

# **LA CLAUSOLA GENERALE DI BUONA FEDE SECONDO IL PENSIERO GIURIDICO CONTEMPORANEO\***

**Luca Cruciani**

## **Presentazione**

Lo scopo del mio intervento è quello di ripercorrere brevemente la storia della clausola di buona fede, allo scopo di verificare se questo concetto, emblema della cultura di civil law, abbia un corrispondente nell'ambito della tradizione di common law, e, in particolare, nel principio di ragionevolezza.

Questa tematica verrà indagata attraverso una prospettiva particolare: ci si propone di inserire le alterne vicende della clausola di buona fede nel processo di costruzione delle diverse tradizioni giuridiche mondiali.

La ricostruzione quindi colloca la buona fede sullo sfondo di tre fondamentali fasi storico-giuridiche: il pensiero giuridico classico, il sociale, il pensiero giuridico contemporaneo. Nell'ambito di ogni fase, il dibattito europeo-continentale sulla clausola generale viene confrontato con quello che sembra esserne il corrispondente nella cultura giuridica di common law, vale a dire la riflessione in materia di *rules* e *standards*, ove per *rules* si intendono le regole precise e dettagliate, mentre con il termine *standards* si indicano quelle regole a formulazione ampia ed aperta, in grado di adattarsi alle caratteristiche della fattispecie da disciplinare.

A tal fine, la struttura adottata è, come detto, quella della costruzione delle tradizioni giuridiche. Questo concetto indica il formarsi di una coscienza giuridica (*legal consciousness*) mondiale, fatta di idee-guida che si connotano diversamente a seconda dell'area in cui si formano. In particolare, la coscienza giuridica consiste in un modo di ragionare, in una struttura del pensiero costituita da un vocabolario di concetti, da una serie di argomentazioni tipiche, in definitiva, da un linguaggio.

Ogni tradizione giuridica ha un centro da cui si irradia e una periferia che recepisce, adattandolo, il modello che riceve.

## **IL PENSIERO GIURIDICO CLASSICO E LA “BUONA FEDE INVISIBILE”**

La prima tradizione giuridica si identifica nel pensiero giuridico classico, i cui confini temporali vanno dalla metà del XIX secolo all'inizio del XX. Ciò che si globalizza è un modo di concepire il diritto come un sistema di sfere d'autonomia per attori pubblici e privati. I confini tra tali sfere sono

---

\* Si tratta di una versione provvisoria, si prega di non citare.  
Luca Cruciani, Catania, 28 maggio 2010.

delineati dalla scienza giuridica, il cui postulato base si identifica nel dogma della volontà: il diritto è l'insieme di quegli strumenti di cui lo Stato si serve per proteggere le prerogative dei singoli e aiutarli a realizzare il loro volere finché ciò non si scontri con il volere degli altri.

Applicato al contratto, questo dogma si configura come autonomia contrattuale (freedom of contract) e consiste in due idee-guida:

- I contratti sono il frutto dell'incontro di volontà, cioè dell'accordo.
- La stipula di un contratto è il risultato di una libera scelta, non ostacolata all'esterno dallo Stato.

Partendo dal dogma-principio della volontà, i giuristi ricavano le regole per la soluzione dei casi e la costruzione del sistema attraverso un metodo deduttivo e formalista; tutto ciò risponde ad un'ideologia marcatamente individualista.

### **Le epifanie del formalismo e del dogma della volontà**

Queste idee guida espresse dal pensiero giuridico classico si diffondono e si connotano diversamente nelle varie aree che toccano, ovunque esse si ripercuotono sulle vicende delle clausole generali e sulla buona fede in particolare.

### **Epifania europea: l'Esegesi francese e la Pandettistica tedesca**

Il formalismo giuridico si manifesta, in Francia, con il positivismo della Scuola dell'Esegesi, in Germania, con la Giurisprudenza dei Concetti. Entrambi questi movimenti di pensiero postulano la riduzione del fenomeno giuridico alla legge posta dallo Stato e contenuta nei codici.

In Francia, il giudice non deve creare diritto, ma limitarsi ad applicare la legge. In Germania, l'approdo positivista avviene attraverso fasi diverse: lo storicismo di Savigny viene riletto in chiave sistematica dalla Pandettistica.

Entrambi gli orientamenti escludono il riferimento a valori ulteriori rispetto alla lettera del codice.

