

Limiti costituzionali alla libertà contrattuale e sindacato giurisdizionale: un nuovo caso di rilettura costituzionalmente orientata del canone di buona fede

FEDERICO BARBAGALLO*

Nota a Cassazione Civile, sez. III, ordinanza del 12 dicembre 2019, n. 32478

Disponibile all'indirizzo: <http://www.webgiuridico.it/sentenze2019/32478-2019.htm>

Sommario

1. Introduzione. – 2. La ricostruzione della vicenda oggetto del giudizio e la decisione della Corte di Cassazione. – 3. L'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sull'applicazione in materia contrattuale dei doveri costituzionali di solidarietà. – 4. Limiti alla libertà contrattuale e tutela della parte debole nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 5. Alcune riflessioni sul percorso di "costituzionalizzazione" della clausola di buona fede alla luce degli obblighi costituzionali di solidarietà in capo al creditore garantito. – 6. Profili problematici riguardo al nuovo ruolo del giudice nel sindacato sul contratto. – 7.

Data della pubblicazione sul sito: 27 agosto 2020

Suggerimento di citazione

F. BARBAGALLO, *Limiti costituzionali alla libertà contrattuale e sindacato giurisdizionale: un nuovo caso di rilettura costituzionalmente orientata del canone di buona fede*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Cultore della materia in Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Milano e praticante avvocato del Foro di Milano. Indirizzo mail: federico.barbagallo@yahoo.it.

1. Introduzione

Con l'ordinanza n. 32478 del 2019 la Corte di Cassazione ha nuovamente dato applicazione al "combinato" tra canone di buona fede e doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost, in un caso relativo agli obblighi del creditore garantito nei confronti del fideiussore. Pur trattandosi di un'ordinanza, con conseguente forte semplificazione della struttura argomentativa, la pronuncia offre diversi spunti di interesse per fare il punto, anche alla luce delle peculiarità della vicenda in oggetto, sugli approdi della cd. "costituzionalizzazione" della clausola generale civilistica di buona fede.

La "costituzionalizzazione" del diritto privato ha, come noto, origini risalenti nella cultura giuridica civilistica¹, ma trae nuovi stimoli, a partire dagli anni Novanta, attraverso il fenomeno di "neo-costituzionalizzazione"² mosso dalla nuove forme di tutela dei diritti fondamentali, anche nei rapporti interprivati, offerte dal diritto dell'Unione europea e, nello specifico ambito del diritto dei contratti, dal riconoscimento di nuovi limiti alla libertà contrattuale in ragione della tutela del contraente debole, specie nella disciplina consumeristica. Sul piano del diritto interno la buona fede rappresenta uno dei principali punti di emersione della "costituzionalizzazione" del diritto civile³ e uno dei pochissimi ambiti della disciplina generale dei contratti a vedere, anche a livello giurisprudenziale, una trasformazione delle categorie civilistiche rilette sulla base dei principi posti dalla Costituzione⁴.

In via preliminare appare, tuttavia, necessario, fin da subito, sgombrare il campo da una possibile ambiguità. L'espressione "costituzionalizzazione" del diritto privato, e *a fortiori* la "costituzionalizzazione" della clausola di buona fede,

¹ Nell'ambito del diritto dei contratti il processo di "costituzionalizzazione" trae origine negli anni Settanta dalle riflessioni di una giovane generazione di civilisti in contrasto con gli orientamenti metodologici tradizionali (v. F. MACARIO, *Ideologia e dogmatica nella civilistica degli anni Settanta: il dibattito su autonomia privata e libertà contrattuale*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1491 sgg.).

² G. CONTE, *Il processo di neo-costituzionalizzazione del diritto privato*, in *Giust. Civ.*, 2018, pp. 147 sgg.

³ Gli interventi dottrinali sul tema d parte della dottrina civilistica sono ormai numerosi. Si vedano, in particolare, più di recente C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. Civ.*, 2016, pp. 443 sgg.; F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Questione Giustizia*, 2016, fasc. 4, pp. 52 sgg., N. RIZZO, *Note minime sull'uso dei principi costituzionali nel diritto dei contratti, rileggendo Dworkin e Hart*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, fasc. 4, pp. 912 sgg.

⁴ V. F. MACARIO, *op. ult. cit.*

invalsa nella dottrina civilistica, deve intendersi come riferita, non già a un fenomeno di elevazione delle norme di diritto privato a un rango costituzionale, bensì a una rilettura, per così dire costituzionalmente orientata, degli istituti di diritto privato alla luce delle previsioni poste dalla Costituzione⁵.

Non si tratta, dunque, di fornire copertura costituzionale alla clausola di buona fede, quanto di integrare i generici contenuti normativi di tale canone civilistico sulla base dei principi posti dalla Costituzione. In questo senso la “costituzionalizzazione” della clausola di buona fede non si risolve in un processo unitario, ma richiede una pluralità di tecniche giuridiche per operare una integrazione tra diritto costituzionale e diritto civile, tra cui si segnala in particolare, ma non esclusivamente, l’interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni civilistiche.

Il processo di “costituzionalizzazione” del diritto dei contratti, muovendo da una prospettiva costituzionalistica, presenta inoltre un ulteriore e connesso profilo di specifico interesse. Esso permette, infatti, di indagare sulle possibilità trasformative offerte dai principi costituzionali in relazione al ruolo del giudice nel sindacato sulla disciplina contrattuale. Se da un lato l’estensione degli spazi di intervento in sede giudiziale rende più agevole una diretta garanzia delle istanze di giustizia del caso concreto, vi è il rischio che ciò infirmo le esigenze di certezza del giudizio⁶. Nel riconoscere “il grande potere, ma anche gli insormontabili confini”⁷ dell’attività giudiziaria, si dovrà, pertanto, ricercare una più puntuale identificazione del perimetro applicativo⁸ del combinato tra buona fede e doveri inderogabili di solidarietà e verificare se l’invocato parametro costituzionale riesca a fornire una efficace tutela del contraente debole, capace di garantire, al contempo, la prevedibilità della decisione del giudice e le esigenze di giustizia emergenti in presenza di una lacuna nella disciplina posta dal legislatore.

2. La ricostruzione della vicenda oggetto del giudizio e la decisione della Corte di Cassazione

Al fine di meglio inquadrare le problematiche alla base della decisione in oggetto, appare opportuno dare brevemente conto delle relative vicende fattuali e processuali.

⁵ P. RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice civile*, 1968, ripubblicato in ID., *Codici: storia e geografia di un’idea*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

⁶ M. LUCIANI, *Certezza del diritto e clausole generali*, in *Questione Giustizia*, 2020, fasc. 1, pp. 67 sgg.

⁷ *Ivi*, p. 72.

⁸ Si veda, in questa prospettiva, la contrapposizione tra logica dei principi e logica della fattispecie (E. SCODITTI, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in *Questione Giustizia*, 2020, fasc. 1, pp. 60 sgg.).

Al momento della presa in consegna dei lavori concernenti un appalto garantito con polizza fideiussoria, la società appaltante, pur riscontrando la presenza di vizi nell'opera eseguita, aveva comunque proceduto al pagamento del saldo finale, senza sollevare eccezione di inadempimento, a fronte dell'impegno della appaltatrice a eliminare i difetti riscontrati. Divenuto tuttavia definitivo l'inadempimento, l'appaltante si rivolgeva per il risarcimento del danno alla società di assicurazione con cui era stata stipulata la polizza, convenendola in giudizio.

In quella sede la società di assicurazioni eccepiva come la mancata sollevazione dell'eccezione di inadempimento costituisse un grave inadempimento dei doveri di correttezza e buona fede sanciti dall'art. 1375 c.c., che imponevano all'attrice di preservare gli interessi del garante, o comunque una condotta colposa, comportante la riduzione del danno a mente dell'art. 1227 c.c.

