti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico. Certo, tale guadagno è reso possibile in primo luogo dalle potenzialità della buona fede, la clausola generale per eccellenza; nondimeno tali potenzialità vanno comprese all'interno di un discorso giuridico metodologicamente sorvegliato, e quindi consapevole dei propri

vincoli e limiti. La neo-dogmatica che si esprime nell'elaborazione della categoria degli obblighi di protezione integrativi o autonomi (obbligazione senza prestazione) mira appunto a dar senso e concretezza alle potenzialità della clausola generale della buona fede e correttezza, proponendo un modello di tipizzazione che ricerca l'integrazione sistematica, anziché rifiutarla, e che si propone pertanto come sviluppo della dogmatica giuridica, senza scivolare nell'anticoncettualismo e nella riduzione delle clausole generali a formule retoriche per applicazioni di matrice ideologica o quali semplici scorciatoie per la soluzione dei molteplici problemi del diritto contemporaneo.

Queste sono, in estrema sintesi, le coordinate che hanno segnato la redazione delle seguenti pagine, destinate alla pubblicazione in uno dei volumi del *Trattato del Diritto Privato* diretto da Salvatore Mazzamuto e che si presentano in forma di estratto al fine di garantirne una più agevole consultazione. La suddivisione in tre capitoli consente, in primo luogo, di definire forma e contenuto della buona fede, per poi mostrare in che modo essa si innesti nella logica e nella struttura del rapporto obbligatorio, nei confronti tanto dell'interesse di prestazione, quanto di quello di protezione nonché come la tutela di quest'ultimo possa pure manifestarsi in forma autonoma. In generale, il discorso è condotto in riferimento a opere di studiosi e alla giurisprudenza con frequenti esempi di casi concreti in modo che «problema» e «sistema» si schiariscano reciprocamente evidenziando luoghi e *topoi* argomentativi in cui tale sviluppo giuridico si concretizza e si svolge.

Ciò consente anche di rimarcare l'importanza di un confronto tra dottrina e giurisprudenza, che, se condotto nella consapevolezza dei rispettivi ruoli e limiti, fornisce l'occasione per uno sviluppo armonico e sistematicamente coerente del diritto: uno sviluppo che rispetta la legge scritta rendendola viva proprio tramite il dibattito scientifico e l'opera non meccanica ma nemmeno autoreferenziale di applicazione alla realtà. E infatti, proprio le forme giuridiche nuove in cui trova protezione l'affidamento costituiscono l'esempio forse più rilevante di sviluppo del diritto privato (*Rechtsfortbildung*) conseguito attraverso l'opera della dottrina in fertile dialogo con la giurisprudenza.

Un'ultima precisazione va fatta a proposito del titolo del lavoro, all'interno del quale si è ritenuto opportuno affiancare alla buona fede la parola "correttezza", cioè quella precisamente utilizzata dal Codice civile nell'art. 1175 c.c., che, riferendosi sia al debitore sia al creditore, fa emergere il «criterio di reciprocità» in cui Emilio Betti ha scorto l'essenzialità della regola di *fides bona*.

Il presente lavoro è frutto di una comune elaborazione da parte degli autori. Devono comunque essere riferiti esclusivamente ad Andrea Nicolussi i paragrafi 1, 2, 3, 4, 5, 5.1, 5.2 del capitolo I; 4, 5 del capitolo II; 1, 2.1, 2.2, 4, 4.1, 4.2, 5 del capitolo III, mentre a Giuseppe Portonera i paragrafi 5.3 del capitolo I; 1, 2, 3, 6, 7, 7.1 del capitolo II; 2, 3 del capitolo III.

CAPITOLO I

RAPPORTO OBBLIGATORIO, BUONA FEDE
OGGETTIVA E CORRETTEZZA

SOMMARIO: 1. Nozioni introduttive, coordinate sistematiche e repertorio dei punti di inserzione. – 2. Buona fede e altre disposizioni inerenti al rapporto obbligatorio. – 3. La possibilità dell'affidamento come riferimento funzionale dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede. Regole di validità e regole di condotta. – 4. Natura "relazionale" della responsabilità da violazione di obblighi *ex fide bona*. Il contatto sociale qualificato. – 5. Forma e contenuto della buona fede. Distinzioni. Buona fede oggettiva e buona fede soggettiva. – 5.1. Buona fede e correttezza. – 5.2. Buona fede ed equità. – 5.3. Buona fede e solidarietà costituzionale.

1. *Nozioni introduttive, coordinate sistematiche e repertorio dei punti di inserzione*

La buona fede (oggettiva) è regola del rapporto obbligatorio volta a conformare il comportamento dei soggetti in relazione attraverso obblighi che ineriscono tanto all'interesse che il creditore ha alla prestazione, quanto all'interesse che entrambe le parti hanno alla protezione dei reciproci patrimoni e persone, i quali, proprio a causa della relazione, sono esposti a uno specifico pericolo di danni. La buona fede non si limita, peraltro, a conformare il rapporto obbligatorio, ma ne diviene fonte di integrazione, dal momento che tutti gli obblighi che si generano a carico delle parti, pur quando si riferiscono a situazioni successive al sorgere del rapporto stesso, arricchiscono quest'ultimo con effetti che non sono riconducibili alla sola autonomia privata. In altre parole, la buona fede è regola di condotta nel senso tanto di individuare, tra le diverse, una modalità di adempimento di obblighi che hanno direttamente fonte nel contratto o nel titolo che dà origine al rapporto, quanto di essere essa stessa fonte di obblighi autonomi, i quali si aggiungono ai primi in quanto necessari per la protezione di entrambe le parti (obblighi di protezione).

