



**UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA**

**Università degli Studi di Padova**  
**Università degli Studi di Trieste**  
(Sede consorziata)

Dipartimento di Storia e Filosofia del Diritto e Diritto Canonico

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA  
INDIRIZZO UNICO  
CICLO XXIII

**La buona fede del diritto privato e del diritto pubblico:  
dalla ragione dell'origine alla cultura della dicotomia.**

**Direttore della Scuola:** Ch.mo Prof. ROBERTO KOSTORIS

**Supervisore:** Ch.mo Prof. LUCIO FRANZESE

## INDICE

Introduzione	5
Il problema e i criteri della sua trattazione	8

### PRIMO CAPITOLO

#### LA RAGIONE DELL'ORIGINE

1.1 La <i>fides</i> tra unità e pluralità dei contenuti diventa <i>garantia</i> delle relazioni.	15
1.2 La <i>bona fides</i> e la tutela del rapporto. La sua funzione integrativa e l'accesso alle regole etiche.	21
1.3 Prime riflessioni sulla storia.	28
1.4 La <i>bona fides</i> e il processo: riflessione sui modelli di condotta e sulla forza integrativa della clausola.	33
1.5 La <i>fides publica</i> e i rapporti di potere: natura del vincolo e dovere di autolimitazione.	39
1.6 Cenni su <i>bona fides</i> e usucapione: la valenza unitaria della buona fede soggettiva e oggettiva.	48
1.7 Buona fede e diritto canonico: introduzione essenziale all'argomento.	54
1.8 Diritto canonico e medioevo: la buona fede e la nuova concezione del diritto.	55
1.9 La buona fede dallo studio dell'usucapione e l'etica della salvezza.	64
1.10 Buona fede e volontà: il problema del dubbio e dell'errore.	72
1.11 Gli esempi del matrimonio putativo e del contratto.	77
1.12 Conclusione del primo capitolo.	80

### SECONDO CAPITOLO

#### LA CULTURA DELLA DICOTOMIA: STORIA E DIBATTITI

2.1 La cultura giuridica delle grandi codificazioni: la buona fede nel Codice di Napoleone.	85
2.2 La Scuola dell'esegesi e la restrizione dell'efficacia della clausola.	95
2.3 Bruns e Wchter: la buona fede soggettiva e oggettiva.	97
2.4 Il cammino culturale che conduce al BGB.	100
2.5 La buona fede nella pandettistica e la codificazione tedesca.	109
2.6 La buona fede nel Codice Italiano del 1865 e il dibattito dei giuristi.	115
2.7 La giurisprudenza italiana e la forza precettiva della buona fede.	122

2.8 Conclusione del secondo capitolo.	128
---------------------------------------	-----

### TERZO CAPITOLO

#### LA BUONA FEDE DEL DIRITTO PRIVATO

3.1 Il dibattito contemporaneo sulla regola della correttezza nel diritto civile: elementi noti e spunti di novità.	132
3.2 Buona fede e principi generali dell'ordinamento, standard e criteri extragiuridici di condotta, buona fede e equità: i tratti essenziali di una regola autonoma o 'controregola'.	138
3.3 La buona fede e la repressione dell'abuso del diritto: dalla 'controregola' a un criterio di giudizio oltre le categorie di privato e di pubblico.	147
3.4 Conclusione del terzo capitolo.	156

### QUARTO CAPITOLO

#### LA BUONA FEDE DEL DIRITTO PUBBLICO

4.1 Riflessioni sull'abuso del diritto e l'eccesso di potere. L'azione amministrativa e il principio di solidarietà.	161
4.2 L'imparzialità amministrativa e il recupero del rapporto tra amministrazione e cittadini: verso la costruzione di una buona fede di settore.	173
4.3 Buona fede del diritto privato e del diritto amministrativo: la separazione dei piani e le ragioni scientifiche della scelta.	184
4.4 La buona fede come principio Costituzionale " <i>sansse texte</i> ": ragionevolezza, affidamento, buona fede, la ricostruzione dello schema.	188
4.5 La buona fede nei provvedimenti amministrativi.	197
4.6 Buona fede e solidarietà: l'altra voce della dottrina.	206
4.7 Ragionevolezza e buona fede a confronto: dalla giurisprudenza la possibile ricomposizione della buona fede unitaria.	215
Conclusioni	224
Bibliografia	231

## INTRODUCTION

This paper aims to analyze the various facets that *bona fides* has in public and civil law in the current legal system.

Whilst in civil law this clause provides the necessary extrajudicial criteria instrumental to justice and fairness, in addition to those provided by positive law, which are lacking *per se*, in public law *bona fides* is often confused with the principle of "non-contradiction" in administration and takes on the connotations of the principle of reasonableness, which governs the discretionary activities of public administration and is closely linked to and regulated according to the constitutional principles enshrined in article 97.

This analysis starts with a historical reconstruction of *bona fides*, illustrating the reasons that gave life to this rule under Roman and canon law, while offering possible explanations to the current internal contradictions characterizing *bona fides* in Italian law.

This paper has underscored the formal virtuality of legal language and its categories and calls upon jurisprudence to reflect upon those implications that risk creating a chasm between law and relations among citizens as well as those between citizens and social entities, which should reflect, through law, the individuals forming it and their needs.

## Introduzione

“*La buona fede del diritto privato e del diritto pubblico: dalla ragione dell’origine alla cultura della dicotomia*”, è un contributo che ha interessato la ricerca in varie discipline giuridiche; il diritto romano, quello canonico, la storia del diritto italiano e straniero, anche in chiave comparativa, la buona fede del diritto civile e la buona fede del diritto amministrativo.

Il motivo delle tematiche affrontate nel testo è fondato sul tentativo di ricomporre, dove possibile, l’aspetto aporetico che connota, nell’ordinamento giuridico contemporaneo, la clausola della buona fede, la quale si propone in modo antitetico come buona fede del diritto privato e buona fede del diritto pubblico, seppure entrambe siano riconducibili sotto lo stesso *nomem iuris*.

Quest’unità ‘formale’, tuttavia, presuppone l’unità ontologica della clausola generale, che viene ricostruita nella prima parte del lavoro e la circostanza dimostra come le attuali interpretazioni, così distanti tra loro, siano il prodotto di ragioni diverse e contrapposte, maturate in una certa parte della storia del diritto, ovvero con la nascita dello Stato moderno.

E’ con questa consapevolezza che sono stati assegnati i nomi dei primi due capitoli che compongono il lavoro, quindi, buona fede ‘*la ragione dell’origine*’ e ‘*la cultura della dicotomia: storia e dibattiti*’, nel tentativo di mettere a confronto due diverse letture della clausola generale.

La prima, che evidenzia come la buona fede sia espressione della dimensione etica della natura umana, funzionale al buon esito di ogni relazione intrapresa e naturalmente destinata a regolamentarne gli effetti, prima e oltre il testo normativo; la seconda fondata sulla intervenuta frattura tra la dimensione umana e il diritto statale, dove la buona fede spesso si contrappone alla forza autoritativa della norma giuridica con esiti problematici e contraddittori, che il contributo si propone di analizzare e, se possibile, di ricomporre.

La parte iniziale del lavoro tiene in particolare considerazione il contributo, dato all’argomento, da L. Lombardi Vallauri, grazie al quale si evidenzia come ogni possibile predicato riferito al sostantivo *fides*, nel corso dell’evoluzione della civiltà romana, si giustifichi e possa essere ricondotto all’eticità che governa la relazione umana, sia tra pari, sia tra impari.

La *fides* dell’origine, legata ai concetti di lealtà, credenza, fiducia reciproca, è regola dei rapporti poiché espressione della stessa virtù dell’uomo, tanto che la sua eventuale violazione è motivo di biasimo da parte della collettività, in ragione del rispetto portato ai valori cui il sostantivo rimanda non anche, o non prevalentemente, poiché la loro violazione possa essere perseguita legalmente o nel processo.

Da qui la congenita forza integrativa della *fides* che si sviluppa in *bona fides*, obbligando le parti ad agire conformemente a ciò che hanno veramente voluto oltre la lettera dell’accordo formalmente concluso tra loro; d’altro canto la *fides*, definita *publica*, vincola l’azione del potente alla temperanza nella sua esecuzione, in un contesto in cui nemmeno il sottoposto al potere altrui (*nexus, cliens, pupillus*) può essere violato sol perché in posizione di disuguaglianza rispetto al superiore.

La *fides*, matrice unitaria delle diverse connotazioni assunte dal sostantivo e delle

quali il testo dà conto, si rispecchia nei *tria precepta iuris* di Ulpiano, nel pensiero di Platone, Aristotele, Agostino e Tommaso, dove l'uomo era naturalmente teso alla socialità e al bene comune, oltre i limiti della natura o del peccato, tanto che il lavoro dimostra come, nella civiltà giuridica romana (ci si riferisce alla monarchia e alla repubblica) e medievale, la clausola sia regola di convivenza civile alla quale l'ordinamento attinge perché a essa è destinato e a essa appartiene.

La nascita dello Stato moderno, al contrario, affievolisce la ragione dell'uomo 'virtuoso' e la stessa capacità di trarvi parametri cogenti di condotta: prevale la figura del 'suddito' o del 'cittadino', asservita alla potenza invasiva del diritto statale, che sussume in esso ogni condotta umana per regolarla in via eteronoma e autoritativa.

Il lavoro, a tal proposito, dimostra come la dicotomia che coinvolge la buona fede del privato e del pubblico sia fondata sul segnalato cambiamento di rotta, teso a circoscriverne la relazione e gli effetti entro l'ipotesi di ordinate fattispecie astratte generalmente applicabili anche tramite la sanzione.

Dare conto della cultura della dicotomia, com'è chiamata nel testo, ha condotto la ricerca verso i pensieri di Hobbes, Locke, Rousseau, ma per la verità anche a quelli di Kant, di Kelsen, di Ross: l'ipotesi dello stato di natura, si sostiene, fonda il sapere scientifico moderno, il quale sta alla base della denunciata 'virtualità' del diritto che, per quanto emergerà nel seguito, giustifica la deriva scientifica sulla quale si stanziano le due categorie della buona fede a discapito della ragione unitaria che l'ha vista nascere.

Neppure l'introduzione della Carta Costituzionale italiana, contribuisce a ricomporre il valore unitario assegnato alla *fides* dell'origine; le parti del lavoro dedicate al diritto civile e al diritto amministrativo rilevano la difficoltà che la dottrina incontra nell'interpretare la clausola in senso unitario, laddove, al contrario, la buona fede è assorbita da precetti costituzionali di diverso segno e diversa finalità.

Se la buona fede del diritto privato è ricondotta, dalla dottrina, al dovere di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, viceversa, sul fronte del diritto amministrativo, essa è collocata nell'ambito dell'art. 97 e diventa strumento di attuazione della legittimità, del buon andamento e della imparzialità amministrativa ai quali l'esercizio del potere è vincolato.

Sul fronte della giurisprudenza, tuttavia, la divisione rappresentata si presenta non priva di fratture: il giudice, tramite la clausola della buona fede, può accedere a un'idea di giustizia dove il divieto evangelico e agostiniano, che impone di non fare agli altri ciò che non si vorrebbe ricevere, continua a mantenere unito il piano umano delle relazioni con quello dell'ordinamento giuridico, seppure la circostanza sia più facilmente giustificata alla luce della forza integrativa di mutevoli valori sociali e della storia, piuttosto che sulla base del riconoscimento di un'innata ragione umana nell'ambito della quale si collocano principi di giustizia imperituri e naturale virtù.

Il testo evidenzia, tuttavia, la vitalità del diritto naturale che spesso integra e reinterpreta la legge statale: gli esempi forniti, a questo proposito, si riferiscono all'abuso del diritto o, dal punto di vista della più giovane dottrina del diritto amministrativo, alle nuove interpretazioni che hanno ad oggetto l'eccesso di potere, il quale si presenta come violazione di una legalità non formale e spesso riconducibile alla clausola della buona fede.

Sono molti gli esempi forniti dal contributo per evidenziare il limite del diritto

positivo rispetto alla forza giuridica dei valori *praeter legem* ai quali la buona fede rimanda: si farà riferimento, ad esempio, alla particolare interpretazione assegnata al comando di cui all'art. 1175 del c.c. e, d'altra parte, alle recenti modificazioni che hanno coinvolto la legge sul procedimento amministrativo.

In entrambi i casi l'obbligo di correttezza nelle relazioni tra pari e tra impari può considerarsi preesistente all'ordine normativo del privato e del pubblico, giacché strettamente legato al dovere di solidarietà reciproca al quale ogni tipo di relazione deve ispirarsi: di tal guisa, ad esso può essere riconosciuta forza precettiva, propulsiva, integrativa e correttiva delle distinte discipline giuridiche, nella speranza che al fenomeno segnalato segua un'interpretazione giuridica senza contraddizioni.

Da questa prospettiva, *de iure condendo*, la divisione tra il piano umano delle relazioni e quello dei rapporti giuridici, la conseguente distinzione tra fatti umani e fattispecie normativa, sembra superabile, al fine di realizzare quell'idea di giustizia in concreto, che l'esistenza della legge statale, alla quale riferire il caso controverso, da sola non può garantire.

Difatti, nel diritto civile, non senza difficoltà e defezioni, la validità della regola di condotta, ancorché extragiuridica, è ammessa con minor sforzo (si citeranno i pensieri di Betti, Messineo, Natoli, Levi, Rodotà, Castronovo ecc.) e la circostanza valorizza la tendenza verso quell'uniformità d'interpretazione dei fenomeni a valenza giuridica ai quali, per dirla con F. Gentile o con E. Opocher, la filosofia non può rimanere estranea.

Il lavoro denuncia, tuttavia, la preclusione ideologica che spesso è opposta al ragionamento prospettato, che non trova immuni nemmeno le teoriche più all'avanguardia in argomento: il rischio che viene evidenziato è, nella migliore delle ipotesi, quello di circoscrivere la buona fede nelle dinamiche dell'evoluzione della società e dei costumi, laddove spesso il valore della giustizia coincide con il *quantum* di giustizia possibile, mentre la buona fede, per sua natura, sovverte il peso della convenzione in favore del particolare, sovverte l'assetto di un ordinamento iniquo in favore di ogni essere umano di fatto violato.

Le conclusioni del lavoro, ripercorrono i temi in breve anticipati e, molto semplicemente, legano il superamento della dicotomia che coinvolge la regola della buona fede a un profondo ripensamento dell'idea del diritto, laddove il piano giuridico delle relazioni dovrà essere ricondotto alla realtà dell'incontro, fondato sulla fiducia nella virtù dell'uomo.

## Il problema e i criteri della sua trattazione.

Il fenomeno giuridico della buona fede, nei settori del diritto privato e pubblico, comporta un approccio dello studioso con l'argomento certamente complesso; sono pertanto dovute premesse chiarificatrici di merito e sul metodo dell'indagine, anticipando, in questa sede, che la buona fede del diritto privato e del diritto pubblico dell'attualità verranno trattate a chiusura di questo contributo e pertanto assumono, se non per la premessa, un ordine di trattazione diverso da quello rappresentato nel titolo.

La ricerca nasce in ragione della dicotomia riscontrata nei settori di riferimento, nei quali la buona fede è pensata e applicata in modo sostanzialmente antitetico, seppure ricondotta sotto il medesimo *nomen iuris*.

Nell'azione amministrativa, che è materia particolarmente controversa con rispetto all'argomento, la buona fede subisce un percorso denso di negazioni: la sostanziale inutilità della regola, per E. Guicciardi<sup>1</sup>, assume la chiarezza dell'ovvio, in quanto il soggetto pubblico, obbligato ad agire *iure* e nell'interesse dei consociati, è di per sé distante da condotte dolose e abusive alle quali la buona fede, per sua natura, si oppone.

L'impostazione originaria è stata tuttavia messa in discussione e, in tempi meno risalenti<sup>2</sup>, la clausola è stata riconosciuta operante anche nei rapporti tra cittadini e amministrazione, seppure con connotazioni peculiari.

Il comando che la buona fede sottende si esprime in prevalenza nel divieto di 'venire contra factum proprium', in altre parole di contravvenire all'azione in precedenza intrapresa, per due diversi ordini di ragioni: il primo, quello che vuole l'esercizio del potere ispirato a criteri di razionalità che confermino la garanzia generale alla quale l'ordine giuridico sovraintende; il secondo, quello di riconoscere e garantire la buona fede dell'amministrato, laddove la tutela del prevalente interesse pubblico lo consenta.

In quest'ottica, la subordinazione delle posizioni dei cittadini si manifesta nel fatto che il riconoscimento della buona fede è condizionato al vaglio di legittimità dell'azione pubblica, dove la regola si confonde con l'esigenza di ragionevolezza e logicità dell'ordinamento, diventandone elemento funzionale<sup>3</sup>.

La buona fede è criterio di limitazione esterno all'esercizio del potere

---

1 E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H.Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, Berlin 1935, in *Archivio giuridico di diritto pubblico*, 1936, p. 556.

2 Scrive F. MERUSI: "Quando apparve l'*Affidamento del cittadino* (1970) la dottrina italiana affermava che il principio di buona fede non era applicabile nel diritto amministrativo. La bocciatura di Guicciardi sembrava senza appello e un annunciato studio sull'applicabilità del principio di buona fede nel diritto amministrativo non era mai apparso": Cfr. Id. *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni trenta all'alternanza*, Milano 2001, p. 2.

3 Pertinenti le considerazioni di F. MERUSI che nel contributo citato osserva: "Il principio di ragionevolezza che si vuole ricavare dall'art. 3 della Costituzione non riguarda il fondamento della tutela dell'affidamento, bensì l'applicazione del principio di buona fede per tutelare il legittimo affidamento del cittadino determinato dal legislatore. E' la norma d'integrazione che va applicata secondo il principio di ragionevolezza, non la ragionevolezza che implica e impone la tutela dell'affidamento"; cfr. Id., op. cit., p. 7.

discrezionale e pertanto strettamente connessa alle logiche funzionali della trasformazione del potere in atto<sup>4</sup>: la clausola si confonde tra le figure sintomatiche dell'eccesso di potere ed è spesso accostata al principio di ragionevolezza senza particolari distinzioni, operando in modo sostanzialmente distante dalle dinamiche del rapporto sottostante e civilisticamente inteso.

Il binomio buona fede-affidamento, nella teorica di settore, assume una connotazione parimenti speciale: se la buona fede è criterio di limitazione esterno, funzionale alla legittimità dell'azione<sup>5</sup>, anche l'affidamento del cittadino e la sua valutazione, ai fini di una possibile *diminutio* della posizione acquisita, torna ad essere prevalente espressione della ragionevolezza amministrativa e dell'ordinamento, piuttosto che conseguenza di un conclamato dovere di correttezza nella relazione<sup>6</sup>.

La posizione degli amministrati, tuttavia, per come di recente rivalutata, ha lasciato emergere l'importanza della collaborazione tra le parti anche nel rapporto di diritto pubblico<sup>7</sup>, seppure la circostanza soffra ancora dell'impostazione teoretica della tradizione; la buona fede, infatti, è vincolata, e spesso ricondotta, ai criteri

---

4 La convinzione espressa impone alcune anticipazioni bibliografiche, non esaustive. Si veda F. ROSELLI, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in *Studi in memoria di G. Gorla*, Milano 1964, p. 319; A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova 1979, *passim*; P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Milano 1999, *passim*; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1997, da cui emerge la necessità per la p.a. di segnare un autolimita alle proprie decisioni nel rispetto dell'affidamento degli amministrati.

5 Si richiama il pensiero di F. MERUSI, sul quale in seguito torneremo, che costruisce la buona fede come principio costituzionale non scritto, anticipando in parte la preoccupazione della dottrina post costituzionale: "Rimane da dire dei ricorrenti tentativi di dare una patente di nobiltà costituzionale al principio di buona fede in generale o a quella sua particolare manifestazione che è la tutela dell'affidamento. Ma è una – patente- necessaria? Se si ripercorre la giurisprudenza costituzionale italiana..ci si convince agevolmente del fatto che la buona fede e la tutela dell'affidamento non derivano da una o più norme costituzionali, ma che al contrario la buona fede è norma autonoma che può trovare qualche implicazione in qualche norma costituzionale". Il giurista prosegue dicendo: "Si può tutt'al più identificare dei campi di azione della buona fede in settori – costituzionali - ma non ancora una volta, il fondamento di un principio generale, che, se riconosciuto esistente a livello costituzionale, come da ultimo ha fatto la sentenza 416, altro non può essere che un principio costituzionale non scritto". Cfr. ID. *Buona fede e affidamento*, cit., pp. 6-7. Il riferimento giurisprudenziale va alla sentenza della Corte Costituzionale 4 Novembre 1999 n. 416, in *Giur. Cost.* 1999, p. 3625 con nota di P. CARNEVALE, "...Al fuggir di giovinezza nel domani s'ha più certezza" (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), pp. 2643 ss..

6 Scrive F. MERUSI: "La giurisprudenza amministrativa ha accolto di buon grado la razionalizzazione dottrinale e dagli anni ottanta in poi, fa largo e dichiarato uso del principio di tutela dell'affidamento del cittadino. La ponderazione degli interessi è trasparente e il conflitto fra gli interessi è risolto sulla base della prevalenza ragionevole, cioè secondo il principio di ragionevolezza". L'Autore richiama la sentenza Cons. di St. VI, 3 Febbraio 2000, n. 661; cfr. ID. *Buona fede e affidamento* cit., p. 3.

7 Si veda F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970, p. 272, dove si afferma che l'affidamento del cittadino rileva sia nel diritto costituzionale, sia nel diritto amministrativo, giacché "esiste un principio generale di buona fede che ne impone la ponderazione al momento di legiferare e di creare un provvedimento amministrativo".

costituzionali dell'azione<sup>8</sup>, dei quali i parametri di legittimità, buon andamento, imparzialità (art.97) rappresentano un'importante barriera verso la lettura unitaria della clausola generale. Nella stessa direzione spingono, a modo di vedere di chi scrive, la diversità delle giurisdizioni vigenti e delle posizioni giuridiche soggettive previste dalla Costituzione (art.113 Cost.).

Nel diritto privato, al contrario, la buona fede si libera dell'immediata ragione istituzionale in breve rappresentata: l'indagine giuridica si sposta dentro il rapporto tra le parti e va oltre il limite della sua manifestazione formale, tra giuridicità, valori sociali e moralità individuale, dove la clausola è garanzia immediatamente fruibile dai soggetti coinvolti, poiché appartiene alla dimensione che gli stessi naturalmente condividono<sup>9</sup>.

Le teoriche di settore affermano la preesistenza della buona fede all'ordinamento giuridico e le riconoscono forza correttiva e integrativa delle regole del diritto statale, che, applicato *ex se*, può presentare limitazioni e alimentare ingiustizie<sup>10</sup>.

Da questa prospettiva, viene in rilievo la diversità del fatto sottoposto all'attenzione del giudice e la sua valutazione oltre il testo normativo di riferimento, laddove "l'intenzionale indeterminatezza"<sup>11</sup> della buona fede è elemento funzionale

---

8 Quanto sostenuto nel testo dipende, a modo di vedere di chi scrive, dalla commistione tra la clausola della ragionevolezza e quella della buona fede, con la prevalenza della prima sulla seconda: osserva in punto A. SANDULLI, in *Ragionevolezza (Dir. Amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (a cura di S. Cassese), V, Milano, 2006, p. 4803 e ss.: "Nel nostro ordinamento il principio in esame si è affermato dapprima, a seguito dell'applicazione, in via diretta, da parte della Corte Costituzionale, che, riconoscendolo quale implicita derivazione dei principi di eguaglianza e di imparzialità (artt. 3 e 97 Cost.), lo ha frequentemente utilizzato per eseguire il bilanciamento tra valori". Anche nel diritto pubblico, però, è presente la volontà di confutare la legittimità dell'azione amministrativa alla luce di criteri extragiuridici collegati alla buona fede, sul presupposto dell'art. 2 della Costituzione: ciò si evince da F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995, *passim*. La critica mossa dalla dottrina maggioritaria, sul contributo citato, si presenta tuttavia severa. Osserva, infatti, F. Merusi: "un principio legittimante la ponderazione di interessi non tipizzati da norme legislative e, come tali, liberamente introducibili e ponderabili nel procedimento amministrativo" è "una ricostruzione forse inconsapevole, del diritto libero, questa volta legittimato dalla combinazione di una clausola generale col neoguelfismo amministrativo cioè con quella corrente dottrinale caratterizzata dall'intento di integrare lo Stato con la società civile (espressamente richiamata in alcune manifestazioni estreme). Le vie dell'esercizio arbitrario del potere – conclude l'autore - sono infinite"; cfr. ID. *Buona fede e affidamento*, op. cit., p. 4, nota n. 5.

9 La stessa Corte di Cassazione ricorda: "Il principio di buona fede deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., che operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti di agire in modo di preservare gli interessi dell'altra". Cfr. Cass. Civ. sez. I 27 ottobre 2006, n. 23273, in *Giust. Civ. Mass.* 2006, p.10.

10 Si anticipa il contributo di E. BETTI, *Teoria generale obbligazioni*, I, Milano 1953, e dello stesso Autore, *Teoria Generale del negozio giuridico*, II ed., Torino 1950, p. 191, dove lo studioso afferma: "Al posto di una rigida tipicità legislativa imperniata sopra un numero chiuso di denominazioni subentra un'altra tipicità che adempie pur sempre al compito di limitare e indirizzare l'autonomia privata, ma, a paragone di quella è assai più elastica nella configurazioni dei tipi, e, in quanto opera mediante rinvio alle valutazioni economiche o etiche della coscienza, si potrebbe chiamare *tipicità sociale*".

11 L'espressione è di S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 728.

per affermare “quella giuridicità in concreto”<sup>12</sup> della quale abbisogna la giustizia.

La possibilità di accertare, nel particolare, il *quantum* di correttezza necessaria al raggiungimento di ciò che le parti hanno veramente voluto, introduce, nel sistema giuridico, un concetto di legalità svincolato dalla forza autoritativa dell'atto (legge, provvedimento, contratto che sia)<sup>13</sup>, vicino, pertanto, al piano umano delle relazioni e ai valori etici ai quali esse tendono<sup>14</sup>.

Le diverse letture assegnate alla buona fede, che costituiscono il problema di cui il contributo si occupa, richiamano le criticità e le contraddizioni che F. Gentile ha mostrato rilevando l'artificiosa contrapposizione esistente, fin dalla nascita dello Stato moderno, tra le categorie di privato e di pubblico<sup>15</sup>.

12 Si richiama in punto P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legittimità costituzionale secondo il sistema italo-costituzionale delle fonti*, Napoli, 2006, p. 223, il quale sostiene che legiferare per clausole generali vuol dire lasciare al giudice e all'interprete una maggiore possibilità di adeguare la norma alle situazioni di fatto. Si veda ancora U. NATOLI che compie un'interessante riflessione sull'operatività statica o dinamica dell'art. 1175 del c.c., in altre parole sugli effetti prodotti dal “comportamento secondo correttezza”. Lo studioso, criticandone l'utilizzo strettamente statico favorito dalla dottrina, si esprime come segue: “Eppure il senso della norma sembra essere nettamente diverso: essa non tende, infatti, ad ampliare il novero degli effetti, che *ex se*, compongono la struttura dell'obbligazione, ma a fornire al giudice un criterio di valutazione dell'attività applicata dalle parti ai fini della concreta realizzazione del contenuto delle rispettive posizioni (di diritto e di obbligo). Ed è perciò che essa riguarda immediatamente la fase di attuazione del rapporto, potendo utilmente venire in considerazione, non tanto ai fini della valutazione di quel che in astratto dovrebbe essere il comportamento delle parti, ma dell'apprezzamento di quella giuridicità in concreto e con riferimento alle circostanze nelle quali lo stesso viene messo in essere”. Cfr. U. NATOLI *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca e Borsa*, parte I, 1961, p. 157 e ss., in particolare nota n. 11 e 22.

13 Il problema, seppure indirettamente, è stato toccato da Giuseppe Capograssi: “Contratto e legge – scrive il filosofo - non fanno che cancellare posizioni, che sarebbero fluide, cristallizzare posizioni di interessi, di vantaggi, di usi di cose che la logica economica tenderebbe incessantemente a sciogliere, quasi si direbbe a risolvere nella perpetua ricerca dell'utilità e dei massimi edonistici, nel perpetuo conflitto tra risultati e costi. Quello che veramente caratterizza l'apparizione del diritto, l'apparizione del contratto e della legge - continua - è proprio quest'apparizione di centri di sfere, di punti sottratti alla fluidità e al fluttuare delle correnti economiche; è proprio questa trasformazione dell'esperienza, della libera e incessante soluzione di problemi edonistici, e quindi della libera formazione del mondo economico che si caratterizza per la sua naturale fluidità, in continua formazione di isole di stabilità e di rispetto, attorno a cui la vita economica si agita, ma a cui deve necessariamente modellarsi”. Cfr. ID., *Pensieri vari su economia e diritto*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, I, Padova 1940, p. 205.

14 In senso contrario N. BOBBIO che nella sua *Teoria dell'Ordinamento giuridico* del 1960 afferma come: “Nella realtà le norme giuridiche, non esistono da sole, ma sempre in un contesto di norme, che hanno particolari rapporti tra loro (...) tale contesto di norme si suole chiamare ordinamento”. In punto la critica di F. GENTILE, *Ordinamento Giuridico tra virtualità e realtà*, Padova 2001, p. 2.

15 Per la migliore comprensione della sostanziale contrapposizione tra le categorie di privato e di pubblico e per la critica mossa alla scienza giuridica moderna, si rimanda a F. GENTILE, *Il privato e il pubblico*, in *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano 1983, pp. 9 e ss.; ID. *Ordinamento Giuridico tra virtualità e realtà*, cit., *passim*; ID. *Filosofia e scienza del diritto*, Modena 1988, *passim*. Nello stesso segno si pone L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova 2006, pp.1 e ss., il quale riportando il pensiero del Maestro “segnala la necessità di recuperare all'ambito del discorso giuridico la concreta esperienza dei rapporti umani e, quindi, la consapevolezza del carattere reale dell'ordinamento, ossia del processo mediante il quale si attua la comunicazione interpersonale”. In punto, a contrario, P. PARRINI, *Linguaggio e teoria*, Firenze 1976, p. 287, che osserva: “L'oggetto della scienza non è qualcosa di

In quest'ottica il contributo riconduce il problema della buona fede alla sostanziale sfiducia, delle teoriche giuridiche moderne, nella capacità di autoregolamentazione dell'uomo e nella validità delle sue regole, tanto è vero che la scienza giuridica, madre degli ordinamenti sovrani, ne promuove una natura eteronoma e coercitiva nella convinzione, definita "virtuale", che *hauctoritas non veritas facit legem*<sup>16</sup>.

Il lavoro evidenzia, in senso critico, come la buona fede del privato e del pubblico, data l'identità di denominazione che le sussume entrambe, esemplifichino quella "regione di follia e di puro linguaggio" di cui parlava Foucault<sup>17</sup>, giacché queste categorie sono frutto di una costruzione aporetica e virtuale della clausola generale, delle quali la scienza giuridica si serve per mere ragioni applicative e di potere<sup>18</sup> a discapito della dimensione umana delle regole, della verità della relazione e del perseguimento del bene comune.

Il problema prospettato e le ampie tematiche ad esso connesse giustificano la ricostruzione dell'origine della buona fede, per chiarire, alla luce delle diversità riscontrate, i suoi aspetti essenziali, non tralasciando la riflessione filosofica<sup>19</sup>, in

---

dato interamente nell'esperienza, bensì un *quid* di costruito o costituito a partire da essa mediante l'aiuto di asserzioni assunte a principio del conoscere. Sul piano propriamente epistemologico ciò significa che una teoria scientifica dovrebbe essere fatta consistere non semplicemente in un linguaggio (dizionario più regole sintattiche e semantiche) e nelle ipotesi aventi portata empirica con esso formulate, ma anche in un insieme più o meno ampio di asserti contestualmente assunti come validi a priori". In argomento, ancora, G. GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Torino 1970, p. 8, che precisa: "una teoria generale del diritto fatta dal basso e senz'altro più ricca ed è probabilmente più fedele, che una teoria generale, vuoi di tipo trascendentale (come quella del primo Kelsen), vuoi di tipo assiomatico convenzionale quale è di moda oggi: in ogni caso più che una teoria generale fatta dall'alto". Sulla validità del metodo di conoscenza fondato su giudizi analitici o sintetici a priori, cfr. I. KANT, *Prolegomeni ad ogni metafisica futura che vorrà presentarsi come scienza*, P. Martinetti (a cura di), Torino 1926, p. 48 e ss..

16 T. HOBBS, dal *Leviatano*, 1651, p. II, cap. XXVI.

17 La citazione è stata presa da *Nietzsche, Freud, Marx, in Cahiers de Royaumont 6*, ed. de Minuit, Paris 1967, in *Atti del convegno internazionale di Royaumont su Nietzsche*, 1964, pp. 182 - 192.

18 Il richiamo al metodo scientifico della conoscenza, metodo ipotetico deduttivo con finalità prevalentemente applicative, impone brevi cenni sulla sua origine filosofica che si fa risalire a T. Hobbes, il padre della geometria legale. La ragione profonda che sta alla base della scelta di affidarsi a una regola di diritto fondata su un'ipotesi, quella dello stato di natura, risiede nella necessità che la stessa assolva prevalenti finalità applicative con forza cogente e autoritativa, in modo tale che la naturale anomia dell'uomo sia sottoposta al controllo invasivo dello Stato. La chiara diffidenza nei rapporti tra esseri umani è ben espressa, ad esempio, dalla seguente affermazione: "se si conoscessero con egual certezza le regole delle azioni umane come si conoscono quelle delle grandezze in Geometria, sarebbero debellate l'ambizione e l'avidità, il cui potere s'appoggia sulle false opinioni del volgo, intorno al *giusto* e all'*ingiusto*". T. HOBBS *De Cive*, in *Opere politiche Di Thomas Hobbes*, tr. it. a cura di N. Bobbio, vol. 2, Torino 1959, pp. 59-60. Invero l'apprezzamento verso il metodo geometrico si riscontra anche in HANS KELSEN che negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911, 2° ed. 1923, p. 78 qualifica la propria ricostruzione come "als eine Geometrie der totalen Rechts Erscheinung" appunto una geometria dei fenomeni giuridici; ID. *L'illecito dello Stato*, a cura di A. Abignete, Napoli 1988, p. 22.

19 Il senso dell'affermazione è chiarito, ripercorrendo Aristotele, da C. VARELLI in *Ordinamento giuridico e natura umana*, Napoli, 1976, p. 28 dove si precisa: "la facoltà che scopre l'essenza è quella che noi con proprietà di linguaggio chiamiamo intelligenza (*intus - legere*) in quanto ci permette di leggere dentro le cose materiali e immateriali per coglierne l'essenza. Ciò che

modo tale da verificare l'eventuale esistenza di precedenti che fondino o meno la separazione segnalata.

D'altra parte ricercare la ragione originaria della regola, nei rapporti tra 'pari' (diritto privato) e tra 'impari' (diritto pubblico), ricostruisce il piano di confutazione con il quale confrontare le teoriche che, nella storia, hanno coinvolto la buona fede fino alle attuali criticità, dalle quali il nostro viaggio muove e sulle quali intende ritornare con più approfondita comprensione, in vista del loro superamento<sup>20</sup>.

L'indagine, tuttavia, non consente di approfondire tutte le derivazioni nelle quali si snoda il concetto originario di *fides*, per non perdere di vista le logiche del nostro ragionamento: ciò che invece faremo è tracciare le linee fondamentali che hanno fatto della *fides*, qualità morale, una regola di diritto, evidenziando come la dimensione etica individuale e sociale, cui il sostantivo rimanda, sia ridondata in chiave problematica nelle teoriche che stanno alla base della nascita dello Stato moderno fino a giustificare la dicotomia segnalata.

Il lavoro evidenzia, ancora, come la sorte della regola della correttezza si presenta più o meno fortunata secondo l'idea di diritto professata dai giuristi: laddove, infatti, sia l'autorità a 'fare' la legge, la buona fede sarà in posizione recessiva, laddove sia la 'verità' del rapporto a venire in emersione, la clausola si rivelerà nella sua grande forza precettiva.

Il problema prospettato, come emerge dal contributo, rispecchia il piano problematico dell'intero diritto, il quale si snoda sul crinale di due diverse nature; da un lato, il dovere di identificarsi con i comandi imposti dall'autorità sovrana e dall'altro, l'esigenza imprescindibile di accedere ai valori extragiuridici e condivisi per ripararne ingiustizie e limitazioni.

I temi, in breve anticipati, non consentono di soffermarci sulle note classificazioni della buona fede (b.f. oggettiva e soggettiva), per favorire la lettura unitaria della regola e la sua funzione correttiva degli ordinamenti: non se ne

---

distingue - ad esempio - l'uomo è la ragione, l'intelligenza". D'interesse, per quanto sostenuto nel testo, il pensiero di G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello Spirito*, tr. it. a cura di V. Cicero, Milano 2000, p. 105, che ricorda come occuparsi dell'essenza dei fenomeni sia compito della filosofia. Precisa il filosofo: "La filosofia non prende in considerazione una determinazione inessenziale se non nella misura in cui essa è essenziale. L'elemento e il contenuto della filosofia non è l'astratto o l'irreale, bensì il reale, ciò che pone se stesso e vive entro se stesso, l'esistenza che è nel proprio concetto". Più di recente, e in modo condivisibile, F. Gentile ricorda il metodo con il quale individuare l'essenza di ogni cosa e fa questo richiamando il *Politico* di Platone. Osserva il filosofo: "buona regola secondo la quale, di fronte a cose aventi tra loro alcunché di comune non bisogna smettere di esaminarle prima d'aver distinto, nell'ambito di quella comunità, tutte le differenze che costituiscono la specie, e d'altra parte, di fronte alle differenze di ogni sorta che si possono percepire in una moltitudine, non bisogna scoraggiarsi distogliersene prima d'aver compreso, in una sola somiglianza, tutti i tratti di parentela che esse nascondono e di averli raccolti nell'essenza di un genere". ID. *Ordinamento Giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 34.

20 Sostiene L.L. VALLAURI, nel contributo *Dalla "fides" alla "bona fides"*, Milano 1961, p. 4, nota 1, come, in argomento, sia importante "comprendere" con l'attenzione propria dello storico del diritto. Lo studioso fiorentino afferma, infatti, che: "Il giurista pratico, anche il più competente, che non veda storicamente il sistema di diritto, può magari conoscerlo perfettamente, ma non si può dire che lo "comprenda". Il postulato dell'autoritarità e completezza della legge - egli continua - plasma la sua mente in modo del tutto particolare, privandolo di termine di paragone, nascondendogli la genesi delle norme, rendendogli assai difficile un consapevole giudizio di valore. Il suo problema diviene puramente tecnico".

escludono tuttavia accenni o richiami per esigenze esplicative, di critica e di completezza.

Data la complessità dell'argomento, alcuni capitoli saranno specificamente introdotti e saranno rassegnate conclusioni parziali a chiusura delle tematiche più significative; a chiusura del lavoro, poi, alla luce dei diversi approdi raggiunti, si cercherà, se possibile, di tracciare la via del superamento dell'aporia.

Iniziamo dunque lo svolgimento del lavoro segnalando il limite umano e la complessità delle vicende che vi si contrappongono, le quali inducono a nutrire per l'argomento un timore reverenziale che non è bene sottacere.

## LA RAGIONE DELL'ORIGINE

SOMMARIO: 1.1 *La fides* tra unità e pluralità dei contenuti diviene *garantia* delle relazioni. 1.2 *La bona fides* e la tutela del rapporto. La sua funzione integrativa e l'accesso alle regole etiche 1.3 Prime riflessioni sulla storia. 1.4 *La bona fides* e il processo: riflessione sui modelli di condotta e sulla forza integrativa della clausola 1.5 *La fides publica* e i rapporti di potere: natura del vincolo e dovere di autolimitazione 1.6 Cenni su *bona fides* e usucapione: la valenza unitaria della buona fede soggettiva e oggettiva. 1.7 Buona fede e diritto canonico: introduzione essenziale all'argomento. 1.8 Diritto canonico e medioevo: la buona fede e la nuova concezione del diritto 1.9 La buona fede dallo studio dell'usucapione e l'etica della salvezza. 1.10 Buona fede e volontà: il problema del dubbio e dell'errore. 1.11. Gli esempi del matrimonio putativo e del contratto. 1.12. Conclusione del primo capitolo.

1.1. *La fides tra unità e pluralità dei contenuti diventa garanzia delle relazioni.*— La dicotomia che coinvolge la buona fede del diritto privato e del diritto pubblico, sembra, *prima facie*, compatibile con le problematiche che la clausola ha suscitato fin dalla sua origine.

Esse riguardano l'unitarietà del significato da attribuire al sostantivo, giacché il concetto originario di *fides* (poiché l'aggettivo si è aggiunto in seguito per soddisfare necessità particolari che indagheremo) è parso in costante mutamento e in costante tensione.

Luigi Lombardi Vallauri, di cui gli studi, pur risalenti, rimangono fondamentali per la ricostruzione dell'argomento, denuncia la sussistenza del problema prima su un piano filologico e semantico, poi su quello giuridico.

Nei passaggi che segnano l'evoluzione dalla *fides* alla *bona fides*, i risultati ottenuti si presentano polivalenti e complessi<sup>21</sup>, ma con chiarezza se ne può affermare il valore unitario.

Il concetto originario di *fides*, nella civiltà romana, è legato al culto della divinità<sup>22</sup>: la virtù divina era tuttavia destinata a rispecchiarsi in corrispondenti virtù

---

21 Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, op. cit. p. 4: "Si tratta - egli osserva - di una ricerca essenzialmente semantica in questo senso: se si concepisce la frase come costituita da una serie di unità funzionali che inducono alla fine nell'ascoltatore un completo contenuto o atto di pensiero, e che da questo contenuto complessivo finale ricevono, quasi retroattivamente, la loro singola funzione semantica concreta, io mi chiedo qui qual'è appunto volta per volta il contributo della parola *fides* al contenuto di pensiero che portano le varie frasi in cui essa ricorre". L'autore precisa ancora che nell'indagare i vari significati del sostantivo *fides* si è "fatto guidare non tanto dalla morfologia (...) quanto dal contesto, sia quello più propriamente linguistico della frase, sia quello della intera situazione".

22 La parola *fides* già dal V secolo a. C. sembra legata ad aspetti religiosi. Il culto del *Dius Fidus*, il dio della lealtà nella promessa, e il sentimento religioso che legava la *fides* al culto dei penati domestici, giustificavano, nel III sec. a. C., la realizzazione di un luogo ufficiale di culto dedicato alla *fides*. La *fides Deorum* era espressione della fiducia riposta nell'indiscutibile ruolo svolto dalla divinità: in quest'ottica la *fides* è stata riconosciuta come una divinità e introdotta nel pantheon romano. Il console Aulo Attilio Calatino le attribuirà un posto nel Campidoglio, dove erano conservati i trattati stipulati dal Senato Romano con i regni stranieri, in modo che la dea potesse proteggerli. I romani riconoscevano valore divino alla fedeltà e questa virtù era parimenti

morali<sup>23</sup> alle quali l'uomo doveva ispirarsi per se stesso e per non tradire le regole sociali cui il culto sovrintendeva.

Il dio *Fidus*, nel III secolo a.C., è una divinità che protegge la lealtà delle promesse e verosimilmente la stessa virtù è riconosciuta, quasi in modo speculare, negli uomini depositari di *fides*, soggetti ai quali è attribuito senso etico e grande moralità.

Da qui la generale convinzione, tra gli studiosi, che il significato della *fides* dell'origine corrisponda alle caratteristiche etiche della società civile e alle sue regole morali delle quali, peraltro, ogni persona dabbene dispone e naturalmente osserva.

Si evidenzia, tuttavia, che sebbene i romani utilizzino il termine in modo diacronico<sup>24</sup>, in tempi più recenti, la dottrina tedesca tenta di ricavarne una nuova lettura unitaria, attribuendo particolare rilievo ai passaggi che conducono la virtù soggettiva, di matrice religiosa, alla regola dei rapporti.

In quest'ottica la *fides* evolve verso la più ampia accezione di *garantia*, dove la prima tappa utile alla metamorfosi segnalata è rappresentata dall'intervenuta esigenza di riconoscere e confermare esternamente la virtù individuale messa in atto nel rapporto con l'altro: la circostanza, se da una parte identifica una nuova chiave di lettura da assegnare al sostantivo, dall'altra ne precisa la funzione, tesa evidentemente al buon esito della relazione di volta in volta intrapresa.

Da questa prospettiva la *fides* assume un aspetto dinamico che, tuttavia, non contraddice l'interpretazione più antica e statica del sostantivo, ovvero la sua accezione religiosa e morale<sup>25</sup>.

---

necessaria alla milizia e all'esercito, come dimostra la locuzione *fides militum*. In punto, con rispetto alle fonti, si rimanda a VIRGILIO, *Eneide I*, 292, MARCO TERENCE VARRONE, *De Lingua Latina*, V, 74, QUINTO ORAZIO FLACCO, *Odi*, I, 35, 21, CICERONE, *De Officiis*, III, 104. In argomento, A. MOMIGLIANO, *La religione ad Atene Roma e Gerusalemme nel primo secolo a.C.*, in *Saggi di storia della religione romana*, Brescia 1988, *passim*; N. TURCHI, *La religione di Roma antica*, Bologna, 1939, *passim*; G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, IV, 2, 1, Firenze 1953, *passim*; K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, München 1960, pp. 237 e ss.. Ancora di rilievo A. VALVO "Fides" "foedus" "Iovem Lapidem jurare", in *Autocoscienza e rappresentazione dei popoli dell'antichità*, M. Sordi (a cura di), CISA 18, Milano 1992, p. 115 e ss., che afferma: "I Romani amavano considerarsi il popolo della *fides* ed è noto che già l'ammirazione di Polibio per il popolo romano arriva al punto di considerarlo il più religioso di tutti per il rispetto che esso aveva della parola data, espressione della *fides*".

23 Si riportano le considerazioni di P. BONFANTE, *Essenza della "bona fides" e suo rapporto colla teoria dell'errore*, in *Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano*, f. II-IV, Roma 1893, p. 85 - 118, ora ripubblicato in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1926, p. 709: "la buona fede è un concetto etico, assunto dal diritto, ma precisamente un concetto *non alterato punto dal diritto che l'assume, non foggato dalla legge ad arbitrio suo*". Nello stesso senso L. SCAVO LOMBARDO, *Il concetto di buona fede nel diritto romano*, in *La Buona fede nel diritto canonico*, Milano 1995, p. 37 e ss. e segnatamente p. 53, dove afferma: "La buona fede comunque concepita è sempre un fatto etico: nella cosiddetta buona fede psicologica vi potrà essere un apprezzamento morale meno rigoroso, ma non s' esce dal campo della morale".

24 Evidenzia L. L. Vallauri: "A mio parere se in nessun modo l'autore romano avverte la differenza, noi ci troviamo di fronte nei vari usi di *fides* allo stesso contenuto di coscienza; il fatto che vi possiamo discernere ora una garanzia, ora un pregio sociale, ora una virtù è da attribuirsi al caso". Cfr. ID., *Dalla "fides" alla "bona fides"*, cit., p. 16. In argomento cfr. L. LANTELLA- E. STOLFI, *Profili diacronici del diritto romano*, Torino, 2005, *passim*.

25 Il processo di significazione del sostantivo viene descritto da L. Lombardi Vallauri Vallauri, citando F. KAINZ e in particolare la *Psychologie der Sprache*, vol. I, Stuttgart, 1941, che osserva:

La *fides* richiama un concetto di virtù, di lealtà, di fiducia, strettamente legate alla cura in concreto dei contatti umani, dove è naturale che quelle qualità possano essere verificate, confermate e producano effetti.

È nel rapporto, infatti, che la *fides - garantia* trova senso e significato unitario, lasciando emergere una funzione correlativa che presuppone il riconoscimento dell'altro, dei suoi bisogni e di quelli della generalità dei consociati<sup>26</sup>.

La circostanza comporta, nel rapporto instaurato, il rispetto delle esigenze altrui e delle aspettative generate.

In Plauto (255-251 a.C.), ad esempio, il fenomeno descritto e già manifesto<sup>27</sup>: la funzione **correlativa** della *fides* mette in primo piano l'importanza del rapporto instaurato tra il soggetto depositario della fiducia e il soggetto o la cosa sulla quale essa è destinata a svolgere il proprio effetto; al contempo, è presente l'uso del sostantivo nel senso più intimo e interiore, ovvero quello che può prescindere da qualsiasi manifestazione esterna o riconoscimento altrui.

Il primo significato richiamato è riscontrato dal fatto che il termine *fides* spesso si accompagna ai sostantivi *honor*, *gloria* e *gratia*, i quali si riferiscono a qualità umane che abbisognano di una conferma esterna<sup>28</sup>; viceversa l'accezione intima e personale della parola è usata, in Plauto, per evidenziare la particolare fiducia che intercorre nei rapporti di parentela e amicizia<sup>29</sup>.

La *fides - garantia*, nell'evoluzione segnala, condiziona in modo diverso, ma non contrapposto, i rapporti tra pari e tra impari<sup>30</sup>: nei rapporti tra pari, il sostantivo

---

“Non è raro, che stante la maggiore resistenza ai mutamenti delle parole, queste assumono a un certo punto un significato che “realiter” più nulla ha a che fare con il concetto dal quale si è partiti”. Di qui l'origine di parole plurivalenti poiché “accanto al contenuto nuovo rimane spesso in uso anche quello antico”. Cfr. ID. Dalla “*fide*” alla “*bona fides*”, cit., pg. 6-7, nota n. 4.

26 La ricostruzione della *fides* come garanzia viene svolta da E.D.M. FRAENKEL, filosofo tedesco vissuto a cavallo tra il diciannovesimo e il ventesimo secolo: la sua opera più significativa in tal senso è *Zur Geschichte des Wortes “Fides”*, Rheinisches Museum 71, 1916, *passim*; ID. *Plautinisches im Plautus*, Berlino 1922, tr. it., *Elementi plautini in Plauto*, F. Munari (a cura di), Firenze 1960, *passim*. Ancora in argomento si rimanda a E.I. BEKKER, *De emptione et venditione quae Plauti fabulis fuisse probetur*, Hertz - Berolini, Halle - Wittenberg, 1853, *passim*; E. COSTA *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, 1890, rist. Roma 1968, *passim*; W. KUNKEL *Fides asl schöpferisches Element im römischen Schuldrecht* in “Festschrift Koschaker”, Weimar, 1939, p. 1 e ss.; U.E. PAOLI, *Nota giuridica su Plauto (Plauto. Persa. vv. 67-71)* in “*Iura*”, IV, 1963, p. 174 e ss.; F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano 1963, *passim*; L. LABRUNA *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell'“emptio” consensuale*, in “*Studi E.Volterra*”, V, Milano 1971, p. 23 e ss.; G. LOTITO *Usi e funzioni del diritto: qualche osservazione su Plauto e Commedia Nuova*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano*, XXXVI, Torino 1996, pp. 185, 208.

27 Ritiene L. LOMBARDI VALLAURI, op. cit., p. 35, che già in Plauto le affermazioni “*bona fides (istudicis)*” oppure ingiungere “*die bona fide*” erano indicative di un'esigenza di assicurazione per la quale il possesso della *fides*, evidentemente, non era più sufficiente.

28 Da *Trinumus*, 2, 71, di Plauto: “*boni sibi haec expetunt, rem, fidem, honorem, gloriam et gratiam: hoc probis praetium est*” dove *fidem, honorem, gloriam* e *gratiam* sono sostantivi fondati sul riconoscimento altrui. Per un commento cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Dalla “fides” alla “bona fides”*, cit., p. 23, nota n. 26.

29 “E' questa *fides* - scrive L. Lombardi Vallauri - che spinge la sorella a consigliare al fratello un vantaggioso matrimonio e che invita l'amico a correggere l'amico. Ed è qui che la *fides* maggiormente si svincola da ogni predeterminazione strutturale, per acquisire la spontaneità e la delicatezza maggiori. Potremmo chiamarla *fides* tra amici”. Cfr. ID., op. cit., p. 26.

30 “Ma la virtù si esplica di solito in due direzioni fondamentali - osserva L. Lombardi Vallauri -

rileva l'importanza della promessa e il rispetto della parola data<sup>31</sup>, nei rapporti tra individui e potere, inteso anche come potere personale o della divinità, il sostantivo lascia emergere l'importanza dell'affidamento ingenerato sul più debole, evidenzia un obbligo di protezione del sottoposto, sottolinea la fiducia che il superiore deve ispirare per evidenti ragioni etiche<sup>32</sup>.

La seconda accezione del termine, della prima ci occuperemo più approfonditamente in seguito, trova particolare fortuna nei rapporti internazionali che Roma intrattiene con i *foedera* (forma pattizia di ordinamento tra le città e nei rapporti pubblici) e, ancora, nei rapporti di clientela, anch'essi legati alle conquiste dei nuovi territori.

Il principio dell'affidamento nelle mani del superiore, di cui la *fides* può essere espressione, assume la funzione di criterio di regolamentazione anche in alcune specie di rapporti di seguito recepiti dal diritto civile.

Esempi ne siano la disciplina del *nexus*, soggetto abbandonato alla *potestas* del creditore<sup>33</sup> e i rapporti intercorrenti tra tutore e pupillo<sup>34</sup>.

---

determinate dal contesto strutturale in cui ricorre: quella della *Worthalten*, della *constantia et veritas* – quella della protezione sollecita accordata a un più debole che da noi, in qualche modo, dipenda”. Cfr. ID., op. cit., p. 24. Un esempio della richiesta di protezione (*fides deorum*) si ritrova nell'*Anfitrione* di Plauto: il povero Sosia al quale Mercurio ordina di lasciare la casa, risponde per impietosirlo e per invocare indulgenza e protezione “*tuam fidem obsecro*”. In argomento cfr. ID., op. cit., nota 30, p. 25.

31 L'opera di Plauto cui si fa riferimento è *Anfitrione* dove in un colloquio tra il Sosia e Mercurio, il primo afferma “*Tuae fide credo?*” e Mercurio risponde “*Mea*”. Qui la parola, *fides* è intesa come promessa, in particolare come promessa di pace. Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Dalla “fides” alla “bona fides”*, cit., p. 24.

32 A questo proposito è doveroso chiarire che la distinzione sottesa dalle espressioni “nei rapporti tra individui” e “nei rapporti tra individui e potere” non rimanda alla contrapposizione oggi esistente tra le categorie di privato e di pubblico. Ciò emerge, ad esempio, dagli studi svolti in argomento da P. Frezza, il quale prendendo in considerazione la natura del vincolo che origina dalla *fides*, distingue i rapporti *intrasoggettivi* e *intersoggettivi*. Nei primi individua i rapporti di clientela, nei secondi quelli da contratto o trattato internazionale senza collocare gli argomenti nelle branche di diritto che il lavoro prende in considerazione. Cfr. P. FREZZA, *Fides Bona*, in AA.VV. *Studi sulla buona fede*, Milano 1975, pp. 5, 6.

33 “Che il creditore abbia sul *nexus* un potere personale è il dato più certo della tradizione”. Così si esprime L.L. VALLAURI in *Dalla ‘fides’ alla ‘bona fides’*, cit., pg. 86. Tra l'altro egli si sofferma sull'analogia tra la condizione del *nexus* e la condizione dell'*addictus*, del quale, per la legge delle dodici tavole, era consentito spezzare il cadavere e distribuirlo ai creditori come gesto simbolico di soddisfazione. In punto alla posizione del *nexus* si esprime E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, p. 78. Il potere del creditore si presentava come una *vis in capite libero* in quanto, come testimonia lo studioso, il *nexus* manteneva, a differenza dello schiavo, la cittadinanza e i diritti patrimoniali. E. Betti si occupa della differenza tra lo stato del *nexus* e quello della persona *in causa mancipii*: il primo era liberato con la *solutio*, il secondo con il più complesso rito della *mancipatio*, a sottolineare la posizione particolare del creditore racchiusa nell'espressione “essere *in fide Titii*”. Sui rapporti di clientela avremo modo, tuttavia, di tornare in seguito.

34 Circa il rapporto intercorrente tra tutore e pupillo, pare al filosofo fiorentino, che la tutela, nell'ambito della quale il pupillo conserva la sua personalità, sia un “prolungamento” della *fides*, giacché mancante di quell'atto di sottomissione che caratterizza lo stato del soggetto *in fide*. Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, op. cit., pp. 82, 83. L'opinione sembra condivisa da P. Frezza, il quale chiarisce come il padre e il patrono hanno un dovere di protezione nei confronti del figli e del cliente seppure, ai nostri giorni, la cosa risulterebbe poco credibile tenuto conto, ad esempio, che nella legge delle XXII tavole si trova la regola che precisa che il figlio non poteva essere venduto

Qui il concetto di *fides* coincide con l'abbandono all'altrui discrezione: la locuzione *venire e recipere in fidem*<sup>35</sup>, infatti, rimanda a una vera e propria forma di *deditio*<sup>36</sup> che poteva presentare diverse gradazioni del potere esercitato sull'altro.

La discrezione alla quale si abbandonava il pupillo, ad esempio, era molto diversa da quella riguardante il *nexus*, il vinto o il cliente<sup>37</sup>.

Nelle relazioni tra individui posti sullo stesso piano, invece, "ci si richiama più spesso a una *fides - Worthalten* - (intesa come fedeltà rigorosa a quanto formalmente promesso) che avrebbe preceduto o accompagnato la *fides* misura o norma valutativa del contenuto dell'obbligazione stessa"<sup>38</sup>: proprio a quest'accezione del sostantivo l'aggettivo *bona* attribuisce nuovi parametri oggettivi<sup>39</sup> che ne specificano il

---

dal padre più di tre volte. Si veda, in argomento e per approfondimenti, P. FREZZA, *Fides bona*, cit., p. 6.

35 Abbandonarsi all'altrui discrezione era il significato attribuito alle affermazioni *venire e recipere in fidem*, presenti soprattutto in Livio. Dice L. Lombardi Vallauri: "Se tuttavia si mira con occhi di giurista al nucleo tipico dell'atto non possono mi pare sussistere dubbi: ci troviamo di fronte a una vera e propria *deditio*. Il rapporto che viene a stabilirsi mediante l'abbandono *in fidem* è - quanto al contenuto - quello che segue una resa a discrezione", cfr. ID., op cit., p. 83. In senso confermativo dell'abbandono *in fidem* come resa a discrezione, si veda M. VOIGT, *Die Lehre von ius naturae aequum et bonum und ius gentium der Römer*, II, Leipzig 1958, rist. an. Alen, 1966, *passim*; T. MOMMSEN, *Römischen Staatsrecht* (I-III), II, Leipzig 1887, p. 651; A. PIGANIOL, *Venire in fidem*, RIDA, 1950, p. 342; E. BADIAN *Foreign clientelae*, (264 - 70 B. C.), Clarendon Press, Oxford 1959, *passim*.

36 Nel diritto romano la *deditio* era un istituto giuridico che poneva, transitoriamente, la comunità detta *dedita* sotto il potere legislativo di Roma. Il comandante romano, poi, consultatosi con il *consilium* decideva se restituire o meno l'autonomia alla comunità *dedita*. Ad ogni modo alla comunità *dedita* erano garantite vita e libertà grazie alla *fides*. Sulla *deditio*, cfr. B. PARADISI, *Deditio in fidem*, in *Studi Solmi*, I, Milano 1940, p. 284. Per la bibliografia in argomento, si veda ancora DIETER NÖOR, *Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bransetafel von Alcántara*, München, 1989, *passim*, dove si tratta della *deditio* prendendo in considerazione la tavola di Alcántara come primo documento che ne attesta la concreta applicazione nei rapporti tra il popolo romano e il popolo iberico nel 104 a. C.

37 Si tracciano brevi cenni sull'origine della clientela: secondo U. COLI, *Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma*, in *Studia et documenta Historiae et Iuris*, 4, 1938, pp. 68-98, è con il passaggio dalla monarchia alla repubblica che i *clientes* entrano pienamente a far parte della *gens* del patrono, della quale prendevano il *nomen gentile*. Etimologicamente il sostantivo *clientes* è fatto derivare dal verbo *cluere* che significa, appunto, chiamare con lo stesso nome. Nel periodo repubblicano, infatti, era concesso ai *pater familias* il compito di tutelare i romani poveri e ignoranti: anche agli stranieri era riconosciuta la possibilità di diventare protetti del patrono e di prenderne il nome tramite il rito, per molti versi oscuro, dell'*adplicatio* usata in epoca arcaica. Per approfondimenti, in punto, cfr. F. DE MARTINO, *Clienti e condizioni materiali in Roma arcaica*, *Miscellanea di studi classici in onore di E. Manni*, II, Roma 1979, *passim*; A.V. PREMERSTEIN, sv. *Clientes*, in *RE*, IV, 1, 1901, cc. 38 - 42, che sottolinea come mentre il cittadino romano diventava cliente tramite la *deditio*, lo straniero ne acquistava lo *status* tramite l'*adplicatio*. In senso contrario si esprime D. NÖOR, *Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bransetafel von Alcántara*, cit., *passim*. Di fondamentale importanza, in argomento, il contributo di T. MOMMSEN, *Die Römische Forschungen*, I, Berlin 1964, pp. 359-362, che ricostruisce l'origine della clientela nel periodo del patriziato.

38 L. LOMBARDI VALLAURI, *Dalla "fides" alla "bona fides"*, cit., p. 122.

39 In punto L. Lombardi Vallauri osserva: "In conclusione: sebbene *bona fides* sia tendenzialmente una formula il cui contenuto inanalizzabile ricorda il francese *-pour de bon -*, può considerarsi come approssimativa direzione semantica una *fides a parte rei* di significato non univoco: vi prevale comunque una garanzia dovuta piuttosto che ad una disposizione morale, ad atti solenni di assicurazione. *Bona* ha correlativamente il significato amorale di valido, come un buon titolo di

significato mentre lo stesso aggettivo non trova spazio nei rapporti di potere.

La forza correlativa della *fides* - *garantia* giustifica un altro passaggio dell'evoluzione segnalata, presente negli scritti di Plauto, e ricavato sulla base dell'interpretazione, data dalla dottrina, alla locuzione '*fides do – das*'.

Qui sembrerebbe che ciò che costituisce presupposto dell'atto di garanzia, in altre parole la virtù personale dell'uomo, sia destinata a essere confermata tramite un gesto solenne di esternazione dal valore costitutivo.

L'innovazione, documentata dalle opere di Livio, Cicerone, Macrobio, Polibio, spesso prende forma in un giuramento<sup>40</sup> o in un qualsiasi altro gesto solenne seppure mutevole: la circostanza è sentita necessaria per consolidare l'impegno preso e rafforzare la virtù morale del soggetto titolare della *fides*, alla quale la solennità della manifestazione è fortemente legata<sup>41</sup>.

Il giuramento che ritroviamo nei *foedera* e nella *sponsio*<sup>42</sup>, come la fedeltà della promessa suggellata dall'impegno della mano destra<sup>43</sup>, sono forme trasversali e solenni che confermano il vincolo contratto e la stessa *fides* interiore<sup>44</sup>.

I mutamenti segnalati spingono la *fides* virtù verso la *fides* oggettivata nella promessa e nella forma che questa assume, rafforzando l'impegno intrapreso sia nel rapporto con l'altro, sia nella società civile: la virtù umana diventa regola delle relazioni e la solennità del gesto, che l'esprime, ne fortifica il vincolo e ne garantisce il buon esito.

Parte della dottrina, a questo proposito, ci conferma come, già all'epoca di Plauto, l'espressione '*mutare fidem*' indicava l'"abolizione di un atto mediante atto

---

credito, un buon cavallo da corsa e così via"; cfr. ID., op.cit., p. 38.

40 P. FREZZA richiamando la raccolta *Die Staatsverträge des Altertums*, vol. II, edita da H. Bengston, München 1962, ci parla del giuramento nei trattati internazionali "ove le parti contraenti solevano affermare in un solenne giuramento la volontà di osservare i patti "fedelmente e senza dolo" ". Si veda P. FREZZA, op.cit. p. 5.

41 Il filosofo fiorentino esaminando la *Cistellaria* di Plauto ritiene che la solennità del gesto e la sua importanza dipendano dalla qualità soggettiva di chi lo compie, situazione che lascia presumere una persistente prevalenza del valore soggettivo della *fides* rispetto a quello oggettivo della promessa, la quale rimaneva strettamente legata alla qualità morale di chi la prestava. Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, op cit., p. 28, nota 36. In epoche successive la *fides* promessa richiederà la formalizzazione del gesto come atto di perfezionamento del vincolo obbligatorio che ne scaturiva.

42 La *sponsio* era una promessa di garanzia che interveniva tra il debitore dell'obbligazione principale, *adpromissor*, e lo *sponsor*, appunto il *promissor*. La *sponsio* era riservata ai cittadini romani ed era attuata con una formula rituale in cui lo *sponsor* dunque il *promissor* doveva rispondere "*spondeo*", alla domanda "*idem dari spondes*" formulata dall'*adpromissor*. Nel caso in cui il debitore non avesse rimborsato lo *sponsor*, decorsi sei mesi dal pagamento dell'obbligazione garantita, il garante adempiente poteva agire, nei suoi confronti, tramite *actiones per manus iniunctionem pro iudicato*. L'istituto, che rappresenta il primo esempio di obbligazione solidale passiva, si ritrova disciplinato nelle XXII tavole e successivamente è recepito in diverse *leges* tra le quali, ad esempio, la *Lex Publia*. Per tutti, si richiama il contributo di M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Milano 2001, *passim*.

43 A proposito dell'impegno della mano destra e *fides*, si veda CICERONE, *pro Deiot.* 3,8, dove è scritto: "*dexteram non tam in bellis (...) quam promissis et fide firmiorem*".

44 In punto A. TANZ, *Der sakrale Schutz im römischen Rechtsverkehr*, Jena, 1857, p. 139 ss.: l'autore chiarisce il concetto di *promittere manum* e la mano, osserva, è sede della *fides*. Sull'origine religiosa della *fides* applicata all'istituto della *sponsio* si veda A. MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio*, Paris, 1943, in particolare p. 126.

contrario<sup>45</sup> rilevando, al contempo, come l'espressione *venire contra factum proprio* era sinonimo di una condotta ritenuta discutibile nel senso sopra prospettato.

Nell'ottica dell'evoluzione segnalata, specie nei rapporti tra pari, l'aggettivo *bona*, accostato al sostantivo, è elemento che cristallizza ulteriormente il dovere morale verso l'altro e nella relazione<sup>46</sup>: Plauto ad esempio, ma raramente, usa la locuzione in modo congiunto e, sembrerebbe, nel senso richiamato<sup>47</sup>.

Sempre in Plauto, nella *Mostellaria* e nel *Mercator*, il particolare dovere di garanzia che la *bona fides* introduce, si traduce nel dovere delle parti interessate di conformarsi, nel rapporto, a condotte modello le quali, ai giorni nostri, rileverebbero, se violate, sotto il profilo giuridico della responsabilità per lesione dell'interesse altrui<sup>48</sup>.

D'altro canto il valore correlativo assunto dalla *fides*, segnalato fenomeno unitario e trasversale, permea e determina quell'idea di affidamento che ritroveremo nella *fides publica*, della quale più avanti avremo modo di occuparci più approfonditamente.

Affinché il quadro sia ancor meglio chiarito, occorre, tuttavia, affrontare un successivo passaggio del percorso finora tracciato, quello che mostra la forza cogente e innovativa che la *bona fides* ha assunto come regola dei rapporti: questa nuova evoluzione richiede di prestare attenzione sia al piano sostanziale delle relazioni, che alla tutela processuale ad esse riconosciuta.

Nelle pagine seguenti, pertanto, approfondiremo il ruolo giuridico della *bona fides* diventata *regula iuris*.

1.2 *La bona fides e la tutela del rapporto. La sua funzione integrativa e l'accesso alle regole etiche* — Le osservazioni che abbiamo svolto nei paragrafi precedenti sono efficacemente riassunte in alcune significative citazioni della dottrina. “La *fides* - si osserva - che prima si cercava nei gesti giurati di assicurazione”, “viene adesso a questi dalla qualità morale dell'uomo”: tale esigenza, scrive Lombardi Vallauri, “era divenuta la concezione della “élite” romana alla fine della repubblica (...) come ha intuito genialmente Shakespeare (*Julius Caesar*, atto II, sc. I, 114 e ss.)”<sup>49</sup>.

---

45 La citazione è di L. LOMBARDI VALLAURI, *Dalla “fides” alla “bona fides”*, cit., p. 29 che richiama l'opera *Miles gloriosus* di Plauto.

46 Così certamente M. HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi Arangio Ruiz*, 1, Napoli 1953, p. 433. Sull'argomento si veda anche M. HORVAT, *Bona fides u razvoju rimskoga obveznoga prava*, Zagreb 1939, p. 68.

47 Sostiene L. Lombardi Vallauri: “Essi sono relativamente pochi, 7 (8 con *Aul.*213). L'espressione s'incontra solo all'ablativo, in funzione avverbiale. Il verbo è sempre *dicere* si tratta cioè sempre di un contesto assertorio (...)”. Lo studioso si pone allora il problema concernente il significato della locuzione, ad esempio rispondendo al quesito se il sostantivo e l'aggettivo potessero mai avere dei significati scindibili. Risponde: “E parrebbe di no; buona fede è formula che vale per se stessa”, lasciando intravedere, in chiave problematica, che nei casi analizzati accanto a *fides* potrebbe essere accostato il significato di *bona* come *glauben*, nel senso di coscienza. Cfr. Id. *Dalla “fides” alla “bona fides”*, cit., pp. 34-35.

48 Per approfondimenti, cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Dalla “fides” alla “bona fides”*, cit., p. 36 e nota 45.

49 L. LOMBARDI VALLAURI, *Dalla “fides” alla “bona fides”*, cit., p. 128.

Lo studioso, nell'approccio con l'argomento, mostra come nei rapporti tra pari "la promessa non è (...) *fides* perché espressione dell'interna lealtà; ma si viene a scoprire la lealtà come *fides*, giacché presupposto interno di una valida *fides* promessa"<sup>50</sup>.

L'originaria qualità morale, oramai evoluta nel significato correlativo di *garantia*, diventa elemento costitutivo del rapporto: da questa prospettiva essa è presupposto indispensabile e regola insieme degli impegni assunti.

Il mutamento descritto, tuttavia, è collegato a fatti della storia che, seppure brevemente, è opportuno ricordare.

Il luogo di emersione della nuova accezione di *fides* è quello degli scambi commerciali che, nel IV secolo a C., impegnano Roma nel bacino del Mediterraneo<sup>51</sup>: il rigido e formalistico ordinamento giuridico romano, basato sullo *ius civile* è, infatti, inadeguato a disciplinare i rapporti tra romani e *peregrini*, così che si pone l'esigenza di approntare un sistema di regole nuove le quali, a livello sostanziale e processuale, tutelino più efficacemente i commerci dell'epoca.

In questo contesto la *fides* si evolve in *regula iuris (bona fides)*, destinata a esprimere la sua forza su due piani prevalenti: da una parte, come criterio sostanziale di regolamentazione dei rapporti di scambio, dall'altra, come criterio che il giudice può utilizzare per emettere la sentenza o decidere il caso posto alla sua attenzione.

La *bona fides* esprime e impone, sul piano sostanziale delle relazioni, il rispetto del principio *fit quod dicitur*: le condotte attuate dalle parti devono essere commisurate e conseguenti alla parola data e questo, sia che la coercibilità del rapporto di riferimento riposi sopra un potere esterno (es. legge dello Stato), sia che le parti vi siano costrette in conformità a principi condivisi aventi sede altrove che nella autorità statale<sup>52</sup>.

La regola *ex fide bona* è destinata alle forme promissorie primarie<sup>53</sup> formali e

50 L. LOMBARDI VALLAURI, *Dalla "fides" alla "bona fides"*, cit., p. 127.

51 Sul controverso tema del diritto commerciale romano, che, a differenza dello *ius mercatorum* medievale non si è mai formato come autonoma disciplina, e per un'attenta ricostruzione storica dell'argomento, si rimanda, senza esaustività, ai contributi di C. FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano*, rist., Napoli 1987, *passim*; M. BIANCHINI, *Diritto commerciale nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. sez. comm.* IV, Torino 1989, p. 320 ss.; F. GALLO, "Negotiatio" e mutamenti giuridici nel mondo romano, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*, Palermo 1992, p. 133 ss.; L. LABRUNA, *Il diritto mercantile dei romani e l'espansionismo*, in *Le strade del potere "maiestas populi romani, imperium coercitio, commercium"*, Catania 1994, pp. 115 ss.; P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, II, Torino 2004, *passim*; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna 200, *passim*.

52 P. FREZZA, *Fides bona*, cit., p. 7: si specifica, tuttavia, che nella fattispecie trattata nel testo, lo studioso si riferisce all'accezione più ampia di contratto, nel quale rientravano anche i *foedera* conclusi con gli stranieri. Siamo infatti in quell'ampia categoria di rapporti che Frezza chiama 'intersoggettivi'.

53 Si ritiene, in dottrina, che le forme promissorie primarie comprendano i rapporti commerciali *iuris gentium*, ovvero quei rapporti che, prima dell'introduzione a Roma del *praetor qui inter peregrinus ius dicit* (242 a.C.) non trovavano protezione diretta nell'ordinamento romano. Sostiene P. Frezza: "Quali sono allora questi istituti *iuris gentium*? Possiamo raggrupparli con la quadripartizione gaiana dei contratti in due categorie: a) contratti verbali, b) contratti consensuali. Il contratto verbale è com'è noto la stipulazione; e questa è accessibile dagli stranieri da sempre. La stipulazione è una mera forma capace di vestire qualunque contenuto, purché formulabile come obbligo di una sola parte verso l'altra. La stipulazione può vestire un negozio da cui nascono obbligazioni reciproche fra i contraenti, a condizione di scomporre analiticamente il negozio nelle

non formali: esse si presentano vicine ai negozi che noi oggi conosciamo<sup>54</sup>.

La clausola, elemento preponderante nella determinazione degli interessi che l'accordo esprime, incide in modo essenziale sulla validità della promessa e sulla correttezza del suo adempimento; l'imperativo che essa sottende è racchiuso nella formula "*pacta sunt servanda*".

La *bona fides* rappresenta il valore impegnativo della parola data e accanto al comando *fit quod dicitur*, ovvero rispetta l'impegno per come manifestato, introduce anche l'imperativo *age quod agis*, cioè a dire "uniforma il tuo comportamento a quel disegno di azione in cui tu e la tua controparte avete consentito"<sup>55</sup>.

In quest'ottica la *bona fides* diventa il mezzo per rivedere lo schema rigido dello *ius civile*; per essa, infatti, si creano negozi giuridici duttili dove, oltre il dato formale del testo normativo, ha prevalente rilievo la tutela reale dell'interesse delle parti.

La "*fides*" cui la clausola rimanda, osserva la dottrina, "gioca, in questo intreccio di interessi economici, il ruolo caratteristico di costringere le parti a chiarire a se stesse quale sia il contenuto concreto degli interessi che s'incontrano nel contratto; senza questa istanza chiarificatrice sarebbe impossibile chiedere ai contraenti il leale adempimento degli obblighi assunti. La *fides* è dunque l'elemento catalizzatore del contenuto economico del contratto; e la forza di questo elemento è da presupporre tanto più intensa, quanto più la forza dell'autorità dello stato non intervenga per costringere dall'esterno i contraenti all'adempimento delle rispettive, reciproche obbligazioni. In breve la *fides* – chiarisce la dottrina - è la forza che produce a un tempo la definizione della struttura negoziale e la configurazione della responsabilità dei contraenti"<sup>56</sup>.

La *bona fides* determina più ampie forme di responsabilità, che non derivano solamente dalla lettera dell'accordo concluso ma dalla violazione del dovere extragiuridico di lealtà reciproca dalla fase della trattativa, precedente la conclusione

---

single obbligazioni, e far corrispondere a ciascuna di esse una promessa, o ancora configurando la stipulazione come clausola penale condizionata negativamente dal *dare* o *facere* (*non dare non facere*) dovuto. I contratti consensuali (tra questi innanzi tutto la compravendita, e poi la locazione e la società) sono *iuris gentium* perché praticamente nel mondo dei traffici (e quindi tra stranieri come tra cittadini e stranieri); ma sono *iuris gentium* anche perché, eccezione alla regola generale, non fondano la loro validità nella osservanza di una forma. Questi contratti *iuris gentium*, che pure sono come la stipulazione, si contrappongono duplicemente alla stipulazione: e perché sprovvisti di forma e perché produttivi di un vincolo obbligatorio non istituzionalmente unilaterale, ma istituzionalmente bilaterale (o nella società, anche multilaterale)". Cfr. P. FREZZA, op. cit., pp. 8, 9.

54 Il passaggio che conduce la *fides* da lealtà interiore a promessa nel rapporto, rafforzata da un gesto solenne e fondata sul presupposto di una valida *fides* interiore, rende la virtù soggettiva regola delle forme promissorie primarie, delle quali il *nexus*, la *sponsio*, la *stipulatio* potevano costituire anche forme accessorie che presupponevano il darsi in garanzia. Per cercare di chiarire il passaggio si richiama il contributo di L. Lombardi Vallauri che osserva: "l'operatività della *fides* nei rapporti obbligatori ha, quindi, un punto di arrivo, le forme promissorie primarie. E ha un punto di partenza concluso necessariamente: gli atti di assoggettamento in garanzia. Per congiungere i due punti si richiedono forme intermedie, che comportino l'impegno a prevalere sul darsi in pegno (...) Tuttavia proprio la delineata evoluzione di *fides*, non sarebbe avvenuta se le forme impegnative senza sottomissione non fossero almeno venute prevalendo, nel commercio sociale quotidiano, sulle altre". Cfr. ID. Dalla '*fides*' alla '*bona fides*', cit., p.143.

55 P. FREZZA, op. cit., p. 10.

56 P. FREZZA, *Fides bona*, cit., p.12.

dell'accordo, alla fase dell'esecuzione di quanto in esso convenuto.

Nei contratti non formali, ad esempio, quelli che nello *ius gentium*<sup>57</sup> non sono conclusi tramite la formula della *stipulatio* (la compravendita, la locazione e il contratto di società), la regola della correttezza richiama “una *fides* che costringe chi ha promesso a mantenere non secondo la lettera ma secondo lo spirito: non guardando al testo della formula promissoria ma allo stesso organismo contrattuale posto in essere: non scegliendo un valore normativo esterno al negozio concretamente posto in essere (il contesto verbale della promessa) ma facendo dello stesso concreto intento negoziale, la misura della responsabilità di coloro che lo hanno posto in essere”<sup>58</sup>.

D'altronde – osserva la dottrina - per quale altra via si poteva soddisfare la necessità di consentire al *peregrinus* di negoziare col *civis Romanus* e di acquisire maggiore libertà e sicurezza giuridica negli scambi!<sup>59</sup> A questo proposito è evidente come il procedimento d'integrazione richiamato, sia provvidamente avvenuto per mezzo delle regole etiche della società che il concetto unitario di *fides* racchiude ma che, viceversa, nei rapporti tra pari, è perseguito tramite la *bona fides*.

L'aggettivo *bona*, difatti, sembra cristallizzare in via definitiva il passaggio segnalato; il modello etico delle condotte diviene, nel rapporto, oggetto di reciproca pretesa *ex bona fide*<sup>60</sup>.

---

57 Occorre, seppure per brevi cenni, fornire la distinzione tra *ius civile*, da un lato, e *ius gentium* e *ius fetiale* dall'altro. La distinzione tra *ius civile* e *ius gentium* era elaborata dai romani prima dell'ultimo secolo della repubblica. Lo spartiacque fra le due definizioni è fornito da CICERONE nel *De Off.* 3.17.69 “*Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt; quod civile non idem continuo gentium, idem civile esse debet*”. Ebbene lo *ius civile* era il diritto proprio di ogni popolazione e, come tale, non coincideva col diritto delle genti; viceversa, lo *ius gentium*, che è diritto comune a tutti gli uomini, faceva parte dello *ius civile* ma non lo esauriva. Lo *ius gentium* non era soltanto l'insieme di regole applicate ai rapporti tra cittadini romani e stranieri o tra stranieri, come ritiene in prevalenza la dottrina, ma lo stesso trovava applicazione anche nelle controversie tra cittadini romani. Quando si parla di *ius fetiale* ci si riferisce, invece, a una sorta di diritto internazionale e pubblico che, a volte, era ricondotto nel *genus* più ampio dello *ius gentium*. Si veda, in argomento, cfr. CICERONE, *De Off.* 3.29.108, che scrive: “(...) *regulus vero non debuit condiciones pactionesque bellicas et hostiles perturbare periurio. Cum iusto enim et legitimo hoste res gerebatur, adversus quem et totum ius fetiale et multa sunt iura communia*”. Si sostiene, tra gli storici, che i *multa iura communia*, in questo caso ai romani e ai cartaginesi, ai quali si riferiva l'oratore, dovevano necessariamente costituire lo *ius gentium* al quale i primi appartenevano. In punto F. GALLO, “*Bona fides*” e “*ius gentium*”, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, L. Garofalo (a cura di), II, Padova 2003, 130 e ss.; G. LOMBARDI, *Diritto umano e 'ius gentium'*, in *SDHI*, XVI, 1950, p. 259 ss..

58 Cfr. P. FREZZA, *Fides bona*, cit. p. 10.

59 Così P. FREZZA, “*Ius gentium*” in *RIDA*, 2, 1949, pp. 259 e ss., ora in *Scritti*, I, Roma 2000, pp. 615 e ss..

60 L'affermazione si giustifica giacché, a parere di chi scrive, onore, lealtà, credenza erano già contenuti nel sostantivo *fides*: l'aggettivo *bona*, tuttavia, si pone come altra specificazione della virtù di riferimento, tanto è vero che il sintagma è tradotto con onore della persona dabbene, lealtà della persona dabbene, credenza della persona dabbene. Accanto alla generica qualità personale emerge, in concreto, il modello della condotta dabbene da prendere ad esempio nelle diverse circostanze. Si veda in punto F. GALLO, in “*Bona fides e ius gentium*”, cit., pp. 130 e ss., il quale spiega che la locuzione *bona fides* nasce con funzione rafforzativa dell'impegno assunto nel rapporto obbligatorio; “si spiega in questo modo - egli osserva - il rafforzamento della *fides*, il suo svolgimento nella *fides bona*: in luogo del rispetto della parola data, si richiede cioè il rispetto della parola data da parte di una persona dabbene”.

Tali tipi di condotte, peraltro, sono specificati e confermati grazie al contributo imprescindibile della giurisprudenza che ne dichiara l' idoneità integrativa: si pensi all' espressione *oportere ex bona fide* delle fonti, cioè a dire, rendere visibile, tramite la *iurisdictio*, la condotta dell'uomo dabbene funzionale a ricondurre a giustizia il caso controverso.

Il completamento verbale della clausola che oggi conosciamo, presuppone, fin dall'origine, un sistema processuale attento all'ambiente umano e sociale dal quale la stessa *bona fides* si è generata e attinge la sua forza integratrice<sup>61</sup>.

La dottrina peraltro evidenzia attentamente il percorso descritto, fornendocene la ragione profonda: “Non è all'esperienza giuridica di Roma - si dice - ma a quella della Koinè mercantile mediterranea, che questi negozi si richiamano. Da quest'affermazione - si osserva - si deduce che i negozi della Koinè mercantile dovevano avere una loro validità giuridica anche prima di essere ammessi alla protezione del tribunale romano. Se dunque questi negozi facevano parte della realtà giuridica prima che la città li avesse riconosciuti - precisa la dottrina - conviene porsi la domanda: in che modo possa pensarsi che, pur sprovvisti di protezione da parte dello stato questi negozi potessero avere valore”<sup>62</sup>.

La risposta data al quesito, peraltro esplicitativa del presupposto sul quale l'opera d'integrazione è avvenuta, è la seguente: “la trama degli interessi concreti nel cui contesto questi negozi si inserivano, implica una tensione di forze economiche e sociali abbastanza forte da trovare in sé stesse la protezione di cui abbisognavano”<sup>63</sup>.

L'osservazione conferma che nel diritto romano la buona fede è regola delle relazioni accanto e oltre il diritto dello Stato, tanto è vero che sul piano processuale, quindi nel *judicium bonae fidei*, il giudice investito della controversia viene definito *iudex liberum*<sup>64</sup>.

---

61 In realtà dire che il termine *bona fides* sia stato generato esclusivamente in seno al *ius gentium* sembra possa essere un'affermazione discussa: infatti la ricostruzione fatta da F. GALLO in “*Bona fides*” e “*ius gentium*”, cit., p. 115, riconosce alla clausola una portata più ampia che non esclude coinvolgimenti dello *ius civile*. Egli ammette che il sintagma si sia formato, nell'uso giuridico, in seguito ai traffici commerciali del mediterraneo e sia di fatto stato introdotto, nell'ambito sostanziale e processuale del diritto, con i giudizi che il *pretor peregrinus* svolgeva prendendo in prevalente considerazione il negozio di compravendita tra romani e stranieri. Rileva, tuttavia, lo studioso che “La tutela e la fiducia non sono *iuris gentium* ma *iuris civilis*: inoltre la prima esorbita dalla stessa sfera negoziale. Si può dire, in sintesi - osserva - che nell'esperienza romana, la buona fede ebbe esplicazioni nell'intera area del diritto privato: nel *ius civile* come nel *ius gentium*, entro l'ambito commerciale come al di fuori di esso. L'idea della buona fede - ad esempio - era presente nella formula dell'*actio fiduciae*, dove peraltro essa, più che enunciata, appariva descritta: *ut inter bonos bene agiter oportet et sine fraudatione*. La formazione e stabilizzazione del sintagma *fides bona*, implicante un'elaborazione concettuale, fu successiva e ricevette verosimilmente attuazione negli *arbitria* introdotti a tutela del traffico commerciale”.

62 P. FREZZA, “*Ius gentium*”, cit., p. 12.

63 *Ibidem*.

64 Esempio ne sia l'azione di buona fede *ex emplo*, utile per punire la reticenza dolosa del venditore o il dolo dello stesso: pare che al tempo di CICERONE, cfr. *De Officiis* 3,16, 65, la reticenza dolosa fosse punita non con l'*actio empti* ma in forza del diritto scritto, ovvero con la repressione penale prevista dalla *reticentia poena* istituita dai giureconsulti “a completamento dell'obbligo ovvero in forza delle precostituite *actiones*, risalenti alla legislazione decemvirale, di ‘*ea prestare quae esset lingua nuncupata*’”. In punto P. FREZZA, *Fides bona*, cit. p. 17 e ss.. Da questa prospettiva il dolo di uno dei contraenti in danno dell'altro non era considerato condotta da reprimersi alla luce della responsabilità contrattuale. Diversamente con POMPONIO, nel suo *libro decimonono ad Sabinum*

L'esigenza di garantire il buon esito dei rapporti, tutelata anche alla luce dell'etica delle relazioni, genera, nel diritto scritto, vari tipi di *actiones* sia nello *ius civile* sia nello *ius gentium*: si moltiplicano anche le *exceptiones* e le *restitutiones in integrum*<sup>65</sup>.

E' sentita, ad esempio, l'esigenza di reprimere l'abuso di un contraente ai danni dell'altro e parimenti di reprimere quelle condotte finalizzate a generare false rappresentazioni della realtà, a cadere in errore e subire raggiri<sup>66</sup>, tutte esigenze alle quali il nuovo criterio di condotta risulta funzionale.

Si moltiplicano anche i doveri da assolvere tra le parti verso l'effettiva presa in carico delle ragioni altrui: un esempio lo ritroviamo nell'opera d'integrazione svolta dalla *bona fides* nella disciplina della *traditio* della *res*.

Gli obblighi che scaturiscono dal negozio di compravendita non sono soltanto quelli legati al mero trasferimento dei beni compravenduti, ma il venditore é ritenuto responsabile di tutte le difformità che presenta il bene alienato rispetto alle caratteristiche pattuite<sup>67</sup>.

---

(cfr. D. 19,1,6,8), la reticenza e il dolo del venditore sono ricondotti nell'ambito della responsabilità contrattuale, punibile tramite il ricorso all'azione di buona fede *ex empto*. Sostiene in punto P. FREZZA: "La forza di espansione della responsabilità contrattuale va attribuita al criterio della buona fede, che informa i giudizi cui danno luogo le azioni di compravendita"; cfr. *Id.*, op. cit., p. 18.

65 Osserva P. FREZZA, op. cit., p. 16: "E' gran merito (*forse il più gran merito*) del pensiero giuridico dell'ultimo secolo della repubblica (ossia appunto del secolo di Cicerone) aver messo in evidenza la necessità di concepire l'esperienza giuridica come inseparabile dai valori etici, ed avere per conseguenza affermato la necessità di apprestare dei mezzi tecnici adeguati per la ricerca e la repressione della antiggiuridicità implicita in comportamenti che si rilevassero innanzitutto come eticamente riprovevoli: tali il dolo e la violenza, contro cui venivano apprestate apposite *actiones*, *exceptiones*, *restitutiones in integrum*. L'aver individuato e colpito quelli che nella nostra teoria del negozio giuridico portano il nome di vizi della volontà era il primo passo per raggiungere la certezza che la scoperta del valore della buona fede, come criterio normativo dei giudizi che da questa prendevano il nome (Q. Mucio Scevola: Cic. *De off.* 3,17,60) e la scoperta della necessità di colpire con sanzioni giuridiche il comportamento doloso e violento dei soggetti di autonomia privata, erano due momenti coimplicanti, dell'unica fondamentale scoperta della radice etica dell'atto di autonomia privata".

66 Circa le problematiche dell'errore e della buona fede, si veda la ricostruzione fornita da P. BONFANTE, *Essenza della "bona fides"*, cit., p. 718. Al riguardo, senza pretesa di esaustività, C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova 1938, p.192, in particolare cfr. nota 11.

67 In punto, un passo del commento di Pomponio dal *libro decimono ad Sabinum* di Ulpiano: D 19,1,6,4 "Si vas aliquod mihi vendideris et dixerit certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes. Sed si vas mihi vendideris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi: si verum non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere. Labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat: et est verum. Quod et in locatis doliis praestandum Sabinum respondisse Minucius refert". Si riporta la spiegazione che del brano è fornita da P. FREZZA, op. cit., pp. 27 - 28, che osserva: "come determinare i limiti della responsabilità del venditore ove la convenzione non sia stata accompagnata da alcuna dichiarazione sulla qualità della cosa? Sabino sentenza, esaminando l'ipotesi di vendita di un vaso, che il venditore risponde della integrità del vaso solo se "id actum sit, ut integrum praestes" in ogni altro caso - continua lo studioso - risponde solamente di dolo malo (ossia della colpevole intenzione fraudolenta (...)). Ma Labeone decide altrimenti: chi vende una cosa risponde per il fatto stesso che la vende delle qualità che corrispondono alla sua destinazione naturale: il vaso venduto è naturalmente (si potrebbe dire istituzionalmente) destinato

Tirando le fila del ragionamento e prima di occuparci della buona fede nel processo, si può in breve osservare come la clausola sia regola cogente delle relazioni oltre la forza del diritto autoritativo e formale: per essa s'introducono, nel diritto scritto e fin dall'origine, principi di lealtà, rispetto e fiducia reciproca insiti nella natura umana<sup>68</sup> che la civiltà romana, senza sforzo, applica tramite la *iurisdictio*<sup>69</sup> e riconosce tra le leggi dello Stato.