I giudici di merito accoglievano, tuttavia, la domanda della società appaltante, sostenendo come la mancata sollevazione dell'eccezione di inadempimento non potesse costituire oggetto di censure, trattandosi di una facoltà rimessa alla determinazione del creditore. Si negava altresì applicazione all'art. 1956 c.c.⁹, relativo alla liberazione del fideiussore per obbligazione futura, in quanto, pur a voler ritenere che il pagamento da parte dell'appaltante possa essere ritenuto, come richiesto da tale disposizione, un atto di far nuovo credito, non risultava provato il requisito soggettivo della consapevolezza da parte dell'appaltante di un aggravamento delle condizioni economiche della società di assicurazioni causato dalla accresciuta probabilità di inadempimento dell'appaltatrice a seguito del pagamento del saldo finale.

Avverso alla sentenza della Corte di Appello la società di assicurazioni presentava ricorso in cassazione, riproponendo le censure rispetto al comportamento dell'appaltante garantito. L'ordinanza di Cassazione riconosce preliminarmente come il pagamento del saldo finale da parte della società appaltante abbia in concreto trasferito la responsabilità del corretto adempimento dalla appaltatrice alla società di assicurazioni. Tale circostanza, invece, sarebbe stata facilmente evitata se l'appaltante non avesse pagato, sollevando, come era suo diritto, l'eccezione di inadempimento in ragione dei vizi riscontrati. La Suprema Corte ritiene dunque applicabili al caso di specie le clausole generali di correttezza e buona fede che comportano di negare tutela "alla parte che tali clausole abbia violato e pretenda di riversare sulla controparte un pregiudizio che avrebbe potuto facilmente evitare".

⁹ La mancata applicazione dell'art. 1956 c.c., che verrà confermata anche nell'ordinanza, risulta ai nostri fini particolarmente rilevante, in quanto esclude tale articolo dalle disposizioni oggetto di interpretazione costituzionalmente orientata da parte della Corte di Cassazione. Si tornerà sul punto *infra*: si veda paragrafo 5.

Richiamando alcuni propri precedenti¹⁰, il Giudice di Legittimità conferma come il canone di buona fede debba essere inteso in senso oggettivo, anche alla luce del combinato con l'art. 2 Cost., che fonda un generale obbligo solidaristico tra i paciscenti. In particolare, questo si concretizza nell'imporre "alla parte garantita di salvaguardare la posizione del proprio fideiussore, con la conseguenza che la loro violazione non consente l'esercizio di pretese nei confronti del garante, nella misura in cui la sua posizione sia stata aggravata dal garantito".

La mancata sollevazione dell'eccezione di inadempimento non è rimessa, secondo la Corte, al libero apprezzamento del creditore ed è pertanto censurabile, in quanto la sua condotta deve essere oggettivamente "idonea a salvaguardare l'interesse del garante", a nulla rilevando elementi di natura soggettiva. Considerato dunque che la condotta dell'appaltante aveva in concreto aggravato, pur potendo tale nocumento essere facilmente evitato, le condizioni della società di assicurazioni, la Corte di Cassazione accoglie il ricorso e rinvia la decisione alla Corte territoriale competente.

3. L'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sull'applicazione in materia contrattuale dei doveri costituzionali di solidarietà

Ai nostri fini appare necessario ampliare l'indagine a qualche breve cenno sulle principali pronunce del filone giurisprudenziale sviluppatosi in materia di combinato tra canone di buona fede e art. 2 Cost.

In quest'ambito il *leading case* è rappresentato dal noto caso Fiuggi¹¹, nel quale la Corte di Cassazione riconosce come la clausola contrattuale, in quel caso la definizione del prezzo del prodotto sulla base del prezzo di rivendita da parte dell'acquirente, pur validamente stipulata, dovesse essere interpretata ed esplicasse i suoi effetti nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede previsti dagli artt. 1175, 1366, 1374, 1375 c.c., intesi alla luce del dovere inderogabile di solidarietà, "ormai costituzionalizzato". Si viene, dunque, a delineare un penetrante sindacato del giudice sulle vicende del contratto, che è chiamato a valutarne l'esecuzione assumendo il canone di buona fede come *regula iuris* del caso concreto, in forza del valore cogente del combinato tra la norma costituzionale e le disposizioni civilistiche richiamate.

Come sottolineato dalla dottrina, l'art. 2 Cost. non si limita in questo caso a fornire un mero parametro di concretizzazione della clausola generale di buona fede, ma configura un *quid pluris* rispetto alle tradizionali categorie civilistiche, venendo il rapporto giuridico contrattuale, attraverso il principio solidaristico, a

¹⁰ Cass. civ., sez. III, sent. del 4 maggio 2009 n. 10182 e Cass. civ., sez. III., sent. del 10 novembre 2010, n. 22819 del 2010, sui cui *infra* paragrafo 3.

¹¹ Cass. civ., sez. I, sent. del 20 marzo 1994, n. 3775.

essere “proiettato oltre l’obiettivo egoistico di tutela dell’interesse di cui esso è servente, per cooperare alla realizzazione dell’interesse altrui interferente”¹². In base all’orientamento interpretativo inaugurato da questa pronuncia, il giudice risulta investito espressamente del compito di bilanciare, alla luce dei doveri costituzionali di solidarietà, gli interessi delle parti al fine di conformare la disciplina contrattuale pattuita e la sua esecuzione a criteri di giustizia sostanziale.

Tale conclusione viene sviluppata nella pronuncia della Corte di Cassazione in materia di riducibilità d’ufficio della clausola penale manifestamente eccessiva¹³. Nel superare l’orientamento precedentemente consolidatosi, che subordinava la riduzione della clausola penale a un’eccezione di parte, la Corte afferma come il dovere costituzionale di solidarietà attribuisca al canone di buona fede “una *vis* normativa e [...] contenuti positivi, inglobanti obblighi, anche strumentali, di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell’interesse del partner negoziale”. In tale prospettiva il giudice risulta dunque arbitro del sinallagma contrattuale e deve pertanto necessariamente intervenire nel caso in cui, come previsto dall’art. 1384 c.c. in relazione alla clausola penale, gli sia conferita la facoltà di poter riequilibrare i rapporti tra le parti ai fini della garanzia di una “giustizia del caso concreto”.

Questa prospettiva appare ulteriormente ampliata dalla notissima sentenza Renault¹⁴. Tale pronuncia, che ha sollecitato notevole interesse in dottrina¹⁵, era chiamata a risolvere l’applicabilità della controversa nozione di abuso del diritto a un caso di recesso. La Corte di Cassazione, rifiutando la tesi sostenuta dai giudici di merito, che avevano radicalmente escluso ogni sindacato del giudice sull’elemento causale in sede di esercizio *ad nutum* della facoltà di recesso, sostiene come “[l]a esclusione della valorizzazione e valutazione della buona fede oggettiva e della rilevanza anche dell’eventuale esercizio abusivo del recesso [...] consentirebbero che il recesso *ad nutum* si trasformi in un recesso, arbitrario, cioè *ad libitum*, di sicuro non consentito dall’ordinamento giuridico”.

¹² M. R. MORELLI, *La buona fede come limite all’autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. Civ.*, 1994, p. 2168.

¹³ Cass. civ., sez. I, sent. del 24 settembre 1999, n. 10511.

¹⁴ Cass. civ., sez. III, sent. del 18 settembre 2009, n. 20106.