Per tali ragioni, lo studio attento della buona fede costituisce passaggio

irrinunciabile per la comprensione della moderna dottrina dell'obbligazione, che si apre e dà copertura anche a valori che stanno al di là dell'obbligo primario di prestazione, mettendo capo a un rapporto "complesso" non più soltanto nel senso ristretto di una giustapposizione del vincolo "patrimoniale" a quello "personale" del debitore (art. 2740 c.c.), bensì del riconoscimento dell'esistenza, insieme e accanto all'obbligo di prestare, di altri e diversi obblighi.

È stato possibile, peraltro, far emergere una potenzialità della categoria degli obblighi di protezione che permette agli stessi di valere come tali anche in assenza di un'obbligazione avente a oggetto la prestazione, al punto da riconoscere che all'obbligazione di prestazione (art. 1174 c.c.) se ne affianca una diversa, l'obbligazione di protezione (detta pure senza prestazione), la quale riceve rilevanza giuridica essendo annoverabile tra gli altri atti o fatti idonei a produrre obblighi in conformità dell'ordinamento giuridico (art. 1773 c.c.). L'obbligazione senza prestazione, si è scritto, «in un certo senso è sorella minore della prima, perché è priva della prestazione e fonda solo una responsabilità per la sua violazione, analogamente a quella precontrattuale. Essa rimane dunque obbligazione senza provocare una frantumazione irriducibile della categoria, ma di questa costituisce una specificazione peculiare»¹.

È la tradizione millenaria del diritto continentale che ha consentito di individuare nei rapporti obbligatori non solo lo *strictum ius* del *vinculum* che astringe il debitore, ma anche la reciprocità derivante dalla *fides bona*, quale paradigma metapositivo di quel *iudicium ex fide bona* che permette di innervare il rapporto obbligatorio, da entrambi i lati, con elementi di eticità correlati proprio agli affidamenti reciproci che la relazione è in grado di suscitare. Se ne ricava una rilettura della forma, non più puramente unilaterale, delle situazioni giuridiche ascrivibili alle parti della relazione, le quali si rivelano rispettivamente non come una situazione esclusivamente di vantaggio a fronte di una di svantaggio, in quanto il principio di buona fede oggettiva rende permeabili queste situazioni giuridiche all'integrazione e alla conformazione. Inoltre, proprio perché il principio di buona fede è insorto e cresciuto su un humus culturale comune alle esperienze giuridiche europee, esso funge non solo da parametro a fini di comparazione giuridica, ma anche da elemento di costruzione di regole che mirano a travalicare i confini nazionali.

Specialmente in questi ultimi processi, nei quali la molteplicità deve fare i conti con un'esigenza di comunanza, richiamarsi alla "buona fede" è spesso servito a fare emergere un tratto condiviso tra quei principi che i singoli ordinamenti nazionali hanno elaborato e approfondito per far fronte a problemi comuni. L'esempio più chiaro si ritrova nella normativa comunitaria

¹ A. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Padova, 2021, VII.

di tutela del consumatore, ove la “buona fede” è divenuta il sintagma di sintesi per descrivere l’intersezione tra la regola di condotta, propria della tradizione europeo-continentale, e un criterio di giusto bilanciamento degli interessi in causa, che può comprendersi nel senso della ragionevolezza di *common law* (nonché di una buona fede con sfumature equitative come in Germania).

Anche nel caso delle Convenzioni di diritto internazionale si riscontra un ruolo significativo per la buona fede. Si pensi alla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci (1980): il suo testo fa, invero, un unico riferimento esplicito alla buona fede (art. 7, ove «il rispetto della buona fede nel commercio internazionale» è riconosciuto come criterio centrale a fini interpretativi, peraltro al pari «della necessità di promuovere l’uniformità dell’applicazione» della Convenzione medesima); tuttavia, non può dubitarsi che il rispetto della buona fede oggettiva sia implicitamente assunto come doveroso là dove, ad esempio, si tratti di giudicare della “giustificata” del ritardo con cui l’autore dell’offerta ha respinto le modifiche proposte dall’oblato (art. 19). Allo stesso modo, il civilista europeo non fatterà a riconoscere il parametro di correttezza in alcune disposizioni della Convenzione che si esprimono in termini di “ragionevolezza” (si pensi all’art. 60, ove l’obbligo dell’acquirente di ricevere la consegna, ossia un obbligo di cooperazione, consiste «nel compiere qualsiasi atto che ci si possa da lui *ragionevolmente* attendere per permettere al venditore di effettuare la consegna»).

La buona fede come regola del rapporto obbligatorio permea, infine, i progetti di codificazione europea, i quali rappresentano del resto il tentativo che il diritto colto ha fatto di trarre, dallo *ius commune* europeo, un prodotto normativo all’altezza delle tradizioni giuridiche degli Stati membri. Nei Principi di diritto europeo dei contratti, ad esempio, la buona fede è presente in uno «stato diffuso»², ponendosi quale limite all’autonomia contrattuale (Art. 1:102), nutrendo «obblighi generali» (Art. 1:201) che si affiancano a quello specifico di cooperazione (Art. 1:202), dominando la fase delle trattative (Art. 2:301) e, infine, fungendo da fonte integrativa del regolamento contrattuale a mezzo delle cosiddette clausole «implicite» (Art. 6:102). Spazio analogo si riscontra nel *Draft Common Frame of Reference*, ove la buona fede è regola generale di interpretazione (Artt. I – 1:102 e II – 8:102), regola di condotta da osservare nel corso della relazione (Art. I – 1:103), in particolare in sede di formazione del contratto (Artt. I – 1:106 e II – 3:301) e per evitare l’ingenerarsi di vizi nel consenso (Art. II – 7:201, 7:205, 7:207), criterio di riferimento per regolare circostanze lasciate prive di espressa discipli-

²C. CASTRONOVO, *Un contratto per l’Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, Milano, 2001, XXXIII.

na da parte dei contraenti (Art. II – 9:101) o per giudicare del carattere abusivo di certe clausole nei contratti del consumatore (Art. II – 9:403).