Il fenomeno segue di pari passo lo sviluppo della società civile e delle sue relazioni, laddove non è solo il diritto statale a svolgere la funzione di reprimere l'ingiustizia, ma le manifestazioni sempre nuove di *fraus* e *dolo* si ritengono efficacemente perseguibili tramite l'accesso ai contrapposti valori dell'etica condivisa che la *bona fides*<sup>70</sup> esprime.

### 1.3 Prime riflessioni sulla storia.

Prima di occuparci nel dettaglio della valenza integrativa che la regola della correttezza assume per opera della *iurisdictio*, è opportuno soffermarsi su alcune considerazioni problematiche di cui il testo si compone.

La buona fede ne costituisce, infatti, elemento di stimolo e piano problematico intenso.

Ci sembra di potere affermare, seppure la storia della regola sia stata svolta solo nell'*incipit*, che la condotta umana e ancor prima le doti morali riconosciute al soggetto dal contesto sociale, assumano, per la regola della correttezza, evidente

---

a contenere il liquido; il venditore risponde comunque in ogni caso della mancata attitudine della cosa venduta a soddisfare alla sua destinazione naturale (...) questo stesso parziale dissenso tra Sabino e Labeone ci indica un momento del progressivo affermarsi di un nuovo criterio di determinazione della responsabilità contrattuale. Questo criterio - si prosegue - non è più quello del *dictum* (...) la responsabilità contrattuale non è condizionata dal solo tenore di ciò che essi hanno dichiarato ma dalla interpretazione del loro totale comportamento. Basterà richiamare la definizione di *actum* che risale appunto a Labeone (D. 50,16,19) '*Actum (...) generale verbum esse sive verbis sive re quid agatur (...)*' ”.

68 L'espressione natura umana alla quale la riflessione si riferisce presuppone di chiarire il concetto di persona che si perfeziona e prende corpo, nel senso utilizzato, con l'avvento del cristianesimo ma che trova la sua origine nel corrispondente greco espresso dalla parola "*hipostasis*" (in latino *persona*): il sostantivo indica non tanto una specie, ma qualcosa di singolare e d'individuale. La persona, nel pensiero classico, non è altro che l'espressione logica della ontologia umana rappresentata nella realtà, che SEVERINO BOEZIO definisce per primo come: "*naturae rationalis individua substantia*". Cfr. ID. *De persona et duabus natura*, 1343, cap. 3, p. 64. La persona, quindi la natura umana, partecipano dell'ordine delle cose che sono percepite con l'intelligenza; la circostanza determina l'organizzazione delle condotte da adottare in armonia con la natura secondo *ratio* e *inclinatio*. Si veda per approfondimenti in punto, senza esaustività, R. M. PIZZORNI *Diritto - Morale - Religione*, Urbaniana University Press, Roma, 2001, p. 22.

69 Si richiamano le considerazioni di L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, F. Finocchiaro (a cura di), Bologna 1995, p. 53, nota 28: "La *bona fides* non assicura mai un'azione, ciò può farlo soltanto il pretore, e invece la considerazione della *bona fides* è esclusivo compito del giudice né si può dire che l'aver resa coattiva l'osservanza della *fides* ne rappresenti un indebolimento, perché appunto rispetto ai negozi quotidiani del commercio mondiale era importante assicurarne la protezione giuridica all'infuori della *fides* dei contraenti: ed è proprio lì che per la prima volta la *fides* divenne giuridicamente coercibile".

70 P. FREZZA, op. cit., pp. 2-3. In questo senso si riporta anche la ricostruzione di C.A. CANNATA il quale afferma che: "il *dolus malus* è precisamente l'opposto della *bona fides*: Paul. D.17.2.3.3. *bona fides contraria est fraudi et dolo*". Si veda ID., *Bona fides e strutture processuali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, L. Garofalo (a cura di), II, Padova 2003, p. 272.

rilevanza giuridica ed economica giacché si palesano criteri di giustizia dei rapporti utili a risolverne i possibili conflitti.

La qualità morale di chi incontrandosi “viene a patti” è riconosciuta elemento imprescindibile del buon esito dell’affare, tanto è vero che la *fides*, assunto il significato correlativo di *garantia*, ne diviene disciplina, laddove, viceversa, la norma giuridica generale e astratta può manifestarsi limitata e ingiusta e peraltro non esaustiva della funzione assegnata al diritto.

Le pagine che precedono hanno reso evidente come la dimensione umana e morale, poiché naturalmente condivisa, possieda una tensione di forze tali da integrare le regole scritte così da imporsi, *ex se*, alla protezione statale: la buona fede, si presenta, a ben vedere, quale nucleo produttivo del diritto scritto e ragione oggettiva dell’accordo economico, quasi ne costituisca un elemento essenziale<sup>71</sup>.

Il passaggio segnalato da Lombardi Vallauri, in particolare quello che trasmuta la valenza della *fides* da valore prettamente morale-individuale a valore correlativo e vincolante nel rapporto, richiama il dibattito scaturito dalla ripartizione, nota al mondo classico e incentrata sui concetti di diritto naturale (*phusikòn*) e diritto legale (*nomikòn dikaion*).

La *fides*, il cui significato originario può riassumersi in quello di virtù insita nell’uomo, è valore che nasce e appartiene alla morale naturale di cui parla Aristotele, poiché stretta derivazione, e di tal guisa modello, delle condotte di quegli uomini “sani e buoni” in cui essa si manifesta e dalla quale assume la sua validità assoluta.

D’altra parte la buona fede, proprio per la sua peculiare natura etica, è piano di confutazione, per la verità non troppo pacifico, di quelle teoriche che, al contrario, tendono ad assorbire nel concetto di legge statale il valore morale della giustizia e, per altre vie, a isolarne il significato profondo, in modo tale che esso non sia influente sul piano giuridico, o meglio sul piano degli ordinamenti giuridici.

E’ pensiero della filosofia realista, ad esempio, che la moralità possiede una forza disgregante e ostile alla regola di diritto, giacché “se la parola ‘moralità’ viene usata per designare norme di condotta che sono approvate dall’individuo nella sua coscienza, non è possibile parlare di ‘moralità’ come un fenomeno oggettivo, nello stesso modo in cui, invece si può parlare di ‘diritto’”<sup>72</sup>.

L’idea di diritto, che il piano dialettico di raffronto or ora richiamato introduce, presuppone, in senso indicativo per la nostra riflessione, la necessaria dissolvenza dell’uomo nella regola giuridica sovraordinata, poiché in quell’ottica, “la persona non rilevarebbe in quanto tale ma come centro di imputazione di situazioni giuridiche”, sicché il singolo sarebbe, per dirla con Kelsen, “l’unità personificata di un complesso di norme giuridiche”<sup>73</sup> qualificate esclusivamente dalla legge

---

71 E del resto le osservazioni contenute nel testo non sorprende, anzi si pongono in linea con il significato etimologico assegnato al sostantivo diritto che deriva dal latino “*directum*” ovvero l’essere retto, corretto, affidabile. D’altra parte il sostantivo *jus* è collegato al verbo *jungere* che significa unire, congiungere, secondo altri. In punto cfr. G. DEVOTO, *Jus: di là dalla grammatica*, in *Riv. It. scienze giuridiche*, 1948, pp. 414 – 418. Cfr., ancora, S. COTTA, *Il diritto nell’esistenza. Linee di ontogenesi giuridica*, 2 ed., Milano, 1991, p. 44.

72 Per la citazione, A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 2001, pp. 59-60.

73 La problematica è presa, seppure con altri fini, in particolare considerazione da L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova 2006, p. 2,

eteronoma, piuttosto che un portatore sano di condotte dabbene e per se stesse valide a risolvere i conflitti<sup>74</sup>.

Se l'uomo razionale, nella filosofia aristotelica, era per la sua essenza espressione di moralità, di legalità, di libertà, è noto come l'uomo dello stato di natura, di matrice hobbesiana, per fornire un esempio storicamente più risalente rispetto a quelli dati, non abbia queste stesse prerogative, orientato com'è alla conduzione di una vita relazionale ispirata al principio dell'*homo homini lupus*.

Peraltro la stessa idea di morale, nella concezione aristotelica, contrasta con quella posta alla base dei sistemi giuridici moderni: essa, infatti, non è dedotta in modo sistematico, così da ricavarsene il possibile contenuto, ma appartiene all'uomo e per questa via al diritto naturale che il filosofo definisce "quel giusto che mantiene ovunque lo stesso effetto e non dipende dal fatto che ad uno sembra buono oppure no"<sup>75</sup>.

Nella civiltà romana, l'abbiamo visto quando ci siamo occupati della *fides* e della *bona fides*, i valori della giustizia e della bontà insiti nella natura umana potevano rispecchiarsi specularmente nei sistemi di diritto ed essere applicati tramite la *iurisdictio*.

Il sistema dell'origine rifugge l'idea di diritto propria della scienza giuridica moderna, dedotta "meccanicamente da un presunto diritto naturale" che nulla ha a che vedere col primo, laddove l'uomo è ipoteticamente collocato<sup>76</sup> al fine specifico di giustificare, sullo stesso, l'altrettanto ipotetico beneficio rappresentato dalla forza dello Stato e delle sue leggi virtuali<sup>77</sup>.

Segnalata la sostanziale contrapposizione ideologica che emerge dalle due diverse accezioni della *regula iuris*, l'una strettamente legata alla natura umana, l'altra all'esistenza di un potere sovrano e *legibus solutus*, pare evidente come le stesse si attestino su piani antitetici, destinati all'isolamento reciproco, piani che sono bene espressi nella contrapposizione, a tutt'oggi esistente, nei concetti di privato e di pubblico<sup>78</sup>.

---

per la citazione, H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, tr. it., Einaudi, Torino, 2000, p. 87.

74 Il concetto è fondato sulla filosofia idealista della quale si è occupato, tra gli altri, A. Ross, allievo di Kelsen, che rileva come l'idealismo presupponga un'idea di assoluto fondata su due metodi di conoscenza. Il primo, che riguarda "il mondo della realtà" e che comprende tutti i fenomeni fisici e psichici temporali e spaziali che noi apprendiamo con l'esperienza dei sensi; il secondo, che riguarda "il mondo delle idee o della validità", il quale comprende diversi gruppi di idee normative assolutamente valide (il vero, il buono, il bello) che noi apprendiamo immediatamente per mezzo della nostra ragione. Quest'ultimo tipo di conoscenza si presenta così indipendente dall'esperienza dei sensi che viene definito "a priori". Id. *Diritto e giustizia*, cit., p. 63.

75 ARISTOTELE *Etica Nicomachea*, cap. VIII, libro V, A. Plebe (a cura di), ed. Laterza, Bari, 1973, pp. 144-145.

76 Scrive N. BOBBIO *Il positivismo giuridico*, Torino 1979, p. 208: "il giuspositivista non considera l'uomo in sé per dedurre metafisicamente da esso le norme giuridiche, ma considera le varie posizioni, in cui può trovarsi l'uomo-come padre, come contraente, come commerciante, come operaio o artigiano-per ricavare empiricamente da esse determinate soluzioni giuridiche". Cfr. H. DENBURG *Pandekten*, tr. it. *Pandette*, F.lli Bocca editori, vol. I, Torino, 1906, in particolare, pg. 100.

77 Le citazioni nel testo sono prese da F. GENTILE *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, III, Padova 2005, p. 157.

78 Per la comprensione della contrapposizione richiamata si veda F. GENTILE *Il privato e il pubblico*,

Nei pensieri filosofici del giusnaturalismo moderno, che tanto ha contribuito a far coincidere il diritto con l'istituzione<sup>79</sup>, i due piani sono invero fondati sulla concezione di un uomo anomico e incapace di svolgere relazioni: egli necessita, per la sua particolare natura, dell'ordinamento giuridico quale entità intenzionalmente virtuale, in quanto, è stato osservato, "chi affronta l'impresa di dare istituzioni a un popolo deve, per così dire, sentirsi in grado di cambiare la natura umana; di trasformare ogni individuo, che per se stesso è un frutto perfetto e solitario, in una parte di un tutto più grande da cui l'individuo riceve, in qualche modo, la vita e l'essere"<sup>80</sup>.

L'incapacità di ricomporre tale radicata dicotomia è condizione destinata a incidere sulla regola della buona fede, specie riguardo all'interpretazione che ne fornisce la dottrina. Essa soffre da un lato dell'inevitabile *imprinting* naturale insito nell'idea originaria di *fides*, dall'altro del suo recepimento nei sistemi del diritto sovrano spesso rispondenti a logiche ostative al pieno riconoscimento del diritto naturale di cui la regola della correttezza sembra espressione.

Se il diritto naturale era nel mondo classico piano di validazione della bontà e giustizia della regola giuridica e degli ordinamenti, nella modernità introdotta dagli Stati sovrani, tale funzione è assorbita dalla forza eteronoma dello Stato, la quale si pone come unico parametro di validità della regola astratta ed elemento essenziale del fondamento della sua efficacia.

L'esigenza che in tal modo s'intende soddisfare è quella "di alterare la costituzione dell'uomo per rafforzarla", proprio in ragione della presupposta anomia che lo contraddistingue.

"Bisogna in una parola - osserva Rousseau - che si tolgano all'uomo le forze che gli sono proprie per dargliene di estranee a lui, di cui non possa fare uso se non con il sussidio di altri"<sup>81</sup>.

E la buona fede? Pare, come rilevato, che essa ponga una questione di fiducia nel genere umano e nella sua capacità di dotarsi di regole che richiamano la sua natura virtuosa.

D'altra parte riconoscere o meno la validità giuridica della virtù umana impone come necessario traguardo "la necessità di recuperare all'ambito del discorso giuridico la concreta esperienza dei rapporti umani e quindi la consapevolezza del carattere reale dell'ordinamento, ossia del processo mediante il quale si attua la

---

in *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano 1983, p. 9.

79 Il fenomeno si sviluppa tra il XII e il XVIII secolo e sembra trovare le sue basi nel pensiero di U. Grozio che sostanzialmente nega la matrice divina del diritto naturale, rivendicandone la natura laica. Il diritto naturale, egli afferma, potrebbe riconoscersi tale anche se Dio non esistesse. La laicità giuridica presuppone la nascita del metodo scientifico applicato al diritto e la formulazione ordinata di diritti e obblighi, tanto è vero che "nei sistemi giusnaturalistici possiamo trovare norme concernenti i contratti, l'acquisto della proprietà, il matrimonio la successione (...)". Nella teorica il dato fondamentale è quello dell'unificazione della contrapposizione classica tra diritto della natura e diritto positivo: "il diritto naturale - si osserva - aveva così una natura morale e giuridico-politica, pur non facendosi alcuna distinzione fondamentale fra morale e diritto, poiché si riteneva che l'obbligatorietà morale, in coscienza, facesse parte dell'essenza del diritto stesso". Per approfondimenti e per le citazioni si rimanda a A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 233.

80 I richiami nel testo sono tratti da J.J. ROUSSEAU *Du contract social: ou principes du droit politique*, tr. it., *Il contratto sociale*, Einaudi, Torino, 2005, p. 215.

81 *Ibidem*, p. 210.

comunicazione interpersonale<sup>82</sup>.

La buona fede tuttavia sembra poter favorire le condizioni sostanziali di questo recupero: se, ad esempio, si rammenta l'interpretazione data da P. Frezza al comando *age quod agis*, è chiaro che il dovere di informare le condotte reciproche a ciò che veramente si è consentito oltre lo *scriptum ius* e le sue ipotetiche garanzie, ci rimanda a un obbligo di giustizia, di chiarezza, di lealtà, che non abbisognano d'interventi autoritativi di legittimazione esterna al rapporto instaurato, quanto più di una condotta 'dabbene', attenta agli interessi che il caso concretamente esprime, con la quale realizzare sia l'interesse delle parti coinvolte sia il bene comune.

Il modello di condotta che scaturisce dalla virtù umana, infatti, è espressione della naturale considerazione di ogni uomo verso l'altro da sé<sup>83</sup>, quindi del benessere del consorzio umano, la cui tutela non si pone come esclusiva prerogativa dello Stato.

Il valore morale e umano che la *fides* dimostra, infatti, la sussistenza di una naturale ragione morale secondo la quale solo il reciproco rispetto delle diverse posizioni conduce alla piena economicità dell'affare e alla tutela del bene comune.

Sul fronte opposto, a rafforzare la contrapposizione delle diverse concezioni dell'uomo e del diritto che compongono i poli problematici della nostra indagine, si richiama ancora Hobbes il quale, nel *Leviatano*, afferma come "i patti, essendo solo parole ed emissioni di fiato, non hanno alcuna forza per obbligare, contenere, costringere o proteggere qualcuno, se non quella che si ha nella pubblica spada, cioè nelle mani non legate di quell'uomo o assemblea di uomini che ha la sovranità"<sup>84</sup>.

La buona fede racchiude in sé una forza dirompente da opporre all'idea dello Stato sovrano: se la condotta dell'uomo dabbene è regola valida del commercio e fonte di risoluzione dei conflitti generati dai personali egoismi delle parti coinvolte, essa è destinata, con tutta evidenza, ad aprire una breccia nel postulato originario delle teoriche ricondotte alla categoria delle geometrie legali<sup>85</sup>, grazie alle quali

---

82 Il pensiero e la citazione sono di L. FRANZESE, op. cit., p.1.

83 Si condivide e richiama il pensiero di S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, 2 ed., Milano 1991, pp. 67 e ss.. Nel contributo dalla considerazione dell'uomo come essere finito se ne ricava la naturale socialità del primo con gli altri enti: "Dunque ciò che è incompiuto, particolare e contingente (ossia finito) (...) - osserva lo studioso - è necessariamente individualità accanto ad altre. (...) l'io avverte insieme ciò che gli è proprio (...) e ciò che gli è estraneo. (...) Pertanto il con-esserci (il mondo) si estende a tutto ciò in cui e di cui vive l'uomo (...) fino a quel grado in cui anche l'altro si rivela come *alter ego*, anch'esso io-soggetto «pari alla realtà del soggetto»". In punto anche G. CAPOGRASSI *Analisi dell'esperienza comune* (1930), Milano, 1975, pp. 39 - 46, che argomenta e sostiene come l'obbligatorietà della regola sia fondata sulla verità comune nell'ambito di una inter-soggettività paritaria. Di particolare rilievo, commentando Hegel, B. ROMANO, *Riconoscimento e diritto. Interpretazione della Filosofia dello Spirito jenesse*, Roma 1975, *passim*.

84 T. HOBBS, *Leviatano*, tr. it. a cura di Arrigo Pacchi, Laterza, Roma - Bari, 2005, p. 127.

85 La concezione geometrica del diritto risale a T. HOBBS, *De cive*, in *Opere politiche di T. Hobbes*, tr. it. a cura di N. Bobbio, Torino, 1959, pp. 59 e 60, in particolare per una sua considerazione che merita di essere ripetuta: "se si conoscessero con ugual certezza - osserva il filosofo- le regole delle azioni umane come si conoscono quelle delle grandezze in Geometria, sarebbero debellate l'ambizione e l'avidità, il cui potere s'appoggia sulle false opinioni del volgo, intorno al *giusto* e all'*ingiusto*". Sempre sul concetto di geometria legale si esprime A. ROSS nel suo *Diritto e giustizia*, cit., p. 232. Lo studioso, descrivendo le caratteristiche filosofiche del razionalismo del XVII secolo, si sofferma sulle teoriche di U. Grozio, in particolare sulla teorica allo stesso

l'autoritarità delle istituzioni costituisce un dato imprescindibile di equilibrio sociale.

Tali teoriche, contrariamente a quanto dalla ricostruzione dell'origine della clausola sembrerebbe emergere, identificano il piano dei rapporti interindividuali come "quello e solo quello della conflittualità senza tregua e senza quartiere (...)" poiché "il disordine, come non-ordine oggettivo" costituisce "lo stato naturale degli individui"<sup>86</sup>.

Chiudendo temporaneamente la nostra riflessione, sulla quale in seguito occorrerà ritornare, una considerazione riassuntiva s'impone doverosa: il problema dell'interpretazione della buona fede, nei sistemi di diritto positivo e sovrano, è un chiaro problema di appartenenza e validità della regola di diritto da risolversi anche tramite il confronto con l'idea moderna di ordinamento giuridico.

La *fides* che regola il fatto e nasce dalla stessa virtù dell'uomo, potrà in definitiva trovare una sistemazione fedele in un sistema ordinato di norme artatamente concepito per ordinare i fenomeni osservati "con occhi impregnati di teoria"<sup>87</sup>?

Le problematiche che la buona fede introduce nella riflessione giuridica, rispecchiano le difficoltà che il quesito riassume, giacché se essa è riconosciuta regola dell'ordinamento, seppure tragga origini dai soli rapporti umani, ciò significa che anche l'ordinamento può esservi restituito; se al contrario vi trova contrapposto un piano ostile, o la sua forza precettiva è conseguentemente negata, oppure l'ordinamento stesso potrà prospettarsi aporetico, giacché fondato su ragioni inconciliabili.

Tuttavia se si ammette che è la realtà dei sistemi a fornire la misura della loro validità, intendendosi come realtà quella dei fatti umani, l'ordinamento giuridico non può risolversi in uno "strumento di *controllo sociale*" fondato sulla forza della legge statale<sup>88</sup>, quanto più l'ordinamento potrà costituire un importante "modo di *comunicazione civile*"<sup>89</sup>.

---

attribuita, che intende riconoscere la validità della legge naturale pur avendovi sottratto Dio. Osserva Ross: "Ma quel che c'è di nuovo è precisamente il metodo mediante il quale il diritto naturale viene dedotto dalla natura umana. L'elemento nuovo e cruciale è l'orgogliosa fiducia di aver trovato un metodo scientifico incontrovertibile da sostituire allo zibaldone per metà teologico e per metà empirico delle epoche precedenti. E' questo - continua il filosofo - il metodo deduttivo geometrico di Renè Descartes - dove- occorre soltanto trovare un sicuro punto di partenza in una serie di assiomi indubbiamente veri. Il resto non sarebbe stato altro che logica, deduzione, proprio come l'intera matematica non è altro che una deduzione basata su un sistema di assiomi".

86 Si veda in punto e per la citazione F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit. p. 17.

87 La considerazione appartiene a F. GENTILE, richiamando Popper, in *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 9.

88 Cfr. J. BODIN, *Les six livres de la République*, Paris 1583, I, 8, tr. it., *I sei libri dello Stato*, M. I. Parente (a cura di), III, Torino, (1° ed. 1964) ed. 1988, in articolare pp. 11 e 100, il quale individua l'essenza del Sovrano come quella di chi "non riceve dagli altri" e "non dipende altro che dalla sua spada". Sul concetto di forza intesa come piano di validazione della *regula iuris* ancora A. ROSS, *Diritto e giustizia* cit., p. 51 e ss., il quale evidenzia come "Il diritto sarebbe composto di regole sostenute dalla forza". La forza, precisa il filosofo, è intesa sia come "timore della sanzione" sia "come obbedienza spontanea a quella moralità convenzionale recepita (...) nelle norme del diritto istituzione".

89 Il pensiero espresso appartiene a F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit. p.

Riconoscere la valenza giuridica della buona fede, nei sistemi di diritto antico e moderno, comporta, per lo studioso, sia la rappresentazione sia la risoluzione dei dubbi prospettati: infatti, è stato autorevolmente osservato, che “(...) altro è sostenere che l’ordinamento sia funzionale all’insieme degli imperativi del sovrano, considerati come se costituissero un insieme ordinato, altro è sostenere che l’ordinamento (...) sia funzionale all’organizzazione dei comportamenti individuali (...) allo stabilimento di un giusto ordine tra i soggetti che convivono nella comunità politica (...) un ordine loro conveniente - e - adeguato alla natura umana”<sup>90</sup>.

Seppure la clausola nella civiltà romana sembri possedere chiare connotazioni di appartenenza al secondo modo di pensare il diritto, il dilemma prospettato ritornerà molto spesso attuale nel corso della nostra trattazione, giacché la regola della correttezza verrà più volte analizzata alla luce dell’evoluzione storica delle teoriche sul diritto, le sue fonti, la sua funzione.

Affrontiamo allora i successivi argomenti, tornando di tanto in tanto a occuparci delle problematiche in questa sede solo prospettate.

1.4. *La bona fides e il processo: riflessione sui modelli di condotta e sulla forza integrativa del diritto naturale* — Passiamo ora a trattare del rilievo della *bona fides* in sede processuale. Di essa si forniranno gli elementi essenziali poiché sarebbe fuorviante addentrarci nella molteplicità delle *actiones* cui la buona fede ha dato vita, delle quali, alla bisogna, si forniranno esempi e richiami.

“La giurisprudenza”, si osserva in dottrina, aveva avvertito “la spontanea forza espansiva del criterio della valutazione *ex fide bona* e da metro della valutazione *strictu sensu* contrattuale, ne aveva fatto il metro di valutazione dell’intero comportamento (precontrattuale e contrattuale) che si concludeva nel perfezionamento del contratto”<sup>91</sup>.

Emerge, dalle fonti romane, un nuovo criterio di determinazione dell’*“id quod actum est”*<sup>92</sup> con particolare attenzione: “1) – alla - ricerca individualizzante della particolare configurazione del negozio voluta dalle parti; 2) – alla - ricerca suppletiva oggettivante delle implicazioni naturali (istituzionali) della struttura del negozio”<sup>93</sup>.

---

12.

90 Il pensiero e la citazione sono di F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit. p. 11.

91 P. FREZZA, cit., p. 17; in punto si rimanda a F. GALLO *L’officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino 1997, *passim* e ancora E. BETTI “*Turisdiction praetoris*” e *potere normativo* in “*Labeo*” XIV, 1968 p. 7 e ss.; F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953, tr. it. *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, *passim*.

92 Il riscontro all’evoluzione giurisprudenziale tracciata è fornito da Ulpiano in un brano nel quale si commenta l’uso dell’*actio empti*, D. 19, 1,11,1 (Ulp. 32 ad. ed.): “*Et in primis sciendum est in hoc iudicium deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium; nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est, quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate*”.

93 P. FREZZA *op.cit.*, pp. 29-30: in punto e per approfondimenti M.TALAMANCA *La “bona fides” nei giuristi romani: “Leerformel” e valori dell’ordinamento*, in *Studi A. Burdese IV*, Padova 2003, p.163 e ss..

Per chiarire quanto anticipato si richiama un caso pratico riportato da Ulpiano nel quale un tale Nerazio giudica, sotto il profilo della correttezza nell'adempimento dell'obbligazione, l'esecuzione di un contratto di compravendita: il venditore aveva promesso cento iugeri di terreno al compratore, pur sapendo che il suo terreno misurava solo novanta iugeri<sup>94</sup>.

I restanti dieci iugeri, tuttavia, erano acquistati dal terreno compravenduto grazie a un'alluvione, che lo rendeva conforme a quanto concordato in sede contrattuale.

Nerazio, però, in ossequio ai principi introdotti dalla buona fede, sentenza "che anche se l'estensione reale del fondo al momento della misurazione corrisponda a quella dolosamente dichiarata dal venditore, questo rimane responsabile – secondo il principio – *'quia dolo fecit nec dolus purgatur'*"<sup>95</sup>.

La riflessione, che il testo di Ulpiano pone in dottrina, è la seguente: se il contratto fosse stato concluso tramite *stipulatio*, in altre parole secondo la formula espressa contenuta nella promessa "*spondes mihi fundum centum iugerum dari?*", il venditore, verosimilmente, poteva andare esente da responsabilità contrattuale, poiché la formula usata nella stipulazione era stata nei fatti rispettata.

Il vizio della volontà che avrebbe colpito l'acquirente, quindi il dolo che informava la condotta del venditore, sarebbe andato esente da copertura giurisdizionale: l'acquirente, d'altra parte, mai avrebbe potuto agire contro il venditore ricorrendo, ad esempio, all'*actio empti*.

L'introduzione della regola della *bona fides* nel processo, al contrario, consente che quello stesso atteggiamento, certamente non ispirato al principio della correttezza contrattuale, assuma rilievo processuale *pro bono et equo*: il nostro compratore può difendersi agendo con l' *actio empti ex fide bona* perseguendo il venditore fraudolento a fronte del risultato comunque ottenuto.

Ecco tracciato, nella pratica, il metodo dell'opera d'integrazione più volte richiamata: nella sostanza la buona fede processuale garantisce il perseguimento della condotta scorretta tramite l'emersione, all'esito del giudizio sul fatto, di regole aperte all'etica sociale che sarebbe ingiusto ignorare.

Questo sistema integra il diritto scritto e gli stessi strumenti di tutela processuale: finisce, in buona sostanza, per superarne i limiti e sovvertirne gli schemi.

Non si ravvisa necessaria, affinché giustizia sia fatta, la sussunzione del fatto oggetto di giudizio in una regola scritta, ma viceversa, è dal giudizio sul fatto che si ricava la regola di condotta applicabile al caso<sup>96</sup>.

Il *liberum officium* del giudice, proprio dei *iudicia bonae fidei*, è riscontrabile anche in Gaio (Gai - *Istitutionum Commentarius* - 4,114) laddove si osserva che in "*eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis*".

---

94 Si cita Ulpiano, D. 19,1,13,14 (Ulp. 32 ad. ed.) "*Si Titius, in quo nonaginta iugera erant, vendiderit et in lege emptionis dictum est in fundo centum esse iugera et antequam modus manifestetur, decem iugera alluvione adcreverint, placet mihi Neratii sententia existimantis, ut, si quidem sciens vendidit, ex empo actio competat adversus eum, quamvis decem iugera adcreverint, quia dolo fecit nec dolus purgatur: si vero ignorans vendidit, ex empto actionem non competere*".

95 P. FREZZA, op. cit., p. 32.

96 In punto V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1936, *passim*.

Va dato atto in ogni caso che i romanisti hanno cercato di circoscrivere la libertà dell'*officium* in senso evidentemente più rispettoso delle formule processuali comunemente usate.

Dai loro studi emerge che “questa libertà del giudice non” può “essere intesa se non nel senso che il giudicante “comunque disponga” di una formula munita di “un’*intentio* che aggancia il suo giudizio al criterio della *bona fides*”, e di conseguenza al più ampio potere discrezionale esercitabile con la *iurisdictio*: in questo senso il giudice può “valersi di ogni strumento che una formula” può “consentire, anche se la formula non ne” faccia “espressa menzione”<sup>97</sup>.

Si delinea, nel contesto analizzato, un onere processuale a carico dell’attore, che deve essere assolto nell’*intentio* usando la formula “*quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide bona*”<sup>98</sup>; con questa formula il giudice può “prendere in considerazione le eccezioni formulate dalle parti, purché si tratti di eccezioni funzionali a un giudizio secondo buona fede”<sup>99</sup>. Il raggio di azione tuttavia è assai vasto perché comprende, come punto di partenza, l’eccezione di *dolo* ma si estende altresì “nel campo dell’*exceptio metus, exceptio pacti*, e tutte le *exceptiones in factum*”; il giudice quindi - si osserva in dottrina - ampliando notevolmente il suo potere può, *ex fide bona*, “prendere in considerazione le domande riconvenzionali del convenuto come imporre oneri ad una parte, in specie all’attore”<sup>100</sup>.

Sul piano processuale, a ben vedere, il criterio della buona fede ha un prevalente “carattere casistico e dimensione relativa”<sup>101</sup>: quando si passa a “determinare quel che NN” deve “*dare e facere ex fide bona*”, il criterio in gioco è certo quello della buona fede oggettiva”<sup>102</sup>.

Si fa riferimento, in definitiva, non “alla coscienza del soggetto”, alle sue consapevolezze, ma principalmente al suo comportamento; ciò non toglie, tuttavia, che la locuzione mantenga l’originaria connotazione soggettiva che si manifesta con tutta evidenza nell’aggettivo *bona*.

La *fides bona* anziché *mala*, chiarisce la dottrina, è “certo un parametro per giudicare un contegno”, ma un contegno che lascia “presumere un *habitus* interiore; un venditore o un conduttore si comportano secondo buona fede o no - si precisa - se si comportano in modo conforme o difforme da un modello di venditore o conduttore consapevole dei suoi doveri sociali”<sup>103</sup>.

---

97 C.A. CANNATA, op. cit., p. 259.

98 C. A. CANNATA, op. cit., p. 260.

99 *Ibidem*.

100 C. A. CANNATA, op. cit., p. 260.

101 C. A. CANNATA, op. cit., pp. 260 -261

102 *Ibidem*.

103 *Ibidem*. Si anticipano in questa sede i risultati del ragionamento prospettato che prende in considerazione le differenze tra buona fede oggettiva e soggettiva delle quali, seppure per cenni essenziali, torneremo ad occuparci: “la differenza tra la buona fede soggettiva e la buona fede oggettiva - osserva la dottrina - sta certo nel fatto che la prima, può anche non trasparire dal comportamento e la seconda, si rivela solo nel comportamento: ma ciò solo perché quando è in gioco la buona fede soggettiva essa viene qualificata solo per poter qualificare un comportamento che non varia, mentre la buona fede oggettiva serve a discriminare comportamenti varianti. Un possessore di buona o di mala fede si comporta sempre da possessore, e bisogna appunto stabilire se facendo così lo fa sapendo di ledere diritti altrui o no. Un venditore o un conduttore si comportano secondo buona fede o no se si comportano in modo conforme o difforme da un modello di venditore o conduttore

Nella buona fede che emerge dalla *iurisdictio* (oggi chiamata buona fede oggettiva) “il foro interno che viene in considerazione è quello del modello, non quello del soggetto: ma la comparazione col comportamento del modello permette, anche se non di attribuirgli l’anima del modello, bensì di trattarlo come si dovesse trattare uno che tale animo abbia”<sup>104</sup>.

L’attività giurisdizionale, secondo buona fede, fornisce, a ben vedere, nuove regole di condotta di matrice etica e sociale: per la loro particolare natura, queste regole si applicano in modo migliore ai molteplici rapporti economici che Roma intrattiene, favorendone la crescita.

Il risultato è quello che attraverso la *iurisdictio* si procede alla “determinazione di comportamenti buoni e onesti nella dimensione concreta”<sup>105</sup>, ovvero con particolare attenzione alla particolarità del caso e alle esigenze di giustizia che esso invoca.

“Quando il pretore” ordina “al giudice di stabilire quel che NN” deve “ad AA *ex fide bona*”, osserva la dottrina, “ non gli dice di valutare quel che NN avrebbe fatto e farebbe se fosse buono e onesto, ma quel che NN avrebbe fatto rispetto a quel che ha fatto AA, se fossero entrambi vissuti in una dimensione esistenziale di buoni e onesti”<sup>106</sup>.

Per approfondire l’argomento riportiamo un altro esempio pratico: il caso è riferito da Ulpiano<sup>107</sup> e riguarda le due parti di un contratto di compravendita regolarmente concluso ma mai eseguito, poiché il venditore non aveva badato a trasferire la cosa e il compratore non aveva offerto il prezzo concordato.

Il compratore chiamava in giudizio il venditore rivendicando la cosa, ma il venditore eccepiva che mai si sarebbe azzardato a trasferire la cosa, rischiando di perderla, senza averne ricevuto il prezzo.

La diatriba e la fase di stallo potevano, in questo modo, andare avanti all’infinito; il giudice, però, metteva alla prova le parti applicando al caso di specie un modello di condotta dabbene, strettamente legato all’*habitus* dei nostri commercianti.

Il giudicante imponeva al compratore, nel corso del giudizio, di offrire il prezzo al venditore che, una volta accettato, lo avrebbe legittimato alla *traditio* della *res*.

Qualora la *traditio* non fosse di fatto seguita, il venditore poteva essere costretto a risarcire il danno; la sentenza di condanna lo avrebbe, infatti, dichiarato inadempiente per mancato rispetto della parola data nelle more del procedimento azionato.

L’indagine del giudice, nel caso di specie, prende in considerazione un

---

consapevole dei suoi doveri sociali. Dunque nella buona fede soggettiva, viene in rilievo il foro interno del soggetto in questione; nella buona fede oggettiva il foro interno che viene in considerazione è quello del modello, non quello del soggetto: ma la comparazione col comportamento del modello permette, anche se non di attribuirgli l’anima del modello, bensì di trattarlo come si dovesse trattare uno che tale animo abbia”. Cfr. C.A. CANNATA op. cit., pp. 260 - 261.

104 *Ibidem*.

105 C.A. CANNATA op.cit., p. 260.

106 C.A. CANNATA op.cit., p. 261.

107 D. 19,1,13,8 ( Ulp. 32 ad Ed.): *Offeri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur*. Al passo si riferisce anche C.A. CANNATA , op. cit., p. 262.

modello di condotta applicabile a soggetti simili a quelli coinvolti nell'azione: la buona fede spinge il giudizio esattamente in questo senso, perché determina l'oggettivazione della regola dal contesto etico e sociale portato in rilievo nel giudizio.

La regola che si ricava corregge la cattiva inclinazione dei soggetti cui il modello si riferisce che, peraltro, risulta violato dalla particolare condotta tenuta.

La buona fede, nella civiltà romana e nella dimensione più vicina alla sua essenza originaria, è regola funzionale a che l'incontro si svolga secondo giustizia; esso coinvolge interessi individuali ma distinti e ancora interessi individuali e interessi della collettività.

La buona fede applicata nel processo dimostra che comportarsi scorrettamente in una singola contrattazione produce un disvalore nella più ampia dimensione sociale degli scambi, laddove non sarebbe giusto lasciar prevalere, seppure in un caso isolato e sprovvisto di adeguata normativa, l'egoismo del più forte.

In questo senso la buona fede determina il giusto equilibrio tra le esigenze che derivano dalla particolarità del fatto e dal mondo delle relazioni esterne, poiché rende cogenti, su un piano di verità reciproca, non solo le ragioni che nel particolare hanno determinato l'accordo ma anche quanto è socialmente utile, giusto, bello e buono.

A questo scopo sono diretti i modelli di comportamento che la *bona fides* produce nel processo, dai quali nascono copiosi obblighi e doveri che la rigida formalità della legge non potrebbe contenere ma che il pretore, quasi fosse strumento di valori superiori a quelli codificati, ha il compito di ricavare e applicare *pro bono et equo*.

La funzione giudiziaria *ex fide bona*, per come descritta, partecipa dei connotati della temperanza alla quale rimanda Platone quando descrive la virtù presupposta affinché “tutti ad una voce cantino la stessa canzone, i più deboli, i più forti, o quelli di mezzo”, sia che appaiano “tali per intelligenza o per forza, o per numero o per ricchezza, o per qualsivoglia altro carattere simile”<sup>108</sup>.

L'autonomia individuale, infatti, non può prescindere da quella forma di limitazione reciproca utile al buon esito e alla giustizia dei rapporti; lo stesso processo incarna quella dimensione relativa, poiché da essa “dipende ogni ordinamento delle relazioni umane” “nella casa, nel borgo o nello stato”<sup>109</sup>.

Dai modelli di condotta che sono emersi nel processo, come parametri di giustizia delle relazioni, riemerge l'importanza del diritto naturale della classicità<sup>110</sup>.

Quando A. Cannata, in precedenza citato, chiarisce quello che il pretore ordina al giudice per “stabilire quel che NN” deve “ad AA *ex fide bona*”, con ciò

---

108 La considerazione commentando la *Repubblica* di Platone appartiene a F. GENTILE, *Ordinamento Giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 100.

109 *Ibidem*.

110 Sul diritto naturale classico, per tutti, si rimanda a L. STRAUSS, *Diritto naturale e storia*, tr. it. N. Pierri, il Melangolo, Genova, 1953 - 2009, pp. 133 e ss., che ne determina la nascita con Socrate. Nella categoria sono compresi i pensieri di Platone, Aristotele, degli Stoici e dei pensatori cristiani, in particolare S. Tommaso. Da Socrate in avanti, sostiene il filosofo, s'identifica la legge con la natura e la giustizia con la legalità “così restaurando la moralità ancestrale” strettamente legata alla natura e all'essenza di ogni cosa; quest'ultima per l'uomo coincide con la ricerca della sapienza e non con l'edonistica soddisfazione dei propri bisogni.

richiamando la forza regolamentare propria della “dimensione esistenziale di – uomini - buoni e onesti”, non fa altro che fornirci un esempio pratico della funzione integrativa svolta dal diritto naturale sul diritto positivo.

In quest’ottica, nel periodo storico considerato, non sussiste opposizione tra la dimensione etica dell’uomo e il piano giuridico delle relazioni, entrambi funzionali alla risoluzione dei conflitti che dalle relazioni umane possono insorgere.

Peraltro i modelli a emersione processuale richiamano fortemente la virtù individuale cui la *fides* appartiene e, nella filosofia classica, la virtù è criterio di governo della società, è esempio stesso della ragione umana, che ora nel processo romano diviene regola dei rapporti.

L’“anima delle cose – si osserva in dottrina - determina nel contempo ciò che è bene rispetto a ciascuna cosa individuale”, essa è “quella che rende l’uomo un uomo (...). E’ quella parte dell’anima che è dotata di ragione, in contrapposto a quella irrazionale che abbiamo in comune con gli animali”<sup>111</sup>.

Dal confronto tra la *regula iuris* con i valori etici individuali e sociali, come accade nel processo romano secondo buona fede, si ricavano regole di giustizia delle relazioni e criteri di validità in concreto dello stesso diritto scritto.

Gli studiosi che più di recente si sono occupati dell’argomento, osservano a proposito che individuare una sfera di comportamenti umani con le potenzialità che emergono dalla buona fede “significa caricare il mondo del diritto con una dimensione in più”.

La “*Weltanschauung*” del giurista, infatti “non è più quella del vietato e del permesso, dell’illecito e del lecito, del valido e del nullo”; su essi, a ben vedere, s’impone “la cupola del *bonum et aequum* come sul virgulto dell’uva fragola s’innestano i rami del Cabernet o del Merlot, ed il giudice chiamato a muoversi nel nuovo ambiente che ne risulta, deve essere egli stesso in grado di esercitare l’*ars boni et equi*”<sup>112</sup>.

Il criterio della buona fede, una volta introdotto nel giudizio, ha l’effetto di far continuare nel processo la vicenda umana che il giudice deve giudicare, “sicché il suo giudicare, da semplice atto sanzionatorio della vicenda bloccata nella *litis contestatio*” dove “potersi trasformare in un impulso a far sì che quella stessa vicenda” prosegua “fino a finirsi, sotto i suoi occhi, in modo effettivamente giusto”<sup>113</sup>.

1.5 *La fides publica e i rapporti di potere: natura del vincolo e dovere di autolimitazione* — Trattare della *fides publica* significa prendere in considerazione i rapporti di potere che Roma, a vario titolo, intrattiene e vedere se questi rapporti possono conciliarsi con quella dimensione etica e religiosa alla quale la *fides* rimanda.

L’esercizio del poter riguarda, in prevalenza, i rapporti internazionali di

---

111 Le considerazioni richiamate sono di A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., pp. 224-225, il quale si occupa del pensiero di Aristotele e della funzione del diritto naturale. In punto F. TRABATTONI, *Platone*, Carocci ed., Roma 2009, *passim*.

112 C.A. CANNATA op. cit., pp. 272-273.

113 C.A. CANNATA op. cit., p. 273.

Roma ma richiama altresì la dimensione della *fides* nei rapporti tra impari, laddove abbiamo mostrato che il soggetto più potente era in qualche modo responsabile dell'abbandono altrui (abbandono alla discrezione dell'altro) e dell'affidamento ingenerato sul più debole<sup>114</sup>.

La *fides* potestativa, infatti, si manifesta nella disciplina del *nexus*, nel rapporto di credito, o nella condizione del pupillo a contatto col *pater familias* o col *tutor*, ma, e lo vedremo, la *fides* potestativa è presente anche nei rapporti derivati dalla politica di conquista che Roma intraprende, poiché criterio regolatore dei rapporti di clientela.

“La buona fede (...) posta dai romani - osserva la dottrina - (...) assume l'universalità di una esigenza etico giuridica scritta nella coscienza umana”<sup>115</sup>.

In quest'ottica, complessa e trasversale, che caratterizza il fenomeno preso in considerazione, approfondiremo la *fides* dei *foedera* e ci occuperemo dello *ius fetiale*: ritorneremo poi sulla *fides* della clientela, già presa in considerazione quando ci siamo occupati della *fides* nello *ius gentium*.

La *fides* è regola del diritto internazionale romano, in altre parole del diritto che si occupa dei rapporti tra genti, tra romani e stranieri, tra romani, alleati e nemici<sup>116</sup>.

Essa condiziona profondamente lo stato di guerra o di pace e non solo: la *fides* è funzionale, se non responsabile, della stessa *pax deorum*<sup>117</sup>.

In quest'ottica la *fides* può essere considerata una regola arcaica usata, nei rapporti di potere, già in tempi molto risalenti, da quei particolari sacerdoti romani che si chiamavano *fetiales* ovvero sacerdoti - magistrati, “*quod fidei publicae inter populos praerant*”<sup>118</sup>.

---

114 Secondo L. Lombardi Vallauri i rapporti potestativi ispirati alla *fides* nascono da un atto: “Atto che - osserva lo studioso - non è né promessa né contratto ma rimessa di se, autoconsegna, auto affidamento. Esso non era dunque un obbligo, un impegno, una tensione verso un preciso dover-fare; ma una dipendenza, un trovarsi compreso nell'altrui sfera di comando, un soggiacere. Quest'atto resta l'atto di un soggetto libero, quando anche consista nel limitare, nell'abbandonare - la propria libertà. Ad esso è correlativo un particolare tipo di potere: amplissimo a volte, ma pur sempre limitato dall'essere consentito, mai dunque estendendosi fino a negare la personalità del sottoposto”. Id. *Dalla “fides” alla “bona fides”*, cit., pp. 61- 62.

115 L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 54.

116 L. LOMBARDI VALLAURI ritiene, infatti, che con i concetti *venire o recipere in fidem, deditio e foedus* i Romani si erano forniti di una regolamentazione nazionale e interna molto duttile e utilizzabile in modo diverso secondo il grado di dominio sull'altro e a seconda se questo dominio fosse avvenuto con o senza forza. Cfr. Id. *Dalla “fides” alla “bona fides”*, cit., p. 90 e ss.

117 Cfr. F. SINI, “*Fetiales, quod fidei publicae inter populos praerant*”: riflessioni su “*fides*” e “*diritto internazionale*” romano (a proposito di “*bellum*”, “*hostis*”, “*pax*”) in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, L. GAROFALO (a cura di) Padova 2003, III, pp. 538, 539 che osserva: “la *pax deorum* costituiva il fondamento teologico dell'intero rituale religioso romano ed era considerata, al tempo stesso elemento basilare del sistema giuridico religioso e dello *ius* del popolo Romano (*ius publicum*)”. Chiarisce l'autore: “Dagli dei i Romani si aspettavano di ricevere pace e perdono senza tuttavia ignorare che le loro colpe potevano essere punite da *iuppiter* con gravissimi mali. In questa prospettiva, dal punto di vista umano (...) assumeva grande rilevanza il “legalismo religioso””. In punto A. CALORE, “*Per Iovem lapidem*”. *Alle origini del giuramento: sulla presenza del ‘Sacro’ nell'esperienza giuridica romana*, Milano 2000, p. 79; M. SORDI, *Pax deorum e libertà religiosa nella storia di Roma*, in AA.VV. *La pace nel mondo antico*, Milano, 1985, p. 46 e ss..

118 Cfr. M.T. VARRONE, *De lingua latina* 5, 86, che illustra la particolare prerogativa di questi

La *fides publica*, così viene qualificata in dottrina, è intrinsecamente legata al concetto di *foedus* ed è criterio regolatore della funzione alla quale esso è destinato.

Per questo motivo la *fides* fornisce modelli: a) di guerra giusta; b) di elaborazione dei diritti del nemico; c) di chiarificazione della nozione di pace.

Per comprendere l'assunto, tuttavia, bisogna per un attimo ricordare che, nella ricostruzione più recente, a contrario di quanto sostenuto da T. Mommsen<sup>119</sup> in avanti, la civiltà romana viene di colpo sollevata da un peso portato per anni, ovvero quello di essere riconosciuta una *societas* fondata sul concetto di "ostilità naturale"<sup>120</sup>.

Questa convinzione si fondava sul presupposto che il popolo romano fosse riconosciuto naturalmente guerriero, laddove la guerra era il principale mezzo per mantenere il potere e affermare la propria supremazia.

Più di recente, invece, la dottrina muta direzione e ci descrive la civiltà romana fondata sulla naturale alleanza tra popoli, di cui la *fides publica* è garanzia e, la circostanza, sostiene la dottrina, può prescindere dalla stipulazione di appositi trattati ancorché, come evidente, non ne escluda l'utilità.

L'inversione di tendenza è ricondotta all'interpretazione assegnata dalla dottrina alle parole *amicitia*, *hospitium*, *foedus*<sup>121</sup> delle fonti: se ne ricava che la

---

sacerdoti. Si riporta il passo in completo: *Fetiales, quod fidei publicae inter populos praeerat: nam per hos fidebat ut justum conciperetur bellum, et inde desitum, ut foedere fides pacis constitueretur. Ex his mittebant, antequam conciperetur, qui res repeterent, et per hos atiam nunc fit foedus.* In punto A. CENDERELLI, *Varroniana: Istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, Milano, 1983, p.33, fr. 44; J. COLLART, *Varron, De lingua Latina, livre V, Texte établi, traduit et annoté par J.C.*, Paris, 1954, p. 56.

119 T. MOMMSEN *Römische Geschichte*, I (1854), qui citata in tr. it. *Storia di Roma antica*, nuova ed., introduzione di G. PUGLIESE CARRATELLI, I, Firenze 1984, in particolare p. 192 e ss.; ID. *Das römische Gastrecht und die römische Clientel*, in ID. *Römische Forschungen*, I, Berlin, 1864, p. 326 e ss.; E. TAUBLER, dal canto suo, teorizzava che la stessa origine dei trattati internazionali fosse da considerarsi un superamento della primitiva usanza di uccidere i nemici sconfitti. Cfr. ID., *Imperium Romanum. Studien zur Entwicklungsgeschichte des römischen Reiches I: Die Staatsverträge und Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1913 [rist. an. Roma, 1964] p. 14 e ss., p. 29 e ss., p. 44 e ss.. In punto P. FREZZA, *Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 4, 1938, p. 363 e ss.; ID. *Il momento "volontaristico" e il momento "naturalistico" nello sviluppo dei rapporti "internazionali" nel mondo antico*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 32, 1966, p. 299 e ss., M. MESLIN, *L'uomo romano*, tr. it., Milano 1981, p. 117; P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, I, rist. quarta ed. 1934, G. BONFANTE e G. CRIFÒ (a cura di), Milano 1958, p. 229.

120 Per approfondimenti: A. PIGANIOL, *Le conquiste dei romani*, tr. it. di F. Coarelli, Milano 1971, p. 147 ss.; M. PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Milano, 1988, p. 175; P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, Roma 1974, p. 210; A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, Napoli 1987, p. 82; E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, I, *Economie, parenté, société*, 2 ed., Paris, 1969, pp. 95 e 355 e ss.. In particolare A. ERNOUT A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine: histoire des mots*, par A. Ernout et A. Meillet, 4a ed., Paris, 1967, p. 301, i quali precisano come il concetto di *hostis* avesse ormai acquisito "le sens d'ennemi en général, de même que inimicus s'emploie pour hostilis".

121 M. BELLINCIONI, v. *Amicizia*, in *Enciclopedia Virgiliana*, I, Roma 1984, pp. 135 ss. Le diverse accezioni del termine sono raccolte nel *Thesaurus Linguae Latinae* (v. *amicitia*), I, 1900, coll. 1893 s. All'esame dell'uso del sostantivo *amicitia*, nelle fonti latine, si riferiscono alcune pagine del libro di M.R. CIMMA, *Reges socii et amici populi Romani*, Milano 1976, pp. 27 ss.; ancora, in argomento, J. SPIELVOGEL, *Amicitia und res publica: Ciceros Maxime während der innenpolitischen*

guerra costituisce una violazione della religione e del diritto naturale tra gli uomini<sup>122</sup>, salve rare eccezioni legittimate da procedure volte a verificare l'impossibilità di rispettare altrimenti la *fides inter populos*.

Il nemico diventa tale, quindi la guerra può non ritenersi ingiusta, solo “dopo aver fatto costatare agli Dei, mediante rituali che si ripetevano immutati nel tempo, l'esistenza dell'ingiustizia e il rifiuto degli uomini a riparare”<sup>123</sup>.

Di questa importante verifica e degli sviluppi sociali e politici che comportava c'è traccia in Virgilio<sup>124</sup> che individua i *fetiales* come i soggetti allo scopo incaricati.

I *fetiales*, “*ut foedere fides pacis constituerunt*” svolgevano “la funzione di ristabilire la *fides pacis* con il *foedus*, scongiurando di *concipere un bellum iniustum*”<sup>125</sup>.

Anche per Cicerone “il *bellum* per essere considerato *iustum* abbisognava di requisiti formali e sostanziali. I primi derivavano dall'esatta osservanza dei riti e delle procedure dello *ius fetiale*. I requisiti sostanziali - invece - dovevano consistere in motivazioni validamente determinabili: riconoscibili, quindi, come tali, in maniera oggettiva sia di fronte agli Dei, sia di fronte agli uomini”<sup>126</sup>.

Invero quanto evidenziato non sorprende: osserva, infatti, Alf Ross, richiamando lo stoicismo, come per quella corrente di pensiero “la ragione universale - comandava- di condurre una vita sociale pacifica, osservando le regole insite nella (...) natura razionale” dell'uomo, laddove per ragione universale si intende quella

---

*Auseinandersetzungen der Jahre 59-50 v. Chr.*, Stuttgart 1993, VIII, pp. 5 ss.; F. DE MARTINO, v. *Hospes/hospitium*, in *Enciclopedia Virgiliana*, II, Roma 1985, pp. 858 ss., G. LURASCHI, v. *Foedus*, in *Enciclopedia Virgiliana*, II, cit., pp. 546 ss.; Id., *Foedus nell'ideologia virgiliana*, in AA.VV., *Atti del III Seminario romanistico gardesano*, Milano 1988, p. 281 e ss..

122 Sostiene F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, [prima ed. Napoli 1954], Napoli 1973, p. 13 ss.: “a noi sembra che nell'epoca delle grandi formazioni gentilizie le cause della guerra dovevano essere di gran lunga più rare di come non avvenne di seguito; l'occasione più frequente doveva essere quella della vendetta gentilizia, la quale peraltro presupponeva che ciascun gruppo fosse convinto della sua necessità, cioè il riconoscimento di un ordine universale, religioso e giuridico. L'opinione comunemente accettata sul carattere originario delle relazioni internazionali di Roma deve essere dunque riveduta, sia per ragioni di ordine generale, sia perché Roma deriva dal comune ceppo indoeuropeo come altri popoli italici, e non è verosimile, che ben per tempo queste eredità fosse dispersa, quando resisteva in altri campi della vita sociale e giuridica”.

123 F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II, cit. pp. 53 ss.. Ancora F. DE MARTINO *L'idea della pace da Roma dall'età arcaica all'impero*, in *VIII Seminario Internazionale di Studi Storici “Da Roma alla Terza Roma”*, 21 aprile 1988, pubbl. in Roma Comune, a. XII, n. 45, aprile-maggio 1988, pp. 86 ss..

124 Si veda per i richiami alla fonte F. SINI in “*Fetiales, quod fidei publicae inter populos praeerant*” cit., pp. 522 ss.; Id. *Bellum nefandum. Virgilio e il problema del diritto internazionale antico*, pubblicazioni del Seminario di Diritto Romano di Sassari, 7, Sassari 1991, *passim*. Sui sacerdoti fetiali e sullo *ius fetiale* cfr. P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma 1959, p. 472 e ss., P. CATALANO *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino, 1965, *passim*, M.R. CIMMA, *I fetiali e il diritto internazionale antico*, in *Jus Antiquum - Drevnee Pravo*, 6, 2000, p. 24 e ss..

125 La guerra era da ritenersi ingiusta, scomodando Cicerone, quando poteva definirsi “*sine causa suscepta*”. In punto si veda F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, cit. p. 53 e ss.; ID., *L'idea della pace a Roma dall'età arcaica all'impero*, cit., p. 86 ss..

126 F. SINI, op.cit., p. 516, in punto ancora G. BAVIERA, *Il diritto internazionale dei Romani*, estr. dall'Archivio Giuridico “Filippo Serafini”, nuova serie vol. I e II, Modena 1898, in particolare p. 25 e ss..

ragione “cosmico – divina” che è suprema fonte del diritto e alla quale ogni condotta umana deve ispirarsi<sup>127</sup>.

La *fides publica*, applicata dai *fetiales*, è il mezzo per arrivare all’equilibrio delle varie necessità della *societas romana* a contatto con *l’hostis*, inteso nella sua accezione originaria di straniero<sup>128</sup>; essa attrae nella sua forza regolatrice sia la pace sia, la guerra; di quest’ultima vaglia la giustizia al cospetto degli dei, in modo tale che gli stessi, considerati e rispettati, continuino a sostenere la sorte del popolo che li invoca.

La particolare importanza della *fides* dei rapporti internazionali si pone all’attenzione del giurista Sesto Cecilio, il quale sottolinea il legame che intercorre tra “la miracolosa ascesa del Popolo romano nella sua storia secolare (...) e la religiosa osservanza della *fides*”, fino al punto estremo di consegnare ai nemici gli stessi loro consoli “*confirmandae fidei publicae causa*”<sup>129</sup>.

Anche il *foedus*, ricordata la similitudine etimologica dei sostantivi *fides*, *foedus*, *fetiales*, segue fasi procedurali che, almeno nell’età più risalente, si presentano a sfondo essenzialmente religioso: il *foedus* rappresenta, infatti, la “garanzia bilaterale consistente nel giuramento di esecrazione pronunciato da ciascuna parte invocando i propri dei”<sup>130</sup>.

Quanto affermato “dimostra che al fondamento dei vincoli internazionali vi era proprio la convinzione che le due comunità nazionali potevano reciprocamente obbligarsi mediante il comune riconoscimento del vincolo, che ciascuna di esse assumeva di fronte ai propri dei”<sup>131</sup>.

Esemplare il racconto di Livio (1, 24, 4 - 9) circa il trattato tra romani e albanesi sulla disfida tra Orazi e Curiazi.

Lo storico latino premette: “*Foedera alia aliis legibus, ceterum eodem modo omnia fiunt. Tum ita factum accepimus, nec ullius vetustior foederis memoria est*”.

127 A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 227.

128 L’accezione del termine si ritrova in Plauto e pare che *l’hostis*, inteso nel senso di nemico, sia stata una successiva evoluzione del sostantivo: anche questo elemento ha contribuito ad avversare la teoria dell’ostilità naturale del popolo romano, teorizzata da Mommsen. Si veda in punto F. SINI, op. cit. p. 521, il quale ripete: “*Hostis* stava ad indicare lo straniero; più precisamente quello straniero *qui suis legibus uteretur* ed al quale si riconosceva parità di *ius* col Popolo romano”. Di rilievo la voce di A. HEUSS *Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Aussenpolitik in republikanischer Zeit*, Leipzig, 1933, p. 4 e ss., p. 12 e ss., p. 18 e ss., il quale precisa, sulla base di un attento esame delle fonti, come i Romani consideravano esistenti, con i popoli stranieri, molti rapporti giuridici, senza che tale riconoscimento dipendesse direttamente dalla conclusione di trattati internazionali. La circostanza conferma che il principio dell’ostilità naturale teorizzato da Mommsen non era messo in crisi dalla conclusione dei trattati tra popoli, quanto più dal criterio del *bellum iustum* ritenuto applicabile, anche in caso di guerra, con popoli mai vincolati da un trattato internazionale. Lo studioso dimostra ancora come l’*indictio belli* non comportava necessariamente la violazione di un preesistente trattato tra stranieri e romani.

129 Così F. SINI in op. cit. p. 493. Per la fonte di riferimento cfr. Aulo Gellio “*Notti Attiche*” 20, 1, 39 - 40, dove è scritto: “*Omnibus quidem virtutum generibus exercendis colendisque populus Romanus e parva origine ad tantae amplitudinis instar emicuit, sed omnium maxime atque praecipue fidem coluit sanctamque habuit tam privatim quam publice. Sic consules, clarissimos viros, hostibus confirmandae fidei publicae causa dedit (...)*”. In punto e per approfondimenti G. PUGLIESE, *Appunti sulla deditio dell’accusato di illeciti internazionali*, in RISG, XVIII, 3° serie, Milano 1974, p. 8 e ss..

130 F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, cit., 44 ss..

131 *Ibidem*.

“Il rito – evidenzia la dottrina - si conclude con le solenni esecrazioni; quella, ad esempio, del *pater patratus* del popolo romano è così riferita: *Audi, inquit, Iuppiter, audi pater patratus populi Albani, audi tu, populus Albanus; ut illa palam prima postrema ex illis tabulis cerave recitata sunt sine dolo malo, utique ea hic hodie rectissime intellecta sunt, illis legibus populus romanus prior non deficiet. Si prior defexit publico consilio dolo malo, tum ille Diespiter, populum Romanum sic ferito, ut ego hunc porcum hic hodie feriam; tamtoque magis ferito, quanto magis potes pollesque*”<sup>132</sup>.

Il giuramento impegna alla *fides*, che nella visione fornitaci da Livio opera in seno ai *pacta umana* (ovvero i rapporti tra popoli) improntati, come detto, alla naturale alleanza<sup>133</sup>.

La violazione dei rapporti tra popoli è conseguentemente intesa, dalla cultura romana dell'epoca, come violazione di rapporti umani anche qualora l'accordo intervenga tra comunità o tra stati, come oggi li chiameremo.

La *societas* che sta alla base di dette comunità era quindi percepita, dalla cultura romana, come retta dallo *ius humanum*<sup>134</sup> di cui la divinità, tramite il giuramento, diventa garante e lo *ius fetiale* attento esecutore.

Nel primo trattato tra Roma e Cartagine (209 a. C.), ad esempio, si fa riferimento espresso alla *fides inter populos* che in questo caso si presenta riconducibile “ad atti di commercio tra cittadini romani e loro alleati, da una parte, e cittadini cartaginesi e loro alleati dall'altra”<sup>135</sup>.

In realtà “nei rapporti *inter populos* si rinvencono, nelle fonti, numerose

---

132 Cfr. LIVIO, *Ab Urbe condita - liber I* - par. 21-30, dove si dà atto che “ogni trattato ha le sue clausole particolari, ma le procedure sono sempre le stesse” e che anche il popolo degli Albani, attraverso il loro comandante e alcuni loro sacerdoti, pronunciavano le formule rituali e il giuramento. E' scritto infatti: “*Sua item carmina Albani suumque ius iurandum per suum dictatorem suosque sacerdotes peregerunt*”. Per un commento sulla fonte cfr. F. GALLO, *Bona fides e ius gentium* cit., p. 130.

133 Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Dalla “fides” alla “bona fides”* cit., p. 122, che osserva: “va notato che la parola “*foedus*” si applica tanto ai solenni trattati internazionali quanto tra rapporti tra privati (matrimonio, amicizia). Unica differenza: il *foedus* internazionale richiede un rituale complesso, che soprattutto nel suo aspetto sacrificale non si applica di solito ai *foedera* privati. Ma risultato di entrambi è comunque l'*amicitia*, la quale va intesa anche nel contratto una rimessa di sé, autoconsegna, auto affidamento. Esso non era dunque un obbligo, un impegno, una tensione verso un preciso dover-fare; ma una dipendenza, un trovarsi compreso nell'altrui sfera di comando, un soggiacere. Quest'atto (...) resta l'atto di un soggetto libero, quando anche consista nel limitare, nell'abbandonare – la propria libertà. A esso è correlativo un particolare tipo di potere: amplissimo a volte, ma pur sempre limitato dall'essere consentito, mai dunque estendendosi fino a negare la personalità del sottoposto”.

134 Per le fonti si rimanda a Cicerone, *De Off.*, 1,7, 21, del quale si cita solo il paragrafo 21 del libro primo: “*Sunt autem privata nulla natura sed aut vetere occupatione ut qui quondam in vacua venerunt aut victoria ut qui bello potiti sunt aut lege pactione condicione sorte; ex quo fit ut ager Arpinas Arpinatium dicatur Tusculanus Tusculanorum; similisque est privatarum possessionum discriptio. Ex quo quia suum cuiusque fit eorum quae natura fuerant communia quod cuique optigit id quisque teneat; e quo si quis [quaevis] sibi appetet violabit ius humanae societatis*”. In punto F. GALLO, op. cit., p. 131 che mostra come dalla circostanza “Emerge una visione in cui i trattati stipulati tra popoli (*pacta umana*) presuppongono tra i medesimi una *societas* naturale retta dallo *ius humanum*”.

135 F. GALLO, cit., p. 131.

varianti riconducibili tutte al concetto di *fides*<sup>136</sup>.

“Sono ad esempio attestate le locuzioni *fides Romana* (Liv.5,27,11), *Punica fides* (Liv. 30,30,27) *fides sociorum* (Liv.9,6,4,23,22,6) *fides socialis* (Liv.21,7,3) *fides societatis* e *fides deditiois* (Liv.6, 10, 4).

È opportuno sottolineare – osserva la dottrina - che i predicati accostati al termine *fides*, non contrastano ma sono ricompresi nella più ampia accezione di *fides publica*.

Le diverse qualifiche poste accanto al termine *fides* non ne indicano, quindi, una molteplice qualità intrinseca, piuttosto rimandano a elementi soggettivi ed oggettivi che connotano le varie situazioni fattuali in cui la regola è destinata a operare, seppure in senso unitario<sup>137</sup>.

Parte della dottrina ritiene, infatti, che nella sfera pubblicistica non siano attestate a livello linguistico diverse qualificazioni della *fides*, come sembrerebbe proprio nel diritto privato romano (*fides, fides bona*): la considerazione non è di poco conto, giacché esistono opinioni che, in conformità a quanto osservato, fondano l'esistenza di due binari paralleli nei quali si sarebbe, a un certo punto, incamminata la *fides*; l'uno legato alla dimensione della *fides publica* e all'esercizio del potere, l'altra propria dei rapporti privatistici o della *bona fides*<sup>138</sup>.

In realtà, sembra a chi scrive, che non vi sia contrapposizione ove sussiste evoluzione<sup>139</sup> e di questo si tratta in fatto di *fides*, la cui natura unitaria e in costante tensione ha finito per rispondere alle multiformi esigenze della società romana in evoluzione.

Abbiamo avuto modo di mettere in luce, infatti, come la *fides* sia un valore a se stante, di cui il *nomen iuris* e i criteri di condotta cui il sostantivo rimanda sono plasmati dai cambiamenti sociali e politici di Roma e sono osservati perché fanno parte della dimensione etica che quel popolo condivide, piuttosto che in forza del loro recepimento nella legge eteronoma dello Stato.

Quanto affrontato nel testo, infatti, mostra che per buona parte della storia di Roma (verosimilmente fino alla crisi della repubblica) la *regula iuris* per essere applicata in modo giusto e finanche per essere considerata tale, deve potersi fondare e confutare con i principi dell'etica e della religione che la società osserva, giacché la proporzione tra essi è elemento essenziale dei rapporti tra privati e di potere.

Facendo un primo punto sulla natura della *fides publica* e sugli effetti che la regola produce se ne può allora ricavare una funzione prioritaria, quella cioè di garanzia contro l'abuso del potere, anche in ragione della solennità delle procedure in seno alle quali essa si manifesta e trova formale affermazione.

La *fides publica* rende evidente l'importanza della ponderazione tra i diversi valori che la società professa; valori che formalmente si manifestano nell'ambito di procedimenti ufficiali e complessi ma che sostanzialmente, grazie alla *fides*, possono

---

136 *Ibidem*.

137 F. GALLO, cit., p. 132.

138 Per approfondimenti, A. DI PIETRO, *La “fides” publica romana*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, L. Garofalo (a cura di), Padova 2003, p. 549 e p. 505.

139 Scriveva G.W.F. HEGEL: “l'essenza deve avere in se stessa la differenza. Infatti, i momenti astratti del puro essere e del negativo, sono poi unificati nell'oggetto di queste stesse considerazioni”. Cfr. *Id. Fenomenologia dello Spirito*, cit., p. 777.

essere applicati nei rapporti con proporzione ed equilibrio.

La religione, l'espansione territoriale, il commercio, la guerra, la pace, il rispetto tra i popoli, il rispetto di dio, sono tutte necessità umane destinate a non prevalere in modo solitario o assorbente, poiché la loro armonia è indice specifico della grandezza della civiltà romana che la *fides* tutela, garantisce e promuove<sup>140</sup>.

La ragione della *fides publica* coincide con l'esigenza che il sistema sia fornito di un limite alla cupidigia del popolo romano, limite a legittimazione etica e divina: la *fides* assicura la benevolenza divina verso il potere esercitato e assicura la giustizia nella conquista e nell'affermazione di quella civiltà.

Il vincolo esterno imposto dalla *regula iuris* non assume connotazioni avulse dall'evoluzione dell'animo umano, né dalla coscienza che l'uomo ha di se in rapporto con i propri simili o con gli stranieri.

Per approfondire l'argomento, torniamo, per un attimo, sui rapporti di clientela<sup>141</sup> anch'essi fruttano dell'espansione di Roma; torniamo quindi alla *fides* dei *foedera* ma anche a quella che consegue la *deditio*<sup>142</sup> spontanea a un protettore.

La "*fides* romana - si osserva in dottrina - trova la sua applicazione più importante nel rapporto di clientela le cui origini sono forse da ricercare in forme particolari di conquista". Essa risiede "soprattutto nel giuramento che sancisce gli impegni assunti, tra i quali, nell'ambito del diritto internazionale, la conclusione dei trattati, i *foedera*"<sup>143</sup>.

"Il vincolo che si stabilisce tra chi entra e chi accoglie in un rapporto di clientela (in *fidem clientelamque venire, recipere*) è così stretto e obbligante da trascendere persino il *jus* e approdare al *fas*, - ovvero- al dominio della legge divina"<sup>144</sup>.

Il tipo di vincolo sacro che sta alla base dei rapporti che scaturiscono dai *foedera* risale alla legge delle dodici tavole riportata da Servio (ad Aen. VI 609) con

---

140 Si veda P. CATALANO, *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, L. Garofalo (a cura di) Padova 2003, p. 124, dove si precisa "il fondamento della giustizia e quindi, della pacifica convivenza umana è la *fides*. Il popolo romano considerò questo principio di giustizia come la base di ogni virtù e di ogni grandezza" (principi numero 3, marzo 1939, 61).

141 Cfr. *Ibidem*, nota 46.

142 Cfr. *Ibidem*, nota 45.

143 Le citazioni sono di A. VALVO, "*Fides*" "*Foedus*" op. cit., p. 115. Per le fonti si rimanda a Cicerone *De Officiis* III, 111, dove è scritto: "*Nullum enim vinculum ad astringendam fidem iure iurando maiores artius esse voluerunt id indicant leges in duodecim tabulis, indicant sacratae, indicant foedera, quibus etiam cum hoste devincitur fides, indicant notiones animadversionesque censorum, qui nulla de re diligentius quam de iure iurando iudicabant*". Per un commento sulla fonte, A. MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, in *Rev. int. des Droits de l'antiquité*, 37, 1990, pp. 197-246.

144 A. VALVO, op. cit., p. 116. Qui l'autore specifica, a proposito di termine *Jus*, che per esso deve intendersi secondo il Vocabolario delle Istituzioni Indoeuropee richiamato da Benveniste "Uno stato di regolarità di normalità che è richiesto dalle regole vitali". Sul concetto di *fas* si consulti P. CIPRIANO "*Fas*" e "*Nefas*", Roma 1978, *passim*; F. BEDUCHI *Osservazioni sulle nozioni originali di fas e ius*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 10 (n.s.), 1935, p. 228; ancora in punto R. ORESTANO *Dal ius al fas. Rapporto tra diritto divino e umano in Roma dall'età primitiva all'età classica*, in *Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano* 46, 1939, p. 244 e ss., ID. *Elemento divino ed elemento umano nel diritto di Roma*, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 21, 1941, esrt. 15, ID. *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino 1967, p. 106 e ss..

l'affermazione "*Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*".

Grazie alla *fides* si determina un vincolo tra le parti coinvolte che la dottrina descrive come segue: "colui che in un certo modo amministra il rapporto fondato sulla *fides*, cioè il *patronus*, per essere il più forte dei due contraenti è anche il solo che può infrangerlo, ma ciò facendo commette *fraus* e sgretola il fondamento della *societas*, dell'alleanza e stravolge un ordine naturale stabilito dalle regole più alte di quelle dello *ius*"<sup>145</sup>.

La *fides* potestativa, che interviene nei rapporti tra *patronus* e *clientes*, partecipa dello stesso senso etico e divino che connota la *fides publica*<sup>146</sup>.

I rapporti internazionali, dai quali derivano le relazioni tra impari, trovano nella *fides* il limite all'esercizio del potere e alla *potestas* esercitata, che, nel caso di specie, non devono rimanere insensibili alle ragioni del sottoposto<sup>147</sup>.

Il potere che ci occupa, nell'opinione della dottrina, ha le seguenti caratteristiche essenziali:

"- il sottoposto non è schiavo, ossia conserva almeno in parte la personalità (*fides* come *potestas in capite libero*).

- Ciò sembra derivare da una sua partecipazione al rito di assoggettamento, nella forma di una rimessa di sé, comportante sempre un certo grado di volontarietà (...).

- La *fides* nella quale egli viene a trovarsi è quindi discrezionale, ma non illimitatamente. L'atto di dedizione pone come un limite intrinseco all'arbitrio di chi detiene il potere; lo vincola, negativamente, a conservare l'esistenza del sottoposto positivamente - nella maggioranza dei casi - ad assicurargli protezione"<sup>148</sup>.

Il rapporto di clientela, fondato sulla *fides*, impone l'esercizio coscienzioso del potere che si traduce nell'obbligo di presa in cura del sottoposto: la *fides* dei rapporti tra impari comporta il dovere di seguire una condotta cosciente, equilibrata, proporzionata, che limiti la discrezionalità del potente verso le ragioni dell'inferiore<sup>149</sup>.

In quest'ottica l'uso del sostantivo, nelle fonti più antiche, rimanda all'esistenza di un limite interno che sussiste anche nel rapporto tra impari, né può essere travalicato: questo limite vive ed è sentito anche nella coscienza individuale, la quale, nei rapporti intersoggettivi, non è che il riflesso di quella coscienza

---

145 A. VALVO, op. cit., p. 117. Sul *foedus* e il suo utilizzo in Roma si veda altresì G. LAMBRUSCHI, s.v. *Foedus*, in *Enciclopedia Virgiliana*, II, Roma 1985, pp. 546-550, con ampia bibliografia.

146 Sul concetto di *fides* posto in relazione col termine *societas* dei rapporti internazionali, cfr. E. FRAENKEL, *Zur Geschichte des Wortes "Fides"*, in *RhM*, 71, 1916, p. 187 e ss..

147 Ritiene L. LOMBARDI VALLAURI, attingendo a M.T. Varrone, che la *fides* "viene ad indicare - invece che un attributo di chi comanda - un principio e una misura di responsabilità". "Si trovano, infatti, assai frequenti - osserva l'autore - a partire dal secondo secolo, dei testi in cui si invitano i magistrati a regolarsi come lo richiedono l'interesse pubblico e la loro *fides*: "*e re publica fideque sua*". ID. *Dalla "fides" alla "bona fides"* cit., p. 95, nota 149.

148 L. LOMBARDI VALLAURI, *Dalla "fides" alla "bona fides"*, cit., pp. 101-104.

149 Si riporta, a conferma di quanto sostenuto nel testo, un passo di Orazio (Carm. II 18, 23 ss.) che durante una discussione col suo interlocutore sembra richiamarlo ai doveri che scaturiscono dalla *fides*. Il passo è il seguente: "*Quid quod usque proximos revellis agri termino et ultra limites clientium salis avarus?*". Lo stesso significato è stato assegnato dalla dottrina all'esortazione provocatoria "*falle clientem*": cfr. ID. Epist. I 5, 31. In punto A. VALVO, "*Fides*" "*foedus*" op. cit., p. 116.

collettiva della quale la *fides publica* esprime l'equilibrata eticità.

Osserva, in argomento, L. Lombardi Vallauri e l'osservazione è del tutto condivisibile a questo punto della trattazione: "A me pare che il concetto della *fides* potestativa sia non solo documentato ma sia **bello** e sia **necessario**."

Bello anzitutto. Chi vi rinuncia, rinuncia insieme a un'idea romana essenziale: il potere sentito almeno in questo caso non come puro prevalere, ma come circonfuso di valore; tra potere e virtù non un'opposizione, quale noi per influenze cristiane e greche, siamo spesso portati a sentire irrimediabile, ma piuttosto una continuità.

E la sua nobiltà (...) – precisa lo studioso - il potere non la trae da una funzione estrinseca che può essergli collegata, di servizio, di civiltà di socialità: ma piuttosto nel suo costruirsi in uno con l'abbandono ed il riconoscimento (magari coatto) degli assoggettati (...)"<sup>150</sup>.

Rileva ancora Lombardi Vallauri come "quel potere è necessario. Al di fuori dei poteri familiari su persone e su cose - osserva - (...) rimane un vasto campo di rapporti per i quali non avremo altrimenti un nome appropriato (...)"<sup>151</sup>.

Lo studioso evidenzia come "i romani non abbiano conosciuto inizialmente il concetto astratto di potere, ma invece quelli di diversi poteri" e, in senso significativo per la nostra indagine, chiarisce come "ognuno di tali concetti è sorto da una determinata situazione concreta (...) e solo più tardi alcuni di essi sono diventati abbastanza astratti da comprendere in se anche gli altri"<sup>152</sup>.

Sia consentita da ultimo una riflessione: la responsabilità che permea i rapporti tra impari ha la stessa matrice di quella che abbiamo riscontrato nei rapporti negoziali, entrambe perseguono e rendono visibile quel significato di *fides* vicino al concetto originario di lealtà, onore, credenza comune agli uomini e agli dei.

In entrambi gli usi la *fides* appare sensibile al rapporto sociale e individuale di cui la regola coglie e ingloba ogni modificazione, sussumendo la mutevolezza dei fatti nella ragione oggettiva della natura umana ispirata alla virtù.

La *fides* costituisce la ragione dell'autolimitazione imposta ai potenti e della disponibilità reciproca dei contraenti e, a parere di chi scrive, può trovare rispondenza nel valore della temperanza di cui parla Platone nella *Repubblica* e nelle *Leggi*, laddove, ad esempio, si osservava come "dalla 'vittoria su se stessi', fra tutte, la suprema e la più bella" dipenda ogni "ordinamento delle relazioni umane"<sup>153</sup>.

Si richiama, a chiusura dell'argomento, il pensiero di Giorgio La Pira, che in fatto di *fides* si esprime come segue: "tutte queste norme", osserva lo studioso,

---

150 L. LOMBARDI VALLAURI, *Dalla "fides" alla "bona fides"*, cit., p. 102

151 *Ibidem*.

152 L. LOMBARDI VALLAURI, *Dalla "fides" alla "bona fides"*, cit., p. 102. La citazione riportata nel testo prosegue, a parere di chi scrive, in modo indicativo e quindi si riporta integralmente: "Nell'incertezza di condizioni dell'epoca primitiva il potere può essere visto come appoggio, punto fermo; la nozione di arbitrio, di abuso, resta in secondo piano; la forza appare in qualche modo benedizione e favore divino. In lungo seguito di tempi le lotte per l'eguaglianza e la maturazione della coscienza morale accentuano e scavano il momento il limite che alla discrezionalità deriva dall'abbandono, dal riconoscimento. Anche più tardi tuttavia l'aspetto "benevolo" di quest'attributo" è percepito "non quale usurpazione paternalistica" ma quale segno del "vir bonus", come il più valido prestigio della personalità".

153Le considerazioni riportate nel testo richiamano il pensiero di F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 169, che commenta Platone.

riferendosi ai diversi usi che del sostantivo abbiamo richiamato, “sono ridicibili alla norma fondamentale nella quale si sustanzia la giustizia: la legge della solidarietà. *I tria praecepta iuris dei giuristi romani: honeste vivere, alterum non laedere, suum unicuique tribuere (D. 1,1, 10, §1) non sono che gli aspetti primi di questa legge: perché il presupposto di ogni solidarietà sta appunto nel rispetto della esistenza e della personalità altrui: così fra gli stati come fra gli individui. Tutti i diritti e gli obblighi internazionali – il rispetto dei patti (pacta sunt servanda), il rispetto delle promesse (promissio est servanda), il rispetto delle regole pattizie o consuetudinarie del diritto internazionale ecc, hanno la loro fonte prima in questa legge della solidarietà internazionale che sposta le basi del diritto internazionale trasferendole dalla concezione individualistica e subiettiva del diritto e quella sociale ed obbiettiva”<sup>154</sup>.*

1.6. *Cenni su bona fides e usucapione: la valenza unitaria della buona fede soggettiva e oggettiva* — Trattiamo ora, seppure per cenni essenziali, della buona fede nell’istituto dell’usucapione romana<sup>155</sup>.

L’argomento sarà affrontato in chiave problematica, di là dalle note catalogazioni che scompongono la buona fede, sul presupposto, già evidenziato dalla dottrina romanista, che tra esse (buona fede soggettiva e oggettiva) possa sussistere un punto d’incontro.

La buona fede oggettiva, infatti, dalla quale derivano modelli di giudizio a rilievo processuale ispirati al contegno dell’uomo dabbene al pari della buona fede elemento psicologico dei soggetti coinvolti nella relazione con gli altri e le cose, derivano la loro forza giuridica dal giudizio unitario che la società compie sull’uomo e la sua virtù: da questa prospettiva quel giudizio, tradotto nella regola della buona fede, è funzionale sia all’acquisto della proprietà per usucapione che, più in generale, alla legalità dei rapporti obbligatori<sup>156</sup>.

P. Bonfante difatti, che nei suoi studi si è occupato degli effetti della clausola nell’usucapione romana, rileva quanto segue: “Il diritto come tutte quante le altre norme sociali – non diverse dal diritto, quanto all’essenza e alla funzione loro – ha per principio fondamentale questo: che ciascuno tenda al suo fine, senza ledere altrui”<sup>157</sup>.

Lo studioso prosegue evidenziando che per “lesione s’intende - la - misura

---

154 Cfr. P. CATALANO, op. cit., p. 125 e nota 138, anche per il richiamo al contributo di G. La Pira.

155 Riportiamo la definizione che dell’usucapione ci fornisce Ulpiano, *Tituli ex Corpore Ulpiani, Fram. 19.8, De dominiis et acquisitionibus rerum*: “*Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii: rerum mobilium anni, immobilium biennii*”.

156 Si veda V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, cit., p. 128, che osserva: “Noi riteniamo, coi più recenti autori, che della buona fede non si possa dare una definizione giuridica. Il concetto della *bona fides*, corrisponde a quello espresso dalla stessa locuzione italiana “buona fede”. Si tratta, quindi di un concetto più che giuridico, sociale: la buona fede, nella disciplina dei diritti reali, come nelle obbligazioni impone l’onestà del galantuomo proporzionata al caso concreto. La buona fede è un elemento d’indole piuttosto morale, è la *soggettiva interna regolarità della coscienza di colui che ha acquistato il possesso*”.

157 P. BONFANTE, *La “iusta causa” dell’usucapione e il suo rapporto colla “bona fides”*, in *Riv.It. Scienze Giuridiche*, 1893, p. 161 e ss. ed ora in “*Scritti giuridici vari*”, II, Torino, 1928, p. 475 e ss..

della coscienza giuridica di un dato ambiente sociale. In altri termini - precisa - la legge non riconosce acquisto (o anche perdita) di diritti ne' singoli, non riconosce valore giuridico a un fatto, se non quando il fatto esprime o almeno si presume che esprima certe condizioni, un tale stato di cose e di rapporti, per cui, nella coscienza giuridica comune, l'idea d'una lesione altrui venga ad essere esclusa"<sup>158</sup>.

Se ne deduce che la buona fede delle relazioni risponde, in senso unitario, al principio del *neminem laedere* e sulla base del presupposto segnalato produce effetti nell'usucapione del diritto romano; il diritto di proprietà, infatti, si perfeziona quando il possesso del bene usucapito sia stato acquisito e mantenuto, per il tempo previsto dalla legge, in assenza di furto, ovvero quando ricorre "*iusta possessio o possessio nec vi, nec clam, nec precario*"<sup>159</sup>.

Nella civiltà romana, fino alle testimonianze che ci arrivano dall'opera *magna* di Giustiniano, si manifesta, tuttavia, la complessità della problematica legata alla buona fede nel possesso, che essenzialmente verte sul tempo entro il quale il soggetto, intenzionato a diventare titolare del bene, deve mantenere un animo ispirato all'*alterum non laedere*.

A questo proposito si precisa che mentre il principio "*mala fides superveniens non nocet*" legittima, in via generale, il perfezionamento dell'usucapione, purché la consapevolezza di non ledere le ragioni altrui ricorra soltanto al momento dell'acquisto del possesso (concedendosi nel corso del tempo necessario all'acquisto della proprietà la possibilità di mutare consapevolezza), si ravvisano, tra le fonti romane, eccezioni alla regola, tali da giustificare il perdurare della medesima consapevolezza per tutto il tempo necessario al perfezionamento dell'istituto giuridico<sup>160</sup>.

La circostanza non lascia indenne il soggetto possessore del bene altrui da conseguenti doveri comportamentali i quali, se da una parte confermano il legame esistente tra buona fede psicologica e buona fede della condotta, dall'altra ripropongono il collegamento tra buona la fede unitaria e il principio del *neminem laedere*, generando doveri di protezione tra le parti anche nella disciplina dei diritti reali.

Approfondiamo dunque il delicato passaggio, ponendo attenzione sia al principio comunemente applicato nell'usucapione romana (*mala fidem superveniens non nocet*), sia alle sue documentate eccezioni.

Dalle testimonianze che ce ne rende Cicerone, ad esempio, chi intendeva usucapire doveva essere armato della consapevolezza di non ledere l'altrui diritto di proprietà in modo circoscritto al solo momento dell'acquisto del possesso<sup>161</sup>: tale

---

158 *Ibidem*.

159 P. BONFANTE, op. cit., pp. 493, 496: in punto e a sostegno dell'idea originaria secondo la quale il possesso si ritiene conforme a buona fede ove non sia acquisito tramite furto, si veda R. STINTZING, *Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usukapionslehre, Historisch dogmatische Versuch*, Heidelberg, 1852, *passim*.

160 Per una compiuta ricostruzione dell'argomento e per i riferimenti alle fonti cfr. L. SCAVO LOMBARDO, *Il concetto di buona fede nel diritto romano*, in op. cit., p. 40 e ss..

161 In punto E. COSTA, *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustiniane*, F.lli Bocca, Torino 1925, in particolare pp. 17 - 67; ID., *Cicerone giureconsulto*, Bologna 1927, I, p. 112, dove si osserva: "L'*usucapio* che permane tutt'ora e al tempo di Cicerone, in quella sfera di subbietti e di oggetti che le era genetica, non sembra che abbia assunto perarco i requisiti che le furono imposti dalla giurisprudenza classica, per quanto le condizioni della vita ne venissero ormai

stato di solidarietà psicologica era destinato, a volte, a prolungarsi, per soddisfare, in senso rafforzativo, l'esigenza di non violare l'altrui sfera d'interessi permanendo in vita per tutto il tempo necessario al perfezionamento della proprietà sul bene in assenza di *traditio*.

Nell'ambito dell'eccezione richiamata, emerge il rilievo giuridico della relazione intercorrente tra il proprietario del bene e chi intenda sostituirsi al primo per esercizio continuato del possesso: ne deriva, ad esempio ma in senso significativo, pena il mancato perfezionamento del diritto reale preteso, l'obbligo del possessore di permettere al proprietario di recuperare la cosa o di prendere giusta coscienza della possibilità di farlo.

L'obbligo in questione si traduce nella messa in atto di condotte ispirate alla trasparenza della signoria esercitata sulla cosa, che doveva svolgersi lontana da raggiri e sotterfugi lesivi delle ragioni della proprietà<sup>162</sup>.

Chi intendeva usucapire non poteva compiere azioni abusive verso l'altrui posizione; non poteva svolgere attività volte a nascondere o camuffare la vera proprietà del bene per tutto il periodo necessario al perfezionamento dell'usucapione, adottando una condotta modello per niente dissimile da quella sussumibile nel concetto di buona fede oggettiva.

Da questa prospettiva, sostiene Bonfante, nella disciplina dell'usucapione la buona fede unitaria può sostituire la *iusta causa* a durata circoscritta<sup>163</sup>, assorbendo in fatto e diritto il presupposto di non ledere la posizione altrui, limitato al solo momento dell'acquisto del possesso, nella più ampia consapevolezza, del possessore, di mantenere la mancanza di spirito lesivo fino al perfezionamento del diritto reale preteso<sup>164</sup>.

---

maturando il bisogno. Verosimilmente, l'assenza di lesione dell'altrui diritto, nell'atto col quale si acquista il possesso, si ravvisa sufficiente, senza che occorra perarco e di più un rapporto col precedente possessore idoneo a porgere una giustificazione positiva e concreta del detto acquisto (*iusta causa*)”.

162 Per un esempio di quanto riportato, anche con rispetto alle fonti latine più significative, cfr. L. SCAVO LOMBARDO, *Il concetto di buona fede nel diritto romano* in *La buona fede nel diritto canonico*, Bologna 1995, pp. 40 - 43.

163“L'effetto di questa evoluzione - scrive P. Bonfante - è che la funzione secondaria della *iusta causa* diventa a poco a poco funzione primaria, finché la *iusta causa usucapionis* in sé e per sé svanisce e al suo posto sottentra la *iusta erroris causa*, base ed argomento della *bona fides*”. Continua ancora l'autore precisando: “Dell'antica *iusta causa usucapionis*, il *Corpus iuris* non ci offre che il nome, e, per così dire il fantasma: e se è destino che nomi e fantasmi serbino quasi l'energia delle cose, ond'è che si continua e si continuerà a parlare ancora per chi sa quanto tempo di *iusta causa* qual requisito indipendente dell'usucapione anche per il diritto giustiniano, nondimeno essi non hanno virtù di far rivivere istituti spenti”. Tuttavia, continua lo studioso, “La riprova definitiva dello spirito vero della legislazione giustiniana, malgrado le dichiarazioni teoriche e anche un po' enfatiche, mantenute in testa ai singoli titoli del *Digesto*, noi l'abbiamo nei bizantini, in cui il requisito della *iusta causa*, nella stessa versione dei testi classici, o sparisce o si fonde con la *bona fides*”. Cfr. P. BONFANTE, *La “iusta causa” dell'usucapione e il suo rapporto colla “bona fides”*, cit., pp. 533 e ss., ed ancora pp. 677 e 679 e ss..

164In particolare P. BONFANTE, *La “iusta causa” dell'usucapione e il suo rapporto colla “bona fides”* cit., pp. 161 e ss., dove lo studioso approfondisce i passaggi del fenomeno che trasmuta il presupposto giuridico della *iusta causa* in buona fede. Tali passaggi si possono riassumere come segue: l'originaria assenza di *furtum* nell'acquisizione della cosa costituisce la *iusta causa* del possesso esercitato che, da sola, può consentire il perfezionamento dell'usucapione. La buona fede, tuttavia, laddove le fonti prevedano eccezioni al principio generale, integra il presupposto

Inoltrarci in questo campo, tuttavia, ci porterebbe troppo lontano e pertanto ci limiteremo a svolgere alcune considerazioni che per l'argomento trattato ci sembrano essenziali.