¹⁵ Tra i molti si veda N. LIPARI, *Ancora sull’abuso del diritto Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Questione Giustizia*, 2016, fasc. 4, p. 33; G. D’AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 5; R. PARDOLESI e A. PALMIERI, *Della serie «a volte ritornano»: l’abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, p. 95 sgg.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell’interpretazione del contratto?)*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, II, pp. 139 e i saggi raccolti in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede dei contratti*, Torino, Giappichelli, 2010.

Attraverso una articolata motivazione¹⁶, il Giudice di Legittimità giunge alla soluzione, di per sé non particolarmente controversa, della sindacabilità secondo buona fede del recesso dal contratto ovvero dell'abusività dello stesso¹⁷, offrendo tuttavia al contempo alcune considerazioni fortemente discutibili sul concetto generale di abuso del diritto, anche in relazione ai rapporti tra quest'ultimo, il canone di buona fede e le norme costituzionali¹⁸. La sentenza afferma infatti come "il principio di buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve accompagnare il contratto nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione, e, in quanto espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli". Il combinato tra doveri inderogabili di solidarietà e buona fede oggettiva avrebbe permesso il "contemperamento dei diritti e degli interessi delle parti in causa, in una prospettiva anche di equilibrio e di correttezza dei comportamenti economici", così che "la buona fede, in sostanza, serv[a] a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione".

Quest'ultima pronuncia, peraltro oggetto sul punto di aspre critiche¹⁹, offre un ulteriore contributo nella configurazione di un ampliamento delle facoltà del giudice nel sindacato delle vicende del contratto. Essa non opera espressamente una estensione dell'applicabilità del canone di buona fede nelle diverse fasi contrattuali, anzi risulta piuttosto incerta e confusa nella distinzione della rilevanza della clausola di buona in sede di integrazione, interpretazione ed esecuzione del contratto come tradizionalmente configurata alla luce delle disposizioni codicistiche. Le affermazioni riportate consentono in ogni caso di riconoscere un'ampia concessione verso "logiche manipolative del contratto medesimo"²⁰. Il richiamo ai principi costituzionali²¹ risulta così uno strumento per forzare le

¹⁶ La dottrina ha parlato di "sovrabbondanza" della motivazione (V. C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza*, cit.)

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Si noti peraltro, come sottolineato da G. D'AMICO, *Recesso ad nutum*, cit., che la Corte di Cassazione in questa sentenza operi una continua sovrapposizione concettuale tra abuso del diritto e buona fede.

¹⁹ Si veda in quest'ottica R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»*, cit.

²⁰ F. VIGLIONE, *il giudice riscrive il contratto per le parti*, cit.

²¹ Si noti altresì un passaggio (molto discutibile e infatti aspramente criticato sia in R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»*, cit. che in G. D'AMICO, *Recesso ad nutum*, cit.) che sostiene la previsione di una funzionalizzazione dell'esercizio dell'autonomia privata, sulla base della richiesta "funzione sociale" prevista per la proprietà privata dall'art. 42 Cost.

tradizionali categorie giuridiche civilistiche²² e consentire al giudice di fornire direttamente una risposta di natura rimediabile ai bisogni di giustizia contrattuale.

Nell'ordinanza qui esame, la Corte di Cassazione fa riferimento in motivazione, attraverso la citazione delle loro massime, alle sentenze n. 10182 del 2009 e n. 22819 del 2010. Esse non presentano particolari profili innovativi, ma si limitano ad ampliare gli approdi raggiunti nella giurisprudenza appena richiamata.

Nella sentenza n. 10182 del 2009²³ la Corte di Cassazione ribadisce in modo netto la portata dei principi di buona fede e correttezza, di cui agli art. 1175 e 1375 c.c., che sono ritenuti “parte del tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico”. Tali obblighi di buona fede, “costituzionalizzati” in ragione del “rapporto sinergico con il dovere inderogabile di buona fede di cui all'art. 2 Cost.”, vengono dunque a definire un autonomo dovere giuridico, risultando direttamente espressione “di un principio generale di solidarietà sociale”. Rispetto alle vicende del contratto, il giudice è chiamato a svolgere un bilanciamento “in funzione di garanzia del giusto equilibrio tra gli opposti interessi”, venendo il principio di buona fede, così come interpretato alla luce del combinato con l'art. 2 Cost., ad accompagnare il contratto “in ogni sua fase”, sia essa la formazione, l'interpretazione o l'esecuzione dello stesso. La buona fede prescinde dunque “da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del *neminem laedere*” e viene così a sovrapporsi alla sfera dell'abuso del diritto nella misura in cui impedisce, nell'esercizio di una determinata pretesa inerente al contratto, “comportamenti ostruzionistici”.

Nella sentenza n. 22819 del 2010²⁴ la Corte, identificata la buona fede come “generale principio etico-giuridico” che rappresenta “l'interfaccia” della nozione di abuso del diritto, riconosce specifici “obblighi collaterali (di protezione, di cooperazione, di informazione)” da determinare sulla base degli sviluppi delle vicende contrattuali e dagli equilibri degli interessi delle parti contraenti “per tutelare l'utilità e gli interessi dell'altro, nei limiti in cui ciò possa avvenire senza un apprezzabile sacrificio di altri valori”. Pertanto, “il principio di correttezza e buona fede [...] deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà, costituzionalmente garantito, che, operando con criterio di reciprocità, esplica la

²² V. N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto*, cit.

²³ La questione riguardava la violazione degli obblighi di correttezza in capo all'amministrazione del condominio che abbia rifiutato l'adempimento parziale del saldo delle spese condominiali e degli oneri accessori e, in particolare, la legittimazione della sollevazione dell'eccezione di inadempimento da parte del condominio a seguito del versamento soltanto parziale degli importi dovuti da parte del condomino.

²⁴ Si trattava di una questione relativa alla violazione degli obblighi di buona fede e correttezza a seguito della levazione del protesto da parte di una banca per un assegno scoperto girato a sé stesso da un correntista della medesima banca.

sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dagli specifici obblighi contrattuali o legali". In quest'ottica il giudice resta comunque estraneo al "controllo, anche in senso modificativo o integrativo (e dunque manipolativo), dello statuto negoziale, in vista di un giusto equilibrio degli opposti interessi", ma si limita a individuare un limite interno ai rapporti giuridici già definiti dalla disciplina contrattuale "affinché l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso l'inderogabile dovere di solidarietà presidiato dall'art. 2 Cost."

4. Limiti alla libertà contrattuale e tutela della parte debole nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Mentre il Giudice di legittimità ha avuto modo di sviluppare un'ampia giurisprudenza sui rapporti tra autonomia contrattuale e doveri inderogabili di solidarietà posti dall'art. 2 Cost., non si riscontrano precedenti della Corte costituzionale significativi in quest'ambito, salvo due isolate ordinanze riguardanti la riducibilità della caparra confirmatoria manifestamente eccessiva²⁵. In ogni caso la giurisprudenza costituzionale in materia di libertà contrattuale appare in generale scarsa²⁶ e risulta pertanto difficoltoso determinare puntualmente i limiti posti dalla Corte all'esercizio dell'autonomia contrattuale²⁷.

In alcuni precedenti, pur piuttosto risalenti²⁸, emergono prospettive di limitazione della libertà contrattuale in virtù del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. In particolare, si afferma come "il principio dell'autonomia

²⁵ Corte cost., ord. del 24 ottobre 2013, n. 248 e Corte cost., ord. del 2 aprile 2014, n. 17 che saranno oggetto *infra* di ampio commento.