Concentrandoci sull'ordinamento italiano, va detto che, in quanto clausola generale, la buona fede autorizza il giudice, impartendogli in pari tempo una direttiva, a formare da sé la regola di decisione di una questione di responsabilità traendola da standard extrasistematici di valutazione dei comportamenti (regola per il caso concreto, ma, appunto in quanto regola, bisognosa di giustificazione mediante verifica di universalizzabilità)³. Una attenta dottrina l'ha pertanto riconosciuta quale «clausola generale per eccellenza»⁴, osservando che essa dà ingresso nel rapporto obbligatorio a «una eteronomia non autoritaria, indicativa di un intervento anche incisivo sul rapporto, il quale, pur condotto da un potere alieno alle parti, tuttavia non è autoritario perché si limita a filtrare valori sociali entro la forma giuridica»⁵. In altre parole, la buona fede si colloca sul crinale che corre tra autonomia ed eteronomia, perché se il rinvio alla buona fede significa che l'autonomia non ha il monopolio nella formazione delle regole tra debitore e creditore, tale rinvio implica il riferimento a un affidamento che rappresenta un atteggiamento irrinunciabile nell'ambito di una relazione interpersonale. Questo principio trova ampio e consolidato riscontro nella giurisprudenza, come dimostra la ricorrente affermazione per cui «la buona fede si atteggia come impegno di cooperazione o obbligo di solidarietà, imponendo a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali o dal dovere extracontrattuale del principio del *neminem laedere*, sono idonei a preservare gli interessi della controparte, senza peraltro che ciò possa rappresentare un apprezzabile sacrificio per chi li pone in essere»⁶.

2. Buona fede e altre disposizioni inerenti al rapporto obbligatorio

La buona fede non serve solo a dare conto e giustificazione razionale di una serie di comportamenti ulteriori cui il soggetto in relazione è tenuto, e la

³ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in ID., *Scritti. Metodo e teoria giuridica*, I, a cura di C. CASTRONOVO-A. ALBANESE-A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 170 e 174-175. Si veda inoltre L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 426-429.

⁴ C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 28.

⁵ CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit., 29.

⁶ Cfr. Cass. s.u. n. 21658/2009, Cass. n. 7210/2009, Cass. n. 21250/2008, Cass. n. 2878/2007, Cass. n. 20399/2004, Cass. n. 12685/2004, Cass. n. 3185/2003, Cass. n. 12093/2001, Cass. n. 9321/2000, Cass. n. 2252/2000, Cass. n. 1078/1999, Cass. n. 4538/1997 e Cass. n. 2503/1991.

cui tipizzazione è rimessa all'opera del giudice (obblighi accessori, integrativi o di protezione), ma anche a fornire spiegazioni plausibili del significato di alcune disposizioni che concorrono a definire la disciplina del rapporto obbligatorio.

Anzitutto, si può menzionare l'obbligo di custodia previsto dall'art. 1177 c.c., in immediata successione al tritico di norme che regolano, rispettivamente, l'oggetto dell'obbligazione di prestazione (art. 1174 c.c.) e le due principali clausole generali che governano il rapporto obbligatorio: correttezza (art. 1175 c.c.) e diligenza (art. 1176 c.c.). L'art. 1177 c.c. ci ricorda che storicamente la seconda è risultata dalla prima, in quanto la *diligentia in custodiendo* rappresenta una sorta di incunabolo o primo esempio della derivazione della diligenza da una valutazione *ex fide bona* del rapporto⁷. Difatti, è la *bona fides* a fondare la pretesa che il debitore, già prima della scadenza del termine dell'adempimento, si comporti da buon padre di famiglia per mantenersi in grado di compiere quanto necessario per la realizzazione del risultato dovuto. Questo comportamento, che si specifica nella diligenza *stricto sensu*, non è autonomo dall'obbligo di prestazione, ma ad esso accede integralmente, essendo rivolto ad assicurare la realizzazione di quanto dedotto in rapporto. Come si vedrà meglio successivamente, è il suo carattere di strumentalità nei confronti dell'interesse creditorio a consentire di distinguere il significato della diligenza nei rapporti obbligatori rispetto al campo dell'illecito aquiliano. Solo nel primo caso, la negligenza, essendo già contraria al *vinculum iuris* determinato dal principio della buona fede, è di per sé illecita, laddove, nella responsabilità *ex delicto*, la negligenza è tale soltanto in quanto connoti il fatto produttivo di danno altrui ingiusto⁸.

Un esempio più diretto circa una migliore comprensione di altre disposizioni inerenti al rapporto obbligatorio grazie alle lenti della correttezza si ricava dall'art. 1189 c.c., nel cui ambito normativo la buona fede oggettiva fornisce la base dogmaticamente più attendibile della tutela del debitore che paga a un rappresentante apparente del creditore. Sebbene la giurisprudenza imbocchi la scorciatoia di un presunto principio generale di tutela nei riguardi delle situazioni apparenti⁹, è l'obbligo specifico di comportarsi se-

⁷ Come scrive L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazione «di mezzi»*. Saggio critico, in ID., *Scritti. Obbligazioni e negozio*, II, a cura di C. CASTRONOVO-A. ALBANESE-A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 164-165: «l'inclusione nel contenuto dell'obbligazione della diligenza antitetica al *casus* è una conseguenza dell'assoggettamento dei rapporti obbligatori a una valutazione di buona fede (artt. 1366-1375)».