### **Le conseguenze per la clausola di buona fede**

In Francia, l'art. 1134, comma 3 del code civil stabilisce che le convenzioni debbono essere eseguite in buona fede, mentre l'art. 1135 afferma che esse obbligano, non solo a ciò che vi è espresso, ma anche a tutte le conseguenze che l'equità, l'uso o la legge connettono all'obbligazione secondo la sua natura.

Sotto l'egida del positivismo imperante, l'equità viene vista come un pericoloso attentato al bene della certezza giuridica, mentre la buona fede viene interpretata in via riduttiva. In pratica, il dovere di correttezza viene riletto alla luce del dogma della volontà negoziale, il canone della buona fede è

visto come mezzo per ottenere un rafforzamento del patto, la conferma della sua forza vincolante: eseguire i contratti in buona fede significa adempiere alla lettera gli impegni assunti. Tale clausola non crea obblighi sussidiari, ma serve a consolidare il consenso contrattuale. Si parla, a tal proposito, di buona fede invisibile (A. Somma, 2007), assorbita dal dogma della volontà.

Nel codice italiano si realizza l'accostamento in un'unica disposizione (l'art. 1124) dei riferimenti alla buona fede e all'equità che nel codice francese erano invece oggetto di due norme separate: l'art. 1134 e l'art. 1135.

La vicinanza tra questi due concetti (buona fede ed equità) dà corpo ad un'unica fonte integratrice dei negozi, in grado di inserire nel loro impianto doveri non previsti in anticipo dalle parti, ma ricavati dalle corti. Sta di fatto che gli autori italiani, sottoposti all'influenza della esegesi francese e poi della pandettistica tedesca, non raccolgono gli spunti innovativi che il legislatore del 1865 sembra aver consegnato loro. Della buona fede viene riproposta la lettura esegetica, facendone lo strumento per eseguire alla lettera gli accordi. Per quanto riguarda l'equità, la sua efficacia è subordinata al volere dei soggetti contraenti ed ha quindi un mero carattere suppletivo.

In Germania, prima dell'entrata in vigore del BGB, nel dibattito prevale la concezione soggettiva o psicologica della buona fede, quale ignoranza di ledere l'altrui diritto rispetto a quella oggettiva (o etica) della buona fede quale regola di condotta. Quando il canone della bona fides fa il suo ingresso nel BGB del 1900, il suo potenziale dirompente non viene subito avvertito ed essa non sembra scalfire la rigidità del testo e la tecnicità del suo impianto di fondo. Due sono i paragrafi del codice dedicati alla buona fede oggettiva (Treu und Glauben): il par. 157, a norma del quale i contratti devono essere interpretati come richiesto dalla buona fede, in considerazione degli usi del traffico e il par. 242 che impone al debitore di eseguire la prestazione in buona fede, anche qui, in considerazione degli usi del traffico.

In una prima versione, il BGB presentava una clausola di buona fede molto più ampia dell'attuale, poi divisa nei paragrafi 157 e 242, ma tale divisione non è, di per sé, indice di una volontà del legislatore di limitare la portata del canone di buona fede.

Il par. 242 deve la sua rilevanza innanzitutto ai giuristi dell'epoca successiva, il Sociale: essi interpreteranno la norma in modo da estenderne la portata oltre la fase di esecuzione del contratto. Seguirà il lavoro delle corti che, con "obbedienza ragionata", cominceranno a riempire di contenuto quella formula altrimenti troppo vaga.

È quindi solo nell'epoca del Sociale che il par. 242 BGB verrà trasformato da semplice "ghianda normativa" in una "quercia giurisprudenziale", che estenderà i suoi rami a moltissimi settori del diritto tedesco.

## **Epifania di common law americano: il formalismo di Langdell**

Nel pensiero giuridico angloamericano la dicotomia rules – standards, in cui si può vedere il corrispondente in common law della contrapposizione tra norme dettagliate (rules) e clausole generali o formule elastiche (standards), non ha ancora preso forma. Se il XIX secolo inglese è l'età dei principi (Atiyah), negli Stati Uniti questa è l'età della fede. Dalla seconda metà del XIX secolo, gli Stati Uniti sono esposti all'influenza della Pandettistica tedesca e sono animati dalla volontà di ordinare e semplificare il panorama caotico della common law.