²⁶ La Corte costituzionale non riconosce autonomo rilievo alla libertà contrattuale, ma la pone come strumentale all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata e alla libertà di acquisto e godimento della proprietà (artt. 41 e 42 Cost.). Si vedano *ex plurimis* Corte cost., sent. del 15 luglio 1983, n. 252, Corte cost., sent. del 5 aprile 1984, n. 89 e Corte cost., sent. del 15 maggio 1990, n. 241. Nonostante ciò, la giurisprudenza costituzionale in materia non individua i limiti della libertà contrattuale rispetto a possibili lesioni di interessi costituzionalmente garantiti, ma al contrario tende a salvaguardare l'esercizio della libertà contrattuale, pur in posizione di strumentalità rispetto alle libertà soprarichiamate, dalle ingerenze del potere pubblico (V., criticamente, S. RODOTÀ, *Le fonti d'integrazione del contratto*, 1969 ristampato in ID., *Le fonti d'integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 49).

²⁷ F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. Dir. Annali VIII*, 2015, p. 61 sgg.

²⁸ Corte cost., sent. del 12 novembre 1974, n. 256, in materia di legittimità della *clausola solve et repete*, e Corte cost., sent. del 15 maggio 1990, n. 241, in materia di obblighi a contrarre in situazioni di monopolio di fatto.

contrattuale, [...] se ha rilievo assolutamente preminente nel sistema del Codice civile del 1942, non lo ha negli stessi termini nel sistema delineato dalla Costituzione, che non solo lo tutela in via meramente indiretta, come strumento della libertà di iniziativa economica [...], ma pone limiti rilevanti a tale libertà.” Tali limiti, in particolare, consistono nel divieto di esercitare la libertà contrattuale in contrasto con l’utilità e i fini sociali, a mente dell’art. 41 Cost., così da promuovere “il programma di eliminazione delle diseguaglianze di fatto additato dall’art. 3, secondo comma, Cost., che va attuato anche nei confronti dei poteri privati e richiede tra l’altro controlli sull’economia privata finalizzati ad evitare discriminazioni arbitrarie”.

Non risultano, invece, riconducibili a quest’ultimo orientamento le già richiamate ordinanze n. 248 del 2013 e n. 77 del 2014 in materia di *reductio ad aequitatem* della caparra confirmatoria. Tali pronunce, di contenuto sostanzialmente coincidente, hanno dato adito, per quanto isolate, a un acceso dibattito nella dottrina civilistica, che si attesta prevalentemente su posizioni critiche²⁹ pur con alcune rilevanti eccezioni³⁰, a causa dell’anomalia della struttura della motivazione adottata che, giungendo alla declaratoria di manifesta inammissibilità della questione di costituzionalità, si è comunque diffusa in una puntuale ricostruzione interpretativa della disciplina rilevante in materia di riducibilità della caparra confirmatoria. La Corte costituzionale motiva la (manifesta) irrilevanza delle questioni indicando al giudice l’inedita facoltà, in caso di impossibilità per il giudice di riqualificare la natura degli importi versati a caparra³¹, di dichiarare nulle le clausole contrattuali che prevedano una caparra

²⁹ Si veda in particolare, pur con diversi accenti, R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, I, pp. 2039 sgg.; G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, in *I Contratti*, 2014, fasc. 10, pp. 929 sgg., G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*, in *Foro it.* 2014, I, pp. 2042, F.P. PATTI, *Caparra confirmatoria e riduzione giudiziale*, su www.treccani.it e C. CASTRONOVO, *L’eclissi del diritto civile*, cit.

³⁰ Le implicazioni metodologiche sottese a tali pronunce della Corte costituzionale sono particolarmente valorizzate e positivamente valutate in E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro it.*, 2014, pp. 2036 sgg., F. MACARIO, *L’autonomia privata nella cornice costituzionale*, cit. e N. LIPARI, *Intorno alla “giustizia” del contratto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

³¹ Sulla possibile natura di tale riqualificazione si veda, in particolare, F.P. PATTI, *Note a richiami*, in *Foro it.*, 2014, I, p. 383. Si potrebbe trattare della riqualificazione della previsione, come già avviene in altri ordinamenti, della caparra confirmatoria come clausola penale, con la conseguente applicabilità dell’art. 1384 c.c., anche se parte della dottrina (in particolare G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit.) ipotizza si tratti di riqualificare l’importo versato come acconto.

confirmatoria manifestamente eccessiva per contrasto con il canone di buona fede in combinato con i doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. Secondo il Giudice delle Leggi, in presenza di “un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte”, il giudice può dichiarare *ex officio* la “nullità (totale o parziale) ex articolo 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost., (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, «funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato»³².

Tali pronunce rappresentano così la prosecuzione, portata alle estreme conseguenze, del primo orientamento della Corte di Cassazione che abbiamo prima richiamato. Il combinato tra canone di buona fede e obblighi costituzionali di solidarietà, da limitarsi a illuminare l'interpretazione del contratto e l'applicazione della buona fede *in executivis* in ragione degli interessi della controparte, finisce per assumere autonomo rilievo consentendo al giudice sulla base delle esigenze del caso concreto di ricavare delle regole da utilizzare direttamente per manipolare o financo ridurre a invalidità³³ la disciplina contrattuale stabilita dai paciscenti. Questa progressione porta dunque ad assumere il combinato tra canone di buona fede e doveri inderogabili di solidarietà come fondante un obbligo di tutelare gli interessi della controparte immediatamente precettivo e applicabile potenzialmente a ogni fattispecie contrattuale.

Non a caso alcuni illustri autori hanno aspramente contestato questo orientamento evidenziando come, se le argomentazioni della Corte costituzionale avessero avuto un seguito³⁴, si sarebbe affermato “un principio «eversivo» dell'intero ordinamento costituzionale”³⁵ in quanto “[s]e i «principi» costituzionali (e le clausole generali) sono direttamente idonei a conformare il

³² La citazione, presente nel passo dell'ordinanza n. 248 del 2013 qui riportato, è tratta dalla sent. n. 10511 del 1999 della sez. I della Corte di Cassazione.

³³ Si viene così a travolgere la nota distinzione tradizionale tra norma di validità e norme di responsabilità. Per un analogo utilizzo della buona fede, ma in materia precontrattuale, si veda E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, 4, p. 1108 sgg.

³⁴ In realtà, come sottolineato in F. MACARIO, *La (ir)riducibilità della caparra (eccessiva) e il (mancato) dialogo tra le corti*, in *Foro it.*, 2015, I, p. 1044, la posizione della Corte costituzionale nei suoi elementi più radicali è stata sostanzialmente ignorata dalla Corte di Cassazione finanche nella stessa materia della riducibilità della caparra confirmatoria manifestamente eccessiva.

³⁵ G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit., p.933.

potere di autonomia privata, viene «relativizzata» d'un solo colpo qualsiasi regolamentazione legale dell'esercizio di tale potere, perché qualsiasi limite potrà (più o meno agevolmente) ricondursi ad un principio costituzionale (o ad una clausola generale)³⁶. Parte, seppur minoritaria, della dottrina ha al contrario interpretato questi sviluppi nella prospettiva di una nuova teoria del contratto maggiormente capace di fornire tutela ai bisogni concreti di giustizia³⁷ e, in generale, più sensibile a una prospettiva "rimediale"³⁸ del diritto civile.