⁸ MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., 165 e 178-179 testo e nt. 14 dove anche un rinvio a Pernice, *Labeo* II2, 157, 159, 187, 202, 221, cui si deve la ricognizione storica circa la stretta relazione tra *fides* e *diligentia*.

⁹ Cass. n. 1869/2018 ha riaffermato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui «in te-

condo correttezza a spiegare la responsabilità per il danno subito dal debitore che ha pagato, senza effetto liberatorio, a una persona apparentemente autorizzata a ricevere¹⁰. Difatti, ove sia imputabile dell'apparenza che porta il debitore a ritenere (in modo scusabile) che taluno sia legittimato a ricevere per lui l'adempimento, il vero creditore avrà violato l'obbligo di protezione *ex fide bona* che, in questo caso, si specifica nell'evitare comportamenti che possano trarre in inganno il debitore, cagionandogli pertanto un danno. Vero è che la tutela si colloca sul piano della responsabilità, anziché su quello della validità/efficacia estintiva di un atto di pagamento¹¹, ma il debitore potrà comunque ottenere di fatto la propria liberazione, opponendo l'obbligo risarcitorio in compensazione all'eventuale richiesta di pagamento da parte del creditore¹².

Un altro esempio si può ricavare dalle regole in tema di luogo del pagamento e in generale di adempimento dell'obbligazione pecuniaria in relazione all'uso frequente di moneta elettronica e di assegni bancari, che la buona fede fa equiparare sostanzialmente alla moneta in senso stretto¹³.

ma di adempimento delle obbligazioni, l'art. 1189 c.c., che riconosce efficacia liberatoria al pagamento effettuato dal debitore in buona fede a chi appare legittimato a riceverlo, si applica, per identità di *ratio*, sia all'ipotesi di pagamento eseguito al creditore apparente, sia all'ipotesi in cui il pagamento venga effettuato a persona che appaia autorizzata a riceverlo per conto del creditore effettivo, il quale abbia determinato o concorso a determinare l'errore del *solvens*, facendo sorgere in quest'ultimo in buona fede una ragionevole presunzione sulla rispondenza alla realtà dei poteri rappresentativi dell'*accipiens* (Cass. n. 15339/2012 e Cass. n. 17484/2007)». Peraltro, la strada dell'estensione dell'art. 1189 c.c. ai casi in cui l'affidamento del *solvens* si dimostra imputabile a una negligenza dello stesso creditore risulta impervia, dal momento che comporta l'applicazione analogica di una norma eccezionale, come è l'art. 1189 c.c. rispetto alla regola generale la quale esige che il pagamento sia fatto a chi è legittimato a riceverlo (art. 1188, co. 2, c.c.), in violazione dunque dell'art. 14 preleggi. Sul tema del rappresentante apparente, cfr. C. TRANQUILLO, *L'exceptio doli generalis: tra buona fede e solidarietà costituzionale*, in *Hominum causa constitutum. Scritti degli allievi in ricordo di Francesco Realmonte*, Milano, 2009, 224 ss. dove una proposta di valorizzazione della solidarietà costituzionale nella dialettica tra falso rappresentato e terzi alla luce della quale il potere del falso rappresentato di ratificare l'affare dovrebbe essere accompagnato dal potere del terzo di «bloccare» l'eccezione di difetto rappresentativo.

¹⁰ MENGONI, *Ancora in tema di pagamento al «falsus procurator»*, in *Obbligazioni e negozio*, cit., 103.

¹¹ Sulle conseguenze di questo inquadramento, si veda ancora MENGONI, *Ancora in tema di pagamento al «falsus procurator»*, loc. ult. cit.

¹² NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 72.

¹³ Cass. s.u. n. 26617/2007, risolvendo il contrasto giurisprudenziale sull'idoneità solutoria del pagamento fatto a mezzo di assegno circolare, ha affermato che nelle obbligazioni pecuniarie, il cui importo sia inferiore a 12.500 euro e per le quali non sia imposta per legge una diversa modalità di pagamento, il debitore ha facoltà di pagare, a sua scelta, in moneta avente corso legale nello Stato o mediante consegna di assegno circolare. Nel primo caso il

Si pensi, ancora, all'art. 1190 c.c., in forza del quale «il pagamento fatto al creditore incapace di riceverlo non libera il debitore, se questi non prova che ciò che fu pagato è stato rivolto a vantaggio dell'incapace». La spiegazione più ovvia di questa regola di tutela del creditore incapace si ricava dal fatto che, poiché la prestazione può essere rifiutata se giudicata inesatta, il creditore deve essere in grado di apprezzarla, e dunque quantomeno in grado di intendere e di volere. Si è però anche ritenuto che la norma, analogamente a quanto previsto per la ripetizione dell'indebito (art. 2039 c.c.), sia rivolta anche a proteggere il creditore da quelle condotte successive all'adempimento – e come tali generalmente irrilevanti – che, a causa dello stato di incapacità in cui versa, egli potrebbe porre in essere senza aver consapevolezza degli effetti pregiudizievoli che ne discendono, perdendo così l'utile rappresentato dalla prestazione ricevuta. A ben vedere, si tratterebbe di una tutela molto forte a vantaggio del creditore incapace, che però non persuade quanto al suo collegamento sistematico con l'art. 2039 c.c., dal momento che il caso dell'adempimento non pare paragonabile a quello della ripetizione dell'indebito. Semmai, l'accollo del rischio inerente alla gestione della prestazione da parte del creditore incapace può giustificarsi proprio richiamando la valutazione del comportamento del debitore alla stregua della buona fede oggettiva, ossia ritenendo che il debitore debba premurarsi di accertare lo stato di capacità della controparte, giacché il pericolo che quest'ultima possa dissipare l'utilità ricevuta pone a suo carico un obbligo di protezione¹⁴.