I giuristi dell'epoca sono convinti di servire la giustizia e la verità, questa è l'età di Langdell, l'età della fede (Gilmore). Langdell ritiene che il diritto sia una scienza e su questo convincimento egli fonda la sua versione del formalismo giuridico, il quale si compone dei seguenti tratti:

- L'idea che la regola giuridica costituisca una verità assoluta, astratta, immutabile
- La tendenza a costruire teorie generali del diritto in grado descrivere ampi settori della common law e di ridurre ad unità le differenze. Ai giuristi langdelliani si deve la edificazione di una teoria generale del contratto, quando nell'età precedente esistevano tanti tipi di contratti quante erano le classi di persone chiamate a stipularli (agenti, rappresentanti, intermediari, ecc.).
- L'opera di estrazione di principi generali partendo da una rigida selezione dei casi da cui ricavarli e senza riservare attenzione ai fatti di causa.

## **Il prodotto del formalismo di Langdell: il Restatement 1st of Contracts**

Quest'opera di esposizione o riesposizione del common law dei contratti è, nella sua prima edizione del 1932 (Williston), il chiaro frutto della riflessione dei langdelliani, i quali, proprio quando percepiscono la fine dell'età della fede, sentono la necessità di consolidare un apparente ordine sistematico.

## **La struttura del Restatement 1st: la prevalenza delle rules**

Le regole sono estratte dalla giurisprudenza, ma formulate con linguaggio legislativo ed esposte in ordine sistematico. Il primo Restatement è fedele all'idea del diritto dei contratti quale impianto di regole deducibili da nozioni e principi base come quella di freedom of contract. Nonostante ciò, alcuni standard cominciano a filtrare in questo impianto: si pensi al concetto di promissory estoppel previsto nella section 95.

## **IL PENSIRO GIURIDICO SOCIALE: LA FIORITURA DELLA BUONA FEDE E DELLE CLAUSOLE GENERALI**

I primi settant'anni del secolo appena trascorso vedono delinearsi una seconda tradizione giuridica. In questa nuova fase, la parola d'ordine è il sociale (*The Social*). L'essenza di questa nuova coscienza giuridica è, prima di tutto, una critica al pensiero giuridico classico, tacciato di:

- abusare del metodo deduttivo: gli esponenti del pensiero giuridico classico affermavano di dedurre in via interpretativa regole da principi anche quando, in realtà, stavano cercando di adattare il diritto ad uno scenario ormai mutato;
- non rispondere più alle nuove esigenze sociali.

La coscienza giuridica che si diffonde sostituisce al dogma della volontà e ai suoi corollari, una concezione del diritto quale mezzo per raggiungere uno scopo di carattere sociale (Jhering).

### **L'esplosione delle clausole generali e della buona fede in Europa**

Le clausole generali sono gli strumenti ideali per cogliere quel rapporto di interdipendenza tra la dinamica giuridica e il contesto sociale in cui la regola opera. Ne deriva la loro fioritura e il loro utilizzo per la tutela delle classi più deboli. Al potenziamento delle applicazioni delle clausole dell'epoca precedente (principalmente: ordine pubblico e buon costume), si lega l'introduzione di nuove formule elastiche come l'abuso del diritto, il cui divieto compare in alcuni codici civili (Codice civile svizzero).

Dal primo punto di vista, centrale è l'esperienza tedesca: qui, la buona fede, fino ad allora marginale nell'impianto del BGB, assume un rilievo e un'importanza notevoli grazie all'opera dei giuristi del Sociale. Come già accennato, il par. 242, il cui testo limita la buona fede alla fase di esecuzione del contratto, acquista una considerevole forza espansiva, soprattutto quando la norma è applicata insieme al par. 138 BGB. In pratica, la nullità del contratto per contrasto con i buoni costumi (par. 138, comma 1 BGB) è il presupposto per far scattare una ricostruzione del contenuto del contratto stesso secondo il canone di buona fede (par. 242 BGB). Se in Germania il pensiero critico sociale ha prodotto un'interpretazione nuova di un testo – il BGB – comunque riconducibile al formalismo della Pandettistica, in Svizzera, il pensiero Sociale ha determinato una 'rottura testuale' rispetto al passato. Il codice civile svizzero presenta infatti un Titolo Preliminare che, con i suoi primi due articoli, sembra costituire un vero e proprio manifesto del pensiero giuridico sociale: il giudice, in presenza di lacune, deve decidere il caso secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore (art. 1), mentre l'art. 2 codifica il dovere generale di agire secondo buona fede ed introduce il divieto di abuso del diritto. Siamo agli antipodi rispetto al pensiero giuridico classico.