Balza immediatamente all'occhio come il divieto di abusare della posizione altrui, già riscontrabile quale principio informatore dei *iudicia bonae fidei*, esprima quel valore etico e morale da ritenersi intrinsecamente comune sia alla condotta dell'uomo dabbene, intesa come modello generale di condotta, sia a quel particolare stato d'animo giudicato essenziale al perfezionamento dell'usucapione che in questa sede ci occupa.

L'assunto è destinato a confermare, che la *bona fides* pure qualificata in senso soggettivo e oggettivo appartiene, in verità, a un unico ceppo morale che la caratterizza in senso ontologico e ne sussume le diverse connotazioni riscontrabili in dottrina o nelle fonti<sup>165</sup>.

Non si ravvisa, infatti, una sostanziale differenza tra quello stato d'animo venuto in esistenza e maturato, *sine aliena iactura, sine alterius detrimento et iniuria* e quel rispetto della parola data, quella profonda esigenza di solidarietà necessaria alla giustizia dei rapporti obbligatori che, per diverse vie, hanno dato significato alle classificazioni della clausola oggi note.

In entrambe le catalogazioni è sostanzialmente chiara la comune contrapposizione al concetto di *dolo e fraus* che perlopiù è requisito essenziale sul quale si fonda la *fides* dell'origine la quale s'identifica con la virtù dell'uomo e promuove il bene comune.

Da questa prospettiva, la bipartizione scientifica a tutt'oggi utilizzata per qualificare le due proiezioni assunte dal concetto unitario di *fides*, dato il comune richiamo ai valori dell'onore, della lealtà, della credenza, pare discutibile<sup>166</sup>, poiché è dall'etica che entrambe le classificazioni muovono i passi e vengono recepite nel diritto.

“Innanzitutto - si osserva in dottrina - una mirabile convergenza di argomenti ha mostrato che il concetto romano di buona fede dev'essere considerato come il risultato di una progressiva sublimazione etica dell'assenza di spirito lesivo in tutta la condotta dell'agente, come una nuova rappresentazione di uno stesso perenne

---

della *iusta causa* e, di fatto, vi si sostituisce, giacché è volta a garantire una più ampia durata della carenza di spirito lesivo nel soggetto che intende usucapire la proprietà della cosa.

165 Sui rapporti tra morale e diritto, nel diritto romano, si rimanda agli studi di E. ALBERTARIO, “*Etica e diritto nel mondo classico latino*”, in *Studi di diritto romano*, V, Milano, 1937, p. 3 e ss..

166 Tra i romanisti l'argomento è stato molto dibattuto: la visione dualistica di G. BRUNS, *Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung – Ein practisches Gutachten nebst einem theoretischen Nachtrage*, Berlin 1872, era avversata, ad esempio, da P. BONFANTE in *Essenza della bona fides*, cit., *passim*. Si richiama il contributo di B. BRUGI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1926, pp. 198 e ss., dove si osserva: “la *bona fides*, criterio morale e giuridico insieme, non chiuso dai romani entro uno scolastico concetto uniforme per tutti i casi, ma naturalmente vario secondo varie circostanze che il giudice esamina, si può dire l'onestà e fondata persuasione del possessore, sebbene contraria alla verità, di avere diritto al possesso della cosa”. In punto, ancora, V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma 1936, p. 128 e ss.. Per un approfondimento delle problematiche legate alla buona fede soggettiva e oggettiva e verso il superamento delle due categorie, si consulti A. PERNICE, *Labeo: Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, 2 voll., Halle 1873, *passim*.

concetto generale<sup>167</sup>.

Entrambe le qualifiche assegnate alla buona fede si fondano “di regola” su “uno stato psicologico determinato dallo stesso grado<sup>168</sup> ovvero entrambe le qualificazioni assumono una profonda valenza morale.

La ragione della buona fede unitaria rimanda, ancora una volta, al pensiero dei filosofi classici: il dovere di solidarietà che la *fides* promuove, sembra naturale derivazione dell’esigenza d’armonia che, ad esempio, nel pensiero di Aristotele, stava alla base dell’appartenenza dei cittadini alle costituzioni e agli Stati<sup>169</sup>.

L’“uomo – infatti - è per sua natura un animale socievole” e il naturale desiderio di vivere in comunità lo spinge a desiderare “l’interesse comune” per ottenere, secondo giustizia, “il benessere – particolare - che ciascuno ne trae<sup>170</sup>”.

Il criterio della buona fede, a ben vedere, integra i sistemi giuridici dal fatto, dai valori condivisi nella comunità di riferimento, laddove il vaglio di validità della regola di diritto si fonda, in via preferenziale, sul riconoscimento del grado di giustizia che la regola conduce, piuttosto che sulla forza legata alla previsione autoritativa del precetto astratto.

L’approdo segnalato viene in altri termini descritto dalle più recenti considerazioni di Jacques Maritain sull’importanza del diritto naturale nelle relazioni.

Lo studioso osserva come “i giudizi in cui la legge naturale è resa manifesta alla ragione pratica non procedono da un qualche esercizio discorsivo e razionale della ragione” ma “da quella connaturalità o congenialità mediante cui ciò che è consonante con le inclinazioni essenziali della natura umana è colto dall’intelletto come buono, ciò che è dissonante come cattivo<sup>171</sup>”.

Nella civiltà romana la *fides* e la *bona fides* esprimono il grado di consapevolezza di cui parla lo studioso e sono indicative di come quella consapevolezza preceda la legislazione statale: la circostanza conferma, con parte autorevole della filosofia contemporanea, la “disposizione naturale (...) di ciascun uomo all’autonomia<sup>172</sup>”.

---

167 Cfr. L. SCAVO LOMBARDO, *Il concetto di buona fede nel diritto romano*, in *La buona fede nel diritto canonico*, Milano 1995, p. 50. In punto, di rilievo, P. Bonfante che osserva: “La buona fede pure quanto al grado, è misura del senso morale della società, che intende per buona fede la mera assenza di dolo o mala fede, ed è rimessa nei singoli casi all’apprezzamento del giudice, partecipe e interprete di questo mutevole e indefinibile sentimento. L’ambito maggiore concesso alla buona fede dal diritto potrà crescerne l’importanza e renderne più delicata l’ammissione ma non significa esaltazione del grado”. In *Essenza della “bona fides”*, op. cit., p. 718.

168 P. BONFANTE, *Essenza della “bona fides”*, op. cit., p. 717.

169 L’assunto si fonda sul pensiero di ARISTOTELE, *Politica*, Renato Laurenti (a cura di), Laterza Bari, 1993, p. 119, che rileva: “La pluralità delle costituzioni è dovuta al fatto che ogni stato ha un considerevole numero di parti. In primo luogo vediamo che tutti gli stati sono composti da famiglie, poi che di questa massa di gente, taluni necessariamente sono ricchi, altri poveri, altri di condizione media e che dei ricchi e dei poveri gli uni sono armati, gli altri disarmati. Vediamo pure che il popolo si occupa parte di agricoltura, parte di commercio, parte di mestieri meccanici (...). E’ chiaro dunque che devon esserci di necessità, più costituzioni, specificamente differenti l’una dall’altra, perché queste parti differiscono specificatamente tra loro”.

170 ARISTOTELE, *Politica*, cit., p. 82.

171 JACQUES MARITAIN *Nuove lezioni sulla legge naturale*, Milano 1985, p. 185; Id. *Ragione e ragioni*, Milano, 1982, pp. 25-28.

172 F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 169

Comportarsi secondo buona fede, per come emerge dalla nostra ricerca, risponde a un dovere morale dagli sviluppi simili a quelli descritti da Platone nella *Repubblica*, laddove si occupa della parte migliore e peggiore dell'animo umano: le due diverse nature, infatti, non abbisognano per essere premiate o sanzionate dell'intervento autoritario dello Stato, ma, naturalmente, del giudizio degli uomini.

Nella "stessa anima di ciascuno - osserva il filosofo - vi sono due aspetti uno migliore e uno peggiore, (...) quando la parte per natura migliore ha il governo della peggiore ecco che si usa l'espressione essere padrone di sé che suona lode; quando invece per colpa di una cattiva educazione o di non buona compagnia, la parte migliore, ma più debole, è vinta dalla peggiore, più forte, ecco allora che si usa l'espressione essere schiavo di se stesso, che suona biasimo e rimprovero"<sup>173</sup>.

L'assetto giuridico che ne deriva, per un lungo periodo di tempo e comunque nella Roma dell'origine, è quello di un ordinamento aperto all'ascolto umano e all'evoluzione sociale, laddove l'istituzione maggiore non assorbe, perché non rinnega, l'istituzione minore: in altre parole, non assorbe autoritativamente la forza della relazione che risiede nella condotta dabbene derivata dalla virtù dell'uomo<sup>174</sup>.

Resta da dire, a chiusura del breve sunto in argomento e prima di occuparci della buona fede nel diritto canonico e medievale, che la morale del popolo romano dalla quale la buona fede origina è sostanzialmente fondata su valori laici.

L'esigenza di moralità, che la *fides* rappresenta, è sentita come esigenza di non offendere i *boni mores*: non sussiste, infatti, in quella civiltà, alcuna finalizzazione della morale verso scopi indirizzati alla purificazione dell'individuo dal peccato.

Non è ancora presente la matrice cristiana della *fides*.

La circostanza è, tuttavia, destinata a cambiare con l'avvento del cristianesimo e con il consolidamento del potere temporale della Chiesa, laddove l'opposizione alla *fraus* e al *dolo* richiederanno la purificazione della volontà e della condotta dell'uomo dal peccato.

### 1.7. Buona fede e diritto canonico: introduzione essenziale all'argomento —

Prima di occuparci della buona fede nel diritto medioevale e canonico occorre svolgere un'essenziale premessa sui criteri della trattazione, data la complessità del periodo storico analizzato.

La buona fede sarà ricostruita per tratti essenziali, mettendo in risalto il particolare modo della sua connotazione nella nuova visione culturale e giuridica.

Il fenomeno sarà indagato con particolare attenzione al rilievo giuridico della buona fede soggettiva, in ragione del mutamento dei valori morali tesi a incidere sul procedimento di formazione della volontà del soggetto e sul buon esito delle

---

173 La linea seguita nel testo richiama, anche per la citazione, i pensieri di F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 169.

174 Tale esigenza è particolarmente sentita dai filosofi contemporanei della scuola patavina come critica attuale all'astrattezza e virtualità del diritto che scaturisce dalle teoriche risalenti alla nascita dello Stato moderno. In punto, in particolare L. FRANZESE, *I percorsi della sussidiarietà*, Cedam, Padova 2009, *passim*; ID. *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, 2 ed., Cedam, Padova 2006, *passim*; F. GENTILE, in particolare, *Ordinamento giuridico tra Virtualità e Realtà*, cit., *passim*.

relazioni intrattenute.

Abbiamo già trattato, ad esempio, e vi ritorneremo, di come la consapevolezza di non ledere la posizione altrui assuma un ruolo preponderante nell'istituto dell'usucapione del diritto romano, o meglio, nel regime delle prescrizioni acquisitive ed estintive.

Quella consapevolezza, tuttavia, assumerà, nella nuova cultura, un rilievo giuridico diverso, ispirato ai valori della nuova religione cristiana e da essi dipendente.

Da questa prospettiva si darà spazio a essenziali riflessioni sugli effetti che la buona fede produce nella disciplina del dubbio e dell'errore.

Ci occuperemo, ancora, della buona fede nel matrimonio putativo e nei contratti, con l'intento di dimostrare l'imprescindibile collegamento che lega, nel pensiero giuridico dell'epoca, la condotta dabbene alla *regula iuris* e, di lì, il diritto alla stessa natura umana.

La trattazione non comporterà, tuttavia, l'analisi delle innumerevoli fonti che hanno dato origine al diritto canonico, nelle quali la buona fede si colloca, ma fungerà da piano di confutazione dell'aporia segnalata in premessa, che coinvolge la buona fede del diritto privato e del diritto pubblico.

L'indagine servirà, in definitiva, alla migliore comprensione dell'essenza della clausola e in questo senso si richiamerà la continuità culturale che, per il modo di intendere l'uomo e il diritto, accomuna la civiltà romana a quella cristiano – medievale. Tale similitudine, infatti, si ritiene significativa, nell'ottica della risoluzione del problema prospettato, per la dimostrazione di come, nei pensieri giuridici dell'origine, l'idea di diritto si evolva non snaturando il senso di appartenenza che lega la comunità umana alle regole che la governano.

1.8. *Diritto canonico e medioevo: la buona fede e la nuova concezione del diritto* — S'introduce l'argomento riportando una nuova opinione della dottrina giacché riassuntiva di quanto in precedenza trattato: vedremo, infatti, come l'interpretazione canonistica della buona fede richiami i valori insiti nella *fides* nel diritto romano e, proprio sotto questo profilo, la citazione ci sembra pertinente.

“Già per i Romani - osserva L. Scavo Lombardo – la nozione di buona fede sarebbe una di quelle che il diritto non costruisce di per sé, sia pure su quella base di elementi etici ed economici, di concezioni ed elementi pregiuridici, su cui sorge ogni diritto positivo; ma – appartiene - al novero di quei concetti che il diritto prende (...) da ambiti cui più facilmente (...) rinvia ed attinge (...). La buona fede posta dai Romani tra i precetti del diritto - osserva lo studioso - assume l'universalità di un'esigenza etico giuridica scritta nella coscienza umana”<sup>175</sup>.

“I romani – tuttavia, egli chiarisce, - conoscevano una morale senza ombra di dogma, per i cristiani - al contrario - la morale coinvolge un dogma - così che - basta questa considerazione perché si intraveda (...) quale sarà l'evoluzione canonistica del concetto di buona fede: la sua natura morale - si osserva - deve per quanto possibile prevalere e non sottostare alle esigenze pratiche del diritto”<sup>176</sup>.

---

175 L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 54.

176 L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 55.

D'altra parte, precisa Giuseppe Salvioli, "l'idea della *bona fides* non fu inventata dai papi, ma tolta dal diritto romano"<sup>177</sup> e l'osservazione se da un lato individua il presupposto sul quale l'argomento che si introduce si fonda, dall'altro ci prospetta il piano della sua evoluzione nella storia che consegue alla fine della civiltà romana.

Sul piano filosofico, poi, il filo conduttore che lega la filosofia greca di Platone e Aristotele a quella della scolastica vedrà nel pensiero dell'Aquinate il criterio ispiratore e ordinatore del nuovo diritto canonico e della nuova accezione di buona fede.

Si pensi, ad esempio, alla particolare visione dell'uomo, essere razionale e sensibile insieme che ora è considerato, senza sostanziali mutamenti rispetto al passato, un misto di corpo e anima alla stregua della distinzione che intercorre tra "questo mondo e il regno di Dio"<sup>178</sup>, tra la legge umana e la legge divina.

I fatti della storia confermano la continuità culturale segnalata che, a parere di chi scrive, ha come imprescindibile presupposto la commistione delle culture che si manifestano nel periodo considerato, fenomeno al quale la civiltà romana era da sempre sensibile giacché civiltà fondata sull'incontro tra *gentes* e culture dissimili.

L'enorme vastità dell'impero, la cui massima estensione si raggiunge sotto l'imperatore Traiano nel 117 d.C., è testimonianza di come l'incontro tra popoli diversi sia elemento caratteristico della struttura politica e giuridica di Roma, di cui gli argomenti finora trattati hanno fornito un chiaro esempio, seppure venuti in emersione in tempi più risalenti.

Circa a metà del I secolo d.C. accade, tuttavia, che il cristianesimo si estende dalla Giudea all'Impero e il fenomeno pone la preponderante necessità di rielaborare valori e concezioni sui quali la società civile si era, nel frattempo, stanziata <sup>179</sup>.

---

177 G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino 1930, p. 512.

178 La citazione è di A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 228.

179E' opportuno richiamare alcune notizie storiche sulla nascita del cristianesimo nell'impero romano: dalle lettere paoline (seconda metà del I secolo) emerge come il cristianesimo si andava organizzando. Sorgevano le chiese locali di Antiochia, Damasco, Cesarea, Corinto Smirne, Efeso, Roma ecc. Queste ultime perlopiù non erano coordinate da soggetti che rappresentavano ufficialmente la Chiesa, ma dalle diverse comunità di fedeli (efesini, tessalonicesi ecc.). I primi anni di vita del cristianesimo, impiegati nella divulgazione della Parola tramite la predicazione degli apostoli e l'opera delle prime comunità, non presentano rilevanti connotazioni giuridiche. I cristiani si riunivano per scambiarsi abitudini di vita e per pregare. La crescita dei valori della fede e la loro divulgazione tra i popoli finiscono, tuttavia, per contrastare i principi cardine dell'impero e segnatamente due: il culto dell'imperatore e il servizio negli eserciti romani. Si trattava di atteggiamenti pericolosi che giustificano le persecuzioni inflitte da Nerone e proseguite, secondo la testimonianza di Eusebio, con Domiziano, Traiano, Marco Aurelio fino a Diocleziano. Nel 311 d.C., Galerio si rende conto del fallimento dell'atteggiamento persecutorio intrattenuto contro la nuova religione ed emana un editto di tolleranza che lascia i cristiani liberi di professare il loro credo. Con la conversione di Costantino la situazione dei cristiani cambia sensibilmente: infatti, dopo la vittoria su Massenzio (27 Ottobre 312), aperte definitivamente le porte di Roma, si spiana la via per l'Occidente e per l'apertura dei negoziati con gli altri popoli di diversa cultura. L'Editto di Milano o di Costantino, per esempio, riconosce la generale libertà di culto, compreso quello cristiano. Nel 380 si compie, peraltro, un nuovo passo avanti verso la piena legittimazione della nuova religione. Con l'editto di Teodosio, meglio conosciuto quale editto di Tessalonica, città dove l'imperatore risiedeva al momento della sua sottoscrizione, il cristianesimo diventa religione di stato ed è imposta in tutto l'impero. Per approfondimenti si richiama, per tutti, il contributo di J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico: Ecclesia et Civitas*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo,

Pare, dovendo semplificare gli avvenimenti per ovvie esigenze di brevità, che la *lex* intesa come espressione del senso civile e morale, ma sostanzialmente laico, della società romana risenta fortemente dei principi morali e religiosi che caratterizzano la fede cristiana, i quali coinvolgono, dal profondo, la popolazione che quella fede professa.

Il percorso che conduce alla nascita del diritto canonico esprime l'esigenza d'autonomia della comunità cristiana sempre più ampia, la quale vuole dotarsi di regole proprie e, d'altra parte, questa tendenza trova nella storia un terreno fertile, dove piantare il suo seme, giacché la nascita del cristianesimo coincide con la pesante crisi che mina le fondamenta del potere romano sui territori conquistati e sulle genti.

Il diritto romano è recepito e sviluppato nel diritto canonico, diventando un importante riferimento per i sistemi odierni<sup>180</sup>, grazie alla grande operazione di ripensamento e conservazione delle fonti, svolta dai canonisti cristiani.

Col declino di Roma, irreversibilmente tracciato dalla caduta dell'Impero romano d'Occidente<sup>181</sup>, "la chiesa romana" diviene protagonista "della civiltà

---

Milano 1998, *passim*.

180Prima di proseguire è opportuno fornire un chiarimento sull'espressione "diritto romano": con questa espressione si fa riferimento all'ordinamento giuridico vigente nelle varie epoche della storia Romana (regia, repubblicana, imperiale) e tuttavia i limiti di tempo entro i quali si circoscrive la storia del diritto romano, non corrispondono, con esattezza, a quelli della storia romana. Sebbene, infatti, il punto di partenza risalga alla nascita di Roma, la storia romana è comunemente ritenuta chiusa con la caduta dell'Impero d'Occidente, mentre la storia del diritto romano ha il suo punto d'arrivo nella compilazione di Giustiniano, imperatore d'Oriente tra il 529 e il 534 d. C.. Tale compilazione, che a partire dal XVI secolo è raccolta sotto la denominazione *Corpus iuris civilis*, rappresenta la più vasta e ricca raccolta d'informazioni e di regole giuridiche, relative anche a epoche precedenti. Il *Corpus iuris civilis* (composto da *Istitutiones*, *Digesto*, *Codex*, *Novellae*) consegue enorme successo nel periodo medioevale e moderno, tanto da potersi ritenere che in Occidente molti attuali ordinamenti europei sono sue derivazioni e adattamenti. Nel mezzo, l'importanza del diritto canonico, il quale ne svolge un'opera di conservazione e riadattamento, alimentandone la divulgazione. In punto V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978, 1; J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico: Ecclesia et Civitas*, cit., *passim*.

181 Il crollo dell'Impero romano d'occidente è stato convenzionalmente datato nell'anno 476: la crisi dell'esercito imperiale, ormai diviso tra le *legiones* che rappresentavano l'esercito vero e proprio e i *foederati*, in altre parole quelle milizie straniere reclutate tra le popolazioni che avevano stretto un *foedus* con Roma, aveva condotto alla deposizione del giovane imperatore Romolo Augusto cui succedeva Odoacre. Odoacre, proclamato *rex* e non *imperator*, poiché occupava una sede imperiale rimasta vacante e per il diritto pubblico romano la circostanza non consentiva l'investitura più alta, restituiva di fatto il titolo all'imperatore d'Oriente. Le invasioni barbariche indebolivano i confini dell'impero: si ricorda, infatti, che già nel 568 i Longobardi si spingevano fino a Benevento e Spoleto spaccando la penisola in due parti, quella settentrionale longobarda e quella meridionale Bizantina. Il diritto romano, nel contesto rappresentato, era destinato a coesistere con le regole germaniche e con le influenze cristiane: in questo scenario si sviluppa il diritto canonico. Le codificazioni giuridiche che appartengono all'epoca sono, come noto, il *Codex Gregorianus*, *Hermogenianus* e *Teodosianus*, che sono serviti da traccia al codice giustiniano il quale risale al 529. La cristianità e la Chiesa sono depositarie e custodi della civiltà giuridica romana contro il dominio barbarico. Dalle rovine dell'impero romano d'occidente sorge un'unità ideale identificabile nella Roma cristiana, la quale aveva come principale scopo quello di salvare la civiltà romana e la religione di Cristo. Nell'*Universa Ecclesia*, il popolo cristiano si appresta a vivere nel medioevo la sua romanità. Cfr. J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico: Ecclesia et Civitas* cit., *passim* e ancora F. CALASSO, *Il medioevo del diritto*, Milano 1954, *passim*; A. CAMPITELLI, *Europeenses*, Bari 1990, *passim*.

medievale; a ogni livello, religioso, culturale, economico-sociale, politico giuridico. Si può ben dire – osserva la dottrina - che quella civiltà è per buona parte creatura sua<sup>182</sup>.

Si tratta, come acutamente è stato osservato, “dell'unica confessione religiosa che pretende di costituire un ordinamento giuridico originario, non dipendente da nessuna formazione temporale, ma risalente direttamente a Cristo come divino legislatore (...) perché questo diritto canonico, lungi dall'essere una disciplina di un'appartata collettività sacerdotale, in un mondo storico come quello medievale è dimensione dell'intero ordine giuridico, dando un grosso contributo al suo complessivo volto tipico<sup>183</sup>”.

Nel primo millennio lo sforzo si presenta considerevole, giacché il materiale giuridico - canonico è recepito nelle fonti più disparate, come “ammasso confuso di regole, molte delle quali si contraddicevano vicendevolmente, suscitando imbarazzo in un ordinamento sovrastato da finalità squisitamente pastorali<sup>184</sup>”.

Alla fine dell'undicesimo secolo, sotto Papa Gregorio VII, si comincia tuttavia a riordinare la molteplicità delle fonti che la Chiesa aveva prodotto, cercando di ridurre le *discordiae* o contraddizioni: se ne ricava, grazie all'impegno in tal senso profuso da Ivo di Chartres, una “dicotomia imprescindibile” segnata da un lato dal “livello alto del diritto divino (*ius divinum*) che ha in Dio stesso la sua fonte” composto perlopiù da poche regole ritenute perenni (si pensi al comando non uccidere) e, dall'altro, dal “livello più basso del diritto umano (*ius humanum*)<sup>185</sup> che ha la sua fonte nella sacra gerarchia, nei giuristi, nelle consuetudini” e che costituisce la gran parte del diritto canonico “(...) soltanto utile per la salvezza<sup>186</sup>”.

Il fenomeno assume, a ben vedere, un significato importantissimo a proposito del modo di pensare il diritto che, a parere di chi scrive, è stato ben espresso dalle parole di Alf Ross quando osserva che l'evoluzione si attua in due direzioni fondamentali: da una parte, il diritto naturale del pensiero classico si arricchisce di un contenuto più profondo legato all'appoggio “saldo e dogmatico della rivelazione”, dall'altro ne è rafforzato, giacché derivazione dalla legge divina<sup>187</sup>.

Il diritto canonico, dopo la fine della civiltà romana e finanche dopo l'opera di Ivo, si presenta come diritto “marcatamente non compatto, anzi, formato da un ristretto strato superiore rigidissimo e da un ampio strato inferiore, contrassegnato

---

182 P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2009, p. 33. Per una ricostruzione storica sulla nascita del medioevo e la ricostruzione delle sue caratteristiche essenziali si veda, senza pretesa di esaustività, M. MONTANARI; G. ALBERTONI; T. LAZZARI; G. MILANI, *Storia medievale*, 11a ed., ed. Laterza, Bari, 2002, *passim*; G. PICCINI, *I mille anni del Medioevo*, Milano 2007, *passim*; G. SERGI, *L'idea di Medioevo tra senso comune e pratica storica*, Donzelli, Roma 1999, *passim*; F. CARDINI, M. MONTESANO, *Storia medievale*, Le Monnier Università, Firenze, 2006, *passim*.

183 P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 33 laddove si segnala lo sforzo dei canonisti del primo millennio solcato da movimenti ereticali ai quali si voleva contrapporre l'ortodossia religiosa tradotta “in stabili verità teologiche”.

184 P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 34.

185 Si richiama la definizione che della legge umana fornisce Tommaso d'Aquino nella *Questio* 91 della sua *Summa Teologica*. Egli dice: “la ragione umana dai precetti della legge naturale come da principi universali dispone delle cose in modo particolare, queste disposizioni particolari sono la legge umana”.

186 P. GROSSI, *L'Europa del diritto* cit., pp. 34 - 35.

187 Cfr. A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 228.

invece da elasticità (...) ”: quest’ultima caratteristica, in particolare, ne favorisce una più agevole applicazione giurisdizionale.

Nella nuova cultura il giudice ecclesiastico è una figura di grande interesse e rilievo, poiché possiede un ampio potere interpretativo e derogatorio della regola di diritto, specie in ragione dell'*equitas* che è un particolare criterio di giudizio del nuovo diritto cristiano.

Questo potere trova la sua ragione d’essere nella nuova funzione riconosciuta al diritto: “la legge umana”, infatti, osserva la dottrina, “acquista la propria forza vincolante, la propria validità di legge in contrapposto al potere arbitrario, soltanto in forza della sua derivazione da quella divina (...) ”; per questa ragione, si chiarisce, “se la legge positiva dovesse imporre o permettere qualcosa in diretto contrasto con i comandi fondamentali della legge di natura (...) allora è diritto e dovere di ognuno di opporre resistenza al re e alle autorità; poiché in questo caso la legge non è più legge ma forza bruta, e il re non è più re ma tiranno”<sup>188</sup>.

L’*equitas*, che è criterio di valutazione della giustizia della condotta per mezzo dei principi immutabili del diritto divino<sup>189</sup>, legittima il giudice all’individuale “considerazione del singolo fedele, dei suoi atti particolari, delle circostanze particolari in cui questi si sono svolte (...) ”, consentendo, tramite la *relaxatio legis*, “una identificazione puntuale del diritto canonico, colto nella sua intima indole pastorale”<sup>190</sup>.

Vero è che, sul piano politico, la Chiesa, in via di consolidamento, finisce per contrapporsi al potere temporale e, verosimilmente, il dogma che sta alla base del nuovo diritto può rispondere strumentalmente a questa nuova esigenza non distante dalla lotta per il potere: tuttavia la constatazione non si ritiene assorbente delle ragioni dell’evoluzione giuridica che ci occupa, quanto più una sua distorsione, giacché ciò che preme ai nostri fini argomentare è come, anche nel pensiero cristiano, il diritto sia diretta derivazione dell’uomo come creatura di Dio e fenomeno di sua naturale appartenenza<sup>191</sup>.

La legge è comando della ragione riconosciuta come innata qualità dell’uomo

---

188 Per la citazione A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit. p.229.

189 Osserva P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, Bari 2000, p.178, come l’*aequitas* non è un prodotto della “*mens humana*” ma “è nelle cose e dalle cose si proietta sugli uomini”. “L’*aequitas* - continua l’autore - è nei fatti dove è già diritto e aspetta solo di essere interpretata e trasformata in diritto”. Cfr., con ampia bibliografia, *idem*, pg. 175, nota 124.

190 Per le citazioni riportate, P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, cit., p. 35. Circa il richiamo all’istituto della *relaxatio legis*, possiamo dire, con lo storico, che essa consisteva in una sorta di potere discrezionale in forza del quale il fatto dedotto in giudizio poteva in qualche modo fornire i criteri per la risoluzione del conflitto: questo comportava che la legge, pur applicabile in astratto al caso concreto, poteva anche esservi applicata affatto qualora la posizione dell’uomo, le particolari circostanze e la condotta tenuta, lo giustificassero. Per approfondimenti sulla distinzione tra l’*aequitas* del diritto canonico ed equità, si rimanda, senza pretese di esaustività, a F. CALASSO *Medioevo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, pp. 503 e ss., M. BELLOMO *L’Europa del diritto comune*, Roma 1989, pp. 174 e ss., C. M. DE MARINI, *Il Giudizio di equità nel processo civile*, Padova 1959, pp. 158 e ss., E. BESTA *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Milano 1937, pp.160 e ss., A. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia*, I, Torino 1921, *passim*, F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, *passim*.

191L’osservazione pur condivisibile su un piano politico e storico si ritrova in A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., p. 229.

e il suo fine è quello dell'utilità della comunità umana<sup>192</sup>, in altre parole il raggiungimento del bene comune.

L'impostazione dogmatica e giuridica della *Summa Teologica* di Tommaso D'Aquino, eminente fonte di riferimento della nuova cultura, ne è dimostrazione e risponde perfettamente alla filosofia morale e giuridica di Aristotele seppure con interpolazioni proprie del pensiero cristiano: in essa è sostenuto che ogni cosa tende, seguendo la propria natura, alla perfezione in Dio e per questa via sia l'uomo, sia ogni suo impulso naturale sono da considerarsi validi in senso ontologico<sup>193</sup>.

Non è dunque la legge a rendere gli uomini buoni - osserva l'Aquinate - ma essi sono buoni in grazia e virtù per intercessione divina, come qualcosa che viene prodotto in noi "senza di noi": queste qualità preesistono alla legge<sup>194</sup> che dal canto suo, libera essendo, può anche non tendere al bene comune<sup>195</sup> e perciò presentarsi tirannica.

A causa della sua possibile fallacia, osserva il filosofo, la legge non ha tra le sue funzioni quella di rendere gli uomini buoni<sup>196</sup>: tuttavia laddove essa si conformi alla superiore legge divina, può assumere forza cogente e utile alla riconduzione del disvalore dettato dall'arbitrio entro il piano morale e giuridico della virtù.

La divisione delle due dimensioni giuridiche, attribuita dalla storia a Ivo di

---

192 TOMMASO D'AQUINO, *Summa teologica*, Q. 95 art.3.

193 In realtà, le considerazioni riportate nel testo richiamano i pensieri di P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., *passim*, sulla nascita del diritto canonico che, secondo lo studioso, è diritto fondato sulle cose in senso "oggettivo", alla stregua di come veniva concepito da Aristotele e Tommaso e, tuttavia, la teorica non può ritenersi univoca. Ad essa è stata contrapposta la teoria soggettivistica attribuita a Okham e ai francescani per la quale il diritto si fonda sulla *potestas* individuale dei soggetti abilitati all'azione, favorendosi l'importanza della singola volontà che determina la condotta. In Questa prospettiva, ad esempio, il contributo di Tommaso è letto sulla base di diverse considerazioni tese a riconoscere il diritto naturale alla stregua di un diritto senza Dio in quanto, è stato osservato, "essere stati determinati significa solo che i fini (che conducono al bene degli individui) sono parte dello sviluppo dell'essenza della natura umana senza dover fare un riferimento diretto alla legge eterna". La citazione è di A. J. LISSKA, *Aquinas's Theory of Natural Law: An analytic reconstruction*, Oxford, 1996, pp. 107-108. In argomento l'attenta ricostruzione di B. TIERNEY *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law and Church Law*, Atlanta 1997, ma anche G. TODESCHINI *Oeconomia franciscana. Proposte di una nuova lettura delle fonti dell'etica economica medievale*, in *Rivista di storia e letteratura religiosa*, XII, 1976, I, pp. 15 - 77. Si veda ancora e in particolare A. S. BRETT, *Liberty Rights and Nature. Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge University Press, 1997, (introduzione).

194 Dice l'Aquinate: "nessuno può conoscere la legge eterna per come è in se stessa, se non i beati, che vedono Dio per essenza. Ma ogni creatura razionale la conosce secondo qualche sua irradiazione maggiore o minore. Infatti, ogni conoscenza della verità è una qualche irradiazione o partecipazione della legge eterna, la quale - come dice Agostino nel *De vera religione* - è la verità immutabile. E tutti conoscono in qualche modo la verità almeno quanto ai principi comuni del diritto naturale". Si veda Tommaso D'Aquino *Scriptum super sententiis*, in IV Sent., d. 33, q.1, a.1, c., tr. di A. VENDEMIATI, in ID. *La legge naturale nella Summa theologiae di Tommaso d'Aquino*, Roma 1995, p. 87-88.

195 Dalle questioni 90 e 91, contenute nella *Summa Teologica*, si comprende la finalità che la legge assolve nel pensiero dell'Aquinate. Egli definisce la legge come il "comando della ragione ordinato al bene comune, promulgato da chi è incaricato in una collettività" (Q. 90 art.1). Specifica inoltre che a) la legge è qualcosa che appartiene alla ragione e ogni legge è ordinata al bene comune; b) fare le leggi spetta all'intero popolo, o alla persona pubblica che ha la cura di esso (art. 3); c) la promulgazione è necessaria alla legge perché abbia vigore.

196Il richiamo va alla questione n. 92 art. 1 contenuta nella *Summa Teologica* di S. Tommaso.

Chartres, permane per importanza e per l'ampio recepimento sul piano culturale e religioso anche nei secoli a venire: in essi è destinata ad evolversi fino ad assumere più compiuta elaborazione nella postuma dottrina sociale della Chiesa cattolica, che sostiene un'idea di diritto con funzione sussidiaria<sup>197</sup>.

Il diritto non coarta né sostituisce la naturale autonomia umana, ma può guidarla e correggerla per impedire e reprimere la violazione di principi superiori di giustizia e uguaglianza.

È opportuno ricordare, tuttavia, che la peculiarità della tendenza ora richiamata rappresenta il comune aspetto sostanziale delle successive opere di riorganizzazione delle fonti compiute da Graziano<sup>198</sup>, Gregorio IX (1234), Bonifacio VIII (1298) Giovanni XXII (1317).

Lo sforzo profuso si ritiene indicativo di come la Chiesa, anche per evidenti finalità politiche e di potere, dal tempo della sua nascita e per tutto il medioevo, stia “formando quello che più tardi sarà chiamato, sul modello dello stampo giustiniano, *Corpus iuris canonici*”<sup>199</sup>.

La costruzione del nuovo diritto, che occupa gli studiosi, “disdegna le regole generali ed astratte”: la sua natura pastorale, osserva la dottrina, “lo porta insomma ad essere un diritto dall'indole squisitamente casistica”, fatto soprattutto di decretali<sup>200</sup> in mano al Pontefice, guida suprema e *vicarius Christi*.

Anche il Medioevo è periodo storico caratterizzato dall'incompiutezza del potere<sup>201</sup>: la circostanza favorisce un sistema giuridico ispirato ai principi del

197 Il pensiero espresso rimanda al contenuto della *Rerum novarum* (1892) di Leone XIII e alla *Quadragesimo anno* (1931) di Pio XI, laddove il concetto di diritto sussidiario è sentito come *gravissimum* (importantissimo). Il pensiero sociale della Chiesa cattolica lo esprime con chiarezza tanto che si ritiene opportuno citare i testi richiamati. Dalla *Rerum novarum*: “Non è giusto che il cittadino, che la famiglia siano assorbiti dallo Stato: è giusto invece che si lasci all'uno e all'altra tanta indipendenza di operare quanta se ne può, salvo il bene comune e gli altri diritti”. Dalla *Quadragesimo anno*: “Come è illecito togliere ai singoli ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria proprie, per affidarlo al collettivo, così è ingiusto rimettere ad una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori si può fare. Perché la ragione naturale di qualsiasi intervento nella società è quella di dare aiuto (*subsidium* donde sussidiarietà) alle membra del corpo sociale non già distruggerle ed assorbirle”.

198 Osserva A. ROSSI nel suo *Diritto e giustizia*, cit., p. 229 che nel *Decretum Gratiani* del XII secolo “diritto ed ordine ricevettero un appoggio religioso, essendo stato riservato alla Chiesa, un diritto di censura a difesa di certi diritti fondamentali, in particolare a sostegno del potere papale, nella sua lotta con il potere temporale”. Così fornendo l'interpretazione politica dell'emergente diritto canonico.

199 P. GROSSI, *L'Europa del diritto* cit., p. 55.

200 Nel 1200 le fonti del diritto canonico sono in prevalenza composte dalle disposizioni dei Concilii, dalle pronunce giudiziali e da una proliferazione massiccia di decretali: queste ultime hanno la forma della lettera (*epistola decretalis ovvero lettera dal contenuto decisivo*) e contengono chiarimenti che il Papa pronuncia su casi dubbi tratti dalla vita quotidiana. Si veda P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 56.

201 In punto P. GROSSI, *op. cit.*, p.11 ss., che scrive: “Il medioevo giuridico comincia lentamente a disegnarsi negli espedienti e nelle invenzioni con i quali la società dei secoli IV e soprattutto V d.C. tenta di ordinarsi all'interno dei vuoti generati dal crollo dell'edificio politico romano e della cultura in esso circolante. Il punto storicamente saliente è sul modo con cui si corrispose a quei vuoti (...). A un apparato di potere robusto, capillare, articolatissimo se ne sostituì (...) uno di pari qualità e intensità”. Caratteristica del potere politico medievale è “l'incompiutezza” intendendosi per incompiutezza “la carenza di ogni vocazione totalizzante, la sua incapacità (...) a occuparsi di tutte le manifestazioni sociali e a controllarle, coprendo solo certe zone dei rapporti soggettivi e

“*reicentrismo*” e “*comunitarismo*” dove l’uomo “sopravvive *uti socius non uti singulus*: ossia come membro di una comunità”<sup>202</sup>.

Nel Medioevo si tende “a percepire il diritto come qualcosa di *fattuale*”<sup>203</sup> dove la consuetudine diviene modello e criterio insieme delle condotte osservabili.<sup>204</sup>

La consuetudine – osserva la dottrina - “sintetizza in sé le convinzioni e i valori che la nuova civiltà giuridica ha posto a suo fondamento (...)” ed è lì che in particolare si manifesta “la *costituzione* del primo Medioevo giacché - quella fonte giuridica - *costituisce* le diverse comunità socio-politiche, dà loro stabilità e fisionomia peculiare”<sup>205</sup>.

Il diritto comune medievale, a ben vedere, esprime la razionalità della società

---

consentendo ad altre (...) la possibilità di poteri concorrenti”. “Il principe medievale si occupa di ciò che gli serve al mantenimento saldo del potere e cioè della milizia (...) delle imposte (...) di un reale ordine pubblico, ma non è il grande burattinaio che pretende di tenere e manovrare i fili dei rapporti sociali ed economici”. “I primi secoli del nascente Medioevo sono contrassegnati da quel fatto incisivo costituito dall’inserimento nella civiltà mediterranea di stirpi nordiche, Visigoti, Vandali, Svevi, Longobardi, Burgundi, Franchi (...). Se nell’Impero romano circolava da tempo una idea sacrale del potere venuta da Oriente (...) le stirpi discese (...) nutrivano il più dimesso orientamento, che il potere fosse semplicemente una necessità e che l’investito dovesse soprattutto intendersi come guida della sua nazione”. “Qui, nella sostanziale indifferenza del potere, il diritto riacquista il suo naturale carattere di specchio delle esigenze circolari della società (...). Questo diritto non è scritto nel comando del principe, in un testo autoritario (...) è un ordine scritto dalle cose, nelle cose fisiche e nelle cose sociali, dove con occhi umili può essere letto e tradotto in regole di vita”. Lo storico prosegue osservando: “In una visione ordinamentale, il diritto è il costume stesso, che avvertito come valore della vita associata, viene osservato e diventa vincolante; non è la voce del potere, ma piuttosto l’espressione della pluralità delle forze presenti in un certo assetto sociale”. Anche la società e le sue forze sono destinate a produrre diritto “in autonomia rispetto ai detentori del potere”. Il Medioevo è un periodo storico segnato dal pluralismo giuridico, “ossia dalla possibilità di convivenza di diversi ordinamenti (...) prodotti da diversi gruppi sociali anche se essi insistono su un territorio soggetto della stessa autorità politica (...)”.

202 P. GROSSI, op. cit. p. 11 e ss. dove si precisa: “Comunità e più varie: si va da nuclei pluri - familiari ad aggregati gentilizi, a corporazioni di indole religiosa, assistenziale, professionale, micro politico”. Per altri approfondimenti ID., *L’ordine giuridico medievale*, cit., *passim*.

203 P. GROSSI in *L’ordine giuridico medievale*, cit. p. 58, chiarisce: “per fatto si intenda (...) una entità della natura fisica e sociale, che, senza lasciare la propria qualità di fenomeno grezzo e primordiale, è tuttavia già intrinsecamente diritto, ha in sé una potenzialità giuridica destinata a manifestarsi e a incidere sull’esperienza storica”. In punto di rilievo il pensiero di HERBERT L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford 1961, tr. it. *Il concetto di diritto*, Torino 1965, *passim*, secondo cui le cose tendono naturalmente al raggiungimento del proprio bene e della propria condizione ottimale, seguendo peraltro passaggi da ritenersi buoni poiché destinati a verificarsi.

204 Le espressioni utilizzate nel testo appartengono a P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, cit., p. 23 e ss., che precisa come segue: “Che cos’è la consuetudine? Per spiegare questo singolare fenomeno - risponde - si ricorre spesso ad una immagine tanto semplice quanto efficace, che è quella di un sentiero tracciato nel bosco. Il sentiero non c’è fino a quando un soggetto intraprendente compie i primi passi in una certa direzione, seguito poi da un numerosissimo stuolo di imitatori convinti che quello sia l’attraversamento più rapido; il sentiero non è, dunque, che un’infinità di passi costantemente ripetuti nel tempo”. La consuetudine chiarisce lo studioso è un “fatto normativo”, “cioè fatto che di per sé, per una propria forza, viene osservato nei tempi lunghi e diventa qualcosa di vincolante”.

205 P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, cit. p. 25, osserva che il termine costituzione non è da intendersi “nel senso formale di noi moderni (una carta di principi redatta per iscritto, come la Costituzione italiana del 1948), bensì quale tessuto di regole non scritte ma vincolantissime perché attingono immediatamente ai valori riposti di una società”.

umana piuttosto che l'autorità del potere del principe<sup>206</sup>, favorendo un sistema giuridico che la dottrina qualifica "senza Stato"<sup>207</sup>. In questa situazione il diritto della Chiesa diventa anch'esso modello di riferimento, nella consapevolezza, sottolineata dalla dottrina, che "l'uomo integrale del Medioevo, in cui si fondano armonicamente il cittadino e il fedele, non ritiene estraneo a sé il diritto della confessione imperante, il diritto canonico"<sup>208</sup>.

Il nuovo modo di pensare il diritto incide profondamente sulla buona fede; la regola, legata all'etica dell'uomo e della società in cui vive, si arricchisce dei valori cristiani e, al pari della legge, è strumento per preservare la virtù umana e l'agire

---

206 P. GROSSI in *L'Europa del diritto*, cit., p. 27 e ss. osserva in punto: "E il principe? E i molti principi, che governano spesso duramente la massa dei sudditi? Che dall'alto del loro potere sono in grado di emanare norme generali e autorevoli infischandosi del pullulare consuetudinario; che, per di più, hanno in mano la temibile arma della coazione?". Ebbene egli chiarisce "Quella che a noi sembra l'attribuzione primaria e tipizzante per un sovrano moderno - il produrre diritto, il fare leggi, il proporsi innanzi tutto come legislatore - non riceve una medesima percezione nella coscienza collettiva proto-medievale (...). Il principe si esalta, invece, all'interno di quella coscienza come giudice, come il gran giustiziere del suo popolo (...). Il potere del principe è e sarà per tutta la vicenda medievale *iurisdictio*, un potere complesso dove centrale è la potestà giudiziale, ma dove sta anche la potestà di *ius dicere* nel significato specifico di "dire il diritto" di manifestarlo ai sudditi. Il principe, infatti, sa di dover fare i conti con una costituzione consuetudinaria, che non soltanto egli non ha contribuito a creare, ma che avvolge nelle sue spire tanto lui quanto l'ultimo dei suoi sudditi". Lo studioso mostra come "la nozione di *lex* si colora in modo specialissimo: la *consuetudo* è una legge in potenza e la legge è una consuetudine debitamente redatta per iscritto, certificata e sistemata; si tratta di leggi sparse con contenuti specifici e occasionali, o di raccolte di leggi di monarchi precedenti, o di testi riadattati del tardo diritto romano; e spesso hanno per oggetto temi di grosso rilievo pubblico e sul territorio (un esempio italiano: il diritto penale e di famiglia contenuto nel vasto *Edictum Longobardorum* emanato da re Rotari nell'anno 643; un esempio relativo ai re e agli imperatori franchi: i loro atti normativi, i cosiddetti *Capitularia*, prodotti intensamente durante il lungo regno/impero di Carlo Magno fra fine Settecento e primi Ottocento, si concentrano sulle norme regolanti l'amministrazione pubblica e soprattutto i rapporti fra potere politico e potere ecclesiastico)".

207 Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 12. Lo studioso evidenzia come il diritto comune può definirsi un prodotto dei giuristi: giudici, notai, avvocati, ma soprattutto maestri che insegnavano nelle Università di tutta Europa "un diritto che nasceva dal dialogo complesso che essi instauravano contemporaneamente con i fatti di vita presenti e con le regole fissate nei testi antichi". Il diritto comune medievale, quindi, non si esaurisce nel "diritto romano ammodernato", ma è diritto comune di tutte le genti, nel senso che è ispirato alla razionalità degli accadimenti, è diritto fattuale, che si fonda sull'accettazione delle diverse esperienze e culture.

208 P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit. p. 12 e ss. Dove si osserva ancora: "Se questo per il giurista odierno, è il complesso di regole giuridiche di un ordinamento diverso dallo Stato e che ha una vita indipendente dallo Stato (...) ciò è impensabile nella civiltà medievale, dove il diritto della Chiesa Romana è un secondo modello autorevole, un secondo supporto di validità. E il giurista non è soltanto interprete della legge romana contenuta nel *Corpus iuris civilis*, ma altresì della legge canonica (...)"'. L'idea di diritto che ne deriva è quella di "*ius commune* anche sotto questo profilo". Il diritto comune medievale va distinto dagli *iura propria*, intesi come diritto particolare. La contrapposizione tra i due diritti è giustificata sulla base della diversità degli ordinamenti e delle comunità, cui conseguiva la coesistenza di regole riconducibili a diverse fonti. Il fenomeno si colloca nel 1200, quando accanto alla legislazione regia, specie nel centro nord della penisola, si assiste al fiorire di molteplici statuti cittadini. Non esiste, invero, una gerarchia di quelle fonti, giacché non esiste nel Medioevo uno Stato monista e tuttavia "proprio grazie a questa affrancazione - si osserva - abbiamo potuto recuperare all'esperienza medievale quello che è uno dei suoi tratti più caratteristici: il pluralismo giuridico". Il sistema poteva funzionare in questo

verso il bene comune, rafforzata da connotazioni di chiara origine divina<sup>209</sup>.

È tuttavia opportuno segnalare che il nuovo sistema giuridico si prospetta dai risvolti problematici per le finalità che i giuristi canonici si prefiggono, prima fra tutte la salvezza dell'anima.

Insorgono problemi di priorità tra la varia compagine delle fonti applicabili poiché, chiarita la finalità cui le regole devono tendere, è sentito il problema di quale applicare in caso di contrasto tra le stesse: quando quella canonica, quando quella civile e laica.

La questione è foriera di molteplici conflitti sia sul piano della certezza del diritto, sia sul piano della fedeltà ai principi della cristianità, tanto è vero che la ritroveremo, in chiave problematica, analizzando le fonti canoniche che hanno preso in considerazione la nuova lettura della buona fede.

### 1.9 *La buona fede dallo studio dell'usucapione e l'etica della salvezza.*

La nuova visione del diritto, attenta a preservare l'innata virtù umana di origine divina, trova riscontro nella disciplina dell'usucapione, in particolare nell'interpretazione assegnata al principio *mala fides superveniens non nocet*, già applicato dai romani.

Il principio, infatti, subisce un sostanziale mutamento in ragione dei rinnovati valori della nuova cultura, sul presupposto, ben evidenziato dalla dottrina, che “ (...) la credenza di *non agere contra ius*, l'intenzione conforme al diritto, non può non produrre nel soggetto uno stato etico, che a sua volta è l'effetto di una chiara propensione verso quanto è bene per la vita propria e per la vita degli altri”<sup>210</sup> d'altra parte questa particolare condizione morale deve rispecchiarsi nella regola di diritto e preservarsi grazie alla sua applicazione.

In quest'ottica, i primi canonisti non osservano la differenza tra *iusta causa* e *bona fides*, della quale s'è nella sostanza detto richiamando gli studi di Bonfante<sup>211</sup>, ma sottolineano l'importanza del perdurare di un *animus* volto a non ledere la posizione altrui per tutta la durata del tempo previsto per usucapire, in ottemperanza alle finalità di salvezza che la cristianità persegue<sup>212</sup>.

---

modo: la norma statutaria, di stampo molto pratico, era applicata dal giudice dove utile e pertinente al caso di specie. Le lacune, viceversa, erano colmate anche in sede giudiziaria dallo *ius commune* di natura sapienziale, frutto cioè del lavoro colto dei glossatori che in Italia per la maggior parte operano nelle antiche Università di Bologna, Napoli, Perugia. Cfr. *idem* p. 48 e ss..

209 Cfr. la *Summa Teologica* di S. Tommaso e precisamente la questione n. 95 artt. 1 e 3: se la legge trae i suoi principi dal diritto naturale per disciplinare il caso particolare nel rispetto del bene della comunità, essa deve essere coerente con i comandi della legge eterna, quella divina, e in ottemperanza a questa può, con la forza, ricondurre l'inclinazione arbitraria dell'uomo alla disobbedienza nell'ambito dell'originaria virtù. Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *La legge. Summa Theologiae*, Ia - IIae, qq. 90 - 97, Alessandro Baratta (a cura di), Giuffrè, Milano, 1965.

210 Cfr. L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 339.

211 Cfr. paragrafo 1.6 di questo capitolo.

212 Si veda in punto P. FEDELE, *L'essenza della buona fede nella dottrina canonistica del matrimonio putativo*, Milano 1937, p. 34, che osserva: “Non c'è dubbio, che per quanto riguarda il concetto generale di buona fede, uguale in tutti i rapporti, la coincidenza della teoria del Bonfante con la concezione canonistica deve dirsi perfetta. Per quanto poi ne ha tratto il concetto etico di *bona fides*, si deve rilevare che, essendo questo concetto inteso presso i romani negativamente, cioè senza assenza di mala fede - esso - corrisponde al significato negativo che presso i canonisti ha la

Anche la contrapposizione tra *bona fides* e *dolus* non si giustifica più sulla base della semplice ignoranza circa la titolarità della cosa oggetto d'interesse, piuttosto sembra orientata a distinguere un'azione pura da un'azione espressione di peccato: la buona fede è concetto schiettamente etico, teso a orientare le coscienze e le condotte al bene comune.

Usucapire conoscendo che il bene appartiene ad altri, anche dopo la presa di possesso della cosa e durante il decorso del tempo necessario al perfezionamento della prescrizione acquisitiva, coincide, in definitiva, col peccare e, pertanto, il soggetto interessato non può definirsi di buona fede "anche" qualora ritenga "*sibi licere retinere rem vi possessam post prescriptionem*"<sup>213</sup>.

Nel diritto canonico si afferma chiaramente il principio *mala fides superveniens nocet* e la circostanza è strettamente vincolata alla visione che i canonisti hanno dell'intero diritto, che li conduce, tra le altre cose, ad avversare l'interesse per il denaro, la costituzione in mora, a favorire con ogni espediente il debitore contro il creditore, il diligente contro il negligente: il nuovo diritto si compone, in definitiva, di criteri giuridici attenti alla "protezione del debole - e al disprezzo delle cose terrene - in nome della - carità cristiana (...)"<sup>214</sup>.

Del cambiamento di rotta prospettato, tuttavia, non si trovano tracce significative nel decreto di Graziano, che pure si considera un contributo di grande rilievo per la nascita del diritto canonico<sup>215</sup>.

Nella *Summa Decretorum* di Rufino, invece, alla lesività in senso cristiano della mala fede sopravvenuta si dedica spazio: il contributo "non conosce se non una prescrizione acquisitiva, per cui mette in gran risalto che in ogni caso - in *ecclesiastici praescriptionibus* - la mala fede sopravveniente nuoce"<sup>216</sup>.

La dottrina, che si è occupata dell'argomento, evidenzia tuttavia come sia semplice la definizione della buona fede del prescrivente contenuta nella *Summa*: "*Tandiu aliquis iudicatur malae fidei possessor - si dice - donec habet conscientiam rei alienae*. Tutto qui"<sup>217</sup>.

È opinione degli studiosi che la buona fede affrontata nella *Summa* s'ispiri alla filosofia di Agostino, pure presente nell'opera di Graziano, e ne comprenda il motivo morale: "la cura cioè di allontanare il peccato"<sup>218</sup> dalla coscienza, dalla

---

*bona fides*, intesa come assenza di *peccatum*".

213 L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 85.

214 F. RUFFINI, *La buona fede in materia di prescrizione. Storia della teoria canonistica*, Torino 1892, p. 55.

215 Graziano era un monaco Camaldolese nato sul finire dell'undicesimo secolo in Umbria. Lo troviamo a Bologna intorno al 1130 a insegnare teologia presso il convento dei Santi Felice e Nabore. Graziano è un canonista, conciliatore di varie e apparenti contraddizioni dei testi normativi con le Sacre Scritture. In quest'opera di ricostruzione s'ispira ai contributi di Abelardo, con particolare attenzione al pensiero di Ivo di Chartres e al suo contributo giuridico; scrive *Concordia discordantium canonum*, passato poi alla storia come *Decretum Gratiani*. Il *decretum* si divide in tre parti e parla di problemi generali di diritto, casi pratici relativi a materie di diritto penale, civile e di procedura intrisi di considerazioni teologiche: si veda *Decretum magistri Gratiani*, ed. Friedberg, *prima pars, distinctio VI*, can. III, *dictum*; *secunda pars, causa XXV, quaestio I*, can. XVI, *dictum*; tr. it. in P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari 1995, p. 211.

216 L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 65.

217 *Ibidem*.

218 *Ibidem*.

volontà e dalla condotta umana.

La buona fede risente, nell'opera, della diversa funzione assolta dal diritto, laddove "il riferimento alla *lex coeli* e allo *ius naturale* vuol significare qualche cosa di più che la legge ecclesiastica contrapposta alla legge civile"<sup>219</sup>: la buona fede, infatti, è espressione del diritto naturale, poiché in essa si manifesta la conversione, in termini morali, delle verità metafisiche della legge divina e, per essa, quelle verità vengono tutelate e applicate in diritto.

La nozione di buona fede della dottrina canonistica è strettamente collegata alla nozione di giustizia<sup>220</sup> e comporta un giudizio di valore che, nella cultura considerata, coinvolge l'intero diritto: la clausola e i principi giuridici che ad essa rimandano implicano la corrispondenza della regola a valori ultimi, finali, che trascendono le regole del diritto positivo e che, nel periodo storico considerato, si pongono come suo presupposto e sua fonte d'ispirazione<sup>221</sup>.

In linea col pensiero di Rufino si pone la *Summa* di Stefano di Tournai (1128-1203)<sup>222</sup> che, rielaborando la disciplina delle prescrizioni, tiene in particolare considerazione le accezioni attribuibili alla parola "*res*": il contributo, con migliore tecnica giuridica, specifica che possono ricondursi al sostantivo non soltanto beni mobili e immobili "ma anche diritti spirituali e temporali"<sup>223</sup>.

Il giurista " (...) distingue cose e diritti (...) che servono immediatamente al raggiungimento del fine primario della Chiesa, e sono le cose sacre e i diritti spirituali, i calici, le patene, (...) i monasteri, (...) le decime e – d'altra parte - cose e diritti che solo mediatamente, e quindi non di per sé, servono al culto divino, e sono le cose sacre e i diritti temporali (il frumento, la casa, le pensioni) "<sup>224</sup>: la teorica,

---

219 *Ibidem*.

220 Sul concetto di giustizia della regola e per un distinguo col concetto di validità, si rimanda senza pretesa di esaustività, al contributo di M. JORI e A. PINTORE, *Manuale di Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, *passim*.

221 Le considerazioni espresse nel testo si giustificano sulla base dello studio di alcuni autori che si sono occupati del diritto naturale, in particolare e senza pretesa di esaustività si richiama: G. FASSÒ *Il diritto naturale*, ERI, Torino, 1972, seconda ed., *passim*; ID. *Storia della filosofia del diritto*, I. *Antichità e medioevo*, Carla Faralli (a cura di), La Terza, Roma - Bari, 2001, *passim*; L. STRAUSS, *Natural Right and History*, University of Chicago Press, Chicago, 1953, tr. it. a cura di N. Pierri, *Diritto naturale e storia*, Il melangolo, Genova 2009, *passim*; L. CANFORA, *Diritto naturale?*, in *Micromega*, fasc. 5, 2002, in particolare pp. 226-236. Le considerazioni non trascurano alcuni studi svolti su S. Agostino di cui si richiamano i contributi di riferimento senza pretesa di completezza: AGOSTINO D'IPPONA, *La città di Dio*, nella collana *Il Pensiero Occidentale*, Bompiani, Milano 2001, ID. *La felicità - La libertà*, tr. it. di Riccardo Fedriga e Sara Poggioni, Rizzoli, Milano, 2001; ancora R. BODEI *Ordo Amoris. Conflitti terreni e felicità terrestre*, Il Mulino, Bologna, 1991, *passim*.

222 I canonisti della seconda metà del XII secolo individuano nell'esercizio dell'*aequitas* uno dei caratteri fondamentali del diritto ecclesiastico. Stefano di Tournai attribuisce alla Sede Apostolica il compito di giudicare con perfetto equilibrio, tenendo conto delle ragioni, della misericordia, delle norme. Ne risulta esaltato il ruolo del papato come supremo vertice giurisdizionale della Chiesa. Cfr. P. NARDI, *Fonti canoniche in una sentenza senese del 1150*, in «*Studia Gratiana*», XXIX, 1998, pp. 662- 664, *Lettres d'Étienne de Tournai*, J. DESILVE (a cura di), Valenciennes – Paris, 1893, p. 189, e p. 235.

223 L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 71

224 L. SCAVO LOMBARDO, *idem*. Lo studioso, in realtà, attribuisce un senso tecnico-giuridico alla precisazione riferita ai beni che possono essere sussunti nel concetto di *res*, esprimendosi come segue: "Le cose sacre, mobili ed immobili, e i diritti spirituali, non possono essere acquistati per

tuttavia, non si discosta dalla necessità di riconoscere il perfezionamento della prescrizione sul presupposto della buona fede continuativa.

“A Stefano, come del resto a tutti i canonisti, riesce quasi impossibile distinguere le problematiche giuridiche dal dogma: a un dato momento - si osserva in dottrina - anche nella di lui trattazione, l'idea del *periculum animae* si accende e brilla della più nitida luce, il prescrivente che ebbe conoscenza che la cosa non era sua prima di avere compiuta la prescrizione, non può essere assolto dal peccato”<sup>225</sup>.

L'argomento è ripreso, secondo quanto riferisce Ruffini<sup>226</sup>, dall'anonimo autore della raccolta chiamata *Tractatus de praescriptione*<sup>227</sup> che introduce un elemento di novità con rispetto all'applicazione della clausola: la buona fede, infatti, non sarebbe destinata ad assumere il rilievo di presupposto necessario al perfezionamento della prescrizione acquisitiva, laddove il possesso sia stato mantenuto sulla cosa per almeno trent'anni<sup>228</sup>.

Diversamente la buona fede continuativa è ritenuta essenziale, secondo l'interpretazione più accreditata, quando oggetto dell'usucapione siano beni ecclesiastici<sup>229</sup>.

Anche nel *Tractatus* è sentita come preponderante la preoccupazione del *periculum animae*; in esso si tende a condannare l'acquisizione di qualsiasi beneficio economico sul presupposto della lesione recata ad altri.

Nell'opera, in linea con quanto finora evidenziato, lo *ius humanum* si pone come *ratio* dello *ius scriptum*: si chiarisce, infatti, che: “*in iure naturali habetur quod tibi non vis, alii ne feceris*”; “*mala fidei possessor iniuste possidet*”; “*illi, qui mala fide praescribunt, furtum vel rapinam comittunt*”; “*ecclesia praescribens mala fidei, videtur committere mortale peccatum*”<sup>230</sup> evidenziandosi come l'impostazione dogmatica della cultura giuridica cristiana sia presupposto di validità ed efficacia della disciplina giuridica dei fatti di cui il contributo si occupa<sup>231</sup>.

---

prescrizione da una persona privata, ma soltanto da un'altra persona morale ecclesiastica, da una chiesa”.

225 L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 73.

226 Cfr. F. RUFFINI, *La buona fede in materia di prescrizione. Storia della teoria canonistica*, Torino, 1892, *passim*.

227 “Il *Tractatus* sarebbe stato compiuto tra il 1170 e il 1180 forse a Parigi e autore ne potrebbe essere Matheus Andegavensis”: ciò riferisce C. GROSS, *Incerti auctoris Ordo iudiciarius: pars summae legum et Tractatus de praescriptione*, Innsbruck 1970, pp. 44 - 53. Sul punto anche il richiamo di L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 74, nota n. 21.

228 Cfr. L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 74.

229 In realtà l'anonimo trattato non è di facile comprensione: seppure *prima facie* sostenga quanto riportato nel testo, l'autore, a volte, sembra ritenere non necessaria l'operatività della buona fede nelle prescrizioni con termine trentennale: per approfondimenti cfr. L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., pp. 74-78.

230 L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 78.

231 Sembra a chi scrive che, nel periodo storico considerato, la giustizia della norma giuridica spesso coincida con quello di validità, che nella cultura moderna rimanda all'appartenenza della regola a un piano ordinato e astratto nel quale tutte le norme di diritto, per definirsi tali, debbono trovare collocazione. “La validità di una norma - si osserva infatti - dipende (...) dalle sue relazioni con altre norme (metanorme di validità) e in ultima analisi con la norma fondamentale o di riconoscimento che riassume i criteri di validità dell'ordinamento in questione”. L'argomento e le molteplici fonti di riferimento saranno più volte presi in considerazione durante la trattazione, nel frattempo si segnala che la citazione in nota è di M. JORI e A. PINTORE, *Manuale di teoria generale*

L'opera anonima rappresenta la tensione che sussiste tra *lex aeterna* e *lex naturalis* e ne prospetta la linea di continuazione: la *lex naturalis* è il riflesso della *lex aeterna*, inconoscibile all'uomo<sup>232</sup> ma in atto nella natura, e l'uomo, nella sua opera di organizzazione della società in cui vive, ha il preciso dovere di riconoscerla e di conformarvi l'anima, la volontà, la condotta e le regole di diritto positivo<sup>233</sup>.

D'altra parte l'uomo della nuova cultura è considerato "naturalmente portato a subordinare la validità della legge alla sua conformità al valore della giustizia, ai fondamentali principi di ordine interno a tutti gli esseri e quindi all'uomo stesso; - ciò costituisce, nel pensiero della dottrina - un ordine posto da Dio il quale, come dice S. Tommaso (1225-1274) nel prologo al trattato *De Lege*, è "il principio che spinge al bene dall'esterno, ci istruisce mediante la legge, e ci aiuta mediante la "grazia""<sup>234</sup>.

Anche nel *Tractatus* la buona fede risponde al vincolo imposto dal diritto naturale, che "viene (...) inteso come ordine vincolante, doveroso e valido della convivenza umana (...) originariamente dato con l'uomo stesso e che gli impone come norma fondamentale di essere uomo e di agire da uomo"<sup>235</sup>.

---

*del diritto*, cit., pp. 278 - 279.

232 Cfr. F. TODESCAN, *Lex, natura, beatitudo. Il problema della legge nella seconda Scolastica spagnola del secolo XVI*, Padova, 1973, p. 35 dove si mette in rilievo che: "la visione dell'essenza divina essendo una perfezione di ordine divino, non può convenire naturalmente a nessun essere creato; è una perfezione impossibile entro l'ordine puramente naturale, e solo viene comunicata da Dio "ex superabundantior gratia", ovvero per una sua abbondanza di Grazia secondo l'ordine soprannaturale della Grazia".

233 Il diritto naturale, nella nuova cultura, è criterio deontologico e oggettivo insieme. In quest'ottica, di diritto naturale si parla da S. Paolo, a S. Agostino, a S. Tommaso d'Aquino. Si citano senza pretesa di esaustività le fonti consultate: S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, q. 91, a. 2-3, q. 95 e 96 e in particolare, in argomento, i pensieri di S. COTTA *Il concetto di legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso D'Aquino*, Giappichelli, Torino 1955, *passim*; R. BAGNULO, *Il concetto di diritto naturale in S. Tommaso D'Aquino*, Giuffrè, Milano 1983, *passim*; F. OLGATI *Il concetto di giuridicità in S. Tommaso D'Aquino*, Vita e Pensiero, Milano, 1943, *passim*; J. F. ROSS, *Justice is Reasonableness, Aquinas on Human Law and Morality*, The Monist, LVIII, fasc. I, 1974, pp. 86-103; A. RODRIGUEZ LUÑO, *La giustizia nella Sacra Scrittura e nella tradizione morale cattolica*, Etica e politica, I, 2006, *passim*. In punto ancora C. GROSS, *Incerti auctoris*, cit. *passim*; E. GILSON, *Lo spirito della filosofia medievale*, Morcelliana, Brescia 1969, p. 392, p. 415; G. GARANCINI, *Diritto naturale e storicità del diritto. La riflessione medievale sul diritto naturale. Ricerche di storia del diritto, I. Alcuni presupposti teorici*, Milano 1981 in particolare pp. 31, 37.

234 Si veda R. M. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso D'Aquino*, Bologna 2000, p. 5 e ss.. Si riporta inoltre il testo latino della *Summa* di S. Tommaso I. II, q. 90, *Prologus*: "*Principium autem exterius movens ad bonum est Deus, qui et nos instruit per legem; et iuvat per gratia. Unde primo del lege (qq. 90 -108); secundo de gratia (qq.109 -114) dicendum est*".

235 R. M. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso D'Aquino*, cit., p. 5 e ss.; in punto G. CASSIANO, *Collationes VIII*, 23; PL, XLIX, 761, 762 dove si precisa: "*Deus hominem creans, omnem naturaliter ei scientiam legit inseruit, quae si fuisset ab homine secundum propositum Domini, ut coeperat, custodita, non utique necessarium fuisset aliam dari, quae per litteram postea promulgata est. Erat enim superfluum extrinsecus offerri remedium, quod adhuc intrinsecus vigeat insertum. Sed quia haec, ut diximus, penitus corrupta iam fuerat libertate usuque peccandi, velut huius exactor et executor ac vindex, et, ut ipsis Scripturae verbis eloquar, adiutrix apposita est Mosaicae legis severa districtio, ut vel metu poenae presentis non penitus bonum scientiae naturalis extingueretur, secundum prophetae sententiam dicentis: Legem dedit in auditorium (Gal.3)*", che significa: "creando l'uomo Dio gli infuse naturalmente tutta la scienza della legge. Se questa fosse stata conservata, come un principio, secondo il volere di Dio, non vi sarebbe stata la necessità delle altre leggi promulgate poi per iscritto. Ma, poiché la legge naturale era già stata completamente violata dalla libertà di peccare, fu stabilito il rigore severo della legge

Alla base del contributo è la forza salvifica dell'amore di Dio, del quale la buona fede è derivazione, poiché esprime e impone, insieme al diritto positivo, il rispetto e la cura tra gli uomini<sup>236</sup>.

Buona fede e usucapione sono affrontate anche nel regime dalla decretale "Vigilanti", attribuita al pontefice Alessandro III (1195-1254) e verosimilmente risalente all'anno 1179.

La decretale, presa in considerazione da diversi glossatori, come Innocenzo IV, Enrico da Susa, detto l'Ostiense, e Baldo degli Ubaldi, vissuti tra il XII e il XIV sec., ripropone il problema della consapevolezza di possedere la cosa altrui ai fini del perfezionamento dell'usucapione, mettendone in evidenza aspetti particolari: se da una parte si ritiene che la buona fede serbata al momento dell'acquisizione del possesso possa consentire il perfezionamento del diritto di proprietà, alla stregua di quanto avveniva nella civiltà romana, dall'altra si ripropone l'esigenza, legata al dogma, del perdurare della buona fede soggettiva per tutta la durata dell'usucapione.

Tuttavia parte della dottrina tedesca che si è occupata della fonte, ha

---

Mosaica, come un controllore, esecutore, protettore, e, per impiegare le stesse parole della Sacra Scrittura come aiuto (*adiutrix*), affinché, a causa della paura della pena non si estinguesse totalmente il bene della scienza naturale".

236 In punto R. M. PIZZORNI *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso D'Aquino*, cit. p. 257 con ampia bibliografia, il quale, per spiegare l'affermazione riportata nel testo, fa notare come, ad esempio, l'etica Agostiniana che contribuisce a fondare il cambiamento giuridico segnalato, sia l'etica dell'amore; la giustizia umana, osserva l'autore, è fondata sull'amore che serve esclusivamente quello che ama e, per questa ragione, colui che ama è destinato a governare con rettitudine. Questa forma di giustizia che deriva dall'amore di Dio e dalla sua Grazia è la virtù che si diffonde su ogni altra virtù come espressione di amore di Dio per il prossimo. L'uomo che ama Dio non può che amare il prossimo e per questo è destinato a governare bene ogni cosa a lui sottoposta. Tuttavia la nuova religione si preoccupa del pericolo dell'inclinazione individuale, per sua natura libera, tanto che la "città di Gerusalemme" e quella di Babilonia sono improntate a criteri d'amore confliggenti: l'amore verso Dio, che conduce alla carità verso il prossimo e l'amore verso le cose che produce conflitti. Sta nel riconoscimento della provenienza da Dio della natura umana, la scelta che Agostino auspica per il genere umano; in questo modo, infatti, la città terrena può non coincidere con la città di Satana e la legge profilarsi rispondente a parametri soprannaturali ed eterni. Si accenna in breve alle fonti prese in considerazione tra le quali: *De moribus Ecclesiae catholicae* I, 15, PL XL, XXXII, 1322, dove è scritto: "Iustitia, amor solis amato serviens, et propterea recte dominans"; *De diversis questionibus*, LXXXIII, 60, 4; PL XL 51 dove si dice: "iustitia est, quae per ceteras omnes virtutes diffunditur, dilectio Dei et proximi" e ancora *De moribus Ecclesiae Catholicae*, I, 15, 25; PL XXXII 1322: "Dicamus esse (...) iustitiam, amorem, Deo tantum servantem, et ab hoc bene imperantem caeteris quae homini subiecte sunt". In punto anche V. GIORGIANNI, *Il concetto di diritto dello Stato in Sant'Agostino*, Padova 1951, pg. 122, che osserva: "S. Agostino divide gli uomini tra la società di quelli che vivono secondo la carne e quelli che vivono secondo Dio e lo spirito: queste due società vivono in terra mescolate e confuse. Lo Stato ha nel suo seno uomini giusti e ingiusti come li ha la Chiesa (...) S. Agostino non condanna la società civile ma la società degli empi (...) lo Stato in quanto tale non è il regno del peccato né il regno della grazia (...) perché la storia non è effetto esclusivo della Provvidenza ma sintesi della volontà divina e della volontà umana nella successione delle cose". Si veda in argomento P. BREZZI, *Le dottrine politiche dell'età patristica*, Milano 1949, *passim*; F. CAVALLA, *Scientia, Sapientia ed Esperienza sociale*: vol. I, *La ricerca della Verità come fondamento del pensiero giuridico - politico di Sant'Agostino*; vol. II, *Le due città di Sant'Agostino: società, diritto e giustizia*, Padova 1974, *passim*; G. FASSÒ, *Sant'Agostino e il diritto naturale*, Roma 1964, *passim*; S. COTTA, *La città politica di Sant'Agostino*, Milano 1960, *passim*; ID. *S. Agostino: struttura e itinerario della politica*, in "Studium", LXXV (1979), II, pp.156-181; ID. *La politica nella riflessione agostiniana*, in "Studium" LXXVIII (1982), V, pp. 573 - 585.

evidenziato come la buona fede continuativa non era necessaria nelle prescrizioni di trenta o quarant'anni, ma si applicava nelle prescrizioni di dieci o venti anni<sup>237</sup>.

La problematica legata al tempo della prescrizione e al perdurare della buona fede è manifestazione di quell'incertezza giuridica cui la molteplicità delle fonti medievali, la concomitanza delle regole del diritto romano e delle nuove regole canoniche, danno adito: d'altra parte tale incertezza impone ai giuristi di risolvere, in senso morale e giuridico, se tollerare sul piano della legalità laica, ciò che, viceversa, non può essere tollerato nell'ottica pastorale del diritto.

La circostanza divide i pensieri dei canonisti; Baldo, ad esempio, approda a soluzioni più morbide e maggiormente orientate al mantenimento delle regole del diritto romano; con diverso piglio, Giovanni d'Andrea (1270-1383) o lo stesso Innocenzo IV insistono, viceversa, affinché la legge non possa definirsi tale e quindi trovare applicazione, laddove non sia perfettamente in linea con i precetti morali della religione cristiana.

Uguccione da Pisa (1190-1210), glossatore e maestro bolognese, affronta la buona fede soggettiva definendola come mancanza di dolo, in altre parole come uno stato d'ignoranza incolpevole sulla titolarità del diritto altrui riguardo al bene posseduto.

Nel contributo, dato all'argomento, propone il problema della diversità dell'incidenza della buona fede continuativa sulle prescrizioni in trenta, quindici o cinque anni e, con maggiore chiarezza rispetto alle teoriche dei colleghi, evidenzia l'importanza della verifica dell'*animus possidendi* tramite l'*equitas* canonica, il rilievo della particolarità del fatto e della peculiarità della circostanza in cui si trova, in concreto, il soggetto coinvolto.

Il giudice, investito di potere discrezionale, può ricorrere al metodo canonistico della *relaxatio legis* ovvero, individuando nel fatto i criteri di giustizia naturale che lo governano, può applicarli ai fini della risoluzione della controversia<sup>238</sup>.

Se la qualità dell'animo umano è elemento decisivo per l'acquisto della proprietà dei beni, esso è ritenuto di primaria importanza anche sul fronte della loro restituzione, specie laddove non sussista continuazione nella predisposizione morale rivolta alla *fides bona* per tutto il tempo necessario all'acquisto della proprietà.

Il problema appare speculare rispetto a quello in precedenza trattato e partecipa delle stesse soluzioni e degli stessi dubbi tra i pensieri svolti in argomento, emerge tuttavia preponderante l'interpretazione che sanziona chi intende lucrare sulla posizione di altri in mala fede, conoscendo che nulla gli è dovuto, giacché nota è l'appartenenza ad altri dei beni posseduti.

Spiccano i contributi di Rufino, Riccardo Anglico e Alano Anglico (XII e XIV sec.) che pervengono a soluzioni non univoche: mentre i primi escludono che la mala fede sopravvenuta, durante o dopo il termine di prescrizione, possa giustificare

---

237 Per il dibattito affrontato in argomento da Scavo Lombardo e Ruffini si rimanda a L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit. 87 e ss.. In argomento, D. MÖLLENTHIEL, *Über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung Besonder nach cap. ult. X, de praescriptionibus*, Erlangen, 1820, § 23, pp. 127 e ss., il quale sostiene che la buona fede continuativa non si riferisce alle prescrizioni di 30 o 40 anni ma è richiesta nelle prescrizioni di 10 e 20 anni (in particolare cfr. pag. 90 nota n. 4).

238 L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 104, ss..

la restituzione della cosa, Alano valuta l'argomento sotto il profilo del danno: "ond'è che se l'acquisto è avvenuto a titolo lucrativo, c'è l'obbligo della restituzione, mentre questo cessa, per chi abbia acquistato a titolo oneroso, poiché la restituzione imporrebbe, in questo caso, non solo il lucro cessante, ma anche il danno emergente."<sup>239</sup>

La decretale "*Quoniam omne*", attribuita al pontefice Innocenzo III (1198-1213), affronta il problema della buona fede risolvendolo in senso autoritativo e nell'ottica della generalità e astrattezza della norma giuridica dell'attualità.

Nella decretale la buona fede continuativa assume, in realtà, un valore importantissimo, poiché la regola è destinata non soltanto alla risoluzione delle questioni ecclesiastiche, ma ad assumere potere derogatorio degli stessi precetti del diritto romano o della contrastante regolamentazione contenuta negli statuti dei comuni.

La decretale ripropone l'importanza del *periculum animae*, fornendo una lettura dell'usucapione che lo vede finalizzato, in modo diretto e cogente, ad assolvere la funzione di "punire chi pecca e, d'altro canto, a quella di porre fine alle liti"<sup>240</sup>.

La disciplina dell'usucapione rappresenta la risposta negativa della legge al mancato esercizio del diritto di proprietà: ciò denota, infatti, una condotta discutibile sotto il profilo dell'etica cristiana, poiché incurante e colpevole, quindi foriera d'incertezze e discordie.

A conclusione dell'argomento si ricorda che i giuristi canonici, per le ragioni rappresentate, si trovano molto spesso a dover affrontare gli aspetti problematici determinati dalla coesistenza dei due principi dalle ragioni apparentemente inconciliabili, in altre parole *mala fide superveniens non nocet*, del diritto romano e laico, e *mala fides superveniens nocet* frutto della nuova interpretazione dogmatica del diritto<sup>241</sup>.

Di fronte a una simile difficoltà, dal seguito morale e giuridico, s'impone una più ampia riflessione, *de iure condendo*, che coinvolge il piano della coscienza e il foro esterno del diritto: essa conduce a una soluzione del problema che rispecchia i diversi piani in cui l'uomo, la natura e lo stesso diritto sono distinti, in senso

239 L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 112.

240 Si veda L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 125 e ss. che commenta la ricostruzione della prescrizione acquisitiva svolta da Gherardo. Secondo il glossatore i principi ispiratori che fondano l'istituto sono due: da una parte, il diritto non può tutelare chi mostri di non farne utilizzo e di violarlo, d'altra parte e nell'interesse collettivo, specie a causa del lungo lasso di tempo trascorso, si pone il problema di fare chiarezza sui rapporti per renderli giuridicamente certi. Punire i negligenti e porre fine alle liti rendono le regole sull'usucapione conformi ai criteri del diritto naturale al quale appartiene il principio "*nullus debet locupletari cum alterius detrimento et iniuria*".

241 Si precisa che nemmeno le questioni giudiziarie tra organi ecclesiastici sono risolte in modo univoco in ragione dei diversi principi esistenti. A volte, per ragioni di certezza del diritto, si stenta ad applicare il principio *mala fide superveniens nocet*. Cfr. L. SCAVO LOMBARDO, cit., nota n. 43. Lo studioso richiama la grande lite agitata innanzi alla curia imperiale tra il Comune di Gula e il Vescovo di Vercelli. Nell'occasione la curia non era assolutamente incline all'applicazione del principio della buona fede continuativa, rimandando più volentieri la risoluzione della controversia ai diversi e consolidati principi del diritto romano. Anche la lite intervenuta nel 1205 tra l'abbazia di Settimo e la canonica di Mosciano, presso Firenze, sarebbe stata risolta alla luce del medesimo principio ovvero *mala fides superveniens non nocet*.

ontologico, dai canonisti cristiani, la qual cosa si ripercuote sulla libertà dell'uomo e del legislatore.

Il rispetto della buona fede continuativa e la restituzione del maltolto, nell'ottica dell'uomo virtuoso della Scolastica, sono espressioni di un comportamento morale, puro e legittimo; essere in buona fede nella sola fase iniziale del possesso, invece, è espressione di una condotta impura, seppure legittima sul piano esterno del diritto laico.

Da qui l'acceso dibattito della dottrina dell'epoca; i giureconsulti Raimondo di Pennaforte (1175-1275), Baldo, Sinibaldo de' Fieschi (1195-1254), Enrico da Susa, ad esempio, assumono una posizione più mite e vicina alla tolleranza nei confronti del diritto laico, ritenendo dubbia la possibilità che il diritto canonico possa derogarvi: Giovanni D'Andrea e la stessa *Quoniam Omne* dimostrano, al contrario, un'interpretazione delle fonti e una soluzione al problema diametralmente opposta, fondata cioè sull'assunto che nessuna regola possa ritenersi giusta e applicabile se non ispirata e finalizzata alla salvezza dell'anima, la qual cosa non lascia spazio alla mala fede, nemmeno intervenuta postuma.

1.10. *Buona fede e volontà: il problema del dubbio e dell'errore* — La regola della buona fede, che nel diritto canonico assume la funzione pastorale di salvezza dell'anima, presenta tuttavia aspetti giuridici problematici vicini agli attuali: quello della validità e quello dell'efficacia.

Il pensiero giuridico dell'epoca, non senza dubbi e defezioni, intende risolvere il problema mostrando che la buona fede è valida perché conforme ai principi di diritto divino e naturale; in quest'ottica dovrà essere verificata in sede introspettiva e sul piano della volontà; laddove esistente e manifesta, poi, potrà produrre effetti sotto forma di regola di diritto.

La forza giuridica della buona fede si fonda sull'accertamento della virtù dell'animo umano, che è presupposto di efficacia giuridica della volontà manifestata: la validità e l'efficacia della clausola, infatti, risentono del grado di coscienza nel ledere la posizione altrui, sulla quale incidono, in senso rilevante per la nostra indagine, lo stato psicologico del dubbio e dell'errore <sup>242</sup>.

---

242 In punto si esprime L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., pp. 338-339, il quale attribuisce alla clausola le seguenti caratteristiche legate alla volontà e alla coscienza umana: " a) (...) la buona fede come stato soggettivo si accompagna sempre con un dato modo di essere dell'attività intellettuale, il quale determina una conseguente espressione concreta di volontà operativa; b) che la struttura del presupposto psicologico della buona fede è data dalla combinazione di un elemento conoscitivo con un elemento valutativo; c) che esso presupposto psicologico è, quanto al suo contenuto, variabile, nel senso che non sempre si identifica con un errore nel giudizio di esistenza, che può esservi contrasto tra la liceità giuridica subiettiva dell'agente e la illiceità obiettiva dell'azione anche indipendentemente dall'errore di percezione e la valutazione che generalmente è esterna (dell'ordinamento giuridico), alle volte può essere interna (dell'agente) e può nonostante la *scientia* del *subiecto* determinarlo a un giudizio di liceità giuridica che è in sé la prova e la conseguenza di un particolare stato d'animo; d) che la buona fede non è mai il semplice risultato di un puro processo dello spirito, ma è sempre l'esponente della fusione di un processo di ragione e di un processo sentimentale; e) il concetto di scusabilità è irrilevante nei confronti della buona fede, salvi naturalmente quelli che possono essere i riflessi sul terreno probatorio; f) che, quanto al grado, la buona fede va intesa come mera assenza di dolo e

Il dubbio e l'errore, nel diritto canonico dell'epoca, come pure nei sistemi attuali, sono criteri di esistenza della buona fede, legati indissolubilmente al principio del *neminem laedere*.

Il dubbio, però, assume, nel pensiero cristiano, ben altre e rilevanti significazioni, che vanno perlomeno richiamate nell'ottica delle peculiari finalità alle quali il diritto canonico è indirizzato: per S. Agostino, ad esempio, il dubbio è strumento della ricerca della verità e, in modo ancor più significativo, esso stesso è criterio di verità indiscussa, il quale avvalora sia l'autocoscienza divina, che la verità della condotta orientata al bene<sup>243</sup>.

Cartesio, commentando Agostino, evidenzia come il dubbio sia per il filosofo essenziale per provare la certezza del nostro essere "e successivamente che vi è in noi qualche immagine della trinità"<sup>244</sup>. D'altra parte anche Tommaso evidenzia l'importanza dell'indagine introspettiva alla quale il dubbio è funzionale: egli mette in particolare rilievo il fine che lo stato psicologico soddisfa, in altre parole "riguardare i principi primi e la verità totale delle cose"<sup>245</sup>.

---

che è questione di fatto rimessa al prudente arbitrio del giudice, decidere quando il *dubians* debba considerarsi in buona fede e quando no; se tutto ciò si mette insieme, risulta quale semplice verità che nell'ambito della prescrizione non vi potrà essere una buona fede in forma psicologica che non sia nello stesso tempo buona fede in forma etica"

243 I riferimenti rimandano alla famosa frase di Agostino "*Si fallor, sum*", che precorre il "*cogito ergo sum*" di Cartesio: il dubbio e l'errore indotti dalla realtà esterna si risolvono nella stessa verità del dubbio, che assume la certezza del reale, laddove la salvezza dell'umana verità interiore non si oppone alla fallacia umana. Essa determina una partecipazione ineguale alla perfezione, alla verità dell'Uno dal quale discendono ontologicamente tutte le cose e al quale tutto tende. Tuttavia la problematica sembra essere ben distante dai pensieri dei canonisti dell'epoca che, al contrario, sembrano voler risolvere il problema dell'esistenza della buona fede accedendo a logiche più vicine alla scienza giuridica. Per approfondimenti, sul rapporto tra dubbio e coscienza individuale cristiana, si veda C. BOYER *L'idée de Vérité dans la philosophie de Saint Augustin*, Paris 1940, p. 33 -59 - 90; É. GILSON *Introduction à l'étude de Saint Augustin*, III ed. Paris, 1949, p. 55; M.F. SCIACCA *S. Agostino. La vita, l'opera. L'itinerario della mente*, vol. I, Brescia 1949, pp. 320-324; A. MASNOVO *S. Agostino e S. Tommaso*, Vita e Pensiero, Milano 1950, p. 243, J. HESSEN *Augustinus Metaphysik der Erkenntnis*, Berlin und Bonn, 1931, p. 122.

244 Si riporta il pensiero di Cartesio, tratto da *Oeuvres*, Adam e Tannery (a cura di), XI, ed. Vrin, Paris, 1897-1909, in particolare vol. III, ora nella nuova ed. Vrin, vol. III, Paris, 1971, pp. 247-248, nel quale si richiama la corrispondenza del filosofo dal gennaio 1640: "Voi mi avete gentilmente avvertito – scrive - circa un passo di Sant'Agostino, con il quale il mio asserto: *je pense, donc je suis*, ha qualche correlazione: io sono andato a leggerlo nella biblioteca di questa città, e trovo che in verità egli se ne serve per provare la certezza del nostro essere, e successivamente per far valere che vi è in noi una qualche immagine della Trinità, per il fatto che noi siamo, noi sappiamo di essere e noi amiamo questo essere e questo sapere che è in noi; mentre io me ne servo per conoscere che questo io (*moi*) che pensa (*qui pense*) è una sostanza immateriale (*substance immatérielle*) che non ha nulla di corporeo; che sono due cose molto differenti. E questa è una cosa – rileva ancora Cartesio – che è di per sé così semplice e così naturale da inferirne: che uno esiste per il fatto che dubita (...)" . Il pensiero di Agostino cui il filosofo si riferisce, è contenuto nel *De Trinitate* (lib. X, c. 10, §13) e dice: "*Quandoquidem etiam si dubitat, vivit; si dubitat unde dubitet meminit; si dubitat, dubitare se intellegit; si dubitat, certus esse vult; si dubitat, cogitat; si dubitat, scit se nescire; si dubitat, iudicat non se temere consentire oportere. Quisquis igitur alicunde dubitat, de his omnibus dubitare non debet, quae si non esset, de ulla re dubitare non potest*". Si veda in punto e per i riferimenti bibliografici A. MARCHESI, *Pensiero medievale e pensiero contemporaneo*, Parma, II ed., 1993 pp. 4 -12.

245 Cfr. Tommaso D'Aquino in *Metaphisicam Aristotelis commentaria*, M. R. Cathala (a cura di), Marinetti, Torino, 1935 ora riedita, R. Spiazzi (a cura di), Marinetti, Torino - Roma 1964, p. 114,

Stanti le premesse, verrebbe da pensare che lo stato psicologico del dubbio sia compatibile con la finalità assegnata al diritto e possa rientrare, senza problemi, nella condizione di chi è di buona fede.

La prospettiva filosofica, tuttavia, non è d'immediato aiuto ai giuristi che si sono occupati della materia, seppure, non si esclude, che possa costituire ragione inespressa di alcune letture date all'argomento: si ricorda, infatti, che la Chiesa nel medioevo ha la prioritaria esigenza di fornire alla comunità e a se stessa un corpo di regole senza *discordiae* e, probabilmente, tale necessità spinge il dibattito verso soluzioni più attente alla certezza delle regole, per promuoverne la generale applicazione<sup>246</sup>.

Il legame che intercorre tra dubbio e buona fede è stato oggetto di attenzione da parte del glossatore Giovanni Teutonico e la riflessione che emerge dal suo contributo è stata chiaramente esemplificata dalla dottrina, come segue; la "risposta al quesito se il *dubitans* debba considerarsi in buona o in mala fede discende quale inevitabile conseguenza del modo come la buona fede stessa viene concepita: se partendo da un presupposto etico rigorosissimo e misurato a una stregua superiore alla normale, si esige al più alto grado della buona fede la convinzione più assoluta, questa non può non essere distrutta dalla minima incertezza nella valutazione di liceità del proprio agire, dal dubbio, anche il più lieve; se al contrario si ritiene sufficiente a costituire il sostrato della buona fede la mera ignoranza, in questo caso il dubbio, per nuocere, deve essere tale da escludere, nel sentire comune, l'onestà del comportamento"<sup>247</sup>.

Il problema richiamato giustifica due nuove considerazioni: da un lato, la buona fede del soggetto protagonista del caso controverso è diversa dalla buona fede assunta a modello di giudizio, giacché la seconda presuppone una scelta etica che coinvolge i valori assoluti che la comunità cristianità professa; dall'altro, la libertà dell'uomo e il giudizio ad essa attribuito dalla società in cui vive, si pongono come piano intermedio di confutazione della condotta dabbene, strettamente legato, nell'uno e nell'altro caso, a un giudizio di valore che da solo costituisce esistenza e validità della regola della correttezza.

In quest'ottica, molto complessa, la soluzione fornitaci dal Teutonico appare quasi troppo semplice e depone nel senso di affermare che chi dubita è da riconoscersi in buona fede: "in altri termini - precisa il giurista - chi dubita non ha ancora giudicato perché se avesse giudicato non dubiterebbe più. Pertanto le sue condizioni d'animo non possono recisamente considerarsi di mala fede, anzi tutt'altro, non essendo ancora compiuta, da parte dell'intelletto, la presa di possesso

---

in particolare, *liber tertius, lectio I, c.1*, dove è ribadito che "*Necesse est ad quaesitam scientiam nos aggredi primum de quibus dubitare primo oportet*".