creditore non può rifiutare il pagamento, mentre nel secondo può farlo solo per giustificato motivo da valutare secondo la regola della correttezza e della buona fede oggettiva. Sulla stessa scia si è posta Cass. s.u. n. 13658/2010, che ha rigettato il ricorso di parte creditrice avverso la decisione dei giudici del merito, secondo cui il pagamento mediante assegno bancario in luogo di denaro contante era da considerarsi idoneo ad estinguere l'obbligazione, giacché l'ingiustificato rifiuto della creditrice di ricevere tale assegno era da ritenersi contrario ai principi di correttezza e buona fede. In questa occasione, le Sezioni unite hanno ribadito che «il solo fatto dell'adempimento, da parte del debitore, della propria obbligazione pecuniaria con un altro sistema di pagamento (ovverosia di messa a disposizione del “valore monetario” spettante) [...] non legittima affatto il creditore a rifiutare il pagamento stesso, essendo all'uopo necessario che il rifiuto sia sorretto anche da un giustificato motivo, che il creditore deve allegare ed all'occorrenza anche provare». Si veda, peraltro, M. AMBROSOLI, *Le obbligazioni*, Torino, 2021, 172-174.

¹⁴NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 66-67. Come è noto, è discusso se la regola che priva di legittimazione il creditore incapace riguardi esclusivamente l'incapace legale o anche naturale. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *Le obbligazioni*, III, Milano, 1990 (rist. 2019), 294 ss., argomenta in favore della sola incapacità legale, sull'assunto che «il debitore non può normalmente verificare se e in che misura il creditore sia capace di intendere e di volere», di conseguenza ammettendo l'inefficacia del pagamento nei confronti dell'incapace naturale solo là dove «l'adempiente sia in mala fede, cioè abbia conoscenza che il creditore non è capace di intendere o di volere e che la riscossione del credito gli arrecherebbe un grave pre-

Un ultimo esempio si può ricavare dall'art. 1227, co. 2, c.c., il quale, prescrivendo che «il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza», impone a quest'ultimo di attivarsi per non aggravare il pregiudizio causato dall'altrui inadempimento¹⁵. Esso introduce il dovere giuridico del creditore di comportarsi, a seguito dell'inadempimento del suo debitore, con la diligenza del buon padre di famiglia, il quale non specula sui fatti altrui che lo danneggiano, ma cerca di limitare il più possibile l'entità del danno¹⁶. Questo dovere va però ricondotto tecnicamente alla categoria dell'onere più che a quella dell'obbligo in senso proprio, giacché il debitore di sicuro non può esigere che il creditore si attivi per limitare il danno, né quest'ultimo è responsabile del risarcimento del danno per l'eventuale inadempimento. Allo stesso tempo, il creditore non può a sua volta far valere l'aggravamento del danno che avrebbe potuto evitare, sicché, se ne domandasse il risarcimento, agirebbe scorrettamente, e quindi violerebbe l'obbligo inerente al rapporto obbligatorio di comportarsi secondo buona fede e correttezza¹⁷. In ipotesi come questa la correttezza in-

giudizio». Tuttavia, percorrendo la strada dell'obbligo di protezione, si potrebbe estendere la portata della regola anche ai casi di incapacità naturale, almeno là dove l'accertamento di esso non risulti impossibile o eccessivamente complicato, e dunque sia esigibile secondo una valutazione *ex fide bona*.

¹⁵ L'art. 1227, co. 2, c.c. fa riferimento a una particolare classe di fatti di danno posteriori all'inadempimento: quelli che di quest'ultimo sono, ancora, conseguenza immediata e diretta. Difatti, se l'inadempimento fosse nei loro confronti causalmente inefficiente, l'art. 1223 c.c. ne imporrebbe l'irrelevanza ai fini risarcitori. Di converso, l'art. 1227, co. 2, c.c., regolando l'ipotesi in cui l'inadempimento del debitore sia stato causalmente sufficiente a produrre il «maggior danno», introduce un punto di vista diverso, immaginando una sorta di causalità alternativa ipotetica, ossia ricollegata all'ipotesi che il creditore positivamente conducendosi come un *diligens pater familias*, anziché rimanere inerte, avrebbe potuto interrompere la serie causale determinatasi coll'inadempimento: avrebbe potuto evitare il «maggior danno».

¹⁶ Come ha mostrato L. MENGONI, *Inadempimento delle obbligazioni. Rassegna critica di giurisprudenza (1943-1946)*, in *Obbligazioni e negozio*, cit., 19 ss., l'art. 1227, co. 2, c.c. prevede una causalità puramente normativa, che assume valore di causa nell'ordine giuridico in quanto il fatto possa configurarsi come omissione di un comportamento giuridicamente dovuto in base a una norma giuridica.