5. Il ricorso presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri

L'analisi della giurisprudenza, di legittimità e costituzionale, mette chiaramente in luce l'incertezza applicativa del combinato tra canone di buona fede e art. 2 Cost. Se nelle prime pronunce il dovere costituzionale di solidarietà contribuiva alla concretizzazione contenutistica della clausola di buona fede, lasciando sostanzialmente inalterato il perimetro delle categorie giuridiche tradizionali o al più rafforzando la forza argomentativa della loro applicazione in casi non chiari, progressivamente si è superata, almeno in una parte della giurisprudenza di Cassazione, l'identificazione di specifiche fattispecie a cui riconnettere tali obblighi solidaristici. A ciò ha contribuito la saldatura, e la commistione concettuale, tra buona fede "costituzionalizzata" e la controversa nozione di abuso del diritto, che permetterebbe di considerare gli obblighi costituzionali di solidarietà come indistintamente connessi all'esecuzione di qualsivoglia rapporto giuridico soggettivo, e il richiamo diretto ad esigenze di giustizia del caso concreto, utilizzate per obliterare le tradizionali qualificazioni giuridiche come nel caso della riqualificazione delle eccezioni di manifesta eccessività della clausola penale. Le due ordinanze della Corte costituzionale mostrano poi un ulteriore superamento delle tecniche argomentative proprie dell'applicazione della clausola civilistica di buona fede, grazie a un'applicazione diretta del combinato tra canone di buona fede e doveri inderogabili di solidarietà da cui l'interprete ricava una norma immediatamente precettiva con la conseguente nullità della previsione contrattuale contrastante ai sensi degli artt. 1418 c.c. e ss.

In questa linea di tendenza non è possibile collocare con certezza la pronuncia qui commentata. Gli approdi giurisprudenziali ivi richiamati non paiono, infatti, a tal fine risolutivi. La sentenza n. 10182 del 2009, nel fare espresso riferimento alla violazione degli obblighi di buona fede come abuso del diritto e abuso del processo, sembrerebbe supportare una concezione estensiva dell'applicabilità del canone buona fede alla luce dei principi costituzionali. Ma, al di là delle

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale*, cit.

³⁸ E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, cit.

proclamazioni generali in punto di motivazione, si deve notare come la Corte ne abbia dato un'applicazione prudente e come pertanto la clausola di buona fede sia servita più a circoscrivere la natura dei rapporti tra condomini e condominio³⁹ che a supportare un modello generale di buona fede "costituzionalizzata" valido indistintamente per ogni rapporto giuridico.

Analogo orientamento pare riscontrarsi anche nella sentenza n. 22819 del 2010. Dopo aver definito l'abuso del diritto come "interfaccia" della buona fede costituzionale, la Cassazione si affretta poco dopo a precisare come il giudice resti comunque estraneo al "controllo, anche in senso modificativo o integrativo (e dunque manipolativo), dello statuto negoziale", al contrario di quanto sembra essere affermato nella decisione del caso Renault. Per quanto la Corte si abbandoni ad affermazioni impegnative, sostenendo come la buona fede ponga un limite interno a ogni situazione giuridica soggettiva "affinché l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale", conforta, nella precisazione del contenuto precettivo del combinato tra canone di buona fede e doveri costituzionali di solidarietà, il richiamo espresso alla sentenza n. 3775 del 1994 sulle modalità di definizione degli obblighi derivanti dalla buona fede. Si noti inoltre la natura particolarissima del caso che aveva dato origine a tale decisione, in cui il traente era al contempo portatore dell'assegno e cliente della banca che aveva sollevato il protesto, e in cui pertanto gli obblighi di solidarietà insistevano su un intricato complesso di rapporti giuridici intercorrenti tra le parti in causa⁴⁰.

Del tutto irrisolti risultano in ogni caso i complessi problemi, sul piano della tecnica argomentativa, concernenti l'integrazione dei doveri costituzionali di solidarietà con la clausola di buona fede. Lo stesso riferimento operato alla "costituzionalizzazione" della clausola di buona fede appare di per sé problematico, in quanto non scioglie l'ambiguità tra la possibile attribuzione di un rango costituzionale alla clausola di buona fede sulla base dell'art. 2 Cost. o, al contrario, il mutamento del canone civilistico di buona fede attraverso l'applicazione di norme costituzionali a rapporti di diritto privato. Se, come si è visto nell'analisi della giurisprudenza, questa seconda interpretazione è senz'altro preferibile, l'imprecisione della terminologia finisce per offuscare i reali processi ad essa sottesi.

Il controverso rapporto tra disposizioni codicistiche e art. 2 Cost. trova invero nella dottrina civilistica un amplissimo ed eterogeneo ventaglio di possibili soluzioni. Mentre alcuni autori⁴¹ sottolineano come il riferimento ai doveri

³⁹ Così N. IZZO, *Parziarietà delle obbligazioni contrattuali del condominio: prime applicazioni, qualche disapplicazione e un probabile contrasto con il diritto vivente*, in *Giust. Civ.*, 2009, pp. 1831 sgg.

⁴⁰ V. paragrafo 3.

⁴¹ V. L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit.

costituzionali non aggiunga nulla al significato già tradizionalmente ascrivibile alla clausola civilistica di buona fede, altri⁴² sostengono invece che l'art. 2 Cost. consenta un'interpretazione estensiva del canone di buona fede capace di includere nel sindacato del giudice sulle vicende del contratto anche obblighi di tutela di specifici interessi della controparte. Rispetto a quest'ultima prospettiva c'è chi⁴³ infine parla apertamente di interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni contrattuali in materia di buona fede, sulla scorta dell'orientamento ricavabile dalle ordinanze costituzionali in materia di caparra confirmatoria. Queste ultime si prestano, tuttavia, anche a una più radicale prospettiva interpretativa che, valorizzando la *vis* normativa del combinato, consideri ormai superata un'applicazione mediata⁴⁴ della norma costituzionale attraverso l'integrazione o la manipolazione della clausola generale di buona fede e veda al contrario una applicazione diretta degli obblighi costituzionali di solidarietà, pur in combinato con il canone civilistico di buona fede, capace di imporsi imperativamente sulla disciplina contrattuale a pena di nullità delle clausole contrattuali contrastanti.

Tali incertezze ricostruttive appaiono ulteriormente incrementate dal mancato ancoraggio della decisione qui in commento a specifici articoli del Codice civile, essendo l'art. 2 Cost. l'unica disposizione indicata in motivazione, peraltro attraverso la citazione di una massima. In realtà, l'intero filone giurisprudenziale richiamato mostra un progressivo emanciparsi da un riferimento espresso ai parametri normativi rilevanti nella decisione del caso. Se nella sentenza n. 3775 del 1994 è presente una precisa ricostruzione, per quanto non puntualmente declinata rispetto al perimetro del caso oggetto di qualificazione giuridica, delle disposizioni codicistiche rilevanti in materia di concretizzazione della clausola di buona fede alla luce dell'art. 2 Cost.⁴⁵, nelle ordinanze della Corte costituzionale troviamo

⁴² È questo l'orientamento che si può rinvenire in M.R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale*, cit.

⁴³ E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, cit.

⁴⁴ Sulla distinzione sull'efficacia mediata e immediata delle norme costituzionali tra privati nel diritto italiano, sulla scorta della distinzione tra *unmittelbare* e *mittelbare Drittwirkung*, si veda C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, cit. Una ricostruzione dei passaggi fondamentali del dibattito dottrinale tedesco, che resta il riferimento insuperato sul tema, si può trovare in P. FEMIA, *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

⁴⁵ Si fa riferimento ai già richiamati artt. 1175 c.c., in materia di correttezza nei rapporti obbligatori, 1366 e 1375 c.c., in materia di interpretazione ed integrazione del contratto, e 1374 c.c., che individua l'equità come fonte di integrazione del contratto. La giurisprudenza successiva, pur attenendosi sostanzialmente a questo catalogo, mostrerà le potenzialità applicative del principio costituzionali di solidarietà nella concretizzazione

ormai soltanto un riferimento generico al combinato tra canone di buona fede e doveri costituzionali di solidarietà. Ciò non sarebbe in sé problematico se non fosse che, in molti dei casi qui richiamati, la disposizione civilistica applicabile risulta tutt'altro che pacificamente individuabile e che pertanto costringa l'interprete, chiamato alla ricostruzione dogmatica di tali decisioni, a un ulteriore sforzo ermeneutico che incrementa i potenziali profili di incertezza.