Se la prima disposizione esalta il ruolo del giudice, elevato al rango del legislatore, la seconda norma rilancia le clausole generali, mezzi per fornire un'interpretazione del diritto informata a criteri sociali e introduce nuove formule elastiche, come appunto quella di abuso del diritto.

Per quanto riguarda l'Italia, l'ostracismo verso la buona fede che aveva caratterizzato l'epoca precedente viene superato e la clausola diviene la base per un'interpretazione creatrice *praeter* e qualche volta *contra legem*. Nel Codice civile del 1942 si moltiplicano i riferimenti alla buona fede, che accompagna la vicenda contrattuale dalle trattative alla fase di esecuzione del contratto (artt. 1337, 1358, 1366, 1371, 1375). La giurisprudenza italiana conserva un atteggiamento di diffidenza nei confronti della clausola almeno sino agli anni Settanta del secolo scorso; la nostra dottrina, dal canto suo, è impegnata nella querelle sulla collocazione della buona fede all'interno dell'integrazione del contenuto del contratto o nella fase successiva di esecuzione della prestazione, quale modalità che il comportamento può assumere.

### **Il common law americano: lo standard di good faith nel Restatement 2nd of Contracts e nell'Uniform Commercial Code**

Si ha in questo periodo una compresenza di rules e standards, anche se l'avvento del legal realism fa segnare ben presto una netta prevalenza di questi ultimi sulle prime. La flessibilità dello standard asseconda l'apertura della regola giuridica verso la mutevolezza della dinamica sociale, motivo, questo, particolarmente caro al principale esponente dei realisti: Karl Llewellyn.

Lo standard di good faith trova traduzione:

- nel Restatement 2nd of Contracts, ove la section 205 definisce il dovere di agire con buona fede e correttezza. Senza contare che la section 90, dedicata al promissory estoppel, è formulata con un frequente ricorso agli standard: si pensi ad espressioni quali: “to avoid injustice” o “as justice requires”;
- nell'Uniform Commercial Code, ove l'art. 1-201 definisce la buona fede come “honesty in fact” e l'art. 2, applicabile alle transazioni commerciali, espande il concetto di buona fede, legandolo a quello di ragionevolezza, creando così una problematica unione. La norma in questione definisce la buona fede come: “honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade”.

## **IL PENSIERO GIURIDICO CONTEMPORANEO: LE VICENDE RECENTI DELLA BUONA FEDE**

Il pensiero giuridico contemporaneo comprende un arco di tempo che va dalla metà del XX secolo ai giorni nostri. Non esiste un'essenza che si diffonde, né il *Contemporary Legal Thought* è immaginabile come la sintesi delle due tradizioni giuridiche precedenti. Esso, invece si presenta come la problematica unione di tratti che provengono dalle fasi precedenti, ma che sono ormai trasfigurati.

Tali elementi sono:

- il Neo-formalismo: caratteristico del pensiero giuridico classico, esso consiste nell'impiego della logica deduttiva all'interno di un sistema di diritto positivo che si vuole coerente. Il neoformalismo viene impiegato, non più nel settore del diritto privato, come nel XIX secolo, ma nell'interpretazione dei Trattati Internazionali, quindi nel diritto pubblico, costituzionale, ecc.
- la Policy Analysis: i giudici di common law ricorrono all'opera di bilanciamento degli interessi, mentre quelli di civil law utilizzano il giudizio di proporzionalità. Ciò produce regole compromissorie, che non sono emanazione di un chiaro intento sociale.

Manca oggi una nuova coscienza giuridica dal carattere assorbente.

### **La buona fede in Europa: il suo incontro con la ragionevolezza (attraverso l'abuso del diritto?)**

**a) Introduzione.** In uno scenario così mutevole e sfuggente, la legislazione comunitaria spinge la buona fede a confrontarsi con quella che sembra esserne la proiezione sul fronte europeo, vale a dire la ragionevolezza. Qual è il rapporto tra queste due nozioni? Se le varie compilazioni accademiche sembrano intenderle come sinonimi (cfr. art. 1:302 PECL e l'Allegato al CFR), esse mostrano caratteristiche diverse. Mentre la buona fede viene impiegata come strumento per controllare l'equilibrio dello scambio e come mezzo per assicurare la conservazione del contratto, la ragionevolezza, pur avendo in alcuni casi la stessa funzione, opera anche come elemento per qualificare, ora, il termine per eseguire la prestazione (termine ragionevole, art. 3.3 Direttiva 99/44/CE sulle garanzie nella vendita di beni di consumo), ora, le aspettative del contraente (aspettative ragionevoli, art. 2, lett. d) Direttiva 99/44/CE). Il canone di ragionevolezza si configura quindi come criterio di qualificazione di un elemento del contratto o, come si vedrà più avanti, di una credenza o di una convinzione, con la funzione di accordare ad essa un fondamento oggettivo. L'analisi di diritto comparato contribuirà – spero – a gettar luce sul rapporto tra le due nozioni, in quanto ci dimostra che l'abuso di diritto che in Europa si collega alla buona fede, in common law ha