246 E' evidente la relazione tra lo stato di coscienza presupposto dal dubbio o dall'errore e il dato psichico che fonda il principio del *neminem laedere* funzionale alla prescrizione. Invero l'importanza dell'elemento psicologico era riscontrabile, nelle fonti romane, dall'uso dei verbi "*credere*" "*putare*" "*extimare*" tutti concetti che rimandano a un accidente nel percorso ordinario della consapevolezza del soggetto che costituisce un'ombra nella sfera psichica – individuale. Il dibattito non sarà destinato a chiudersi in fretta, rimanendo attuale e riccamente problematico fino a epoche molto più recenti.

247 Si veda L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 322.

della realtà (...) ”<sup>248</sup>.

Diversa la posizione di Antonio da Butrio che perviene a considerazioni ritenute di maggiore spessore giuridico: egli infatti “arriva a negare al *dubians* la facoltà di prescrivere, partendo dal presupposto che il dubbio non sia né buona né mala fede. Esso costituirebbe invece uno stato d’animo intermedio, che toglierebbe appunto quello stato di rettitudine e di coscienza onesta, richiesta dal diritto, per il compimento della prescrizione (...) ”<sup>249</sup>.

Sussiste, poi, una terza soluzione fornita all’argomento, la quale è fatta risalire a Bartolo da Sassoferrato. Questa può essere riassunta nel modo che segue: “*dubium antecedens, seu initio possessionis, inducit malam fidem; dubium superveniens non nocet*”<sup>250</sup>.

Per chiarirne le implicazioni, si richiama il pensiero di Giovanni da Imola, il quale ravvisa che poiché il dubbio coltivato all’inizio del possesso esclude l’*ignorantia iuris alieni*, il *dubium antecedens* impedisce il riconoscimento della buona fede.

Circa il *dubium superveniens*, invece, il giurista sembra voler risolvere il problema accedendo all’autorità del diritto positivo: richiamando che la “*Quoniam omne*” non dà peso allo stato di ignoranza del prescrivente, sotto il profilo dell’incidenza del dubbio, Giovanni da Imola ritiene la sua sopravvenienza irrilevante, poiché non è destinata ad inficiare uno dei principi cardine contenuti nella decretale, ovvero “*dummodo possit praescriptionem servari sine peccato mortali et non habet quis conscientiam rei aliena*”<sup>251</sup>.

Passando a occuparci del legame che intercorre tra errore e buona fede, riportiamo alcune soluzioni dei canonisti, che pure sono definite, in dottrina, rudimentali<sup>252</sup>.

Sempre con riguardo alla disciplina della prescrizione acquisitiva, si rivolge l’attenzione all’errore di diritto, definito come stato d’ignoranza del soggetto che verte sul precetto normativo: la regola *iuris*, infatti, può essere erroneamente interpretata o ritenuta inesistente, con la conseguenza che lo stato d’ignoranza, laddove scusabile e di buona fede, potrebbe consentire il perfezionamento della prescrizione seppure in circostanze *contra legem*.

Quanto prospettato circoscrive il piano problematico dell’argomento affrontato dai canonisti, giacché l’errore di fatto non comporta particolari difficoltà; esso impone, invero, il comune accertamento già destinato alla verifica della buona fede soggettiva, in altre parole la sola indagine sulle connotazioni del caso concreto e sul modo di atteggiarsi del soggetto che intende far valere il particolare sistema di acquisto della proprietà.

---

248 Per le citazioni L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 326 e ss..

249 *Ibidem*. In realtà la soluzione fornita dal giurista non si presenta di facile lettura. Si dice, infatti: “ve ne sono di quelli la cui presenza è compatibile con la condotta di un galantuomo e degli altri, invece, più fondati e più gravi, che se trascurati, non possono non escludere la onestà del comportamento; ora nella prima ipotesi il prescrivente è tuttavia in buona fede, nella seconda non lo è, né può esserlo perché non è lecito agire con la coscienza praticamente dubbia”: cfr. *Id.*, op. cit., p. 328.

250 *Ibidem*.

251 L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, cit., p. 332.

252 *Id.* op. cit., p. 303: si precisa che la critica riguarda espressamente il periodo aureo.

La posizione assunta dagli studiosi dell'epoca, sull'errore di diritto, si prospetta complessa: sebbene in astratto possa ritenersi plausibile l'esistenza di un errore umano fondato sull'ignoranza della norma giuridica, legittimamente la buona fede implicherebbe giustificare la disobbedienza alla regola di diritto, il che produrrebbe un disvalore nella società e la frattura della fragile struttura giuridica in via di formazione.

Diversamente, qualora si negasse recisamente la scusabilità dell'errore di diritto, si finirebbe per affievolire l'essenza stessa della buona fede e quell'idea di giustizia, in concreto, alla quale è finalizzata.

I canonisti, nella loro opera di rielaborazione del diritto romano, non ignorano il principio del *Corpus* giustiniano "ignorantia facti, non iuris excusat" ma, nel contesto culturale dell'epoca, non se ne convincono appieno.

È "per vero, posto nella prescrizione - si osserva- il requisito di ordine subiettivo della *bona fides* e posto che, uno stato d'ignoranza della verità, un errore, possa esserne la causa, se si ammette che la buona fede non possa spiegare il suo effetto ogni qual volta sia originata da un *error iuris*, implicitamente si viene a indebolire, se pur non si distrugge, il principio stesso della buona fede"<sup>253</sup>.

"Ecco dunque - prosegue la dottrina - che ci si trova davanti al - seguente - dilemma: o l'ordine giuridico rispetta l'esigenza che ha dato luogo alla posizione del requisito - la buona fede di chi erra - e allora deve guardare ad esso e non alla causa, con la conseguenza che un eventuale *error iuris prodest*; o - se - non vuole dare all'*error iuris* rilevanza favorevole per l'errante (...) allora viene in sostanza a negare la norma che pone il requisito"<sup>254</sup>, ovvero la buona fede.

L'argomento è stato affrontato, sul finire del 1200, dal civilista Dino da Mugello, giureconsulto toscano: egli afferma che non può sussistere la buona fede del prescrivente qualora l'errore sulla titolarità del bene altrui sia di diritto e fonda l'assunto richiamando il *Digesto*.

Il Mugellano, tuttavia, ammette un'eccezione, circoscritta alla disciplina dell'*hereditatis petitio* del diritto romano: nell'istituto l'errore di diritto si confonde con l'errore di fatto e per questo motivo supera il divieto contenuto nel *Corpus* giustiniano. Nel suo contributo lo studioso chiarisce, infatti, che "*si erravit in iure et in facto simul (...) dici potest quod bonee fidei repotatur et quod praeberere possit probatori*"<sup>255</sup>.

Antonio da Butrio definisce l'errore di diritto alla stregua del *dubium*, sottolineando l'importanza dell'istruttoria processuale all'esito della quale se ne possono riconoscere gli effetti: il metodo prescelto, a ben vedere, non escluderebbe a priori l'accertamento della buona fede ma ne consentirebbe la prova facendo attenzione alla diversità delle circostanze di fatto dedotte in giudizio<sup>256</sup>.

---

253 L. SCAVO LOMBARDO, cit., p. 304.

254 *Ibidem*.

255 L. SCAVO LOMBARDO, cit., p. 303 e ss.. C'è da rilevare, per completezza, che la posizione presa dal Mugellano è stata duramente criticata dal L. Scavo Lombardo, il quale conclude sostenendo che la buona fede non possa essere mai negata nemmeno dall'errore di diritto, in quanto si tratta di un valore indipendente dalle regole scritte. La buona fede si fonda da una parte, su principi etici e sociali, dall'altra, sull'opera del giudice grazie alla quale la clausola prende significato e produce i suoi effetti.

256 *Ibidem*.

L'argomento, invero, ripropone il forte rilievo processuale che assume l'accertamento della buona fede, il quale ne esce rafforzato, nella continuità che caratterizza i pensieri giuridici dell'epoca con quelli del diritto romano.

Nel nuovo diritto canonico, ad esempio, la buona fede opera alla stregua di una presunzione *iuris tantum*: essa si ritiene esistente fino a prova contraria e la prova è da acquisirsi nel processo, per opera del giudice e nel contraddittorio delle parti.

La necessità che la buona fede si accerti nel fatto e nella specifica virtù umana, risolve, anche nel diritto canonico, il problema della naturale indeterminatezza che continua a connotarne l'essenza.

A questo proposito, infatti, la dottrina, che si è occupata dell'argomento, ha reso evidente come la buona fede del diritto canonico, accanto al suo aspetto generico individuato come stato psicologico dai connotati più volte descritti, possieda un aspetto specifico, che tuttavia non si trova disciplinato secondo passaggi logici nell'ordinamento: “ (...) pertanto - si osserva- nel suo aspetto specifico il contenuto del presupposto psicologico della buona fede può variare da ambito a ambito del diritto, vale a dire può essere più o meno ampio, atteggiandosi in modi diversi”<sup>257</sup>.

Da qui l'imprescindibile necessità di accedere agli organi ecclesiastici della giustizia che tramite la peculiare natura della buona fede continuano a derogare e a integrare il sistema delle regole scritte.

1.11. *Gli esempi del matrimonio putativo e del contratto* — Avviandoci alla conclusione del nostro argomento, si ricorderà che nel diritto canonico del tempo, una disciplina, in particolare, racchiude i temi in precedenza trattati: quella del matrimonio putativo.

Si tratta di una disciplina nuova che i romani, ad esempio, ignoravano, giacché civiltà laica che non riconosce l'indissolubilità del matrimonio.

L'istituto perciò nasce intorno al secolo XI come 'rimedio' eccezionale alla retroattività delle sentenze che si pronunciano sulla nullità del vincolo matrimoniale.

La disciplina del matrimonio putativo è un chiaro esempio di *charitas* cristiana, tesa essenzialmente a favorire i figli nati dall'unione, perché innocenti, in particolar modo quelli incestuosi<sup>258</sup>.

Il matrimonio putativo riprende le tematiche dell'errore e il rilievo giuridico della sua scusabilità: entrambe le circostanze sono collegate all'esistenza della buona

---

257 L. SCAVO LOMBARDO, cit., p. 353.

258 La storia racconta che l'istituto assume valenza giuridica proprio per rimediare al malcostume delle unioni tra parenti e al proliferare dei figli incestuosi. Il dodicesimo Concilio Laterano sotto Papa Innocenzo III, sul finire del 1200, vietava i matrimoni fino al settimo grado di parentela e di affinità, ma ne prevedeva altrettante e facilitate dispense: i figli nati da queste unioni ponevano un problema di aiuto cristiano in quanto innocenti, da lì la necessità di non porre nel nulla, nei loro confronti, gli effetti del matrimonio invalidato. In seguito, il beneficio era esteso a tutti i figli nati da questo tipo di matrimoni e ai coniugi stessi, purché la celebrazione del rito fosse avvenuta in buona fede. In particolare e per la storia dell'istituto cfr. J. GOODY, *The development of the Family and Marriage in Europe*, Cambridge University Press, 1983; tr. it., *Famiglia e matrimonio in Europa. Origini e sviluppi dei modelli familiari dell'Occidente*, Bari 1991, pp. 127 e ss..

fede identificata come lo stato d'ignoranza, di uno o entrambi i coniugi, sulle ragioni poste a fondamento della nullità del vincolo.

Da questa prospettiva, ai fini dell'applicazione della disciplina del matrimonio putativo, si considerano rilevanti sia l'errore di fatto che l'errore di diritto.

La buona fede impone, tra i nubendi, obblighi di diligenza e di reciproca informazione: al contempo, qualora ne sia accertata l'esistenza, la buona fede consente la deroga alle regole del diritto scritto, tanto è vero che giustifica la permanenza in vita di un atto né valido né efficace al fine di salvaguardare le ragioni del coniuge onesto e dei figli incolpevoli<sup>259</sup>.

La giustificazione che i canonisti forniscono alla forza derogatoria della buona fede e alla permanenza in vita di alcuni effetti del matrimonio annullato, risiede nell'assenza di peccato del coniuge diligente e dei figli nati dall'unione, che la funzione pastorale del nuovo diritto intende premiare e garantire<sup>260</sup>.

Le dinamiche giuridiche e le ragioni etiche, in breve accennate, si estendono alla disciplina del matrimonio contratto con violenza.

I nubendi caduti in errore o il *coactus, qui vere consensit*, non sono considerati né colpevoli né peccatori; per questa ragione essi non dovranno subire gli effetti pregiudizievoli della norma giuridica in ragione della forza correttiva e derogatoria della buona fede.

In entrambi i casi richiamati, l'accertamento della buona fede è demandato al giudice nel processo: valgono, peraltro, le medesime considerazioni già in precedenza svolte circa i modi del suo accertamento, laddove assume la massima considerazione sia la valutazione della particolarità del fatto che la condotta umana in concreto manifestata.

Per dovere di completezza si ricorda che la disciplina del matrimonio putativo è stata accolta nel diritto civile già con le codificazioni del XVIII e del XIX secolo: la stessa disciplina è presente nel codice civile ora in vigore e nel codice di diritto canonico<sup>261</sup>.

Tuttavia la *ratio* dell'istituto, fin dal momento del suo recepimento nelle leggi statali, è sostanzialmente cambiata: non è più la sola esigenza di tutela del soggetto incolpevole e debole a giustificare la forza derogatoria della regola della correttezza, ma preponderanti esigenze di certezza del diritto.

I pensieri giuridici, che si sono avvicinati dal periodo delle grandi

---

259 Si veda A. ALBISSETTI, *Contributo allo studio del matrimonio putativo in diritto canonico-violenza e buona fede*, Milano 1980, pp.16 e ss.

260 Si veda P. FEDELE, *L'essenza della buona fede nella dottrina canonistica del matrimonio putativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, pp. 474 e ss..

261 Nel codice civile del 1942 la disciplina è contenuta negli artt. 128, 129 e 129 bis: da essa si evince che se i coniugi hanno contratto matrimonio in buona fede o il consenso è stato estorto con violenza o per timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi, l'annullamento opera con effetto *ex nunc*, fatti salvi tutti gli effetti nel frattempo prodotti anche con rispetto ai figli nati o riconosciuti durante il matrimonio. La buona fede consiste nell'ignoranza da parte dei coniugi o di almeno uno di essi, della causa d'invalidità. L'ignoranza si presume, ed è sufficiente che esista al momento della celebrazione del rito. Il matrimonio in malafede produce gli effetti del matrimonio valido con rispetto ai figli nati o concepiti durante l'unione, salvo che la nullità dipenda da bigamia o incesto. Il canone 1137 del codice del diritto canonico riconosce la qualifica di figli legittimi a chi è nato in costanza di matrimonio putativo.

codificazioni fino ai giorni nostri, avvertono l'esigenza preponderante di garantire l'investitura pubblica aperta dalla celebrazione del vincolo<sup>262</sup>, poiché il diritto, come proprio della cultura moderna, si pone oramai su un piano sostanzialmente sovraordinato e distante da quello umano<sup>263</sup>, dove, viceversa, la buona fede nasce e più autenticamente opera.

Nessun sostanziale elemento di peculiarità, nel diritto cristiano e medievale, si ravvisa in tema di buona fede e contratti: la regola, infatti, produce i suoi effetti alla stregua di quanto avveniva nella civiltà romana.

La clausola riveste, nella nuova cultura giuridica, un ruolo molto importante con rispetto agli "obblighi ai contraenti imposti nella formazione e nell'esecuzione dei contratti"; la dottrina, a questo proposito, osserva come "il primo dato genetico dell'esperienza giuridica è legato, nel diritto della Chiesa, alla tradizionale affermazione (...) secondo la quale *omnes contractus mundi sunt bonae fidei*"<sup>264</sup>.

L'obbligo di rispettare la parola data, ai fini della corretta esecuzione di quanto convenuto, è quello che principalmente comporta la buona fede dei contratti<sup>265</sup>: tuttavia, come nel diritto romano, il dovere di correttezza introduce nel rapporto tra le parti implicazioni più ampie del rispetto formale del patto concluso.

Ci si riferisce a quei particolari doveri di trasparenza e presa in carico dell'interesse altrui dal contenuto ampio e mutevole che, a parere di chi scrive, è bene espresso dal brocardo latino *age quod agis*, di cui il rispetto si mantiene necessario per assolvere quanto promesso (*fit quod dicitur*).

Senza ripeterci oltre sull'argomento, sembra tuttavia opportuno richiamare

---

262 Si rimanda senza pretese di esaustività e per approfondire l'argomento a A. CICU, *Sul fondamento del c.d. matrimonio putativo* in *Riv. trim. Proc. Civ.*, 1, 1952, pp. 569 e ss., ora in *Scritti minori*, Milano, 1965, I, pp. 297 e ss.; P. NICOLÒ *Matrimonio putativo*, in *Commento al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, II, sub. artt. 128 e ss., Padova 1992, p. 338; R. LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, Milano 1978, *passim*; A.C. JEMOLO *Il Matrimonio*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1961, p. 184 e ss.; F. FINOCCHIARO *Il matrimonio civile*, II, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna - Roma, 1993, *passim*; F. VASSALLI, voce *Matrimonio putativo*, in *Nuovo Dig. It.*, VIII, Torino 1933, pp. 340 e ss.; R. SACCO *In tema di matrimonio putativo*, in *Foro Pad.*, 1959, pp. 1295 e ss.; A. TRABUCCHI *Il matrimonio putativo*, Padova, 1936, *passim*.

263 Dice H. KELSEN, descrivendo la differenza tra diritto naturale e diritto positivo: "l'uno procede prescrivendo la condotta socialmente desiderata come contenuto di un "dover essere", l'altro disponendo un atto coercitivo, che deve essere applicato alla persona la cui azione costituisca proprio l'opposto di quanto si desidera. Quest'ultimo si palesa quindi come un ordinamento coercitivo". Cfr. Id. *Teoria generale del diritto dello Stato*, 1945, tr. it. S. COTTA e G. TREVES (a cura di), Milano 1952 - 2004, p. 405.

264 Cfr. L. SCAVO LOMBARDO, op. cit., p. 361 e in particolare la nota 24. Egli sostiene che nel codice civile italiano del 1865 era discusso l'obbligo generale di contrarre secondo buona fede che, per esempio, il primo TRABUCCHI non riconosceva chiaramente; si veda del Maestro *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova 1937, in particolare pp. 107 e ss.. Diversamente tale regola generale era riconosciuta da C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, rist. con appendici, Padova 1983, p. 198, nota 25, la qual cosa dimostra come fino al codice del 1942 e agli articoli in esso dedicati alla clausola, la buona fede sia stata fonte di perplessità e di accesi dibattiti.

265 L. SCAVO LOMBARDO, op. cit., p. 362, nota 25, dove si precisa: "base del nuovo dogma è la forza creatrice del consenso, punto di attrazione è la buona fede, elemento animatore è l'imperativo morale che lo anima, fine è la tutela di un interesse dell'altro contraente nell'acquisto di una data utilità promessa e il correlativo riconoscimento della colpa di colui che non adempie al patto conchiuso"; in punto S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig 1876, *passim*.

l'opinione della dottrina che ha individuato, per punti essenziali, la funzione svolta dalla buona fede nei rapporti contrattuali di diritto canonico.

A tal proposito si precisa che: “a) il contratto, caratteristica manifestazione della particolare funzione equilibratrice del diritto, principalmente opera, nel campo dell'ordinamento giuridico, come mezzo di contemperamento di opposti interessi, b) onde poter stabilire un giusto punto di equilibrio fra interessi contrastanti, è indeclinabile esigenza dell'ordinamento giuridico che l'equilibrio degli interessi stessi non sia turbato durante la formazione del contratto, c) in tale senso viene assunto come unità comune di misura dell'azione soggettiva un termine oggettivo, vale a dire l'elemento della buona fede, tendente appunto a garantire che nella realizzazione dell'interesse opposto a quello dell'altra parte non si turbi l'equilibrio dal diritto voluto e si agisca socialmente, temperando la pura e semplice affermazione dei propri impulsi egoistici con le necessità etico - sociali della convivenza”<sup>266</sup>.

La buona fede, nel pensiero cattolico, è sentita, anche in materia contrattuale, una regola di diritto dai chiari valori etici e sociali: essa è regola naturale del mercato e dell'economia.

In questo contesto assolve la funzione di equilibrare gli egoismi individuali in favore della convivenza sociale, promuovendo una giustizia in concreto che è garanzia di ogni singolo interesse in proporzione a quello della collettività. Dalle considerazioni che precedono, si evince che anche nel diritto della Chiesa la buona fede è “forza sociale” che impone l'equità e la proporzione nella tutela degli interessi individuali a tutela del bene comune; essa preesiste alla *regula iuris* ed è criterio di giustizia umana che il diritto dell'origine riconosce, rispetta e sussidia<sup>267</sup>.

1.12. *Conclusione del primo capitolo*— Sofocle nella sua Antigone, lascia esprimere Creonte in questo modo: “conoscevi tu - dice alla ragazza - l'editto che vietava proprio ciò che hai fatto?”.

Antigone colta in flagrante nell'atto, illegale, di dare sepoltura al fratello morto risponde: “si lo conoscevo” tuttavia “non Zeus proclamò quell'editto per me, né Dike che abita con gli dei sotterranei (...) essi non hanno sancito per gli uomini queste leggi”.

La legge di Creonte, a ben vedere, può presentarsi ingiusta rispetto alle leggi che Sofocle dichiara sempre in vita, in quanto, egli osserva, “nessuno sa quando

---

266 L. SCAVO LOMBARDO, op. cit., p. 366.

267L'argomento affrontato nel testo può senz'altro svilupparsi anche in chiave economica, ma rendere conto del collegamento ci porterebbe troppo lontano. Tuttavia per approfondire le tematiche della forza dell'autonomia individuale nelle regole del mercato si veda, senza pretese di esaustività, L. FRANZESE in *Ordine Economico e ordinamento giuridico - La sussidiarietà delle istituzioni*, cit., in particolare p. 23 e ss.. In punto, seppure non si occupi direttamente di buona fede, G. ROSSI, *Diritto e mercato*, in *Rivista delle società*, 1998, p. 144, che osserva: “io credo in definitiva che l'intervento legislativo sia condizionante del mercato, ma proprio perché condizione, non è il mercato stesso. Dobbiamo dunque cercare, fuori dalle norme positive la sua definizione e la sua realtà”. Dall'osservazione si ricava, tuttavia, che la buona fede, per le sue caratteristiche spontanee, umane e funzionali ai commerci, è a pieno titolo regola del mercato e la storia, fin qui richiamata lo conferma.

vennero alla luce<sup>268</sup>. La legge di Creonte può presentarsi ingiusta rispetto alle leggi della natura umana.

La metafora dell'esempio racchiude in sé le problematiche che coinvolgono buona fede e diritto: se la percezione del giusto e del virtuoso è innata nella ragione umana, l'uomo possiede gli strumenti per la propria autoregolamentazione che il diritto dovrà rafforzare anche, all'occorrenza, correggendone le abusive devianze. Se, al contrario, il diritto è l'insieme ordinato e autoritario delle leggi dello Stato allora, per dirla con Kelsen, "la norma è una categoria che non trova applicazione nel campo della natura"<sup>269</sup> né dell'uomo, se non nell'accezione astratta di soggetto di diritto<sup>270</sup>.

La possibile scelta tra i due modi di vedere il diritto, condiziona la stessa interpretazione della buona fede come regola giuridica, seppure la ragione che essa conduce, emersa in questa prima parte del lavoro, sembra chiara.

Nella forza innata di cui parla P. Frezza quando traccia le caratteristiche della buona fede, se applicata agli scambi del diritto romano, evidenziandone la nascita spontanea e la sostanziale capacità di ricondurre a giustizia i rapporti prima e oltre il diritto statale, sembra echeggiare il pensiero di Cicerone nel *De legibus*, laddove, nell'interpretazione che ne è stata data dalla dottrina, si sottolinea che i comandi e i divieti che operano nel rapporto tra esseri umani non derivano la loro forza dai testi normativi (*formulae*) ma "da una ragione proveniente dalla natura universale, che spinge gli uomini ad agire rettamente e a evitare le azioni colpevoli"<sup>271</sup>.

E' dalla forza della *fides*, infatti, quindi dalla lealtà umana e dalla volontà in concreto di prendersi in carico le ragioni altrui, che si fa oggettiva la regola della *bona fides* applicata ai contratti: la regola della correttezza, con la quale è possibile colmare i limiti del diritto statale, si forma, in definitiva, grazie alla spontanea adesione dell'uomo alla condotta virtuosa, che discende dal modello divino ed è forza propulsiva nella costituzione e gestione della società civile.

La virtù dell'uomo sta alla base della possibilità, riconosciuta allo stesso, di disciplinare le fondamentali relazioni che intraprende: il giuramento che a un certo punto della storia della *fides* la suggella e ne conferma la forza precettiva, ci rimanda alla necessità condivisa di attribuire forma solenne ad un originario obbligo di condotta morale proprio della natura umana.

Quest'obbligo prescinde dalla forza eteronoma dell'autorità statale e la sua traduzione formale ne rafforza l'importanza e la garanzia della buona riuscita del rapporto.

---

268 SOFOCLE, *Antigone Edipo re Edipo a Colono*, in *I grandi classici Latini e Greci*, F. Ferrari (a cura di) Milano 2000, p. 93: per l'approfondimento dei temi concernenti la contrapposizione tra la legge di Creonte e quella di Antigone, cfr. F. CAVALLA (a cura di) *Retorica Processo Verità. Principi di filosofia forense*, Milano, 2007 in particolare pp. 78 - 84 e pp. 101-208.

269 H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, tr. it, Torino 2000, pp. 51-52.

270 Secondo Kelsen la persona è un "artificio del potere, un concetto ausiliario che la conoscenza giuridica si è creato allo scopo di esporre nel modo più facilmente comprensibile il materiale da dominare e sotto la pressione di un linguaggio giuridico antropomorfizzante". ID. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, R. Treves (a cura di), Torino 1952, p. 87. Puntuale il rilievo di S. Cotta che osserva come il soggetto di diritto "non essendo una realtà 'naturale' ma una costruzione" possieda un contenuto essenzialmente astratto che "varia da ordinamento a ordinamento, indipendentemente dalla consistenza antropologica comune ad ogni individuo umano". Cfr. S. COTTA *Soggetto di diritto*, *Enciclopedia del diritto*, XLII, Milano 1990, p. 1216.

271 Il pensiero è di F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, cit., p. 33.

Anche nei *foedera* del diritto internazionale, ovvero nei rapporti tra impari, il percorso evolutivo che conduce l'eticità della condotta verso la *regula iuris*, non cambia: il piano metafisico della virtù, che la *fides* collega alla 'natura universale' dell'uomo, diventa presupposto di effettività della regola, che non abbisogna di un piano astratto e virtuale di validazione. Validità ed efficacia della buona fede sono, infatti, garantite dalla realtà della sua stessa natura<sup>272</sup>.

La *fides publica*, d'altra parte, non sembra allontanarsi dalla missione cui il sostantivo assolve: anche la discrezionalità nelle scelte internazionali non tradisce la lealtà e la garanzia di tutela che lo Stato deve all'uomo, giacché, sembra potersi osservare, che la virtù dei consociati condiziona l'azione virtuosa delle istituzioni, perché è sempre l'uomo l'artefice dell'armonia dei valori che professa (pace, guerra, religione, politica) sia come singolo sia nelle formazioni sociali<sup>273</sup>.

Sembra allora condivisibile il monito contenuto nelle belle pagine di L. Scavo Lombardo, che osserva come il regime contrattuale, dove con maggiore frequenza la buona fede è riconosciuta norma giuridica, è il luogo in cui può sentirsi maggiore il rischio d'indebolimento della clausola<sup>274</sup>.

L'assunto si spiega con una successiva affermazione dello studioso: "l'idea assoluta di buona fede – chiarisce infatti - che si traduce nelle singole leggi, si dissolve o direi meglio si deforma"<sup>275</sup>, specie laddove, e ciò emerge dalla prima parte del nostro contributo, l'intento risponda all'esclusiva esigenza di collocare la regola in un'idea di diritto simile a quella ricordata da Sofocle per bocca di Creonte.

L'idea cristiana di buona fede si mantiene rispettosa della sua essenza originaria.

Anche nel diritto canonico, in via di formazione, la buona fede è espressione della condotta dell'uomo retto secondo le regole di Dio e i principi della religione cristiana.

La buona fede insiste nella coscienza e ne dimostra la sostanziale mancanza di peccato, che non solo il giudizio divino, ma anche la legge umana devono premiare assicurando a questo stato di grazia i benefici conseguenti.

La disciplina canonica delle prescrizioni risponde alle logiche sopra citate: nello stesso senso si muove la disciplina del dubbio e dell'errore, come la garanzia assicurata all'innocente dalle disposizioni che hanno ad oggetto il matrimonio putativo.

A volte, tuttavia, il rigore morale, che la buona fede del diritto canonico

---

272 La necessità che la regola di diritto si serva di un piano astratto e ordinato di validazione, dal quale giustificare la sua efficacia e la sua forza, è prerogativa della cultura giuridica moderna che i pensieri di Kelsen esprimono con chiarezza e rigore scientifico: "per spiegare la validità della costituzione - come delle altre leggi, si osserva- è necessario postulare una norma ancora più lata la *Grundnorm* o ipotesi iniziale la cui sola funzione è di attribuire validità alla costituzione. La scienza del diritto va avanti in tutte le tappe con giudizi su ciò che deve essere valido, e non con giudizi su ciò che effettivamente accade"; Cfr. A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 64. L'origine della buona fede, viceversa, dimostra che la regola dei rapporti può essere valida ed efficace solo perché osservata e condivisa nella relazione umana giacché rispondente a un giudizio di valore che collega quella regola alla virtù dell'uomo.

273 Cfr. paragrafo 1.6 di questo capitolo.

274 L. SCAVO LOMBARDO, op. cit., pp. 361 e ss..

L. SCAVO LOMBARDO, op. cit., p. 249.

275 L. SCAVO LOMBARDO, op. cit., pp. 361 e ss..

introduce nel rapporto giuridico, è soggetto a deroghe in favore della certezza del diritto o a interpretazioni discordanti e blande.

Le spiegazioni che al fenomeno si possono fornire, sono essenzialmente due e collegate: la prima che risiede nella necessità, per i canonisti, di favorire la creazione di un sistema giuridico coerente e solenne che garantisca, in particolare, il nascente potere ecclesiastico, la seconda chiaramente descritta da L. Scavo Lombardo nel suo contributo in argomento.

Osserva, infatti, lo studioso: nel diritto canonico le “posizioni discordanti spesso intraprese tra i giureconsulti, le posizioni più blande” richiamate in fatto di buona fede, “a fronte di quelle più inclini ad affermarne la rispondenza della regola al credo professato, lasciano intendere che per i decretalisti, l’azione giuridica è morale, ma appartiene agli strati inferiori della moralità (...)”.

L’assunto nella sostanza conferma la possibilità di sacrificare la moralità alla forza del comando giuridico, in quanto alla legge non appartiene la giustizia in senso assoluto, ma piuttosto il perseguimento dell’ordine delle cose che governa<sup>276</sup>.

Nel diritto canonico in via di formazione, l’abbiamo visto quando abbiamo parlato della decretale *Quoniam Omne*, non mancano tentativi di armonizzazione autoritativa delle diverse letture assegnate alla buona fede e degli effetti ad essa collegati; tuttavia la circostanza richiamata, assume ancora connotazioni eccezionali, ben distanti da quelle logiche astratte, ordinate, ed eteronome che nel proseguimento vedremo derivare dalla frattura intercorrente tra l’autonomia dell’uomo e le regole che questo riconosce.

La buona fede, nel costituendo diritto canonico, unisce ancora la regola degli uomini con la morale divina e per questa via ci dimostra il pensiero che i giuristi dell’epoca avevano del diritto.

“Più esattamente, (...) – è stato osservato - là dove per il diritto c’è buona fede, c’è pure per la morale assenza di peccato; difatti un diritto ingiusto o immorale non sarebbe diritto ma contraddizione del diritto (...)”: non a caso, nel diritto canonico, il regime della prescrizione acquisitiva se da una parte colpisce l’incuria e la colpevolezza di chi trascura i propri beni, perché condotta non conforme alla morale cristiana, dall’altra riconosce tutela giuridica a chi possiede in buona fede, con coscienza cioè di non ledere la posizione altrui, che è presupposto indispensabile per il perfezionamento del diritto di proprietà.

Dal diritto innato di Antigone, ai *judicia bonae fidei*, dal divieto Agostiniano che impone di non fare agli altri ciò che non si vorrebbe ricevere fino all’esercizio dell’*equitas* canonica nei processi ecclesiastici, la buona fede introduce, nella dimensione giuridica delle relazioni, criteri etici che appartengono alla natura umana e alla tensione divina e virtuosa dell’anima: essi stimolano la creazione del diritto scritto, conformando le procedure secondo criteri di giustizia in concreto che le leggi dello Stato, da sole, non possono né individuare né compiutamente garantire.

La circostanza infonde alla regola una connotazione indeterminata e mutevole, la quale le consente di espandere o ridurre la sua incidenza nei rapporti,

---

<sup>276</sup> Il passaggio di cui parla L. Scavo Lombardo si pone come passaggio obbligato nella costruzione di ogni ordinamento giuridico. Il fine perseguito richiedere, infatti, la restrizione “al minimo etico - dell’essenza originaria della correttezza poiché - spingersi al massimo- si osserva- è compito che non (...) spetta” ai sistemi di diritto. Cfr. L. SCAVO LOMBARDO, op. cit., p. 250.

nonostante la diversità del fatto e delle istanze di giustizia che da esso promanano: la *iurisdictio* è pertanto il luogo essenziale del suo accertamento e della sua misura, dalla quale la buona fede sprigiona tutta la sua forza, prima ancora del suo recepimento nei diversi testi normativi<sup>277</sup>.

Il giudice del processo romano, ad esempio, giudicando il fatto secondo buona fede, è chiamato a collegare il modello di condotta fornito dall'uomo "saggio e buono" di cui parlava Aristotele con la dimensione della lite, poiché è da questa particolare operazione, ci ricorda A. Cannata, che si persegue con efficienza la giustizia nei rapporti.

Dal ragionamento prospettato sembra emergere che la buona fede non si presta a catalogazioni scientifiche al modo della scienza giuridica moderna e questa consapevolezza sembra il punto di arrivo del tema fin qui svolto.

Nel diritto dell'epoca "*scientia non potest stare cum fide*" perché la cultura giuridica di cui ci siamo occupati non "si avvale d'una continua verifica dei propri assiomi" quanto più alimenta un contesto di regole nelle quali "la fede si lega alla prassi e lungi dal richiedere procedure rigorose d'apprendimento, riserva la sua efficacia sul piano concreto della vita, guida gli uomini e ne determina gli scopi (...) per accostarsi alla cristiana promessa del sommo bene (...)".

"Questi fini – sottolinea D. Corradini - escludono, in specie, i giudizi di vero e di falso, i ragionamenti sottili (...) le argomentazioni matematiche, poiché emanano da Dio e penetrano nel cuore di ciascun individuo come una certezza inconfutabile che spinge alla rettitudine (...) e che non è possibile capire tramite l'intelletto e l'ausilio delle discipline scientifiche"<sup>278</sup>.

Se questo è l'approdo del viaggio finora svolto, può tuttavia accadere, nella storia, che la forza legata all'etica della condotta si scontri e sia sostituita dalla forza eteronoma della legge statale, come ci si trovasse in una guerra di trincea dove il territorio da conquistare o da sottrarre coincide con la libertà degli uomini di autoregolamentarsi.

Di queste battaglie ci occuperemo continuando le nostre riflessioni sulla buona fede, specie trattando della nascita dello Stato moderno e della cultura giuridica che ne sta alla base: lì la clausola stenterà ad essere riconosciuta con l'originaria forza precettiva, perché la costruzione scientifica dell'ordinamento giuridico le sarà ostile seppure, sulla "carta", la buona fede vi trova facoltà e legittimazione.

---

277 L. Scavo Lombardo, op. cit., p. 338, sostiene che la buona fede è un concetto empirico e un criterio pratico; la sua misura risiede nel sentire comune. "Valutare questo particolare stato d'animo nella sua mutabilità e perfettibilità - osserva- è il maggior rischio ma anche la maggiore nobiltà dell'opera del giudice, che è il termometro più sensibile della società di cui egli stesso è partecipe".

278 Il pensiero richiamato nel testo e riportato tra virgolette è di D. Corradini che fornisce, in sunto, la posizione teoretica dello scozzese J. Duns Scoti, vissuto nel 1300, il quale a Oxford si applicava allo studio dei *Libri quattuor sententiarum* di Pietro Lombardo, un compendio di teologia cristiana fondato sulla Bibbia e sui Padri della Chiesa. Cfr. ID. *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto*, cit., p. 105.

## LA CULTURA DELLA DICOTOMIA: STORIA E DIBATTITI.

SOMMARIO: 2.1 La cultura giuridica delle grandi codificazioni: la buona fede nel Codice di Napoleone. 2.2. La Scuola dell'esegesi e la restrizione dell'efficacia della clausola. 2.3 Bruns e Wächter: la buona fede soggettiva e oggettiva. 2.4 Il cammino culturale che conduce al BGB. 2.5 La buona fede nella pandettistica e la codificazione tedesca. 2.6. La buona fede nel Codice Italiano del 1865 e il dibattito dei giuristi. 2.7. La giurisprudenza italiana e la forza precettiva della buona fede. 2.8 Conclusione del secondo capitolo.

2.1 *La cultura giuridica delle grandi codificazioni: la buona fede nel Codice di Napoleone* — Veniamo ora a trattare della cultura giuridica che ha favorito le grandi codificazioni, con particolare attenzione al Codice di Napoleone e di come le nuove tendenze hanno prodotto i loro effetti sul modo d'interpretare la buona fede .

L'analisi del dibattito dottrinario, invero, può essere utile per giustificare i risultati che l'indagine si propone, tant'è che l'inversione di tendenza, nel modo di pensare il diritto, si prospetta fondamentale alla risoluzione della problematica richiamata in premessa, giacché costituisce piano di confronto dell'aporia segnalata e snodo decisivo verso il suo possibile superamento.

E' sul finire del cinquecento, e da lì in avanti, che si cominciano a gettare le basi per l'assetto giuridico preso in esame fino all'attualità. La nascita e il progresso della classe sociale borghese, alimenta una concezione dell'uomo come essere orientato all'esaltazione del proprio individualismo<sup>279</sup>, laddove la certezza della titolarità dei beni che possiede, diventa elemento qualificante la stessa natura umana<sup>280</sup>.

---

279 Si ritiene, in dottrina, che l'importanza del ruolo svolto dalla classe borghese, dopo la rivoluzione francese, sia desumibile dalla *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789 e dal *Code Napoléon* del 1804. In essa, è scritto, "sono accolti i desideri della borghesia e la dottrina dei diritti originari e imprescrittibili assume cospicuo risalto". I codici europei racchiudono questo tipo di ideali che si polarizzano su due 'dogmi' fondamentali: quello della proprietà e quello della libertà negoziale. In argomento, per tutti, D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto*, cit., p. 25.

280 "Il nuovo individuo, su cui si incardina la società, è l'erede diretto di quel soggetto affrancato dagli involucri medievali che abbiamo visto comparire nelle analisi teologico-filosofiche trecentesche, soggetto liberato e libero grazie al suo essere *dominus*, proprietario dei beni ma innanzi tutto di se stesso (...) puntando sulla stessa argomentazione di fondo: naturalità della proprietà dei beni perché emanazione di quella proprietà di me stesso, frutto dell'istinto di conservazione, strumento di auto-tutela voluto a mio favore dalla divinità e quindi indiscutibilmente naturale". Cfr. P. GROSSI, op. cit., p. 102.

Non a caso la proprietà, diritto innato nella filosofia di J. Lhocke<sup>281</sup>, richiede sempre maggiori garanzie legislative cui i nuovi ordinamenti finiscono per rispondere con grande efficienza<sup>282</sup>.

Il consorzio umano e le sue relazioni, d'altro canto, non sono più pensati alla luce della socialità naturale dell'uomo.

Si può quasi affermare che lo stato di grazia, che nel pensiero cristiano coinvolge l'intero genere umano, è adesso soppiantato dal diverso stato di natura, popolato, al contrario, da individui anomici e sregolati i quali, per non lasciare libero sfogo alle loro insane propensioni istintive, ambiscono al controllo eteronomo e *legibus solutus* di un soggetto potente e coartante; il *Leviatano*, ovvero lo Stato secondo Thomas Hobbes.

La legge naturale del nuovo individuo risponde perfettamente al suo desiderio di 'autoconservazione' che è riconosciuto, in dottrina, diritto fondamentale dell'uomo di nuova concezione: questo desiderio, si osserva "è la sola radice di ogni giustizia e morale" e "il potere dello Stato rinviene il suo limite assoluto in quel diritto naturale, non in altro fatto etico"<sup>283</sup>.

In quest'ottica si denuncia la confusa compagine delle fonti dell'ordinamento dell'epoca, poiché la preservazione dell'individuo e dei suoi beni richiede una legge generale, uguale per tutti, che esprima la forza dello Stato, sul presupposto, per dirla

---

281 Si rimanda per approfondimenti al contributo di P. GROSSI, op. cit., pp. 101- 102, che si occupa di John Locke e dell'opera *Due trattati sul governo*, pubblicata tra il 1680 e il 1690. Locke in essa descrive lo stato di natura, che è uno "stato di perfetta libertà", dove si affida alla *property* il ruolo di garanzia della libertà individuale. Il ruolo svolto dal diritto proprietà è interpretato dalla dottrina come "un complesso di energie e di talenti individuali, che ha enorme forza espansiva, che tende a proiettarsi verso le cose esterne, a segnarle con il marchio dell'esclusività, a vincolarle a un soggetto quasi fondendo il "me" con il "mio" ". P. Grossi evidenzia la stretta connessione tra il pensiero di Locke e quello di Ugo Grozio (1583-1645) dove osserva: "lo stato di natura groziano è sorretto da una regola fondamentale che è il rispetto del *proprium* di ognuno, cioè di una sfera individuale indipendente dove si trovano congiunti diritti di libertà e di proprietà". Nello stesso senso l'analisi svolta, sul pensiero di Locke, da L. STRAUSS, *Diritto naturale e Storia*, cit. p. 201 e ss., che scrive: "Il diritto di proprietà, che sussiste per natura, è un corollario del diritto fondamentale, quello dell'autoconservazione; sicché non deriva da un patto o da qualunque altra azione della società. Se ognuno ha da natura il diritto di conservare se stesso, di necessità deve avere diritto di conservare tutte le cose che sono indispensabili per la propria conservazione" (cfr. p. 229). In punto e dello stesso pensiero C.B. MACPHERSON "Locke on Capitalist Appropriation", in *Western Political Quarterly*, 4, 1951, pp. 550 - 566.

282 Sostiene M. FAUCAULT, *La gouvernamentalité*, lezione del primo febbraio del 1978, al *Collège de France*, tr. it. *La 'governamentalità'* a cura di Pasquale Pasquino, in "Aut - aut", n. 167-168, 1978, pp. 12- 29, in particolare p. 17: "L'arte di governare (...) deve rispondere essenzialmente alla domanda: come introdurre l'economia, cioè il modo di gestire correttamente gli individui, i beni, le ricchezze all'interno della famiglia, come può farlo un buon padre di famiglia, come introdurre dunque questa attenzione meticolosa, questo tipo di rapporto del padre con la famiglia, all'interno della gestione dello Stato". Osserva in argomento P. GROSSI, op. cit., p. 102: "la meta suprema del diritto è l'individuo, e all'infuori di esso non vi sono mezzi, volti a garantire e a proteggere i suoi beni e la sua vita; dalle caratteristiche innate dell'individuo si originano i comandi delle leggi, in una deduzione logica da cui rimane esclusa qualsiasi incidenza dell'umano consorzio e della socialità che lo pervade; e gli istituti del diritto civile s'impennano sulla figura del proprietario e dell'imprenditore, e, esprimono una chiara ideologia ottocentesca, rappresentando in compendio la dinamica di un'epoca paragonabile soltanto, per l'identico sacrificio dei fini collettivi, al rinascimento".

283 La considerazione appartiene a L. STRAUSS, *diritto naturale e storia*, cit., pp. 184 e185.

con Paolo Grossi, che gli “individui ‘proprietari’ generano il potere, e il potere è chiamato a proteggerli”, tanto è vero che “l’età borghese – si presenta – segnata dalle loro reciproche effusioni”<sup>284</sup>.

Sul finire del 1700, la finalità di preservare il *proprium* di ogni individuo è delegata al codice di nuova formazione, “l’unico centro d’emanazione del diritto (...) e simbolo d’un ordine per addietro sconosciuto, che alle formule - chiare e semplici in esso contenute - aggiunge la dote della certezza” e della forza<sup>285</sup>.

Il giusnaturalismo moderno<sup>286</sup> fornisce terreno fertile sul quale questi afflitti vanno maturando laddove, a protezione dei valori individuali della nuova classe emergente, la proprietà e la libera intrapresa privata, emerge l’esigenza di costruire un diritto strettamente connesso con la politica e il potere<sup>287</sup>.

I codici settecenteschi, si osserva, “per la chiarezza dei precetti ed il prestigio dei pensatori (...) quelli ottocenteschi, a partire dal Code Napoléon del 1804 (...) realizzano (...) un tipico compromesso tra i principi razionalistici del giusnaturalismo e il desiderio dello stato unitario di raccogliere in un corpo legislativo, le norme e i costumi nazionali”; questi codici - osserva la dottrina- diventano espressione

---

284 P. GROSSI, op. cit., p. 104, dove acutamente si osserva: “Nella visione giusnaturalistica il potere compare in un secondo momento, un momento che non è più solo ‘natura’ ma è anche ‘storia’: tenendo dietro a motivazioni di opportunità, per comune consenso si sceglie di dare vita ad una società politica. E qual è l’atteggiamento verso il potere? La risposta è ferma il *proprium* la *property*, deve trovare una adeguata tutela, e questa tutela può essere pienamente rinvenuta in una situazione di ordine pubblico, di sicurezza generalmente mantenuta da una efficace opera di polizia (...)”.

285 D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 5. Lo studioso ricorda, in senso significativo, Francesco III, duca di Modena, il quale intorno al 1771, a sostegno della formazione di una codificazione accentrata e unitaria, mette in evidenza come la varia compagine normativa presente nel suo territorio “ne difficolta l’osservanza, e la oscurità dà luogo ad arbitrarie interpretazioni”.

286 Il movimento filosofico, osserva P. GROSSI, in op. cit. pp. 99 e ss., è collocato tra i secoli XVII e XVIII e coinvolge tutta Europa. “In un’accezione assolutamente elementare - egli osserva- giusnaturalismo significa una civiltà giuridica che si impernia (...) sulla nozione di “diritto naturale” quale suo fondamento e che serba al proprio interno la dialettica tra i vari diritti storici positivi prodotti dalle varie entità politiche e un diritto superiore”. In punto di particolare interesse la ricostruzione di L. STRAUSS, *Diritto naturale e storia* cit., p. 171 e ss..

287 Osserva P. GROSSI, op. cit., pp. 108-109, come l’illuminismo sia ricco d’intellettuali, uomini di governo, sovrani, convinti perlopiù “di essere in possesso di quei lumi idonei ad adeguare la realtà storica alle finalmente individuate regole naturali”. Il programma del movimento è di porre in atto “una riforma strutturale della società e dell’apparato statale” nell’ambito della quale il principe illuminato diventa il realizzatore della pubblica felicità: lo storico richiama i pensieri e le opere di Federico II (1740-1786), Giuseppe I d’Austria (1750-1777), Charles de Montesquieu (1689-1755) Cesare Beccaria (1738-1794), Ludovico Antonio Muratori (1672-1750) J.J. Rousseau (1712-1778) e lo stesso I. Kant (1724-1804), che hanno stimolato le seguenti letture: L.A. MURATORI, *Della Pubblica felicità oggetto de’ buoni Principi*, C. Mozzarelli (a cura di), Roma 1996; C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), R. Fabietti (a cura di), Mursia ed., Milano 1973; J.J. ROUSSEAU, *Du contract social ou Principes du droit politique* (1762) in *Oeuvres Complètes*, vol. II, capp. VI e VII, Paris 1971; I. KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, *Berlinische Monatsschrift*, 4, 1784, tr. it., *Risposta alla domanda: che cos’è l’illuminismo?*, in *Antologia degli scritti politici*, G. Sasso (a cura di), Bologna 1977, p. 53; I. KANT tr. it. *La metafisica dei costumi*, G. Vidari (a cura di), Laterza, Roma - Bari, 1999; ID. *La dottrina del diritto*, G. Vidari (a cura di) Milano, 1916, in particolare p. 37 e ss..

dell'“autentico patrimonio d'un popolo e dei fedeli indici della sua fisionomia”<sup>288</sup>.

All'ombra di una simile priorità il diritto naturale, pure oggetto di conferme altisonanti, è destinato alla drastica riduzione della sua forza precettiva.

I passaggi della segnalata inversione di tendenza sono ben espressi dalla dottrina che osserva: “tra il Sei e il Settecento – si tende – a trasfigurare il diritto romano in diritto naturale, conferendogli quell'intrinseca logicità e quella razionale sistematicità che si scorgevano in quest'ultimo; sicché accanto al processo (...) volto a rendere positivo il diritto naturale, se ne ha uno inverso che tende a rendere ‘naturale’, cioè assoluto, il diritto positivo, che è il diritto romano vigente come diritto comune”<sup>289</sup>.

In quest'ottica sono significativi i contributi di J. Domat con la sua opera *Les loix civiles dans leur ordre naturel*<sup>290</sup> e quelli di Robert Joseph Pothier, col suo *Traité des obligations*, da considerarsi l'introduzione ideologica del codice di Napoleone<sup>291</sup>.

D'altro canto Federico II di Prussia celebrava come “capolavoro dello spirito umano” l'elaborazione di un “corpo di leggi perfette” costituite da “un'unità di disegno e regole così esatte e proporzionate che uno Stato retto da queste leggi somiglierebbe a un orologio”<sup>292</sup>.

---

288 D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 7 il quale si riferisce oltre al codice di Napoleone anche all'*Allgemeines Landrecht für die Königlichen-Preussischen Staaten* del 1794 e al contributo, in questo senso fornito, dai pensieri di Wolff e Pufendorf.

289 Cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, *Ottocento e Novecento*, Il Mulino, Bologna, 1970, pp. 15 e 16.

290 J. DOMAT, in *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le loix public, et legum delectus*, I, nouvelle édition, Paris, 1745, “*Préface sur le dessin de ce livre*”, distingue il diritto naturale dalle leggi imposte dai sovrani e delega alle seconde la disciplina dell'ordine delle cose. Non al disordine umano ma alla forza dello Stato va attribuita, nel pensiero del giurista, la regolamentazione dei rapporti. Egli precisa, infatti: «*Les loix ou les regles sont des deux sortes, l'une de celles qui sont du droit naturel et de l'équité, et l'autre des celles qui sont du droit positif, qu'on appelle autrement des loix humaines et arbitraires, parce que les hommes les ont établie*» e sostiene che mentre le prime sono conosciute da ogni individuo «*par la lumière de la raison*», posseggono un'intima e inscindibile forza obbligatoria, non ammettono deroghe e non hanno inizio né fine, le seconde obbligano per l'autorità che le sostiene e le rende coattive (...)». Cfr. D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 11; in punto, G. GORLA, *Atteggiamenti di Domat verso la giurisprudenza e la dottrina*, in *Quaderni del foro italiano*, Roma, 1968, p. 615 e ss..

291 Osserva P. GROSSI in op. cit., p. 99 e ss.: “Il richiamo a un ‘diritto naturale’ non è certamente una novità moderna; la civiltà greco-romana, quella medievale e - addirittura - quella a noi contemporanea sono sicuramente arricchite dalla dialettica ora accennata; e possiamo, anzi, anche individuare una piattaforma comune e costante di ogni ricorso che nella storia si è fatto e si fa al diritto naturale”. Il diritto naturale ha carattere “liberatorio”, “affrancatorio” ed è inteso come “un complesso di regole che al potere e alle sue miserie non si rifanno” poiché più solide e più durevoli. Tuttavia il giusnaturalismo, del periodo indagato, è caratterizzato dal predominio della laicità ed è portatore di aspetti ambigui. Se per un verso lo scopo dei giuristi è di “disegnare un terreno riservato dove il soggetto non può essere molestato nelle sue libertà dagli arbitri del potere”, dall'altro questi pensieri legittimano la nascita dello Stato moderno e l'invasività della pubblica amministrazione. In punto le considerazioni di R. FEDERICI, *Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici*, Napoli 2009, p. 36.

292 FEDERICO II, *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les loix*, in *Frederic II Roi de Prusse, Ouvres*, Berlin, 1789, II, pp. 165-21, tr. it. *Dissertazione delle ragioni di fare e abrogare*

La validità di ogni regola, per la cultura giuridica dell'epoca, risiede esclusivamente nell'ordine delle leggi che promanano dal potere sovrano; esse "obbligano per l'autorità che le sostiene e le rende coattive" seppure, si osserva, "possono prevedere eccezioni e dispongono solo per l'avvenire"<sup>293</sup>.

È nello spazio angusto di queste eccezioni, quindi, che il diritto naturale può sussidiare le mancanze del diritto positivo, tramite precetti che si definiscono meta empirici<sup>294</sup> e che sono destinati a occupare una posizione di second'ordine di fronte al diritto statale. Buona fede ed equità, senza particolari differenze di significato o funzione, sono considerate regole del diritto naturale<sup>295</sup> e risentono delle limitazioni richiamate, tant'è che sono soggette a un'interpretazione che partecipa dell'ambivalenza prospettata.

Esse tutelano la correttezza e la lealtà della condotta contrattuale: presiedono, ad esempio, al rispetto della parola data nella fase delle trattative e garantiscono la giustizia sostanziale delle prestazioni nella fase dell'esecuzione dell'accordo<sup>296</sup>.

La buona fede è posta a tutela degli *iura in re*, e dell'esatto adempimento dei rapporti obbligatori in genere<sup>297</sup>; per questa via, osservano Cumberlad e Burlamaqui,

*le leggi, in "Magazzino Toscano", I, 1754-1755, in particolare pp. 47-51; 95 -103; 145 -154; 181-186; cfr. idem ediz. di Venezia, 1768, p. 33.*

293 Cfr. D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 9.

294 Si richiama il pensiero di I. KANT in *Grundlegung zur Metaphisik der Sitten*, 1785, tr. it *Fondazione della metafisica dei costumi*, P. Chiodi (a cura di) Bari 1988, p. 57, dove si ritiene che "la fedeltà alle promesse" e la benevolenza, tutte qualità strettamente legate alla buona fede, sono regole valide sul piano universale seppure intrinsecamente al di fuori d'ogni rapporto con scopi pratici.

295 "Così in Inghilterra Richard Cumberland, nella sua opera *De legibus naturae disquisitio Philosophica*, annovera tra le virtù morali che presiedono alla convivenza e ai suoi sistemi giuridici, la fedeltà e il rispetto delle promesse": parimenti il leibniziano Wolff ribadisce che "*Honeste vivere* significa obbedire alla *naturalis ratio* (...) né da un analogo giudizio si discosta Heinecius, quando indica nell'onestà un requisito insopprimibile del "verum bonum" e implicitamente teorizza un obbligo di correttezza per l'individuo che voglia raggiungere la stoica atarassia, in cui Seneca vede il lido ove l'animo si placa e si spengono i clamori mondani". Anche Pothier dal canto suo chiarisce il ruolo della buona fede e dopo aver detto che la stessa domina il contratto "ne chiarisce il contenuto sostenendo che (...) comporta sempre una condotta aperta e sincera, sollecita a realizzare la fratellanza tra gli uomini e disposta al sacrificio degli scopi meramente egoistici". Cfr. in argomento e per le citazioni, D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 13.

296 Osserva Toullier, commentando il Codice di Napoleone, come non abbia più senso mantenere la dicotomia tra contratti a titolo oneroso o *bonae fidei* e contratti *stricti iuris* o a titolo gratuito di cui al *Corpus* giustiniano, poiché tutti i contratti sono di buona fede, anche se non hanno prestazioni corrispettive e non sono caratterizzati dal sinallagma: in particola, la regola produce i suoi effetti in entrambe le classificazioni, specie ai fini della risoluzione dell'accordo per eccessiva onerosità. Per Toullier la regola della correttezza e il rispetto della parola data operano anche nell'esecuzione dei rapporti obbligatori, laddove il giudice procede alla determinazione del significato concreto della clausola che diventa regola del caso affrontato in giudizio. Si veda D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., pp. 38-39.

297 Si osserva tra gli studiosi che "nel paragrafo 7 dell'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* austriaco del 1811 (...) esteso alle province del Lombardo -Veneto sino al 1871 (...) il ricorso delle codificazioni al *ius naturae* - è dimostrato grazie alle - norme che obbligano di eseguire gli accordi in buona fede (...) come fonti di doveri per i contraenti". Sullo stesso piano, nel contesto considerato, è posta l'equità, che si pone come ulteriore richiamo dei sistemi di diritto positivo al diritto naturale. Cfr. per approfondimenti e per la citazione in nota D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 14. Nel Codice di Napoleone la materia è

la buona fede produce concomitanti e indirette conseguenze di tutela del bene comune<sup>298</sup>, perché introduce, nel rapporto tra individui, il divieto di porre in essere attività dolose o fraudolente<sup>299</sup>.

Lo stesso Pothier, nel definire il significato che la clausola assume nel Codice di Napoleone, afferma che “*la bonne foi (...) doit régner dans les contracts*”<sup>300</sup>, precisando, poi, che “essa comporta sempre una condotta aperta e sincera, sollecita a realizzare la fratellanza tra gli uomini e disposta al sacrificio degli scopi meramente egoistici”<sup>301</sup>.

Pothier afferma, con convinzione, che: «*les loix ou les regles sont des deux sortes, l'une de celles qui sont du droit naturel et de l'équité, et l'autre de celles qui sont du droit positif, qu'on appelle autrement des loix humaines et arbitraires, parce que les hommes les ont établies*» ma tuttavia precisa che: «*la justice de loix arbitraires soit fondée sur l'utilité publique et sur l'équité des motifs qui y donnent lieu; comme elles n'ont leur autorité que par la puissance du Législateur, qui détermine à ce qu'il ordonne, et qu'elles n'ont leur effet qu'après qu'elles ont été publiées pour être connues; elles ne règlent que l'avenir, sans toucher au passé*»<sup>302</sup>.

Il riconoscimento del diritto naturale, nella prospettiva ora descritta, esprime la sua forza recessiva: siamo, in realtà, all'apologia del pensiero dell'origine, giacché i nuovi giuristi intendono costruire un sistema di regole che prima presuppone, ma poi trascende e ingloba, l'originaria autonomia riconosciuta all'uomo<sup>303</sup>.

---

disciplinata dagli artt. 1134 e 1135. Il primo che prescrive di eseguire le promesse secondo buona fede; il secondo che obbliga le parti a rispettare non solo l'accordo formale ma anche tutto quanto deriva dall'equità, dagli usi o dalla natura stessa dell'obbligazione.

298 Il “bene comune”, sta alla base dell'ordine giuridico e costituisce il criterio del lecito e dell'illecito; il bene comune è il contenuto della “*naturalis ratio*” dal quale il diritto scaturisce e prende la vita. In questo senso i pensieri di Cumberland e Jean Jacques Burlamaqui, laddove, osserva la dottrina, “è innegabile che per suo mezzo (...) la proprietà e la libertà negoziale, il mero *ius utendi et abutendi* e il puro arbitrio di assumere obblighi” vengano moderati. Nella teoria richiamata buona fede ed equità sono regole di diritto che tutelano il bene comune e la naturale socialità dei rapporti tra individui verso il recupero della solidarietà che ancora pervade la cultura ottocentesca delle grandi codificazioni. Cfr. in punto e per le citazioni il commento di D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., pp. 41 e ss., che in particolare si sofferma sul contributo di J.J. BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, Genève, 1747, p. 191.

299 Significative in punto le spiegazioni di Pothier contenute nel *Traité du contrat de vente e des retraités*, Paris 1821-1824, in *Œuvres de Pothier*, I, nouvelle édition Bruxelles, 1831, (285 - 435) p. 339, dove si osserva: «*Quoique, dans plusieurs affaires de la société civile, les règles de la bonne foi se bornent à nous défendre de mentir, et nous permettent de ne pas découvrir aux autres ce qu'ils auraient intérêt de savoir, lorsque nous avons un égal intérêt de ne le leur pas découvrir; néanmoins, dans les contrats intéressés, du nombre desquels est le contrat de vente, la bonne foi ne défend pas seulement tout mensonge, mais toute réticence de tout ce que celui avec qui nous contractons a intérêt de savoir touchant la chose qui fait l'objet du contrat*».

300 La citazione è stata presa da R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, in *Œuvres de Pothier*, I, nouvelle édition, Bruxelles, 1831 (1 - 283), p. 11.

301 La spiegazione sul significato della clausola è fornita, commentando Pothier, da D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 18.

302 La citazione è estrapolata da *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, I, 3, commentata da D. CORRADINI op. cit. pp. 11 e 12 in particolare e per i riferimenti bibliografici cfr. nota 17.

303 Si richiamano alcuni pensieri di U. Grozio al quale si attribuisce l'origine filosofica della nuova impostazione giusnaturalistica. Egli osserva: “Una di quelle cose proprie dell'uomo, è il desiderio della società, cioè a dire, di vivere co' suoi simili, non in qualunque maniera che sia, ma

Lo stesso concetto di bene comune, effetto benefico e generalizzato della virtù umana, viene con maggiore fiducia delegato all'uguaglianza formalistica del testo normativo e tutelato con la forza della legge sovrana, assunta l'ipotesica convinzione che l'uomo sia dannoso a se stesso e ai suoi simili<sup>304</sup>.

L'esigenza fondamentale della cultura giuridica del momento, è quella di sostituire al concetto di uomo virtuoso quello di cittadino e il passaggio tra le due categorie emerge con chiarezza, specie per la ragione che porta, dalle considerazioni svolte da Montesquieu ne *Lo spirito delle leggi*.

“Non appena sono in società - si dice - gli uomini perdono il senso della loro debolezza; cessa lo stato di uguaglianza che regnava tra di loro e lo stato di guerra comincia. Ogni società particolare acquista il senso della propria forza, producendo così uno stato di guerra (...) I singoli in ogni società (...) cercano di volgere in loro favore i vantaggi principali (...)”; così che, al fine di evitare i naturali conflitti dell'uomo sociale si costituiscono “le leggi fra gli uomini”<sup>305</sup>.

I pensieri che si muovono intorno alla codificazione napoleonica razionalizzano, secondo i nuovi lumi, l'uso della buona fede: ad essa si riconosce forza correttiva e integrativa del diritto positivo, nei contratti a prestazioni corrispettive, specie per limitare l'eccessiva onerosità della prestazione di una parte rispetto all'altra.

Stessa funzione le è riconosciuta nella conclusione dell'accordo, laddove insiste la necessità di comportarsi correttamente senza che l'altra parte cada in errore o sia altrimenti frodata<sup>306</sup>.

---

piacevolmente, e che sia così regolata come gli vien suggerito da' suoi lumi”, laddove proprio i lumi della razionalità sono all'origine del diritto, inteso come altro da sé rispetto alla ragione individuale. Continua il filosofo: “questa socialità, che noi siamo descrivendo in grosso, ovvero questa cura di mantenere la società di una maniera conforme a' lumi dell'intelletto umano è l'origine del diritto propriamente così detto”. U. GROZIO *De iure belli ac pacis*, tr. it. A. Porpora, Napoli 1777, con rist. anast. e introduzione di S. Mastellone, Centro Editoriale Toscano, Firenze, 2002, (la citazione si riferisce ai paragrafi VI e VIII).

304 Condivisibile il pensiero di D. CORRADINI, *La scienza del diritto privato* cit. p. 13, circa l'attenzione, spesso soltanto formale, che i giureconsulti delle grandi codificazioni rivolgono al diritto naturale. A tal proposito il filosofo osserva: “L'attitudine apologetica e sin troppo scoperta e denuncia il desiderio di giustificare, in nome di ideali perenni, l'opera legislativa, con discorsi che possono apparire, e in parte sono, mere clausole di stile, inserite per uso nei testi giuridici del tempo, quali dichiarazioni propiziatricie in un'atmosfera- tuttavia ci viene da dire- carica di spunti giusnaturalistici”.

305 C.L. DE SECONDAT, barone di MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, S. Cotta (a cura di), Utet, Torino 1952, p. 61. Di rilievo, *ibidem*, pg. 66 e ss. dove si dice: “Nella democrazia il popolo è, sotto certi aspetti, il monarca; sotto certi altri il suddito. Esso può essere monarca solamente attraverso i suoi suffragi, i quali non sono altro che le sue volontà. La volontà del sovrano è il sovrano stesso. Le leggi che stabiliscono il suffragio, sono quindi fondamentali in questo governo”.

306 Il particolare significato riconosciuto alla buona fede oggettiva è ripreso dal *De Officiis* di CICERONE, I, VII, 23, dove si affermava “*Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*”. Ancora in argomento cfr. CICERONE, *idem*, III, XV, 61 e III, XVII, 70, che mostra la funzione principale della regola con la seguente affermazione: “*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*”. Da questa prospettiva, si osserva, nei rapporti contrattuali è fondamentale il rispetto della parola data poiché “non esiste giustizia senza fedeltà”. Cfr. D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 15. In punto, senza pretesa di esaustività, P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni – Corso di diritto romano, II, Le garanzie reali*, Padova 1963, pp. 3; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli,

In quest'ottica Pufendorf ripristina la differenza, contenuta nel *Corpus* giustiniano, tra *contracti bonae fidei* e i *contracti stricti iuris*: “gli uni connessi all'opera del pretore e resi duttili dalla sua larga *iurisdictio*, gli altri legati al *ius civile* e perciò a un tipico formalismo”<sup>307</sup>.

Lo studioso ritiene che soltanto i contratti *bonae fidei*, e segnatamente quelli a prestazioni corrispettive, possano essere suscettibili di correzione tramite buona fede ed equità. L'opera del giudice ne diventa funzionale nel modo in cui, nella Roma repubblicana, faceva il *pretor* tramite l'editto<sup>308</sup>.

L'efficacia della regola della correttezza, a ben vedere, è relegata entro gli spazi assegnati dagli ordinamenti di nuova costituzione, poiché sovente, osserva la dottrina, alla buona fede del diritto naturale è riconosciuta efficacia “dopo l'impiego dei consueti criteri esegetici e dell'analogia”, oppure quando si tratti di casi dubbi.<sup>309</sup>

La buona fede è parametro di giudizio “alla cui stregua l'interprete corregge il rigore del diritto e integra il volere dei contraenti<sup>310</sup>”: essa ha lo scopo di mantenere l'equilibrio del rapporto sinallagmatico, in modo tale che non si verifichi il predominio del più forte e affinché “l'ossequio verso gli ideali del *faissez-faire*” non “favorisca i soprusi e le frodi”<sup>311</sup>.

La lettura giusnaturalistica dell'ordinamento e le tensioni più accentratrici dell'illuminismo giuridico fanno sì che la forza naturale della regola non turbi l'ordine introdotto dai codici preunitari: essi si apprestano a concepire un sistema di fonti “che da precetti - cardine o precetti - guida discende a casi tipici, in una maniera che non ammette salti logici, come quando da una premessa superiore si deducono in conseguenza i risultati”<sup>312</sup>.

Nel nuovo *methodus disponendi* buona fede ed equità hanno la ristretta e pleonastica funzione dei principi generali del nuovo ordinamento.

Con il ruolo comprimario ora descritto, le ritroviamo sia nel Codice di Napoleone, sia nei codici che vi si sono ispirati<sup>313</sup>.

Il Codice del Commercio Spagnolo del 1885, il *Còdigo civil* del 1889 con l'art. 1258, il BGB redatto tra il 1873 e il 1896, richiamano, ad esempio, il contenuto degli articoli 1134 e 1135 del Codice di Napoleone; nell'ABGB austriaco, invece, la buona fede non assume spazi considerevoli se non nei limiti di cui al paragrafo n.7, evidentemente per l'accento esasperato dell'idea sopra decritta<sup>314</sup>.

---

1964, III, p. 35.

307 D. COPPRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 12.

308 Si rimanda a S. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, VIII, Francofurti - Lipsiae 1759, *passim*, e per il commento sul contributo D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., pp. 12 e ss.

309 Cfr. D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 13.

310 La riflessione, richiamando A. Rosmini, è di D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 19.

311 D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 22.

312 D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., pp. 19-20

313 *Ibidem*.

314 Nelle codificazioni richiamate, sostiene la dottrina, sussiste “una sostanziale concordanza, che rivela un filone comune e indica un nascosto legame, in tema di lealtà e di correttezza dei contegni”, in un contesto culturale che in prevalenza rimanda alle teorie del giusnaturalismo, “pur se da esse i legislatori abbiano a volte desiderato allontanarsi. Da qui dunque una coincidenza non fortuita nella legislazione dell'Europa moderna e un ulteriore segno del medesimo contesto pratico

La tendenza, in breve segnalata, si fonda su una caratteristica peculiare della buona fede ovvero la sua ‘naturale indeterminatezza’ che si contrappone, con tutta evidenza, al rigore scientifico cui è ispirato il nuovo pensiero giuridico, il quale ambisce ad affrontare ogni fatto controverso alla luce dei criteri contenuti nelle leggi dello Stato.

Il diritto è ora contrapposto alla libertà del fatto, espressione di sregolatezza e anomia, salva la possibilità che quest’ultimo sia sussunto in una fonte dell’ordinamento.

L’aspetto problematico è tenuto in particolare considerazione da Portalis, estensore del Codice napoleonico, il quale si mostra consapevole dell’impossibilità per il diritto positivo di “prevedere tutto”<sup>315</sup> tanto da riconoscere al giudice la facoltà di ricorrere a norme diverse da quelle del diritto positivo.

In “mancanza di un testo preciso”, chiarisce il giurista, la legge può essere integrata dai precetti giudiziari, dagli usi, dalla dottrina accettata e dal diritto naturale; al contempo, nel caso di silenzio della legge o nel caso che il testo sia poco chiaro, si possono applicare buona fede ed equità come “ritorno al diritto naturale”<sup>316</sup>.

La problematica è affrontata dall’art. 1 del Titolo I del Libro Preliminare al progetto, nel quale si dichiara l’esistenza di un diritto “universale e immutabile, fonte di tutte le leggi positive” che altro non è se non la “ragione naturale” che governa tutti gli uomini<sup>317</sup>: nello stesso senso, l’art. 11 del Titolo V prevede la possibilità del giudice di ricorrere all’equità, laddove il testo normativo non risponda con precisione al caso concreto<sup>318</sup>.

Tali disposizioni, per ragioni ideologiche, sono presto soppresse e la forza precettiva del diritto naturale e della buona fede è quasi interamente relegata nell’ambito della disciplina di cui all’art. 4 del Libro Preliminare, che prende in considerazione l’interpretazione del testo normativo.

In senso molto più circoscritto, rispetto agli artt. 1 e 11 sopra richiamati, la norma disciplina la responsabilità del giudice per diniego di giustizia, in altre parole quei casi in cui il giudice si rifiuta di giudicare prendendo come pretesto l’oscurità o il silenzio della norma.

La questione prospettata dall’art. 4 è risolta alla luce del combinato disposto con gli artt. 1134 e 1135 del Codice, quindi tramite buona fede ed equità, che solo in questo senso, e limitatamente, sono ammesse ad operare in via integrativa della

---

e di cultura da cui la *civil law* è emersa e ha attinto caratteri omogenei”; cfr. D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 21. Lo studioso osserva ancora: “Gli scritti dei giusnaturalismi esprimono in merito le idee dei giureconsulti di Roma e ne esaltano lo spirito di perenne giustizia: per cui in ultima analisi, il legame è con il diritto romano classico, sensibile a reprimere i raggiri e gli inganni, mediante l’opera del *praetor* e l’*exceptio doli*. E se questo mezzo di difesa è sottoposto nel Digesto giustiniano a larghi rimaneggiamenti, sino a perdere l’originaria importanza, il *ius* comune generalizza in seguito il criterio della buona fede, e gli statuti medievali sanciscono l’obbligo di comportarsi con rettitudine nei negozi”. Tuttavia alla codificazione fa teoricamente seguito la fine del diritto romano.

315 Cfr. il discorso preliminare pronunciato da Portalis il 24 termidoro dell’anno VIII in occasione della presentazione del progetto del Codice civile, in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, I, Parigi, 1836, p. 467.

316 *Ibidem*, p. 474.

317 P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, cit., II, p. 3.

318 *Ibidem*, p. 7.

regola scritta.

La soluzione prospettata alimenta il dibattito giuridico: Portalis e Toullier, ad esempio, sono chiari sostenitori di quell'orientamento.

In via interpretativa l'art. 4 è ridimensionato e si sostiene che il giudice, nella sua facoltà d'interpretazione del caso, intervenga tramite equità e buona fede attraverso "una vigile analisi", "capace d'eludere, attraverso un controllo scientifico, il regno del fantastico che contamina e deteriora, con le ombre delle immagini soggettive e delle umane passioni il 'santuario' della giustizia"<sup>319</sup>.

Il commento al Codice di Toullier è espressione del mutamento che subisce, nel periodo considerato, il modo di pensare il diritto; se da un lato, infatti, il diritto naturale, e per esso buona fede ed equità, possono sussidiare le mancanze del diritto statale, dall'altro lo possono fare alla stregua dei principi generali dell'ordinamento che dal testo normativo assumono efficacia e significato.

Toullier invita i giudici a compiere un'opera d'integrazione delle lacune dell'ordinamento evidentemente moderata: la correttezza e l'equità, in definitiva, non possono costituire autonomi criteri di giudizio oltre la disciplina che della realtà fornisce la legge dello Stato.

La legge rappresenta l'unico piano di giustizia accessibile al cittadino e al nuovo giureconsulto nell'ottica, pare a chi scrive, di ciò che Kant esprimeva nella *Metafisica dei costumi*: "Il giureconsulto – osserva il filosofo - può certo conoscere e dichiarare che cosa appartenga al diritto (*quid sit iuris*), vale a dire ciò che le leggi in un certo luogo e in un certo tempo prescrivono o hanno prescritto; ma se ciò che queste leggi prescrivono sia anche giusto e il criterio universale per mezzo del quale si può conoscere in generale ciò che è giusto e ciò che è ingiusto (*iustum et iniustum*) gli rimane completamente nascosto"<sup>320</sup>.

Ebbene il problema che esprime la considerazione appena riportata, rimanda alla sostanziale negazione opposta ai criteri extragiuridici del diritto naturale, i quali, d'ora innanzi, sono sostanzialmente sostituiti dalla 'razionalità' del legislatore di cui

---

319 Cfr. C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code. Ouvrage dans lequel on a réuni la théorie à la pratique*, I-III, nouvelle édition, augmentée en Belgique, Bruxelles - Wahlen, 1837, p. 250: quello che la teorica tenta di scongiurare è la creazione di un diritto libero e di una libera attività d'interpretazione giudiziaria dei fatti, ritenuta foriera d'ipocrisie e arbitri. Il codice e le sue regole non possono essere distorte e, da questa prospettiva, il diritto naturale assume una valenza marginale, giacché diritto vincolato al rispetto del principio di non contraddizione con la regola statale, alla quale è delegata ogni possibile garanzia di giustizia e legalità nei rapporti. Dello stesso segno il pensiero di MONTESQUIEU, nel suo *De l'esprit des lois*, II, édition stéréotype, Paris 1816, p. 57, tr. it. *Lo spirito delle leggi*, I, Torino 1952, p. 287, il quale circoscrive l'opera del giudice alla mera dichiarazione del contenuto della norma senza nulla togliere o aggiungere. Per approfondimenti cfr. D. CORRADINI, *I criteri della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 34 e ss.. In punto si veda ancora G. TOLOMEI, *Corso elementare di diritto naturale o razionale*, Napoli 1859, p. 220 che a proposito di equità nei contratti si esprime come segue: "Fra le regole d'interpretare un contratto si suole da taluno aggiungere anche questa: che debba aversi riguardo all'equità: su questo punto però è mestiere di avvertire che la parola equità ha più significati, ma che nel caso particolare di cui ci occupiamo s'intende per essa una deviazione del rigoroso tenore del patto, in vista del danno non preveduto che uno dei contraenti viene in seguito a risentire. Non si tratta dunque d'investigare il senso delle dichiarazioni dei contraenti; il senso si suppone chiarissimo. Ma in vista delle conseguenze remote successive al contratto e non previste, vorrebbe che il contratto si avesse a modificare".

320 I. KANT, *Metafisica dei costumi*, G. Vidari (a cura di), Laterza, Bari 1970, p. 34.

la volontà incarna il solo modello di giustizia e il “vero diritto”<sup>321</sup>.

2.2. *La Scuola dell’esegesi e la restrizione interpretativa della clausola* — La Scuola dell’esegesi, il cui massimo sviluppo si ebbe tra il 1830 e il 1880, persegue con particolare convinzione il principio di completezza dell’ordinamento giuridico e la riduzione di tutto il diritto alla legge e alla volontà dello Stato.

“Essa intende lo studio del diritto esclusivamente come stretto commento del codice, articolo per articolo, secondo l’ordine della materia seguito dal legislatore” nella perorata convinzione che il “codice, interpretato letteralmente, avrebbe fornito la risposta a qualsiasi problema di contenuto; e, quanto alla sistemazione dei concetti giuridici, essa si trovava già attuata nella struttura logica del codice stesso”<sup>322</sup>.

A questo proposito Giovanni Giuseppe Bugnet (1794-1866) affermava: “io non conosco il diritto civile, io insegno il codice di Napoleone”<sup>323</sup>.

In questo contesto, l’interpretazione degli artt. 1134 e 1135 del Code, rispecchia la visione teoretica appena accennata, laddove è quasi impossibile riconoscere la forza integrativa del diritto naturale e della regola della correttezza<sup>324</sup>.

“Invero i giuristi - è stato osservato - o si limitano a riconoscere che in virtù degli artt. 1134, 1135 i negozi sono tutti di buona fede, oppure (...) scorgono nel dovere di correttezza un rafforzamento del patto e una conferma della sua indiscutibile forza vincolante. E v’è quindi nell’indirizzo esegetico l’attitudine a intendere gli articoli come ulteriore sostegno al dogma della volontà privata, come regole che spingono ad eseguire puntualmente le promesse racchiuse negli accordi”<sup>325</sup>.

La tendenza è fondata dai giuristi sulla tradizione del diritto romano imperiale, e precisamente sui pensieri di Giustiniano “*si enim in presenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet*”<sup>326</sup>; il monito è ripreso fedelmente nei pensieri di Locré, che nel suo *Esprit du code Napoléon*, sostiene la subordinazione della ragione naturale alla legge, affinché essa, regolatrice di ogni forma di ordine sociale, non perda la sua maestà<sup>327</sup>.

---

321 G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 30. In punto anche M. PESCATORE, *La logica del diritto*, Torino, 1863, *passim*.

322 G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 26.

323 Si veda in punto J. BONNECASE, *L’École de l’Exégèse en Droit civil: les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d’après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2 ed. Parigi, 1924, pp. 18, 22.

324 Dice G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit. p. 27: “Nelle ‘Scuole centrali’ di diritto dell’impero si fece in modo che fossero soppressi gli insegnamenti di diritto naturale e persino di teoria del diritto, che potevano fornire occasione di discussione e di critica dell’ordinamento imperiale e si cercò di fare insegnare invece soltanto il codice di Napoleone”.

325 D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 52, che tuttavia mette in evidenza come anche nella stessa Scuola dell’esegesi il dibattito sulla buona fede e l’equità si presenti serrato. Tullier – egli osserva – pur facendone parte, è più propenso a riconoscere l’importanza dell’*equitas* e della *bona fides*, estendendone i contenuti all’intero settore della materia civile. “E tuttavia in linea con i rilievi di Hobbes (...) predomina - dice lo studioso - la tesi che il diritto posto dagli organi politici, e non dalla saggezza divina, costituisce l’unico campo che il giurista deve esercitarsi e discutere (...)”. Cfr. *Ibidem*, p.65.

326 C. 1, 14, 12, 3 - 4.

327 In punto E. GAUDEMET, *L’interprétations du Code Civil en France depuis 1804. Conférence données à l’université de Bâle le 30 novembre, 7, 14, 21 décembre, 1932*, Bâle - Paris 1935, p. 9-

Anche l'art. 4 che, si ricorderà, era formula idonea all'applicazione degli artt. 1134 e 1135, grazie alla Scuola dell'esegesi è sostanzialmente reinterpretato in senso riduttivo: al giudice non è più consentito di interpretare il fatto alla luce di criteri extragiuridici e *praeter legem*.

Nei casi sprovvisti di apposita normativa si può ricorrere in via esclusiva alla più rigorosa interpretazione analogica: "*les texte avant tout!*" scriveva senza dubbi Demolombe<sup>328</sup>.

La "buona fede - si osserva in dottrina - non costituisce più il mezzo attraverso cui il giudice crea obblighi sussidiari o determina l'equivalenza del dare e dell'avere" nelle prestazioni, "piuttosto serve a sottrarre il consenso negoziale a qualsiasi possibilità di modificazione e a renderlo inviolabile, cristallizzandone (...) i contenuti (...) pur quando si realizzi il predominio d'un contraente sull'altro o si verificano squilibri ingiusti e irragionevoli"<sup>329</sup>.

La giurisprudenza, dal canto suo, non rimane immune dal condizionamento delle teorie richiamate: "in questo periodo - osserva la dottrina - le corti di giustizia premute dall'indirizzo esegetico (...) trascurano completamente l'applicazione del principio della correttezza nei contratti e si riferiscono alla buona fede solo nel possesso e nei diritti reali", laddove la valenza psicologica della regola non è evidentemente destinata ad intaccare il primato della legge e del dogma della volontà, che il codice rappresentava<sup>330</sup>.

Anche nella Scuola dell'esegesi, tuttavia, è manifesta l'ambivalenza serbata nei confronti del diritto naturale.

Seppure, infatti, si tenda a negare "ogni riferimento a un diritto - naturale, consuetudinario, giurisprudenziale, dottrinale - che non sia quello posto dallo Stato (...)" appare "singolare (...) che i giuristi riconoscano quasi tutti un principio metafisico del diritto"<sup>331</sup>, "l'esistenza di certi principi assoluti e immutabili, anteriori e superiori a ogni legge positiva"<sup>332</sup> che essi, a volte, specificano comprendendovi, ad esempio, il diritto di proprietà.

Il desiderio di ridurre in ambiti ristretti l'interpretazione del giudice, che pure nel diritto romano della repubblica e nel diritto canonico era criterio imprescindibile per dare significato alla buona fede, si pone, nel periodo considerato, come una tendenza condivisa; le problematiche evidenziate e le scelte compiute dai giuristi sono proprie anche dei vicini ordinamenti e delle teorie che ne sostengono la forza.

---

56.

328 C. DEMOLOMBE *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, Paris 1865, p. 123, dove si afferma: « *La loi est une règle établie par l'autorité qui, d'après la constitution politique, a le pouvoir de commander, de défendre, ou de permettre, dans toute l'étendue de l'état* ».

329 L'osservazione è di D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., pp. 71-72.

330 D. CORRADINI, op. cit., pag. 71, nota 138, laddove si richiama E. LITTRÉ che in particolare si occupava della buona fede soggettiva nel suo *Dictionnaire de la langue française*, I, Paris 1863. Nel contributo la buona fede soggettiva è descritta come la qualità interiore simile alla "*sincérité*" e a "*la franchise*". Il requisito psicologico comporta nell'individuo "*la conviction où l'on est que l'on exerce un droit légitimement, dans les conditions légales*".

331 G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 28.

332 J. BONNACASE, *L'École de l'Exégèse en Droit civil*, cit. p. 134; in punto di rilievo M. PESCATORE, *La logica del diritto*, Torino, 1863, *passim*.

A titolo esemplificativo di quanto da ultimo osservato si richiama il pensiero di Carlo Emanuele IV di Sardegna; egli chiaramente ribadisce come “non potrà verun Magistrato, o Tribunale benché Supremo, usare - sopra le leggi- per qualunque caso che occorra, interpretazione alcuna; non volendo che sieno soggette a limitazione, dichiarazione, ampliamento, o moderazione, che non dipenda da’ Noi, o da Nostri Successori: e qualora si eccitasse qualche dubbio sulla intelligenza, delle medesime, li Magistrati ce ne rassegneranno le loro rappresentanze per ricevere le Nostre determinazioni”<sup>333</sup>.

### 2.3 — *Bruns e Wächter: la buona fede soggettiva e oggettiva.*

Un contributo fondamentale all’argomento è offerto dal dibattito intrattenuto da Bruns e Wächter, i quali interpretano la buona fede in modo diverso, evidenziandone la prevalente natura soggettiva o oggettiva.

L’apparente distinzione che coinvolge la regola, tuttavia, era destinata, nell’interpretazione assegnata dalla dottrina, a una naturale ricongiunzione senza peraltro intaccare il valore unitario cui la buona fede rimanda cioè quello dell’importanza che i principi dell’etica possono rivestire nell’ambito dei rapporti giuridici.

Gli studiosi, analizzando il *Corpus iuris civilis* in particolare i *tria precepta iuris* di Ulpiano, alimentavano la *querelle* scaturita da un caso pratico posto dall’Università di Rostock che li vedeva su posizioni contrapposte.

Wächter, la cui teorica ha riscosso maggiore consenso<sup>334</sup>, sostiene che la buona fede è strettamente legata all’elemento psicologico del soggetto e alla sua volontà: il significato che la regola assume, nella ricostruzione prospettata, è riconducibile all’ignoranza di ledere la posizione altrui, cui l’ordinamento giuridico riconosce protezione ed efficacia in senso favorevole per l’interesse di chi coltiva quel particolare stato psicologico<sup>335</sup>.

Bruns, al contrario, sostiene che l’etica soggettiva, per essere confermata tale, ha bisogno di manifestarsi esteriormente nella forma di una condotta corretta, perché proprio sul piano della condotta individuale la buona fede, manifestandosi, diventa oggettivamente valutabile e prioritariamente significativa come regola di diritto<sup>336</sup>.

---

333 Cfr. RAC. *Leggi e Costituzioni di Sua Maestà - Loix, et Constitutios de sa Majesté* (II), I, Stamperia Reale, Torino 1770.

334 L’affermazione si fonda sul fatto che le teorie soggettivistiche richiamate sono state prese in considerazione da Savigny nel saggio *Das Recht des Besitzes-Eine civilistische Abhandlung*, prima ed., Giessen, 1803-1818: esse verranno tenute in particolare rilievo nel primo progetto del codice civile tedesco che alle teoriche di Savigny si richiama in materia di buona fede e possesso. Si veda per un approfondimento in punto G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano 1965, pp. 34 - 44.

335 Si segnala, per completezza, che la versione psicologica della buona fede e il ruolo che la stessa assume nell’usucapione hanno costituito oggetto di studio da parte di A. LASSON, nell’opera *System der Rechtsphilosophie*, Berlin und Leipzig, 1882, *passim*. Lo studioso ritiene che il *bonae fidei possessor* sia colui che ignora di ledere la posizione altrui, né è consapevole di essere nel torto grazie alla scusabilità dell’errore nel quale è caduto che comprende, per dirla con Wächter, anche l’errore di diritto.

336 In argomento essenziali C.G. v. WÄCHTER, *Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums*, Leipzig 1971, *passim*, con particolare attenzione alle pp. 13-14; K.J. BRUNS, *Das*

Bruns addita la teorica del collega come ‘meramente psicologica’, sul presupposto che non si possa discutere in modo veritiero di etica, laddove non se ne possa misurare l’esistenza sul piano della condotta.

Si osserva in dottrina, in modo peraltro condivisibile, come: “la tesi di Bruns, (...) mostra un significato innovatore, poiché per la prima volta (...) cerca di connettere la rettitudine e la lealtà, a profilo inedito, insistendo sul rilievo della condotta esterna e sulla sua indole pratica. E per la prima volta – si dice - il ricorso ad un profilo etico lascia meglio intravedere, a guisa di spiraglio, il mondo mobile della storia, e dall’uomo singolo e chiuso nei suoi intimi propositi trasferisce l’accento alla trama dei processi comunitari, all’intreccio delle azioni e al piano dell’esperienza”<sup>337</sup>.

In quest’ottica “torna a emergere la consapevolezza che la *bona fides*, (...) lungi dal potersi cogliere con una semplice indagine di ciò che si pensa e si vuole, sollecita le corti di giustizia a rivolgersi al tessuto sociale e in sostanza ai valori che l’alimentano (...)”; la regola, nel pensiero richiamato, “supera gli stessi confini dei diritti e piuttosto si lega a un giudizio assiologico e non di pura tecnica esegetica”<sup>338</sup>.

Il dibattito assume un’importanza considerevole nella rigorosa organizzazione degli ordinamenti giuridici moderni.

Se da una parte, infatti, buona fede soggettiva e oggettiva, sono collocabili con migliore tecnica giuridica nei diversi istituti presenti nell’ordinamento di nuova concezione, dall’altra la bipartizione scientifica non risolve per se stessa la problematica legata all’efficacia dei criteri etici cui la regola rimanda.

Il dibattito, infatti, lascia emergere un motivo unitario comune alle diverse qualificazioni assegnate dagli studiosi, in altre parole quello della necessità di accedere a criteri *praeter legem* affinché la giustizia delle relazioni sia affermata compiutamente in sede giurisdizionale, oltre i limiti della previsione normativa e della fattispecie.

P. Bonfante, che in più occasioni abbiamo avuto modo di citare, pur favorendo la lettura psicologica elaborata da Wächter, poiché l’indagine dell’animo umano è considerata imprescindibile elemento di specificazione della condotta genericamente ritenuta dabbene<sup>339</sup>, non nega tuttavia l’importanza unitaria dell’etica cui la buona fede rimanda e individua, con chiarezza, il presupposto di questa convinzione.

Osserva lo studioso: “se in tutti quanti i rapporti, ne’ quali il diritto assume tale elemento morale, non v’ha aggiunto nulla, non ha dato ad esso una forma diversa né punto sua, è forza inferirne che come unico è il concetto morale, così unico venga

---

*Wesen der bona fides bei der Ersitzung - Einpractisches Gutachten nebst einem theoretischen Nachtrage*, Berlin, 1872, *passim*, con particolare attenzione alla p. 79; per il dibattito tra i due studiosi si rimanda a A. TORRENTE, *Buona fede*, in *Enciclopedia forense*, I, Milano 1958, pp. 769 e ss..

337 D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 123.

338 *Ibidem*.

339 Osserva Bonfante: “La buona fede, concetto etico, e dacché il diritto l’assume, anche giuridico, implica dunque quanto all’usucapione, uno stato psicologico, un errore del subbietto, più che una sua determinata condotta. Dire che la *bona fides* è un comportarsi da persona dabbene è definirla in generale; a voler dichiararne, potendolo fare, il contenuto specifico non si può prescindere, quanto all’usucapione, dal momento psicologico”. Cfr. ID. *Essenza della bona fides e suo rapporto con la teorica dell’errore*, cit, p. 98.

a ritrovarsi il concetto giuridico, che non è vario di quello”<sup>340</sup>.