¹⁷ NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 199. Sempre MENGONI, *Inadempimento delle obbligazioni*, cit., 22, ricorda che, mancando nel codice abrogato una norma analoga al vigente art. 1227, co. 2, c.c., la giurisprudenza aveva ricavato il dovere del creditore di attivarsi per interrompere la serie causale attuata dal debitore dal principio della buona fede nell'esecuzione dei contratti (art. 1224 cod. 1865). La giurisprudenza contemporanea precisa che la diligenza esigibile dal creditore impone una condotta attiva, posteriore all'altrui inadempimento (Cass. n. 5885/2000) che sia diretta a limitare le conseguenze dannose dello stesso (Cass. n. 26639/2013), ma che non può arrivare a comprendere attività gravose o straordinarie, come esborsi apprezzabili di denaro, assunzione di rischi, apprezzabili sacrifici (v. altresì Cass. n. 15231/2007, Cass. n. 6735/2005, Cass. n. 4174/1982, Cass. n. 5243/1978, Cass. n. 304/1975; Cass. n. 9850/2002). Ne è escluso, quindi, l'obbligo per il creditore di sostituirsi al debitore nell'adempimento dell'ob-

troduce un elemento genericamente equitativo riducendo la pretesa del creditore fatto «autoresponsabile», come anche si afferma, del proprio comportamento negligenemente omissivo.

Di contro, un'applicazione discutibile della buona fede è quella che la propone a fondamento razionale della regola sulle clausole di esonero di responsabilità per dolo o colpa (art. 1229 c.c.)¹⁸. In questo caso il riferimento alla buona fede è superfluo, se non improprio. Infatti, la buona fede *in executivis* non dovrebbe essere invocata ai fini della validità di una clausola contrattuale, rispetto alla quale essa si pone a valle, ossia appunto nella esecuzione del contratto e quindi anche della clausola stessa. Inoltre, la buona fede non dovrebbe riguardare l'atto, posto da entrambe le parti, della previsione di una clausola, ma semmai il comportamento di una sola. Pertanto, con riguardo alla previsione di una clausola, la buona fede potrebbe venire in considerazione solo ove una sola parte predisponesse unilateralmente un elemento del regolamento contrattuale. Si può affermare, allora, che in tali applicazioni quantomeno la buona fede vira verso un criterio di equità della clausola che sembra implicare surrettiziamente un giudizio di abuso del potere contrattuale di una parte ai danni dell'altra.

In ogni caso, la *ratio* del divieto di clausole di esonero di responsabilità per dolo o colpa grave si situa su un piano diverso da quello della buona fede in senso proprio, che – se non si vuole tirare in ballo un giudizio di immoralità (come secondo il noto passo di Ulpiano nella l. 1 § 7 D. *depositi vel contra* 16, 3) – è quello della incertezza del vincolo determinata da una simile previsione delle parti, la quale potrebbe lasciare il debitore quasi arbitro dell'adempimento del suo stesso obbligo¹⁹. Ne deriva che la stessa regola dell'art. 1229 c.c. dovrebbe interpretarsi nel senso della nullità della clausola ove non risulti che l'esonero da responsabilità è innestato in modo tale nel contratto da rendere perplesso lo stesso consenso contrattuale²⁰.

bligazione contrattuale, assumendo su di sé l'onere dell'esecuzione della prestazione, in quanto questa grava esclusivamente sul debitore quale suo obbligo negoziale primario (Cass. n. 18239/2003). Per un'applicazione di questi principi, si veda Cass. n. 11230/2016, ove si è ribadito che, a fronte di un ritardo nella fornitura materia prima che abbia provocato un blocco nella produzione dello stabilimento, il creditore ha il dovere di attivarsi per procurarsi altrove la materia prima, dal momento che un tale comportamento, non essendo di per sé gravoso o straordinario, rientra perfettamente nella nozione di "ordinaria" diligenza di cui all'art. 1227, co. 2, c.c. (cfr. anche P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e tutele*, Milano, 2010, 199-201).

¹⁸ Opinione frequentemente seguita in dottrina: cfr. G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 379. La fallacia del riferimento alla buona fede oggettiva è invece rilevata con chiarezza da F.sco BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, 34-35.

¹⁹ Cfr. NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 156.

²⁰ Sotto il codice abrogato, che non prevedeva una regola al riguardo, G. GIORGI, *Teoria*

3. La possibilità dell'affidamento come riferimento funzionale dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede. Regole di validità e regole di condotta

Sia nel caso degli obblighi di protezione aggiuntivi sia nel caso di quelli autonomi, la buona fede è legata a una *fides*, un affidamento, o più precisamente un poter fare affidamento su una condotta altrui peculiarmente connotata, che a sua volta postula un quadro di valori a cui riferirsi. Fidarsi della lealtà di un altro, infatti, presuppone che entro certi limiti vi sia un codice comune (sociale) di comportamento cui poter fare appello, come del resto prova la stessa parola «creditore», che etimologicamente testimonia l'idea di un *credere*: un fare affidamento che è radice del rapporto obbligatorio²¹.

È importante scongiurare l'equivoco di scambiare l'affidamento per un requisito di fattispecie, giacché esso si pone invece quale punto di riferimento funzionale della *ratio* dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, nel senso di esprimere una potenzialità del rapporto che, se qualificato, deve garantire la possibilità delle parti di fare affidamento sulla reciproca lealtà e correttezza. In altre parole, per meritare la tutela apprestata dalla buona fede non è necessario il fatto soggettivo o psicologico dell'affidamento (il quale, infatti, non è sempre previsto dalla legge), bensì la presenza di circostanze che socialmente e obiettivamente lo rendono possibile, sicché può dirsi che questo – analogamente alla buona fede – si presenta come “oggettivo”²².

delle obbligazioni⁷, II, Firenze, 1907, 67-68, nt. 39, riteneva che la clausola *ne dolus praestetur* distruggesse lo stesso vincolo, perché la reputava in contraddizione con la volontà di concludere l'obbligazione stessa. V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, riproduzione anastatica dell'edizione del 1915, Napoli, 2022, 389, suggeriva, però, di distinguere i casi in cui si tratti di «un patto assoluto *ne dolus praestetur*, cioè che il debitore non risponda dei danni se lasci affatto ineseguita l'obbligazione, la quale sarebbe invero rimessa per tal guisa interamente al suo arbitrio: non così invece se il patto fosse che egli non risponda di una esecuzione dolosa: in quest'ultimo caso infatti riterrei cadesse il patto soltanto, restando ferma l'obbligazione alla quale accede».