Per porre dunque tali problematiche in relazione con la decisione adottata nel caso in commento, appare opportuno identificare le disposizioni codicistiche rilevanti nella determinazione degli obblighi di buona fede gravanti sul creditore garantito. In materia di fideiussione, come peraltro richiamato dai giudici di prime cure, il fideiussore per un'obbligazione futura è liberato, ai sensi dell'art. 1956 c.c., "se il creditore, senza speciale autorizzazione del fideiussore, ha fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali di questo erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito". Tale disposizione viene così interpretata nel senso che non è consentito al creditore garantito di trasferire un aggravio del rischio dell'inadempimento del debitore principale in capo al fideiussore senza il suo consenso⁴⁶. L'art. 1956 c.c. è stato riconosciuto, sia dalla dottrina⁴⁷ che dalla giurisprudenza⁴⁸, come espressione dei generali principi di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. Tale orientamento risultava essersi in particolare consolidato a seguito della diffusione nei contratti di fideiussione cd. *omnibus*, che rappresentano il tipo *standard* di fideiussione con obbligazione futura, di una preventiva rinuncia del fideiussore ad avvalersi della liberazione di cui all'art. 1956 c.c. La giurisprudenza aveva prontamente reagito⁴⁹, prima che intervenisse il legislatore con la previsione della non rinunciabilità di tale

anche di altre clausole generali. Si pensi al sindacato sulla meritevolezza del contratto alla luce dell'art. 1322 c.c. (v. F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale*, cit), su cui si veda in particolare la sent. 9140 del 2016 in materia di legittimità delle clausole assicurative cd. *claims made*.

⁴⁶ Sembra essere questo l'orientamento accolto dai giudici di merito nel caso qui in esame (v. E. MATTIOLI, *Obblighi di buona fede e correttezza per il garantito, pena la liberazione del fideiussore*, in *Diritto e Giustizia*, fasc. 227, 2019, pp. 5 sgg.), per quanto, come si vedrà meglio subito oltre, venga poi esclusa ogni responsabilità del creditore garantito.

⁴⁷ Si veda, anche per la ricostruzione degli sviluppi storici del rapporto tra canone di buona fede e art. 1956 c.c., F. ROLFI, *Fideiussione omnibus ed obblighi di buona fede del creditore*, in *Corriere Giur.*, 2011, 4, p. 510 sgg.

⁴⁸ Si veda da ultimo la recente Cass. Civ., sez. III, ord. del 13 dicembre 2019, n. 32774, che richiama inoltre espressamente il combinato tra canone di buona fede e art. 2 Cost.

⁴⁹ F. ROLFI, *Fideiussione omnibus ed obblighi di buona fede del creditore*, cit. Si veda, *ex plurimis*, Cass. civ., sez. I, sent. del 18 luglio 1989, n. 3366 con nota di A. DI MAJO, *La fideiussione omnibus e il limite della buona fede*, in *Foro it.*, 1989, p. 2753.

liberazione con la legge n. 154 del 1992, neutralizzando tale pattuizione attraverso la verifica in concreto, alla luce del canone di buona fede contrattuale, del possibile aggravio della posizione del fideiussore da parte del creditore garantito quando quest'ultimo avesse sottoposto il primo a un concreto rischio di insolvenza del debitore principale.

Non si può, tuttavia, ritenere che la Corte di Cassazione abbia nel caso oggetto della presente nota dato applicazione, seppur alla luce degli obblighi costituzionali di solidarietà, all'art. 1956 c.c. Anche a prescindere dalla configurabilità di una nuova obbligazione nel caso di mancato esercizio dell'eccezione di inadempimento, non viene qui in rilievo la conoscibilità da parte del creditore garantito di condizioni patrimoniali del debitore principale tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del credito. Proprio sulla base di quest'ultimo elemento, peraltro interpretato in senso soggettivo⁵⁰, i giudici di merito avevano al contrario precedentemente escluso la sussistenza di ogni responsabilità in capo al creditore. La Corte di Cassazione afferma invece chiaramente come quest'ultimo risponda in ogni caso se ingiustificatamente la posizione del fideiussore "sia stata aggravata dal garantito".

Si devono dunque considerare solamente quelle disposizioni del Codice civile, già richiamate nell'orientamento giurisprudenziale precedentemente analizzato, che disciplinano in via generale il canone di buona fede. La Corte di Cassazione nell'ordinanza in esame ragiona genericamente di obblighi di correttezza e buona fede che "permeano la vita del contratto". Gli arresti giurisprudenziali espressamente richiamati, nonché alcuni dei motivi di censura della sentenza d'appello sollevati dal ricorrente, consentono tuttavia di ritenere che entrino in gioco in particolare gli artt. 1175 c.c., in materia di correttezza dei rapporti obbligatori, e 1375 c.c., in materia di esecuzione del contratto. La decisione del caso non può ritenersi tuttavia interamente riconducibile alla categoria della tradizionale responsabilità *in executivis*. Risulta infatti dubbio che quest'ultima possa comportare finanche una integrazione della disciplina contrattuale consistente nella previsione in capo al creditore garantito di un vero e proprio obbligo di tutelare gli interessi del fideiussore, anche attraverso azioni positive come la sollevazione dell'eccezione di inadempimento.

Si deve dunque riconoscere come nel caso in esame il riferimento all'art. 2 Cost., così come declinato negli sviluppi giurisprudenziali in materia, abbia esercitato un contributo significativo nell'estendere il contenuto della tutela della controparte

⁵⁰ I giudici di merito, nell'escludere un comportamento colpevole in capo al creditore garantito da polizza fideiussoria, avevano di fatto adottato un criterio di valutazione del comportamento del creditore analogo a quello che si sarebbe dovuto adottare, ai sensi dell'art. 1900 c.c., se si fosse ritenuta applicabile alla polizza fideiussoria la disciplina del contratto di assicurazione e non quella della fideiussione.

prevista dagli artt. 1175 e 1375 c.c. L'applicazione di un obbligo costituzionale di solidarietà ha altresì consentito di superare eventuali problematiche connesse al complesso intrecciarsi dei rapporti tra polizza fideiussoria e rapporto obbligatorio principale. In questo caso infatti gli obblighi di buona fede imposti al creditore garantito finivano per vincolare il comportamento di questi anche nelle vicende relative al rapporto contrattuale principale. Attraverso il richiamo al canone di buona fede "costituzionalizzato" la Corte di Cassazione tralascia ogni problematica qualificazione dell'eccezione di inadempimento come facoltà attribuita in seno all'esecuzione della polizza fideiussoria ai sensi dell'art. 1375 c.c. e non piuttosto come parte dell'esecuzione del contratto principale, né si pone il problema di dover verificare se il contenuto del principio di correttezza nei rapporti obbligatori ex art. 1175 c.c. possa estendersi a tal punto da influenzare l'esecuzione di un distinto contratto venendo così a determinare un potenziale detrimento degli interessi del debitore principale. Al contrario, alla luce dei doveri costituzionali di solidarietà, il giudice, sulla base delle doglianze allegare dalle parti, può apprezzare le effettive dinamiche intercorrenti tra le parti e intervenire sulla base dell'esigenza di garantire giustizia nel caso concreto.