In quest’ottica egli recupera la lettura di Bruns e valorizza l’elaborazione della buona fede oggettiva, che consente di introdurre, tra le regole di diritto, quei modelli comportamentali che dal fatto e dai valori condivisi connotano, per via giurisprudenziale, il significato della correttezza determinandone la cogenza.

Verosimilmente il permanere della clausola nell’esclusivo versante interno dell’individuo avrebbe favorito, viceversa, una visione limitata della sua efficacia, poiché relegata all’astrattezza tipica dei processi di formazione della volontà, laddove è sommamente difficile consentire un’indagine veritiera di ciò che possa definirsi, nel fatto e nel rapporto, cosa giusta.

La portata innovativa del dibattito, si arricchisce del contributo reso dal giurista Pernice <sup>341</sup>, che tuttavia si pone, nell’interessante disputa, su un piano intermedio.

Partendo dalla fonte principe del diritto romano e dallo studio degli *iura in re*, lo studioso assegna alla buona fede un valore mobile, non statico, che per se stesso comprende sia la buona fede soggettiva che quella oggettiva.

Il punto di congiuntura sembra essere fondato sulla storia della regola e sulle stesse fonti del diritto romano: sulla storia, poiché la particolare interpretazione può collocarsi tra la fine della repubblica e la costituzione dell’impero romano, sulle fonti, poiché la dimostrazione di questa continuazione interpretativa tra le due accezioni di buona fede è fondata su frammenti appartenuti a Pomponio e Giuliano: questi, in particolare, ci lasciano intendere come nel *Corpus* giustiniano il semplice convincimento di non ledere la posizione altrui non era ritenuto sufficiente nel caso in cui ad esso non seguisse una condotta oggettivamente corretta<sup>342</sup>.

In definitiva, nel pensiero di Pernice, i due aspetti della buona fede si presentano uniti, sul presupposto che il possesso esercitato sulla cosa perde consistenza ed efficacia laddove contravvenga all’ordine morale.

In questo caso l’ordinamento non può che far conseguire la negazione di ogni vantaggio sperato, poiché il soggetto che vanta la pretesa ha esercitato il proprio diritto senza coscienza del prossimo suo.

Non si ritiene di dover approfondire ulteriormente il dibattito, già in parte ricostruito quando ci siamo occupati del diritto romano e canonico; proseguiamo invece nel chiarire i tratti fondamentali della coltura giuridica del tempo per valutare il peso che in questo spazio, colto e controverso, assume la nostra regola.

2.4 *Il cammino culturale che conduce al BGB.* — Il periodo che va dal diciannovesimo al ventesimo secolo è periodo denso di posizioni teoretiche che contribuiscono alla costruzione del nuovo sistema giuridico: lo sforzo profuso è

340 Cfr. P. BONFANTE, *Essenza della buona fede e suo rapporto con la teorica dell’errore*, cit., p. 100.

341 Cfr. A. PERNICE *Labeo, das Römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, cit. in particolare, p. 207 e ss..

342 In punto si rimanda a C.A. MASCHI, *Il diritto romano I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*, 2 ed. Milano 1966, in particolare pp. 13 e ss..

perlopiù duplice.

Se in prima battuta esso conduce alle grandi codificazioni, alle quali è in prevalenza delegata ogni disciplina del vivere civile, in seguito si deve a quelle regole un'interpretazione sistematica che non ne tradisca l'intento e ne rafforzi la coerenza.

E' su questo nuovo versante che assume particolare rilievo il diverso punto di vista delle varie scuole di pensiero; renderne compiuta contezza, tuttavia, sarebbe operazione molto complessa, la quale rischierebbe di distrarci dalla nostra indagine.

Affronteremo pertanto le principali teoriche successive al giusnaturalismo e al giuspositivismo settecentesco, richiamando gli studiosi più significativi e tenendo in prevalente considerazione i loro pensieri per come hanno inciso sull'interpretazione della buona fede.

Osserva la dottrina come “il panorama della cultura tedesca mostra (...) nel corso dell'epoca ottocentesca, una linea assai duttile di sviluppo (...) motivi Kantiani si intrecciano e si confondono con motivi (...) giusnaturalistici o dai penetranti progetti storicistici di Hugo e di Savigny (...) che a un certo momento, raggiunta con Bismark l'unità nazionale nel 1871 e consolidatesi le spinte accentratrici”, finiscono per “sciogliersi (...) a vantaggio d'una rigida dottrina statalistica”<sup>343</sup>.

Il fermento culturale segnalato, sposta l'idea del diritto sul crinale di un importante cambiamento: se da una parte l'esito al quale si perviene sembra chiaro e incontrovertibile, dall'altra si afferma l'apertura della legge ai mutamenti della società, laddove l'uomo non ha sfere illimitate di potere, quanto più la sua appartenenza al popolo e alla storia lo rende parte di un ambiente relazionale complesso entro il quale si stabiliscono rapporti di reciproca subordinazione in senso schiettamente democratico<sup>344</sup>.

Il Romanticismo contesta apertamente la tendenza volta a considerare la legge il prodotto ‘dell'astratta ragione’ dell'uomo; al contrario il diritto è pensato come “spontaneo prodotto della storia, autentica essenza dell'uomo, incarnante un'assai più profonda, più concreta, più vera ‘ragione’”<sup>345</sup>.

In quest'ottica, osserva la dottrina, “i concetti che erano a fondamento del giusnaturalismo sei - settecentesco – stato di natura, contratto sociale – vengono irrisi come astrazioni mitologiche”<sup>346</sup> nella rinnovata consapevolezza che sia il diritto naturale, che ogni altra espressione dello spirito umano sono immanenti nella storia e in essa manifestano la loro realtà.

Il diritto non s'identifica solo nella legge statale ma anche nella consuetudine, che è concreta manifestazione della storia della comunità che l'osserva<sup>347</sup> né, in

343 Per la citazione D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., pp. 150 e ss. Per l'approfondimento dei temi analizzati, si rimanda a A. VILLANI, *Diritto e morale nella giurisprudenza tedesca contemporanea*, Napoli 1975, in particolare pp. 65-80.

344 Il pensiero è di Giole Solari il quale assegna al concetto di *Volgeist* un significato particolare: lo studioso ritiene che il termine indichi la coscienza popolare, frutto di un delicato percorso psicologico che abbraccia la stessa nazione e che limita la libera volontà dei singoli in favore della socialità del diritto. Per approfondimenti, ID. *Filosofia del diritto privato. II. Storicismo e diritto privato* (1915-16), Torino 1940, rist. 1971, p. 183 e ss..

345 G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 53-54.

346 *Ibidem*, p. 55.

347 Cfr. G. HUGO *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positive Rechts*, (tr. it. *Trattato del diritto naturale come filosofia del diritto positivo*), Berlino, 1809, 3 ed., *passim*; nel contributo

quest'ottica, può esserne negata la natura giuridica anche laddove conduca, sostiene Hugo, a pratiche distanti dalla moralità<sup>348</sup>.

La Scuola storica di Savigny è espressione peculiare del cambiamento culturale segnalato; la stessa vita del giurista e le sue opere segnano i passaggi delle diverse interpretazioni assegnate al diritto, che da una parte è sentito come il prodotto della vita collettiva dell'uomo, dall'altra finisce per identificarsi in un complesso astratto e ordinato di norme di esclusiva provenienza statale.

Savigny intende il diritto come diretta emanazione della coscienza popolare<sup>349</sup>; nella prima parte della sua carriera propone una rilettura ordinata della grande raccolta consuetudinaria del *Corpus* giustiniano alla luce degli usi locali, nell'intento di costruire "una scienza del diritto organica e progressiva, che può essere comune all'intera nazione"<sup>350</sup>.

---

si interpreta il diritto naturale come strumento di chiarificazione e sistemazione del diritto positivo, che non s'identifica con la sola legge statale ma anche con la consuetudine e con l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale dei fatti giuridici, fonti, queste ultime, più vicine alla realtà della storia.

348 *Ibidem*, p. 132 e ss..

349 Si richiama, per completezza, la disputa intercorsa tra Savigny e Friedrich Juston Thibaut (1772-1840) entrambi esponenti della Scuola Storica del diritto. La questione irrompe, quando Thibaut, professore di diritto civile all'Università di Heidelberg, incentra sul modo di pensare il diritto un interessante libello dal titolo *Sulla necessità di un diritto civile generale per la Germania (Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Recht in Deutschland*, Heidelberg, 1814). Nel contributo il diritto civile è pensato come "una specie di pura matematica del diritto, su cui nessun carattere locale può esercitare un influsso decisivo, come la dottrina della proprietà, il diritto di successione, delle ipoteche, dei contratti, e tutto quanto appartiene alla parte generale della scienza giuridica". Cfr. A.F.J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Recht in Deutschland*, in A.F.J. Thibaut - F.C. Savigny, in *La polemica sulla codificazione*, G. MARINI, (a cura di), Napoli 1982, p. 57 e ss.. Nello stesso anno, si leva la voce di Savigny con il libello *Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Recht Swissenschaft*, Heidelberg, 1814) laddove si afferma, favorendo tutt'altra impostazione concettuale, che il diritto è come la lingua e che, come questa, appartiene al popolo e ne costituisce comune convinzione e comune coscienza; cfr. F.C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Recht Swissenschaft*, in A.F.G. Thibaut - F.C. v. Savigny, in *La polemica sulla codificazione*, G. MARINI (a cura di), Napoli 1982, p. 97. Se il diritto si muove in questa nuova direzione ne consegue che la fonte principale della sua produzione è la consuetudine ordinata dai giuristi: questi, infatti, si propongono di rielaborare il *Corpus* giustiniano alla luce degli usi locali. Nel pensiero del primo Savigny, ad esempio, utilizzare la fonte giustiniana e la consuetudine locale significava unire la vita di tutta la storia giuridica alla regola giuridica. Viceversa il secondo Savigny, per vicende personali, diventa uomo di potere; nel 1842 è ministro per la legislazione e proprio in questo periodo elabora la sua opera più importante (*System des heutigen römischen Rechts* 1840), che segna il passaggio, nel pensiero personale dello studioso e nella cultura dell'epoca, dal "Beruf" al "System" ovvero dalla vocazione del sistema per la fonte consuetudinaria a quella che favorisce "la codificazione astratta delle dissuetudini". Il pensiero da ultimo espresso è di P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 166.

350 F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, tr. It. *Sulla vocazione del nostro tempo per la legislazione e la scienza giuridica*, oggi in *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, hrsg. J. Stern, Berlin 1914, rist. Darmstadt, 1959, 2 ed., p. 166. L'intento di Savigny è giustificato dalla dottrina sulla base delle seguenti considerazioni: "I numerosi piccoli Stati in cui il territorio tedesco era diviso seguivano ancora, tranne la Prussia, il diritto giustiniano, modificato qua e là da norme locali: e la scienza giuridica tedesca si atteneva al cosiddetto *usus modernus Pandectarum*, che nel tentativo di ricondurre al diritto romano i superstiti istituti giuridici nazionali tedeschi, alterava tanto il

Per il diritto, sostiene il giurista, “non vi è un attimo di sosta assoluta”: il diritto “cresce col popolo, prende forma con esso, e alla fine muore quando il popolo ha perduto la sua personalità”<sup>351</sup>.

Nella sua opera più importante e postuma (*Sistema del diritto romano attuale - System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840-1846*)<sup>352</sup>, tuttavia, il contributo del giurista diventerà l’esempio di quella ricostruzione fatta di astrazioni, di cristalli di pura logicità architettonica, degno, intanto, di sortire diverse conseguenze sia sotto il profilo della pratica giuridica, sia nel modo di pensare il diritto.

Da una parte la circostanza conduce alla determinazione di quell’ordine ricostruttivo con cui il diritto privato si coniuga (si pensi agli istituti giuridici a tutti noti; proprietà, compravendita, successione legittima e via dicendo), dall’altra l’inversione di tendenza fonda i pensieri formalistici della Pandettistica, i quali introducono, nel panorama giuridico contemporaneo, la problematica della sussunzione del fatto nella fattispecie, d’ora innanzi quasi categorie contrapposte.

In quest’ottica, che evidentemente contrasta con la naturale indeterminatezza della buona fede, si ripropone il problema di quali siano i criteri di giudizio di cui il giudice dispone nell’esercizio della sua funzione e sembra nuovamente confermata la teorica illuministica sulla completezza dei codici di nuova costituzione, alla quale, per la verità, il primo Savigny si opponeva<sup>353</sup>.

Le recensioni sul contributo di Savigny si stagliano sulle medesime inconciliabili posizioni.

Osserva, ad esempio, Gioele Solari che Savigny “fu maestro (...) di coloro che nella dottrina e nella pratica attesero a sviluppare i principi dei codici, a piegarli con tecnica sempre più perfetta alla logica dell’individualismo economico e giuridico”, tant’è che in questo modo lo studioso avrebbe tradito quella tendenza alla socialità, alla quale il diritto era destinato secondo gli ideali romantici dell’epoca.

“Nel giudicare dello storicismo ne’ suoi rapporti col diritto privato - osserva ancora il filosofo torinese - perlopiù si confonde la dottrina storica, accolta e professata da Savigny, dallo Stall, dal Puchta, colle trattazioni sistematiche che essi ci diedero del diritto privato” di modo che, egli sostiene, le loro teoriche “sono ben lungi dall’attuare quei propositi di riforma e di rinnovamento che la novità dei principi, la vivacità della polemica faceva sperare”<sup>354</sup>.

Lo stesso Wieaker si esprime in punto sostenendo che nel *Sistem* non è realizzata la sperata fusione tra le esigenze del presente e l’analisi storica, come avrebbe lasciato sperare l’*usus modernus pandectarum*, ma piuttosto si manifesta

---

diritto germanico quanto quello romano (...). Cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 59.

351 F.C. V. SAVIGNY, *idem*, p. 77.

352 F.C. VON SAVIGNY *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin, 1840, tr. it. *Sistema del diritto romano attuale*, V. SCIALOJA (a cura di), Torino, 1886, *passim*.

353 In particolare in F.C. V. SAVIGNY, *Von Beruf unseres Zeit*, cit., p. 74, l’autore si oppone al pensiero illuminista che considerava “i nuovi codici” garantiti di una certezza meccanica “in modo che il giudice, esonerato da ogni giudizio proprio, fosse limitato semplicemente all’applicazione letterale” della norma.

354 G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato. Il Storicismo e diritto privato* (1915-16), Torino, 1940, rist. 1971, p. 256. Nella stessa direzione critica R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1961, p. 222 e ss., il quale attribuisce la nascita della pandettistica alla conciliazione tra metodo storico e metodo sistematico, di cui è artefice Savigny.

un'opera di esegesi delle fonti romane che, tramite l'elaborazione di categorie astratte, cristallizza in modo ordinato il materiale giuridico in senso statalista e autoritario<sup>355</sup>.

In Savigny echeggiano, si diceva, motivi kantiani: "l'uomo si trova circondato dal mondo esteriore, e l'elemento più importante di questo suo ambiente è per lui la relazione (*die Berührung*) con coloro che gli sono simili per la loro natura e i loro fini. Se esseri simili - dice il giurista - devono convivere in una tale relazione aiutandosi reciprocamente e senza ostacolarsi nel loro sviluppo, ciò è possibile solo mediante il riconoscimento di una invisibile linea di confine, entro la quale l'esistenza e l'attività di ciascuno possano godere di uno spazio libero e sicuro"<sup>356</sup>.

La socialità dell'uomo, in definitiva, abbisogna necessariamente di una "regola che fissa quel confine e determina questo spazio libero - essa è per Savigny - il diritto"<sup>357</sup>.

La teorica conduce verso un'idea di autonomia umana sussunta nella definizione normativa di rapporto giuridico, che chiaramente si risolve in una relazione tra due o più persone prevista da una legge emanata dall'autorità statale.

Osserva Savigny: "si potrebbe credere che il diritto abbia un'origine del tutto diversa, secondo del caso o dell'arbitrio umano, della riflessione e della scienza. Ma a tale ipotesi si oppone il fatto indubbio che dovunque il rapporto giuridico è in questione o si presenta alla coscienza, già da lungo tempo esiste per esso una regola, giacché non è necessario né possibile inventarla allora per la prima volta. Relativamente a questa qualità del diritto generale - conclude lo studioso - esso è già precostituito e ha un'effettiva esistenza, noi lo chiamiamo *diritto positivo*"<sup>358</sup>.

La necessaria attrazione del fatto nel precetto generale e astratto della legge, intende evitare gli effetti malevoli del crimine e dell'arbitrio nelle relazioni: l'ordine giuridico che si viene formando, traduce libertà e giustizia nelle facoltà concesse dal diritto soggettivo e nel conseguente rispetto di doveri e obblighi che scaturiscono dal rapporto secondo la tecnica e la scienza giuridica<sup>359</sup>.

---

355F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967, pp. 359 e ss., tr. it. *Storia del diritto privato moderno*, Milano, 1980, *passim*.

356 M. BRUTTI, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, Su *Federico Carlo Savigny*, in *Quaderni Fiorentini per la storia de pensiero giuridico moderno*, IX, Milano 1990, p. 275.

357 *Ibidem*.

358 M. BRUTTI, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, Su *Federico Carlo Savigny*, in *Quaderni Fiorentini per la storia de pensiero giuridico moderno*, IX, Milano 1990, p. 275.

359 Il procedimento segnalato richiama la filosofia kantiana e tuttavia se ne distingue: il piano della libertà, per Kant, rimane prerogativa dell'uomo a causa di una legge universale ancora non compiutamente delegata al diritto positivo, come invece accade nella teorica di Savigny. Osserva il filosofo: "Il concetto di diritto, in quanto esso si riferisce a un'obbligazione corrispondente (cioè il concetto morale di esso), riguarda in primo luogo soltanto il rapporto esterno e precisamente pratico di una persona verso l'altra, in quanto le loro azioni possono avere come fatti, una reciproca influenza le une sulle altre. In secondo luogo però non significa il rapporto dell'arbitrio col desiderio (in conseguenza anche con il puro bisogno) dell'altro, come accade negli atti di beneficenza o crudeltà, ma esclusivamente con l'arbitrio dell'altro. In terzo luogo in questo reciproco bisogno di arbitri non viene affatto in considerazione la materia dell'arbitrio, cioè il fine che uno si propone con l'oggetto che egli vuole; per esempio non ci si domanda se qualcuno con le merci che (...) compra da me possa o non possa trovare anche il suo vantaggio, ma soltanto se ciò avvenga secondo la forma del rapporto tra i due arbitri, in quanto questi son considerati

Il nuovo modo di vedere le relazioni intersoggettive, oltre a condizionare i giovani codici europei, è destinato a incidere su buona fede ed equità, che come abbiamo visto, nel periodo considerato, tendono a condividere la stessa sorte.

Un esempio in tal senso si può ricavare dall'analisi giuridica che Savigny compie sulla volontà individuale e sui vizi che la riguardano.

Egli scompone la dichiarazione di volontà (*Willenserklärung*) in due momenti essenziali: quello della volontà soggettiva da un lato e quello della sua dichiarazione dall'altro, affermandone in via generale e cogente la necessaria corrispondenza.

Il giurista, infatti, rileva come: “nel campo giuridico nulla abbiamo a che fare con le difficoltà speculative del concetto di libertà”, ma “a noi interessa soltanto la libertà nella manifestazione (*in der Erscheinung*) vale a dire la capacità di fare una scelta tra più possibili decisioni”<sup>360</sup>. La volontà, nel pensiero dello studioso, si presenta valida ed efficace perché manifestata nei modi convenzionali del diritto, ancorché non corrispondente, sul piano psicologico, a quanto effettivamente voluto.

La volontà non rileva in quanto *numeno* ma come fenomeno e ciò è destinato a ricadere, per quel che maggiormente ci interessa, sulla disciplina del dolo e dell'errore che, come più volte ripetuto, sono indici di esistenza della buona fede.

I vizi della volontà, nella costruzione di Savigny, rilevano solo in via d'eccezione, conformemente ai criteri mutuati dal *Corpus* giustiniano; essi giustificano, in via pretoria, la *restituito in integrum* della posizione lesa, e tuttavia tale tipo di tutela sembra potersi ricondurre a una lettura limitativa dell'efficacia della buona fede in favore dell'equità.

La *restituito*, infatti, è considerata valida solo alla presenza di circostanze sopravvenute rispetto al momento del perfezionamento della volontà dei contraenti, ad esempio laddove gli effetti del contratto risultino iniqui sul piano delle prestazioni.

La “genesì della *restitutio* pretoria – osserva la dottrina - è nel fatto che uno stato giuridico si sia modificato a danno di un soggetto”, tuttavia, si precisa che la “modificazione posta a confronto con lo stesso diritto è valida” anche se contraria a equità che sola può giustificare “una reintegrazione dello stato anteriore”<sup>361</sup>.

Date le premesse, è pensiero dello studioso, ma la disciplina era prevista nel coevo codice francese, che il contratto viziato da dolo e da errore sia generalmente valido, essendo la sua invalidità subordinata a un apposito giudizio e alla prova del vizio della volontà anche riguardo agli effetti sopravvenuti nelle prestazioni.

Concludendo su Savigny, ci sembra di poter osservare che, per il giurista, solo gli organi statali sono fonte della *regula iuris*<sup>362</sup>, in forza di quel meccanismo di rappresentanza popolare di matrice roussoiana che pure lo studioso avversa per la provenienza, ma richiama nel profondo, perché sistema concreto di rappresentazione del *Volksgeist*.

Il governo del popolo deve fungere da specchio dei suoi bisogni<sup>363</sup>, ancorché a

---

assolutamente liberi, e ci si domanda se in tal modo l'azione di uno dei due possa accordarsi con la libertà dell'altro, secondo una legge universale”. Cfr. I. KANT, tr. it., *La metafisica dei costumi*, G. Vidari (a cura di), ed. riveduta da N. Merker, Bari 1973, pg. 78 e *passim*.

360 M. BRUTTI, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny*, Su *Federico Carlo Savigny*, cit., p. 294.  
361 *Ibidem*.

362 In merito G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, cit., p. 59 e ss..

363 Per una critica alla Scuola Storica e al pensiero di Savigny si rimanda a V. SCIALOJA, *L'arbitrio*

parere di chi scrive, tale vincolo funzionale in Savigny sembra ipoteticamente costruito.

“Se cerchiamo qual è il soggetto nel quale e per il quale il diritto ha la sua esistenza - egli osserva- troviamo che esso è il popolo. Nella coscienza comune del popolo vive il diritto positivo e noi perciò possiamo chiamarlo anche diritto del popolo”.

Tuttavia, egli chiarisce: “ciò (...) non si deve intendere nel senso che i singoli individui dei quali si compone il popolo siano quelli per arbitrio dei quali il diritto venga creato; poiché questi arbitri dei singoli, potrebbero forse per caso scegliere il medesimo diritto, ma fors’anche e più verosimilmente, ne sceglierebbero uno molto diverso”<sup>364</sup>.

Solo lo Stato, allora, assicura la repressione dell’ingiustizia e, in ragione della preponderante esigenza, il diritto deve contrapporsi all’uomo come qualcosa di eteronomo e sovrano.

Georg Friedrich Puchta (1798-1846) risente del pensiero giuridico di Savigny ed è il più importante esponente della Scuola pandettistica impegnata nella rielaborazione concettuale e sistematica del diritto romano.

Egli apprezza e segue, nei suoi contributi, la felice intuizione fatta dal maestro a proposito della necessaria fusione tra il carattere storico e il carattere dogmatico della giurisprudenza e del diritto, ancorché per l’apporto personale reso, finisce per favorire il secondo.

“Scopo del giureconsulto” si osserva in dottrina commentando Puchta, “è d’organizzare i singoli precetti, congiungerli in una struttura armonica, che li ricomprenda e li illumini nei loro mutevoli rapporti”.

Si fa notare ancora come “Puchta elabora (...) uno schema gerarchico di massime e di assiomi, ove la massima più ampia racchiude quella più angusta e specifica”, verso la costruzione di un sistema giuridico in cui “tutte si allineano in cerchi concentrici, e ruotano attorno ad un unico fuoco”: il diritto statale<sup>365</sup>.

Scriva Puchta “le singole proposizioni giuridiche che formano il diritto di un popolo sono collegate fra loro in una connessione organica, che si spiega anzitutto con la provenienza di esse dallo spirito del popolo, in quanto l’unità di questa fonte si

---

*del legislatore nella formazione del diritto positivo in Atti della Società Italiana per il Progresso delle Scienze - terza riunione, Roma 1910, p. 368, ora in Diritto privato, I, Roma, 1932, p. 38 che osserva: “Il difetto precipuo della teoria filosofica della scuola storica stava (...) nel fermarsi all’indistinta coscienza popolare, senza esaminarne più chiaramente e più profondamente la natura e le cause. Anzi l’espressione stessa di coscienza popolare era atta a nascondere la vera natura del fenomeno stesso, perché metteva in sovrachio rilievo il fatto della coscienza, diminuendo quasi il valore della volontà e perché non bene distingueva gli elementi del popolo, che se ne diceva il soggetto. Fu merito precipuo di economisti e di sociologi, lo spingere più innanzi lo sguardo indagatore, ricercando la reale composizione della società, che costituisce il substrato dello Stato, riportando la coscienza e la volontà ai loro veri ed effettivi soggetti e studiando meglio le forze sociali che agiscono anche nella formazione della legge, sia attribuendo a date persone o classi (...) il potere di stabilire la legge, sia determinandone l’intrinseco contenuto”. Nello stesso senso S. SCOLARI, *Il regno e la sociocrazia in Italia*, Venezia 1892, pp. 171 e ss..*

<sup>364</sup> Per le citazioni, M. BRUTTI, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny, Su Federico Carlo Savigny*, cit., p. 276.

<sup>365</sup> D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 166.

comunica a ciò che è promanato da essa”<sup>366</sup>.

In conformità a simili premesse il giurista chiarisce che: “è compito della scienza riconoscere le proposizioni giuridiche nella loro connessione sistematica, come condizionantisi reciprocamente e derivanti l’una dall’altra, per risalire la genealogia di ciascuna di esse fino al loro principio, e scendere poi dai principi fino alle loro estreme ramificazioni”<sup>367</sup>.

La Giurisprudenza ‘dei concetti’ coltiva ora lo spirito architettonico col quale ordina la più disparata casistica, “confidando d’intendere per suo mezzo ogni regola o controversia” e “lo studioso – si osserva - è di continuo sospinto a rimanere all’interno del sistema, per respingere dall’indagine i contenuti assiologici ed etici, che rendono impossibile l’obiettività della conoscenza”<sup>368</sup>.

Il metodo utilizzato, tuttavia, “metodo essenzialmente formalistico”, non si indirizza più soltanto al diritto romano, “ma anche sul diritto dei nuovi codici, generando una dottrina giuridica (...) legata ai dati giuridici positivi”<sup>369</sup>.

La circostanza conduce, specie grazie al contributo di Windscheid, da una parte alla codificazione nazionale, dall’altra alla nascita del positivismo giuridico del XIX secolo.

Anche il diritto pubblico risente degli afflitti della nuova cultura giuridica, in particolare per l’opera di Carl Fiedrich Gerber (1823-1891).

L’idea è di trasferire il nuovo *methodus procedendi* nel diritto costituzionale, affinché anche questo settore sia informato all’opera “edificatrice della scienza” che fissa “in principi e regole quanto (...) frutto della decantazione del costume”<sup>370</sup>.

Le opere a lui attribuite sono due, *Sui diritti pubblici* (1852) e *Lineamenti di un sistema del diritto pubblico tedesco* (1865), che si ritengono espressione sia della coscienza scientifica di nuova formazione, sia della “contemplazione compiaciuta di quello stato unitario prussiano” che si va consolidando<sup>371</sup>.

I contributi mettono in risalto l’idea dello Stato e chiariscono il rapporto con i cittadini.

Precisa il giurista “se si considera dal punto di vista giuridico lo Stato si coglie innanzitutto il fatto che in esso il popolo assurge nel suo insieme alla coscienza e alla capacità di volere, richieste dal diritto” ed è “nella personalità dello Stato” che “si trova il punto di partenza e il nucleo di tutto il diritto pubblico; dal riferimento ad esso - scrive Gerber - dipendono, al tempo stesso, la possibilità e il criterio informatore di un sistema scientifico, di un sistema cioè ispirato a una idea unitaria”<sup>372</sup>.

---

366 G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionem*, I, Erlangen, 1828, pp. 146 -147; *ibidem*, II, Erlangen, 1837, pp. 14-15.

367 *Ibidem*, p. 22.

368 D. CORRADINI, cit., p. 167, osserva che l’idea di diritto che il testo richiama, in particolare del diritto privato, è introdotta nel diritto costituzionale e amministrativo, giacché s’intuisce “nel metodo dogmatico il simbolo del riscatto”. Lo studioso rileva ancora come : “Nelle opere di Gerber, Laband, la scienza pubblicistica, per lungo tempo incline a confondersi con la sociologia (...) si organizza su basi autonome (...) e il costituirsi dell’impero tedesco e l’affermarsi della Realpolitik di Bismarck, conduce l’analisi ad un rigore per l’addietro sconosciuto”.

369 G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 72.

370 P. GROSSI, op. cit., p.172.

371 *Ibidem*.

372 C.F. V. GERBER *Grundzüge eines System des deutschen Staatsrechts*, Leipzig 1865 (II ed., Leipzig

Le considerazioni appena svolte, dovrebbero contribuire a fornire un quadro abbastanza completo dell'*humus* culturale su cui, nel periodo considerato, la clausola affonda le sue radici, tuttavia prima di affrontare da vicino buona fede e BGB, per completezza, apriremo una parentesi essenziale sul contributo fornito del romanista Rudolf von Jhering.

Il giurista sembra rappresentare la linea moderata di quella tradizione dogmatica che determina la serrata costruzione del diritto privato in categorie astratte e logicamente costruite.

Egli, infatti, ne critica l'impostazione in quanto, così 'semplicemente' concepito, il diritto spesso finisce per affossarsi in aporie e circoli viziosi: il giurista sente l'esigenza che il diritto e l'opera ermeneutica compiuta sullo stesso riscoprano la funzione di essere un simbolo della società e dei suoi plurimi e mutabili contenuti.

Si rispolverano così i pensieri del primo Savigny e con essi i presupposti di quella teorica, seguendo un filo conduttore che sembra avere punti in comune col giusnaturalismo ormai lasciato alle spalle.

“Così il terzo volume del *Geist des römischen Rechts*, tramite una visione moderna del sapere e degli scopi che lo animano, osserva i perenni svolgimenti delle leggi, il ritmo dinamico che le conduce da un sistema all'altro, e riconosce che qualsiasi modello euristico, lungi dall'assumere un significato perentorio e un'efficacia sottratta all'inquietudine del dubbio, assolve un ruolo orientativo e muta fisionomia a seconda delle necessità delle richieste che occorre percepire e appagare”<sup>373</sup>.

Sarà con l'opera *Der Kampf um's Recht* del 1872 che verrà a maturazione la teorica di Jhering, il quale sostiene “che il diritto nasce e si sviluppa in base a un quotidiano conflitto di interessi, nell'ambito di una dialettica inesauribile di perdite e di scoperte, uguagliabile solo all'intreccio che gli uomini intessono nella creazione e nello scambio dei beni e dei servizi o nel regno della cultura o delle opere intellettuali (...).

L'ordinamento giuridico non costituisce perciò lo specchio anonimo e nebuloso del volere collettivo, il segno d'una specifica vicenda pratica; è invece il risultato delle antinomie insite nell'esperienza e riflette il travaglio e i contrasti della storia, in quanto i gruppi, con programmi spesso diversi, combattono per soddisfare i propri bisogni e alcuni di essi tentano di sostituire i vecchi istituti (...) con forze che a volte incrinano e modificano le sue strutture”<sup>374</sup>.

Sembra che le forze alle quali si fa riferimento siano strettamente connesse con la dialettica hegeliana e con quella fenomenologia della coscienza individuale tesa, tuttavia, alla sapienza assoluta, allo spirito: la famiglia, la società, il diritto, lo Stato, sono la proiezione di un uomo rivalutato nel rapporto con l'altro da sé, e perso, senza perdersi, nel divenire della storia che più del particolare, dell'individuale, si avvicina all'assoluto e alla verità<sup>375</sup>.

---

1869), tr. it. *Diritto pubblico*, P.L. Lucchini (a cura di), Milano 1971, in particolare p. 95, 97 e 124.

373 D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 169.

374 D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 170.

375 I. MANCINI, *Filosofia della prassi*, cit., p. 17, dove si precisa che nella filosofia hegeliana: “la realtà di un concetto coincide con la sua storia” e “la civiltà del diritto - è quella- che ha retto bene il passo con lo sviluppo della società”.

L'attenzione ai bisogni sociali, d'altra parte, richiama le teoriche del socialismo giuridico di cui il Manifesto di Marx fornisce l'essenziale rappresentazione: se il giusnaturalismo moderno aveva introdotto, nel diritto, l'egoismo della classe borghese e la tutela degli interessi economici di quella classe, ora gli studiosi del diritto intendono rielaborarne i risultati per comporre i vecchi ideali con le nuove esigenze.

Jhering prende in considerazione la problematica nel tentativo decostruzionista opposto all'opera di Savigny: egli riconosce i motivi individuali e i bisogni della società civile presupposto imprescindibile per la costruzione del diritto, della regola del rapporto, che sol per questo, nella storia, vanno approcciando a un'esigenza di duttilità che forgia il loro concetto relativo.

Secondo il principio "della ragion sufficiente - egli osserva - nel mondo nulla avviene da sé (...) ma è la conseguenza di un antecedente diverso" che lo studioso definisce "legge di causalità"<sup>376</sup>.

La volontà, nel suo pensiero, è condizionata dal principio richiamato e risente dell'esperienza e dei bisogni di chi l'esprime: nessuna volontà in definitiva può attivarsi senza un motivo, così come accade nei fenomeni naturali, ancorché per la realizzazione dello scopo cui la società deve tendere, non si può prescindere dallo stato e dalla vasta utilizzazione del diritto<sup>377</sup>.

La visione dello studioso introduce, tuttavia, un importante elemento di riflessione sul modo di sentire il diritto, il quale assume quella connotazione di realtà legata alla mutevolezza della storia, che sol per questo, scomodando Hegel, diviene razionalità e in quest'ottica piano di validazione e di effettività del fenomeno giuridico.

Sembra che lo studioso proponga, in una nuova chiave di lettura, la funzione etica del diritto legata alla capacità dell'uomo di condividere, con la generalità dei suoi simili, i propri bisogni e le proprie volontà.

In quest'ottica la rappresentanza istituzionale è molto rilevante affinché l'impegno verso la giustizia delle relazioni diventi un concreto impegno sociale; viceversa è da contestare la serrata e astratta formalizzazione degli ordinamenti, tendenza sostanzialmente estranea a quella particolare esigenza<sup>378</sup>.

L'assunto può agevolmente ricavarsi dalla stessa accezione che lo studioso attribuisce alla parola "società": nell'anticipare, infatti, che il termine non ha alla base una chiara idea di riferimento, egli osserva che "l'elemento sostanziale della società - va definito - come concreta organizzazione della vita a vantaggio o per mezzo degli altri e come la forma indispensabile della vita a proprio vantaggio"<sup>379</sup>.

376 R.V. JHERING, *Der Zweck im Recht*, Breitkopf und Hartel, Leipzig, 1923, tr. it. *Lo scopo nel diritto*, Einaudi, Torino, 1972, p. 17 e p. 45.

377 R.V. JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., p.50. Si sottolinea l'impostazione teoretica di Jering, circa, ad esempio, il ruolo svolto dalla volontà del soggetto. Essa contrasta con quella sostenuta da Kant nella *Metafisica dei costumi* e nella *Critica alla ragion pratica*, laddove si sostiene che "un semplice concetto deve spingere l'uomo ad agire" "come se ciò fosse possibile". Jhering precisa, viceversa, che "sperare di muovere la volontà umana per mezzo dell'imperativo categorico è come sperare di muovere un carro per mezzo di una lezione sulla teoria del movimento"; ID., op. cit., p. 50.

378 In questo senso D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 175 e ss..

379 R.V. JHERING, *Der Zweck im Recht*, cit. pp. 74 e 75, dove si precisa: "Il fatto che tutti facciano uso

Nella teorica la giurisprudenza assume un'ampia importanza, poiché è col lavoro dei giudici che si persegue la necessaria congiunzione tra la regola del diritto e la realtà del caso concreto.

Jhering, difatti, sconfessa l'assunto del giusnaturalismo moderno secondo il quale i nuovi sistemi giuridici rispondono al principio di completezza: è grazie all'opera delle corti, egli sostiene, che lo scopo del diritto viene in prevalenza raggiunto, poiché è lì che il diritto positivo si misura con il bisogno di giustizia delle parti coinvolte nel rapporto, in un contesto nel quale, a ben vedere, la giurisprudenza dei concetti, così chiamata per lo stretto legame intrattenuto con la fonte applicata, diviene giurisprudenza degli interessi.

Eppure, anche per questa via, la giurisprudenza non può attingere con facilità ai criteri extragiuridici e alla buona fede: abbiamo, infatti, messo in evidenza il vincolo che sta alla base della teorica di Jhering, ovvero quello secondo il quale è nella legge dello Stato che i bisogni della società prendono rilievo e tutela<sup>380</sup>.

### 2.5 La buona fede nella Pandettistica e la codificazione tedesca.

Si impone a questo punto qualche riflessione sul modo con cui la clausola risente delle nuove teoriche, riservandoci nel prosieguo di trattare la *Treu und Glauben* e il BGB.

Ricordiamo di averla lasciata negli spazi angusti della Scuola dell'esegesi e tuttavia, anche nel dibattito che ci occupa, la buona fede continua a suscitare sospetti e opposizioni per tutto l'ottocento e nei secoli a venire.

Nell'ottica della Scuola storica e del pensiero della Pandettistica tedesca, infatti, la buona fede si presenta dotata di due caratteristiche che mal si conciliano con i rigori del nuovo diritto: la sua indeterminatezza, non risolta per mano del legislatore, e la conseguente necessaria esigenza d'un intervento chiarificatore del giudice nella particolarità del fatto e secondo criteri *praeter legem*.

L'atteggiamento dei movimenti analizzati, in realtà, non si piega alla richiamata esigenza, al contrario la teme, poiché ritenuta a gran voce foriera di iniquità e ipocrisie: la clausola, per sua stessa natura, mal si presta alla ricostruzione dogmatica e architettonica che il rinnovato concetto di ordine giuridico prevede, tanto più che essa risulta, per unanime consapevolezza, come naturalmente aperta e strettamente connessa ai valori dell'etica.

Il "monito di Giustiniano nel Digesto "*Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet amitti voluntatis quaestio*" risulta, nella pandettistica, di nuovo attuale e (...) rinsalda il desiderio di proteggere l'indagine - del giudice - dai giudizi valutativi", tanto più che si ritiene, in modo deciso, che le nuove codificazioni contengano ogni mezzo idoneo alla propria integrazione, giacché il diritto è un "mondo autonomo e conchiuso" che "non avverte mai il bisogno di riferirsi a canoni e a modelli che dominano in altri settori della storia e che rischiano di corrompere i

---

del termine, mentre non si è d'accordo sulla sua definizione concettuale, dimostra che, alla base di tale concetto, deve trovarsi un'idea, di cui il pensiero odierno ha necessità assoluta, ma che soltanto ora sta faticosamente giungendo alla propria chiarezza concettuale".

380 Sul problema della funzione della giurisprudenza, nella rinnovata teorica, cfr. P. HECK *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, *passim*; H. STOLL, *Festgabe für Philip Heck*, M. Rumelin und A.B. Schmidt, Tübingen, 1931, *passim*.

metodi scientifici»<sup>381</sup>.

Gli altri modelli ai quali la Pandettistica si riferisce e che sentitamente rifugge, sono ovviamente i modelli della metafisica che legano i rapporti umani a valori estranei all'astratta logica giuridica.

In ragione di questo timore o avversione, ma anche e prima di tutto, in ragione della scelta ricostruttiva dei sistemi, la buona fede è destinata a perdere la sua forza precettiva autonoma<sup>382</sup>: la difesa dell'individuo, il perseguimento della giustizia, sono interamente delegati alle regole del diritto positivo e alla tutela riconosciuta dagli ordinamenti alla posizione giuridica soggettiva, che si pone come una vera e propria traduzione del soggetto e delle sue esigenze nel rigore della scienza giuridica.

Sarà la posizione di diritto soggettivo a qualificare e a quantificare la misura della giustizia e della correttezza delle relazioni, seguendo una logica giuridica che diventa criterio distributivo della giustizia possibile: il pensiero di Brinz<sup>383</sup> è essenziale per il perfezionamento dei capisaldi di questo percorso, in quanto fornisce un autorevole contributo verso la costruzione della posizione giuridica che risulterà dominante tra quelle riconosciute ai soggetti dell'ordinamento: il diritto soggettivo.

Tale posizione è ricavata, secondo il sistema della pandettistica, da una interpretazione bipartita ed attenta del *licere* (*Dürfen*) e del *posse* (*Können*)<sup>384</sup> delle fonti romane.

Per quanto riguarda i risvolti che la buona fede assume nei contratti, con la Pandettistica è rinsaldato il dogma della volontà, tanto più che l'inesatto adempimento degli obblighi contrattuali trova ora un alleato imprescindibile nella posizione giuridica lesa, che è unico titolo idoneo ad azionare la pretesa nel processo al fine di ottenerne ristoro su un piano squisitamente normativo.

---

381 Cfr. D. XXII, 25 e per il commento D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 181 e ss..

382 Per fornire un esempio di quanto sostenuto nel testo, si rimanda al contributo di H. DERNBURG *System des Römischen Recht. Die Pandekten*, II, 8 ed., Berlin, 1912, *passim*, che interpreta il paragrafo 124 delle *Pandekten* laddove si prevede l'ordine agli stipulanti di comportarsi, nel rapporto obbligatorio, secondo buona fede. Lo studioso, piuttosto enfaticamente, riconosce la buona fede principio cardine del rapporto obbligatorio, d'altra parte, però, non si dilunga sulla ricostruzione sistematica degli effetti prodotti dalla clausola nell'ordinamento, collegandola, senza particolari approfondimenti, al principio dell'*honeste vivere*: lo studioso ritiene, ad esempio, che la disciplina della conversione del negozio nullo in un negozio valido del quale il primo possiede i requisiti di sostanza e di forma sia una conseguenza degli effetti che la buona fede produce nel sistema di diritto privato. La stessa derivazione riconosce alla disciplina delle clausole contrattuali superflue, le quali, secondo il principio *utile per inutile non vitiatur*, non sono in grado di inficiare l'accordo. La buona fede in definitiva è prevalentemente destinata al perfezionamento, in chiave applicativa, delle regole di diritto positivo. Con Dernburg, osserva la dottrina, "quel canone diviene una semplice sintesi di norme dissimili, che compendia e copre, con la compiacenza della sua tipica apertura, realtà spesso non compatibili, mentre il giureconsulto acquieta in tal guisa le sue ansie e, ponendo l'analisi al riparo dalle accuse di manchevolezza, raggiunge o pensa di raggiungere l'equilibrio difficile fra il bisogno di spendere qualche parola in merito alla rettitudine, necessaria nei traffici del commercio, e il desiderio di relegarla ai margini del sapere scientifico, svuotandola di contenuto e ritenendola un simbolo privo di efficacia pratica". Il pensiero è di D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 194.

383 A. V. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, 2 ed., II, Erlangen 1879, rist. Goldbach 1997, *passim*;

384 In punto, anche per i richiami bibliografici si veda U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano 1943, in particolare pp. 25 e 117.

Il contratto, avente forza di legge tra le parti, può essere giudizialmente tutelato sia in ragione della tipicità delle norme che ad esso si riferiscono, sia in forza di istituti giuridici che a mo' di puzzle costruiscono, con logiche serrate, l'autonomia e l'autointegrazione dell'ordinamento, così che rimane del tutto secondario ed eccezionale ricorrere alla regola della correttezza o a criteri di giustizia esterni al nuovo assetto<sup>385</sup>.

In conclusione possiamo osservare che la Pandettistica tedesca come la Scuola dell'esegesi partecipano di due caratteristiche fondamentali: il marcato individualismo posto a presupposto ideologico della nuova concezione giuridica<sup>386</sup> e la scientifica avversione verso l'autonomia della *iurisdictio*, specie laddove, e sembra il caso della buona fede, questa funzione contribuisca a confondere teoreticamente i valori etici, sociali e morali del consorzio umano con i rigori della scienza giuridica fondata sulla logica astrattezza degli istituti e sul dogma della posizione soggettiva.

Nel nuovo assetto culturale, sia la legge che la sentenza sono percepite come necessarie derivazioni del potere politico e statale, unico possibile ordinatore dei rapporti tra individui.

In questa nuova visione non è la buona fede a svolgere il ruolo di garante delle relazioni ma la legge, che sola può tutelare quel *proprium* di ognuno ancora troppo radicato nella coscienza giuridica dell'epoca.

Nel BGB<sup>387</sup>, tuttavia, la *Treu und Glauben* occupa, per buona parte della

---

385 Cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt am Main 1891, tr. it. *Diritto delle Pandette*, C. FADDA e P.E. BENZA (a cura di), Torino, 1902 – 1904, *passim*, cui si rimanda anche per la bibliografia di riferimento. In argomento D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 188 e ss., che osserva come lo studioso tenda a ridurre il ruolo della buona fede processuale nell'ambito della mera applicazione delle regole del diritto positivo rafforzandone la cogenza.

386 In punto si osserva che “i giureconsulti - esprimevano un pensiero sostanzialmente - in linea con le analisi delle *Grundlinien der Philosophie des Rechts* di Hegel, le quali compendiano in termini teoretici i propositi del ceto borghese e nella proprietà indicano la garanzia di una libera convivenza, elevano di nuovo l'individuo a protagonista della storia e in qualche guisa lo sottraggono all'obbligo dell'aiuto reciproco e allo spirito comunitario”. Cfr. D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 191.

387 Nel 1881 in Germania prese l'avvio “l'itinerario verso la codificazione civile”. Il primo progetto di BGB fu, infatti, presentato già nel 1887. Il destinatario del codice, citando P. Grossi, non il cittadino ma “il giudice togato”. Preponderante la figura di Bernhard Windscheid (1817-1892) “il principe dei pandettisti tedeschi”, che elabora i paragrafi del progetto improntandoli all'astrattezza e a un linguaggio complicato e tecnico, ritenuti emblema dell'individualismo borghese. Tale era la logica dogmatica e il sillogismo contenuto nel progetto che Otto v. Gierke (1841-1921) vi oppose, in suo famoso libello, *Die historische Rechtschule und die Germanisten*, invitando a una visione del diritto più vicina alla prassi e al sociale. La critica era rivolta all'individualismo borghese che tuttavia subiva attacchi anche da parte di quegli studiosi sensibili alle tematiche del socialismo nascente e alla tutela delle classi nullatenenti, tra i quali spiccava Anton Menger professore a Vienna di diritto processuale civile. Il codice nel 1890 era rielaborato da una seconda commissione nel 1895, per arrivare alla sua promulgazione nel 1900. P. Grossi, a tal proposito, evidenzia come il codice “pretende alla esclusività, riafferma l'impero della legalità positiva e impone al giudice l'osservanza della legge (...). Il suo stile rimane altamente teorico, concetti e tecniche si ispirano al purismo rigoroso della più raffinata Pandettistica. Il culto pandettistico dell'astrattezza trionfa nella cosiddetta Parte generale (...) mentre gli istituti sono inseriti in una intelaiatura concettuale di grande rigore logico (...)”. Il Codice, rileva lo studioso, è “un intero libro primo, si distende in ben 240 paragrafi dove viene premessa al codice una intera teoria generale del diritto civile con larghi squarci di (...) teoria generale del diritto; scelta che viene ripetuta all'inizio del libro secondo

dottrina, un posto di rilievo: essa è destinata a regolamentare situazioni che non possono essere legislativamente disciplinate, affinché si eviti la produzione di una minuziosa casistica di regole espressamente destinate a casi non normati<sup>388</sup>.

“Un tratto tipico di questa codificazione”, si dice, è il ricorso alla “clausola generale quale espediente che serve ad evitare l’immiserimento della regola astratta nelle minuziosità dei casi concreti”; in quest’ottica la buona fede rappresenta “una direttiva che il legislatore fa al giudice, autorizzandolo a ricorrere, in determinati casi, a nozioni e dati di esperienza, al di fuori della legge positiva”<sup>389</sup>.

“Alla stregua degli altri principi duttili, il comando della rettitudine nei negozi designa una palese concessione, forse inconsapevole, che il giuspositivismo compie nei riguardi delle ‘*General Klauseln*’ laddove, con l’incrinarsi del pensiero analizzato, per essa si aprirà lo spazio alla ‘libera ricerca del diritto’ (*Freirechtsfindung*) e agli indirizzi della ‘giurisprudenza valutativa’ (*Wertungsjurisprudenz*)”.

La clausola è recepita nel codice insieme ad altri principi dal contenuto indeterminato; ‘il buon costume’, gli ‘usi del traffico’, la ‘diligenza del buon padre di famiglia’<sup>390</sup>, tutti finalizzati a responsabilizzare il giudice nella sua opera di

---

nei paragrafi dal 241 al 432 (...)”; “al cuore del libro primo – si trova - la teoria generale del negozio giuridico (*Rechtsgeschäft*) costituendo il terreno più geloso di una teoria individualistica del diritto civile”. Cfr. P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, cit., p. 176 e ss..

388 In punto W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München und Berlin 1960, p. 236.

389 P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, cit., p. 178.

390 In realtà il collegamento tra la diligenza del buon padre di famiglia e la buona fede è stato oggetto di un dibattito dottrinario che, per ragioni di completezza, è opportuno in questa sede richiamare. La diligenza del buon padre di famiglia, a ben vedere, presenta i medesimi requisiti d’indeterminatezza propri della buona fede. Osserva, a questo proposito, G. GIORGI, magistrato lucchese, nella sua *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano. Esposta con la scorta della Dottrina e della Giurisprudenza italiana*, Firenze, vol. II, 1876 - 1900, p. 37: “Dove trovare il criterio sicuro che ci segni il massimo e il minimo grado della diligenza del buon padre di famiglia? Dove la regola certa per sapere se tale precauzione rientra nella accuratezza del buon padre di famiglia?”. Come la clausola della buona fede anche la regola della diligenza era prevista sia dal paragrafo n. 146 del BGB che dall’art. 1224 del codice italiano del 1865 che le consideravano criteri cardine di determinazione della responsabilità colposa per inadempimento. La determinazione della diligenza funzionale all’esatto adempimento, come la buona fede, suscitava tra i giureconsulti molte perplessità in ragione della libertà del giudice nello svolgimento della particolare funzione. La diligenza era utilizzata nel *Corpus* giustiniano, nell’ambito, ad esempio, della tutela e della curatela, che legittimavano l’integrazione e la sostituzione della volontà dell’incapace da parte del tutore e del curatore, con facoltà, per gli stessi, d’incidere sul patrimonio del sottoposto seppure come accordi padri di famiglia (D. XXVI, 7, 33). Evidenziato il collegamento tra i due principi del diritto, i giureconsulti italiani tentavano di elaborarne le diversità al fine di chiarire quando il giudice, investito della lite, poteva accedere all’uno o all’altro di essi. In punto, senza pretesa di esaustività, si richiama il contributo di alcuni studiosi che scrissero a cavallo tra il secolo diciannovesimo e ventesimo. In particolare G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, 2 ed., Torino, 1925, pp. 66 e ss. e pp. 82 e ss., fornisce un’interpretazione del criterio della diligenza consona alla dogmatica dell’epoca. Egli precisa che “lo sviluppo reale del concetto” si coglie nel contratto e segnatamente nello scambio di volontà. Tale momento costitutivo lascia presumere che “ciaschedun contraente sia pago se l’obbligazione sarà eseguita con la diligenza ch’è abituale ad un buon padre di famiglia; tipo astratto di diligenza è vero, ma opportunamente tolto a significare l’uomo assennato e prudente nel condurre i propri affari”. Sembra potersene ricavare che l’intervento del giudice, volto a stabilire il grado della diligenza da tenere nell’esecuzione delle prestazioni, dipenda da quanto stabilito nei

applicazione della legge.

Tali principi, tuttavia, finivano per aprire uno squarcio verso il cielo libero di valori *praeter legem*, che, al contrario, la scienza giuridica dell'epoca chiaramente avversa.

Nonostante i compilatori del BGB siano pronti ad impedire che le corti di giustizia svolgano una funzione creatrice del diritto, seguendo in prevalenza l'ottica illuministica per la quale il giudice era semplice custode della *regula iuris*, v'è presto da rendersi conto che il recepimento esplicito della clausola assegna alla giurisprudenza il potere di interpretare, integrare e correggere il sistema dello statico diritto positivo.

Il dogma della completezza dell'ordinamento (*Luckenlosigkeit*) ha presto a che fare con un ospite scomodo, caratterizzato da prerogative inconciliabili rispetto a quelle che fondano la scienza giuridica dei codici di nuova formazione: la buona fede, appunto, e il suo bagaglio di valori immutabili e umani.

In via esemplificativa delle risultanze contraddittorie a cui siamo pervenuti ricostruendo il sistema tedesco, nonché a conclusione di questa breve esposizione dei pensieri che hanno caratterizzato la cultura giuridica della Germania fino alla codificazione del 1900, è opportuno soffermarmi sul pensiero di Stammler, professore di diritto in diverse università locali, nel periodo che si pone a cavallo tra l'ottocento e il novecento.

Dal suo punto di vista la buona fede si sottrae all'ordine del diritto positivo, ma conferma il valore sostanzialmente etico ed esterno ai rigori del diritto statale.

La clausola è riconosciuta dallo studioso il principale punto di contatto tra i valori dell'etica e il bisogno di tutela degli interessi individuali: della *regula iuris* si

---

singoli accordi, senza che sia consentito procedere alla valutazione del lecito e dell'illecito della condotta tenuta dalle parti sulla base d'indagini *praeter legem*. Della stessa opinione C. FADDA, il quale nel suo contributo *Il buon padre di famiglia nella teoria generale della colpa* in *Atti della Reale Accademia di Scienze Morali e Politiche*, XXXII, Napoli, 1901, p.143 e ss., ravvisa nella buona fede il metro sostanziale alla luce del quale è necessario valutare la diligenza richiesta nei rapporti obbligatori. Ne deriva che proprio la buona fede determina il grado della colpa e determina, nel caso concreto, se il contraente è di fatto responsabile per inadempimento contrattuale. Fadda in particolare collega le condotte modello ricavate dalla giurisprudenza grazie all'applicazione, nel processo, della buona fede oggettiva ai modelli di condotta nei quali si manifesta la diligenza del buon padre di famiglia, chiarendo tuttavia come l'accertamento di questi ultimi sia un indice dell'esistenza dei primi. Senza addentrarci troppo nella posizione degli studiosi che si sono occupati dell'argomento, si riporta la critica spietata che Anton Menger muove al principio della diligenza del buon padre di famiglia. Egli propone la sostituzione della figura con il richiamo alla condotta dell'uomo 'onesto e probo'. Nella figura del buon padre di famiglia Menger ravvisa, infatti, una manifestazione dell'individualismo borghese rilevando il rischio che l'applicazione di un simile criterio produce, ovvero quello di rafforzare la tendenza della borghesia a fare del proprio interesse una regola di diritto. La dottrina, commentando Menger, osserva come nel pensiero dello studioso la figura del buon padre di famiglia sia "abominevole" e "meschina" " (...) giacché esprime lo spirito dell'egoismo e riproduce un modello di condotta caro ai gruppi abbienti (...) a danno dei poveri". Per Menger la diligenza è logicamente e sostanzialmente collegata al criterio della correttezza e della rettitudine, quindi alla buona fede oggettiva, che il giurista definisce regola di carattere etico e sociale atta a combattere l'individualismo con l'apertura dei sistemi alla solidarietà. Si veda, in argomento, D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 280 e ss.; per un approccio diretto con l'argomento, A. MENGER, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich*, H. Laupp, Tübingen, 1890, *passim*.

torna infatti a contestare la coltissima astrattezza e spesso la distanza dalla realtà, entrambe considerate limitazioni all'ottenimento della giustizia in concreto.

Sulla base della rilettura etica e sociale della clausola, lo studioso, individua nel principio di correttezza un principio cardine di tutto il diritto, il quale, anche tramite la buona fede può essere corretto (*richtiges Recht*) e perfezionato nella sua funzione primaria; anche la buona fede infatti è regola tra le regole e si trova codificata tra le norme di diritto positivo.

Stammler, nella ricostruzione che la dottrina fornisce del suo pensiero, contesta il fatto che la buona fede sia subordinata e strettamente connessa alla disponibilità negoziale delle parti in favore della preservazione dell'accordo; l'esaltazione dell'interesse economico e della volontà formalmente intesa, non può relegare la regola della correttezza all'arbitrio della contingenza e del particolarismo, poiché non si tratta, osserva lo studioso, di un valore subordinato alla disponibilità della libera intrapresa.

Il giurista, di cui buona parte degli scritti maturi si concentrano sul paragrafo 242 del BGB<sup>391</sup>, intende recuperare la buona fede alla dignità di regola di diritto alla luce di due prevalenti considerazioni: 1) in quanto regola tra le regole essa non è estranea al procedimento di sussunzione a cui la legge è normalmente predisposta, 2) in quanto densa di valori extragiuridici, anche questi ultimi devono essere considerati criteri per la definizione di ciò che è lecito e di ciò che non lo è.

In quest'ottica, la buona fede è comando inderogabile, destinato ad intervenire sempre nei negozi fra privati: in essi esplica la sua cogenza e giustifica "una serie di meccanismi riparatori – nel caso di trasgressione"<sup>392</sup>: questi meccanismi hanno valenza integrativa di quanto dedotto nell'accordo per tutelarne legalità e giustizia.

Tali rimedi vengono alla luce in sede giudiziaria: essi generano autonomi obblighi e pretese in modo tale da consentire al "il giudice di decidere la controversia secondo i contenuti che la giustizia suggerisce nelle alterne condizioni della storia"<sup>393</sup>.

Il pensiero di Stammler, come quello di Bruns, apre la via della legittimazione di quei modelli di condotta o standard che la *iurisdictio* produce in via integrativa della norma e che si fondano su un giudizio di valore: essi incrinano la sistematica costruzione degli ordinamenti e fungono da criteri di valutazione della stessa bontà delle regole statali in rapporto alle esigenze e al benessere della collettività.

L'individuazione dei modelli avviene, secondo lo studioso, seguendo una sorta di operazione giusfilosofica: la filosofia del diritto, infatti, deve essere attenta ai criteri del diritto positivo, allo studio della giurisprudenza e all'analisi dei bisogni della società.

Le conclusioni a cui questo pensiero perviene anticipano alcune voci del dibattito attuale che coinvolge la buona fede e pertanto le ritroveremo nel prosieguo

---

391 L'articolo dispone: "*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*" ovvero "il debitore è tenuto a compiere la prestazione così come lo richiedono la buona fede e i buoni costumi".

392 Per i richiami si veda D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 200 e ss., nel contributo si può trovare, peraltro, la bibliografia più significativa di R. Stammler.

393 D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 209.

con diversa paternità, a ulteriore conferma di come la regola non abbia compiutamente trovato una collocazione armoniosa tra le regole degli ordinamenti e nella storia.

#### 2.6. *La buona fede nel Codice Italiano del 1865 e il dibattito dei giuristi* —

Trattiamo ora delle caratteristiche della buona fede nel Codice del 1865 in uso nel giovane Stato italiano.

Il Codice accoglie interamente la stessa divisione per materie utilizzata dal Codice di Napoleone e, con qualche modifica, la disciplina dei vari istituti in esso contenuti.

Del resto il *Code* rappresenta, nel periodo precedente l'unità d'Italia, un modello al quale i governi locali sono sensibili, specie nella riorganizzazione dell'ampia materia privatistica.

Nel presentare alla Camera e al Senato, il 19 e il 21 giugno 1860, un progetto di revisione del Codice Albertino, il guardasigilli Cassinis ritiene di scorgere nella codificazione francese un modello da imitare: le piccole modifiche che in definitiva vi sono apportate non toccano il settore dei contratti se non in parti marginali e, senz'altro, non toccano quel dovere di correttezza e rettitudine tramite il quale gli accordi devono essere eseguiti.

Il regime delle obbligazioni “non suscita cospicue divergenze di idee e di apprezzabili propositi di riforma: una lunga prassi giurisprudenziale, che per comune accordo scaturisce dai giureconsulti romani, ha contribuito a perfezionarlo e a renderlo stabile; e inoltre esso, contrariamente al diritto delle persone, della famiglia e della proprietà, racchiude esigui risvolti ideologici e non impegna, con una scelta perentoria, l'intera *Weltanschauung* dell'interprete, o almeno nasconde nelle maglie d'un linguaggio tecnico e rigoroso i giudizi di valore che lo sostengono”<sup>394</sup>.

Le riforme Miglietti, Pisanelli e Vacca non introducono, nel Codice, sostanziali elementi innovatori rispetto alla codificazione francese, né la consultazione, che a livello nazionale si era promossa tra le Corti italiane, introduce peculiari interpretazioni degli istituti.

In questo contesto il criterio della buona fede non costituisce ragione di particolare dibattito, motivo di polemica o di critica: “esso, sebbene manchi in qualche codice preunitario, compare tuttavia in quello Albertino (art.1225), che (...) assieme al parmense, esercitò una maggiore influenza sulla codificazione finale”<sup>395</sup>.

Seppure lo spirito dei nostri codificatori sia finalizzato a una pedissequa osservanza delle regole del Codice di Napoleone, accade che la buona fede, per il testo dell'articolo nel quale la clausola trova previsione, riveli dei punti di divergenza rispetto alla disciplina praticata oltralpe e una considerevole forza innovativa, seppure inconsapevole.

Il fattore propulsivo del cambiamento è dato dal fatto che la buona fede non è prevista tra le regole destinate agli effetti del contratto, com'era nel Codice di Napoleone, ma si trova nell'art. 1124 che disciplina il contratto.

La segnalata diversificazione era stata voluta per ragioni di ordine sistematico

---

394 D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 59 e ss.

395 *Ibidem*.

e per esigenze d'armonia: si perseguiva, infatti, la distinzione tra le regole destinate alle fonti dell'obbligazione (tra le quali, appunto, era previsto il contratto) e quelle destinate ai suoi effetti.

La clausola, in ragione della sua stesura letterale, poteva essere ritenuta fonte integrativa della regola primaria del rapporto, ovvero del contratto stesso.

Se nel *Code* francese il richiamo alle regole della buona fede e dell'equità avveniva tramite due diversi articoli di legge, in Italia, al contrario, l'art. 1124 ne prevede il contestuale recepimento dal seguente tenore letterale: "I contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano".

Il legislatore italiano forma un precetto omogeneo che richiama l'importanza degli usi e delle regole di mercato, aprendo il diritto statale alle consuetudini e ai valori sociali dell'epoca.

Sul punto in dottrina si è acutamente osservato, come mentre il codice francese subordina buona fede ed equità alla volontà contrattuale cristallizzata nell'accordo, la norma italiana schiude "alla pratica nuovi orizzonti (...) o comunque – riconosce - al giudice la facoltà d'arricchire il sinallagma contrattuale e, se necessario, di modificarlo a garanzia dell'equilibrio del dare e dell'avere"<sup>396</sup>.

Le stimolanti premesse, tuttavia, incontrano, anche nel nostro paese, la rigorosa influenza della Scuola dell'esegesi e della Pandettistica: in Italia il diritto deve essere analizzato, armonizzato e prodotto 'sul solido terreno della regola scritta'.

L'art. 1124, nei contributi dell'epoca, è richiamato quasi per inerzia e spesso interpretato in senso limitativo, alla luce, ad esempio, della distinzione esegetica tra contratti sinallagmatici o *bonae fidei* e contratti a titolo gratuito o *stricti iuris*.

L'interpretazione più accreditata vuole la buona fede tesa all'esclusiva e fedele esecuzione della lettera degli accordi conclusi, "escludendo che il giudice possa correggerli in nome dell'uguaglianza e della giustizia commutativa"<sup>397</sup>.

Si abbandona invero qualsiasi logica innovativa in potenza traducibile nella regola di diritto positivo, in particolare per la presenza dell'art.1123 dal seguente tenore letterale: "le promesse acquistano forza di legge fra coloro che le hanno concluse: esse rimangono valide ove i privati o le cause stabilite dal diritto non intervengano a scioglierle"<sup>398</sup>.

Anche in Italia si ribadisce il dogma della libertà contrattuale e, con esso, l'inalterabilità delle cose pattuite.

A ben vedere, nonostante la diversa stesura della disposizione normativa, si perviene a quella stessa contraddizione che riscontravamo interpretando, con autorevole dottrina, gli art. 1134 e 1135 del *Code*, così che potremo giungere alle medesime conclusioni già in quella sede rassegnate: la buona fede e l'equità, nell'ordinamento italiano, sono esclusivamente destinate all'adempimento esatto di quanto convenuto nell'accordo<sup>399</sup>.

---

396 D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit. p.71.

397 *Ibidem*.

398 D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 72.

399 *Ibidem*; lo studioso, richiamando il pensiero di De Filippis, afferma: "Gli effetti (...) che derivano

Nell'ottica dell'interpretazione più accreditata dell'art. 1124, al giudice è consentito utilizzare buona fede ed equità con attenzione analitica, circospezione e assoluta moderazione.

La dottrina che si è occupata dell'argomento, osserva ad esempio, come il "completo ossequio verso gli accordi conclusi" e l'impedimento di ogni azione ermeneutica correttiva sugli stessi "assegna al giudice il semplice compito di dirigere il processo e di imprimere alle richieste ed alle eccezioni dei contraenti i caratteri previsti dalle regole di procedura (...)"<sup>400</sup>.

Il dibattito è stimolato dall'art. 3 delle disposizioni preliminari al Codice di nuova introduzione, il quale risolve la carenza del testo normativo ricorrendo al criterio analogico e all'applicazione dei principi generali dell'ordinamento.

Proprio in ragione del contenuto dell'articolo richiamato, infatti, al giudice viene inibito l'utilizzo di criteri che prioritariamente non tengano conto del comando normativo da intendersi nel suo più stretto senso letterale.

La norma prevede che laddove sussista identità di *ratio* tra la materia fatta oggetto di giudizio, seppure sprovvista di una apposita disciplina normativa, e quella espressamente disciplinata dalla legge, si può risolverne la carenza accedendo all'interpretazione analogica: in quest'ottica il giudice può utilizzare anche i principi generali dell'ordinamento, desunti dalle regole in esso previste, seguendo interpretazioni sistematiche e processi sillogici.

Vittorio Scialoja, docente agli albori della sua carriera universitaria presso la cattedra di diritto romano e civile della Libera Università di Camerino, propende per il rigoroso rispetto della norma richiamata, affossando alla condizione di non regola tutto quanto risulta estraneo al diritto positivo<sup>401</sup>.

Buona fede ed equità sono riconosciute, nel pensiero dello studioso, parametri di giudizio solo laddove la regola del caso lo preveda espressamente e tuttavia esse risentono delle limitazioni imposte dall'art. 3 che le subordina all'efficacia giuridica dei principi generali dell'ordinamento, strettamente legati alla previsione normativa.

Stessa opinione restrittiva viene espressa da G.P. Cogliolo, nella sua *Filosofia del diritto privato*, laddove discutendo sul valore giuridico dell'equità, osserva come la stessa rappresenti una mera esigenza di positivizzazione del caso sfornito di previsione, non anche una regola giuridica<sup>402</sup>.

---

per legge dalla natura del contratto, dall'uso, dall'equità sono ammessi quando manchi la volontà espressa dei contraenti: non si può invocare la volontà tacita dei contraenti"; ancora Francesco Ricci dice "i contraenti non hanno bisogno d'indicare, allorché contraggono, le conseguenze derivanti dal contratto, presumendosi al riguardo che essi le abbiano implicitamente volute, se il contrario non risulti dalla stipula della convenzione".

400 D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede*, cit., pp. 75-76.

401 Si veda V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità – Discorso inaugurale letto nella grande aula della biblioteca valentiniana il giorno 23 novembre 1879 nel solenne riapri mento degli studi nell'università di Camerino*, in *Libera Università degli Studi di Camerino – Discorso inaugurale e annuario accademico-1879-80* (5-48), p. 18, poi in *Studi giuridici*, III (1-23), Roma 1932, p. 15. Lo studioso osserva: "i principi di diritto naturale seppure idonei a guidare i parlamenti, non risultano idonei a guidare i giudizi nelle corti". Aggiunge poi che: "per aver forza, e meritar così il nome di diritto, la legge naturale deve tradursi in legge positiva" e i giudici dei tribunali possono decidere secondo equità solo se il testo normativo espressamente lo consenta.

402 Della stessa opinione P. BONFANTE, *Essenza della buona fede e suo rapporto con la teorica dell'errore*, cit. p. 94, che precisa: "l'equità (...) è un semplice nome che indica la necessità di una

Verosimilmente la posizione più facile da sostenere, nel contesto culturale considerato, è quella di P. Bonfante, che in prevalenza si occupa della buona fede soggettiva.

Invero la buona fede soggettiva, la quale rileva nell'ordinamento giuridico sotto il profilo dell'errore, della colpa, della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, non si presta a interpretazioni della giurisprudenza volte a sostituire la regola di diritto positivo con criteri estranei al contesto normativo e, forse, la facilità di armonizzazione delle tematiche considerate con la nuova costruzione dell'ordinamento ha reso il pensiero dello studioso meno problematico e più fruibile.

Egli ritiene che la buona fede sia “un concetto etico, assunto dal diritto, ma precisamente un concetto *non alterato dal diritto che l'assume non foggato, dalla legge ad arbitrio suo*”<sup>403</sup>.

La buona fede è etica individuale e sociale insieme, che prevalentemente risiede nella coscienza e, per essa, determina la volontà del soggetto come la sua conseguente condotta.

La condotta dabbene è strettamente legata allo stato soggettivo e alla volontà manifestata, costituendone conferma e derivazione, così che seppure nel pensiero di Bonfante la buona fede si presenti come valore unitario, il punto principale della sua significazione rimane quello psicologico e dell'etica individuale.

Il giudice può indagare nell'*animus* dei soggetti coinvolti dalla controversia e, in quest'ottica, può accertare l'esistenza della buona fede accedendo a giudizi di valore che rimandano a criteri esterni ai sistemi di diritto positivo<sup>404</sup>.

Nel periodo considerato, la penalizzazione interpretativa subita dalla buona fede è prevalentemente circoscritta alla buona fede oggettiva: d'altronde l'atteggiamento è condiviso in altre nazioni europee<sup>405</sup>, come chiara manifestazione di quelle correnti di pensiero che identificano nell'esclusiva legge dello Stato ogni regola giuridica.

La ricostruzione della buona fede nel diritto civile che svolge G. Corte Enna dimostra, in termini evidenti, come nella dottrina italiana si arrivi a scegliere con chiarezza di negare la valenza di *regola iuris* alla buona fede oggettiva.

---

regola nuova, e non ha rapporto con il diritto”. In argomento D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 255.

403 P. BONFANTE, *Essenza della buona fede e suo rapporto con la teoria dell'errore*, cit., p. 94.

404 P. BONFANTE, *La iusta causa dell'usucapione e il suo rapporto colla bona fides*, cit., pp. 321-322.

405 In punto J. JAUBERT il quale nella sua tesi di dottorato discussa presso l'Università di Parigi, pur riconoscendo pieno e indiscusso valore etico alla clausola generale, ritiene, con passaggio innovativo, che non possa più farsi discussione, nell'ordinamento giuridico, di buona fede in senso oggettivo, essendo definitivamente decaduta, nel Codice di Napoleone, la nota bipartizione romanista tra contratti *bonae fidei* (*do ut des - do un facias*) e *contracti stricti iuris*. La posizione che lo studioso assume sull'art.1134 del *Code* si rileva interessante. La norma pone l'obbligo di comportarsi con correttezza nell'esecuzione degli impegni presi e lo studioso, lungi dal trovarvi un esempio di buona fede oggettiva, ci ravvisa, al contrario, un chiaro esempio di buona fede soggettiva la quale produce rilevanti effetti sotto il profilo della disciplina dell'inadempimento. In quest'ottica invitava il giudice a indagare l'*animus* del soggetto ammettendo sullo stesso giudizio di valore riconducibile alla sola buona fede soggettiva. J. JAUNERT, *Des effets civil de la bonne foi - Thèse pour le doctorat - soutenue le samedi 27 mai 1899, à 10 heures, Paris, 1899, passim*: in punto D. CORRADINI, op cit., pp. 342 -343.

Seppure, sulla scia di Bonfante, lo studioso finisca per riconoscere valenza correlativa al piano soggettivo della buona fede e di tal guisa a ricostruire la disciplina dell'errore ai fini dell'annullamento del contratto<sup>406</sup>, la scelta d'altra parte attuata, circa l'interpretazione dell'art.1124 del codice, non lascia adito a dubbi sulla ragione che la fonda.

La regola che esige onestà e probità nei rapporti contrattuali e nel commercio costituisce, nel pensiero del giurista, “l'indice dell'esistenza nel nostro diritto, del diritto soggettivo; della quale esistenza è la conseguenza necessaria. Sicché quando si dice che i contratti debbono essere eseguiti di buona fede non si vuol dire altro che questo: che ai contraenti dev'essere dato quello che a termini del loro diritto, non si può loro negare”<sup>407</sup>.

Significativa la posizione assunta dallo studioso sul tema del risarcimento del danno per violazione del dovere di correttezza di cui all'art.1124 citato.

Egli chiaramente sottolinea come “la violazione della buona fede come causa di responsabilità potrebbe condurre nel vago, nell'indefinito, se non si partisse dall'entità accertata della buona fede medesima (...) prendendo per l'appunto le mosse dal concetto (...) per il quale violazione della buona fede, vale violazione del diritto”<sup>408</sup>.

Nel pensiero di Corte Enna, gli artifici e i raggiri del dolo non possono prescindere dalla misura che di questi fornisce il dovere di diligenza nell'assolvimento della regola, giacché la scienza del diritto privato è tanto più degna di questo nome quanto più informata al vincolo normativo della volontà e alla correttezza della condotta intesa come assoluto rispetto della legge.

V'è tuttavia in dottrina chi interpreta la buona fede della condotta come regola autonoma dei contratti, unendo alla stessa quei valori etici di cui tanto si teme: *il passe par tout* per la legittimazione della teorica è fornito dai richiami al Digesto e segnatamente dai pensieri, che in tema di contratti e buona fede, venivano attribuiti a Trifonio e Diocleziano: “*Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem*

---

406 Il passaggio essenziale della ricostruzione è chiarito da D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 293 e ss., il quale nel richiamare lo scritto di G. CORTE ENNA dal titolo *Le conseguenze dell'errore nella formazione dei contratti*, in Filangeri, 1908, spiega: “Lo spunto è subito offerto dall'ipotesi dell'errore nei negozi, quando la volontà si forma in modo anomalo, sulla base d'una falsa immagine delle circostanze esterne, e l'unico rimedio è annullare l'accordo e gli oneri che ne derivano. Sorge allora il problema di decidere se la parte, verso cui venga esperita l'azione di annullamento, possa addurre la sua buona fede e costringere l'altra a risarcire il danno, sostenendo che il vizio del volere non si presentava in termini riconoscibili e dunque non scuoteva la fiducia nel contratto e nella tutela delle legittime aspettative (...). Corte Enna ribadisce in ultima analisi (...) che non basta la *bona fides* del danneggiato, ma occorre anche la colpa dell'errante, per richiedere l'equivalente in danaro delle perdite sofferte (*quantum mihi abest*) e dei guadagni non conseguiti (*quantum lucrari potui*)”. Corradini rende evidente un nuovo passaggio logico della posizione che Corte Enna assume nei confronti delle due facce della buona fede, rappresentato come segue: “ammettere il contrario, significa aderire alla teoria della responsabilità oggettiva, che astraie dal dolo e dall'incuria nei rapporti *inter privatos* e che il sistema civilistico italiano, alla stregua di quasi tutte le leggi moderne, rifiuta invece in modo inequivocabile, salvo il caso della *mora credendi* ove per il desiderio di proteggere meglio e con più sollecitudine il debitore, non si esige l'intenzione di ledere e la negligenza”.

407 G. CORTE ENNA, *La buona fede nei contratti*, cit. p. 484.

408 G. CORTE ENNA, *La buona fede nei contratti*, cit. p. 489.

*summam desiderat*” e “ *Bonam fidem quae in contractibus considerari aequum est*”<sup>409</sup>.

Lo studioso è Galfo Ruta con la sua opera *La buona fede e le sue applicazioni nel diritto civile italiano*: nel suo pensiero alla buona fede oggettiva è assegnato il compito di reprimere le ingiustizie derivate dalla sola applicazione del diritto scritto, per ristabilire l’equilibrio del sistema giuridico con le esigenze della società civile<sup>410</sup>.

Invero la teorica si rivela interessante in quanto introduce, ad esempio, la necessità che dalla buona fede oggettiva derivino modelli astratti di condotta: “reputo” dice l’autore “che non sia possibile l’apprezzamento della buona fede nel subietto, se non si incominci dal concepire la buona fede come un astratto e possibile contegno, che devono o dovrebbero tenere coloro i quali compiono un negozio giuridico. Così il concetto ontologico precede sempre il concetto psicologico, la conoscenza della virtù astratta, precede il giudizio sulla sua applicazione subbiettiva”<sup>411</sup>.

La posizione dello studioso si ritiene in dottrina reticente, sulla base delle scarse implicazioni che al principio ‘*honeste vivere*’ sono riconosciute sul piano giuridico; l’opera richiamata viene infatti ritenuta carente per gli accenni solo episodici dedicati all’art.1124 del Codice, dove in particolare veniva previsto il dovere di adempiere ai patti con spirito franco e probò<sup>412</sup>.

Nel dibattito successivo alla nuova codificazione, alle tematiche della buona fede è ricondotto il problema del silenzio serbato da una delle parti nei confronti dell’altra, sia con rispetto alla violazione del vincolo contrattuale, nel quale si era rimasti reticenti, sia con rispetto alla violazione del generale principio della correttezza presente nel testo normativo.

Un contributo fondamentale in argomento è offerto da O. Ranelletti che pubblica *Il silenzio nei negozi giuridici* nel 1892<sup>413</sup>: nell’opera si tenta di scollegare, come ormai in uso, il silenzio doloso della parte contraente dalla regola della correttezza, la quale ne presuppone un accertamento rischioso e legato a criteri non giuridici ma etici<sup>414</sup>.

Il silenzio e la sua illiceità sono valutati sulla base delle norme di diritto positivo, laddove esistenti, e tale esigenza è rafforzata da una espressa dichiarazione del giurista: “là dove sonvi delle norme che ci impongono degli obblighi, è vano il

---

409 Cfr. D. XVI, 3, 31 pr. e C. IV, 10, 4 pr.

410 A. GALFO RUTA *La buona fede e le sue applicazioni nel diritto civile italiano*, Catania, 1899, *passim*; di rilievo, pp. 4 - 5.

411 *Ibidem*.

412 La critica è di D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede*, cit., p. 275.

413 O. RANELLETTI, *Il silenzio dei negozi giuridici* in “*Rivista italiana per le scienze giuridiche*”, XIII, 1892, pp. 3-34, ora in *Scritti giuridici scelti*, vol. III, Jovene Napoli, 1992, p. 3 e ss..

414 Nello stesso senso V. SCIALOJA, *Negozi giuridici, Corso di diritto romano nella r. Università di Roma, nell’anno accademico 1892-1893*, raccolto dai dottori Mapei e Giannini, Roma 1933, p. 60. L’Autore osserva: “la dichiarazione produce effetti giuridici ogni volta che essa esista, e che secondo le regole della buona fede, ossia del commercio come degli uomini, essa dovrebbe produrre effetti giuridici”; egli tuttavia continua dicendo: “Anche questa teorica che ha avuto un grande plauso in Germania, se non falsa, la crediamo certamente insufficientissima, perché se ci facessimo poi a determinare quanto la buona fede, e la regola del quotidiano commercio, ritengano efficace una dichiarazione di volontà, ci troveremmo senza dubbio molto imbrogliati”.

ricorso esclusivo all'elemento del dolo per la risoluzione delle questioni affrontate<sup>415</sup>.

Stessa impostazione ricostruttiva Ranelletti la riserva all'istituto dell'affidamento, ovvero quella tutela accordata dall'ordinamento a chi incolpevolmente abbia, per condotte altrui, coltivato una legittima aspettativa.

L'affidamento e il grado della sua esistenza, nel pensiero del giurista, è misurabile sulla base della volontà manifestata dalle parti nel rapporto contrattuale e la volontà è quella che coincide in via prioritaria e legittima con la dichiarazione espressa.

Le ragioni poste a fondamento dell'assunto sono esemplificate nella seguente affermazione: "perché – dice il giurista - ognuno dei due contraenti di fronte alla dichiarazione dell'altro, partendo da questa, ne ricostruisce tutto il processo psicologico, e dalla dichiarazione risale all'intera volontà, e sopra quella che così esso ritrova, che può essere, e può non essere la vera, si affida"<sup>416</sup>.

Nell'ottica delle conclusioni cui pervengono le voci della dottrina italiana, in breve citate, non sorprende l'enfasi con la quale equità e bene comune sono anch'essi considerati principi dell'etica statale racchiusi nella leggi.

In punto, e senza dilungarsi oltre, si richiama un pensiero di G.D. Romagnosi, ritenuto esemplificativo di quanto osservato: "tempo verrà che voi vi avvedrete di quella grande verità che ora è manifesta a quei pochi saggi, che d'un solo sguardo sanno misurare le Legislazioni e gli uomini; cioè che la sfera della nuova Legislazione è superiore alla sfera razionale dei Giureconsulti e dei nostri amministratori delle passate età; che più alto conviene spingere il passo, onde scoprire tutto l'orizzonte delle nostre relazioni novelle ed aprire ed apprezzare le preziose ed ampie miniere di equità e di bene comune, che stanno sotto le forme esterne del nuovo ordine politico e della nuova legislazione"<sup>417</sup>.

Tirando le fila del discorso, sembra di poter osservare, che la preoccupazione dei giuristi dell'epoca sia quella di non fare della buona fede un precetto autonomo, svincolato cioè dalla legge dello Stato.

L'orientamento richiamato, tuttavia, non si presenta inamovibile: sul fronte processuale l'art. 1124 del Codice stimolerà tendenze innovative che si protraggono fino ai giorni nostri.

## 2.7 La giurisprudenza italiana e la forza precettiva della buona fede.

Abbiamo più sopra evidenziato come, per la dottrina prevalente, la buona fede non era riconosciuta regola autonoma dell'ordinamento; in giurisprudenza, viceversa, incominciano a rompersi gli schemi di quel pensiero e si comincia a

---

415 O. RANELLETTI, *idem*.

416 O. RANELLETTI, *idem*.

417 G.D. ROMAGNOSI, *Sui vantaggi che all'istruzione pubblica risultano dal Codice di Napoleone, (1808)* in G.D. Romagnosi *Lettere edite e inedite*, S. Fermi (a cura di), Milano 1935 e per la citazione *Paratitla universali e ragionamenti del Codice Napoleone paragonati co'l diritto romano*, in G.D. Romagnosi, *Opere*, VII/I, A. De Giorgi (a cura di), Perelli e Mariani 1845, pp. 97-98. In argomento anche D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 277.

costruire la regola della buona fede prestando attenzione al fatto e ai principi extragiuridici ai quali la clausola rimanda<sup>418</sup>.

Sostanzialmente un *imput* in tal senso è dato dalle pronunce delle Corti italiane che coinvolgono la più ampia casistica: ne abbiamo prese in considerazione alcune, che sono poste all'attenzione del lettore poiché ritenute significative.

Un aspetto su cui la clausola è destinata a incidere, in senso innovativo, riguarda le controversie che hanno a oggetto i contratti a prestazioni corrispettive e, in particolare, l'eccessiva onerosità della prestazione di una delle parti determinata da fattori successivi rispetto a quelli che intervenivano al momento della contrattazione e che potremo definire incolpevoli.

E' pensiero dell'avvocato Antonio Bianchi, ad esempio, il quale annota una sentenza del Supremo Collegio di Torino del 5 dicembre 1882, che i patti, doverosamente informati all'equità, non devono diventare strumento di abuso e d'ingiustizia e, per questa ragione, possono essere modificati in sede giudiziaria, qualora per circostanze non prevedibili sia stato leso l'equilibrio contrattuale e il sinallagma intercorrente tra le prestazioni<sup>419</sup>.

Il caso dal quale il pensiero del giurista muove, aveva a oggetto l'ammontare di un corrispettivo per il godimento di un immobile gravato da enfiteusi, di cui l'importo era stato stabilito dalle parti nel contratto.

Il proprietario del terreno, tuttavia, agiva in giudizio al fine di vedersi accrescere l'importo concordato, sul presupposto che l'inasprimento della tassazione locale aveva fatto venir meno la convenienza dell'affare e reso esiguo il canone fino a quel momento percepito.

La Corte accoglieva la domanda, disponendo l'accrescimento del canone come da richiesta, integrando così gli estremi della contrattazione con oneri aggiuntivi e non previsti dall'accordo concluso.

Il criterio grazie al quale l'equilibrio delle prestazioni era ripristinato è individuato dal Supremo Collegio nella regola della correttezza, capace di incidere nel sinallagma contrattuale per tutelare la proporzione dei diversi interessi disciplinati nell'accordo.

Nella sentenza richiamata, infatti, la Corte sanciva il principio secondo il quale l'accordo rimane valido fino a quando un evento esterno non ne modifichi

---

418 D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 334 e ss. dove si evidenzia l'importante ruolo della giurisprudenza e dell'attività forense a cavallo tra i due secoli: è proprio da quest'attività pratica, secondo l'autore, che la regola della buona fede assume, nel sistema, una portata correttiva della norma di diritto positivo, svolgendo al contempo un ruolo che la rende regola di tutela dei rapporti individuali e tesa al bene comune (il richiamo al bene comune è nostro). In punto P. COGLIOLO *Le alte idealità del diritto privato* (1898), ora in *Scritti vari di diritto privato*, Torino, 1910, vol. I, p. 21 e ss., che tuttavia nel suo contributo assume una posizione contraria all'emersione della regola dal fatto e dalla *iurisdictio*.

419 Si richiama il caso sottoposto alla Corte di Torino che riguardava un problema di enfiteusi: in ragione dell'eccessivo aumento delle tasse imposte dallo Stato sulle proprietà, il proprietario di un terreno era costretto a richiedere un sostanzioso aumento del canone all'enfiteuta, che, opponendosi in giudizio, sosteneva la violazione del contratto sulla base del fatto che il canone pattuito era stanziato su valori molto inferiori e diversi. Ebbene la Corte applicando l'art. 1124 del c.c., ovvero la regola della correttezza, imponeva obbligazioni integrative rispetto a quanto concordato. Per approfondimenti, D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., pp. 330 -331.

inaspettatamente il sinallagma, esorbitandone l'alea normale e i vantaggi che un soggetto sperava di ottenerne.

L'art. 1124 del Codice del 1865, nella lettura che ne compie la sentenza, evidenzia come la buona fede possieda una forza equilibratrice degli interessi individuali che emergono dal contratto oltre il testo formale dell'accordo: nel caso in cui il sinallagma delle prestazioni si riscontri violato, infatti, "il contegno di chi non vuole ristabilire l'uguaglianza del dare e dell'avere, rotta o avviata alla crisi (...) viola la regola della rettitudine, e si allontana dallo spirito altruistico che ne ispira i contenuti e i caratteri"<sup>420</sup>.

La pronuncia richiamata non sembra essere un caso isolato, a essa faceva eco la Suprema Corte napoletana con la sentenza 15 maggio 1897, la quale confermava la funzione integrativa della buona fede.

Il caso dedotto in giudizio prendeva in considerazione la vicenda di un creditore che aveva promesso al debitore di sospendere ogni procedimento di esecuzione a suo danno.

Tuttavia il creditore, avendo ricevuto a sua volta in cessione da un terzo un credito vantato nei confronti del medesimo debitore, aveva, per questa particolare posizione, intrapreso un'azione di esecuzione tralasciando la garanzia in precedenza accordata.

La Corte investita della vicenda, seppure i vincoli obbligatori si fondassero su titoli diversi, riteneva di dover estendere al rapporto ceduto gli effetti dell'originaria garanzia sulla base della funzione integrativa della regola della correttezza.

La sentenza, infatti, precisava che la buona fede legittima il giudice a impartire alle parti vincoli aggiuntivi rispetto a quelli comprovati dal titolo giustificativo dell'azione esercitata.

Anche in questa particolare ipotesi, le esigenze di giustizia e solidarietà, richieste dal caso, sono assolte in conformità a criteri extragiuridici che il diritto *ex se* non contiene.

La sentenza nella parte che ne costituisce la motivazione recita, infatti: "l'interpretazione dei contratti deve essere regolata non solo seguendo i principi di ermeneutica dettati dalla legge civile, ma servendosi pure dei precetti della morale e dell'equità, perché (...) il rispetto ai doveri morali è parte necessaria, quantunque tacita, delle convenzioni, e costituisce la buona fede dei contraenti"<sup>421</sup>.

Un'altra delle vicende ritenute significative per dimostrare la valenza integrativa della buona fede, vede coinvolto un giurista che abbiamo trovato in precedenza tra i maggiori fautori della posizione avversa a tale orientamento giurisprudenziale: si tratta di V. Scialoja, il quale tuttavia, nel caso che stiamo per trattare, esprime posizioni più inclini e aperte a riconoscere la buona fede regola giuridica autonoma e dalla forza integrativa e correttiva dell'ordinamento.

Nella veste di avvocato, con nota a sentenza dal titolo *Sulla diligenza che deve prestare il creditore pignoratizio nella vendita del pegno*, pubblicata nel 1909<sup>422</sup>, egli esprime la sua personale inversione di tendenza.

---

420 D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., pp. 331-332.

421 Si veda Cass. Napoli 15 maggio 1897 in *Giurisprudenza italiana*, I, 1898, (1063 - 65) p. 1064; per altri commenti alla sentenza si consulti D. CORRADINI, cit., p. 334.

422 Cfr. Cass. Torino, 21 luglio 1908, in *Il foro italiano*, 1909, I, p. 1149 - 50, dove si trova la nota di

Il caso, deciso dalla Cassazione di Torino il 21 Luglio del 1908, perveniva a esiti contrari rispetto a quelli delle sentenze che abbiamo citato<sup>423</sup>.

Si decideva, invero, sulla contestazione mossa dal debitore proprietario del bene pignorato, che, a suo dire, era stato venduto coattivamente con trascuratezza e senza ottenerne congruo ricavo: il debitore riteneva responsabile il venditore per la violazione del dovere di correttezza e di diligenza nell'espletamento della funzione svolta, tanto che lo stesso proponeva domanda risarcitoria.

La Corte adita, svolta l'istruttoria, dichiarava infondate le doglianze sollevate dal debitore e rigettava la domanda.

La decisione era fondata, in diritto, sul combinato disposto degli artt. 1885 del c.c. e 475 del codice di commercio, dai quali letteralmente si ricavava che il venditore era tenuto a osservare tali doveri (correttezza e diligenza del buon padre di famiglia) solo nella custodia del bene dato in pegno, non anche, e in via estensiva, nella vendita dello stesso bene: quest'ultima attività, pertanto, era dichiarata sprovvista di una simile regolamentazione e ad essa non potevano estendersi le garanzie invocate dal debitore.

Di là dal verdetto della sentenza, la quale evidentemente non considera la buona fede un criterio generalmente applicabile a tutti i rapporti giuridici, sorprende la posizione assunta da V. Scialoja.