come suo equivalente funzionale il principio di ragionevolezza. L'abus de droit sembra quindi potersi configurare come ponte di passaggio e allo stesso tempo come anello di collegamento tra la buona fede continentale e la reasonableness di common law.

**b) Ragionevolezza e buona fede tra common law e civil law.** Buona fede e ragionevolezza rappresentano concetti emblematici delle tradizioni giuridiche cui esse appartengono: rispettivamente, civil law e common law.

Nel sistema angloamericano, la reasonableness costituisce uno standard empirico di valutazione, uno dei pilastri della concezione pragmatica del diritto, tipica della cultura di common law. In quest'area, il canone della ragionevolezza trova la sua incarnazione nella figura della *reasonable person*, che rappresenta un modello ideale di comportamenti socialmente accettabili, in quanto informati a buon senso ed equilibrio. In tale veste, la ragionevolezza trova una serie notevole di applicazioni negli ambiti più disparati. Per limitarsi al diritto dei contratti, una prima mappatura restituisce le seguenti applicazioni:

- la reasonableness opera come strumento di controllo della legittimità dei patti di non concorrenza.
- Decisivo è il suo ruolo in rapporto alle implied terms, vale a dire a quelle clausole implicite sulle quali contraenti ragionevoli si sarebbero accordati, se avessero avuto la consapevolezza della lacuna del contratto.
- La ragionevolezza funziona inoltre come mezzo per dare rilievo alle aspettative delle parti, in quanto solo quelle che rispondano a canoni sociali di normalità e di adeguatezza si qualificano come reasonable expectations meritevoli di tutela.
- Il diritto statunitense, in modo particolare, ha fatto della ragionevolezza il criterio per accordare rilevanza all'affidamento del destinatario di una dichiarazione contrattuale (reasonable reliance), attribuendo vincolatività ad una promessa anche in mancanza di una contro promessa (promissory estoppel).

Al contrario, l'ordinamento inglese ha riservato uno spazio assai limitato alla good faith (così non è, come è noto, nel sistema statunitense). Anche se oggi questo atteggiamento è in parte mutato, esso deriva dalla resistenza del giurista inglese ad utilizzare un concetto generale di buona fede e dalla tendenza ad impiegare al suo posto soluzioni particolari (implied terms, misrepresentation, ecc.). L'ordinamento americano dimostra una maggiore apertura nei confronti della buona fede continentale; anzi, qui il richiamo alla good faith va di pari passo con quello alla reasonableness e, nell'impianto dell'Uniform Commercial Code, la buona fede è definita proprio attraverso il concetto di ragionevolezza (UCC section 2-103(1) (b), la norma in questione definisce la buona



fede come: “honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade”). Anche se il legame tra i due termini è ancora controverso, è dall’esperienza statunitense che bisogna partire per chiarire la relazione tra buona fede e ragionevolezza, tenendo conto, comunque, che nell’area di common law il rilievo maggiore è dato alla reasonableness.

Nell’area di civil law, invece, il rapporto tra i due concetti è rovesciato: la buona fede gioca un ruolo fondamentale, mentre si fatica tutt’ora a riconoscere uno spazio autonomo alla ragionevolezza.

Una rapida ricognizione delle principali funzioni svolte dalla buona fede oggettiva nell’ordinamento italiano ci segnala i seguenti utilizzi della clausola:

- Essa opera come criterio cui le parti devono ispirare la loro condotta nella fase delle trattative e nel processo di formazione del contratto
- La clausola in esame opera nel processo di interpretazione del testo del contratto
- La buona fede è poi criterio cui le parti devono improntare la loro condotta nella fase di esecuzione della prestazione
- Secondo un orientamento dottrinale che appare condivisibile, la clausola in esame entra nel processo di integrazione del contratto, collocandosi a fianco delle altre fonti di integrazione, vale a dire gli usi e l’equità, per il tramite della legge (Rodotà, 1969, 2004).