²¹ A. NICOLUSSI, *L'interesse del creditore e il risultato dell'obbligazione*, in L. CAPOGROSSI-COLOGNESI-M.F. CURSI (a cura di), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, Napoli, 2011, 110.

²² A. NICOLUSSI-F. ZECCHIN, *La natura relazionale della responsabilità «pre-provvedimentale» della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 4, 837; F. VENOSTA, «Contatto sociale» e affidamento, Milano, 2021, 113 ss.; A. ALBANESE, *Buona fede contratto legge*, in *Europa dir. priv.*, 2021, 42 ss., il quale peraltro osserva che «in alcuni casi l'obbligo di buona fede sorge prima dell'affidamento in quanto ha proprio lo scopo di impedire che esso si formi», come «nella fattispecie del c.d. recesso ingiustificato dalle trattative, [ove] la lealtà impone di astenersi da dichiarazioni e comportamenti, che indebitamente inducano a confidare nella futura conclusione del contratto, e correlativamente la scorrettezza sta nel creare l'affidamento e non nel rifiuto di concludere il contratto».

Si dubita, almeno in una certa misura, del carattere di inderogabilità dell'obbligo di buona fede oggettiva da parte dell'autonomia privata, ma non fino al punto di escludere gli obblighi di protezione quando sono a presidio di interessi indisponibili²³. Le parti non possono, in altre parole, accordarsi nel senso di escludere – anche solo parzialmente – l'osservanza della relativa regola di condotta e un patto in questo senso è da ritenersi nullo (art. 1229, co. 2, c.c.)²⁴.

²³ Così C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 6, in riferimento alla validità delle clausole di esonero dalla responsabilità che conseguono alla violazione di obblighi di protezione, seguito da A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 349-350. Diversamente, F.sco BENATTI, *Culpa in contrahendo*, in *Contr. e impr.*, 1987, 309, propende per una distinzione basata sulla natura, che potrebbe dirsi pubblicistica o meno, dell'interesse protetto: così, ad esempio, sarebbero nulle quelle clausole che esonerano in toto da responsabilità precontrattuale «in quanto una simile clausola favorisce il diffondersi di trattative scorrette, privilegiando gli sleali a danno degli operatori onesti, con grave pregiudizio del mercato e dei traffici». Ammette una misura di derogabilità anche V. ROPPO, *Il contratto*², in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011, 467, che ritiene «inammissibile una deroga generalizzata e “in bianco” al principio (che, in quanto principio, ha valore imperativo); è ammissibile derogare, in modo individualizzato, alle sue singole applicazioni concrete (che hanno perciò valore suppletivo)». Si pronunciano, invece, per la inderogabilità *tout court* della regola di buona fede oggettiva S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, rist. int., 180 e A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1997, 16. Da ultimo, il DCFR ha espressamente previsto che l'obbligo di correttezza «may be not excluded or limited by contract» (art. 3:301).

²⁴ Il ruolo dell'art. 1229, co. 2, c.c. in riferimento agli obblighi di protezione dell'altrui integrità fisica o morale è valorizzato in U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 620. Un ulteriore argomento si ricava dall'art. 1681, co. 2, c.c., a norma del quale «Sono nulle le clausole che limitano la responsabilità del vettore per i sinistri che colpiscono il viaggiatore». Discussa è, invece, la possibilità che la regola dell'art. 1229, co. 1, c.c. trovi applicazione nei confronti degli obblighi di protezione quando questi sono posti a presidio della tutela dell'integrità patrimoniale. La nega CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., 6, il quale si pronuncia per l'eccezionalità della norma, escludendo quindi l'applicazione analogica al di là degli obblighi di prestazione, al contempo pervenendo a una ipotesi di soluzione basata sulla ragionevole distribuzione dei costi, tra le parti, del patto limitativo di responsabilità. Invero, può osservarsi che la disposizione normativa non pare frapporre un ostacolo testuale a che la regola legislativamente posta sia estesa anche agli obblighi di protezione, dal momento che fa parola di «responsabilità del debitore», categoria all'interno della quale va ricondotta anche quella che deriva dalla violazione dell'obbligo *ex fide bona*. Semmai, può convenirsi sul fatto che l'art. 1229, co. 1, c.c. non trovi applicazione al di là della responsabilità – *pars pro toto* detta – contrattuale, come lo stesso Castronovo (*Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 537, nt. 260) ha precisato. Un argomento a sostegno dell'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 1229, co. 1, c.c. agli obblighi di protezione, compresi quelli posti a presidio della tutela dell'integrità patrimoniale, si ricava, peraltro, dalla comparazione con l'ordinamento tedesco, ove l'ultima frase del § 11 AGBG n. 7 (*Haftung bei grobem Verschulden*) prescrive che «ein Ausschluß oder eine Begrenzung der Haftung für einen Schaden, der auf einer grob fahrlässigen Vertragsverletzung des Verwen-