Riferendosi al caso dedotto in giudizio e alla regola con la quale il giudice avrebbe dovuto darvi soluzione, il giurista chiarisce che: "il principio giuridico è uno solo: il creditore è tenuto a quanto la buona fede richiede"<sup>424</sup>.

Lo studioso sostiene, infatti, che la Corte accertata la lacuna del diritto scritto,

---

V. SCIALOJA dal titolo *Sulla diligenza che deve prestare il creditore pignoratizio nella vendita del pegno*, ora in *Studi giuridici*, III, p. 387.

423 La sentenza è stata richiamata nel testo in ragione della posizione assunta dal giurista italiano. La sentenza non è solitaria: altre, infatti, sono state prese in considerazione dalla dottrina per la loro chiara impronta individualista propria della cultura che sta alla base delle codificazioni ottocentesche. Se ne citano alcune per rappresentare come, nella prassi giudiziaria, era interpretata e applicata la buona fede. In queste sentenze, è bene anticiparlo, ai sensi dell'art. 1124 del c.c. la buona fede svolge un ruolo funzionale all'applicazione della regola di diritto anche in materia contrattuale, né la clausola unitamente all'equità è ritenuta in grado d'integrare o sussidiare le disposizioni tassativamente previste dalle leggi. Ad esempio, la sentenza Cass. Roma 26 luglio 1912 in *Giurisprudenza italiana*, 1912, I, p. 1088 e ss., nella sua motivazione prevede: "la norma dell'art. 1124, che richiama la buona fede nella esecuzione dei contratti, tende all'esatto adempimento di essi". L'assunto consolida quello che abbiamo definito il dogma della volontà recepita nel contratto. In tal senso, ancora, Cass. Firenze, 17 novembre 1913, in *Giurisprudenza italiana*, 1914, I, pp. 10 e ss. dove è sancito: "Il diritto positivo deve pel giudice costituir l'unica norma alla quale l'equità non può derogare. La medesima non ha potestà di creare particolari obbligazioni che né il patto, né la legge determinano". In forza della disposizione dell'art. 1124 del cod. civ. l'equità viene in rilievo "non per averla a sorgente creatrice e sussidiaria nella formazione del contratto e degli obblighi che con esso si assumono", giacché, "l'estensione di qualunque contratto vagherebbe nella maggiore indeterminatezza, né alcuno sarebbe sicuro, di averlo esattamente adempiuto, tanto elastici essendo i confini dell'equo". Interessante, in argomento, il commento di D. CORRADINI, cit., p. 313 che osserva: "e così, con un distacco di tempo non irrilevante, e in un panorama dissimile (...) per vicende e profili ispiratori, le parole di Francis Bacon, tornano attuali e ammonitrici, là dove il filosofo inglese, nel *De dignitate et augmentis scietiarum* del 1623, ripete con Aristotele "*optimam esse legem, quae minum relinquit arbitrio iudicis*"".

424 V. SCIALOJA, *Sulla diligenza che deve prestare il creditore pignoratizio*, cit. p. 387.

avrebbe dovuto condannare il creditore ex art. 1124 del c.c., che è precetto generalmente applicabile ai rapporti giuridici, quindi per violazione dei principi di correttezza e diligenza; d'altra parte, sostiene ancora lo studioso, le norme tassativamente applicabili al caso di specie non prevedevano un limite espresso a che i ridetti obblighi fossero applicati.

Gli esempi in breve esposti sembrano significativi sotto un duplice profilo: da una parte, nel panorama giuridico dell'epoca, non esiste più solamente l'esclusiva codificazione statale ma anche i rilevanti contributi dell'attività giurisdizionale e forense, i quali non si limitano a una mera funzione dichiarativa del diritto statale; d'altra, quindi sul piano sostanziale delle relazioni, le sentenze analizzate lasciano emergere la ricchezza precettiva del rapporto umano, laddove si generano e prendono significato i principi extragiuridici ai quali la buona fede è legata.

E' prestando attenzione al fatto che in maniera più vera il sistema offre giustizia a chi l'invoca: in quest'ottica tutte le forze che operano nel diritto (potere legislativo e giurisprudenza) sono parimenti importanti affinché gli ordinamenti di nuova formazione abbiano un'applicazione proporzionata e giusta.

La buona fede, tuttavia, nella prevalente cultura dell'epoca, non è considerata una regola autonoma delle relazioni, ma è prevista tra le regole dell'ordinamento come intenzionale regola in bianco: la sua funzione è di equilibrare i rapporti sul presupposto dell'esistenza delle regole scritte e per applicarle al meglio, tenuto conto della varia compagine dei casi posti all'attenzione del giudice, delle lacune dell'ordinamento e delle circostanze imprevedibili che possono incidere sulla convenienza dell'accordo concluso.

La buona fede e la sua naturale indeterminatezza si pongono come strumento normativo e giudiziale affinché il contatto tra l'astrattezza della fattispecie e il caso concreto assuma connotati reali ed equi: in ragione dell'esistenza della clausola, quella stessa fattispecie può essere integrata e derogata, rendendo l'ordinamento più duttile e funzionale alle esigenze della società, senza peraltro che l'importanza della nuova codificazione sia messa, sol per questo, in discussione.

Se è vero che la buona fede è riconosciuta criterio d'integrazione del diritto, è pur vero che per i significati etici, morali e sociali di cui si arricchisce, ad essa può essere assegnata una nuova e più importante funzione: quella di tutelare il valore della solidarietà tra individui e, per questa via, la socialità cui lo stesso diritto dovrebbe tendere.

In realtà, grazie all'intervento della *iurisdictio* e della buona fede, il sistema comincia a dotarsi di principi e criteri di condotta che derivano dall'attenta comparazione di due contrapposti valori: da una parte l'individualità dell'interesse dedotto in giudizio e, dall'altra, l'interesse collettivo a che rapporti della stessa specie si risolvano in senso giusto.

Dall'incontro di questi due interessi si ricava il principio di giustizia da applicare, in concreto, al caso deciso e contemporaneamente un criterio astratto di condotta *praeter legem* che integra il dato normativo.

Tornando alle nostre sentenze, pare evidente come queste spingano verso il valore della solidarietà che, nel periodo storico di riferimento, si pone in controtendenza rispetto all'individualismo della classe borghese il quale, l'abbiamo

sottolineato, è motore propulsivo delle grandi codificazioni ottocentesche<sup>425</sup>.

E' per dovere di completezza che si segnala, allora, come la spinta solidaristica derivata dall'attività giurisdizionale delle Corti al sistema di diritto positivo trovi, in quel momento storico, il corrispondente ideologico nei pensieri del socialismo giuridico e nella filosofia di Marx e di Enghels<sup>426</sup>.

Tra l'altro il mutamento d'impostazione fornito dalle Corti italiane si ravvisa generalmente sentito; infatti, ai medesimi risultati interpretativi si apre il sistema giuridico di Germania<sup>427</sup> e Francia.<sup>428</sup>

La nuova veste assunta dalla clausola nell'ordinamento giuridico è oggetto di dibattito attuale in termini sostanzialmente simili a quelli trattati nelle pagine che

---

425 Si richiamano, per la critica all'astrattezza dei codici ottocenteschi, i pensieri di V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico* in *Rivista del dritto commerciale*, 1911, I, p. 941; il contributo, tuttavia, prevede un testo originale letto il 25 giugno 1911 per l'inaugurazione del nuovo circolo giuridico di Roma nel Palazzo di Giustizia, dal titolo *Per un programma di studi del circolo giuridico- in Scritti e discorsi politici, II, Sul bilancio della giustizia-Ordinamento giudiziario - Istruzione superiore- La scuola e la guerra*, Roma, 1936, p. 160. Dice il giurista: "Noi dobbiamo dire ai nostri teorici che ricolleghino alle pratiche necessità i loro studi, che abbandonino lo studio di certi teoremi che sono assolutamente inutili al diritto e possono essere lasciati alla filosofia astratta, in quanto questa può riconnettere ai supremi principi le teoriche più dubbie e più elevate". In punto F. TURATI col contributo *Le quote minime della delinquenza*, in *Critica sociale*, 1891, p. 56, che osserva: "poiché la pratica sbugiarda la teoria, e i difetti, le dimenticanze, le contraddizioni, le castronerie più badiali, smaltano, come allegri rosolacci, il campo della legge, e vi pungono e vi inceppano il passo come serpi e gramigne; s'è creato un ordine di botanici, diplomati per questo, incaricati di negarle, dissimularle, conciliarle per forza". Per una critica all'individualismo borghese si rimanda alle acute pagine di E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Torino, 1885, p. 57, dove in particolare l'autore osserva: "Il trionfo dell'individualismo se è stato un gran bene, come reazione della libertà individuale contro l'onnipotenza statale, (...) ha creato nel mondo moderno le meraviglie della produzione capitalistica ; (...) è restato padrone assoluto del campo, rude strumento di lotta e di oppressione tra le classi sociali. All'impero della forza materiale, che costituiva la maggiore sorgente di oppressione nelle società antiche, si sostituisce, presso i popoli moderni, la forza del capitale, in cui nome, sotto apparenze più civili, s'inaugura una nuova forma di tirannia, quella che argutamente fu detta la tirannia della classe borghese". Si richiamano ancora e senza pretese di esaustività, E. GIANTURCO *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, Prolusione al corso di diritto civile letto nella R° Università di Napoli, Napoli 1891, p.14 e ss., ora in *Opere Giuridiche*, II, Roma 1947, pp. 242 e ss.; B. BRUGI *Eguaglianza di diritto e diseguaglianza di fatto*, in *Rivista italiana di sociologia*, 1908, p. 49; C.P. CHIRONI, *L'individualismo e la funzione sociale*, Torino, 1898, *passim*.

426 L'inizio del 1900, in Italia e in Europa, impone la questione sociale della classe operaia. Il lavoro minorile e delle donne, privo di ogni garanzia, denota come l'ordinamento giuridico sia a tutela unidirezionale e sostanzialmente non sia idoneo a tutelare tutti i cittadini e i loro bisogni. In questo contesto, "Il messaggio rivoluzionario di Marx e di Engels si diffonde con larghezza e rinsalda le speranze delle classi subalterne (...) le associazioni dei lavoratori, si organizzano e cominciano a raccogliere consensi dinanzi a cui i governi preferiscono difendere i privilegi della borghesia o addolcire con piccole riforme le richieste egalarie (...)". Sono soprattutto il partito socialista che nasce il 14 agosto 1892 e l' "Avanti" che vede la luce il 25 dicembre 1896 a rappresentare gli ideali della nuova classe operaia. In argomento e per la citazione riportata in nota D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, cit., p. 350 e ss. al quale si rimanda anche per l'ampia bibliografia in tema di socialismo giuridico. Anche in Italia invero il problema della classe operaia rendeva evidente come il diritto non sia più rispondente ai problemi sociali e alla storia. Si richiama in punto il contributo di E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, cit, pp. 262 e ss., il quale, nel rilevare la falsità del postulato che gli uomini sono tutti uguali di fronte alla legge anche nell'ambito della materia contrattuale, si lascia andare

precedono.

Nell'approfondire l'argomento affronteremo, da vicino, la buona fede del diritto privato e del diritto pubblico per fornire in seguito le nostre riflessioni conclusive.

2.8. *Conclusione al secondo capitolo* — E' venuto il momento di svolgere alcune riflessioni su quanto appena esposto, che si propongono di fare chiarezza sulla ragione che ha condotto la clausola ad assumere, fino ai giorni nostri, la connotazione aporetica della quale abbiamo trattato nella premessa a questo lavoro.

A parere di chi scrive, la circostanza scaturisce dal nuovo modo di pensare il diritto, che non risponde più alle caratteristiche della buona fede per come sono emerse analizzando la sua origine.

La buona fede che, nella civiltà romana e medievale, introduce nel rapporto giuridico e nel sistema delle regole del diritto scritto il peso dell'eticità della condotta e la sua naturale cogenza, ora è destinata ad abbandonare quella funzione per assumere un ruolo comprimario delle regole dell'ordinamento statale in senso più astratto e virtuale.

E invero, se in alcuni momenti della storia la ragione metafisica dell'uomo, al pari della regola giuridica, poteva costituire parametro di giustizia e di regolamentazione dei rapporti, giacché di entrambi i piani l'uomo vive, nel periodo considerato tale armonia si spezza e la certezza di ogni relazione è ricondotta

---

alle seguenti osservazioni: "E' un'amara irrisione parlare di libertà di volere e di eguaglianza di diritto a chi muore di fame nei campi e nelle strade, mentre altri in diritto a lui uguale, in fatto gli detta la legge e gavazza nell'oro". Gianturco sottolinea, infatti, come "lo sfinite popolo (...) debba scegliere fra il subire l'usura o il morire di fame", e come " il contadino (...) debba subire l'alternativa di accettare patti colonici insopportabili o emigrare in America" e ancora come " l'operaio (...) debba decidersi fra la miseria dei suoi figliuoli o l'accettare il salario derisorio impostogli da un prepotente capitalista". Per il contributo che il movimento cattolico diede allo sviluppo delle ragioni della classe operaia si veda G. TONIOLO, *Indirizzi e concetti sociali all'esordire del secolo ventesimo* in *Conferenze*, Pisa 1900, pp. 12-13. L'autore osserva che i cattolici del tempo "dispiegarono un grande e fortunato zelo nel propugnare una *legislazione di Stato* a tutela e sollievo delle classi inferiori; e ciò con quelle leggi sull'igiene delle fabbriche, sulla durata del lavoro, sui limiti e divieti delle occupazioni delle donne e degli adolescenti, sulle associazioni contro gli infortuni o sulle pensioni agli operai, e con quelle altre per la conservazione della piccola proprietà o contro le usure fra il popolo ecc.; le quali tutte hanno qualità di provvedimenti d'ordine pubblico".

427 Si veda in particolare M. HAMBURGER, *Treu und Glauben im Verkehr: Ein Handbuch*, Mannheim, Berkin, Leipzig, 1930, *passim*. In punto, ancora, D. Corradini, che osserva: "anche in Francia ed in Germania le corti di giustizia inaugurano una nuova linea di pensiero, disposta a sottrarre la norma della buona fede all'oblio delle epoche trascorse, per tradurla in una regola cogente della condotta e per concretizzarla sul piano della prassi e in relazione ai caratteri mutevoli delle controversie". Cfr., sempre in argomento, R. VON JHERING, *Geist des Römischen Recht auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, (1852-1865) cit., pp. 560 ss..

428 Si veda G. CORNIL, *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée*, préface É. Lambert, Paris, 1924, p. 75, laddove si critica la tendenza del diritto a formare regole astratte che mal si conciliano con le esigenze dei cittadini. Lo studioso osserva in tono incalzante e ironico: « *Si la réalité existe, n'est-ce point parce qu'elle est plus forte que la doctrine abstraite qui la réprouve? Et n'est - il pas plus vraie dire qu'une règle abstraite est illusoire, quand elle ignore systématiquement les réalités qui la contredisent?* »

nell'ambito della certezza autoritativa della *regula iuris*, che sussume la varietà dei fatti e sostituisce l'etica.

La nascita dello Stato moderno si fonda, in realtà, sulla delega di ogni garanzia delle relazioni civili alla legge statale e l'ipotesi dello stato di natura e del contratto sociale ne forniscono lo strumento: la legge è l'emblema di ogni giustizia possibile e di ogni uguaglianza che la forza del potere assicurano.

In questa nuova prospettiva l'essere umano si trasforma in suddito o cittadino, per beneficiare di facoltà e diritti concessi dalla legge e, per essi, relazionarsi con le facoltà e i diritti altrui: la rappresentanza istituzionale, introdotta dalle teorie di Rousseau, giustifica la rinuncia che la trasformazione presuppone, per modo che, ogni disuguaglianza, ogni ingiustizia, che a diverso titolo può perpetrarsi in seguito all'applicazione della legge, si profila sufficientemente assentita e assolutamente necessaria.

La buona fede perde la ragione della propria autonomia, seguendo le sorti della relazione umana alla quale, l'abbiamo visto, appartiene.

Essa è relegata nelle dinamiche del sinallagma contrattuale, piuttosto che rappresentare, come nel diritto canonico, un giudizio di valore sulla condotta tenuta dal soggetto: qualora, poi, s'impieghi nella *iurisdictio*, la buona fede vi trova applicazione alla stregua di un principio generale dell'ordinamento il cui significato si deduce dalla norma giuridica statale e a essa è riconducibile.

La presunzione assoluta che sta alla base della tendenza richiamata è quella che considera l'ordinamento giuridico completo, quindi atto a disciplinare ogni fenomeno sociale e a colmare in se stesso ogni possibile mancanza.

L'ordinamento, nelle teorie richiamate, risponde a criteri di validità ed efficacia non più confutabili alla luce dei valori condivisi nella società civile, con spregio definiti 'meta empirici'; la realtà del nuovo sistema di diritto, viceversa, è assicurata dalla funzione applicativa delle sue regole<sup>429</sup> garantita perlopiù dalla forza della sanzione.

A ben vedere, però, l'idea di completezza dell'ordinamento è posta in modo del tutto ipotetico: il dibattito giuridico dell'epoca, nonostante gli esiti univoci cui perviene, lascia emergere il timore, anche in Savigny e Jhering, che le regole non corrispondano *in toto* alle esigenze del consorzio umano.

In quest'ottica, e non senza sforzo, la giovane giurisprudenza italiana e delle altre nazioni europee, riconosce la clausola come rimedio all'insufficienza precettiva della norma giuridica, laddove i principi di uguaglianza e di lealtà sembrano di nuovo sottratti alla forza autoritativa del diritto statale.

Il diritto, tuttavia, mantiene la prevalente costruzione scientifica e convenzionale necessaria alle fondamentali finalità applicative alle quali le norme

---

429 Si richiama a questo proposito un pensiero di H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, tr. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 247 e ss., esplicitativo del nuovo modo di pensare il diritto: "Non si può negare la validità di un ordinamento giuridico positivo a causa del contenuto delle sue norme. Questo è un elemento essenziale del positivismo giuridico e proprio nella teoria della norma fondamentale della dottrina pura del diritto si rivela una dottrina positivista del diritto. Essa descrive il diritto positivo, cioè ogni ordinamento coercitivo efficace, nelle sue grandi linee, come un ordinamento normativo oggettivamente valido ed afferma che questa interpretazione è possibile soltanto a condizione che si presupponga una norma fondamentale, sulla cui base il senso soggettivo dell'atto con cui si produce il diritto diviene anche il suo senso soggettivo".

giuridiche sono indirizzate<sup>430</sup>.

La costruzione scientifica dell'ordinamento rifiuta recisamente di riconoscere l'esistenza di piani extragiuridici dai quali attingere regole di condotta applicabili autonomamente ai rapporti tra soggetti di diritto, ed è per questo che con la nascita dello Stato moderno si profila la contraddizione in cui la buona fede è destinata a cadere diventando la buona fede del diritto privato e la buona fede del diritto pubblico.

La prerogativa che si ritiene insita nella *regula iuris* è la stessa che Kelsen pone alla base del giuspositivismo moderno; la regola di diritto deve avere carattere 'avalutativo'<sup>431</sup> e presentarsi diversa da quei giudizi di valore sulla condotta umana ai quali, al contrario, la buona fede rimanda e dai quali prende significato.

Il dogma della volontà, che abbiamo visto essere alla base della certezza della libera intrapresa privata, come l'esigenza di difesa del *proprium* di ognuno, sono le forze propulsive del cambiamento di rotta segnalato: queste esigenze impongono i rigori della nuova scienza giuridica e la tassativa applicazione delle ordinate regole dei codici, con conseguente diminuzione del potere valutativo del giudice nel processo.

L'«*officium* del giudice chiamato a giudicare *ex fide bona* - chiarisce la dottrina- aveva- nel codice di Napoleone - la funzione di sorreggere l'autonomia delle parti, non già di contrastarla sovrapponendovi valutazioni diverse»<sup>432</sup>.

Se la buona fede dell'origine era naturale fonte di produzione di figure contrattuali autonome e di procedure giudiziali di pari connotazione, la buona fede degli stati moderni è appiattita a livelli più innocui: essa si confonde con l'equità che

---

430 Per comprendere cosa s'intende per convenzionalità del sapere M.R. COHEN e E. NAGEL *An Introduction to Logic and Scientific Method*, London 1964, *passim*, uno dei contributi fondamentali dell'epistemologia moderna, che dimostra come i principi della conoscenza scientifica siano fondati su un circolo vizioso basato sul presupposto che i fatti osservati sono spiegati alla luce di un *principio primo* assunto in termini aporetici. L'esempio che fornisce chi contesta questo tipo di approccio al sapere, può essere esemplificato come segue: "quale risposta - si dice - dà la scienza al quesito di cosa sia la luce? La risposta è triplice, meglio, le risposte sono tre; esiste, infatti, la teoria corpuscolare newtoniana della luce, la teoria ondulatoria, la teoria quantistica, che muovono da tre protocolli ipotetici differenti, in particolare quello del corpuscolo, quello dell'onda elettronica, quello del quanto". Così ci si chiede, in definitiva, se la luce può essere spiegata contemporaneamente ricorrendo a tutte e tre le ipotesi, ma la risposta che ne deriva è la seguente: "Certo che no, perché lo scienziato non ci dice e non ci vuol dire che cosa sia la luce, ma semplicemente parte - dalle tre ipotesi - per dominarne altri". Cfr. F. GENTILE, *Filosofia del diritto, Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*. cit., p. 17 e 18.

431 La considerazione è desunta da H. KELSEN, *What is the Pure Theory of Law?* In *Tulane Law Review*, New Orleans, vol. XXXIV, 1960, p. 269 - 276, tr. it. *Che cos'è la teoria pura del diritto?* in H. Kelsen, *La Teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello Stato*, Il Saggiatore, Milano, 1981, p. 178 e ss., dove l'autore osserva: "secondo la teoria pura del diritto si può presupporre la norma fondamentale in relazione ad ogni ordinamento coercitivo, stabilito da atti di esseri umani e complessivamente effettivo, qualunque sia il suo contenuto, cioè senza riguardo alla sua giustizia, o ingiustizia. Questa teoria non aspira a giustificare moralmente o politicamente il diritto positivo. In quanto scienza del diritto positivo, rifiuta, in linea di principio, di valutare il suo oggetto come giusto o ingiusto; essa è incapace di offrire un criterio fisso, assoluto di valutazione".

432 Per la citazione si veda la recensione che A. DI MAJO compie sul contributo di D. Corradini in D. Corradini, *La buona fede nella scienza del diritto privato*, *Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico Moderno*, 2, 1973, *letture*, p. 722.

regola le prestazioni contrattuali o molto spesso segue la disciplina dei principi generali dell'ordinamento, quasi se ne volesse forgiare una natura nuova, del tutto estranea a quella emersa dallo studio della sua origine, giacché modellata entro gli spazi angusti della gerarchia delle fonti dell'ordinamento statale.

Si richiama a questo proposito il rigore della disposizione di cui all'art. 4 del Libro preliminare al Codice di Napoleone o il comando di cui all'art. 3 delle preleggi al Codice italiano del 1865; si richiama di nuovo la corrente giurisprudenziale che, nel periodo di riferimento, tendeva a ricondurre nella violazione della buona fede poco più che la sproporzione delle prestazioni contrattuali, rilevanti, non a caso, entro il limite della sopravvenienza di circostanze nuove rispetto a quelle originariamente comprese nell'accordo.

Il limite richiamato, infatti, circoscrive l'incidenza della buona fede alla fase esecutiva del contratto e non intacca la validità del consenso prestato dalle parti, né il dogma della volontà cristallizzato nell'accordo.

Le costrizioni alle quali la regola è sottoposta sono il fenomeno più evidente di un procedimento di sussunzione nella legge statale di ogni fatto giuridicamente rilevante, compresa la stessa buona fede.

In quest'ottica la clausola si trasforma in una regola fedele alle logiche scientifiche che costruiscono i diversi settori dell'ordinamento, tanto è vero che la buona fede del privato e del pubblico, più vicine ai giorni nostri, trovano in quella cultura giuridica il loro fondamento.

Identificare come valore assoluto il piano virtuale e autoritativo del diritto, implica la negazione dell'essenza originaria della buona fede che da questo momento in avanti sarà destinata a percorrere contemporaneamente due vie parallele: quella del privato e quella del pubblico, quella dei pari e quella degli impari, spogliata, ormai, della ragione che giustifica la congiunzione di due categorie diventate inconciliabili.

E' bene chiarire, tuttavia, che, anche nel contesto esaminato, le esigenze di giustizia in concreto che emergono dai rinnovati bisogni della società civile sottopongono i sistemi giuridici a necessari giudizi di valore i quali dipendono da un senso etico che ora si profila di classe e propone analisi giuridiche e riforme di diverso segno; ci si riferisce al pensiero giuridico cattolico, attento alle condizioni sociali delle classi meno abbienti o al movimento del socialismo giuridico<sup>433</sup>.

Da questa nuova prospettiva il diritto si mostra sensibile alle nuove proposte che nascono dal sociale, specialmente in ragione della rappresentanza che queste trovano nelle istituzioni dello Stato.

La circostanza produce, per la verità, due conseguenze significative; se da una parte non contesta né incrina la costruzione scientifica degli ordinamenti, dall'altra v'introduce principi di proporzione tra i diversi beni giuridici protetti, che la stessa storia evidenzia e, di volta in volta, lascia prevalere.

Sul fronte della buona fede, però, il cambiamento non si pone radicale giacché, pur riconoscendosi alla clausola forza correttiva e integrativa della regola statale, essa è legata alla malsicura mutevolezza dei valori sociali, piuttosto che a criteri di giustizia innati nella coscienza umana capaci, sol per questo, di rappresentare un piano autonomo di autoregolamentazione dei rapporti civili.

---

433 Il pensiero è di A. DI MAIÒ che recensisce il contributo di Domenico Corradini, cit., p. 722 e ss..

## TERZO CAPITOLO

### LA BUONA FEDE DEL DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO: 3.1. Il dibattito contemporaneo sulla regola della correttezza nel diritto civile: elementi noti e spunti di novità. 3.2. Buona fede, principi dell'ordinamento, standard di condotta e equità: i tratti essenziali di una regola autonoma o 'controregola' 3.3. La buona fede e la repressione dell'abuso di diritto: dalla 'controregola' a un criterio di giustizia oltre le categorie di privato e di pubblico. 3.4. Conclusione al terzo capitolo.

3.1. *Il dibattito contemporaneo sulla regola della correttezza nel diritto civile: elementi noti e spunti di novità* — Nel diritto civile il dibattito sulla regola della correttezza echeggia questioni comuni al periodo storico analizzato, prima fra tutte quella della sua accettazione nell'ambito dell'ordinamento giuridico<sup>434</sup>: in

---

<sup>434</sup> La considerazione richiama un pensiero di S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, contributo conclusivo alla giornata di studio tenutasi in Pisa il 14 giugno 1985, contenuto in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Milano 1985, p. 249, il quale sull'argomento osserva: "Non si può certo dire che siano venute meno le diffidenze, che da sempre, si sono manifestate verso l'impiego delle clausole generali" tuttavia, prosegue lo studioso, sia la produzione giurisprudenziale in punto copiosa, sia la "laicizzazione" della discussione, hanno consentito di spostare il dibattito dall'opportunità di ricorrere a questo tipo di regola, alla comprensione del suo funzionamento.

effetti, ripercorrendo antiche questioni, tra gli studiosi si discute se la buona fede possa considerarsi regola autonoma dell'ordinamento, se produca effetti sussidiari e integrativi del diritto statale, se possieda un significato unitario e un'unitaria funzione.

Le soluzioni fornite, dipendono, anche oggi, dall'idea che gli studiosi hanno del diritto e dell'ordinamento giuridico, riguardo, ad esempio, alla loro completezza, validità, efficacia.

La valenza giuridica della buona fede, infatti, dipende dalla facilità con la quale essi riconoscono validità e efficacia, nei rapporti, a criteri di regolamentazione *praeter legem* o, viceversa, dal fatto che tutto questo sia negato, nella convinzione che solo le norme statali possiedono valore e forza giuridica autonoma<sup>435</sup>.

La complessa questione coinvolge il dibattito dei maestri del nostro tempo e le teoriche di riferimento si presentano polarizzate su argomentazioni contrapposte che di seguito, per esigenze di brevità, riporteremo per tratti essenziali.

Si richiama, a proposito, il pensiero di E. Betti che rileva: “Chi osservi lo svolgersi della vita di relazione di ogni società che abbia raggiunto un sufficiente grado di civiltà, trova che gli interessi privati esistono in essa indipendentemente dalla tutela del diritto, e che l'iniziativa privata provvede ad ogni consapevole assetto di tali interessi, esplicandosi non solo nell'aspirare a certi scopi pratici, ma anche nel foggarsi i mezzi ad essi rispondenti, prima di ogni intervento dell'ordine giuridico”<sup>436</sup>.

Le affermazioni, a ben vedere, non lasciano dubbi circa la convinzione che la regola di condotta, frutto dell'autonomia privata<sup>437</sup>, preesista e vada riconosciuta

---

435Del contrasto, rappresentato nel testo, si è occupato N. IRTI *Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)*, in *Rivista di diritto civile*, 1994, I, p. 16, che osserva: “la coscienza del privatista” appare “come divisa in se stessa, lacerata tra la nostalgia dell'originarietà e il dominio assoluto della legge, tra il rispetto delle forme pre-statali e la logica eguagliatrice della fattispecie (la logica, che tutto riduce a elemento dell'ipotesi, prevista nella singola norma”. Per approfondimenti in punto e per l'ampia bibliografia, cfr. L. FRANZESE *Il contratto oltre privato e pubblico*, Padova 2001, *passim*.

436 E. BETTI, *Negozio giuridico*, voce *Noviss. dig.it.*, vol XI, Torino 1968, come anche in *Temi*, 1963, pp. 605-631 da cui si cita. Nello stesso senso va il pensiero di R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1950, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1952 p. 93 che evidenzia come l'uomo possieda la naturale attitudine a regolamentare i propri interessi, osservando come “l'ordinamento, nelle sue disposizioni sui negozi, affronta e disciplina questo fenomeno dell'autonomia, che viene così a costituire il substrato materiale di tali norme”. Cfr. in punto ID. *Negozio giuridico e autonomia privata*, in AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni 50 ad oggi*, Atti del Congresso dei civilisti italiani, Venezia 23 - 26 giugno 1988, Padova 1991, pp.290 e ss..

437Il dibattito sull'autonomia privata, sul valore ad essa attribuito e sui risvolti giuridici che comporta si presenta ricco e complesso tra gli studiosi del diritto civile, ragion per cui renderne compiuta contezza ci condurrebbe troppo lontano. Tuttavia per richiamare in breve la questione si ricorderà che mentre P. Perlingeri esclude che il concetto di autonomia sia “un valore sul quale costruire la teoria degli atti e dei contratti”, a contrario si evidenzia come l'essenza del negozio giuridico non è “la volontà, discusso elemento di struttura dell'atto negoziale, e neanche la libertà, valore etico-politico sotteso al negozio, ma si concentra in una parola autonomia. Che si esalta se si contrappone a *eteronomia*: il regolamento di interessi che proviene dall'altro o dagli altri”. Cfr. P. PERLINGERI *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 1984, in particolare *premessa* e p. 136, e ancora G. BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Rivista di diritto civile*, 1990, II, p. 575. Dello stesso autore, in argomento, si veda *Il diritto civile dei contratti e*

operante, nell'ambito dei rapporti umani oltre l'ordine giuridico introdotto dagli ordinamenti.

Da questa prospettiva, lo stesso negozio giuridico, nel quale il criterio regolatore della correttezza cresce e moltiplica i suoi effetti, è definito da E. Betti "autoregolamento" che "dalla coscienza sociale è già considerato siccome impegnativo per le parti, prima ancora che l'atto assurga alla dignità di negozio giuridico"<sup>438</sup>.

Lo studioso ammette l'esistenza di vincoli osservabili giacché fondati su "un programma puro e semplice", su "una regola di condotta che esige di essere osservata e che in caso di inosservanza, è accompagnata, nella vita sociale da sanzione più o meno essenziale e sicura"<sup>439</sup>.

Il punto di vista giustifica la forza giuridica della buona fede che, l'abbiamo visto, è intrinsecamente legata sia alla capacità di autoregolamentazione degli esseri umani, sia al giudizio che su quella capacità esprime la società civile<sup>440</sup>.

In forza del dovere di correttezza, gli uomini osservano obblighi reciproci di solidarietà che, nel pensiero di E. Betti, possono assumere connotazioni diverse, sia tra le disposizioni normative destinate al negozio giuridico e ai rapporti obbligatori, sia nel processo<sup>441</sup>.

Se il negozio giuridico può essere riconosciuto come "fatto sociale"<sup>442</sup>, laddove il piano giuridico dei rapporti è, anzi tutto, quello dell'autoregolamentazione degli uomini, è pur vero che esistono voci, in dottrina, che non riconoscono alcun ordine giuridico oltre e in assenza del diritto dello Stato.

Un esempio, in tal senso, è fornito dal pensiero di Santi Romano che osserva come "un negozio giuridico, che pone in essere soltanto rapporti, non basta per far sorgere diritto obiettivo (...)" giacché al contrario "un atto giuridico, perché possa considerarsi fonte del diritto, occorre che stabilisca non soltanto regole, ma una più o meno completa organizzazione sociale"<sup>443</sup>.

L'autonomia privata, ritiene lo studioso, non è concepibile "all'infuori di ogni attacco con un ordinamento superiore e quindi con l'ordinamento statale"<sup>444</sup>, laddove, sembra evidente, ogni profilo di socialità dell'individuo viene di fatto escluso e con esso la validità di ogni criterio extragiuridico di regolamentazione dei rapporti; in quest'ottica l'autonomia della buona fede nell'ordinamento sarà evidentemente

---

*degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli 1991.

438 E. BETTI, *Negozio giuridico*, cit., p. 605.

439 E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2° rist., seconda edizione, Torino, 1955, p. 42-43.

440 In punto E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 48, che osserva: "Ben lungi dal fondarsi su una delegazione di poteri, su di una investitura dall'alto, la competenza dispositiva dei privati deriva dal fatto che l'ordine giuridico riconosce e sanziona un'autonomia che i privati stessi esplicano già sul terreno sociale nei rapporti fra loro. Per l'appunto quest'autonomia extragiuridica, intesa come il fatto sociale dell'autoregolamento d'interessi propri, rende anzitutto ragione del riconoscimento e della sanzione da parte dell'ordine giuridico".

441 Sul collegamento tra buona fede e principio di solidarietà si veda ancora E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano 1953, p. 65 e ss. e ancora ID. *Una teoria del negozio giuridico*, in *Giurisprudenza italiana*, 1947, IV, col. 137.

442 E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit.

443 SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, rist. seconda edizione, Firenze, 1951, p.70 e 71.

444 SANTI ROMANO, voce *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist., Milano 1953, p.

negata.

Alla luce della prima impostazione teoretica, alla clausola è riconosciuto un ampio valore autonomo, che giustifica il suo intervento integrativo nel diritto statale e correttivo della *regula iuris* anche consensuale, sul presupposto che la condotta dell'uomo dabbene, intesa come categoria generale ed astratta di derivazione etico-sociale, possa forgiare vincoli tra le parti per un verso propulsivi del diritto scritto, per l'altro limitativi degli abusi che derivano dalla mera applicazione della regola statale.

In dottrina, a questo proposito, è fondamentale il contributo di U. Natoli che prende in considerazione la buona fede nei rapporti obbligatori, in particolare l'art. 1175 del c.c. e i diversi richiami che le norme di settore fanno al criterio della correttezza.

Lo studioso, infatti, sembra armonizzare la spaccatura tra le contrapposte teoriche alla luce delle seguenti argomentazioni.

Sussiste, invero, un piano extragiuridico di giustizia delle relazioni il quale, seppure autonomo e preesistente all'ordine normativo, troverebbe riconoscimento nell'articolo che impone l'obbligo di correttezza nell'attuazione del rapporto obbligatorio: la convinzione espressa può essere ricavata sulla base di due importanti considerazioni svolte dallo studioso.

La prima, giacché Natoli scollega la validità della buona fede dal sistema astratto del diritto positivo che assegna forza e efficacia giuridica alla *regola iuris*: essa, infatti, acquista la sua forza giuridica per opera del giudice e sulla base della valutazione in concreto della lealtà della condotta, la quale, anche da questa prospettiva, può definirsi legale<sup>445</sup>.

La seconda, non certo per importanza, giacché lo studioso considera l'obbligo di correttezza ex art. 1175 c.c. come generale, poiché operativo in ogni rapporto obbligatorio, la cui fonte non è circoscritta solamente al contratto.

Da questo punto di vista la correttezza si presenta come una "norma che esplica i suoi effetti sia rispetto all'esercizio del diritto, che all'adempimento dell'obbligo" segnando una dimensione correlativa che abbraccia la generalità dei rapporti e prescinde da criteri di specificazione "*a priori*"; essa, al contrario, prende forma "in relazione alle circostanze del caso concreto"<sup>446</sup>.

Al vincolo generale della buona fede sono pertanto riconducibili una pluralità di doveri di protezione e di sicurezza<sup>447</sup>, che se da una parte richiamano il senso

---

445 Il dibattito in punto è serrato: G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, I, p. 166, riduce la valenza correlativa della regola della correttezza per riconoscerla come un dovere generale da assolvere nell'attuazione del rapporto obbligatorio, nell'esecuzione del contratto (art. 1336 del cc.) e nell'esplicazione di un'attività imprenditoriale (art. 2598 n. 3). Al contrario, posizioni più vicine a quelle richiamate nel testo, sono attribuite a V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, ed. provv., Padova 1969, p. 37 e ss., il quale precisa che spetta al giudice "il compito di dire come si sarebbe comportato nel caso concreto un uomo che, in base alla convinzione della società in cui vive, possa essere dichiarato onesto", giacché il contenuto del dovere di correttezza "è il più vario e prende concretezza di fronte alla situazione particolare, potendo consistere tanto in azioni quanto in omissioni".

446Cfr. U. NATOLI *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175 del c.c.)* in AA.VV. *Studi sulla buona fede*, Milano, 1985, p. 134 e ss..

447 Lo studioso qualifica la proliferazione di obblighi e doveri di protezione come 'superfetazioni' della buona fede, tuttavia la medesima qualifica era già stata usata da Messineo che indicava gli

profondo della loro origine unitaria, dall'altra dimostrano la fecondità del criterio extragiuridico analizzato, capace di creare, integrare e correggere il diritto positivo senza negarne l'importanza<sup>448</sup>.

La buona fede, nella teorica analizzata, non è considerata limite esterno del rapporto giuridico dal quale dipende l'astratta legalità della condotta ma, e sul concetto torneremo in seguito, essa segna il particolare confine oltre il quale lo specifico rapporto instaurato non può spingersi, poiché anche l'esercizio della posizione vantata *secundum legem* può presentarsi abusivo e scorretto.

Osserva, infatti, U. Natoli: "in questo senso (...) può anche dirsi che si tratta di una norma, che mira a contenere le conseguenze dello *scriptum ius*, sul piano della conciliazione degli interessi delle parti (...)"<sup>449</sup> in ragione del bisogno di giustizia che emerge dall'analisi del fatto e oltre la determinazione aprioristica della norma giuridica.

Nel dibattito contemporaneo tuttavia, laddove la contemporaneità è da intendersi come attualità delle tematiche piuttosto che come criterio squisitamente temporale, si introduce un elemento di novità che verosimilmente confonde la natura sociale e intimamente umana della regola della correttezza, riconducendola all'organizzazione dello Stato e alle sue regole: questo elemento è la Carta Costituzionale del 1948 e i principi in essa contenuti, primo fra tutti quello di solidarietà di cui al suo art. 2.

Natoli, ad esempio, ma come lui Betti, collegano la clausola alla norma richiamata, il "che appare tanto più plausibile", egli osserva, in quanto le specificazioni legali della regola della correttezza sono espressione "di una complessa visione etico-sociale che è andata via via permeando la regolamentazione dei rapporti giuridici intersoggettivi".

La circostanza, peraltro, non resta priva di effetti sul piano giuridico, tanto è

---

stessi artt. 1175, 1335, 1336, 1375, come mere "superfetazioni" o, tutt'al più, semplici enunciazioni programmatiche prescritte da altre norme. Cfr. F. MESSINEO *Dottrina generale del contratto*, 2 ed., Milano, 1948, pp. 358 - 417. Osserva in argomento Cfr. U. NATOLI, *La regola della correttezza*, cit., p. 137: "Per rendersi compiutamente conto del significato di questa affermazione, non è, forse, inutile ricordare come, assegnando all'art. 1175 una funzione prevalentemente integrativa analoga a quella (...) assegnata dalla dottrina tedesca al § 242 B.G.B (...), anche nella dottrina italiana (...) si sia andata identificando tutta una serie di posizioni di vincolo, che dovrebbero porsi accanto alle posizioni principali che le parti assumono nel rapporto". Natoli riconduce alla regole della correttezza i seguenti obblighi di protezione: a) necessità per il debitore di porre in essere tutte quelle attività strumentali alla esecuzione dell'obbligo principale; b) necessità per entrambe le parti di evitare che il c.d. "contatto sociale", da cui nasce l'obbligazione, comporti un danno patrimoniale alle parti; c) rispetto per entrambe le parti dello scopo del vincolo e delle particolari esigenze reciproche; d) necessità di collaborazione reciproca affinché il rapporto principale si svolga nel modo più comodo e vantaggioso per entrambe le parti. Senza pretesa di esaustività si richiamano, ancora, i contributi di L. MENGONI *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954, I pp. 368 e ss.; G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1953, p. 3 e ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di 'doveri di protezione'*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1342; F. CAUSI, voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Nec. Dir.*, Milano 1962, X, p. 709.

448 Per la valenza integrativa della clausola si richiamano anche i contributi di E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953 p. 6 e ss. p. 83 e ss., e S. RODOTÀ *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p.112 e ss..

449U. NATOLI, *La regola della correttezza*, cit., p. 137

vero che il precetto costituzionale richiamato, nella teorica analizzata, può servirsi della buona fede per operare in via diretta nei rapporti tra le parti<sup>450</sup>.

Da questa prospettiva, l'anticipavamo, l'autonomia della regola extragiuridica e l'importanza delle leggi attributive dei poteri delle istituzioni e dei diritti dei cittadini si ricongiungono e si armonizzano, recuperando l'autonomia dell'uomo all'interno dell'ordinamento giuridico, integrato e corretto.

Nel pensiero dello studioso, la buona fede impone il "sostanziale rispetto della personalità dei soggetti, della loro sicurezza, della loro libertà e della loro dignità umana"<sup>451</sup> e, per questa via, la clausola è riconducibile a molti altri articoli della Costituzione Italiana.

Ne deriva che la buona fede assume un ruolo fondamentale nella realizzazione, in concreto, dell'intero sistema costituzionale laddove la *jurisdictio* ne diviene strumento essenziale<sup>452</sup>.

La riconduzione del piano extragiuridico della buona fede al sistema delle fonti statali, in realtà, sembrerebbe tradire, nel pensiero considerato, le premesse da cui esso muove; tuttavia la teorica si rileva sorprendente perché, se da una parte l'autonomia della clausola sembra ricomporsi sul piano dell'organizzazione statale, così cara a Santi Romano, dall'altra non sembra che i principi costituzionali collegabili alla buona fede siano mai stati dichiarati, dalla dottrina, fonti giuridiche della regola che, al contrario, sembra preesistere nello stesso modo in cui al fenomeno giuridico preesistono i fatti della storia e i bisogni della società civile.

Il dibattito appena introdotto conduce una complessità di ragionamenti sui quali di seguito torneremo, specie per dimostrare come quando si parla di buona fede ci si riferisca, in realtà, ad una regola giuridica dalla funzione e dal significato indipendenti: tuttavia per chiudere la nostra riflessione sulla giustapposizione teoretica rappresentata, si dirà che mentre la costruzione di Santi Romano giustifica una produzione normativa dalle proporzioni invasive e organizzate, tramite le quali lo Stato rassicura e guida i cittadini, la ricostruzione di Betti e di Natoli introduce la possibilità che la giustizia nei rapporti sia frutto di poche regole giuridiche, concomitanti ai criteri privati di autoregolamentazione, i quali assumono la forza e l'importanza di comandi perenni.

Non a caso, tra i maggiori studiosi della clausola generale, si è paventata l'ipotesi della costruzione di un sistema giuridico per principi<sup>453</sup> in opposizione al

---

450 Cfr. U. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 167.

451 *Ibidem*.

452 Si richiama, in punto, una considerazione dello studioso: "Il riferimento alle regole della correttezza e della buona fede negli artt. 1175 e 1375 – osserva – vale, appunto, a tenere avvertito il giudice della necessità che, anche ai fini della valutazione della legittimità del comportamento delle parti e nell'attuazione del rapporto obbligatorio, egli operi nel caso concreto l'indispensabile collegamento della disposizione particolare di legge con i fondamenti e le direttive etico - sociali di tutto l'ordinamento. Strumento specifico di tale collegamento sono le regole della correttezza e della buona fede (...) di cui il giudice deve nel caso concreto, costantemente ricercare i decisivi riflessi". Cfr. U. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 168.

453 Cfr. S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche nella riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. Comm.* 1967, I p. 83 e ss.; nello stesso senso A. GAMBINO, *Il ruolo della giurisprudenza. Potere tecnologico e diritto dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.* 1967, I p. 253, che identifica il codice, come "schema generale di principi". Si rimanda ancora a C. CASTONOV, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. dir.*

dilagare della legislazione dello stato sociale<sup>454</sup>.

Non si ritiene, tuttavia, di dilungarci sull'argomento che ci condurrebbe troppo lontano, quanto più nelle pagine che seguono metteremo in evidenza il modo con cui la buona fede opera nell'ordinamento italiano, per evidenziarne la funzione specifica e la congeniale autonomia.

3.2 *Buona fede, principi dell'ordinamento, standard di condotta ed equità: i tratti essenziali di una regola autonoma o 'controregola'* — Spesso, nei sistemi europei, ma ancor prima nelle teoriche delle grandi codificazioni, la buona fede è stata interpretata alla stregua di un principio generale dell'ordinamento giuridico.

E' bene tuttavia chiarirne la distinzione, specie sulla base delle implicazioni che vi sono legate sia sul piano della gerarchia delle fonti del diritto, sia dell'interpretazione delle leggi<sup>455</sup>.

I principi generali dell'ordinamento, ad esempio, ai sensi dell'art. 12 delle preleggi al Codice Civile, sono soggetti a specifica disciplina: gli stessi vengono in rilievo come criteri d'integrazione del sistema delle regole scritte e possono essere riconosciuti accessibili, in sede giurisdizionale, solo subordinatamente all'utilizzo della legge o dell'analogia.

Il principio generale dell'ordinamento è strettamente legato alle regole di diritto positivo anche sul piano sostanziale, ovvero della ricerca del suo significato, che sembra potersi ricavare proprio sulla base del contenuto del testo normativo seguendo procedimenti deduttivi e sillogici<sup>456</sup>.

---

*priv.*, 1986, p. 21 e ss., in particolare p. 26, dove il giurista sostiene che: "porre il giudice in veste di partecipe alla creazione delle norme" costituisce, nel diritto italiano, un modello "inusitato e comunque avversato dalla nostra tradizione"; il rimedio, peraltro, non è considerato efficiente nemmeno al fine di avversare l'alluvione legislativa, concepita secondo il sistema dell'erogazione e dell'organizzazione dei servizi verso la tutela dei beni della vita dei cittadini. A contrario il pensiero di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali* in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5, che osserva: "Non solo non ha avuto seguito la proposta di una legislazione "per principi" del che non è il caso di dolersi se si considera il rischio che una legislazione siffatta porti lo Stato di diritto a degenerare in uno Stato giustizialista".

454 Si osserva in dottrina come "l'alluvione legislativa è figlia dello stato sociale ed è resa necessaria dal ruolo che questo è venuto assumendo nell'ultimo secolo, pervadendo l'intera esperienza sociale, in un tentativo forse inconsapevole di ridurre lo scollamento che caratterizzò lo stato di diritto rispetto alla società civile". Cfr. C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, giornata di studio, Pisa 14-15 Giugno 1985- in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Milano 1985, 20 e ss.; per la cit. p. 27.

455 In punto A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1984, p. 544, laddove si afferma che far coincidere le clausole generali con i principi generali dell'ordinamento sarebbe operazione approssimata "per eccesso e per difetto".

456 Occorre, tuttavia, dare contezza di un pensiero autorevole ma dissimile da quello riportato nel testo, dal quale, a parere di chi scrive, non appare così netta la distinzione tra clausole generali e principi generali dell'ordinamento, soprattutto in ragione della comunanza di scopo. Osserva, infatti, G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano 1993, in particolare pp. 18 -21, che: "i principi generali dell'ordinamento giuridico, non dovrebbero intendersi come quelli a cui dover far ricorso per riempire una lacuna dell'ordinamento giuridico, ma devono essere inquadrati nel sistema giuridico in via 'sussidiaria' (...). Essi hanno una loro ragione d'essere perché solo detti principi possono tenere conto dei mutamenti dalla storia". Sostiene ancora l'autore: " (...) il principio generale non

I principi generali dell'ordinamento, osserva la dottrina, ne costituiscono o premesse maggiori di deduzione, da cui le varie regole prendono il loro significato specifico o "basi di partenza per argomentazioni del giudice, nelle forme dialettiche della logica preferenziale"<sup>457</sup>.

Essi si ricavano, in definitiva, data e nota la norma giuridica di diritto positivo e sono, ad esempio, il principio dell'affidamento, il principio di conservazione dei patti conclusi, il principio di consensualità.

"Le clausole generali – al contrario- non sono né principi deduttivi, né principi di argomentazione dialettica, bensì impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione"<sup>458</sup>.

La regola che ne deriva, lungi dal trovare la propria predeterminazione nel diritto positivo esistente, è frutto esclusivo dell'attività giurisdizionale: la clausola, in quest'ottica, si pone come "una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta"<sup>459</sup>.

Nell'individuazione della regola della correttezza, il giudice abbandona il modello della sussunzione del fatto nella fattispecie: seppure egli rimanga strettamente legato alla peculiarità del fatto, ne propone una valutazione sulla base di valori assunti da altri contesti, da contesti sociali.

La dottrina osserva, in argomento, come le clausole generali, peraltro molteplici nel diritto privato<sup>460</sup>, "da norme di rinvio (ad altre norme) (...) si sono trasformate in norme direttive, che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione, vincolandolo a una direttiva espressa, attraverso il

---

deve essere inteso come 'norma (o regola) generale'(...) ma come un'entità tutt'affatto diversa qualitativamente (...) dalle norme generali o speciali".

457 Si veda in punto L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit. p. 10, che osserva: "Le clausole generali vanno pure distinte dai principi generali, si tratti di principi assiomatici o dogmatici (libertà di contratto, *pacta sunt servanda*, principio consensualistico, principio di causalità dei trasferimenti patrimoniali, ecc.) oppure di semplici massime di origine retorica (principio dell'affidamento, *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, *nemo potest cum alterius detrimento lucrari*, ecc). I principi sono autonomi *principia demonstrandi*, premesse maggiori di deduzione, nella forma del sillogismo apodittico, di regole di decisione nell'ambito di categorie più o meno ampie di fattispecie; i secondi forniscono punti di vista, basi di partenza per argomentazioni del giudice nelle forme dialettiche della logica preferenziale". Per la dottrina tedesca, nel medesimo senso, J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1964, pp.48 e 96 e ss.; ancora, K.H. STRACHE, *Das Denken in Standards*, Berlin 1968, p. 99.

458 L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 10. L'autore, nel trattare l'argomento, fornisce un esempio di clausole generali presenti nel diritto civile. In tal senso richiama gli artt. 1175 c.c., 1337 c.c., 1366, 1375, 1358, 1460 c.c.. Per quanto riguarda la clausola del buon costume, richiama gli artt. 1343 e 1354 c.c..

459 *Ibidem*.

460 Una variegata misura di clausole generali, diverse dalla buona fede, sono elencate da S. RODOTÀ ne *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 251, al quale si rimanda per l'eshaustività dell'elenco: è bene, tuttavia, richiamarne alcune per integrare la spiegazione. Nel diritto di famiglia, ad esempio, sono considerate tali il concetto d'intollerabile prosecuzione della convivenza, d'indirizzo della vita familiare, d'inclinazioni naturali e aspirazioni dei figli, di comunione spirituale e materiale dei coniugi, d'interesse del minore. Nella legislazione d'emergenza, sono da considerarsi tali il richiamo alle esigenze di tutela della collettività, all'integrità dello Stato democratico.

riferimento ad uno standard sociale<sup>461</sup>.

Il criterio dello standard sociale, che il giudice individua secondo buona fede, è anch'esso estraneo al metodo della sussunzione nel comando normativo: lo standard non si pone infatti come un imperativo categorico di stampo giuridico, ma impone una riflessione più consona all'etica, a criteri assiologici di ricostruzione.

In quest'ottica lo standard può essere plurimo e mutevole, in ragione delle caratteristiche del caso concreto: a tal proposito, si è evidenziato, come dal "punto di vista della struttura logica, gli standard sociali sono tipi reali, perché ciò che è normale è verificabile empiricamente nella realtà"<sup>462</sup>.

Per questa particolare natura, come si diceva, essi "non possono costituire la premessa maggiore di un sillogismo", essendo evidentemente privi del carattere "di universalità che è proprio (...) - viceversa - di un giudizio sussuntivo in senso logico - formale"<sup>463</sup>.

Gli standard sono criteri "ideali in senso assiologico (...) in quanto impartiscono direttive o linee di riflessione per la ricerca della regola di decisione del caso in oggetto"<sup>464</sup>; essi emergono dal piano preponderante dei valori e dal giudizio di apprezzamento che ne viene fornito dall'interprete, entrambi caratterizzati da una naturale mutevolezza<sup>465</sup>.

E' presente in dottrina l'opinione di chi tenta di distanziare lo standard da una banale idea di "normalità variabile" che consenta, di tal guisa, " (...) di raggiungere (...) una elevata standardizzazione delle decisioni" e dei modelli che ne derivano, onde evitarne l'accentuata prevedibilità: la condotta modello, si dice, rappresenta una "normalità valore", la cui ricostruzione richiede uno speciale apprezzamento dei dati sociali<sup>466</sup>.

Da questa prospettiva, il giudice "deve concretizzare in forma generalizzabile, cioè in funzione di una tipologia sociale"<sup>467</sup> la condotta osservabile, che viene desunta da principi extragiuridici condivisi e giudicati necessari alla legalità in concreto.

Questa caratteristica tipica, peraltro, del giudizio di buona fede, introduce la sostanziale differenza che sussiste tra buona fede ed equità, sulla quale più volte abbiamo indugiato e che ora è il caso di approfondire.

Il distinguo è stato prevalentemente affrontato in dottrina, prestandosi attenzione alle dinamiche dell'accordo; da più parti si è convenuto che la buona fede, in senso soggettivo, e l'equità abbiano "in comune la funzione di promuovere la piena realizzazione dello scopo del contratto"<sup>468</sup>.

---

461 *Ibidem*, p. 12; in punto ancora, S. RODOTÀ *Le fonti integrative del contratto*, Milano 1969, *passim*, nel quale si trova la diversificazione del criterio della correttezza da quello dell'equità.

462 L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 12.

463 *Ibidem*.

464 *Ibidem*.

465 Osserva la dottrina, infatti, che il modo di essere dei valori è diverso da quello delle norme, com'è diverso l'essere dal dover essere: i valori, infatti, non forniscono metodi sicuri, non sono risolutori di certezza e verità. Essi rimandano, al contrario, a verità provvisorie e mutevoli, specchio di un divenire proprio della storia e delle diverse società che vi si susseguono. In punto L. KOLAKOWSKI, *Elogio dell'incoerenza*, 2° ed., Vita e Pensiero, Milano, 1990, p. 54 e ss..

466 S. RODOTÀ *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 265.

467 L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, p. 12.

468 L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, p. 12

Tuttavia, mentre l'equità comporta che il giudice investito del suo ministero integra e adatta il regolamento negoziale conformandolo a esigenze di giustizia "provenienti da circostanze di fatto peculiari, irriducibili a tipologie normali", il giudizio di buona fede prevede la valutazione del contratto "alla stregua di tipi normali di comportamento, riconosciuti come norme sociali, dai quali il giudice trae un criterio di interpretazione del regolamento negoziale oppure un criterio di esplicazione – delle sue - modalità esecutive"<sup>469</sup>.

Il ricorso all'equità, osserva la dottrina, "presuppone lo scardinamento del caso da precedenti modelli generali, la non comparabilità con altri casi già sperimentati, e in questo senso si può dire che occupa - rispetto al criterio della buona fede - uno spazio residuale"<sup>470</sup>.

Seppure la torica rappresentata richiami la discutibile concezione che di buona fede possa parlarsi solo in ambito contrattuale, se ne condivide la logica di fondo, laddove la buona fede è interpretata alla stregua di una regola generale di condotta, dalla quale derivano un insieme di pretese e obblighi del tutto simili a quelli derivati dalle regole giuridiche in senso ortodosso.

Proseguendo nella nostra analisi si evidenzia la profonda diversità tra i giudizi svolti alla luce della fonte normativa e quelli di buona fede: più volte abbiamo accennato, infatti, alla naturale indeterminatezza della regola ed è proprio questa caratteristica a determinare la peculiarità richiamata che verte essenzialmente sull'inidoneità della buona fede a giustificare procedimenti sussuntivi della realtà circostante<sup>471</sup>.

Il giudizio che si svolge sulla base di una fonte normativa è evidentemente legato al vincolo imposto dalla fattispecie, ovvero da un insieme di dati linguistici di portata evocativa e figurativa che limitano il giudice nel suo potere d'interpretazione in quell'ambito circoscritto.

---

469 *Ibidem*.

470 *Ibidem*. Per contributi simili, anche volti a sostenere la necessaria distinzione tra equità e correttezza, si veda S. RODOTÀ, *Le fonti integrative del contratto*, Milano 1969, *passim*, e R. SACCO, *Il Contratto*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da Vassalli, Torino, 1975, in particolare p. 798.

471 In dottrina, tuttavia, tale convinzione può presentarsi sfumata e non riconducibile esclusivamente alla buona fede. Osserva, infatti, C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit., pp. 20 e ss., che nemmeno nel caso di applicazione di una norma giuridica si può parlare di vera e propria sussunzione, poiché richiamando Kelsen "l'interpretazione consiste nel portare alla luce le molteplici possibilità di senso che ogni norma ha dentro di sé, sicché l'applicazione di quest'ultima consiste nella scelta tra l'una e l'altra di tali possibilità, perciò in un'operazione valutativo-volitiva che poco a da spartire con le sussunzioni neutre favoleggiate dalla teoria classica dell'interpretazione-applicazione". Dalla prospettiva richiamata il giurista chiarisce: "La naturale propensione di tutte le parole a una pluralità di significati e la necessità di scegliere uno soltanto di questi ai fini dell'applicazione, della creazione della norma individuale, mostrano a sufficienza quanto abbiamo accennato prima: che cioè la norma contenente una clausola generale presenta in misura più marcata e se vogliamo ingigantita, gli stessi problemi delle altre norme". Nello stesso senso L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, rist. Milano 1975, p. 362, nota 502, il quale sostiene che né Kelsen né la Scuola di Vienna sono estranei alle teoriche del "diritto libero", anzi ravvisa che quel movimento ne avrebbe condizionato le ragioni. Lo stesso Kelsen conferma come la teorica del "diritto libero" abbia contribuito a porre fine al pregiudizio che "la produzione del diritto stia racchiusa nel solo grado della legge". Cfr. H. KELSEN *Il problema del parlamentarismo*, in *Il primato del parlamento*, tr. it a cura di Geraci, Milano, 1982, p. 128 e ss..

La buona fede, viceversa, priva di un contenuto tassativo e, spesso, di un singolo ambito operativo, presuppone in primo luogo la risoluzione del problema della concettualizzazione di quei dati linguistici secondo il metodo più sopra evidenziato<sup>472</sup>.

Questa necessità può assolvere, tuttavia, a una nuova funzione, quella cioè di stimolare la concettualizzazione dogmatica di regole che dalla *iurisdictio* confluiscono nell'ordinamento giuridico; alle medesime conclusioni perviene, ad esempio, U. Natoli che individua, in varie parti del codice civile, 'superfetazioni' della clausola generale.

Nella prospettiva richiamata, la buona fede può assolvere diverse e specifiche funzioni: quella di integrare le regole applicabili ai rapporti giuridici, quella di limitare i poteri e le facoltà che in essi si esercitano, quella di fornire parametri di riferimento in base ai quali ricostruire, in modo ordinato e proporzionato, le modalità di tutela già concesse dalla legge ai diversi beni della vita disciplinati dall'ordinamento<sup>473</sup>.

A questo proposito, in dottrina, si pone il problema della catalogazione degli standard di volta in volta individuati<sup>474</sup> e si dice che l'attività del giudice, secondo buona fede, è attività creativa del diritto<sup>475</sup>.

---

472 C. Castronovo si pone il problema se sia analiticamente possibile distinguere i concetti giuridici indeterminati dalle clausole generali. Si ritiene per completezza dell'analisi e per richiamare un pensiero diverso rispetto a quello riportato nel testo, di rappresentare il pensiero del giurista che non ne ravvisa una sostanziale diversità. Egli osserva che "tra i concetti indeterminati" e le "clausole generali i primi sarebbero linguisticamente indeterminati, le seconde lo sarebbero sul piano del valore". Tuttavia aggiunge: "ma la indeterminatezza sul piano linguistico non può che trovare determinazione attraverso una scelta di valore e d'altra parte l'indeterminatezza sul piano del valore non può che essere superata attraverso la concretizzazione sul piano linguistico". "Perciò - sostiene lo studioso - concetti indeterminati e clausole generali, forse distinguibili *ex latere legislatoris*, perdono la loro diversità nel momento dell'applicazione"; cfr. *Id.*, op. cit., p. 24. L'aspetto problematico è stato affrontato da S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., pp. 261-262, il quale precisa: "Si tratta (...) di stabilire se tutte le tecniche di costruzione di fattispecie non analitiche, siano riconducibili alle categorie delle clausole generali". Il giurista, richiamando le regole della tecnica legislativa, ricorda la differenza tra fattispecie analitica aperta e non aperta: la clausola generale rientra nella prima categoria, la quale conferirebbe al giudice il potere di procedere a un autonomo apprezzamento "della situazione di fatto ed alla concretizzazione della norma secondo parametri desunti da modelli di comportamento o valutazioni sociali presenti nell'ambiente nel quale la decisione è destinata a produrre effetti". Lo studioso, ai fini della distinzione scientifica che si prepone, rileva come nella fattispecie analitica aperta si prospetti "la sospensione del giudizio da parte del legislatore" e "la rimessione di esso ad una competenza diversa "quella giurisdizionale". Viceversa nell'ipotesi di fattispecie non aperta, può accadere che il giudice debba interpretare "formule riassuntive di una molteplicità di casi": in quest'ultimo caso il giudice, pur potendo accedere a massime di esperienza, non può procedere a "un autonomo apprezzamento giudiziario".

473 Si veda in punto G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova 1974, pp. 6 e ss. e pp. 140 e ss..

474 In tal senso L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 17 e ss., che rileva: "Perciò l'applicazione delle clausole generali, pone in primo luogo, il problema della precisazione dei dati, o meglio di ciò che deve essere considerato un dato, ad esempio la questione se certe regolarità abbiano già la consistenza tipologica di uno standard, ossia un problema di identificazione nell'esperienza sociale di figure sintomatiche dei valori cui le clausole generali rinviano".

475 P. RESCIGNO, *Notazioni generali sul principio di buona fede*, giornata di studio - Pisa 14 giugno 1985 - in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze*

D'altra parte il moltiplicarsi dei criteri di giudizio a emersione giurisprudenziale ha lasciato temere l'ipertrofia del sistema; tale perplessità, tuttavia, è stata ritenuta infondata in ragione della rinnovata necessità che la buona fede operi unitamente al diritto statale e nel corso della storia.

La regola, infatti, è capace di "resistere a qualsiasi cambiamento di regime, a qualsiasi ribaltamento di valori sociali" e la ragione di tanto successo, osserva la dottrina, è data dal fatto "che essa si colloca sul crinale che corre tra autonomia ed eteronomia" e che "individua per linee sinuose, quella che potremmo chiamare eteronomia non autoritativa (...) perché si limita a filtrare valori sociali dentro la forma giuridica"<sup>476</sup>.

Da questa prospettiva la buona fede ha contribuito alla creazione del nuovo Codice consumo, è criterio che fonda e giustifica l'istituto della rescissione per approfittamento dello stato di bisogno e, in sede penale, è criterio di repressione del reato d'usura.

La buona fede, espressione del principio "*halterum non laedere*", costituisce il limite dell'esercizio di una facoltà legittima<sup>477</sup> qualora, oltre la forza del titolo, si presenti comunque abusivo.

Approfondiamo, pertanto, quest'ultimo aspetto della clausola che, a parere di chi scrive, ne connota significativamente la natura autonoma.

In senso significativo si trovano, in giurisprudenza, sentenze di condanna al risarcimento del danno da attività legittima, fondate sulla peculiare esigenza di sanzionare condotte dolose e in mala fede oltre il testo normativo.

Un esempio, in tal senso, è fornito da una corrente giurisprudenziale volta a reprimere la condotta dolosa di chi, esercitando la legittima facoltà di trascrivere il titolo di acquisto di un bene immobile, ha ottemperato a quest'onere ledendo colpevolmente la posizione altrui.

---

*giuridiche, economiche, politiche*, III, Milano 1985, pp. 34 e 35.

476 C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, cit., pp. 28-29: l'autore, per concludere il pensiero che esprime sulla clausola generale, riconosce, unitamente a buona parte della dottrina, la necessità dell'intervento del giudice nel fornire significato alla regola indeterminata, come pure l'importanza dei valori sociali e morali funzionali allo scopo. Su questo punto, in merito al richiamo sovente svolto dagli studiosi ai criteri sopra menzionati, le teoriche non appaiono univoche, poiché ci sono esponenti della dottrina civilistica, che, al contrario e in modo puntuale, tendono a distinguere il piano sociale e morale cui la regola rimanda, da quello del rapporto giuridico che coinvolge le parti. In tal senso L. BIGLIAZZI GERI nel suo *La buona fede nel diritto privato (Spunti ricostruttivi)* per la giornata di studio tenutasi a Pisa il 14 giugno 1985, in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Milano 1985, p. 53.

477 L'argomento è dibattuto giacché parte autorevole della dottrina sostanzialmente nega che vi possa essere una connessione tra il principio del *neminem laedere*, oggi recepito nell'art. 2043 del c.c. e la clausola della buona fede: ad esempio P. RESCIGNO, *Notazioni generali sul principio di buona fede*, cit. 33 e ss., ammette questo tipo di connessione con altre clausole generali, ma assegna alla buona fede un'efficacia strettamente condizionata e circoscritta alle dinamiche contrattuali, nella convinzione che la portata giuridica della clausola vada ridimensionata. Lo studioso evidenzia come: "La buona fede è sempre nozione legata al contratto, alla cerchia di operatori che si avvalgono del contratto come strumento della vita comune (...). La straordinarietà, il carattere insolito (...) della clausola (...) si risolve nel rinvio al modo di esplicitarsi dell'autonomia sotto la particolare azione di gruppi, e consente di riempire di contenuto, il criterio generale della buona fede".

Un soggetto che aveva trascritto l'acquisto di un immobile prima di un altro, già titolare del bene a diverso titolo, agendo con ciò *secundum legem*<sup>478</sup>, è stato, infatti, condannato per violazione dell'art. 2043 c.c. sul presupposto che al momento della trascrizione era dolosamente cosciente dell'esistenza del contratto concluso in data antecedente da altri<sup>479</sup>.

La violazione del dovere di correttezza ha condotto alla sanzione del primo trascrivente che, nel caso di specie, collaborava col dante causa del duplice trasferimento solo al fine di rendere impossibile la prestazione da eseguirsi in favore del soggetto danneggiato dalla condotta in mala fede<sup>480</sup>.

La corrente giurisprudenziale ha stimolato un ricco dibattito: la clausola, nell'esempio richiamato, acquista un'efficacia trasversale e autonoma tanto che parrebbe discutibile circoscriverne gli effetti ad alcuni piuttosto che ad altri rapporti giuridici, ad alcuni piuttosto che ad altri istituti dell'ordinamento.

In realtà la condotta del trascrivente in mala fede, nel caso portato ad esempio, assume rilievo sia sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.) che contrattuale (artt.1218 e 1175 c.c.), poiché causa dell'inadempimento

---

478 Si veda, a questo proposito, l'art. 2644 del c.c. il quale disciplina gli effetti della trascrizione nel seguente modo: "Gli atti enunciati nell'articolo precedente non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto (...) o iscritto (...) anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi (...). Seguita la trascrizione, non può più avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore".

479 La circostanza che abbiamo preso in considerazione s'incentra sulla particolare valenza giuridica da assegnare all'art. 2043 del c.c. in combinato disposto, nel caso esaminato, con il precetto di cui all'art. 2644 del c.c. e con la regola della buona fede: non a caso, infatti, la dottrina s'interrogava se riconoscere o meno all'art. 2043 il valore di clausola generale dell'ordinamento, sotto il profilo del *neminem laedere*, per giustificare il potenziamento degli obblighi di protezione che, pure estranei al rapporto tra le parti, potevano rientrarvi in forza della buona fede. Il caso era affrontato dalla sentenza Cass. Civ. 8 gennaio 1982, n. 76, in *Foro Italiano*, 1983, I, p. 393, con nota di Pardolesi, di cui il contenuto in diritto è stato ribadito dalle sentenze Cass. Civ. 22, Novembre 1984, n. 6006, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, p. 1967 e Cass. Civ. 25 Ottobre 2004, n. 20721, succintamente richiamata in *Corriere giuridico*, 2005, p. 21. Le sentenze, invero, applicavano il principio del *neminem laedere*, oltre il dato normativo contenuto nella fattispecie di riferimento, la qual cosa costringeva la parte a rispondere a obblighi di protezione di chiara emersione pretoria e legati alla regola della correttezza. Opinione favorevole a ritenere la disciplina della responsabilità extracontrattuale alla stregua di una clausola generale è quella di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, rist. Milano 1967, p. 127 e ss. e p. 167 e ss.; di opinione contraria C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano 1979, p. 109 e ss.; ID. *I confini della responsabilità civile tra contratto e torto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, pp. 225 e ss..

480 E' opportuno fornire altre notizie circa l'esempio riportato nel testo, giacché l'elemento psicologico della buona fede non sembra trovare esclusiva giustificazione nell'art. 2043 del c.c. ma anche nella disciplina delle obbligazioni e nella connessa responsabilità per inadempimento contrattuale. Sembra che la giurisprudenza (cfr. le sentenze richiamate alla nota precedente) dia rilievo alla comune volontà fraudolenta esercitata ai danni del primo titolare del bene, che sostanzialmente comporta, ai sensi dell'art. 1294 del c.c., la responsabilità solidale dei soggetti colpevoli della frode. In punto, per approfondimenti, A. PALAZZO, *I contratti di Donazione in Trattato dei contratti*, P. RESCIGNO e E. GABRIELLI (a cura di), Torino 2009, pp.151 e ss., del quale si riporta un breve passaggio: " (...) quando la giurisprudenza parla della 'mala fede' del soggetto definendola come consapevolezza della avvenuta alienazione, accompagnata dalla previsione di trascrivere per primo - scrive l'autore - configura proprio una dolosa cooperazione all'inadempimento del donante ai danni del precedente titolare".

colpevole.

Nel caso preso in esame, tuttavia, la condotta abusiva è repressa senza che sia stata favorita una normativa specifica, *ex se* evidentemente insufficiente<sup>481</sup>, e piuttosto applicando la buona fede giacché intrinsecamente e autonomamente contraria alla condotta dolosa tenuta dalla parte.

La dottrina peraltro conferma l'unità funzionale della regola<sup>482</sup>, destinata a incidere sull'ordinamento in modo quasi speciale: nell'ottica analizzata la buona fede contempera le risultanze ingiuste cui tenderebbe la sola applicazione del diritto scritto, tanto è vero che alcuni studiosi ritengono questo strumento operante nell'ordinamento in via d'eccezione<sup>483</sup>.

---

481 In argomento C. CASTRONOVO, *I confini della responsabilità civile tra contratto e torto*, cit., p. 115, il quale, seppure risolve la repressione dell'abuso alla luce dell'interpretazione estensiva della responsabilità contrattuale, fornisce degli spunti di riflessione assolutamente condivisibili: "In tutte le ipotesi menzionate – osserva - il torto extracontrattuale appare inidoneo a dare forma giuridica soddisfacente al fatto e, quando ricorre, al danno meramente patrimoniale. Inoltre la prospettiva extracontrattuale non è in grado di fornire un criterio atto a distinguere le ipotesi di risarcibilità da quelle di irrilevanza del danno. A ben vedere, quello che rileva è il rapporto, che una volta fatto emergere, rende evidente che la responsabilità di cui si tratta è di natura contrattuale (...)". In punto, di particolare rilievo, la sentenza Cass. Civ. 7 ottobre 1998 n. 9911, in *Foro Italiano*, 1998, I, p. 3526, dove è scritto: "Perché possa sorgere (...) una responsabilità di natura aquiliana (...) in luogo dell'esclusiva responsabilità di natura contrattuale, occorre che il fatto prospettato come generatore di danno sia completamente estraneo all'esecuzione della prestazione richiesta". La Corte conclude affermando la natura sussidiaria di tale tipo di responsabilità, la quale sarebbe applicabile, in via integrativa dell'ordinamento, a tutte le ipotesi in cui non sia violato un vincolo consensuale. In argomento, A. DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. Disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino 2002, p. 53, che sottolinea come "nella dottrina e nella pratica il concorso tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale è comunemente riconosciuto".

482 Circa l'unitarietà della clausola, di enorme interesse, poiché ampiamente condivisa, è la teorica di L. BIGLIAZZI GERI nel suo contributo dal titolo *La buona fede nel diritto privato (spunti ricostruttivi)*, cit., p. 53 e ss.: la giurista collega in modo attento le due categorie della buona fede, quella soggettiva e quella oggettiva. La ricostruzione prende in considerazione la problematica dell'errore, la sua scusabilità, il dovere di diligenza e i vari gradi della colpa e può essere esemplificata nella seguente affermazione della studiosa: "L'inserimento, nel contesto sociale, della *bona fides* – si dice - rivalutando la posizione del o dei "soggetti contrapposti" tramite il recupero della diligenza e, dunque, della scusabilità dell'errore, fa sì che la naturale "unilateralità" di un criterio normativo di rilevanza a priori di un unico interesse, si attenui, spostandosi – grazie all'intervento di un metro di giudizio (la diligenza) destinato, a propria volta, a operare a posteriori – verso la caratteristica "bilateralità" della b.f. oggettiva".

483 Si richiama in punto una considerazione di R. SACCO, *Cos'è la buona fede oggettiva?* giornata di studio - Pisa 14 giugno 1985- in *Quaderni della Scuola Superiore di studi universitari e di perfezionamento, scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Milano 1985, p. 44. Il giurista, analizzando per intero il sistema di diritto civile, sostiene: "Qui noi troviamo una serie di principi ognuno dei quali è derogato da una eccezione a favore del terzo di buona fede. Noi possiamo perciò dapprima formulare i principi ignorando le eccezioni, e poi provare a formulare un temperamento generale delle regole dicendo si fa slava l'applicazione del criterio di buona fede. Provando a ricorrere a questo espediente, noi otteniamo regole e soluzioni non diverse da quelle che incontriamo nel nostro diritto positivo. Troviamo, infatti, che chi acquista la cosa mobile mediante consegna dal soggetto del potere di fatto acquista la proprietà, se non è in mala fede perché sa che la proprietà appartiene ad altri; che chi acquista il diritto immobiliare e trascrive a proprio favore il titolo acquista il diritto, se non è in mala fede perché sa che il diritto era stato ceduto ad altri che non ha trascritto (...); che chi acquista il bene ereditario da chi si manifesta come erede acquista efficacemente, se non è in mala fede perché sa che un terzo può vantare un titolo valido di acquisto dell'eredità. L'insieme delle eccezioni poste a danno del terzo di mala

Da questa prospettiva alla buona fede è riconosciuto il ruolo di 'controregola' dell'ordinamento, per mezzo del quale si rafforza la giustizia delle relazioni oltre le garanzie concesse dal testo normativo.

Osserva, in punto, la dottrina: "Il riconoscimento della buona fede non è una medaglia al valore che (...) viene appuntata sul petto, ma è l'adozione di uno spartiacque adottato per chiarire fino a che punto si applica una prima regola generale (...) e fino a che punto invece si applica una diversa controregola (...)"<sup>484</sup>.

La copiosa giurisprudenza che si pronuncia in tema di presupposizione<sup>485</sup>, ci fornisce un altro esempio di quanto sostenuto: anche in questo caso la buona fede svolge il ruolo di controregola e impone di ottemperare al comando *non venire contra factum proprio*.

E' principio ormai consolidato in giurisprudenza, infatti, che la condotta tenuta in difformità di quella prescritta dall'ordinamento, può assumere rilevanza giuridica in ragione dell'affidamento incolpevole che la stessa ha determinato.

Chi "ha sempre sorriso al debitore, che per tanti anni si è presentato in ritardo per il pagamento – sottolinea la dottrina - non può adesso avvalersi di un breve ritardo (...) per invocare la risoluzione del contratto"<sup>486</sup>.

La buona fede a contatto con le regole statate produce, a ben vedere, "un'antinomia" funzionale alla giustizia delle relazioni: essa opera "tra (...) le regole legali, che indicano quali sono gli elementi costitutivi della fattispecie" ( si pensi alla norma che disciplina l'inadempimento contrattuale o a quelle poste a tutela del credito vantato) e quella "che ci impone di dare corso agli affidamenti che abbiamo creato, indipendentemente dai requisiti delle fattispecie fissati dalla legge"<sup>487</sup>.

Le considerazioni svolte confermano, ancora una volta, la forza autonoma della regola della correttezza e la sua intima valenza correlativa, la quale, come

---

fede o se si vuole a favole del terzo di buona fede (...) possono senza difficoltà essere rappresentate come emanazione di un principio di buona fede".

484 R. SACCO, *Cos'è la buona fede oggettiva?*, cit., p. 46.

485 La presupposizione intesa in dottrina come condizione non sviluppata in una clausola espressa, si ritiene elemento decisivo della determinazione volitiva. La giurisprudenza, facendo costante riferimento alla buona fede e all'equità, la ritiene operante nella fase esecutiva della contrattazione e ritiene che quando, in via interpretativa, il consenso espresso sia stato determinato da una situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) imprescindibile ai fini dell'accordo, il difetto di detto presupposto incida radicalmente sull'efficacia dello stesso, ancorché il presupposto non sia espresso in una clausola contrattuale. Si veda A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Giuseppe Trabucchi (a cura di), Padova 2009, p. 144. La giurisprudenza in punto è davvero copiosa e sostanzialmente origina dalla sentenza Cass. Civ. 17 Ottobre 1947, n.1619, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1947, III, p. 354: la presupposizione è stata oggetto di diverse interpretazioni, alcune sentenze la legano all'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità della prestazione, altre alla causa del negozio giuridico, perché elemento esterno che ne condizionerebbe l'esistenza. Senza dilungarci sull'argomento, si ritiene che la somiglianza tra presupposizione e buona fede integrativa lasci emergere che quanto veramente voluto e condiviso dalle parti possa avere valore preponderante rispetto a quanto formalmente pattuito, con il conseguente obbligo per le stesse di non contravvenire, nemmeno in ragione del contratto esistente, alle proprie originarie determinazioni.

486 R. SACCO, *Cos'è la buona fede oggettiva?*, cit., p. 48.

487 R. SACCO, *Cos'è la buona fede oggettiva?*, cit., p. 49, dove espressamente si dichiara la buona fede regola dagli effetti antinomici.

abbiamo avuto modo di mettere in luce, è prerogativa della buona fede già dalla civiltà romana.

Nel dibattito contemporaneo, tuttavia, la valenza correlativa della buona fede assume una dimensione particolare, e forse discutibile, che tende a distinguere il piano sociale in cui si muovono i parametri extragiuridici di riferimento dal piano etico e morale i quali, nella cultura dell'origine, assumevano una connotazione unitaria e assoluta.

“Etica e morale - si osserva infatti - costituiscono (...) giudizi di valore che mal si prestano a caratterizzare (...) un criterio (la buona fede), il cui raggio di azione è quello della dinamica di relazioni intersubiettive, qualificate da relazioni di conflittualità immanente ed il cui ambiente naturale è oggi costituito da un ordinamento ispirato a principi (...) legati a valutazioni non di tipo etico e morale, ma sociale”<sup>488</sup>.

Concludendo l'argomento si anticipa che esso introduce il tema dell'abuso del diritto del quale ci occuperemo nelle pagine a seguire: al tema, nell'ottica delle finalità che il lavoro si prefigge, è dato particolare risalto in quanto possiede molteplici punti in comune con la figura dell'eccesso di potere del settore pubblicistico del quale il lavoro si occupa.

Sulla base della dichiarata comunanza, la regola della correttezza potrà essere estesa anche ai rapporti con la pubblica amministrazione e chiarendone i passaggi si potranno affrontare le contraddizioni prospettate in premessa per tentare di ricomporre le contrapposte ragioni.

3.3. *La buona fede e la repressione dell'abuso di diritto: dalla 'controregola' a un criterio di giustizia oltre le categorie di privato e di pubblico* — Si è in precedenza trattato di come la valenza correlativa della clausola può fungere da limite all'esercizio lecito di una posizione giuridica e di come ciò possa addirittura condurre al risarcimento del danno: la circostanza è destinata a ripetersi nell'abuso del diritto che, come la buona fede, richiama un concetto di legalità *praeter legem* del quale è opportuno ritornare ad occuparci.

Una prima definizione di abuso di diritto, la ritroviamo nel progetto - italo francese del codice delle obbligazioni del 1936 e precisamente all'art. 74, il quale, seppure mai sia stato recepito nel codice civile del 1942, ci chiarisce la sostanziale connessione tra l'eccesso illecito della posizione soggettiva e la clausola della correttezza<sup>489</sup>.

“E' tenuto al risarcimento del danno - recitava l'articolo - colui che ha cagionato danno ad altri eccedendo nell'esercizio del proprio diritto i limiti posti dalla buona fede e dallo scopo per i quali il diritto gli fu riconosciuto”<sup>490</sup>.

L'abuso infatti, si realizza quando l'esercizio del diritto o della libertà<sup>491</sup> si

---

488 *Ibidem*.

489 Per approfondimenti, in punto, si veda G. LEVI (a cura di) *Il progetto italo-francese di codice delle obbligazioni*, nella collana *Inchieste di diritto comparato*, VIII, Padova 1980, p. 220 e ss. e ancora M. ROTONDI, *Il progetto italo-francese delle obbligazioni*, 1953, rist. *Scritti giuridici*, I, Napoli 1990.

490 *Ibidem*.

491 In dottrina si ritiene che anche quella delle "libertà" sia categoria simile al diritto soggettivo e di

compiono in modo eccessivo, in violazione cioè della funzione di garanzia generale alla quale quel diritto o quella libertà sono destinati.

In quest'ottica l'abuso costituisce l'antitesi della posizione legittima originariamente vantata e segna la misura oltre la quale anche la formale legittimità dell'azione trasmuta in illegalità<sup>492</sup>.

L'interpretazione della giurisprudenza conferma la ricostruzione in breve svolta: "l'abuso del diritto – si dice - consiste nell'esercitare il diritto per realizzare interessi diversi da quelli per i quali esso è riconosciuto dall'ordinamento giuridico"<sup>493</sup>.

La posizione abusiva, si precisa, è caratterizzata dal fatto che "in singoli casi ed in riferimento ai fondamentali precetti della buona fede" e "agli scopi etici e sociali per cui il diritto stesso viene riconosciuto e concesso" se ne compia un "uso anormale" così che l'illecito che ne consegue è punibile secondo "le norme generali del diritto in materia" qualora abbia condotto il comportamento "(nel caso concreto) fuori dalla sfera del diritto soggettivo (...)"<sup>494</sup>.

L'abuso del diritto non è figura collocabile nell'ambito della violazione di legge<sup>495</sup>, quindi di doveri, facoltà, obblighi tassativamente determinati dal testo normativo; al contrario, l'abuso si presenta come conformità solo formale alla norma dell'ordinamento<sup>496</sup>, laddove il disvalore che reca è valutato e sanzionato alla luce di criteri extragiuridici ai quali la buona fede rimanda.

La condotta abusiva pertanto è condotta sviata dalla legittima funzione assegnata al diritto, che la dottrina contribuisce a identificare<sup>497</sup>: la funzione della

---

pari forza; elemento distintivo sarebbe che le libertà sono "indefinite", "e quindi non possono essere catalogate nelle attività illecite, piuttosto che in quelle lecite, ai fini di farne scattare la relativa responsabilità". Cfr. G. LEVI, *L'abuso del diritto* cit., p. 20.

492 Si veda G. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1966, pp. 76 e ss. Si veda ancora F. MESSINEO *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1952, II, parte I, p. 250, che fa notare come l'eccesso nell'esercizio del diritto di proprietà pone l'atto nel quale si manifesta fuori dal diritto e in antitesi con la legittimità della posizione.

493 La sentenza richiamata è Cass. Civ. sez. I, 16. 10. 2003, n. 15482 in *Giust. Civ.*, 2004, I, p. 3011.

494 *Ibidem*; ancora e senza pretesa di esaustività, Cass. Civ. Sez. III, 11. 6. 2008, n. 15476 in *Giust. Civ.*, 2008, 12, 2766, Cass. Civ. Sez. Un., 15.11.2007 n. 23726, in *Giust. Civ.*, 2008, 3, p. 641 e da ultimo Cass. Civ. Sez. III, 8. 9. 2009, n. 20106, in *Guida dir.* 2009, 40, p. 38.

495 C'è da segnalare che la dottrina privatistica riscontra, nel codice civile, esempi espressi di abuso del diritto: si pensi all'art. 1448 del c.c. che disciplina l'istituto della rescissione per abuso della posizione di bisogno altrui, previo accertamento della disparità delle prestazioni contrattuali, oppure si pensi all'eccesso di procura nel rapporto di rappresentanza di cui agli artt. 1398, 1395, 1394 del c.c. (eccesso di procura, contratto con se stesso, conflitto d'interessi) che conducono all'annullamento del contratto concluso e al risarcimento del danno. Si ritiene tuttavia che la previsione normativa di alcuni casi di abuso non mini l'indeterminatezza della figura giuridica e la possibilità che tale sua caratteristica produca diversi e nuovi casi d'illegalità da reprimere. Cfr. G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 53 e ss..

496 In tal senso, V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano 1963, pp. 105 e ss..

497 Circa la funzione del diritto si rimanda a S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza, Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano 1991, pp. 169 e ss. che afferma: "Al riguardo, il ventaglio delle soluzioni proposte è assai ampio (...). Da un lato si sostiene che la suddetta funzione sia quella di tradurre prescrittivamente nella vita pratica i valori (...) come la libertà l'uguaglianza (...) l'ordine o la giustizia sociali. Da un altro lato (...) si attribuisce al diritto la funzione di tutelare gli interessi e comporli, risolvendo le eventuali controversie (...), e quindi di punire gli

posizione soggettiva di diritto, si dice, non coincide solamente con l'interesse individuale immediatamente tutelato dalla norma, ma incontra il suo limite, e quindi tutela, lo scopo sociale al quale il diritto è destinato<sup>498</sup>. In questo senso, lo scopo sociale del diritto ne costituisce la funzione e parimenti un parametro di legalità indeterminato cui le condotte devono conformarsi.

Da questa prospettiva, la funzione del diritto è solo esemplificata nella fattispecie giuridica che disciplina la particolarità dei casi; tuttavia essa non esaurisce la più ampia garanzia di legalità destinata a estendersi oltre il dato normativo.

A conferma di quanto osservato, la dottrina precisa che, per prevenire l'abuso, "l'interesse a protezione del quale la norma riconosce il diritto soggettivo"<sup>499</sup> non può che misurarsi con l'interesse della collettività<sup>500</sup> e questo sia per il conseguimento della tutela accordata in concreto, sia per scongiurare eventuali pretese risarcitorie conseguenti alla violazione del limite imposto dalla funzione del diritto.

Il contemperamento dei diversi interessi è quindi misura del lecito e dell'illecito<sup>501</sup>: il rilievo giuridico dell'abuso del diritto risponde, infatti, ad esigenze

---

illeciti. Con sguardo attento alla realtà della legislazione attuale degli Stati industriali, si è aggiunta a codeste funzioni anche quella (...) di promuovere e premiare dati comportamenti". In argomento senza pretesa di esaustività, cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Milano 1977, cap. I. Sulla riduzione del diritto a emblema dei rapporti materiali dell'esistenza, si veda K. MARX - F. ENGELS, *L'ideologia tedesca*, III, p. 6, B, 2° corollario, R. SCHLESINGER, *La teoria del diritto nell'Unione Sovietica*, tr. it. M. Vismara, Torino 1952, *passim*, H. KELSEN, *La teoria comunista del diritto*, tr. it., Milano, 1956, *passim*, G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Firenze 1937, in particolare cap. 6. Con particolare attenzione al diritto privato come scienza giuridica indirizzata alla regolamentazione degli affari si consulti B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Napoli, 1907, *passim*.

498 Sulla funzione sociale del diritto cfr. G. SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale*, Torino 1911, *passim*; S. RODOTÀ, *Diritto (l'abuso del) in Enciclopedia Forense*, Milano 1958, p. 197, secondo il quale nel diritto sovietico, ad esempio, è punito ogni uso del diritto contrastante con la destinazione economico sociale assegnata allo stesso; ancora, in argomento, A. GROPPALI, *La concezione solidaristica del Bourgeois e la Teoria del Quasi Contratto*, in *Arch. Giur.*, 1907 p. 271. Sugli autori e le opere citate si esprime G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 31 che sostanzialmente contrappone la teorica di Rodotà a quella di Bourgeois e Solari, osservando come segue: "Dunque le due teoriche sopra enunciate hanno scopi diversi, non partendo dalle stesse premesse, perché la prima ha come finalità la collettivizzazione dei mezzi di produzione e la completa subordinazione dell'individuo alla società; l'altra, invece, il cosiddetto 'solidarismo', ha come scopo, la proprietà frazionata e l'autonomia individuale".

499 La citazione è di G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 42. Per la finalità sociale del diritto e della stessa posizione soggettiva cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 17 e ss., in particolare p. 54; Id. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 275.

500 In punto M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. civ.* 1923, p. 104 e ss., che chiarisce il collegamento tra la posizione individuale, l'interesse collettivo e la "coscienza sociale", tutte figure imprescindibili nella costruzione dell'abuso del diritto. In punto P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto* in *Riv. Dir. civ.*, I, 1965, p. 206, dove la posizione di diritto soggettivo è riconosciuta posizione correlativa che non può che significarsi sulla base del potere in concreto possibile, sia rispetto alla posizione della controparte che al gruppo. Ancora M. DOSSETTI, *Su un caso di atto emulativo tra condomini*, nota a App. Torino, 12.5.1971, in *Giur. It.*, 1973, I 2, p. 1147, da cui emerge come l'art. 1120 del c.c. tenda a subordinare l'interesse individuale all'interesse collettivo dei condomini.

501 In punto si pronuncia la sent. Cass. Civ. Sez. III, del 18. 9. 2009 n. 20106 in *Guida dir.* 2009, 40,

di equilibrio tra i diversi valori che si muovono nella compagine sociale, in modo tale che la proporzione, di tal guisa raggiunta, sia funzionale alla giustizia del rapporto giuridico e al raggiungimento del bene comune<sup>502</sup>.