Nelle massime giurisprudenziali, la clausola in esame acquista un’importanza e un rilievo ancora maggiori. La buona fede esecutiva è spesso qualificata come regola di governo della discrezionalità delle parti, strumento con cui il giudice può intervenire per modificare o integrare l’accordo raggiunto e ricondurlo ad equità. Questa formula standard è un topos della giurisprudenza italiana dal caso Fiuggi (Cass. 3775/1994) in poi e consolida il ruolo della buona fede esecutiva quale criterio di controllo dell’equilibrio tra le prestazioni, costruendo la clausola in esame come l’attuazione nel diritto privato del principio costituzionale di solidarietà (art. 2 Cost.) (tra le tante, cfr.: Cass. 23276/2007 in tema di frazionamento del credito).

Di recente, il controverso legame tra buona fede e ragionevolezza ha costituito motivo di riflessione tra gli studiosi italiani. Nelle elaborazioni della dottrina, si sono delineate due posizioni che differiscono nettamente tra loro: per alcuni autori (Criscuoli, 1984) la ragionevolezza rappresenta, nei sistemi di civil law, un criterio di concretizzazione della buona fede e, in definitiva, i due concetti sarebbero da intendere come sinonimi. Secondo altri (S. Troiano, 2005), invece, sarebbe impossibile ridurre la buona fede alla ragionevolezza.

**c) L’abuso del diritto e la ragionevolezza come suo equivalente funzionale in common law.** Più efficaci nell’inquadrare il rapporto tra questi due concetti sono le analisi di tipo comparatistico, le

quali rileggono il legame tra le due nozioni alla luce del divieto di abuso del diritto. In questa chiave, si afferma che il tradizionale concetto europeo di *abus de droit* trova nella reasonableness il suo equivalente funzionale di common law: questa conclusione è l'esito di un'analisi casistica condotta in tema di immissioni, contratto di lavoro, interferenza illecita con una relazione contrattuale, intese restrittive della concorrenza (di Robilant, 2010; Perillo, 1997; Catala-Weir 1975). In tutti questi ambiti, lo standard della ragionevolezza svolge, in common law, le funzioni che l'abuso del diritto esercita nella corrispondente casistica europea. Nei sistemi angloamericani sembra quindi che l'abuse of rights – inesistente come categoria generale (P.G. Monateri, 1998) – si colleghi alla ragionevolezza, nel senso che abusare di una prerogativa significa farne un utilizzo irragionevole.

- L'edificazione di cancelli, ringhiere e ciminiere al solo scopo di arrecare molestia e disturbo al vicino costituisce in common law un'ipotesi di nuisance, che si risolve in un'interferenza irragionevole nell'utilizzo e sfruttamento della terra; in civil law la stessa fattispecie si costruisce come abuso del diritto e ruota intorno al concetto di aemulatio.
- La particolare figura di tort dell'interferenza illecita con un rapporto contrattuale si risolve nella condotta del terzo che, nell'esercizio della sua libertà di concorrenza, avanza un'offerta migliore alla parte impegnata in trattative o già legata ad altri da un vincolo preesistente. Ebbene, per stabilire se il terzo abbia o meno abusato del suo diritto a concorrere sul mercato, le corti di common law applicano un test di ragionevolezza, che ha un carattere oggettivo e prende in esame l'azione del terzo alla luce delle circostanze concrete presenti nel caso.
- Nei rapporti di lavoro, casi di licenziamento per rappresaglia in ipotesi di contratti a tempo indeterminato vengono costruiti come altrettanti esempi di esercizio irragionevole del potere datoriale di recedere dal rapporto.

Al contrario, in Europa, l'esercizio di un diritto oltre o addirittura contro lo scopo per cui esso è stato conferito ha sempre avuto un rapporto controverso con la nozione di buona fede, a cui comunque l'abuso del diritto si collega, almeno nell'area del contratto. Come si è giustamente osservato (P. Rescigno, 2008), l'abuso del diritto nel continente sembra seguire una parabola che lo porta a spostarsi gradualmente dalla sfera dei rapporti reali, ove esso si presenta come forma di aemulatio, all'ambito del contratto, in cui esso si lega al concetto di buona fede.