Se la presente pronuncia conferma dunque una concezione estensiva, o se si vuole costituzionalmente conforme, del canone di buona fede così come ricavabile dalle disposizioni codicistiche, non sembrano al contrario essere presenti serie rotture con le categorie civilistiche tradizionali. La buona fede, pur nella accezione più ampia derivata dal rilievo dei doveri costituzionali di cui all'art. 2 Cost., resta confinata nell'alveo dell'esecuzione del contratto, ponendosi semplicemente come argine a uno scorretto trasferimento dei rischi attraverso un comportamento del creditore ingiustamente lesivo del fideiussore. Gli obblighi costituzionali di buona fede si risolvono così semplicemente nel negare tutela al soggetto garantito che con la sua condotta non preservi gli interessi del garante⁵¹.

6. Il ricorso presentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri

La pronuncia qui in commento conferma, prescindendo da alcuni elementi ricostruttivi ancora controversi, come la giurisprudenza in materia di applicazione del canone di buona fede in combinato con l'art. 2 Cost. mostri una vitalità e una capacità espansiva difficilmente resistibile⁵². Tale tendenza appare accentuata dalla apparente eterogeneità dei casi applicativi, la quale contribuisce all'incremento della pervasività della buona fede nel sistema del diritto delle obbligazioni e dei contratti. Gli obblighi costituzionali di solidarietà possono dunque ritenersi aver

⁵¹ V. E. MATTIOLI, *Obblighi di buona fede e correttezza per il garantito*, cit.

⁵² Un illustre Autore ha parlato in proposito di buona fede "amebica" (R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario*, cit.).

segnato profondamente, a prescindere dalla tassonomia delle tecniche argomentative adottate⁵³, la portata del governo del giudice sulla discrezionalità contrattuale. Come sottolineano ormai numerosi autori⁵⁴ l'applicazione dei principi costituzionali nel diritto dei contratti, in particolare in relazione alla clausola di buona fede, ha contribuito a modificare in profondità il ruolo del giudice nel controllo sulle vicende del contratto, assecondando quella rinnovata attenzione ai soggetti deboli del rapporto contrattuale propria della concezione del contratto nel nuovo millennio⁵⁵.

Vi è quindi uno spostamento da una disciplina contrattuale predeterminata e rigidamente regolata a un protagonismo dell'interprete in sede applicativa⁵⁶. Tale tendenza, nella prospettiva della garanzia della giustizia del contratto nel caso concreto, va dunque a rimodulare la funzione del giudice nel rapporto sia con la società che con il decisore politico. Nella valorizzazione della "triade contratto, giudice e Costituzione"⁵⁷ da un lato si rafforza il contatto tra organo giudicante e società, in quanto il primo è chiamato a conoscere direttamente i bisogni e gli interessi della seconda per poter soddisfare efficacemente le esigenze di giustizia sottese alla sua decisione, dall'altro si riduce l'influenza del legislatore, in quanto non è più la fonte legislativa a dover bilanciare i principi posti dalla Costituzione in materia contrattuale ma è direttamente il giudice ordinario ad essere chiamato ad un siffatto compito. Viene promossa, dunque, anche in questo campo una funzione dell'attività giudiziaria che parte della dottrina ha definito come "creativa"⁵⁸, ma che, a prescindere da tale controversa e discutibile qualificazione, si risolve nel consolidamento dell'accesso del giudice a nuove tecniche argomentative e decisorie, tra cui in particolare il bilanciamento dei principi (anche di rango costituzionale⁵⁹). Si apre così, in ragione della valorizzazione di una

⁵³ A prescindere dalla storica distinzione tra *Drittwirkung* mediata e immediata e i relativi corollari e variazioni, il fenomeno dell'applicazione dei principi costituzionali presso terzi è sostanzialmente espressione di una differente ideologia sul sindacato del controllo dei giudici sui privati.

⁵⁴ Si veda sul tema N. RIZZO, *Note minime sull'uso dei principi costituzionali*, cit., E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice*, cit. e G. D'AMICO, *Problemi (e limiti)*, cit.

⁵⁵ G. ALPA, *Il contratto del terzo millennio: intervento conclusivo*, in *Nuovo Giur. Civ.*, 2018, pp. 1158.

⁵⁶ N. LIPARI, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 2020, fasc. 1, pp. 15 sgg.

⁵⁷ E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice*, cit.

⁵⁸ Proprio in relazione tema dell'abuso del diritto, intimamente connesso all'applicazione del canone di buona fede, si vedano i contributi, su posizione opposte, di L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione Giustizia*, 2016, fasc. 4, pp. 13 sgg e N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto*, cit.

⁵⁹ V. N. RIZZO, *Note minime sull'uso dei principi costituzionali*, cit.

duplice natura del contratto come fatto giuridicamente rilevante e come fonte normativa, al consolidarsi di un nuovo “controllo di legittimità costituzionale” della disciplina contrattuale⁶⁰.

Non soddisfa dunque fino in fondo la tesi di chi, in ambito pubblicistico, ritenga di liquidare l'applicazione dei principi costituzionali nella giurisprudenza di cassazione come richiami “a scopo meramente “decorativo” e formale”⁶¹. Nell'apostrofare tale tendenza come un “abuso dell'abuso”⁶² operato attraverso un richiamo pretestuoso alle norme costituzionali, si assumerebbe una prospettiva anti-storica⁶³, finendo per obliterare una linea trasformativa del sistema contrattuale, certo frutto di una opzione ideologica sul rapporto tra legislatore e giudice, ma che trova ormai da diversi decenni numerosi riscontri sia nella dottrina civilistica⁶⁴, sia nella giurisprudenza di Cassazione. Il rischio, nel voler affermare la neutralità della Costituzione nelle relazioni tra privati⁶⁵, è di dover peraltro prescindere anche dalla stessa giurisprudenza costituzionale, che, seppur in un numero limitato di occasioni⁶⁶, ha individuato, pur con riferimento agli artt. 3 e 41 Cost.⁶⁷, un preciso limite costituzionale all'esercizio dell'autonomia privata.

Al contrario, appare opportuno verificare quale sia il contenuto normativo apportato dall'art. 2 Cost al controllo sulle vicende contrattuali. In questo l'ordinanza esaminata fornisce, pur nella sua sintesi, un esempio convincente di quale possa essere il nucleo duro degli obblighi costituzionali di solidarietà posti dall'art. 2 Cost. in combinato con il canone di buona fede. Si afferma infatti come esso si concretizzi nell'obbligo di tutela della controparte tale per cui il giudice debba valutare se la condotta adottata sia idonea a salvaguardare l'interesse altrui o se finisca per danneggiarlo. In quest'ottica sarebbe stato forse opportuno specificare come tale obbligo non possa certo configurarsi come assoluto, ma richieda un bilanciamento tra i possibili diversi interessi delle parti, e in questo caso anche forse del debitore principale che pure era estraneo al processo. Tale soluzione, pur non esplicitata, può, tuttavia, essere comunque ricavata dalla considerazione di come la mancata sollevazione dell'eccezione di inadempimento

⁶⁰ E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice*, cit.

⁶¹ R. DE CARIA, *La nuova fortuna dell'abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità: la Cassazione sta “abusando dell'abuso”? Una riflessione sul piano costituzionale e della politica del diritto*, in *Giur. Cost.*, fasc. 4, 2010, pp. 3627 sgg.

⁶² R. DE CARIA, *op. ult. cit.*

⁶³ Così sottolinea N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto*, cit.

⁶⁴ Il riferimento, come sottolinea E. SCODITTI, *Stefano Rodotà e i giovani civilisti degli anni Sessanta*, su www.questionegiustizia.it, è all'innovazione metodologica portata avanti attraverso le riflessioni di una generazione di giovani civilisti a partire dagli anni Settanta.