Un esempio di quanto sostenuto si riscontra nella disciplina del diritto di proprietà.

Gli atti posti in essere dal proprietario, ai sensi dell'art. 42 della Carta Costituzionale, devono essere improntati alla finalità sociale, valore che, d'altra parte, trova conferma nel divieto degli atti emulativi<sup>503</sup> ex art. 833 del c.c. di cui parte della dottrina si serve proprio per ricostruire gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto<sup>504</sup>.

Essi prevedono un comportamento valutabile in via oggettiva che si presenta contrario a principi giuridici e extragiuridici, dei quali, tuttavia, non rileva particolarmente l'elemento soggettivo della colpa (*animus nocendi*), quanto più la carenza della connaturale utilità<sup>505</sup> della condotta tenuta, finalizzata a ledere la posizione altrui<sup>506</sup>.

---

38, (m.), che in seguito avremo più volte modo di richiamare. In essa si dice espressamente: “il controllo e l'interpretazione dell'atto di autonomia privata - onde verificare l'esistenza dell'abuso e la eventuale violazione della regola della correttezza - deve avvenire anche in funzione del temperamento degli opposti interessi delle parti contrattuali”. La pronuncia chiarisce ancora che la valutazione “di un tale atto”, atto abusivo, “deve essere condotta in termini di ‘conflittualità’. Ovvero: posto che si verte in tema di interessi contrapposti, di cui erano portatrici le parti, il punto rilevante è quello della proporzionalità dei mezzi usati”.

502 In punto G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 44, che distingue l'elemento materiale del diritto, quindi l'insieme di norme ricomprese nell'istituto che prevedono facoltà e poteri, e l'elemento sociale espresso dalla proporzionalità tra le facoltà individuali di cui alla norma e il limite del loro esercizio fornito da criteri extragiuridici.

503 Si cita ancora G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 21, il quale chiarisce il concetto di atto emulativo: “Si parla di limite al diritto soggettivo, come è limite, per esempio, di interesse privato della proprietà, l'atto emulativo”. Si parla, infatti, di ‘atti’ perché appunto trattasi di comportamenti, che, secondo il diritto positivo, potrebbero anche non essere sanzionati proprio per la rigidità delle norme che vi fanno parte ma che, in realtà, devono essere considerati vietati, quando essi travalichino i limiti che la coscienza sociale ha posto”.

504 G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 46 sostiene, con rispetto alla norma richiamata, che la stessa sia una norma principio generale, la quale è destinata ad intervenire nei vari settori dell'ordinamento ai fini della repressione dell'abuso del diritto: nella trattazione, ad esempio, si finisce per applicarla agli abusi compiuti da un condomino a danno degli altri. Si riporta per completezza il testo della regola del c.c.: “*Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo se non quello di nuocere o recare molestia ad altri*” e una considerazione dello studioso circa l'art. 833 del c.c. che chiarisce: “Ciò che è sicuro è che l'atto emulativo non si pone come limite di diritto privato della proprietà, ma contiene un obbligo imposto dal legislatore, qualcosa che si aggiunge al rapporto di proprietà, che costituisce una figura di rapporto giuridico simmetrica rispetto a quella del diritto assoluto, cioè *erga omnes*”; cfr. *Ibidem*, p. 42.

505 Sul punto e per approfondimenti si veda V. SCIALOJA, *Aemulatio*, in *Enc. giur.it.*, I, 2, 1892, pp. 426 e ss.. In argomento, si richiama il pensiero di G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 42 che osserva: “il ‘baricentro’ dell'atto emulativo si sposta dal soggetto all'oggetto: l'atto emulativo, cioè, non è quello con cui il proprietario intende nuocere o recare molestia, ma è quello che in effetti reca molestia”.

506 Si riporta la voce della giurisprudenza e segnatamente Cass. Civ. sez. III, 18.9.2009 n. 20106 cit., che specifica gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto. Essi sono: “1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di

L'esistenza e la repressione dell'abuso presuppongono, invero, la verifica dell'esercizio "razionale" del diritto, con particolare attenzione alla concreta utilità che ne è stata tratta; la valutazione che se ne compie non prescinde, quindi, dalla regola della correttezza che, al contrario, ne diviene parametro imprescindibile.

Se la repressione dell'abuso, presuppone una dimensione del lecito e dell'illecito che prescinde e sovrasta la semplice violazione della *regula iuris*<sup>507</sup>, ad essa è funzionale la condotta dell'uomo dabbene, caratterizzata dalla medesima indeterminatezza e duttilità.

Abuso e buona fede, nella nuova prospettiva, sono figure giuridiche integrative del sistema e sostanzialmente autonome; queste figure, a parere di chi scrive, sono strumenti dei quali l'ordinamento è dotato per raggiungere la giusta e reale applicazione delle sue regole<sup>508</sup>.

La peculiarità della contrapposizione tra lecito e illecito, che l'abuso e la buona fede introducono nell'ordinamento, si ritrova nei rapporti obbligatori e nei rapporti contrattuali in genere: in quest'ottica, si osserva, l'art. 1175 del c.c., che impone al debitore e al creditore di comportarsi secondo correttezza, siccome richiamato dal codice civile nel capo primo del titolo dedicato alle obbligazioni, conferma l'ampia portata del criterio che costituisce il limite etico-sociale all'esercizio abusivo delle posizioni individuali<sup>509</sup>.

L'esistenza di un limite siffatto è ribadita, nell'esecuzione del contratto, dall'art.1375 c.c. e ,nella sua interpretazione, dall'art. 1336 c.c., seppure il richiamo al principio unitario della correttezza risieda, con autorevole dottrina<sup>510</sup>, nell'art. 1175 c.c. più sopra citato.

La giurisprudenza che più di recente si è pronunciata su abuso del diritto e correttezza nei rapporti contrattuali, si è espressa in senso conforme alle logiche ricostruttive sopra richiamate.

Dalle sentenze emerge, infatti, che "criterio rilevatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto" il quale, "lungi, dal presupporre una violazione in senso formale" della fonte giuridica, "delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto finalizzata al conseguimento

---

quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio cui è soggetta la controparte".

507 In punto M. ROTONDI, *L'abuso del diritto* in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 116, che osserva: "l'abuso di diritto è un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica, e ciò "per la contraddizione che nol consente"".

508 L. GADOW, ad esempio, nel contributo *Die Einrede der Arglist, Jherings Jahrbücher* 1934, p. 188, sostiene: "'tale buona fede', come è stato detto, non è portatrice di istanze rivolte alla riforma radicale di un ordinamento, ma favorisce soltanto una razionale evoluzione del sistema esistente, entro i limiti segnati dai principi generali di esso". Della stessa opinione, G. LEVI, op. cit., p. 53.

509 Nel senso richiamato M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 104 e ss., che indugia sapientemente sulla sostanziale coincidenza tra "coscienza sociale" e "interessi collettivi" in contrapposizione all' "interesse individuale".

510 Si veda U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio* cit., *passim*, il quale conferma il concetto delle superfetazioni della buona fede in tutti quegli articoli di contenuto diverso rispetto all'art. 1175 c.c..

di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore<sup>511</sup>.

Nell'ottica dell'interpretazione giurisprudenziale dell'abuso, la buona fede è confermata regola autonoma dell'ordinamento<sup>512</sup>: essa è tesa ad operare, infatti, come criterio integrativo di giustizia<sup>513</sup> oltre il titolo formale per cui è causa e legittimazione.

Di rilievo, in tal senso, una recente pronuncia in tema di recesso *ad nutum* dal contratto; la Cassazione ha ritenuto che questa facoltà, pur se prevista in sede contrattuale e normativa, per essere considerata lecita e non abusiva va sottoposta al vaglio della regola della correttezza.

In quest'ottica, nel caso di specie, la Suprema Corte impone al giudice del rinvio di valutare con particolare attenzione la posizione dominante del recedente, laddove la supremazia di mercato, ad esempio, costituisce, un sintomo della possibile natura abusiva del recesso esercitato, tant'è che la valutazione esortata è da ritenersi indispensabile al ripristino dell'equità e della giustizia delle relazioni doverosamente vincolate al rispetto della buona fede<sup>514</sup>.

---

511 Si veda in punto la nota sentenza Cass. Civ. sez. III 18 Settembre 2009 cit., avente ad oggetto l'esercizio del recesso *ad nutum* dal contratto di concessione, in ogni caso, dichiarato abusivo per violazione del principio di buona fede.

512 Buona parte della più recente giurisprudenza considera, infatti, la sua violazione come inadempimento contrattuale foriero di obblighi risarcitori: si veda Cass. Sez. Un. 15. 11. 2007, n. 23726 cit.; Cass. Civ. Sez. III, 22. 1. 2009 n. 1618 in *Giust. Civ.*, 2009, 1, p. 100, Cass. Civ. sez. I, 6. 6. 2008 n. 21250 in *Giur. Comm.* 2010, 2, p. 229, Cass. Civ. Sez. I, 27. 10. 2006 n. 23273, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 10, Cass. Civ. Sez. III, 7. 6. 2006 n. 13345, *Il civilista*, 2007, 11, p. 81, Cass. Civ. Sez. III 11.1.2006 n. 264, *Il civilista*, 2009, 11, p. 81.

513 Sulla valenza correttiva e integrativa della buona fede si veda Sez. Un. 15. 11. 2007 n. 23726 cit..

514 La sentenza del giudice di legittimità del Settembre 2009 n. 2016, per la sua portata riepilogativa della storia e della costruzione dell'abuso del diritto, merita di essere citata per tratti fondamentali: il caso muoveva dall'esercizio del recesso *ad nutum* che la società Renault aveva esercitato nei confronti di vari concessionari, sia per particolari ragioni di mercato, sia perché i contratti sottoscritti con gli stessi lo prevedevano. Ebbene, costituitisi in associazione, i concessionari chiamavano in giudizio la nota casa di produzione per richiedere l'accertamento della natura abusiva del recesso esercitato, assunta la violazione degli artt. 1175 e 1365 del c.c., e per ottenere il ristoro dei danni patiti. Ne conseguivano due iniziali sconfitte, innanzi al giudice di prime cure e in appello, dopo di che interveniva la pronuncia richiamata, la quale cassando con rinvio la sentenza d'appello proponeva una diversa lettura giuridica dei fatti. Facendo un passo indietro, tuttavia, è bene chiarire che il giudice di secondo grado emetteva il verdetto seguendo i seguenti criteri argomentativi: "1) il giudice non ha alcuna possibilità di controllo sull'atto di autonomia privata; 2) la previsione del recesso *ad nutum* del contratto non consente (...) il sindacato su tale atto, non essendo necessario alcun controllo causale circa l'esercizio del potere, perché tale potere rientra nella libertà di scelta dell'operatore economico in un libero mercato; 3) la Renault tenuto conto della previsione contrattuale poteva accedere liberamente all'esercizio del potere contestato; 4) l'insussistenza di un'ipotesi di recesso illegittimo comporta la non pertinenza del richiamo agli artt. 1175 e 1375 c.c.; 5) i principi di correttezza e buona fede non creano obbligazioni autonome, ma rilevano soltanto per verificare il puntuale adempimento di obblighi riconducibili a determinati rapporti; 6) non sono presenti nel caso in esame i principi enucleati dalla giurisprudenza in tema di abuso di diritto". La Corte, nel rigettare la pretesa azionata, precisava che "la sussistenza di un atto di abuso del diritto (speculare ai cosiddetti atti emulativi) postula il concorso di un elemento oggettivo, consistente nell'assenza dell'utilità per il titolare del diritto, e di un elemento soggettivo costituito dall'*animus nocendi*, ossia l'intenzione di nuocere o di recare molestia agli altri". La Corte d'Appello sosteneva altresì che la capacità di autodeterminazione, che è regola del mercato, potesse in breve giustificare l'esercizio del recesso come metodo più conveniente per assolvere gli interessi della società concessionaria, cui le controparti avevano consentito in ragione della lettera

Anche in materia societaria abuso di diritto e buona fede si presentano connessi: sovente, ad esempio, si censura lo sviamento dell'esercizio del diritto di voto in assemblea, qualora venga esercitato al solo scopo di avvantaggiare i soci di maggioranza in danno a quelli di minoranza.

In questo caso è ancora la disposizione dell'art.1175 del c.c. a consentire che il giudice, accedendo a criteri extragiuridici desumibili dal fatto, censuri la condotta come scorretta e passibile di sanzione<sup>515</sup>.

Alla luce degli stessi parametri si valuta la condotta del socio nell'adempimento degli obblighi societari, per decidere, ad esempio, della sua esclusione<sup>516</sup>: nel panorama giurisprudenziale, abuso di diritto e correttezza sanzionano l'abuso della personalità giuridica, laddove si riscontri la volontà elusiva delle norme giuridiche di settore<sup>517</sup>.

La casistica, evidentemente, è la più disparata<sup>518</sup>, tanto che si ritiene opportuno sorvolare il dettaglio.

In base a quanto anticipato, tuttavia, si richiama un'opinione della dottrina che riconosce alla buona fede la natura di limite intrinseco ed estrinseco del rapporto giuridico considerato: nel primo senso, si dice, la buona fede "si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti (...) il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge"<sup>519</sup>, nel secondo, la buona fede

---

del contratto sottoscritto. Si rilevava, inoltre, che un eventuale sindacato di ragionevolezza sull'attività esercitata, avrebbe comportato una valutazione politica sottratta al G.O. adito in secondo grado. La Corte di Cassazione, l'abbiamo anticipato, ribaltava le argomentazioni fornite: la valutazione della facoltà di recedere dai contratti, si sanciva, non si pone come valutazione politica ma essenzialmente giuridica, poiché il principio di buona fede secondo l'art. 1366 c.c. ne giustifica tale interpretazione anche nel caso in cui il potere sia stato previsto dalla disciplina contrattuale. La buona fede, infatti, è regola autonoma dell'ordinamento, la quale impone la valutazione della legittimità della condotta in termini conflittuali, posto che fa palese richiamo a quel principio di solidarietà che impone a una parte di prendersi cura di ciò che l'altra ha veramente voluto. La violazione del generale dovere di correttezza, in tal modo concepito, comporta l'obbligo di risarcire il danno per inadempimento contrattuale e "costituisce (...) uno strumento per il giudice, finalizzato al controllo-anche in senso modificativo o integrativo - dello statuto negoziale e ciò quale garanzia di temperamento degli opposti interessi". Su queste basi, precisava la Cassazione, la Corte di merito avrebbe dovuto valutare i modi con i quali l'esercizio del recesso era stato esercitato, valutare trattative o eventuali indennità pattuite. La Cassazione evidenziava inoltre la necessità di considerare la posizione di supremazia della società sul mercato, poiché anche la posizione dominante sugli interessi altrui contribuisce ad accertare la condotta abusiva e illecita. Ne conseguiva l'annullamento della sentenza, con rinvio al giudice di secondo grado che, in diversa composizione, era obbligato a rivalutare la vertenza alla luce dei principi evidenziati dalla Corte di legittimità.

515 Si veda Cass. Civ., 11. 6. 2003 n. 9353; Cass. Civ. 21. 5. 1997 n. 4538; Cass. Civ. 14. 7. 2000 n. 9321; Cass. Civ. 21. 2. 2003, n. 2642, sentenze rintracciabili su *De jure.it*.

516 Si veda Cass.Civ., 19.12. 2008, n. 29776 su *De jure.it*

517 Si veda Cass.Civ., 25. 1. 2000 n. 804 e Cass. Civ. 16. 5. 07 n. 11258, su *De jure.it*.

518 In materia contrattuale si citano alcune delle sentenze più rilevanti: per il contratto di mediazione Cass. 5. 3. 09 n. 5348; per il contratto di *sale and lease back* connesso al divieto di patto commissorio ex art. 2744 del c.c., cfr. Cass. 16. 10. 1995 n. 10805, Cass. 26. 6. 2001, n. 8742; Cass. 22. 3. 2007, n. 6969; Cass. 8. 4. 2009, n. 8481; per il contratto autonomo di garanzia ed *exceptio doli* Cass. 1. 10. 99 n.10864 e ancora Cass. 18. 7. 2004 n. 14239. Per la lettura delle sentenze e per le riviste di riferimento cfr. *De jure.it*.

519 Cass. 18 settembre 2009 n. 29106, cit.

viene in rilievo come regola dalla forza correttiva ed integrativa dello *scriptum ius*, idonea a tradurre nel fatto i principi guida su cui l'ordinamento si fonda e che ad esso preesistono.

La natura autonoma della buona fede e la sua intenzionale indeterminatezza, alimentano, nella *iurisdictio*, la dimensione giuridica di ciò che è stato definito "diritto vivente"<sup>520</sup>; secondo buona fede la giurisprudenza ha consentito, ad esempio, a un soggetto (locatore – appaltante) di decurtare dai SAL di un altro soggetto (conduttore – appaltatore) l'importo del canone d'affitto, in quanto il secondo non provvedeva al pagamento puntuale dello stesso e pur vantando quest'ultimo, a diverso titolo, un credito nei confronti del primo<sup>521</sup>.

Seppure l'esempio potrebbe rimandare il giurista all'istituto della compensazione delle diverse partite di credito-debito, è noto a noi tutti, come i tempi dell'accertamento dell'esistenza di un diritto di credito (affinché diventi liquido, esigibile e opponibile) con particolare riguardo all'esattezza della prestazione, possono condurre le condotte dei soggetti coinvolti nell'ambito di istituti distinti (risoluzione del contratto, eccezione d'inadempimento, sfratto per omesso pagamento del canone, eccezione di compensazione del credito) e per percorsi processuali indipendenti.

La soluzione fornita dalla sentenza, al contrario, corregge e limita la schizofrenia delle fonti normative secondo buona fede, in ottemperanza a quel dovere di correttezza unitario e generalmente applicabile recepito negli artt.1175 e 1375 del c.c.<sup>522</sup>.

Per dovere di completezza e a conclusione dell'argomento è opportuno segnalare che parte della dottrina ha ritenuto di poter opporre all'abuso di diritto i principi generali dell'ordinamento<sup>523</sup>, carenti, come la buona fede, di contenuto analitico o tassativo.

La naturale forza espansiva e propulsiva dei principi dell'ordinamento, seppure strettamente connessa alle regole di diritto positivo<sup>524</sup>, consente loro di essere

---

520 Sull'importanza del ruolo svolto dal giudice nell'interpretazione della legge e nella sua applicazione al caso concreto, si veda G. ZAGREBELSKI, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. Cost.* 1986, I p. 1149 e ss., il quale, indica in questo particolare ufficio il modo per creare quel "diritto vivente" che sottolinea l'importanza della regola calata al caso particolare. Molta la dottrina che ha utilizzato questa enfatica espressione, tra cui A. FEBBRAJO, *E. Erlich: dal diritto libero al diritto vivente*, in *Soc. dir.* 1982, p. 137 e ss.; D. NOCILLA, *A proposito di diritto vivente*, in *Gius. Cost.* 1981, I p. 1876; C. ESPOSITO, *Diritto vivente, legge, regolamento*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 605. Per il diritto privato si veda in particolare R. SACCO, *Il possesso*, CICU, MESSINEO, MENGONI (a cura di) *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 1988, p. 238, F. PERGOLES, *La giurisprudenza come fonte normativa*, in *Giur. It.*, 1938, IV, p. 70.

521 Cfr. Cass. Civ. Sez. III, 31.5.2010 n.13208, in *Dir. e Giust.* 2010.

522 In punto si segnala per tutte Cass. Civ., Sez. III, 31.5.2010 n.13208, in *Dir. e Giust.* 2010, dalla quale si sono ricavate le considerazioni di cui al testo.

523 Sembra che quest'opinione possa essere desunta dalla ricostruzione che dell'abuso svolge G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 17 e 18, il quale contrappone a tale tipo di disvalore i principi generali intesi come comandi non positivizzati ma in tutto paragonabili alle norme, dalle quali, peraltro, prescinderebbero su un piano ricostruttivo.

524 Cfr. sentenza della Corte Costituzionale n. 946 del 1988 in *Giust. Cost.*, 1988, I, p. 4380, la quale ribadisce che per determinare un principio generale dell'ordinamento giuridico "la predeterminazione della materia non può seguire criteri di definizione assoluta e validi in ogni caso, in quanto occorre in via preliminare individuare l'estensione della materia".

applicati in modo più duttile al caso concreto, qualora non sussista la *regola iuris* da applicare al caso di specie<sup>525</sup>: la soluzione prospettata si presenta, peraltro, maggiormente rispettosa della costruzione gerarchica dell'ordinamento<sup>526</sup>, laddove la clausola della buona fede contrappone alle carenze del diritto positivo il modello etico della condotta osservabile, desunto da criteri extragiuridici.

Con la promessa di ritornare sull'argomento, specie quando ci occuperemo della buona fede nel diritto pubblico, si riporta una riflessione comune a molte voci della dottrina che individuano nell'abuso del diritto, e nelle tutele che esso reca, un contro-sistema da opporre alla rigidità dell'ordinamento verso la costruzione di parametri di legalità più ampi e efficienti.

In quest'ottica si è ritenuto che bene ha fatto il legislatore del 1942 a non prevedere una regola positiva indirizzata all'abuso di diritto, come nel modello francese o nella stesura preliminare dello stesso codice civile italiano<sup>527</sup>.

Una presa di posizione contraria, infatti, avrebbe condotto da una parte, a relegare l'abuso del diritto nell'ambito dell'istituto giuridico di riferimento precludendone l'uso generale e dall'altra, avrebbe ostacolato "la sempre minore efficacia (...) delle singole norme codificate"<sup>528</sup>, limitando l'ordinamento entro

---

525 Significativo, in punto, il pensiero di N. BOBBIO, voce *Analogia*, in *Noviss. Dig. It.*, I, I, Torino 1957, p. 606, il quale costruisce la funzione dei principi generali dell'ordinamento sostenendo che sono volti alla risoluzione dei conflitti insorti tra i valori che lo stesso ordinamento tutela o, in seno più pratico, tra i diversi interessi. In quest'ottica, i principi dell'ordinamento disciplinano i casi sprovvisti di apposita normativa sulla base della tecnica della sussunzione, in altre parole ricorrendo alla forma dell'analogia *iuris*. Il giudice valutata l'esigenza di giustizia del caso sprovvisto di normativa ricorre ai principi dell'ordinamento che possano essere utili al caso pratico. Il procedimento richiamato è ben espresso dalla giurisprudenza più risalente, che ravvisa la potenzialità integrativa della norma di principio sulla legge ordinaria a contenuto parziale. Le ipotesi prese in esame riguardano la materia dell'inquadramento del personale, dove si trovano regole "a fattispecie esclusiva" non suscettibili né d'interpretazione estensiva né analogica. Il giudice ha fatto ricorso, pertanto, alla norma "principio" dalla quale ha desunto la risoluzione del problema prospettato dal caso pratico. Si veda Cons. St., IV, 15 aprile 1986, n. 262, in *Cons. Stato*, 1986, I, 468, p. 472 e nello stesso senso Cons. St., VI, 9 settembre 1985, n. 458, *ivi*, 1985, I, p. 959. In dottrina però non si riconosce la qualifica di principio dell'ordinamento solo a fonti normative di particolare forza estensiva e propulsiva, ma si ammette che possano sussistere principi privi di un apposito testo formale di riferimento, ricavati, ad esempio, dall'interpretazione che il giudice può svolgere di preesistenti valori contenuti nelle norme: si pensi al principio del contraddittorio dal quale possono comunque derivare regole espresse. In punto e per approfondimenti si rimanda per tutti a G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano 1993, p. 53 e ss..

526 A questo proposito è significativa la sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 1956, che specifica come un principio generale non sia "desumibile di norma soltanto dalla disciplina legislativa relativa a più settori materiali", ma possa trarsi anche "da singole materie", chiarendo che "in quest'ultimo caso il principio sia diretto a garantire il rispetto di valori supremi al livello delle norme di rango costituzionale e di quelle di immediata attuazione della Costituzione": la sentenza può consultarsi su *De jure.it*.

527 La stesura preliminare del codice del 1942 al suo art. 7 prevedeva: "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto".

528 G. LEVI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 17. Si richiama in punto il pensiero di L. LOMBARDI VALLAURI, *Delegalizzazione, neogiuridicizzazione, secolarizzazione*, in *Jus*, 1995, I, pp. 369-370, che sottolinea come oggi il giurista deve essere "meno rigorosamente tecnico e più veramente scientifico, capace appunto di integrare *l'esprit de géométrie* della vecchia scienza giuridica, legalista e logicista, con un più umano *esprit de finesse* e di abbracciare nel suo campo visivo la

parametri normativi astratti e distanti dall'evoluzione sociale e dalla giustizia, in concreto, delle relazioni.

3.4. *Conclusioni al terzo capitolo* — Gli argomenti trattati in questo capitolo, con forza maggiore o minore, insinuano un *vulnus* nella forza dell'ordinamento che nel positivismo giuridico, più vicino all'assetto attuale del diritto statale, discende da due presupposti imprescindibili: quello della validità e quello dell'efficacia delle sue regole.

La buona fede, per come emersa nelle pagine precedenti, rompe infatti l'armonia della costruzione kelseniana, laddove introduce, nei rapporti giuridici, criteri di regolamentazione, validi ed efficaci, che tuttavia prescindono dall'ipotetico vaglio della regola che ne deriva, alla luce dell'esistenza di specifiche fonti di attribuzione di quel potere e, da ultimo, della *Grundnorm*.

La buona fede introduce criteri di condotta avulsi dal contesto normativo ed efficaci in quanto generalmente condivisi come modelli di giustizia.

L'elemento fondamentale, dal quale si ricava la precedente convinzione, è dato dalle teorie sull'abuso del diritto, che dimostrano l'esistenza di un piano alternativo di giuridicità *praeter legem*, destinato ad incidere, nei rapporti tra soggetti e nell'ordinamento, in due modi prevalenti: da un lato, confermando la funzione correttiva che i criteri di condotta extragiuridici assolvono nell'esercizio della posizione soggettiva esercitata secondo legge, dall'altro profilando un vincolo di scopo, o meglio un limite, che la legalità deve rispettare, i quali fanno capo ai valori della giustizia e dell'uguaglianza tra esseri umani.

L'esigenza scientifica che giustifica la remissione di ogni tutela dei beni della vita allo Stato e alle sue leggi, è sostanzialmente tradita dall'esigenza d'integrazione in senso giusto del dato normativo, di cui il carattere tassativo ed analitico non abbraccia ogni singola deviazione del rapporto umano, il quale, viceversa, è piano *ex se* concorrente, con quello dell'autorità statale, nella determinazione della regola che lo governa.

Se quanto rappresentato è ciò che immediatamente potrebbe emergere dalle pagine che precedono, tuttavia l'analisi si prospetta più complessa, giacché, per le ragioni che rappresenteremo, essa dimostra come la dottrina maggioritaria torni comunque a far convergere ogni dimensione giuridica nell'ambito dell'ordinamento statale, seppure interpretato in senso democratico.

Il primo motivo che giustifica l'assunto, si fonda sul fatto che il rilievo giuridico assegnato alla relazione, non spinge la dottrina a qualificare i criteri di condotta che da essa emergono come innati nella natura umana e pertanto autonomi, quanto più essi rappresentano la mutevolezza della storia, delle tendenze della società civile, della cultura politica, dei costumi, della prassi.

---

pluralità, le analogie, le integrazioni, le lacune e gli ordinamenti". In tema N. BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, in *Nss. Dig. It.*, Torino 1967, pp. 888 e ss., il quale rileva che i principi generali dell'ordinamento: "per la loro - incidenza sugli sviluppi recenti della coscienza giuridica universale, sempre più orientata verso il superamento del positivismo di stretta osservanza e del nazionalismo giuridico, da tema secondario, confinato di solito nelle ultime pagine o righe del capitolo sulla interpretazione, sta diventando un capitolo fondamentale della teoria generale del diritto".

Si tratta, a ben vedere, di un piano intermedio di moralità, che con Austin avrebbe assunto la connotazione della “morale positiva”<sup>529</sup>, con Ross si sarebbe chiamata “ragione”<sup>530</sup>, sul presupposto che la dimensione giuridica può non risolversi completamente nel diritto dell’ autorità statale, né nel diritto naturale dell’ origine.

Il dibattito contemporaneo, che in argomento si è sviluppato, assegna al piano morale della condotta un significato non statico, dove evidentemente i percorsi della storia e della politica del XX secolo si fondono con la sociologia, che, nell’ ottica prospettata, è sapere funzionale al ruolo del giurista.

D’ altra parte, e questo è il secondo motivo che giustifica il pensiero più sopra espresso, i valori della società civile, e delle forze che in essa si manifestano, si presentano spesso costituzionalizzati, quindi possono definirsi parte integrante dello stesso ordinamento.

Da questa prospettiva, la sostanziale diversità tra la dimensione giuridica dello Stato e quella naturale dell’ uomo virtuoso che, nella cultura dell’ origine aveva costituito l’ *humus* sul quale la regola scritta era maturata, riduce la sua forza integrativa e correttiva dei sistemi di diritto, perlomeno in chiave interpretativa, in quanto ogni criterio di giustizia, che la legge non prevede direttamente, è più facilmente dedotto o ricondotto sulla base del principio costituzionale di riferimento.

In questo contesto la buona fede va incontro ad un’ lettura particolare ma significativa: se nella cultura dell’ origine la clausola introduce, nel rapporto giuridico, criteri etici insiti nella natura umana che costituiscono un piano autonomo di autoregolamentazione, ora, senza evidenti opposizioni rispetto alla costruzione ordinata dell’ ordinamento, essa diventa uno strumento di attuazione costituzionale.

U. Natoli, ad esempio, sostiene questo pensiero e ritiene che il ruolo assegnato alla clausola sia funzionale al raggiungimento della massima giustizia in concreto: vedremo successivamente, trattando della buona fede nel diritto amministrativo, come la medesima consapevolezza è ripresa e ribadita da F. Merusi, che dichiara la buona fede principio costituzionale non scritto.

E. Betti, che in molti dei suoi contributi afferma la preesistenza al diritto

---

529 Scrive Austin: “Il nome moralità” distingue le norme appartenenti a questa categoria “dal diritto positivo, così come l’ aggettivo “positivo” le differenzia dalla legge di Dio. Al fine di evitare confusioni è necessario o conveniente che esse siano distinte da quest’ ultima, grazie a tale specifico aggettivo. Il termine moralità (o morale) infatti, quando viene usato da solo o senza ulteriore qualificazione, denota indifferentemente uno dei seguenti oggetti: ovvero la moralità positiva come essa è, senza riferimento ai suoi meriti, la moralità positiva come deve essere ove si conformi alla legge di Dio e meriti quindi approvazione”. “ La moralità positiva – osserva lo studioso- le regole di moralità positiva o le regole molarie positive” sono la terza voce dell’ elenco delle “leggi in senso proprio”. Il filosofo precisa tuttavia che “fra le regole morali positive, alcune sono leggi in senso proprio, altre sono così chiamate impropriamente” come “ le leggi o regole poste o imposte dall’ opinione”. J. AUSTIN *The Province of Jurisprudence Determined*, W. Rumble ed., Cambridge, 1832-1995, p. 83 e 73. I passi citati sono stati commentati da E. SANTORO, *Lo stato di diritto nell’ era della globalizzazione*, Torino 2008, p. 195, note 234 e 235.

530 A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 93 dove si dice: “In ogni popolo esiste una comune tradizione di cultura, che da forma ad ogni manifestazione della vita del popolo, ai suoi costumi e alle sue istituzioni giuridiche, religiose e sociali. E’ difficile descrivere la natura e l’ essenza di questa tradizione. Si può parlare di un insieme di valutazioni modelli di comportamento formulati sistematicamente. Sarebbe meglio dire che rivestito della forma del mito, della religione, della poesia, vive uno spirito che esprime una filosofia della vita, la quale è un’ intima combinazione di valutazioni e una cosmogonia descrittiva, che include una più o meno primitiva teoria sociale”.

statale di una dimensione umana capace di produrre regole autonome, collega più volte la regola della correttezza all'art. 2 della Carta Costituzionale.

Il procedimento che conduce al traguardo prospettato, tuttavia, non fa venir meno l'importanza della *jurisdictio* che se da una parte sussidia l'ordinamento giuridico in difficoltà, forgiando criteri di giustizia validi perché applicati e perché espressione dalle forze che si muovono nella società civile, dall'altra fornisce più ampie e dettagliate letture ai principi costituzionali vigenti.

Questa, a parere di chi scrive, è la chiave di lettura con la quale affrontare la mutevolezza degli standard di condotta che emergono dai *iudicia bonae fidei* moderni, laddove il giudice si presenta attento agli stimoli delle varie istanze sociali e la buona fede è strumento interno all'ordinamento con il quale quest'ultimo le tutela.

Si ricordi, in punto, il pensiero di A. Ross il quale, evidenziati analiticamente i problemi semantici e sintattici legati all'interpretazione del testo normativo, ai quali, al pari che oggi, era attenta anche la rigorosa scuola kelseniana, conferma l'indispensabile ruolo della giurisprudenza e sottolinea i condizionamenti che subisce l'opera del giudice, sensibile ai valori politici, culturali e della tradizione.

Tuttavia la ricostruzione svolta presenta un margine di rischio ed è lo stesso Ross a chiarirne i presupposti: simili teoriche non discutono, infatti, l'assetto positivista degli ordinamenti.

La regola è regola se autoritativamente dichiarata e se applicata dalle istituzioni, laddove ciò che è giusto non presuppone un piano di confutazione immutabile che rimanda ad un giudizio di valore in senso assoluto sulla natura umana, ma è un concetto transeunte, direttamente proporzionale alla forza delle rappresentanze istituzionali: d'altra parte però, lo stesso valore si presenta abbandonato al cambiamento violento e radicale della storia e delle costituzioni.

Per fornire un'idea, certamente estrema, del rischio paventato, si riporta un'affermazione di Ross: "E' irrilevante per esempio - egli osserva - che le leggi antebraiche di Hitler o certe leggi d'altri paesi che consentano la poligamia, siano considerate in contrasto con l'idea di diritto; resta pur sempre il compito pratico inevitabile di porre in essere norme, realmente effettive - giacché - in connessione con il sistema in cui esse si presentano". Quindi, conclude il filosofo, "mi sembra irragionevole esprimere una disapprovazione morale escludendo queste materie dalla scienza giuridica"<sup>531</sup>.

Anche la buona fede, nel contesto richiamato, esprime un concetto di giustizia proporzionato al divenire dei condizionamenti del mercato, del costume, dei criteri di condotta che la società condivide, distanziandosi dal valore assegnato ai *tria precepta iuris* del diritto romano, o alle condotte senza peccato del diritto canonico.

La giustizia che la buona fede introduce, nei rapporti, spesso si fonda sulla validità del principio costituzionale cui il caso si riconduce o sulla efficacia dello standard ad emersione sociale.

La scienza giuridica della contemporaneità, nell'elaborazione di un sistema che compensi le lacune dell'ordinamento giuridico verso forme più efficienti di giustizia in concreto, non considera il piano separato della *naturalis ratio*, ma

---

531 A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., p. 67.

reinterpreta la relazione umana alla luce delle regole dell'ordinamento, dove, tuttavia, tende ad inglobare le diverse necessità che emergono dal sociale per la migliore difesa dei beni della vita dell'uomo.

“La scienza giuridica”, osserva la dottrina, assolve, nella nuova prospettiva, alla “formulazione del migliore diritto possibile”<sup>532</sup>, laddove la virtualità della sua costruzione geometrica si risolve con il recupero delle diverse istanze che derivano dal sociale: è in quest'ottica, pertanto, che “il giurista (e ogni singolo uomo) viene pensato non come un tramite o destinatario - di un precetto normativo - ma anzitutto come *un'origine* del diritto”<sup>533</sup>.

È da qui, si osserva ancora, che “di fronte alle originarietà individuali, la legge si pone, più che come ispirazione, come condizione (di oggettività, e dunque di fecondità)”; l'iniziativa della produzione giuridica, sottratta al legislatore, ne costituisce l'esempio preminente, in quanto nel sistema democratico, è strumento indiscutibile di tutela dei beni e degli ideali dei singoli<sup>534</sup>.

La buona fede, nei pensieri che abbiamo preso in considerazione nelle pagine precedenti, è strumento di legalità, laddove il sostantivo non rimanda a una categoria concettuale autonoma<sup>535</sup>.

Sia la buona fede che l'ordinamento giuridico, infatti, se da un lato vengono depurati dal “requisito formale della legalità” e dal contrapposto diritto naturale, dall'altro recuperano la vicinanza alla relazione umana tramite la cosiddetta ‘giurisprudenza critica’, che attenta ai mutamenti del sociale, propone, con Esser, “processi di positivizzazione” delle forze e dei bisogni della società in senso buono e giusto.

La buona fede, nel dibattito contemporaneo, è strumento di procedimenti di positivizzazione: molte delle norme del codice che la prevedono sono state definite, con Messineo e con Natoli, “superfetazioni” dell'art.1175 del c.c..

Altri esempi, in tal senso, sono gli obblighi di protezione del diritto del lavoro o del codice del consumo, laddove, tuttavia, il potenziamento del vincolo di giustizia che coinvolge i rapporti nelle singole materie sembra generarsi da un ripensamento delle forze insite nell'ordinamento giuridico, tra le quali i precetti costituzionali e la buona fede.

“La bontà di una norma - dipende nella prospettiva richiamata - dalla bontà della conoscenza che si abbia del fatto normato (...). In questo senso – torna a ribadire la dottrina - la sociologia coopera necessariamente con la filosofia già nella formulazione del diritto ideale”.

“In secondo luogo – si chiarisce ancora- la sociologia per il diritto, fornisce alla scienza giuridica la conoscenza dei limiti entro cui il diritto ritenuto ideale dal

---

532 Per la citazione si veda L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1981, p. 179.

533 *Ibidem*.

534 La riflessione è di L. LOMBARDI VALLAURI, che nel contributo *Corso di filosofia del diritto* cit., p. 184, prende in attenta considerazione le complesse tematiche che ci occupano, sortendone una teorica intelligente e tuttavia legata a un'idea di diritto strettamente connesso alla mutevolezza degli ideali umani nella storia: i suoi profili sembrano mediatamente valutativi giacché, per l'approccio teoretico seguito, la giustizia del sistema non è cosa certa ma passibile di convenzionalità.

535 *Ibidem*.

giurista può essere proposto e divenire effettivo in una data società”<sup>536</sup>.

L’accezione più vicina alla richiamata idealità, tuttavia, non rimanda a criteri di giustizia immutabili, quanto più a criteri statistici vicini alla probabilità; sembra infatti, dalla lettura prospettata, che di “diritto ideale” si possa parlare anche con riferimento al solo diritto possibile in una certa parte della storia, in ragione del limite dell’evoluzione delle scienze umane, le quali si presentano organizzate anch’esse secondo processi di sussunzione dove l’uomo può essere interpretato alla luce dell’ennesima struttura.

#### QUARTO CAPITOLO

---

536 Id., op. cit, p. 195.

## LA BUONA FEDE DEL DIRITTO PUBBLICO

SOMMARIO: 4.1. Riflessioni sull'abuso del diritto e l'eccesso di potere. L'azione amministrativa e il principio di solidarietà. 4.2. L'imparzialità amministrativa e il recupero del rapporto tra amministrazione e cittadini: verso la costruzione di una buona fede di settore. 4.3. Buona fede del diritto privato e del diritto amministrativo: la separazione dei piani e le ragioni scientifiche della scelta. 4.4. La buona fede come principio Costituzionale "*sansse texte*": ragionevolezza, affidamento, buona fede, la ricostruzione dello schema. 4.5. La buona fede nei provvedimenti amministrativi. 4.6. Buona fede e solidarietà; l'altra voce della dottrina. 4.7. Ragionevolezza e buona fede a confronto: dalla giurisprudenza la possibile ricomposizione della buona fede unitaria.

4.1. *Riflessioni sull'abuso del diritto e l'eccesso di potere. L'azione amministrativa e il principio di solidarietà* — Nelle pagine precedenti abbiamo evidenziato come il diritto civile preveda l'idea di funzione dell'ordinamento, intesa sia come finalità cui tendono le singole regole di settore, sia come limite della posizione vantata dal soggetto di diritto, funzionale alla giustizia delle relazioni.

Sembra, infatti, che proprio dallo studio dell'abuso del diritto e dalla sua stretta connessione con l'interesse sociale si ricavi la funzione del diritto privato, quella cioè di tutelare i beni giuridici che protegge entro i limiti della giustizia e della solidarietà, giacché il contemperamento dell'individualismo dei singoli è chiara via di perseguimento del bene comune.

Con la Costituzione del 1948, la circostanza ha trovato solenne conferma. L'art. 2 della Carta Costituzionale prevede, infatti, che: "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali" ponendo obblighi inderogabili "di solidarietà politica, economica e sociale" che sono criteri espressi di contemperamento delle spinte individualistiche degli interessi di parte.

Individuare parametri di legalità *praeter legem*, posti a tutela della funzione sociale della posizione di diritto<sup>537</sup>, ha lasciato emergere il rilievo della buona fede nell'ordinamento e nei rapporti giuridici: la clausola se da una parte si contrappone e

---

537 La funzione sociale non è estranea allo stesso concetto di causa del negozio giuridico, si richiama in argomento E. BETTI, voce *Causa del negozio giuridico*, *Nss. dig. it.*, III, 1959, p. 35, che osserva: "causa o funzione del negozio si identifica con la funzione economico sociale del negozio intero, ravvisato spoglio della tutela giuridica, nella sintesi dei suoi elementi essenziali, come totalità e utilità funzionale in cui si esplica l'autonomia privata (...); è la funzione di interesse sociale dell'autonomia privata". La causa si dice "è presa in considerazione dal diritto sia quale ragione giustificatrice della garanzia e sanzione giuridica, sia quale criterio direttivo per la configurazione di effetti ad essa conformi"; dalla affermazione è possibile ricavare come la correttezza delle condotte rientri nell'elemento causale del negozio e ne costituisca, sotto questo profilo, un elemento essenziale. In punto A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova 1950, p. 323 che ritiene la causa elemento essenziale del negozio giuridico che, dice l'autore, non spiega ma 'giustifica'.

reprime la posizione abusiva di chi eccede nell'esercizio del diritto, dall'altra può tradurre in concreto i valori richiamati dalla Costituzione, diventandone strumento.

È opportuno precisare, tuttavia, introducendo il tema della buona fede nel diritto amministrativo, che l'abuso della posizione soggettiva può riguardare posizioni di disuguaglianza che, se riscontrabili nel diritto civile, sono tipicamente riconducibili ai rapporti con la pubblica amministrazione.

Nel diritto privato, infatti, ci sono opinioni che riconducono l'abuso di potere all'abuso di diritto<sup>538</sup>, con la conseguenza che a entrambi gli illeciti si prospetta opponibile il limite extragiuridico della buona fede.

Le precedenti considerazioni, per le finalità che il lavoro si propone, richiedono di verificare, a questo punto, se e in che modo la buona fede può produrre effetti integrativi e correttivi nei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione, laddove, per esempio, l'esercizio della posizione vantata si profili abusiva e l'azione amministrativa sia viziata da eccesso di potere.

In realtà, nel diritto amministrativo, la forza giuridica della buona fede non trova facile sistemazione o riconoscimento: lo sviamento dalla legittima funzionale esercitata dai soggetti di diritto pubblico, che costituisce la figura giuridica dell'eccesso di potere, si distanzia, a ben vedere, da quel concetto di solidarietà intersoggettiva della quale abbiamo parlato quando abbiamo trattato della buona fede e del diritto privato.

La funzione esecutiva presenta invero delle peculiarità che assecondano la distanza segnalata, ancorché con recenti e sostanziali contemperamenti<sup>539</sup>.

In primo luogo, seppure la pubblica amministrazione risponda al complessivo

---

538 Sussistono opinioni in dottrina che paragonano l'abuso di diritto all'abuso di potere e, da questa prospettiva, all'eccesso di potere. Osserva, infatti, G. LEVI, *L'abuso di diritto*, cit., p. 119, che l'abuso di potere rientra nell'abuso di diritto: "si veda, per esempio - precisa il giurista - il caso del tutore che nominato dal giudice tutelare per svolgere le sue funzioni, abbia ecceduto nel suo mandato, sia andato, cioè, oltre le competenze proprie del suo incarico (art. 384 del c.c.), di abuso infatti parla tra le altre l'articolo menzionato". Altro esempio riportato dallo studioso, riguarda l'ambito societario laddove "si può constatare un abuso di potere, quando per esempio, la delibera dei soci non realizzi l'interesse sociale". A contrario A. GAMBINO, *Il principio di correttezza nelle società per azioni. Abuso di potere nel procedimento assembleare*, Milano 1987, p. 84, il quale sostiene che l'abuso di potere o l'eccesso di potere si distingue dall'abuso di diritto, in quanto la prima figura si qualifica sulla base della sostanziale disparità delle posizioni coinvolte.

539 Osserva F. Benvenuti: "Nella legislazione più recente (...) si è data grande estensione al procedimento, non solo precisandone i vari elementi (...) ma anche ammettendo la partecipazione degli interessati all'interno stesso dell'esercizio della funzione consentendo loro la conoscenza dei vari atti interni e la possibilità dei loro apporti collaborativi. Ma ciò non è tutto, si è infatti anche previsto che la conclusione del procedimento possa avvenire mediante la inserzione nell'atto volitivo dell'Amministrazione procedente di un atto volitivo del privato partecipante". Precisa ancora lo studioso come "da un punto di vista teorico la dottrina non ha ancora chiarito quale sia la funzione della volizione del soggetto privato; ma è sicuro che la partecipazione del privato non è solo condizione di efficacia esterna del provvedimento finale, ma è un momento essenziale della trasformazione delle sue volizioni nella volontà finale". Cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova 1996, p. 193. Incisiva l'opinione espressa da A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa' (Sonntagsgedanken)*, Milano 2005, p. 105, il quale si esprime criticamente sulla partecipazione procedimentale osservando come, in ogni caso, l'interesse del cittadino pur "inequivocabilmente oggetto dell'atto, non riuscì mai ad essere costruito come oggetto della controversia, ovvero termine di un rapporto giuridico paritario".

sistema costituzionale, il principio di separazione dei poteri ne giustifica la speciale disciplina e si è negativamente ripercosso sul rapporto instaurato col cittadino, il quale si trova a fronteggiare il potere amministrativo subendone la posizione sovraordinata; la pubblica amministrazione è portatrice d'interessi ai quali i principi fondamentali di uguaglianza, sovranità popolare, legalità, hanno in definitiva attribuito una posizione preminente secondo le regole di settore<sup>540</sup>.

Dal canto suo, la funzione amministrativa è riconosciuta come esercizio del potere volto all'attuazione della proposizione giuridica in senso vincolato o discrezionale<sup>541</sup>, dalla quale consegue la modificazione autoritativa della posizione giuridica del destinatario in senso perlopiù conforme al precetto normativo.

Il limite al quale normalmente è sottoposta la pubblica amministrazione, quindi, non trova fondamento nella posizione paritaria col cittadino, ma nella corretta

---

540 Il dibattito in argomento ha occupato buona parte della dottrina giuspubblicista e può essere riassunto nelle seguenti osservazioni: “la Repubblica passa, l'amministrazione resta”, oppure “il diritto costituzionale è in cammino, il diritto amministrativo stabile”. Così la ricostruzione critica di V. BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, Milano 1977, in seguito pubblicato in *Amministrazione e Costituzione, Scritti giuridici*, Roma 1992, p. 21, che spiega gli assunti alla luce dell'interpretazione severa della tripartizione dei poteri, la quale, si sostiene, si sarebbe ripercossa con esiti negativi sulla posizione del cittadino e sulla tutela allo stesso accordata nei rapporti con la pubblica amministrazione. Dello stesso segno A. ORSI BATTAGLINI, “L'astratta e infeconda idea”. *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni Fiorentini*, Milano, 1988, p. 569 e ss., vedilo anche in AA.VV. *La necessaria discontinuità, Quaderni del S. Martino*, Bologna 1990, pp. 11 e ss., ora in *Scritti giuridici di Andrea Orsi Battaglini*, Milano, 2007, pp. 1307 e ss., che rileva come proprio il principio di separazione dei poteri abbia condotto a vere ‘mutilazioni’ del modello di tutela cui ci si riferisce. In particolare lo studioso fa notare come la specialità del sistema amministrativo si fondi sulla concezione dello Stato come un soggetto “naturalisticamente” diverso dagli altri, tanto che per certi aspetti può essere messa in discussione la stessa idea di stato di diritto. In argomento anche C. MARZUOLI, *Un Diritto ‘non amministrativo’*, in *Dir. Pubbl.*, 2006, p. 133 che osserva: “se il diritto utilizzato è un diritto speciale, lo Stato è uguagliato a tutti gli altri soggetti di diritto solamente per una parte, se e fin dove non emerge la specialità, e ciò può risultare incompatibile con lo Stato di diritto”. Circa l'inscindibile legame che lega l'amministrazione e la Costituzione si veda M. NIGRO, *La pubblica amministrazione tra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Scritti giuridici*, III, Milano 1996, p. 1843, che osserva: “Tutta la Costituzione, in pratica, si occupa direttamente o mediatamente dell'amministrazione e, quindi, anzitutto, il raffronto viene a riguardare sostanzialmente, e a toccare, l'intero assetto dei pubblici poteri dal punto di vista dell'amministrazione”. Si veda ancora U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova 1996, p. 11 e p. 69, dove si osserva: “Il rapporto Costituzione amministrazione è biunivoco, ma nell'ordine dei valori che è l'ordine del diritto! è l'amministrazione che deve conformarsi ai principi costituzionali e non può essere il quadro costituzionale a piegarsi al modo di essere dell'amministrazione”, tanto è vero, egli ritiene, che è “un bene che la Costituzione si sia occupata poco dell'amministrazione”. C'è poi chi ha ritenuto che la Carta Costituzionale non si occupi, invero, dell'amministrazione. In questo senso S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, II, Bologna 1971, p. 57, che rileva: “nella costituzione il fenomeno amministrativo è in secondo piano o è regolato con gli occhi rivolti al mondo di ieri”.

541 In punto l'esautistica ricostruzione di Feliciano Benvenuti che spiega: “la Costituzione ‘esegue’ i principi generali espressi dalla sovranità e cioè i principi normativi contenuti in quella che si chiama la costituzione materiale ossia i principi del patto sociale giuridicizzati nella sovranità; la legge ‘esegue’ quelli contenuti nella Costituzione; l'amministrazione ‘esegue’ quelli contenuti nei precetti; e la giurisdizione quelli contenuti nelle sanzioni”. *Id.*, op. cit., p. 88.

esecuzione dell'interesse pubblico<sup>542</sup> predeterminato dalla regola d'azione; dell'interesse pubblico, tuttavia, è bene fornire la definizione poiché significativa per l'argomento affrontato.

L'interesse pubblico è descritto, da autorevole dottrina, come l'"interesse funzionale espresso dalla causa giuridica dell'atto" ovvero sostanzialmente si fonda sul rapporto tra "soggetto - potere (...) e fattispecie reale", laddove tale rapporto è di prevalente dominio della pubblica amministrazione<sup>543</sup>.

In tal senso è indicativa la posizione della giurisprudenza che, esprimendosi sul vincolo intercorrente tra interesse pubblico e funzione amministrativa, precisa che si tratta di un'attività "con la quale l'organo competente effettua in modo unilaterale, il raffronto tra fattispecie concreta e il suo modello legale" ritenendo tale operazione "funzionale, di un interesse della collettività - e al contempo - di un potere autoritativo esclusivo della pubblica amministrazione"<sup>544</sup>.

Stanti le premesse, se ne ricava, la mancata accettazione, sul fronte del diritto pubblico, della similitudine tra l'abuso del diritto e l'eccesso di potere<sup>545</sup>, quest'ultimo identificato come vizio di legittimità dell'azione amministrativa discrezionale e segnatamente della causa dell'atto<sup>546</sup>.

La pubblica amministrazione, infatti, incorre nel vizio richiamato, quando agisce fuori dal vincolo segnato dal rapporto tra il potere e la fattispecie concreta, vincolo in astratto predeterminato dal legislatore e che sostanzialmente è indagato e in prevalenza risolto, alla luce dell'esatta esecuzione dell'interesse pubblico<sup>547</sup>.

---

542 In punto A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 105, che osserva come la concezione della funzione amministrativa partecipata finisce comunque per ricondurre l'interesse privato all'interno del procedimento di definizione dell'interesse pubblico, poiché " il nucleo concettuale - della teorica - portato al massimo livello di astrazione, è sempre lo stesso: la struttura unilaterale della norma, dalla quale dipende la struttura e la qualità della tutela" riconosciuta agli amministrati.

543 F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova 1996, p. 91 e per la citazione, pp. 194 - 195. Osserva il Maestro: "abbiamo detto che i soggetti agenti nell'emanare un provvedimento amministrativo non fanno se non rendere reale un potere astrattamente statuito dalla norma: e che ciò si può fare quando esista un rapporto tra le circostanze astrattamente previste e la norma che le prevede: rapporto che esprime il concetto di causa". Tuttavia "non sempre (...) la 'fattispecie astratta' della norma (cioè la sua previsione di circostanze e provvedimento) è completa, ma spesso la norma lascia al soggetto agente di completarla in alcuni elementi (...). Questa libertà si chiama 'discrezionalità (...)'".

544 Si veda Cons. St. ad. plen., 5 Luglio 1999, n. 18, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

545 Sostanzialmente la mancanza di tale accettazione, osserva parte della dottrina, dipende dal timore che "le linee di organizzazione e di distribuzione del potere tra amministrazione e giurisdizione" siano incrinata da un'improvvida intromissione del potere giurisdizionale nell'azione amministrativa di esclusivo appannaggio del potere legislativo: così E. CARDI e S. COGNETTI, voce *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Digesto*, IV, Torino, 1990, pp. 342 e ss..

546 Si veda F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, p. 107: "Il vizio di eccesso di potere si può formulare come vizio di mancanza di causa dell'atto amministrativo, sempre che la rispondenza ad un pubblico interesse, o meglio ad un *minimum* di esso (...) ritengasi essere la causa dell'atto amministrativo". Ancora U. BORSI, *Giustizia amministrativa*, Padova 1941, p. 33 che qualifica il vizio come una "aberrazione dallo scopo generico e specifico a questo assegnato dalla legge onde l'atto ne resti menomato".

547 Si richiama la spiegazione di F. Benvenuti che in punto osserva: "Concedendosi come causa di un atto il rapporto tra soggetto-potere e la fattispecie reale, ne deriva che l'individuazione di questo rapporto può appartenere ad una valutazione discrezionale del soggetto agente: è costui, infatti, che identifica la sussistenza degli elementi essenziali che consentono l'adozione di un atto". Lo

La differenza tra le due figure, a modo di vedere di chi scrive, può essere ricavata da quanto fin qui chiarito, suscitando spunti ricostruttivi, circa i due sistemi di diritto, dagli esiti apparentemente inconciliabili: mentre, infatti, l'abuso di diritto è una figura giuridica non strettamente riconducibile alla violazione di legge, per modo che i parametri di legalità da applicare al caso concreto vanno oltre le regole del diritto positivo, l'eccesso di potere è vizio dell'attività discrezionale perché questa, pur disciplinata dalla norma, non possiede i criteri specifici della sua attuazione, sia nei termini dei suoi presupposti essenziali, sia "di alcuni principi giuridici vincolanti dell'agire dell'Amministrazione"<sup>548</sup>.

Tale circostanza sembra giustificare la tendenza della dottrina pubblicistica a ricostruire il vizio di legittimità come vaglio sulla ragionevolezza e proporzionalità della valutazione amministrativa svolta in concreto, la quale rimane vincolata al fine predeterminato dalla legge che è criterio assorbente dell'eventuale disvalore ravvisato.

La buona fede, limite sostanziale alla perpetrazione dell'abuso civilisticamente inteso, non è destinata a cambiare la speciale prospettiva ora descritta.

"Nel diritto pubblico – osserva la dottrina - la buona fede viene estrapolata dal rapporto e riconvertita da diritto a un comportamento, a principio sul potere"<sup>549</sup>.

Ne consegue che il sindacato sull'azione svolto alla luce della clausola generale può avvenire per sintomi<sup>550</sup> "ripercorrendo il percorso decisionale svolto dalla p.a. al fine – osserva la dottrina - di scovare profili di ragionevolezza che possono dar luogo all'eccesso di potere"<sup>551</sup>.

---

studioso prosegue dicendo: "E' chiaro che la causa non è sempre connessa ad una valutazione discrezionale, potendoci essere delle fattispecie vincolate e queste saranno oggetto di indagine nell'ambito del vizio di violazione di legge. Ma quando la causa è esercizio di valutazione discrezionale, essa valutazione può dar luogo al vizio di eccesso di potere". F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, cit., p. 201.

548 F. BENVENUTI *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., p. 202, che precisa: "Senonché l'eccesso di potere non può essere rapportato soltanto alla violazione di un elemento essenziale: esso può anche sussistere come violazione di un presupposto essenziale e precisamente nel momento dell'esplicazione della funzione come presupposto essenziale dell'atto. E ciò avviene quando essa è esplicita senza tener conto di alcuni principi giuridici vincolanti dell'agire della Amministrazione. Si pensi all'ipotesi di un licenziamento adottato per motivi di servizio realmente esistenti, ma in presenza di una circolare che inviti gli organi dipendenti a sospendere temporaneamente ogni licenziamento. E' questo un caso di eccesso di potere (...) non per vizio della causa, bensì per vizio della funzione, nella cui esplicazione si è infatti contravvenuto al principio gerarchico dell'organizzazione amministrativa". Per chiarezza espositiva si riportano altre citazioni dal medesimo contributo: "Altre ipotesi conosciute dalla giurisprudenza sono quelle di manifesta ingiustizia dell'atto o di diversità di trattamento tra due soggetti che si trovino in uguale condizione di fatto e giuridica o dello stesso soggetto in due casi uguali: nelle quali ipotesi si contravviene al principio di equità o giustizia sostanziale; e infine quella di manifesta illogicità dell'atto o di contraddizione tra la motivazione e il dispositivo: nelle quali ipotesi si contravviene (...) al principio della ragionevolezza dell'agire amministrativo".

549 A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano 2004, p. 233.

550 Ancora A. PIOGGIA, *idem*, che rileva come la buona fede sia "uno dei possibili modi di configurare nel concreto comportamenti rispettosi del buon andamento, dell'imparzialità, della ragionevolezza dell'esercizio del potere".

551 Le citazioni sono di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso*

L'eccesso di potere, d'altra parte, è fortemente condizionato dalla supremazia dell'interesse pubblico<sup>552</sup> che si profila assorbente di ogni eventuale violazione di canoni di condotta, pur sostanzialmente riconducibili alla correttezza nei rapporti della *communis opinio*.

Il diritto pubblico non è sensibile al criterio della solidarietà, in assenza di un rapporto giuridico paritario<sup>553</sup> tra chi amministra e chi viene amministrato, o meglio ne sviluppa una connotazione di settore.

In quest'ottica, il rapporto si presenta legittimo sotto il prevalente profilo della considerazione, da parte della pubblica amministrazione, di ogni posizione coinvolta nel procedimento e la circostanza prospetta una sorta di piano mediato del contatto tra aspettativa e potere, tra diritto e obbligo, in ossequio al presupposto che "l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità secondo le modalità previste dalle disposizioni normative"<sup>554</sup>.

Un esempio di quanto osservato si ritrova nella ricostruzione che la dottrina più accreditata svolge di uno dei sintomi dell'eccesso di potere, quello della manifesta ingiustizia.

Il sintomo, nonostante la sua chiara somiglianza con l'abuso di diritto, è definito una violazione della congruità dell'azione, in ragione dell'assoluta mancanza di proporzione tra la realizzazione dell'interesse pubblico e il sacrificio richiesto al privato<sup>555</sup>.

Nel diritto amministrativo, in realtà, la figura sintomatica, sopra citata, si fonda sullo sviamento dell'azione intrapresa rispetto al comando normativo, piuttosto che sulla base dell'ingiustizia che inficia il rapporto col destinatario dell'atto; il vaglio giurisdizionale a seguire s'incentra sulla ragionevolezza dell'*iter* dell'azione e sulla corretta attuazione dell'interesse pubblico alla luce delle fonti che lo disciplinano<sup>556</sup>.

---

*di potere alle regole del rapporto*, Milano 2008, p. 260.

552 Intanto sarà bene identificare questo interesse, richiamando la definizione di D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna 2005, p. 24, che chiarisce: "normalmente dunque un interesse pubblico altro non è se non un insieme di interessi privati" tuttavia "ciò che conta da un punto di vista giuridico è che sono da considerarsi interessi pubblici quelli qualificati tali da apparati politici (...) e talvolta dalle stesse pubbliche amministrazioni". In altri termini, osserva lo studioso, "all'interesse pubblico non si può attribuire un significato sostanziale ma soltanto giuridico-formale".

553 A fondamento di quanto sostenuto si richiama un pensiero di SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, p. 173, che osserva: "potere in senso stretto (o potestà) e diritto soggettivo rientrerebbero nel comune *genus* dei poteri in senso largo, attribuiti dall'ordinamento giuridico in ordine a beni e interessi da questo protetti, e sarebbero, quindi, entrambi, manifestazioni ed esplicazioni di capacità; però il primo si svolgerebbe in una direzione (...) non avrebbe oggetti singolarmente determinati, non si risolverebbe in pretese verso altri soggetti e perciò non sarebbe corrispettivo ad obblighi, mentre il diritto soggettivo si svolgerebbe sempre in un concreto e particolare rapporto giuridico o con una data cosa o verso date persone che viceversa avrebbero obblighi corrispondenti".

554 La citazione è di F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit. p. 211, che riporta parte dell'art. 1 della legge 241 del 1990 di recente oggetto di molteplici novelle.

555 In argomento il contributo di B. CAVALLO *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. Santaniello (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo*, III, Padova 1993, p. 316.

556 Si veda F. MERUSI, *L'Affidamento del cittadino*, Milano 1970, p. 202; per una posizione critica C.

L'esigenza di solidarietà tra le parti, che veniva in rilievo trattando di buona fede e diritto privato, è qui sostituita dalle peculiari connotazioni assegnate dal legislatore alla partecipazione procedimentale.

La partecipazione peraltro, e con autorevole dottrina, è espressione dell'imparzialità amministrativa piuttosto che manifestazione della piena e reale presa in carico degli interessi coinvolti nel rapporto: laddove "il cittadino ritenga di esercitare la facoltà di partecipare - al procedimento amministrativo - chiarisce in punto la dottrina - la sua paritarietà con l'amministrazione gli impone di agire secondo lo stesso principio di imparzialità che domina l'agire dell'Amministrazione (...). Il cittadino partecipante - infatti - deve agire nella stessa direzione in cui si pone l'agire dell'amministrazione (...) al fine di un temperamento degli interessi in gioco, onde soddisfare obiettivamente l'interesse collettivo finale"<sup>557</sup>.

Da questa prospettiva la buona fede acquisisce un ruolo diverso rispetto a quello che abbiamo in precedenza preso in esame e si pone in modo sostanzialmente conforme ai criteri normativi che presidono l'esercizio del potere, tanto è vero che essa è spesso confusa con altre figure giuridiche tipiche del settore considerato.

Significativa, in tal senso, la dottrina che evidenzia: "benché l'imparzialità non sia caratteristica dell'autonomia privata, tuttavia il suo esercizio nell'ambito del procedimento deve tener conto del principio collaborativo e perciò di un elemento di imparzialità. D'altronde ciò avviene anche nell'ambito dei rapporti privati, dove, come insegna l'art. 1337 del c.c." le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede. "Sicché - si conclude - si ha un'estensione di questo principio nell'ambito dell'esercizio della funzione" seppure con esiti speciali<sup>558</sup>.

E' bene sottolineare, a questo punto, come la presenza dell'art. 97 della Carta Costituzionale, abbia contribuito a segnare la peculiarità che la buona fede assume nel diritto amministrativo e a fondare le differenze ricostruttive sopra rappresentate<sup>559</sup>.

La previsione costituzionale dei principi dell'azione consente la limitazione degli effetti della clausola nei rapporti di settore e, talvolta, la speciale interpretazione assegnata alla stessa.

La previsione normativa, infatti, contribuisce a ricondurre ipotesi di

---

CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., p. 262, dove a proposito della ricostruzione del sintomo dell'ingiustizia manifesta come violazione della congruità dell'azione, si osserva: "Si tratta, a ben vedere, dell'esatto opposto di quella giustizia applicata al caso concreto, che costituisce nell'immaginario giuridico più lontano, l'essenza dell'equità".

557 Si veda F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., pp. 241-242. Nel contributo si trovano diverse osservazioni di rilievo rispetto a quanto sostenuto nel testo, come quelle che attribuiscono alla partecipazione procedimentale la funzione di non far cadere in errore l'amministrazione. Si dice infatti: "che si raggiunge così l'ulteriore scopo, anch'esso voluto, di eliminare molti casi di errore nell'esercizio della funzione"; cfr. *Idem*, p. 233.

558 F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., p. 242.

559 In punto si veda G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., p. 170, il quale osserva a proposito dell'art. 97 della Costituzione: "Si è ritenuta così introdotta nell'ordinamento, una nuova regola dell'azione amministrativa: una disciplina cioè delle modalità di esercizio del potere discrezionale, necessariamente articolata in due fasi: quella della predeterminazione dei criteri e quella (della coerente) applicazione degli stessi, derivandosi sì, dalla imparzialità, una regola di disciplina della funzione".

manifesta ingiustizia, di disparità di trattamento, di travisamento dei fatti, pure riconducibili nella sostanza alla violazione della buona fede nel rapporto, nell'ambito dell'illegittimità dell'attività procedimentale<sup>560</sup>, riscontrabile, di rimando, come vizio dell'atto conclusivo della procedura<sup>561</sup>.

In dottrina sono ancora sparute e flebili, ad esempio, le voci di chi ritiene la figura sintomatica della manifesta ingiustizia "un'inosservanza dell'obbligo giuridico di correttezza, rilevante autonomamente e senza la necessaria intermediazione della funzione e dell'eccesso di potere"<sup>562</sup>.

La ricostruzione del vizio presuppone, infatti, la mancanza di un presupposto dell'azione piuttosto che la diretta violazione della posizione dell'amministrato<sup>563</sup>.

La problematica dell'abuso della posizione vantata, in questo settore, può agevolmente ricondursi nell'ambito di una sostanziale 'carenza' di potere<sup>564</sup> per mancato rispetto del vincolo normativo<sup>565</sup>, oppure per violazione dei parametri di

---

560 In punto, senza pretesa di esaustività, Id. *Imparzialità dell'amministrazione e disciplina del procedimento nella recente giurisprudenza amministrativa e costituzionale*, in *Dir. Proc. amm.*, 1984, p. 436; P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione dei parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, Milano, 1988, pp. 585 e ss.; P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, Padova 1956, p. 38; E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Studi Crosa*, Milano 1960, p. 465.

561 Nell'ambito dell'acceso dibattito sul vizio dell'eccesso di potere la dottrina ha, infatti, distinto i vizi intrinseci da quelli estrinseci dell'atto; i primi più attinenti alla sua stessa conformazione, i secondi identificabili con rispetto al dato normativo o all'adeguatezza del procedimento decisionale. Si veda P. GASPARRI, voce *Eccesso di potere (Dir. amm)*, in *Enc. Dir.* XIV, Milano 1965, p. 8. Ancora in punto F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950, p. 36.

562 Il rilievo è di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., p. 266.

563 Di rilievo, in argomento, l'interpretazione fornita dalla dottrina circa le figure sintomatiche relative alla violazione di circolari, prassi o alla contraddittorietà dell'atto finale con gli atti interni. Il vizio, infatti, è ricondotto all'eccesso di potere piuttosto che alla violazione del legittimo affidamento generato dalla buona fede del destinatario dell'atto viziato. Rileva, in argomento, F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur.it*, 1912, III, p. 114: "pertanto se l'amministrazione in concreto agisce in violazione della circolare, seguendo forme, condizioni e limiti diversi, opera in un modo che dalla circolare risulta contrario all'interesse pubblico". L'attività svolta, sostiene lo studioso, è "priva della rispondenza all'interesse pubblico, priva di causa, viziata dunque di eccesso di potere". Nello stesso senso G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl.* 1915, I, p. 321 e ss., F.G. SCOCA, *Vizio di eccesso di potere per contrasto con circolare*, in *Nuova rass.*, 1984, p. 2488, P.M. VIPIANA, *L'Autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Milano 1999, p. 360, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1997, p. 321.

564 In dottrina quando si parla di carenza di potere ci si riferisce al "difetto di attribuzione" e allo "straripamento di potere": "nel primo caso - si osserva - il potere esiste ma è esercitato da un soggetto che non ne ha la capacità, nel secondo caso non esiste addirittura il potere, e non mancano nella prassi - si precisa - anche casi di questo genere seppure ridotti nel numero". Cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., p. 200.

565 In particolare, ad esempio, le pagine di T. ALIBRANDI, *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. Soc.*, 1982, p. 55, il quale osserva come la predeterminazione dell'atto in modo difforme al paradigma normativo, a prescindere dal vizio del motivo, si risolva, in prevalenza, nella mancanza di elementi essenziali dello stesso, come la volontà e l'oggetto, ancorché dalla teorica si possa agevolmente ricavare che oltre la carenza di volontà e oggetto ci si trovi di fronte alla mancanza del presupposto giustificativo dell'esercizio del potere.

accettabilità della valutazione svolta<sup>566</sup>, senza che possa venire in rilievo il profilo etico e sociale del contatto tra i soggetti coinvolti cui la buona fede rimanda<sup>567</sup>.

Altro problema opponibile al recepimento della clausola della buona fede nel settore del diritto amministrativo è la sottrazione al giudice amministrativo dell'accesso diretto al fatto, del suo autonomo accertamento, sempre che non si tratti di un fatto la cui sussistenza o insussistenza siano desunte direttamente dagli atti posti alla base del provvedimento impugnato<sup>568</sup>.

La figura dell'eccesso di potere, espressamente destinata al sindacato dell'attività discrezionale costituisce, nel pensiero prevalente della dottrina, limite di accettabilità delle valutazioni compiute dall'amministrazione, laddove il fatto vi rientra in via sintomatica piuttosto che centrale<sup>569</sup>.

566 Un esempio, in questo senso, ci viene dato dal rilievo che assume l'insufficienza o la contraddittorietà della motivazione del provvedimento: se da un lato essa denuncia palesemente l'inaccettabilità della valutazione svolta e prospetta un'ipotesi di eccesso di potere sotto il profilo dell'irragionevolezza dell'attività amministrativa, è pur vero che lo stesso vizio può essere sanzionato tramite l'applicazione dell'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo. La carenza di motivazione però non è sindacabile sotto il profilo della correttezza, come al contrario avviene nel diritto privato. Il rilievo dei motivi, nella disciplina contrattuale, è subordinato alla circostanza che gli stessi emergano dal sinallagma contrattuale e il loro rispetto è tutelato anche tramite il ricorso alla clausola generale. Si osserva, in punto, che "anche se – il motivo semplice non rientra nel contenuto del contratto, la parte deve tuttavia adoperarsi per salvaguardarlo se ciò non comporti un suo apprezzabile sacrificio". Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile III, Il Contratto* Milano 1987, p. 435. Per il diritto amministrativo e senza pretesa di esaustività cfr. C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1943, III, p. 7, che osserva: la motivazione sufficiente "deve contenere tutti gli elementi sui quali si è esercitato tutto il giudizio discrezionale, necessari e sufficienti a mostrare come il medesimo si sia svolto entro i margini ad esso assegnati dal diritto obiettivo". Nello stesso senso F. LEVI, *L'attività conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Torino 1967, p. 450; in un tempo più risalente F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione* in *Giur. It.*, 1908, III, p. 205, il quale rileva come l'obbligo di motivare i provvedimenti, pur non essendo un obbligo di natura generale, sia il "mezzo più sicuro" per lasciare emergere il vizio di eccesso di potere; M. RIVALTA *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e al privato interesse*, Milano, 1960; M.S. GIANNINI *Motivazione dell'atto amministrativo* in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 258.

567 A contrario di quanto riportato nel testo si veda l'interpretazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere svolta da C. CUDIA, *Funzione amministra e soggettività della tutela*, cit., p. 274 e ss. che, ad esempio, ricostruisce il mancato rispetto degli atti endoprocedimentali come violazione della buona fede sotto il profilo della violazione dell'affidamento dei cittadini. La studiosa osserva, infatti, dopo aver posto diversi distinguo sulla particolare natura e funzione degli atti interni: "Anche in questi casi (...) il riferimento all'eccesso di potere non è necessario. Le ipotesi di contraddittorietà tra provvedimenti sono riconducibili a due ordini di ipotesi: a violazioni di canoni di logicità e ragionevolezza obiettivi, avulsi da qualsiasi riferimento all'interesse pubblico, oppure a violazioni del principio dell'affidamento, il quale acquista una rilevanza giuridica autonoma".

568 In punto V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 517.

569 In punto S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo* Torino 1989, pp. 245-246 il quale ravvisa come nel caso di travisamento dei fatti, in altre parole quando l'atto è stato emanato sul presupposto dell'esistenza o inesistenza di fatti che al contrario sono stati accertati inesistenti o esistenti, il sindacato del giudice è incentrato su un vizio del processo logico di deduzione degli elementi acquisiti, non su un procedimento d'indagine o di conoscenza degli elementi rappresentativi della verità fattuale. Tanto è vero che qualora il fatto presupposto per l'azione risulti mancante, ci si trova nell'ambito di una nuova figura sintomatica: quella della carenza dei presupposti. In punto, per la ricostruzione di quanto in breve riassunto, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note*

Il suo travisamento<sup>570</sup>, infatti, non conduce alla valutazione degli effetti prodotti nel rapporto tra le parti coinvolte, non giustifica immediati sospetti d'illegittimità colpevole sotto il profilo dell'*alterum non laedere*, ma conduce più o meno semplicemente alla censura del provvedimento finale per mancato rispetto dei criteri logici dell'azione<sup>571</sup>.

Viceversa, avevamo notato come il sindacato diretto sul fatto dei *judicia bonae fidei* e del processo civile è elemento essenziale per la valutazione del disvalore della condotta di mala fede nel rapporto: quello stesso disvalore poteva profilarsi perfettamente legittimo ancorché ingiusto e quindi poteva essere censurato, siccome abusivo, secondo regole diverse da quelle del diritto positivo.

Se tali sono, in definitiva, le problematiche ricostruttive opposte all'utilizzo della clausola nel settore pubblicistico, è pur vero che proprio il sindacato sull'eccesso di potere possiede quella forza propulsiva dell'ordinamento già definita, in dottrina, "diritto vivente".

La giurisprudenza sottolinea, a questo proposito, come "l'eccesso di potere si risolve quasi integralmente nell'inosservanza non già delle singole norme legislative o regolamentari, bensì di principi ricostruiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza" secondo "caratteri assai simili a quelli della giurisprudenza pretoria nell'ambito dell'ordinamento giuridico romano"<sup>572</sup>.

---

*in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità, cit., p. 517.*

570 Chiarisce la giurisprudenza: "Sussiste il vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti nei casi in cui il provvedimento impugnato sia stato emanato nel presupposto dell'esistenza e inesistenza di fatti che, al contrario, risultano rispettivamente insussistenti o sussistenti". Cfr. Cons. St. VI sez. 13 giugno 1995 n. 567, in *Cons. St.*, 1995, p. 882.

571 In argomento il contributo di G. SALA, *Potere amministrativo* cit., p. 138, che rileva: "il giudice amministrativo può emanare soltanto sentenze costitutive del rapporto che egli rimette nello stato in cui si trovava prima dell'intervento dell'atto annullabile. Ma se il ricorso è di sola legittimità, il giudice ai fini dell'interesse leso, può soltanto annullare il provvedimento impugnato, mentre, se il ricorso è anche di merito, il giudice sempre a quei fini, può altresì modificare l'atto oppure revocarlo". Tuttavia circa il potere di merito assegnato alla giurisdizione, l'autore precisa: "Con ciò non si dice (...) che il giudice diventi un amministratore: il suo provvedimento è sempre una sentenza, ma quando egli può sindacare il merito (...) non ha altra via per assicurarne la conformità all'ordinamento che rifare la ponderazione degli interessi che avrebbe dovuto fare l'amministratore e tale ponderazione egli esprime con un nuovo provvedimento positivo o negativo (...) rispettivamente la riforma dell'atto o la sua revoca". Il travisamento dei fatti, nella casistica giurisprudenziale, è censurato in prevalenza sotto il profilo della manifesta irragionevolezza dell'azione, onde evitare l'illegittima ingerenza del giudice nell'attività amministrativa. Il travisamento dei fatti coinvolge ampi settori del diritto amministrativo, dalla valutazione delle offerte nelle procedure ad evidenza pubblica, alla valutazione delle commissioni esaminatrici nei pubblici concorsi, ai procedimenti disciplinari sui pubblici dipendenti. Si riportano, senza pretesa di esaustività, alcune delle sentenze più significative in argomento: T.a.r. Sicilia Palermo 19, agosto 1999, 1660 in *Foro amm.*, 2000, p. 637; Con. di St., VI, 21 marzo 2000, n. 1554, in *Foro amm.*, 2000, p. 948; Cons. di St. 1 ottobre 2001, n. 5188, in *Foro amm.*, 2001, p. 2786; Cons. St. V, 17 febbraio 2002, n. 5714, in *Guida agli enti locali*, f. 46, p.70; T.a.r. Veneto, I, 18 aprile 2000, n.915, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.a.r. Lombardia Milano, II, 6 novembre 2000, n.126 in *Foro amm.*, 2001, p.933; T.a.r. Abruzzo Pescara, 22, giugno 2002, n. 560, in *Foro amm. T.a.r.*, 2002, p. 2126; T.a.r. Puglia Bari, I, 18 dicembre 2002, n. 5697, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Più di recente: T.a.r. Veneto sez. I, 10 ottobre 2011 n. 1510 T.a.r.; Toscana sez. III, 25 ottobre 2011, n. 1556, T.a.r. Lombardia, sez. distaccata di Brescia, 13 dicembre 2011, n. 1726 tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

572Cfr. Ad. Plen. 28 gennaio 1961 n.3 in *Foro Amministrativo*, 1961, I, p. 516; in punto e per la

È bene chiarire, tuttavia, che l'attenzione al fatto rivisitata di recente dalle riforme sul processo amministrativo (ci si riferisce, ad esempio, alla prova della consulenza tecnica) non abbia innovato in senso radicale il sindacato svolto dal giudice di settore.

A tal proposito, si richiama il limite imposto dal Consiglio di Stato all'indomani della riforma segnalata, che ci ricorda, per esempio, come la consulenza tecnica d'ufficio sia un mero strumento di ausilio del giudice seppure utilizzabile "solo nel rispetto dei limiti del sindacato giurisdizionale sugli atti, vale a dire solo se e in quanto l'atto impugnato appaia già *prima facie* affetto da vizi logici o da travisamento dei fatti"<sup>573</sup>.

Nel diritto amministrativo, peraltro, gli *standard* di valutazione che emergono dal sindacato sull'eccesso di potere sono in prevalenza ricondotti nei gangli del diritto positivo<sup>574</sup> e nella violazione di legge, senza che ne risulti sviluppato un possibile piano autonomo dal quale emerga il rilievo giuridico di criteri *praeter legem* dalla valenza integrativa e correttiva delle regole di settore.

Sorte migliore non è riservata al rilievo del fatto dedotto in giudizio, il quale non è destinato a fornire spunti integrativi della regola di diritto, se non entro i limiti dell'esercizio legittimo della funzione e sotto il profilo dell'eccesso di potere<sup>575</sup>.

Anche i principi generali dell'ordinamento, applicati nel diritto amministrativo<sup>576</sup>, sono ricostruiti, dalla dottrina, con particolare attenzione alle fonti del diritto pubblico e, solo secondariamente, alla forza espansiva di leggi non di settore<sup>577</sup>.

---

citazione F. BASSI, *La norma interna*, Milano 1963, p. 295; D. FELICI "Juris positio" e Consiglio di Stato, in *Studi in onore di A. Papaldo*, Milano 1975, pp. 154 e ss.; significativo ancora G. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 971 e ss., M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 522 e ss..

573 Cons. St. VI, 5 settembre 2002, n. 4485, in *Foro amm. Cons. St.*, 2002, p. 2127. Per un approfondimento delle tematiche riportate nel testo, si veda C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985, p. 222.

574 A questo proposito la Corte Costituzionale evidenzia "come sia nozione giuridica comune che il testo legislativo è soltanto un mezzo materiale per esprimere un significato normativo (norma) e che (...) ciò che rileva è il testo in relazione al suo significato normativo, non certo il bruto materiale linguistico, in sé considerato"; cfr. Sent. (28 gennaio) 11 febbraio 1988, n. 158, in *Le Regioni*, 1988, p. 690. In punto anche V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc dir.*, XIII, Milano 1964, pp. 196 e ss..

575 In punto il contributo di G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., p.157 e ss. il quale, passando al vaglio le singole figure sintomatiche dell'eccesso di potere, ne giustifica, a una a una, la loro collocazione nell'ambito della violazione di legge, specie dopo la promulgazione della legge generale sul procedimento amministrativo e le successive novelle.

576 Per la rilevanza dei principi dell'ordinamento nel diritto amministrativo si veda F. MERUSI, *L'affidamento*, cit., p. 255 e ancora F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, cit., I, pp. 27 e 40.

577 In argomento, sempre G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., pp. 29 e ss., in particolare p. 32, dove si osserva che buona parte del diritto amministrativo è frutto dell'elaborazione dottrinarica di principi emersi dalla giurisprudenza, e da questa prospettiva: "l'interprete è chiamato a discernere non tanto i principi generali del sistema, ma quelli non di rado confliggenti, dei singoli sottosistemi. Correlativamente – osserva lo studioso - si deve porre il problema della metodologia di individuazione dei principi e della loro classificazione in relazione all'ambito di operatività (per materia, per grado di generalità), non quello della legittimità del loro

Da questa prospettiva, seppure si riconosca, nel diritto amministrativo, l'efficacia di principi *sans texte formel* estrapolati da criteri positivi noti o ad essi riconducibili<sup>578</sup>, ne viene apprezzata la forza propulsiva per la creazione di nuove regole d'azione<sup>579</sup>, senza che la stretta connessione tra l'esercizio del potere e la regola di diritto statale sia mai significativamente incrinata in favore di quel dovere di solidarietà che, solo mediatamente, sembra coinvolgere i soggetti giuridici di diritto pubblico.

Nel diritto amministrativo l'idea che le norme *extra legem latae* abbiano consentito il formarsi "di un compiuto sistema normativo" nonostante l'incapacità del legislatore "di disegnare un compiuto sistema normativo"<sup>580</sup>, è opinione condivisa; tuttavia la considerazione non assume significati teoretici autonomi e sovversivi della lettura tradizionale del sistema.

Ciò che si ravvisa, nella sostanza, è un prevalente timore teoretico, laddove al contrario, nel diritto civile, si finisce per affermare con Betti, Natoli e Messineo, che molte regole destinate alla disciplina dell'autonomia privata costituiscono, in realtà, la 'superfetazione' di un sovraordinato dovere di correttezza il quale, per esigenze di evoluzione storica, di costume e di rispondenza del diritto alle esigenze reali e antropologiche appare intanto necessario, poi naturalmente indipendente rispetto all'impianto ordinato e gerarchico delle regole dell'ordinamento.

---

impiego". I principi nel diritto amministrativo, chiarisce Sala, sono considerati, in prevalenza, principi di settore in quanto "proprio il carattere frammentario della legislazione amministrativa costringe il giudice a ipostatizzare a principi generali norme scritte per materie speciali". In punto anche F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in *La procedura amministrativa*, G. PASTORI (a cura di), Vicenza 1964, p. 543 ed ancora, senza esautività, F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in *Legge, giudici, politica: le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano 1983, p.119.

578 Osserva G. SALA in *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., p. 63 che "sul punto la dottrina è ormai pressoché concorde – di non confondere - valenza e contenuto dei principi con le modalità, la tecnica, della loro individuazione, potendosi desumere principi generali da una sola disposizione, così come da un insieme di disposizioni o anche di norme. Del resto lo stesso ordinamento riconosce a principi impliciti e a principi codificati, effetti non diversi prevedendo che i principi fondamentali delle singole materie possano indifferentemente risultare da "leggi che espressamente li stabiliscono"". Si ritiene, in dottrina, che propri la giurisprudenza abbia integrato con questi i principi dell'ordinamento la scarna normativa esistente nel settore; in punto E. CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini 1983, p. 105, e F. BASSI, *Alcune riflessioni sul regime di determinazione autoritativa dei prezzi*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1978, p. 10 e ss.. Per una lettura limitativa dell'argomento A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano 1976, p.78 e ss..

579 In particolare si fa riferimento al dibattito sviluppatosi dopo la promulgazione della l. 241 del 1990 che autorevole dottrina ritiene espressione della positivizzazione di principi ad emersione giurisprudenziale elaborati dalla dottrina di settore: uno di questi è il principio del giusto procedimento, applicabile alla stessa legislazione primaria. Si veda G. PASTORI e il suo contributo su *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, U. Allegretti - A. Orsi Battaglini - D. Sorace (a cura di), Rimini 1987, II, p. 805 e ss., e ancora M. E. SCHINAIA, *Profili evolutivi nella problematica del diritto amministrativo*, in AA.VV. *La disciplina generale del procedimento amministrativo*, Atti del XXXII Convegno degli Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 18-20 Settembre 1986, Milano 1989, p. 107.

580 G. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, p. 251.

4.2. *L'imparzialità amministrativa e il recupero del rapporto tra amministrazione e cittadini: verso la costruzione di una buona fede di settore* — Presentato il piano problematico con il quale la buona fede nel diritto pubblico è destinata a misurarsi, pare si possa osservare che questo settore del diritto non sia destinato a subire limitazioni, di natura extragiuridica, simili a quelle in precedenza trattate.

Osservava in punto Federico Cammeo come “in diritto privato l'equità muove dal concetto dell'uguaglianza, in diritto pubblico dalla prevalenza dell'interesse statale”<sup>581</sup>.

La natura etica e sociale, propria del significato originario della clausola, si presenta condizionata dalle regole di settore: alla buona fede è espressamente sottratta l'innata forza integrativa e correttiva dell'ordinamento oltre il testo normativo e di là dalla gerarchia delle fonti.

La fiducia reciproca, la presa in carico della posizione altrui, si connotano, nel diritto amministrativo, di influenze costituzionali che richiamano i principi dell'azione amministrativa ci si confondono, anche se, più di recente, l'azione della pubblica amministrazione è stata interpretata con maggiore attenzione al rapporto tra i soggetti coinvolti.

Il dato scientifico che ne deriva, seppure contribuisca in maniera autorevole alla ricostruzione del rapporto di diritto pubblico e con esso all'*habitat* naturale della buona fede, ne fornisce, tuttavia, una lettura sfumata, sostanzialmente distante da quella forza correlativa più consona al rilievo giuridico della correttezza e dagli esiti correttivi del diritto scritto.

Di particolare interesse, da questa prospettiva, la ricostruzione di chi intende la buona fede direttamente riconducibile ai principi dell'art. 97 della Costituzione, in particolare a quello dell'imparzialità amministrativa.

L'imparzialità, nella teorica, è criterio principale di giustizia cui risponde l'azione amministrativa, di cui è parte e signora insieme la pubblica amministrazione

<sup>582</sup>

Il percorso tracciato merita di essere svolto attentamente, poiché se da una

---

581 Si tratta della celeberrima prolusione bolognese del 1923, dal titolo *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, 1924, dove si richiama l'idea del minimo mezzo profilata da G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, Prato 1835, p. 14: egli descrive un'azione amministrativa tesa al massimo vantaggio pubblico col minimo sacrificio privato. La definizione è recuperata da G. SCHIAVONETTI, *L'equità della pubblica amministrazione*, in *Studi Cammeo*, Padova 1933, II, p. 506. Per un contributo sull'argomento più recente si rinvia a L.R. PERFETTI *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 789 che dimostra come l'equità possa mettere in crisi la costruzione del sistema di diritto pubblico specie in base al riconoscimento del principio da parte della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

582 Significativa in punto una pronuncia del Consiglio di Stato, 18 novembre 2002, n. 6389, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, p. 1240 che sancisce: “buona fede e correttezza sono, infatti, parametri propri ed esclusivi della autonomia privata risultano di per sé speculari al potere riconosciuto al solo giudice civile di intervenire sul regolamento di interessi posto in essere tra i contraenti o che gli stessi avrebbero dovuto porre in essere, al fine di valutare la misura entro cui la relativa disciplina è meritevole di protezione da parte dell'ordinamento positivo (...). Un compito diverso spetta al giudice amministrativo che, come noto, non impingue nel merito dell'attività amministrativa, ma si limita al solo controllo di legalità delle modalità con le quali essa è stata svolta in conformità ai principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento”.

parte dimostra l'efficacia giuridica della buona fede anche nel rapporto amministrativo, dall'altra sembrerebbe non risolverne l'utilizzo dicotomico che la nostra indagine prende in considerazione.

La teorica, infatti, sembra in prevalenza vincolata a quei pensieri che qualificano la buona fede una clausola di settore, quindi ora buona fede di diritto pubblico, ora buona fede di diritto privato.

Il dato di partenza del ragionamento è quello che ravvisa un collegamento sostanziale e contrapposto tra il principio del buon andamento e quello dell'imparzialità amministrativa (art. 97 Cost.), che esprimono, nell'ottica richiamata, sia i criteri regolatori dell'esercizio del potere, sia quelli della sua limitazione in senso equo.

Tale collegamento è destinato a ripercuotersi sul concetto di funzione amministrativa, in altre parole sulle modalità con le quali il potere pubblico si traduce in atto e, in modo rilevante, sul ruolo assolto dal procedimento amministrativo che, grazie all'incontro tra i principi sopra richiamati, può svolgersi in modo giusto con rispetto ai vari interessi in esso coinvolti<sup>583</sup>.

Da questa prospettiva, buon andamento e imparzialità condizionano il rapporto tra amministrazione e amministrati, che si sviluppa in senso dinamico e non più con esclusiva attenzione al soggetto della funzione amministrativa, ovvero alla pubblica amministrazione<sup>584</sup>.

Il legame, quasi dialettico, che intercorre tra i due principi, infatti, assume particolare rilievo nell'incontro tra l'interesse della pubblica amministrazione con

---

583 Sussiste nella teorica una sostanziale coincidenza tra la funzione amministrativa e il dovere d'imparzialità che si manifesta nella partecipazione procedimentale e nell'attenta valutazione dei suoi risultati. I passaggi tuttavia sono complessi e verranno di seguito sintetizzati per tratti essenziali. Tutto parte dall'accezione di causa dell'azione, intesa come elemento essenziale del potere esercitato e del provvedimento finale. Ebbene, se la causa è l'elemento fondante la volontà del soggetto agente, è la causa a determinare "l'essenza propria della funzione" la quale viene definita come "ordine dinamico di una realtà, verso il suo fine ed in particolare come esercizio di potere in vista di un effetto". Tuttavia, causa e funzione non potranno essere ben comprese valutando in via esclusiva i risultati finali dell'esercizio del potere, in altre parole il provvedimento, esse, infatti, trovano la loro massima significazione in sede procedimentale. Si osserva invero che "è in definitiva la causa che postula la necessità di una elaborazione graduale del giudizio e della volontà in cui l'atto si sostanzia: attesa la sua complessità, essa non può essere attinta con un atto istantaneo, ma ha bisogno di venir elaborata attraverso la progressiva raccolta e valutazione di vari elementi di fatto e di valore di cui consta". La veridicità della funzione sorretta dalla causa abbisogna del procedimento amministrativo come luogo di principale esercizio dell'imparzialità. Infatti, si osserva che "la rilevanza giuridica della funzione amministrativa si fa più analitica e generale nel passaggio dall'amministrazione parte all'amministrazione imparziale". Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pp. 229 - 230. Per la definizione di funzione amministrativa come "farsi sostanziale dell'atto" si veda principalmente F. BENVENUTI, *Eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950, p. 1 e ss.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1952, pp. 118 e ss..