Diverso è il discorso delle conseguenze della diretta violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede: in questo caso, infatti, non si mette capo a una questione di invalidità dell'atto-fonte del rapporto medesimo, dal momento che, nel nostro ordinamento, le disposizioni a carattere generale che richiamano la buona fede non incidono sulla validità del negozio, ma disciplinano il comportamento che precede il sorgere del vincolo (artt. 1337-1338 c.c.), il comportamento del debitore e del creditore (art. 1175 c.c.), il comportamento delle parti di un contratto sottoposto a condizione (art. 1358 c.c.), l'interpretazione del contratto (art. 1366 c.c.) e la sua esecuzione (art. 1375 c.c.). Peraltro, l'art. 1418, co. 1, c.c. colpisce direttamente il contratto come atto, e solo per questa via lo rimuove anche nella sua dimensione di rapporto (ammettendone, infatti, la conversione alle condizioni di cui all'art. 1424 c.c.), sicché per la sua applicazione è necessaria una previsione legislativa (la norma imperativa) che vieti quel determinato regolamento contrattuale, non essendo a tal fine sufficiente la regola che, ad esempio, impone alle parti di *comportarsi* secondo buona fede durante le trattative²⁵.

Il diritto di agire per far valere l'invalidità del contratto si colloca, dunque, su un diverso piano rispetto all'eventuale responsabilità per violazione dell'obbligo di correttezza. La legge può, in via eccezionale, stabilire dei casi in cui la violazione della regola di buona fede integra, insieme con altri elementi, determinate fattispecie dalle quali discende l'invalidità. In questi casi, poiché la correttezza non viene presa in considerazione solamente come punto di riferimento di un obbligo di protezione, ma risulta anche normativamente obiettivata come requisito della validità di un atto posto in essere dal soggetto tenuto alla correttezza, la tutela dell'interesse alla protezione risulta dislocata rispetto al risarcimento del danno, andando a colpire direttamente la validità dell'atto posto in essere in seguito a un comportamento scorretto²⁶.

Se ne ritrovano esempi nella disciplina dei contratti con i consumatori, ove la tutela della correttezza nei confronti del singolo consumatore è elevata a presidio di un diritto addirittura qualificato come «fondamentale» (art. 2 cod. cons.). Così, la violazione degli obblighi di informativa precontrattuale,

ders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Vertragsverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruht; dies gilt auch für Schäden aus der Verletzung von Pflichten bei den Vertragsverhandlungen».

²⁵ L'esclusione della nullità dipende dunque dal difetto di un elemento costitutivo della fattispecie prevista dall'art. 1418, co. 1, c.c., e non invece dalla previsione legale di una eccezione alla norma, altrimenti applicabile, secondo il cosiddetto «principio del minimo mezzo». Lo evidenzia, da ultimo, ALBANESE, *Buona fede*, cit., 59, nt. 104.

²⁶ A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 1220.

al contrario di quanto avviene nel sistema del codice civile, può condurre alla nullità del contratto, ma solo ove ciò abbia alterato «in modo significativo» la rappresentazione delle sue caratteristiche (art. 67-*septies-decies* cod. cons.). Pertanto, la violazione delle regole di correttezza non assume autonomamente rilievo invalidante, ma soltanto in connessione con altri presupposti che attengono all'equilibrio contrattuale o al grave inquinamento del processo formativo della volontà negoziale, ricadendo tra queglii «altri casi stabiliti dalla legge» in cui si commina la sanzione della nullità, secondo l'indicazione riassuntiva dell'art. 1418, co. 3, c.c.²⁷. Si può poi ricordare la disciplina *ex art.* 33 cod. cons., all'interno della quale la buona fede riveste rilievo testuale di parametro valutativo che il giudice è tenuto ad impiegare per decidere della vessatorietà delle clausole, in uno con il significativo squilibrio che queste eventualmente determinano a carico del consumatore²⁸.

4. Natura “relazionale” della responsabilità da violazione di obblighi *ex fide bona*. Il contatto sociale qualificato

L'inadempimento dell'obbligo *ex fide bona* fa sorgere una responsabilità del soggetto tenuto a rispettarlo. Come è noto, molto si è dibattuto – e, in parte, ancora si dibatte – circa la natura di questa responsabilità. La tesi preferibile è quella che esclude la riconduzione di essa all'area del fatto illecito, sul presupposto per cui, quando «una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di specificare a stregua di una valutazione di buona fede»²⁹.

²⁷ Cfr. ALBANESE, *Violazione di norme imperative*, cit., 350 ss. e ora ID., *Buona fede contratto legge*, cit., 56 ss., ove la sottolineatura che «la contrarietà alla regola di buona fede non può costituire da sola criterio di validità del contratto, in quanto se così fosse risulterebbe superflua ed ultronea la previsione legislativa di requisiti aggiuntivi se non addirittura ingiustificatamente restrittiva della tutela riconosciuta alla parte vittima della condotta».

²⁸ S. TROIANO, *La formula «significativo squilibrio malgrado la buona fede» quindici anni dopo: dalla Direttiva 93/13/CEE alla Proposta di Direttiva c.d. «orizzontale» sui diritti dei consumatori*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, II, Napoli, 2009, 386 ss. Invero, come si metterà in rilievo successivamente, la buona fede in questo caso mostra dei tratti di contaminazione con l'equità, sicché l'invalidità è forse più correttamente ricondotta più all'efficacia correttiva di quest'ultima che a una fattispecie complessa formata dallo squilibrio contrattuale e dalla violazione della buona fede in senso proprio: L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore»*, in *Metodo e teoria giuridica*, cit., 351 ss.

²⁹ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Obbligazioni e negozio*, cit., 272.