In altri termini, nei sistemi continentali l'abuso del diritto trova nella buona fede il suo (controverso) fondamento, mentre negli ordinamenti angloamericani, è la ragionevolezza a fungere da equivalente funzionale dell'abuso. Non è quindi azzardato vedere nella dottrina dell'abuse of rights una sorta di “ponte di passaggio”, che idealmente collega la buona fede di civil law alla

ragionevolezza di common law. In questa chiave, sembra trovare conferma l'orientamento di quanti tendono a vedere la reasonableness come il corrispondente in common law della buona fede.

**d) Buona fede, abuso del diritto e ragionevolezza in una recente pronuncia italiana.** Per quanto riguarda la giurisprudenza italiana, un caso del 2009 (Cass. civ., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, n. 1, 5 ss) utilizza, anche se in modo assai controverso, le tre nozioni di buona fede, abuso del diritto e ragionevolezza, mettendo in luce inoltre alcuni dei tratti che caratterizzano la clausola di good faith nel pensiero giuridico contemporaneo.

La Renault Italia S.p.a. decide di esercitare la facoltà, espressamente prevista, di recedere ad nutum dai contratti di concessione di vendita con quasi 200 dei suoi rivenditori autorizzati. I concessionari contestano il recesso, affermando che era stato esercitato dopo che Renault aveva creato in loro il legittimo affidamento sulla prosecuzione del rapporto. La Corte d'appello, confermando la pronuncia del Tribunale, respinge la pretesa dei concessionari e dichiara che il giudice non può sindacare le scelte contrattuali delle parti, come quella di esercitare il recesso espressamente previsto nelle concessioni di vendita. Parametri per questo controllo non possono essere, né la clausola di buona fede, che non crea un obbligo di recedere in un determinato modo, né l'abuso del diritto, che presuppone l'assenza di utilità e l'intenzione di nuocere.

La Cassazione respinge questa ricostruzione. I giudici affermano che la buona fede è espressione del principio costituzionale di solidarietà e pervade l'intera vita del contratto, dalla formazione, interpretazione, fino alla sua esecuzione; ne consegue che alla sua stregua è possibile, per il giudice, una valutazione del contenuto dell'accordo. Il fatto che il recesso ad nutum sia previsto nel contratto – proseguono i giudici – non basta a renderne legittimo l'esercizio. Se tale prerogativa viene utilizzata in contrasto con criteri giuridici o extragiuridici, sussiste un'ipotesi di abuso, anche se manca l'intenzione di nuocere. Ne deriva la cassazione della sentenza, con la consegna al giudice del rinvio di stabilire se il recesso sia stato esercitato in modo abusivo, in tal caso, condannando Renault al risarcimento del danno.

Come accennato, la sentenza porta alla luce alcuni dei tratti che sembrano caratterizzare la buona fede nella fase presente. La decisione è stata oggetto di critiche per l'uso assai disinvolto della buona fede, che, unita in modo controverso all'abuso del diritto, viene utilizzata per consentire al giudice di "riscrivere il contratto", togliendo alla parte il potere di recedere ad nutum, quando tale facoltà era espressamente prevista. Ebbene, la pronuncia, per quanto criticabile da punto di vista argomentativo e controversa, fa riflettere sulla funzione che la clausola in esame svolge nell'ambito dei contratti di durata tra imprenditori con diverso potere contrattuale (il c.d. "terzo contratto"). Su

questo terreno, sembra giustificabile l'attribuzione al giudice di una maggiore discrezionalità attraverso l'applicazione di standard valutativi ed un più ampio ricorso alle clausole generali, come la buona fede, strumento di autointegrazione del contratto. In altri termini, l'ingresso del giudice nella dinamica contrattuale sarebbe qui giustificato dalle particolari condizioni dell'imprenditore debole, il quale, spesso, non solo manca di informazioni, ma anche, di serie alternative sul mercato. Inoltre, il modello della buona fede autointegrativa autorizza sì il giudice a rifare il contratto, ma alla luce della volontà ipotetica delle parti e non seguendo il suo arbitrio.

Circa l'abuso del diritto, la pronuncia lo costruisce come indice rivelatore della violazione della buona fede. Ora, è appena il caso di osservare che questo non sembra corretto, in quanto l'abuso, di per sé, non rivela nulla, ma, semmai, attende di essere rivelato (M. Orlandi, in N.G.C.C., 2010, II, 129, 137). Il rapporto tra i due termini sembra essere rovesciato: è la violazione della buona fede a costituire uno degli indici rivelatori di un abuso del diritto.