⁶⁵ R. DE CARIA, *La nuova fortuna dell'abuso del diritto*, cit.

⁶⁶ V. F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, cit.

⁶⁷ Si veda, in particolare, la citata sentenza Corte cost. n. 241 del 1990.

abbia portato il creditore garantito ad arrecare un nocumento “che avrebbe potuto facilmente evitare”.

La motivazione della Corte di Cassazione condivisibilmente non ha invece indugiato, nonostante riferimenti ad arresti giurisprudenziali certo non limpidi rispetto a questo punto, su un giudizio di proporzionalità delle prestazioni o di ragionevolezza dell'esercizio di un diritto, sulla scorta di una assimilazione del canone di buona fede alla nozione di abuso del diritto. A prescindere da ogni considerazione sulla legittimità di tali argomentazioni, apparirebbe quantomeno dubbio, per quanto come si è visto costantemente operato da parte della giurisprudenza di Cassazione, un richiamo all'art. 2 Cost.⁶⁸. Il rischio sarebbe, in questo caso, una dilatazione estrema, e pertanto non giustificabile, del contenuto semantico della disposizione costituzionale, che verrebbe così non a porre un obbligo solidaristico in capo alle parti ma semplicemente a legittimare un generico, e probabilmente arbitrario, controllo del giudice sulle vicende del contratto. Un tale ampliamento della portata applicativa dell'art. 2 finirebbe per legittimare le preoccupazioni, già richiamate⁶⁹, di chi in dottrina considera l'applicazione in tal fatta dei principi costituzionali al diritto civile come potenzialmente dannosa per la tenuta del sistema, in particolare in relazione ai principi di autonomia privata e certezza del diritto⁷⁰.

Un parametro costituzionale di legittimazione del controllo giudiziale sulla ragionevolezza nell'esercizio dei diritti attribuiti dal contratto e sulla proporzionalità delle prestazioni potrebbe essere invece dato, seppur con la dovuta prudenza in sede applicativa, dall'art. 3 Cost.⁷¹. Si verrebbe così a dare attuazione non soltanto ad alcune risalenti proposte dottrinali ancora ricche di possibili spunti applicativi⁷², ma altresì alle aperture già richiamate della giurisprudenza stessa della Corte costituzionale, che ha ritenuto di poter sindacare la disciplina del rapporto contrattuale al fine della tutela dell'eguaglianza sostanziale tra le parti⁷³.

⁶⁸ Sulla ricostruzione dei fondamenti costituzionali dell'abuso del diritto si veda G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, n. 2, il quale tuttavia risulta aperto ad una possibile riconducibilità dell'abuso del diritto anche all'art. 2 Cost.

⁶⁹ G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit. e R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario*, cit.

⁷⁰ Sulla necessità di garantire la certezza del diritto nell'applicazione delle clausole generali nel diritto civile vedi M. LUCIANI, *Certezza del diritto e clausole generali*, cit.

⁷¹ V. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità dei contratti*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2001.

⁷² Si veda, in particolare, S. RODOTÀ, *Le fonti d'integrazione del contratto*, cit. e A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1971.

⁷³ Si veda in particolare la citata sentenza Cort. cost n. 256 del 1974, in cui il Giudice delle Leggi, pur dichiarando non fondata la questione di costituzionalità sull'art. 1462 c.c.

Il richiamo alla uguaglianza sostanziale potrebbe in questo modo risultare lo strumento per rimodulare il principio di legalità in materia di diritto dei contratti così da favorire, pur nella garanzia di un tasso minimo di prevedibilità della decisione del giudice, una “prassi volta a un risultato di giustizia”⁷⁴.

Tale considerazione si presta ad un’ultima riflessione conclusiva. L’enfasi di una certa parte della dottrina a qualificare i principi costituzionali come norme senza fattispecie⁷⁵ può contribuire ulteriormente a una indeterminata estensione della sfera di applicabilità del canone di buona fede. La garanzia della certezza del diritto e il necessario bilanciamento tra la libertà di iniziativa privata e il principio solidaristico impongono tuttavia di provare a delimitare, seppur con un certo inevitabile grado di genericità⁷⁶, la casistica applicativa di tali obblighi solidaristici. In questo l’inserimento della pronuncia qui in esame nel filone giurisprudenziale già richiamato può fornire qualche spunto rilevante. In particolare, il caso oggetto del giudizio vedeva il fideiussore in una posizione di debolezza strutturale nei confronti del creditore garantito in quanto le scelte di quest’ultimo potevano arbitrariamente porlo in una condizione peggiore senza nessuna possibilità di intervento da parte del primo. La posizione di un obbligo di tutela in capo al creditore garantito consentiva, dunque, un riequilibrio delle posizioni contrattuali, eliminando un elemento strutturale di debolezza di una delle parti del contratto.

Se tale situazione rappresenta la condizione tipica per l’applicazione degli obblighi costituzionali di solidarietà, e trova un emblematico riferimento nei fatti del caso Fiuggi dove la determinazione del canone era totalmente condizionata dal comportamento in fase di esecuzione del contratto di una delle parti, in altri contesti, come in riferimento alla riducibilità della clausola penale o confirmatoria manifestamente eccessiva, la portata applicativa del principio solidaristico viene a confondersi con il sindacato sull’uguaglianza sostanziale del contratto alla luce dell’art. 3 Cost., andando in parte a sovrapporsi con esso. In queste ultime situazioni si dovrebbe forse riconsiderare se il riferimento all’art. 2 Cost. sia appropriato e se non sia piuttosto opportuno fondare il giudizio sui principi di proporzionalità e ragionevolezza, potendo in quest’ultima circostanza, anche per

in materia di clausola *solve et repete*, ha affermato come nella valutazione dell’esercizio della stessa si debba, alla luce dell’art. 3 Cost., tenere conto degli effettivi squilibri contrattuali esistenti tra le parti.

⁷⁴ N. LIPARI, *Principio di uguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 2020, fasc. 1, p. 22.

⁷⁵ G. D’AMICO, *Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta*, in *Giustizia civile*, 2016, pp. 443 sgg. e N. LIPARI, *Ancora sull’abuso del diritto*, cit.

⁷⁶ V. C. LUZZATI, *Principi e princìpi. La genericità del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012.

maggiori garanzie di certezza⁷⁷, appoggiarsi sulla prolifica giurisprudenza costituzionale relativa a tali tecniche decisorie.

Si deve, tuttavia, riconoscere come, seppure siano certo ancora irrisolti numerosi profili problematici, l'applicazione dei principi costituzionali nella materia dei contratti, ormai sempre più diffusa, stia fornendo al giudice un potente nuovo strumento per rimodellare la nozione di contratto al fine di dare risposta a bisogni sociali sempre più pressanti⁷⁸. Riguardo a ciò la giurisprudenza sull'applicazione del combinato tra canone di buona fede e doveri inderogabili di solidarietà, di cui l'ordinanza qui in esame rappresenta una delle ultime tappe, risulta una parte significativa della «catena giurisprudenziale sul “sindacato di costituzionalità” del contratto [...] ancora tutta da scrivere⁷⁹ » e su cui pertanto appare necessario mantenere vigile l'attenzione sia rispetto a nuove possibilità applicative, sia in relazione alla loro ricaduta rispetto alle prospettive di ricostruzione dogmatica e metodologica.

⁷⁷ N. IRTI, *I cancelli delle parole: intorno a regole, principi e norme*, Edizione Scientifica, Napoli, 2015.

⁷⁸ V. N. LIPARI, *Intorno alla “giustizia” del contratto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

⁷⁹ E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice*, cit., p. 226.