Per quanto riguarda il principio di ragionevolezza, questo viene utilizzato dalla Corte di appello per affermare che, vista l'impossibilità per il giudice, in assenza di una norma apposita, di sindacare direttamente gli atti di autonomia privata, l'unico controllo ipotizzabile sarebbe quello di ragionevolezza, vista, però, come un giudizio di opportunità politica dell'atto stesso. Sennonché, sempre secondo la Corte di merito, una valutazione secondo ragionevolezza sarebbe impossibile in ambito contrattuale, ove i valori di riferimento non sono unitari, ma contrapposti e la composizione del conflitto avviene proprio seguendo l'incontro delle volontà delle parti su di una causa meritevole di tutela.

La Cassazione non condivide questi argomenti e accorda piena cittadinanza al giudizio di ragionevolezza in ambito privatistico e contrattuale. La corte toglie a questo principio la valenza esclusivamente politica che gli era stata conferita dal giudice d'appello e struttura il giudizio secondo reasonableness come un mezzo giuridico per rimediare all'abuso dell'autonomia privata e per riequilibrare i rapporti di forza sul mercato.

Tra i commentatori della pronuncia v'è stato chi (C. Scognamiglio, in N.G.C.C., 2010, II, 139, 146) ha sostenuto che il controllo secondo ragionevolezza degli atti di autonomia privata così prefigurato dalla corte non debba essere nulla di più di una valutazione della razionalità minima dell'operazione economica realizzata, senza potersi spingere fino a sindacare, nel merito, la ragionevolezza dell'atto. La sentenza non chiarisce i rapporti tra il criterio di ragionevolezza e la buona fede, ma li colloca entrambi nella dinamica contrattuale, descrivendoli come strumenti atti fronteggiare le ipotesi di disparità di potere tra le parti, quando manchi normativa apposita (nella specie, la disposizione sull'abuso di dipendenza economica contenuta nella legge sulla subfornitura non è applicabile per ragioni di tempo). Anche se in modo ancora confuso, i giudici sembrano aver

affiancato alla valutazione dell'equilibrio contrattuale secondo buona fede, un controllo di ragionevolezza, con ciò suffragando la tesi per cui la reasonableness possa operare come corrispondente di common law della buona fede.

**e) Considerazioni sul rapporto tra buona fede e ragionevolezza.** Senza proporre un pericoloso e inutile annullamento della buona fede nella ragionevolezza, sembra possibile ipotizzare – sia pur con grande cautela – un impiego della reasonableness in supporto del canone di buona fede, quando (e solo quando) si tratti di stabilire il limite di rilevanza dell'altrui affidamento: quello meritevole di tutela, nel quadro del controllo sull'equilibrio tra prestazioni in base al parametro della buona fede, è solo l'affidamento ragionevole, cioè quello desunto dalla realtà dei traffici e maturato in una persona di ordinario equilibrio e buon senso. Del resto, l'obiettivo perseguito dai giudici della Cassazione era proprio quello di proteggere l'affidamento dei concessionari nella prosecuzione di rapporti che andavano avanti da più di 10 anni e che sembravano destinati a proseguire, vista la richiesta da parte di Renault di effettuare nuovi investimenti, richiesta poi contraddetta dall'esercizio del recesso.

In fondo, come si è visto, una delle funzioni principali della ragionevolezza nel sistema angloamericano è proprio quella di fornire riconoscimento e protezione agli affidamenti delle parti, come avviene nella doctrine delle implied terms e del promissory estoppel. Anche il diritto europeo dei contratti, e la direttiva sulle garanzie nella vendita di beni di consumo, come già visto, impiegano la clausola di ragionevolezza in modo simile, intendendola come criterio di qualificazione di un elemento del contratto (termine per le riparazioni) o di una credenza o convinzione (aspettative ragionevoli del consumatore), al fine di attribuire fondamento oggettivo a tali aspetti. La ragionevolezza come criterio ausiliare della buona fede e non suo sostituto, in virtù di un collegamento tra i due concetti che va riconosciuto, ma non forzato sino a prospettare l'annullamento di un termine nell'altro.

Come già accennato, l'abuso del diritto si inserisce in questa costruzione costituendo una sorta di anello di congiunzione tra l'area di civil law, ove esso si lega alla buona fede, e l'area di common law, ove, invece, il suo equivalente funzionale è la ragionevolezza. Sennonché, la tenuta dell'abuso del diritto quale ponte di collegamento tra i due concetti è ancora tutta da verificare.