584 Osserva Feliciano Benvenuti: "Se il procedimento non è soltanto concepito staticamente come un succedersi di atti (...) ma nella valorizzazione del cittadino, ciò che ne consegue è che quest'ultima modifica non solo il suo atteggiamento di fronte al potere ma addirittura la sua posizione nell'ambito dell'ordinamento. Il fatto di ascoltare gli interessi coinvolti, prima di decidere, tende a porre l'amministrazione su un piede paritario con il cittadino e dunque, a fare dell'amministrazione una attività necessariamente e non solo teleologicamente imparziale". Cfr. ID. *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., p. 233.

l'interesse privato, così che, in sede procedimentale, si determina un interesse comune ai due contrapposti, dalla natura partecipata e frutto della collaborazione tra le parti<sup>585</sup>.

Circa la diversa funzione dei principi costituzionali richiamati, posta alla base dell'incontro prospettato, si evidenzia che mentre il buon andamento assolve il compito di condurre l'amministrazione "al suo fine primario, cioè all'interesse pubblico specifico, e si pone perciò come canone primario regolativo della funzione"<sup>586</sup>, l'imparzialità è principio strettamente legato alla tutela degli interessi degli amministrati, giacché "riguarda il rispetto degli interessi secondari, e si atteggia più come limite, che come criterio positivo"<sup>587</sup>.

Il rapporto tra i principi costituzionali, nella teorica che ci occupa, è fondamento dell'esercizio del potere e, al contempo, criterio della sua limitazione *pro bono et equo*: in quest'ottica la dottrina vi riconduce il ruolo svolto dalla buona fede che diviene "corollario del principio di imparzialità"<sup>588</sup>, viceversa inteso come limite assorbente da opporre al primato dell'interesse statale e alla prepotenza del potere esercitato nell'esclusivo suo nome.

L'imparzialità è elemento essenziale del rapporto amministrativo che si sostanzia della partecipazione dei cittadini al procedimento.

La partecipazione procedimentale, dal canto suo, determina una nuova accezione d'interesse pubblico non più esclusivamente legato all'interesse predeterminato dalla regola d'azione, ma a quello derivato dal contatto delle diverse posizioni procedurali<sup>589</sup>.

---

585 Ancora le belle pagine di F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit. p. 293, delle quali si riporta un passo: "il risultato dell'introduzione del fondamentale principio di partecipazione, che va al di là di quello di uguaglianza espresso dallo stato di diritto e anche al di là del principio di solidarietà, espresso dallo stato sociale-consiste nella creazione- dello stato partecipativo". In questa nuova prospettiva "si deve riconoscere che ogni risultato di ogni azione (...) ha una valenza non soltanto per lo Stato persona giuridica, e in tale veste come rappresentante riassuntivo di tutto un popolo, ma ha anche una valenza diretta per ognuno dei membri del popolo".

586 U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p.33.

587 La teorica appartiene a U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit.. L'autore riprende, sviluppa e cita il rapporto tra buon andamento e imparzialità già descritto da A. BOZZI in *I profili costituzionali della pubblica amministrazione*, in *Riv. Amm.*, 101, 1950, I, p. 545, il quale osserva: "l'imparzialità è un aspetto, anzi uno dei presupposti, di codesto buon andamento". Si deve dar contezza, in questa sede, seppure la lettura che s'introduce non troverà sviluppo nel testo, che l'imparzialità amministrativa rileva anche per il fatto che su essa si fonda il potere politico. L'imparzialità, osserva la dottrina, è principio fondamentale per il raggiungimento di una organizzazione quanto più possibile equa. Per tutti, cfr. G. BERTI *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1961, p. 135 e ss..

588 Si veda C. CUDIA *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., p. 255.

589 Ricostruire i passaggi della teorica implicherebbe l'introduzione di grande parte dei pensieri della dottrina che hanno preso in considerazione l'esercizio del potere e gli elementi essenziali dell'atto, con particolare attenzione alla discrezionalità amministrativa. Consapevoli che un approfondimento in tal senso ci condurrebbe lontano, richiamiamo esclusivamente alcune significative riflessioni. COSTANTINO MORTATI, nel suo contributo *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, ed. provv., Regia Un., Roma 1935, p. 475, analizzando il fenomeno dell'attività discrezionale, lo ritiene sostanzialmente simile all'autonomia negoziale laddove la volontà rileva "come presupposto reale e non puramente fittizio della validità dell'atto": nella teorica l'elemento volitivo e valutativo, svolto dalla p.a. precedente, è avvertito momento

La dottrina, a questo proposito, evidenzia come sia “perfettamente consequenziale che la funzione” amministrativa si risolva, nel procedimento, “in due componenti essenziali: la componente cioè di acquisizione ed apprezzamento dei fatti e, l’altra, di elaborazione e determinazione delle qualificazioni giuridiche”<sup>590</sup> delle parti.

In quest’ottica di settore, l’imparzialità svolge un ruolo funzionale alla giustizia della decisione amministrativa, giacché concede spazio e rilievo procedurale a posizioni differenziate rispetto a quella della pubblica amministrazione e, in astratto, ‘antagoniste’ al potere.

Il contraddittorio, che il collegamento tra i due principi costituzionali introduce nel procedimento, contiene in sé ogni rimedio utile alla risoluzione della problematica legata all’eccesso abusivo della posizione vantata dalla pubblica amministrazione, nella prevalente convinzione che un’amministrazione imparziale sia anche un’amministrazione giusta seppure, sembra a chi scrive, che la soluzione fornita trascuri l’attività vincolata, lasciando di fatto il problema affrontato solo parzialmente.

La ponderazione tra l’interesse primario e l’interesse secondario<sup>591</sup>, di cui è investita la pubblica amministrazione in sede procedimentale, fornisce vitalità e

---

imprescindibile per la produzione degli effetti giuridici predeterminati dalla norma. D’altro canto, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova 1986, p. 145, nel riprendere il ragionamento prospettato, sostiene: “perciò appunto autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa sarebbero risultate due facce della stessa medaglia, solo diverse quantitativamente ma qualitativamente affini e vicine. La volontà discrezionale espressa dall’organo amministrativo per raggiungere l’effetto dell’atto avrebbe avuto come limite pubblicistico l’effettiva corrispondenza dell’atto stesso allo scopo ultimo positivamente determinato, mentre per la volontà privata, il limite di natura negativa, sarebbe consistito nella corrispondenza con gli essenziali interessi collettivi”. Il pensiero di Mortati si pone come fonte propulsiva delle linee di sviluppo assegnate all’argomento dalla teorica riportata nel testo, poiché lo studioso interpreta l’azione amministrativa alla luce dell’elemento volitivo del soggetto pubblico, piuttosto che alla luce lo scopo dell’azione, destinato a incidervi come limite esterno. Di rilievo i contributi sull’imparzialità amministrativa di M.S. GIANNINI, *Potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939, p. 80, laddove l’autore sottolinea come “la ponderazione degli interessi - demandata alla pubblica amministrazione - da luogo ad una attività intellettuale in quanto si tratta di comprendere e stabilire come l’interesse essenziale sia atteggiato dal gioco degli interessi secondari. La fissazione dei valori dei diversi interessi termina in un’attività volitiva in quanto l’autorità pone come regola la scala dei valori da sé stessa fissati e su questa determina l’atto amministrativo in concreto nei singoli punti, per i quali la legge le attribuisce potere discrezionale”; Cfr. *Idem* pp. 187-188. Il ruolo assegnato all’imparzialità amministrativa risente della visione garantistica dello Stato di diritto della quale scriveva P. BODDA, *Lo Stato di diritto*, Milano 1935, *passim*, che per ora una visione d’insieme in cui la causa del provvedimento e del procedere amministrativo assumono un “significato relazionale”. Per approfondimenti, anche bibliografici, dei temi trattati cfr. L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 139 e ss..

<sup>590</sup>Per la citazione si veda U. ALLEGRETTI, *L’imparzialità amministrativa*, cit., p. 231.

<sup>591</sup>Se l’interesse primario è sostanzialmente l’interesse che deriva dal comando normativo, l’interesse secondario riassume in sé diverse posizioni anche dissimili: il concetto d’interessato al procedimento, di controinteressato o di portatore d’interessi non direttamente toccati dall’emanazione del provvedimento finale, ma qualificati dall’ordinamento, prendono spazio e tutela nella procedura volta all’emanazione del provvedimento, laddove l’autorità amministrativa, in una veste simile a quella dell’autorità giudiziaria, elabora una soluzione imparziale, ponderata e ragionevole. Per approfondimenti sulla ricostruzione dello schema, cfr. U. ALLEGRETTI, *L’imparzialità amministrativa*, cit., p. 55 e ss..

sostanza sia alla posizione soggettiva d'interesse legittimo<sup>592</sup>, che si connota come deriva dialettica delle diverse posizioni a confronto, sia allo stesso procedimento amministrativo, che è luogo di elezione del confronto tra le reciproche posizioni vantate e forma prevalente del rapporto giuridico ricondotto a giustizia<sup>593</sup>.

Se la contrapposizione imparziale dei diversi interessi procedimentali è criterio di giustizia del rapporto amministrativo, è pur vero che l'esito dello stesso viene delegato alla sola pubblica amministrazione: la circostanza, tuttavia, nell'ottica della teorica analizzata, rende il procedimento procedura e persino processo<sup>594</sup>.

Da questa prospettiva il provvedimento finale, frutto del procedere amministrativo imparziale, è espressione dell'equilibrio della decisione e della considerazione di tutti gli interessi coinvolti nell'azione; al contempo il procedere imparziale esprime, nel senso richiamato, la ragionevolezza e la correttezza

---

592 La teorica in breve richiamata, identifica l'interesse legittimo una posizione soggettiva di cui il contenuto è correlato al concetto di **parte relazionale**, qualifica propria della pubblica amministrazione: l'amministrazione, infatti, grazie ad innate caratteristiche giustiziali, può legittimamente perseguire l'interesse pubblico del quale è portatrice temperandolo, in senso equo, con la molteplicità degli interessi privati con i quali la sua azione viene in contatto, in un contesto in cui il potere amministrativo e la posizione dell'amministrato, prima dell'emanazione del provvedimento, si trovano collegati in uno speciale "rapporto amministrativo". Si veda per approfondimento G. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano 1962, II, p. 265 e ss.; nello stesso senso U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 3 e ss.. Circa i pensieri che riconoscono la p.a. soggetto idoneo a trovare la giusta composizione dei diversi interessi coinvolti nell'azione, si rimanda, senza pretesa di esaustività, a F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, pp. 63 e ss.. Ancora sui medesimi concetti M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli 1953, p. 31.

593 In particolare G. PASTORI, *Introduzione generale in La procedura amministrativa* (a cura di G. Pastori) Vicenza 1964, pp. 57 e ss., nella stessa opera si legga la *Prefazione* di Feliciano Benvenuti. Si rinvia ancora a U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 121 che chiarisce: "Per l'autorità ogni elemento del complesso ha eguale interesse, poiché essa è in definitiva interessata al complesso come tale. D'altronde questa struttura della funzione consente la presenza attiva dei soggetti particolari, i quali, a differenza dell'autorità, chiaramente intervengono come parti: ma proprio la loro presenza - precisa lo studioso - integra l'espressione autonoma nella procedura delle posizioni distinte dal fine pubblico e quindi rende possibile l'imparzialità di quest'ultimo".

594 La teorica esprime chiaramente la coincidenza di ruoli tra giudice e amministrazione imparziale, chiarendone tuttavia alcune importanti distinzioni: si osserva, infatti, come il giudice, rispetto ai fatti che deve giudicare, sia un "estraneo" un "assente" perché il processo è teso a "far rivivere quello che non vive più, che è ormai spento" e appartiene al passato. Il giudice quindi, nel farlo rivivere da estraneo, mantiene una posizione imparziale che assomiglia a una "inerzia istituzionale" soppiantata dall'iniziativa di parte e dalla "partecipazione di tutti"; la circostanza consente di ricomporre l'esperienza giuridica e la migliore applicazione della legge al caso concreto. Diversamente, il ruolo imparziale svolto dall'amministrazione, è qualificato in dottrina come "ruolo creativo", in forza del quale l'attenta valutazione dei singoli fatti, nel procedimento, non viene in emersione come "fattispecie singola" ma, nella realtà amministrativa, essa andrà conciliata con "l'attività globale" fatta "da una serie assai ampia di fatti, disposti su diversi livelli di rilevanza". Per approfondimenti sullo schema che fonda la distinzione, cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità Amministrativa*, cit., pp. 237-238; di rilievo in punto anche G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza e verità*, in *Rivista di diritto processuale*, 1950 n. 1, in particolare pp. 56 e ss., e ID., *Intorno al processo (ricordando Chiovenda)*, *Riv. int. di filosofia del diritto*, n. 3, 1938 p. 7, ora in *Opere*, IV, pp. 141 e ss., i cui contributi chiariscono il fondamento filosofico dell'imparzialità, dove il concetto di parte si perde nell'incontro con gli altri soggetti e con la legge intrinseca che governa l'attività relativa.

dell'azione amministrativa portata a compimento.

L'imparzialità, nella teorica considerata, è valore assorbente e trasversale di giustizia ed equilibrio del rapporto con gli amministrati, tanto è vero, e la dottrina lo conferma, che per questa via “non c'è contrapposizione d'interessi tra parti e giudice, né tra cittadino e organo legislativo, e neppure ve ne può essere tra amministrato ed amministrazione, quando di questa si abbia una concezione imparziale”<sup>595</sup>.

L'assunto va tuttavia specificato, per far luce sulle caratteristiche del rapporto che l'amministrazione imparziale intrattiene con gli amministrati.

In punto si rileva che grazie all'efficacia dell'imparzialità amministrativa non può ravvisarsi, nel rapporto di diritto pubblico, un chiaro concetto di parte giuridica.

La dottrina precisa, infatti, che “parte è, nella funzione amministrativa, solo il soggetto particolare che di volta in volta è singolarmente interessato ad essa, mentre l'autorità è in posizione imparziale”<sup>596</sup>; tuttavia, si osserva ancora, “lo stesso amministrato (...) proprio perché interviene in relazione ad una funzione imparziale, si presenta come parte solidaristicamente orientata (...) in quanto entra con essa in un rapporto non dissimile da quello, che per esempio la lega al giudice nel processo”<sup>597</sup>.

Stante il presupposto, pare evidente come il rapporto di diritto pubblico, nella teorica richiamata, si distingua da quello civilisticamente inteso<sup>598</sup>; la dottrina a tal proposito chiarisce come nel diritto amministrativo “né la reciprocità delle posizioni può contrassegnare il rapporto singolo, né il sinallagma tra più rapporti concretare il vincolo fondamentale che stringe tra loro le parti”<sup>599</sup>.

La dottrina in particolare evidenzia come “il bene tutelato dalle posizioni dei due soggetti” coinvolti nell'azione amministrativa imparziale “è in linea di principio comune (...) in proporzione alla rispettiva posizione nell'ordinamento”<sup>600</sup> e, a parere di chi scrive, proprio la comunanza segnalata pone in secondo piano, e rende peculiare insieme, il ruolo che la buona fede svolge nei rapporti analizzati.

Nel rapporto di diritto pubblico, chiarisce la dottrina, “il bene oggetto di una posizione favorevole (...) risponde anche al bene della comunità”, quindi coincide con quello dell'amministrazione imparziale, “poiché la posizione soggettiva di questa, tutela appunto il bene comune, e comprende perciò il bene dei singoli

---

595 Per la citazione U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 80, in particolare nota 60.

596 U. ALLEGRETTI, cit., p.223.

597 U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 117.

598 Le caratteristiche che la teorica attribuisce al rapporto di diritto civile sono evidenziate come segue: “il modo d'essere normale del rapporto privato sta in ciò che il legame che sussiste tra le due posizioni soggettive (...) è tipicamente un legame di simmetria o di reciprocità. Le due posizioni, infatti, convergono nel produrre un risultato consistente in un bene proprio di uno dei soggetti e al quale sono dirette, in termini inversi, sia la posizione (di diritto) di tale soggetto, che la posizione (di dovere) dell'altro”. Si osserva ancora che: “ (...) per conseguire il bene di entrambi, subentra - di norma - la necessità del sinallagma, cioè di un vincolo unitario e fondamentale che, convertendo le reciproche posizioni, conferisca al titolare del diritto un corrispettivo dovere e al titolare del dovere un corrispettivo diritto, assicurando in questo modo quella posizione di giustizia (...) che non si realizza se non è realizzato l'interesse di tutti i soggetti del rapporto”. Le citazioni sono di U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 222. Sul concetto di rapporto giuridico e sul legame che intercorre tra le posizioni soggettive in esso coinvolte si veda U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano 1943, pp. 16 e ss., e ancora L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus* 1952, p. 179.

599 U. ALLEGRETTI, op. cit., p. 222.

600 *Ibidem*.

soggetti”<sup>601</sup>.

Alcune brevi riflessioni appaiono a questo punto necessarie: se la teorica che lega la buona fede all'imparzialità segna un passaggio fondamentale nel recupero della giusta qualificazione del contatto che intercorre tra amministrazione e amministrati, laddove è questo contatto a caratterizzare i termini scientifici di quello che si può definire rapporto giuridico di diritto pubblico e al contempo piano etico dell'amministrare, essa tuttavia non è immune dai condizionamenti del ruolo svolto dal soggetto che si presenta più forte nel rapporto, ovvero della pubblica amministrazione.

Alla pubblica amministrazione è, infatti, riconosciuta sia la posizione di polo dialettico del confronto tra le diverse posizioni procedimentali e, al contempo, il ruolo di soggetto che dirime il confronto, come si trattasse di un giudice che, seppure interessato ai fatti della controversia, li affronta alla luce di una sorta d'imperativo categorico dal quale si ritiene possibile far derivare una caratteristica intrinseca dell'amministrazione; l'imparzialità, appunto, garanzia innata di giustizia sostanziale delle relazioni di settore<sup>602</sup>.

La teorica che ci occupa potrebbe essere quasi riassunta, in una formula matematica: tanto più essenziale è la funzione svolta dall'amministrazione<sup>603</sup>, in ragione dell'esclusiva titolarità del potere esercitato, quanto più si presume essa lo eserciti in modo imparziale e, per questa via, in modo giusto ed equo.

La centralità che l'imparzialità riveste, nella teorica analizzata, fa sì che il “dovere di buona fede discende dalla natura stessa dell'amministrazione imparziale. Se invero”, precisa la dottrina, “l'imparzialità pone l'amministrazione in una situazione comprensiva delle posizioni degli amministrati” essa sarà tenuta a osservare “il rispetto” della loro fiducia e la veridicità della condotta adottata

---

601 Per la citazioni si rimanda a U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pp. 222-223.

602 In quest'ottica, infatti, l'amministrazione diventa parte e arbitro insieme del rapporto, tanto è vero che il concetto del buon amministrare è rappresentato dalla fusione di questi due distinti ruoli, ancorché gli stessi si avvertano, quasi epidermicamente, inconciliabili. Si osserva, infatti, che: “Se si toglie, probabilmente, il diritto dei paesi del *common law*, altrove si continua a vedere nell'amministrazione una parte che esercita qualificazioni soggettive rivolte a fini specifici ed unilaterali, e relative ad almeno potenziali conflitti, con gli altri interessi sia pubblici che privati. Ma a tale attività interessata, l'imparzialità apporta una specifica possibilità di conseguire insieme l'essenziale da fini propri ed un coordinamento con gli altri interessi rilevanti. L'amministrazione diviene così una parte singolare; è parte e non lo è, secondo gli aspetti sotto cui la si considera. Ha infatti pur essendo parte un fine di giustizia (...)”. La citazione è di U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 29.

603 Circa l'essenzialità del ruolo svolto dalla p.a., può essere ricavata sia dalla titolarità del potere di emettere il provvedimento finale, sia dai poteri istruttori che essa esercita nel procedimento amministrativo. Il passaggio emerge, nella teorica richiamata, laddove si osserva: “tutto ciò si risolve in primo luogo nell'attribuire all'amministrazione un larghissimo potere di iniziativa riguardo all'introduzione nel procedimento dei fatti e delle prove relative, nonché una connessa capacità di scelta discrezionale dei fatti rilevanti, sia pure nell'ambito e ad integrazione dei fatti normativamente predeterminati, nonché di quelli introdotti dalle parti o altrimenti acquisiti al procedimento perché notori”. Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 238. In argomento, senza esaurirli, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1951, pp. 51 e ss.; G. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, 1964, p. 76. Da ultimo, per una ricostruzione attenta del potere dispositivo della p.a. in sede procedimentale e per come lo stesso sia cambiato nella storia, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova 1986, *passim*.

secondo buona fede<sup>604</sup>.

L'imparzialità amministrativa e la sua relazione col principio di buon andamento sono, da questa prospettiva, il principale strumento di quello che autorevole dottrina definisce "attualità del potere" in senso garantista; il momento della trasformazione della potestà soggettiva in atto e, soprattutto, il luogo dove si svolge la trasformazione, il procedimento, assumono connotazioni sostanziali e correlative nell'ambito delle quali la dottrina colloca correttezza ed equità, ferma la supremazia dell'amministrazione imparziale<sup>605</sup>.

La teorica chiarisce, peraltro, come il "rapporto col soggetto imparziale, si esprime secondo una serie di principi, i quali si ispirano da un lato alla considerazione dell'interesse delle parti, dall'altro lato all'affermazione del bene comune"<sup>606</sup>: tra questi in primo luogo è il principio del contraddittorio, poi quello di buona fede e, infine, di pubblicità.

Seppure l'imparzialità sia garanzia dell'uguaglianza nel rapporto di diritto pubblico, quest'uguaglianza non significa "identità di trattamento" ma "la rifrazione che il rapporto di ciascuna parte con l'azione imparziale riceve nella correlazione tra le parti"<sup>607</sup>: in quest'ottica, che definiremo speciale, tra imparzialità e uguaglianza non sussistono differenze fondamentali e, tuttavia, il fine perseguito richiede principalmente che i cittadini possano accedere ai medesimi strumenti di difesa nel procedimento, a prescindere dai risultati che lo stesso produce sui loro interessi personali.

Se ne ricava, che il principio del contraddittorio, il criterio della buona fede e il principio di pubblicità degli atti amministrativi sono strumenti di perseguimento dell'uguaglianza, nell'accezione peculiare assunta dal termine e secondo l'orientamento della teorica di settore<sup>608</sup>.

Anche l'accezione di bene comune, che si raggiunge tramite la compiuta

---

604 U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 285.

605 La dottrina evidenzia come spostare l'interpretazione dei fenomeni, dal piano soggettivo - esistenziale al piano pratico, significa aprirsi a un discorso comune quindi al concetto di solidarietà. L'imparzialità amministrativa apre il diritto pubblico al valore richiamato, reinterpretando la funzione amministrativa in senso partecipato e quindi concreto. In punto si veda G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968, p. 266, che definisce il potere attribuito alla p.a. un'energia attuale, che prende consistenza durante il farsi dell'azione. Chiarisce, infatti, lo studioso: "che una volta impostata la questione in questo modo, proprio "l'attualità del potere", può assumere tutta la sua importanza ove intesa come strettamente congiunta al farsi stesso della funzione sostanziale, ed anzi che proprio il potere "attuale" in quanto svincolato da ogni eccessiva intromissione soggettivistica finisce per essere spostato nell'ottica della funzione, essendo l'uno (il potere) e l'altra (la funzione) appartenenti al moto dinamico dell'attività". In argomento si rimanda anche a L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., p. 232, nota 72, punto n. 4.

606 U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p.85.

607 U. ALLEGRETTI, *idem*, p. 86.

608 L'eguaglianza allora è essenzialmente giustizia del metodo con il quale le posizioni degli amministrati vengono in rilievo: è, in definitiva, imparzialità procedurale del giudice, dell'amministrazione, della legislazione. Si veda per la citazione U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 85 e 86, nota 69. In punto P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., I, pp. 116 e ss., il quale osserva che l'uguaglianza delle parti nel processo è espressa dal principio del contraddittorio e dalla bilateralità dell'azione. In tal senso F. BENVENUTI *Contraddittorio (Dir.amm.)*, in *Enc. Dir.*, IX, 1961, p. 738, che afferma: "il contraddittorio esprime la posizione di eguaglianza che è fatta alle parti nel processo".

valutazione di tutte le posizioni giuridiche coinvolte nel procedimento<sup>609</sup>, assume, nel pensiero richiamato, un'accezione che coincide essenzialmente con la funzione amministrativa imparziale.

A questo proposito, osserva la dottrina, il bene comune “appartiene proprio alla natura del soggetto – pubblico - in quanto imparziale”<sup>610</sup>, purché nel rispetto delle garanzie sopra chiarite, le quali connotano un concetto di giustizia nelle relazioni strettamente commisurato alle regole procedurali fornite dall'ordinamento e alla forza della posizione soggettiva vantata dalle parti secondo il dato normativo.

Il principio d'imparzialità sostituisce, nel diritto pubblico e nell'ottica rappresentata, la solidarietà del diritto privato<sup>611</sup> alla quale la buona fede è legata: il principio può prevenire e sanzionare l'abuso della posizione giuridica esercitata dall'amministrazione, tanto è vero, osserva la dottrina, che grazie all'imparzialità si può raggiungere quella “comunione di fini” che la stessa funzione amministrativa,

---

609 E invero, come dicevamo, l'amministrazione imparziale è essa stessa solidale e sociale, secondo un processo di coesione di quei valori che la teorica richiamata tende a fondere. Sul principio di solidarietà e imparzialità dell'amministrazione si veda U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova 1964, p. 107, il quale in questo senso tiene in particolare rilievo l'art. 2 della Costituzione; C. MORTATI, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 216 e ss.; F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Padova, 1996, p. 49, dove si precisa che la Repubblica si identifica con lo Stato comunità quale “dato da tutti i soggetti dotati di personalità giuridica e da tutte le società o associazioni o organismi dotati di personalità giuridica che agiscano nell'ambito dello stesso ordinamento”. Ancora *Ibidem*, in *Scritti giuridici*, Vol., I, *monografie e manuali*, Vita e Pensiero, Milano 2006, p. 256, laddove si osserva come il diritto amministrativo non è solo diritto della pubblica amministrazione ma può divenire pura “topologia” applicabile anche ai rapporti di diritto privato, qualora lo richiedano “esigenze, non sempre e non soltanto pubblicistiche, del bene comune”.

610 U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., nota 120, p. 223; la teorica si fonda su considerazioni svolte dal Maestro Carnelutti e precisamente sull'accezione tecnica di diritto soggettivo pubblico del cittadino. La posizione soggettiva, è definita come intermedia tra il potere e il diritto: essa si presenta sostanzialmente tesa alla tutela contemporanea dell'interesse del suo titolare e di quello dello Stato. Cfr. F. CARNELUTTI *Lezioni di diritto processuale civile*, 1929, rist. Padova, 1986, *passim* e Id. *Teoria generale del diritto*, Roma 1940, in particolare 161 e ss..

611 Se il principio di solidarietà civilisticamente inteso lascia convergere il rapporto, riequilibrato in senso equo, verso la tutela del bene comune, nella nostra teorica, invece, la solidarietà presenta connotazioni differenti. Si ritiene, infatti, che: “nella concezione solidaristica delle posizioni dei soggetti particolari, i due fini, il particolare e il pubblico, coesistono, come le ragioni giuridiche (...) del loro riconoscimento e la misura del loro esercizio. Di conseguenza conforme alla loro rispettiva natura, l'attività dell'amministrato si qualifica sotto un aspetto come libertà, sotto l'altro come compito convergente e coordinato con quello dello stato; ed il secondo aspetto può spiegare come sovente la si sia voluta qualificare come potestà o funzione”. Si chiarisce tuttavia che mentre “l'aspetto sociale dell'attività privata non la trasforma a nessun titolo in pubblica, perché le conserva la contemporanea orientazione ad un fine personale (...)” al contrario “il principio di solidarietà si concreta principalmente sul piano amministrativo, modellando la serie cospicua delle funzioni regolatorie che orientano le attività private in vista del conseguimento dei fini pubblici”. All'amministrazione è, peraltro riconosciuto, un potere distributivo che converge con l'amministrazione solidale, tanto è vero che la dottrina afferma come “dal suo carattere distributivo e solidaristico resta definita la struttura del rapporto amministrativo”: in quest'ottica l'imparzialità è strumento per la giusta attuazione del potere distributivo e per la realizzazione in concreto di un'azione solidale. Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pp. 220 - 221. Dello stesso segno, in argomento, cfr. F. BENVENUTI in *L'ordinamento repubblicano*, cit., pg. 646, laddove si chiarisce che il ruolo solidale dello “Stato di diritto” impone l'attenzione, in concreto, alla posizione giuridica dei diversi soggetti coinvolti nei rapporti.

purché partecipata, tende a soddisfare secondo giustizia<sup>612</sup>.

La cura degli interessi comuni, che il principio d'imparzialità tutela, trova il suo strumento principale nel contraddittorio procedimentale<sup>613</sup>, laddove emerge più compiutamente il volto sociale dello Stato, nella convinzione che la considerazione nel procedimento della posizione degli amministrati sia esempio oggettivo del "suo intervento equilibratore nella vita sociale a fini di giustizia"<sup>614</sup>.

La dottrina descrive compiutamente il sistema di questa dinamica di ponderazioni, rinunce, affermazioni tra i diversi beni della vita protetti dall'ordinamento.

A questo proposito chiarisce come "è (...) sempre lo stesso – elemento - che determina il contenuto della socialità dello stato, del principio distributivo e di quello solidaristico, l'elemento cioè che (...) a volta a volta sottopone il singolo a sacrifici anche gravosi per il bene comune od arresta la possibilità di affermazione di quest'ultimo, di fronte all'intangibilità di una certa sfera personale"<sup>615</sup>: questo elemento, si ripete, è l'imparzialità amministrativa.

È bene rilevare, tuttavia, che considerare la buona fede strumento dell'imparzialità amministrativa attribuisce, alla teorica richiamata, connotazioni molto innovative giacché sconfessa le originarie barriere ideologiche opposte all'efficacia della clausola nei rapporti amministrativi.

La teorica sconfessa, in particolare, il presupposto della necessaria paritarietà della posizione tra le parti che per E. Guicciardi costituiva un'importante barriera affinché la clausola potesse produrre effetti nei rapporti con la pubblica amministrazione.

L'idea che s'introduce nei pensieri di settore, alla luce del ragionamento prospettato, dimostra viceversa come, grazie al principio d'imparzialità, di rapporto si può parlare anche laddove sia coinvolta la posizione d'interesse legittimo, quindi la pubblica amministrazione<sup>616</sup>.

La dottrina evidenzia, infatti, come "sarebbe erroneo ritenere" che la buona fede operi solo in favore della parte civilisticamente intesa, sulla base del semplice pregiudizio che, solo nel rapporto di sostanziale equivalenza, la clausola sia idonea a dirimere "l'urto delle volontà paritariamente contrapposte"<sup>617</sup>.

L'essenza della buona fede, viceversa, "non presuppone altro che l'esistenza di soggetti e di una relazione intersoggettiva, qualunque sia poi la posizione di quelli e la qualità di questa: se parziale o imparziale".

---

612 In punto F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 131 e ss..

613 Sul collegamento prospettato F. BENVENUTI, *Contraddittorio (Dir.amm.)*, in *ENCI Dir.*, IX, 1961, p. 739.

614 Cfr. U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., nota 65 di p. 83; in argomento, per tutti, P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1941, p. 191.

615 Per la citazione U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pp. 89-90; lo studioso continua specificando: "in realtà esistono alcuni valori dell'uomo troppo fondamentali perché possono essere sacrificati anche per un fine sociale pressante come invece molti altri suoi interessi cedono secondo le situazioni, in vista di tale fine".

616 G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova 1953, p. 42 e ss. e ancora e significativamente F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova 1930 (rist.), pp. 106 e ss..

617 U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 282.

La clausola, grazie alla teorica richiamata, è applicabile *tout court* purché si riscontri “l’esistenza di un rapporto giuridico o di un atto giuridico”<sup>618</sup>.

La buona fede è elemento funzionale per il raggiungimento della ragionevole attuazione dell’interesse pubblico primario, poiché introduce, nel rapporto amministrativo, quei valori di fiducia e veridicità strumentali al contemperamento del primo con gli interessi secondari degli amministrati.

La buona fede rafforza, nel rapporto con gli amministrati, il valore della partecipazione procedimentale, imponendo doveri di diligenza nella reciproca rappresentazione dei fatti e la fedele interpretazione delle differenti posizioni delle parti; da questa prospettiva, la tecnica procedurale e il suo costante perfezionamento<sup>619</sup> diviene strumento e misura del raggiungimento del bene comune come, d’altra parte, assorbente garanzia di limitazione della posizione abusiva<sup>620</sup>.

Il risultato al quale la teorica perviene è il seguente: sotto il profilo dell’acquisizione dei fatti, l’attività amministrativa, in forza della buona fede, è retta “dal principio di verità, o logicità, o ragionevolezza”; sotto il profilo della tutela delle posizioni giuridiche, esse rispondono al “principio di giustizia, comprese le sue articolazioni, della buona fede e dell’uguaglianza”<sup>621</sup>.

La buona fede del diritto amministrativo non si presta a peculiari distinzioni scientifiche (buona fede oggettiva e soggettiva) presentando un necessario senso unitario: si osserva, infatti, che “la buona fede esprime la conformità del comportamento alla coscienza, la sua verità e sincerità cioè una conformità delle dichiarazioni giuridicamente rilevanti alle conoscenze del soggetto, ed una impegnatività delle sue manifestazioni di volontà, con conseguente conformità ad esse dell’agire discendente da una intenzione retta”<sup>622</sup>.

La buona fede – chiarisce la dottrina - non rileva sul piano della conformità “al vero stato dei fatti” quanto più sul piano del rapporto, ossia sul piano della “conformità del comportamento del soggetto, di fronte agli altri, alle sue conoscenze effettive della realtà (...) incluso però il dovere di conoscere con la normale diligenza quanto cade nella sua sfera di conoscibilità”<sup>623</sup>.

La buona fede, nella teorica richiamata, è “espressione della giustizia, che

---

618 *Ibidem*.

619 Chiarisce in punto la dottrina: “l’imparzialità del giudice appare subito essere diversa dall’imparzialità dell’Amministrazione; l’imparzialità del giudice significa che esso è soggetto estraneo alla lite e quindi alla definizione degli interessi coinvolti in un rapporto controverso; l’imparzialità dell’Amministrazione non la pone neutra tra i litiganti, ma essa è, come si suol dire, parte imparziale ovvero tale da poter prendere la decisione finale sulla base del principio del contraddittorio. Non solo, ma lo svolgersi della funzione pretende altresì che il procedimento abbia la caratteristica della trasparenza e della pubblicità”. Cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell’amministrazione italiana*, cit., p. 239.

620 La teorica riprende e rielabora i pensieri di P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, cit. p. 236, laddove l’autore si occupa della rilevanza sostanziale del principio della domanda nel processo. Il Maestro osserva, infatti, che: “Il principio della domanda è insieme potere di disposizione spettante ai privati sui propri diritti, e garanzia di imparzialità dell’organo giudicante”. Si veda in argomento e per la bibliografia di riferimento U. ALLEGRETTI *L’imparzialità amministrativa*, cit., nota 71, p. 87.

621 U. ALLEGRETTI, *L’imparzialità amministrativa*, cit., p. 231: in punto F. BENVENUTI, *Eccesso di potere*, cit., p. 22 e ss., in particolare nota 46.

622 U. ALLEGRETTI, *L’imparzialità amministrativa*, cit., p. 275.

623 *Ibidem*.

impone all'amministrazione e all'amministrato di trattarsi secondo verità<sup>624</sup>.

Il "principio di socialità", al quale la buona fede è, nella sostanza, collegato assume anch'esso connotazioni particolari.

L'esigenza di socialità si soddisfa, infatti, "attraverso il principio di pubblicità della procedura", tanto è vero che la dottrina evidenzia come "il riconoscimento del bene comune come fine dell'azione amministrativa, postula la possibilità di influsso della comunità generale sull'amministrazione" la qual cosa "si rende operante particolarmente (...) per effetto della informazione, del controllo e delle critiche che ne conseguono"<sup>625</sup>.

Concludendo l'argomento, può osservarsi che la buona fede del diritto pubblico risponde e si perde nel principio costituzionale dell'azione imparziale.

La dottrina, a questo proposito, sottolinea con forza come: "il dovere di buona fede è imposto con ogni rigore ai soggetti della funzione, e perciò esso assume una coloritura alquanto particolare rispetto alla buona fede privatistica, in relazione alle posizioni tipicamente differenti tra loro, dei soggetti della funzione amministrativa".

In ottemperanza alla buona fede del diritto pubblico, allora, "sarà (...) essenziale dovere dell'autorità di favorire apertamente il soddisfacimento delle legittime esigenze delle parti, e dovere delle parti di portare il loro leale concorso al fine pubblico, del quale sono solidalmente responsabili"<sup>626</sup>.

4.3. *Buona fede del diritto privato e del diritto amministrativo: la separazione dei piani e le ragioni scientifiche della scelta* — La fondamentale ragione di specialità che connota la buona fede, nel diritto amministrativo, deriva dall'impostazione teoretica che in argomento assume Enrico Guicciardi, il quale ne boccia il riconoscimento alla luce di alcune considerazioni molto significative: la buona fede è ritenuta applicabile ai soli rapporti giuridici di diritto privato giacché, le particolari garanzie che la regola della correttezza assicura, nel diritto amministrativo sono assorbite e concesse in ragione dell'interesse pubblico predeterminato dalla norma di diritto.

Il ragionamento è chiaro, il diritto amministrativo non abbisogna dei valori dell'etica, poiché l'amministrazione, agendo *iure*, non incorre in condotte dolose alle quali, tramite l'etica, si oppone la clausola generale<sup>627</sup>.

---

624 U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., p. 286.

625 U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pp. 240-241.

626 U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., pp. 286-287.

627 Ci si riferisce al pensiero di E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H.Schmitt*, op. cit., p. 557, dove l'autore, affermando la completezza dell'ordinamento giuridico, non ne riconosce, per mezzo della buona fede, alcuna possibilità d'integrazione; inoltre egli esclude che la p.a. possa porre in essere condotte dolose tali da essere avversate ricorrendo alla clausola, perché nessun dolo può esistere ove sussiste il dovere di agire in modo conforme all'interesse pubblico secondo un comando giuridico (op. cit. 809). In punto P. BODDA, *Sull'obbligo di annullare d'ufficio o su denuncia gli atti amministrativi illegittimi* (nota a Con. St. sez IV, 24 settembre 1941, nn. 303, 304) in *Foro Amm.*, vol. II, 1942, p. 1- 3, dove si evidenzia come " i rapporti tra interesse pubblico, equità, buona fede ecc., attendono ancora una loro solida elaborazione scientifica"; l'autore precisa ancora che la buona fede, pur rientrando tra le clausole generali intese come valvole di sicurezza dell'ordinamento giuridico, anche se "utili per un certo verso, producono non lievi inesattezze e perplessità nella loro applicazione", poiché non dispongono di un significato facilmente

Solo la conformità dell'azione amministrativa alla legge, garantisce l'attuazione della volontà popolare e la democrazia in tal modo espressa; grazie a tale conformità la giustizia si realizza nei rapporti giuridici, concretamente e in senso equo<sup>628</sup>.

La prima critica mossa alla buona fede, ovvero quella che ne limita l'operatività nell'ambito dei rapporti di diritto privato, si ritiene possa essere, almeno in parte, superata grazie alla collaborazione con gli amministrati che, la partecipazione procedimentale e le teoriche sull'imparzialità amministrativa, hanno di recente messo in evidenza.

D'altra parte, e non secondariamente, la ricostruzione svolta sull'origine della correttezza ha chiaramente dimostrato come la ragione della *fides* sia destinata anche ai rapporti tra impari<sup>629</sup>.

La teorica di E. Guicciardi, però, sembra permanere attuale sotto un prevalente profilo di fondo: la buona fede nel diritto amministrativo assume connotazioni sue, peraltro strettamente legate a tradizionali logiche di settore.

La buona fede non è regola autonoma dal significato etico e sociale ma si colloca nell'ambito dei valori costituzionalmente garantiti, con particolare riguardo a quelli che governano l'azione del potere.

Concessa l'origine etica della clausola, che anche per i giuspubblicisti appare in questo senso unitaria, si tende a distinguere gli effetti e l'interpretazione secondo il settore giuridico di riferimento.

Così facendo, la dottrina più accreditata rivendica con veemenza la libertà della scienza giuridica che, nel rispetto della logica e della gerarchia dei sistemi di diritto, interpreta la buona fede di là dalla storia e oltre l'essenza dell'origine.

“Il concetto di buona fede” scrive chiaramente M.S. Giannini “è fondamentalmente un concetto etico, di fisionomia unitaria, per così dire, finché si resta in sede etica, mentre nel diritto positivo ne vien considerato or l'uno or l'altro aspetto, onde esso si attegga in modi molto diversi a simiglianza di quanto avviene p. e. per il concetto di volontà, che mentre ha una unità psicologica o filosofica, giuridicamente, corrisponde a molteplici figure”<sup>630</sup>.

L'esigenza scientifica di abbandonare le origini o forse meglio di reinterpretarle, spiega sia la peculiare natura che la buona fede assume nel diritto pubblico, sia, paradossalmente, l'identità del nome che condivide con quella di diritto privato, in barba alle differenze ricostruttive di cui ci siamo occupati e alla contraddizione in cui la circostanza è destinata a cadere.

La buona fede, nella nuova lettura, è corollario del principio d'imparzialità, è criterio di giudizio strettamente collegato al vizio dell'eccesso di potere: essa è utile a sanzionare l'irragionevolezza dell'azione amministrativa non anche l'ingiustizia del contatto intrattenuto con l'amministrato, giacché proprio l'ingiustizia è supposta ipoteticamente distante dal principio di legittimità che presiede la determinazione

---

determinabile. L'assunto finisce per risolvere il problema del fatto posto all'attenzione del giudice, alla luce del principio di non contraddizione tra atti amministrativi, quindi dell'eccesso di potere.

628 H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, Milano 1982, p. 71.

629 Si rimanda al contributo che in questo lavoro è stato dedicato all'argomento, ovvero al cap. 1.5 del primo capitolo.

630 M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano 1939, particolarmente p. 188 e nota 105.

dell'interesse pubblico, "figura onnicomprensiva designante il rispetto dei limiti giuridici"<sup>631</sup> e garanzia della loro applicazione in senso giusto.

Anche la lettura della clausola, svolta dalla dottrina più innovativa, non risolve la contraddizione prospettata.

Il principio di buona fede, secondo F. Benvenuti e U. Allegretti, pur vincolando le parti del procedimento ai principi di correttezza e fedeltà reciproca ex art. 1337 del c.c., applicato in via estensiva al diritto pubblico<sup>632</sup>, non assume autonomo rilievo in sede giurisdizionale, né può essere oggetto di una pretesa direttamente tutelabile.

La lealtà e la fedeltà, nel rapporto, assumono connotazione mediate, rilevabili per sintomi e sono confuse nella più ampia categoria del vizio di legittimità che inficia la discrezionalità amministrativa, tanto da rivestire un ruolo comprimario.

Osservava, in punto, G. Berti e l'analisi si ritiene pertinente e lungimirante con rispetto al tema trattato, che: "quando si è cominciato a proporre il problema amministrativo dello Stato di diritto, si è pensato soprattutto a far convergere l'amministrazione sotto l'ombrello della legalità"<sup>633</sup>.

La circostanza, tuttavia, seppure abbia tutelato "le proprietà individuali e i diritti" garantiti dalla Costituzione, non ha prodotto i medesimi risultati con rispetto all'esercizio del potere amministrativo che, si chiarisce, continua "a dispiegarsi liberamente, accordandosi con il potere legislativo secondo un criterio di competenza e perciò negativo"<sup>634</sup>.

Il risultato, secondo lo studioso, presagisce esiti di sostanziale iniquità che, a parere di chi scrive, si rispecchiano nella connotazione scientifica assegnata alla buona fede: infatti la pubblica amministrazione "si mantiene formalmente nella legalità, ma si serve di quest'ultima non tanto come limite di garanzia per i privati, ma come una forza della quale poter disporre per togliere di mezzo ostacoli e contestazioni all'efficacia imperativa delle sue determinazioni e dei suoi atti"<sup>635</sup>.

La netta separazione tra scienza del diritto e piano etico dei rapporti sta alla base della scelta ermeneutica che coinvolge la buona fede nel diritto amministrativo; non a caso, una simile presa di posizione contrasta con la storia della *fides*, anche intesa sotto il profilo della *fides publica*, per se stessa dotata di una ragione che avrebbe condotto la dottrina a ben altri approdi interpretativi.

Invero la valenza correlativa propria del concetto unitario di *fides* aveva determinato due prevalenti derivazioni del sostantivo legate entrambe all'eticità delle relazioni: l'uno destinato ad evolversi nella *fides bona* dei rapporti *inter pares*, l'altro

---

631 Il pensiero e la preoccupazione, insieme, ai quali la particolare definizione d'interesse pubblico rimanda, sono di G. BERTI, *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *Jus*, 1996, p. 290, laddove si denuncia che il principio di legittimità, nel diritto amministrativo, "viene a piegarsi (...) alle esigenze dipendenti dal compromesso fra l'autorità spontanea dell'organizzazione amministrativa e l'autorità elargita dal legislatore".

632 In punto A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità, e ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 1999, p. 120, il quale pur occupandosi della clausola in via incidentale, ritiene che "un elementare" dovere di buona fede sussista anche in capo alla pubblica amministrazione, come derivazione della sostanziale unitarietà dell'ordinamento giuridico.

633 G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e amministrazione)*, Padova 1994, p. 147.

634 *Ibidem*.

635 G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, cit. p. 158. In punto U. ALLEGRETTI, *Il pensiero amministrativo di Giorgio Berti: l'amministrazione capovolta*, in *Jus*, 2007, p. 308 e ss..

nella *fides publica* dei rapporti di potere.

Se la *fides bona* implica l'apertura alla solidarietà umana che spinge a realizzare, nei rapporti, ciò che effettivamente le parti hanno voluto integrando e correggendo il diritto scritto, la *fides publica* si risolve in un canone di autolimitazione all'esercizio del potere applicabile sulla base della doverosa ponderazione degli interessi coinvolti, specie affinché lo stato di soggezione del cittadino non si profili troppo oneroso<sup>636</sup>.

In entrambe le situazioni però, e ciò contrasta con quanto più sopra rappresentato, la *fides* si dispone per impedire l'abuso del diritto alla luce di superiori principi di lealtà e correttezza che costituiscono l'imperativo morale al quale la regola risponde in senso unitario e dal quale inopinatamente ci si vuole distanziare.

La funzione applicativa, che anche all'origine stava alla base delle diverse qualificazioni assegnate alla *fides*, non si rimetteva, invero, a catalogazioni avulse dal valore unitario del sostantivo e, da questa prospettiva, *fides publica* e *fides bona* mantenevano la stessa funzione sostanziale, quella cioè di prevenire ingiustizie e quella di correggere la regola giuridica spesso portatrice di esclusiva legalità formale.

Distinguere il piano etico da quello giuridico, al contrario, ha introdotto un dubbio di dissonanza nell'evoluzione della clausola.

Fuori dal poterne prevedere l'unità anche soltanto su un piano funzionale, ora si utilizzano due locuzioni identiche dagli sviluppi giuridici, sostanziali e processuali, diversi: la buona fede del diritto privato e la buona fede del diritto pubblico.

La circostanza è chiaramente affermata da autorevole dottrina, la quale osserva, senza riserve o perplessità, che i concetti di correttezza e buona fede “divergono” a “seconda dei settori di applicazione”<sup>637</sup>.

Il quadro prospettato, lo vedremo, non cambia orizzonte sul fronte delle teoriche che interpretano la buona fede come principio costituzionale non scritto o come quel dovere di lealtà strettamente connesso con la tutela dell'affidamento incolpevole degli amministrati.

Di questi argomenti si occupa la ricostruzione a seguire che costituisce un nuovo piano di confutazione della problematica che il nostro lavoro prende in considerazione.

4.4. *La buona fede come principio costituzionale “sanse texte”.* *Ragionevolezza, affidamento, buona fede: la ricostruzione dello schema* — La buona fede, in un'importante lettura fornita dagli studiosi del diritto pubblico, è considerata “principio intrinseco” dello Stato di diritto, che presiede alla decisione amministrativa e che presiede alla stessa attività del legislatore<sup>638</sup>.

---

636 In particolare nei rapporti internazionali la *fides publica* era parametro di legalità *praeter legem* delle scelte: ad esempio, se dichiarare la guerra o mantenere la pace, concludere trattati o usare la forza, rispettare i *boni mores* o derogarli, in un contesto in cui il concetto di legalità si presentava specularmente ai bisogni concreti dei cittadini e all'etica condivisa dalla società civile. Rimandando il lettore al capitolo primo paragrafo 1.5. di questo lavoro si cita, ancora, per approfondimenti in argomento F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995, p. 14.

637 F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 44, nota 39.

638 F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna

Il presupposto ipotizzato si rende indispensabile per tutelare l'affidamento incolpevole del cittadino che sostanzialmente subisce un'attività contraddittoria della pubblica amministrazione, sia sotto il profilo legislativo, sia sotto il profilo amministrativo<sup>639</sup>.

Da questa prospettiva, la dottrina prende in particolare considerazione l'attività degli organi costituzionali o amministrativi, dove la buona fede viene in rilievo sulla base del seguente schema logico: a) la buona fede "è principio costituzionale non scritto"<sup>640</sup>, che come tale sarebbe destinato ad esplicare una funzione integratrice della disciplina, della procedura, dei presupposti dell'atto, previsti nei precetti normativi primari;

2007, p. 51.

639 Il tema dell'affidamento, nel diritto civile, è tema complesso. Da qui, alcune necessarie premesse e distinzioni. L'affidamento si distingue dalla buona fede soggettiva sotto il profilo dell'oggetto sul quale ricade la fiducia. Nel caso della buona fede soggettiva la fiducia alla quale si riconosce rilievo giuridico è di chi invoca la tutela e consiste nell'ignoranza di ledere il diritto altrui. L'affidamento, al contrario, rappresenta la fiducia che si è posta nella condotta della controparte. In punto, senza pretesa di completezza, R. SACCO, *Affidamento*, voce dell'*Enc. dir.*, I, 1958, p. 661; V. PIETROBON, *Affidamento*, voce dell'*Enc. giur.*, I, Roma 1988., p. 1. L'elemento relazionale consente, peraltro, di differenziare l'affidamento dalla mera apparenza, o "apparenza pura": seppure entrambi i significati presuppongano una situazione non reale, che influisce sullo stato di fiducia, l'apparenza riguarda lo stato di fiducia sull'esistenza di una certa situazione giuridica che costituisce presupposto dell'efficacia dell'atto a prescindere dal comportamento altrui (es. l'apparente titolarità di una posizione giuridica) l'affidamento, invece, è strettamente collegato alla condotta anche dolosa o colposa dell'altro. In punto, per tutti, cfr. A. FALZEA, *Apparenza*, voce dell'*Enc. dir.*, II, Milano 1958, p. 698, che distingue i concetti di "apparenza pura" e "apparenza colposa". Chiarissima, in tal senso la sentenza Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2003, n. 11246, in *Giust. civ. Mass.*, 2003 che precisa: «affinché si verifichi una situazione di affidamento, come tale meritevole di tutela, anche sul piano risarcitorio, secondo l'ordinamento, è necessario che il soggetto che invochi l'affidamento sia il destinatario del comportamento altrui, che crea l'affidamento stesso». L'esigenza di tutelare la fiducia posta nel comportamento altrui, si fonda sulla regola della buona fede che obbliga tutti i consociati, in particolare le parti del rapporto giuridico. L'affidamento rappresenta, tuttavia, una fattispecie complessa, al cui rilievo concorrono diversi elementi che riguardano sia i profili oggettivi, che quelli soggettivi del canone della buona fede. Il convincimento circa l'apparenza manifesta deve essere stato generato, infatti, da un comportamento altrui; d'altra parte l'obbligo di lealtà della condotta consiste nel non suscitare falsi affidamenti nella controparte, mettendo in atto azioni ingannatorie e dolose. L'espressione legittimo affidamento indica, in particolare, l'affidamento meritevole di tutela. In ogni caso va chiarito che il principio della tutela del legittimo affidamento non esaurisce l'ambito di rilevanza della buona fede, costituendo una delle possibili esemplificazioni del canone della correttezza. Cfr., per tutti, C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 209.

640 Si veda a tal proposito la sentenza Corte Cost. n.1 del 14 giugno 1956 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). L'assunto tuttavia, specie nella prima parte del novecento, non trova forte sostegno: in punto P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Le norme della correttezza costituzionale*, Milano, 1939, p. 114, il quale osserva "non pochi principi di diritto, per quanto generalissimi, spesso non attengono, in senso stretto, all'ordinamento supremo dello Stato (si pensi ad es. al principio di buona fede) e quindi non possono farsi rientrare tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale". La teorica prende spunto dalla posizione di Santi Romano il quale non considerava il principio di buona fede un principio giuridico. Cfr. SANTI ROMANO *Diritto e correttezza costituzionale*, prolusione al corso di Diritto Costituzionale nella Università di Pisa, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, p. 483 e ss. ora in *Scritti minori*, Vol. I, Milano 1950, p. 271 e ss.. A sostegno della tesi di Romano si veda C. CARBONE *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Padova 1948, p. 108. La problematica della *Treu und Glauben* e i suoi sviluppi a livello costituzionale sono stati riccamente affrontati dalla

b) la buona fede obbligherebbe la pubblica amministrazione a prendere in considerazione la situazione di affidamento da essa stessa determinata e a non violarla se non in presenza di interessi comparativamente prevalenti sulla necessità di assicurare tutela all'affidamento del privato destinatario di un precedente provvedimento;

c) l'affidamento sarebbe situazione giuridica preliminare ed autonoma rispetto al principio di buona fede, ma la sua tutela verrebbe assicurata dall'esistenza di tale principio;

d) in tale prospettiva il giudizio del giudice amministrativo sarebbe destinato a vertere: sull'idoneità del comportamento dell'amministrazione a determinare una situazione di affidamento, sulla ragionevolezza dell'affidamento asserito, sulla ragionevole (o meno) prevalenza dell'interesse pubblico sopravvenuto rispetto alle situazioni di affidamento in precedenza determinate; in altre parole il giudizio verrebbe condotto per sintomi destinati ad avere come punto di riferimento il parametro perlopiù inespresso del principio di buona fede, sulla base del quale è destinata a realizzarsi la tutela delle posizioni soggettive di vantaggio<sup>641</sup>.

Sulla buona fede come principio Costituzionale non scritto<sup>642</sup> a valenza integrativa della fonte primaria, sono quanto mai opportuni chiarimenti, in quanto teorica innovativa sul piano scientifico.

Si anticipa, tuttavia, che l'approdo non si presenta generalmente condiviso e forse il dibattito potrebbe essere destinato a proseguire nell'attualità, poiché denso di implicazioni sostanziali e sistematiche, sia riguardo ai rapporti con gli amministrati, sia alla tutela giurisdizionale ad essi concessa.

Da qui è necessario aprire una parentesi che riassume le diverse posizioni che collocano, nell'ambito del diritto pubblico, la buona fede a livello costituzionale.

Osserva F. Merusi, che nel diritto pubblico e nel diritto privato (per lo meno fino a metà degli anni ottanta) la buona fede, principio costituzionale non scritto, può tuttavia ricondursi a molteplici disposizioni costituzionali, di volta in volta diverse secondo la connotazione del fatto portato all'attenzione del giudice in giudizio<sup>643</sup>.

---

dottrina tedesca. Traccia dell'imponente percorso anche con i riferimenti bibliografici, ci viene riportata da F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni "Trenta" all'"Alternanza"* (Milano 2001, p. 41, nota 36. Ancora in punto F. MERUSI, *L'affidamento, del cittadino*, Milano 1970, *passim*).

641 A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova 1979, p. 60 e ss..

642 La questione è stata affrontata, in chiave problematica, da F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico* cit., p. 5, il quale, argomentando a contrario rispetto al tentativo svolto dalla dottrina di dare significato alla buona fede ricorrendo al contenuto dei principi costituzionali di cui agli artt. 2, 23, 41, 42 (op cit., 3), precisa: "Rimane da dire dei ricorrenti tentativi di dare una patente di nobiltà costituzionale al principio di buona fede in generale o a quella sua particolare manifestazione che è la tutela dell'affidamento. Ma è una "patente" necessaria? Se si ripercorre la giurisprudenza costituzionale italiana, (ma a dire il vero anche quella della Repubblica Federale Tedesca, alla quale si deve la priorità nell'uso e una applicazione numerosa e costante), ci si convince agevolmente del fatto che la buona fede e la tutela dell'affidamento non derivano da una o più norme costituzionali, ma che al contrario, la buona fede è norma autonoma che può trovare qualche implicazione in qualche norma costituzionale (...)" Si può pertanto affermare che, secondo lo studioso, la buona fede "altro non può essere che un principio costituzionale non scritto". Cfr. Id., op.cit., pp. 6, 7.

643 F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 3.

D'altra parte, e in senso significativo, esistono voci tra i giuspubblicisti che legano la buona fede alla solidarietà sociale di cui parla l'art. 2 della Costituzione<sup>644</sup> tant'è che la circostanza individua, in modo quasi insperato, un punto di congiunzione tra le contrapposte categorie della buona fede del privato e del pubblico.

Con l'impegno di ritornare sull'argomento, anticipiamo ora che la teorica si profila minoritaria, giacché conduce a soluzioni contrarie rispetto a quelle introdotte nel presente paragrafo: si chiarisce, infatti, come da questa prospettiva la buona fede recupera tra le regole di settore l'efficacia di quei valori etici unitari dai quali si era deciso soleramente di prendere le distanze, tanto è vero e questo è il senso della nostra digressione, che la teorica è stata severamente criticata dalla dottrina più accreditata a partire dal suo postulato originario, in altre parole dall'asserita uguaglianza tra buona fede e solidarietà.

“La solidarietà politica, economica, sociale, di cui parla l'art. 2 della Costituzione” si afferma, non senza biasimo, in dottrina “se può implicare casi di tutela dell'affidamento, non copre tutta l'area sulla quale si estende - l'integrazione - della buona fede sul diritto legislativo e neppure quella riferita alla tutela dell'affidamento.

Non si vede, infatti, quale nesso ci possa essere fra la solidarietà e la conservazione di un edificio costruito per errore su di un'area destinata ad una strada di PRG, nel caso in cui la tutela dell'affidamento vieti l'annullamento di una concessione edilizia”<sup>645</sup>.

Stanti le forti premesse, la buona fede del diritto amministrativo è un principio costituzionale non scritto di origine autonoma e la circostanza, a modo di vedere di chi scrive, ribadisce l'ambivalenza scientifica della clausola di cui il lavoro si occupa per una ragione evidente: mentre, infatti, affermare il legame tra buona

644 Si richiama la teorica di F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 113 e ss., secondo il quale la clausola generale acquista significato in ragione di quel principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Carta Costituzionale. In realtà la ricostruzione è pregevole e tende a far convergere la clausola su un valore unitario al quale risponderebbe sia il diritto pubblico sia il diritto privato. Dice lo studioso “Il principio di Buona fede o di correttezza discende perciò dal dovere di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione e consiste nell'esercitare i diritti in maniera tale da non comportare un eccessivo sacrificio della sfera giuridica altrui”. Da questa prospettiva il principio di solidarietà legittima la buona fede del diritto privato e nel diritto pubblico giacché il rispetto della norma costituzionale coinvolge anche l'esercizio del potere. Cfr. ID., op.cit., p.116. Circa il legame tra buona fede e art. 2 della Carta Costituzionale si veda, G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e dell'energia*, Milano 1962, p. 125 e ss. Nel diritto privato, per tutti, A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova 1977, pp. 291-338, il quale sostanzialmente sostiene che il dovere di correttezza è dovere irrinunciabile, posto a fondamento di ogni rapporto giuridico evidenziato dal traffico sociale. Tale dovere è funzionale allo sviluppo della personalità umana sia nei rapporti fra singoli che nelle formazioni sociali e il suo recepimento nella Costituzione attribuisce valore di fonte superiore al più antico principio del *neminem laedere*, oggi recepito nell'art. 2043 del c.c., il quale, per questa via, otterrebbe la propria legittimazione costituzionale.

645 F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 7 dove lo studioso contesta parte della dottrina tedesca (G. Kischer e G. Puttner teorici della derivazione della tutela dell'affidamento dallo stato sociale) e, nell'ambito della dottrina italiana, F. Manganaro, ribadendo la distanza tra l'esercizio del potere e i diritti fondamentali del cittadino di cui alla Carta Costituzionale, tra i quali il diritto-dovere di solidarietà.

fede e solidarietà, spinge il rapporto con gli amministrati verso un rilievo giuridico autonomo e tutelabile in via diretta, smussando con ciò le differenze insite nelle relazioni dei pari e degli impari, l'interpretazione che ci occupa acuisce la specialità della buona fede del diritto pubblico che rimane, in prevalenza, un criterio di legittimità dell'esercizio del potere.

Chiusa la parentesi sulla contrapposizione tra le due visioni della buona fede, è da rilevare che la speciale funzione integrativa, svolta dalla clausola, sulla normativa primaria è posta, nella teorica richiamata, a garanzia dell'autolimitazione dei poteri istituzionali, in particolare quello amministrativo e quello legislativo; in quest'ottica possono ottenersi tutele che si presentano attente al rapporto con gli amministrati, seppure in modo speciale e secondo interpretazioni di settore<sup>646</sup> di cui è bene chiarire i passaggi ricostruttivi e le garanzie che ne derivano.

La buona fede, nel rapporto giuridico con gli amministrati, può essere indagata sotto due profili prevalenti: il primo, che attiene agli effetti che la clausola produce a livello normativo, il secondo, che riguarda l'amministrazione e i suoi atti.

Circa il primo caso, ripetiamone, con la dottrina, il presupposto di partenza: "la buona fede ha la stessa efficacia giuridica degli altri precetti generali recepiti dalla Carta Costituzionale" tanto è vero che le leggi nazionali in determinate circostanze devono attenervisi<sup>647</sup>.

Di rilievo, in punto, l'analisi riguardante la correttezza tra organi costituzionali, di cui i conflitti sono risolti accedendo a "regole sussidiarie a quelle giuridiche",<sup>648</sup> e in particolare, lo anticipavamo, secondo il binomio affidamento -

---

646 Osserva F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 49: "Quando il tessuto dei rapporti sociali è sorretto da tutta una diversa trama di atti del legislatore che sollecitano e determinano l'attività del privato, ma che contemporaneamente, ne debbono rispettare l'individualità espressa dai diritti fondamentali, intesi come un *prius* intangibile da parte del legislatore, parlare di Stato di diritto implica ricostruire la logica interna, connaturata ad un siffatto sistema di rapporti sociali. Ed in questa logica rientra l'obbligo del legislatore di tener conto delle aspettative da lui stesso generate in soggetti, dei quali, in base al sistema dei valori codificato nella Carta Costituzionale, non può liberamente disporre".

647 F. MERUSI, op. cit., p. 44. Il tema in verità si presenta complesso e la conclusione riportata nel testo presuppone un approfondimento che lo stesso Merusi svolge, confrontando la clausola della buona fede con i principi generali dell'ordinamento. Questi ultimi, in ottemperanza alla gerarchia delle fonti, si ricavano dalle norme presenti nel sistema e non producono i medesimi effetti giuridici su tutte le fonti dell'ordinamento. Mentre, infatti, i principi generali ricavati da fonti sovraordinate si applicano alle leggi regionali, tranne quello del giusto procedimento "*due process of law*", che è considerato applicabile in via integrativa e in deroga alle regole sulla gerarchia delle leggi, la buona fede, produce effetti diretti nei confronti del legislatore ogni qual volta si manifesti, anche nell'ambito della normativa sovraordinata, la necessità di tutelare l'affidamento del cittadino, specie qualora quest'ultimo abbia confidato sulla validità del contenuto di una norma successivamente abrogata. Per un'attenta ricostruzione delle dinamiche dei principi generali e del potere amministrativo si veda anche il contributo di G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano 1993, *passim*, che, in particolare, affronta i principi generali "*sans texte*" con rispetto agli effetti che producono in sede giurisdizionale e legislativa.

648 Cfr. S. ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1909 ora in *Scritti minori*, Vol. I, Milano 1950, pp. 271 e ss.; per la citazione si veda p. 283. In argomento, anni dopo, T. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, Napoli 1963, p. 279-282, il quale sosteneva che nel diritto Costituzionale si può fare ricorso a regole extragiuridiche allo stesso modo e con la stessa frequenza che nel diritto privato anzi, precisava il giurista, "in misura molto più larga di quella in cui anche il diritto privato è costretto a utilizzare, in notissime sue disposizioni principi e norme

buona fede, entrambi criteri autonomi di tutela, seppure strettamente legati tra loro.

Affidamento e buona fede sono criteri opponibili all'attività del legislatore quando lo stesso finisce per venire *contra factum proprium*, "dovendosi intendere per precedente comportamento – precisa la dottrina - sia i provvedimenti legislativi (si pensi ad una legge che assicuri un'esenzione fiscale per un determinato periodo di tempo) sia l'inerzia legislativa (sempre per rimanere in materia tributaria, si pensi ad un tributo riferito retroattivamente ad un presupposto in precedenza non contemplato dalla legge)"<sup>649</sup>.

La tutela che affidamento e buona fede assicurano è indirizzata alle situazioni di vantaggio maturate dai cittadini in ragione delle scelte operate dal legislatore, giacché confidarvi, non rimane circostanza priva di rilevanza giuridica ma circostanza alla quale conseguono garanzie di difesa in seno equo.

La dottrina chiarisce, infatti, che anche il potere legislativo, implicando nel *quomodo* una certa discrezionalità, è sindacabile per sintomi e può essere corretto tramite la clausola generale.

Da questa prospettiva la buona fede è un criterio di giustizia teso a incidere sulla forza del comando normativo in via d'eccezione, poiché consente, nel caso particolare, di derogare alle scelte contraddittorie, e pertanto inique, del 'nuovo legislatore'.

Il principio di non contraddizione tra le fonti<sup>650</sup> è presupposto essenziale verso l'ottenimento della tutela richiamata: in quest'ottica la buona fede è strumento di temperamento tra le sopraggiunte esigenze pubbliche e la necessità che tali esigenze non travolgano posizioni di vantaggio acquisite *medio tempore* dal cittadino.

Nei "confronti delle aspettative generate" osserva la dottrina "si possono, in astratto, ipotizzare due modi di concretizzazione della buona fede:

a) la buona fede come obbligo di non contraddizione tra l'atto e il precedente comportamento, secondo una rigida applicazione del brocardo *non venire contra factum proprium*,

b) la buona fede come obbligo di correttezza consistente nella necessaria ponderazione di due interessi fra di loro, l'interesse alla soddisfazione dell'affidamento creato dal comportamento precedente e l'interesse che suggerirebbe l'emanazione del nuovo atto"<sup>651</sup>.

La teorica chiarisce i modi con i quali la regola si applica nel diritto pubblico, precisando che: "soltanto nel primo caso si avrebbe un rapporto automatico fra individuazione dell'affidamento e la tutela di tale situazione giuridica soggettiva

---

che non sono giuridici, quali, ad esempio, l'equità, la buona fede e simili". In verità, nel pensiero dello studioso, pare non essere scontata la qualificazione della buona fede come principio costituzionale non scritto giacché sostiene: "nello stesso modo che l'equità resta semplice equità, la buona fede semplice buona fede anche quando note disposizioni del diritto privato ad esse si rimettono, così la correttezza non perde i suoi caratteri, quando il diritto costituzionale la chiama in sussidio delle sue disposizioni con l'intendimento di non assumerla nel suo sistema".

649 F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 44.

650 Si è definito principio non tanto poiché se ne ravvisi l'esistenza su un piano costituzionale, dove la problematica assume essenzialmente rilievo nell'istituto dell'abrogazione tacita dei precetti, ma perché si ritiene che il principio di non contraddizione sia sostanzialmente connesso al principio dell'affidamento, di fatto entrambi posti a tutela dei soggetti coinvolti nel rapporto.

651 Cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., pp. 44-45.

attraverso il principio di buona fede; nel secondo, invece, dopo l'individuazione dell'affidamento, occorrerebbe pur sempre risalire all'esame se il legislatore abbia effettuato una corretta ponderazione degli interessi in gioco, col possibile risultato del legittimo sacrificio dell'interesse connesso all'affidamento, nell'ipotesi di prevalenza di un interesse sopraggiunto<sup>652</sup>.

Il principio di non contraddizione, quindi, oltre a indicare un sintomo d'irragionevolezza dell'azione nel caso lo stesso sia violato, d'altra parte identifica una posizione autonoma degna di tutela e passibile di verifica da parte dell'ordinamento di settore; quella dell'affidamento che la buona fede preserva.

La tutela in astratto riconosciuta alla posizione di affidamento, tuttavia, per trasformarsi in garanzia dell'amministrato, impone un ulteriore ma necessario passaggio: il bilanciamento degli interessi coinvolti, per modo che s'individuino la posizione destinata a prevalere.

Oggetto del bilanciamento è in prevalenza la *ratio* sottesa alla normativa contraddittoria; in particolare occorre valutare se le ragioni della modificazione contenuta nella legislazione successiva, giustificano, su un piano d'interesse generale, il sacrificio richiesto al cittadino, con attenzione alla posizione dell'amministrato nel frattempo maturata.

L'affidamento del cittadino sarà pertanto soddisfatto, laddove la *ratio* sottesa alla normativa precedente alla quale si collega la posizione di affidamento, si presenti, per questa via, prevalente.

Nel caso poi che sussista un simile giudizio di prevalenza, la buona fede, come principio costituzionale *sans texte*, opererà quale elemento integrativo della normativa primaria, giustificando, in via derogatoria, il mantenimento degli effetti prodotti dalla legislazione superata.

Dovendo svolgere una prima considerazione su quanto riportato finora, sembra appaia evidente che: a) la buona fede nel diritto pubblico non costituisce principio di relazione strettamente connesso al rapporto tra chi esercita il potere e il cittadino: la regola ha invero una portata integrativa della fonte primaria, giacché fornisce criteri indirizzati precipuamente all'azione del potere; b) affinché essa venga in rilievo, si richiede l'esistenza di un sintomo di censurabilità dell'attività legislativa secondo regole proprie (vizi di logicità, ragionevolezza non arbitrarietà ecc.) riguardanti l'esercizio del potere; c) in tal caso la buona fede non svolge immediati effetti correttivi ma attende l'esito di una successiva valutazione, in altre parole del bilanciamento tra l'interesse che fonda il cambiamento normativo e l'interesse sotteso nella norma che ha ingenerato l'affidamento; d) la tutela concessa al cittadino è evidentemente tutela mediata e la buona fede incide nel rapporto con gli amministrati in modo speciale e secondo i limiti imposti dalla scienza giuridica di settore<sup>653</sup>.

La logica ricostruttiva in breve enunciata potrà essere meglio compresa facendo attenzione a un orientamento consolidato della Corte Costituzionale, già presente nel panorama giurisprudenziale dagli anni novanta.

Ci si riferisce alle pronunce che hanno ad oggetto il divieto di retroattività

---

652 *Ibidem*.

653 Il pensiero, con ampia bibliografia di rimando, è di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., in particolare p. 257 e ss..

della legge<sup>654</sup>, posto che il divieto, non elevato al rango di principio costituzionale se non nei limiti dell'art. 25 Cost., può essere derogato in ragione del contrasto tra precetti normativi e in particolari materie; il caso richiamato, infatti, è una di quelle che meglio esprime il binomio affidamento - buona fede<sup>655</sup>.

Indicativa, in tal senso, la sentenza della Corte Costituzionale n. 416 del 4 novembre 1999, che si pronunciava sulla legittimità costituzionale di una legge sopravvenuta e retroattiva, giacché lesiva dei ratei di pensione liquidati a un lavoratore sulla base di criteri diversi rispetto alla normativa precedente: mentre la prima, infatti, consentiva il calcolo della base pensionabile in base al cumulo di tutti i proventi percepiti dal lavoratore, la seconda ne faceva espresso divieto così diminuendo l'importo della pensione.

Ebbene la Corte, nell'accogliere il profilo d'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 della Costituzione, sanciva che l'attività legislativa svolta era illegittima poiché contraria al principio di ragionevolezza<sup>656</sup>: la contraddizione in cui il legislatore era incorso si profilava, peraltro, lesiva dell'affidamento che il lavoratore aveva riposto sulla certezza della normativa precedente<sup>657</sup>.

L'assioma ragionevolezza, affidamento, buona fede, questa peraltro mai menzionata in sentenza<sup>658</sup>, è ricostruito in dottrina per fasi successive, e i passaggi

---

654 F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 45- 46: l'autore continua chiarendo un'obiezione che alla teorica che si occupa della retroattività della legge e della buona fede potrebbe essere mossa: "Si potrebbe obiettare che questa linea ricostruttiva si riferisce in realtà ai soli casi di c.d. retroattività impropria, poiché, nell'ipotesi di retroattività in senso proprio (di leggi onerose non penali), la tutela dell'affidamento sembra discendere, pressoché automaticamente, dall'individuazione di una situazione di aspettativa dei destinatari. Si tratta però di un'obiezione superabile - chiarisce Merusi - se si pensa al rilievo delle fattispecie concluse. Appare logico, infatti, che l'affidamento legato ad avvenimenti esauriti nei loro effetti giuridici, per la sua intrinseca natura, solo in via eccezionale possa venire eluso, contrapponendogli interessi sopravvenuti di tal peso, da giustificare il sacrificio".

655 Cfr. sentenze Corte Costituzionale n.6 del 26.1.1994, in *Quaderni regionali*, 1994, p. 519; Cort.Cost. n. 397 del 23.11.1994 in *Giur.Cost.*, 1994, fasc. 6, p.450; Cort.Cost. n. 432 del 23.12.1997 in *Giur.Cost.* 1997, fasc. 6, p. 422; Cort.Cost. n. 146 del 22.4.1999, *Giur.Cost.*, 1999, p. 1162; Cort.Cost. n. 229 del 1.6.1999, in *Giur.Cost.*, 1999, p. 2071; Cort.Cost. n. 419 del 13.10.2000 in *Corriere Giuridico*, 2000, p. 1651; Cort.Cost. n.374 del 23.7.2002, *Giur.Cost.*, 2002, p. 2769; Cort.Cost. n. 291 del 4.8.2003, in *Giur.Cost.*, 2003, 4, p. 620, tutte tese a ripetere il principio riportato nel testo e, nelle diverse materie, a disciplinarne la deroga.

656 In punto F. Merusi sostiene che la circostanza non osterebbe al riconoscimento del principio di buona fede come principio costituzionale non scritto; infatti, premessa la doverosità di fare riferimento ad articoli espressamente formulati dalla Carta Costituzionale per accedere al giudizio di legittimità, nel caso dell'irretroattività impropria della legge, l'omessa considerazione dell'affidamento del cittadino sarebbe censurabile in ragione dell'esistenza del criterio della buona fede, che s'introduce nel giudizio tramite lo standard della ragionevolezza. In definitiva, pur avendo la buona fede sostanziali collegamenti con i principi costituzionali se ne discosta e si applica autonomamente, laddove l'attività risulti lesiva dell'affidamento perché palesemente irragionevole. Cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., pp. 21 ss..

657 Sulla certezza del diritto, nella dottrina italiana, si veda per tutti la rassegna di M. CORSALE, *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950* in app. a F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942) ed. Milano 1968, p. 285-308.

658 E' bene tuttavia segnalare che sul piano giurisprudenziale e segnatamente nella sentenza della Corte Costituzionale richiamata, mai si parla di buona fede ma solo di ragionevolezza e affidamento, laddove il termine ragionevolezza è denso di connotazioni sostanziali e garantiste. E' dalla ragionevolezza, infatti, che deriva la tutela dell'affidamento contro l'azione lesiva delle

sono i seguenti: tramite la violazione della ragionevolezza, principio d'azione, si pone all'attenzione del giudice l'affidamento ingenerato dalla condotta contraddittoria; la posizione di vantaggio è valutata alla luce del bilanciamento d'interessi sottesi alle norme in successione; il cittadino ottiene ristoro della posizione vantata laddove le operazioni di bilanciamento riconoscano alla sua posizione forza derogatoria ed eccezionale<sup>659</sup>.

Nel caso di specie, a ben vedere, la buona fede non è un autonomo criterio di censura, in realtà individuato nella violazione dell'art. 3 della Costituzione, quanto più amplia la portata del precetto, riconducendo nell'ambito della violazione del principio di uguaglianza le circostanze del caso in se evidentemente legali.

La dottrina in punto osserva: "quando il tessuto dei rapporti sociali è sorretto da una complessa trama di atti del legislatore che sollecitano e determinano l'attività del privato, ma che contemporaneamente ne debbono rispettare l'individualità espressa dai diritti fondamentali, intesi come un *prius* intangibile (...) parlare di Stato di diritto implica ricostruire la logica interna, connaturata ad un siffatto sistema di rapporti sociali (...). La buona fede del legislatore non è pertanto un principio giuridico desunto per astrazione da alcune proposizioni normative particolarmente accolte nel *Grundgesets* (...)", quanto più è criterio autonomo e funzionale all'esatta tutela dei diritti fondamentali, la qual cosa presuppone "anche nei confronti del legislatore, un principio generale di buona fede oggettiva"<sup>660</sup>.

Dalla teorica emerge come la buona fede non possa in questo caso definirsi un principio generale dell'ordinamento<sup>661</sup>, ma piuttosto un principio istituzionale

---

esigenze di certezza del diritto degli amministrati, specie laddove la stessa non proceda sulla base del bilanciamento dei contrapposti interessi coinvolti dalla normativa. Indicativa, in punto, la sentenza Corte Costituzionale n. 342 del 1997 (cit.), la quale precisa come: "il legislatore ordinario può, nel rispetto di tale limite, emanare norme retroattive, purché trovino adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si pongano in contrasto con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, così da non incidere arbitrariamente sulle situazioni sostanziali poste in essere dalle leggi precedenti, se queste condizioni sono osservate, la retroattività, di per se da sola, non può ritenersi elemento idoneo ad integrare un vizio di legge".

659 Cfr. A. PACE, *La Corte disconosce il valore costituzionale della libera concorrenza?*, in *Giur. Cost.* 1999, pp. 2985, in particolare i riferimenti alla giurisprudenza di cui alla nota n. 5 della pagina 2966.

660 F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., pp. 49-50.

661 Merita ricordare la sentenza della Corte Costituzionale 26 giugno 1956 n. 6, in *Giur. Cost.* 1956, p. 593, dove si legge: "si debbono considerare come principi dell'ordinamento giuridico quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dall'intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vivente". La sentenza richiamata è importante in previsione del riconoscimento dei principi costituzionali non scritti e, in quest'ottica, nella teorica che ci occupa, della stessa buona fede. La pronuncia aveva ad oggetto, invero, il principio del giusto procedimento non recepito a livello costituzionale ma riconosciuto principio generale dell'ordinamento, tanto che la dottrina ne ricavava la negazione di principi inespressi di rango costituzionale. Il tema è affrontato e reinterpretato da Fabio Merusi, che lo risolve in senso favorevole alla sua teorica, seguendo una ricostruzione comparata dei vari sistemi europei, così affermando, oltre la giurisprudenza, che la buona fede è un principio costituzionale non scritto. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 52. In tal senso V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1944, estr., p. 12 e ss., e ancora C. MORTATI, *Osservazione sulla natura e sulla funzione di una codificazione dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali*

destinato a incidere sul vaglio di legittimità della legge: l'irragionevolezza della normativa, che costituisce il sintomo della sua violazione, passa evidentemente in secondo piano a vantaggio di precetti costituzionali ai quali la buona fede, seppure informalmente, si unisce.

Svolte per tratti essenziali le linee guida della teorica richiamata, esiste in dottrina chi ne ha evidenziato il lato critico, sulla base delle seguenti considerazioni: “la prospettazione della buona fede legislativa in termini di “correttezza” nei confronti dei destinatari del provvedimento legislativo, implica che si proceda alla specificazione, caso per caso, di una clausola generale e di conseguenza, che si proceda, da parte dell'interprete, ad una ricostruzione della ponderazione degli interessi in gioco che il legislatore ha fatto o doveva fare. Quest'ultima operazione finisce per presentare tratti assai simili a quelli propri della giurisprudenza amministrativa sull'eccesso di potere: la necessaria ricostruzione della “ratio” delle norme legislative poste a confronto, fa inevitabilmente emergere il problema della “motivazione” del provvedimento legislativo mentre la “correttezza” del legislatore non può essere correttamente misurata se non con l'ausilio di criteri logici quali la proporzionalità (*Verhältnismässigkeit*), l'arbitrarietà (*Willkur*), la ragionevolezza e simili”<sup>662</sup>.

La critica pone l'accento sulla stretta connessione tra la buona fede e la funzione istituzionale esercitata, laddove la stessa buona fede non presenta elementi di diversificazione considerevoli rispetto alla norma attributiva del potere, né comporta la tutela diretta della posizione dell'amministrato; essa in verità è funzionale al vaglio mediato del percorso logico dell'azione intrapresa<sup>663</sup>.

In conclusione dell'argomento è bene formulare un'ultima riflessione che trae spunto da quanto anticipato. Il bilanciamento degli atti normativi contrastanti mette a confronto due importanti valori: il *Gemeinwohl* e il *Vertrauensschutz*, che si misurano in seno all'istruttoria processuale e poi nella motivazione della scelta attuata.

Anche il *Gemeinwohl*, tuttavia, assume, nella particolare ricostruzione di settore, un'accezione tipica e strettamente finalizzata alla preservazione del potere statale.

E' pensiero di Fabio Merusi, ad esempio, che la “ponderazione degli interessi aiuta ad intendere l'indicazione apodittica del *Gemeinwohl* come limite al *Vertrauensschutz*”, laddove il prevalere del “bene comune”, *Gemeinwohl*, sulle situazioni di affidamento<sup>664</sup>, *Vertrauensschutz*, rimanda chiaramente all'impostazione positivista dell'accezione del termine.

La lettura, infatti, presuppone la coincidenza tra l'idea di quel “bene che ci accomuna”, dalla connotazione profondamente antropologica e filosofica, con l'interesse normativamente imposto dallo Stato, posto su una posizione sovraordinata e indiscussa.

---

dell'ordinamento giuridico fascista, Pisa 1943, p. 116; di rilievo, in argomento, N. BOBBIO, voce *Principi generali del diritto*, 1966, ora in *Contributi a un dizionario giuridico*, Torino 1994, *passim*.

662 F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 47.

663 A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, cit, p. 63.

664 F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 45.

4.5. *La buona fede nei provvedimenti amministrativi* — La buona fede è destinata a produrre effetti, nei rapporti di potere, anche sui provvedimenti amministrativi, in altre parole quegli atti autoritativi ed esecutori che sono destinati a modificare, costituire, estinguere, la posizione del cittadino.

La costruzione della tema, svolta dalla dottrina più accreditata, non si distanzia, tuttavia, da quella che abbiamo introdotto nelle pagine precedenti, dove ci siamo occupati dell'affidamento e della buona fede come limiti del potere legislativo e dell'attività degli organi costituzionali.

L'efficacia della clausola, infatti, è strettamente collegata alla posizione di affidamento dell'amministrato, laddove la pubblica amministrazione in ragione del *factum principis*, cioè in forza della modificazione del rapporto instaurato in chiave autoritativa, svolge un'attività contraria a quella recepita in un precedente provvedimento.

La tematica, per come concepita, è destinata a prendere in considerazione l'attività di secondo grado della pubblica amministrazione, ovvero l'attività che incidere sulle posizioni di vantaggio acquisite dagli amministrati per mezzo dell'annullamento o della revoca d'ufficio degli atti emanati<sup>665</sup>.

---

665 E' opportuno chiarire, in questa sede, le implicazioni della revoca di un atto in precedenza adottato, poiché dell'annullamento d'ufficio ci occuperemo nel testo del presente lavoro. La disciplina è contenuta nell'art. 21 *quinquies* della legge 241/1990 che ne individua i presupposti di seguito richiamati: 1) la sopravvenienza di ragioni di pubblico interesse, 2) una diversa valutazione dell'interesse originariamente dedotto nell'atto, 3) una sostanziale modificazione della situazione di fatto che aveva giustificato l'atto originario. Si veda in particolare T.a.r. Lombardia Milano, sez. III, 29 settembre 2004, n. 4197, in *Foro amm. TAR*, 12, p. 3624, sentenza significativa sotto il profilo della ricostruzione storica dell'istituto; Cons. St., sez. VI, 1 dicembre 2003 n. 7862, in *Cons.St.*, 2003, I, p. 2688; T.a.r. Lazio Roma sez. III, 10 maggio 2006, n. 3407 in *Giur.merito*, 2006, 7 - 8, p. 1784; da ultimo cfr. Cons. di St. sez. V 21 aprile 2010, n. 2244 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), dove si precisa che la revoca di provvedimenti amministrativi è possibile non solo in base a sopravvenienze, ma anche per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario (c.d. *jus poenitendi*), in cui l'amministrazione nell'esercizio di tale diritto gode di ampia discrezionalità.

Circa la distinzione tra annullamento e revoca, la dottrina chiarisce: “La giurisprudenza ordinariamente distingue tra annullamento e revoca in ragione del fatto che il primo deriverebbe da un vizio di legittimità e la seconda da ragioni di (sopravvenuta) inopportunità (...) sicché deve essere motivato ogni atto di ritiro, consista esso in un annullamento per motivi di legittimità, coesistenti o sopraggiunti, o in una rimozione (...) per motivi di rimediata opportunità, in tal caso nella motivazione, vanno esternate le puntuali ragioni per le quali si stabilisce che l'interesse pubblico deve prevalere sul contrapposto o sui contrapposti interessi privati”. Si veda, per la cit., *Manuale di diritto amministrativo*, L.R. PERFETTI (a cura di) Padova 2007, p. 593; per la giurisprudenza, in particolare cons. di St. sez.V, 15 ottobre 2003, n. 6313 e Cons. di St. sez. V., 11 ottobre 2005, n. 5479 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). La revoca secondo la disposizione della legge richiamata sarebbe applicabile agli atti a efficacia durevole e produrrebbe, con effetto prevalentemente *ex nunc*, l'inefficacia del provvedimento in precedenza emanato. L'affidamento del cittadino è particolarmente tenuto in considerazione, tanto è vero che in ottemperanza al principio di buona fede l'ordinamento prevede la corresponsione di un indennizzo. Per approfondimenti, senza pretesa di esaustività; F. BENVENUTI *Autotutela* in *Enc. Dir.* 1959, *passim*; G. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano 1956, *passim*; D. SORACE, *Promemoria per una 'voce' 'atto amministrativo'*, in *Scritti in onore di Giannini*, III, Milano 1988, *passim*; G. CORSO, *L'efficacia dei provvedimenti amministrativi*, Milano, 1969, *passim*; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ed accertamento amministrativo*, Padova, 1996, *passim*; G. LIGUGNANA, *Profili esecutivi*

Nella prospettiva richiamata, tuttavia, assumono rilievo anche gli atti endoprocedimentali, come le promesse, i rapporti di convenzione, o gli atti interni di diversa natura, anche non formali, comunque destinati a ingenerare aspettative in capo agli amministrati, passibili di tutela sotto il profilo dell'affidamento<sup>666</sup>.

La buona fede, nell'azione amministrativa di secondo grado, impone chiarezza e trasparenza nelle regole delle procedure<sup>667</sup> volte all'emanazione del provvedimento finale; viceversa, la violazione di tali tutele mette in luce, in senso giuridicamente rilevante, l'affidamento e l'aspettativa del cittadino a contatto con un'azione lesiva e ingannevole giacché contraria a buona fede.

Da questa prospettiva, la buona fede opera nei procedimenti di secondo

---

*dell'autotutela amministrativa*, Padova., 2004, *passim*; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.* n.5/2005, M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1962, *passim*; RAGGI *La revocabilità degli atti amministrativi* in *Riv. dir. pubbl.*, 1917; R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1942, *passim*; R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, *passim*, G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Diz. amm.*, I, Milano, 1983, *passim*; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma 1916, rist., Padova, 1986, *passim*; S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, pp. 1245 e ss.; F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli 1996, *passim*.

666 Si osserva a questo proposito in dottrina: “così vengono ricondotte nell'ambito problematico dell'affidamento le ipotesi di annullamento d'ufficio di revoca degli atti amministrativi favorevoli, le ipotesi di ritiro di atti perfetti ma non efficaci (perché non inviati al controllo), le ipotesi di decadenza dell'amministrazione dall'esercizio di poteri derivati dal diritto privato (nel caso in cui la stessa amministrazione abbia determinato col proprio comportamento una situazione di affidamento del destinatario dell'atto), le ipotesi dei comportamenti della pubblica amministrazione rivolti alla generalità (prassi amministrativa), le ipotesi dei comportamenti idonei a giustificare l'affidamento del singolo (informazioni promesse convenzioni e più in generale gli atti che intervengono in procedimenti nei quali si realizza la collaborazione tra l'amministrazione e i destinatari dell'atto), le ipotesi di istruzioni e direttive contenute in circolari (da cui deriva in capo all'amministrazione un impegno verso la generalità)”. Cfr. A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato*, cit., pp. 63 e ss..

A proposito delle informazioni e del loro rilievo sotto il profilo dell'affidamento, cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., p. 82, che rileva: “La situazione di affidamento è generata dall'informazione che l'autorità amministrativa è tenuta a rispettare *ex fide bona*, nella successiva emanazione del provvedimento oggetto dell'impugnazione”. In tal senso lo stesso A. MANTERO, *idem*, che chiarisce come le informazioni “ (...) si risolvono in una disciplina dell'attività, ma per spiegare la loro vincolatezza non vi sarebbe (...) altra via del richiamo alla tutela dell'affidamento che sancisce un legame necessario tra informazione e provvedimento successivo”.

La dottrina considera, sotto il profilo dell'affidamento, anche l'irregolare esecuzione del provvedimento. Osserva in proposito F. MERUSI, *idem*: “L'esecuzione del provvedimento, teoricamente non efficace, determina una situazione nuova della quale non può non tenere conto l'amministrazione”; a questa situazione è parificata quella in cui l'atto non inviato a controllo sia emanato o eseguito. La giurisprudenza, d'altra parte, fa notare come anche l'erogazione indebita di somme ai dipendenti, rilevi sotto il profilo dell'affidamento, in particolare quando la condotta della p.a. “sia stata tale da creare e consolidare negli eccipienti la certezza del diritto alla riscossione”; cfr., per tutte, Cons. St. Ad. Plen. 13 gennaio 1965 n. 1, in *Foro amm.*, 1965, I, 2, p. 1; Anche la congruità del termine entro il quale l'amministrazione rivede una posizione già acquisita dal cittadino è considerata suscettibile di valutazione ai fini della tutela dell'affidamento e della buona fede. In punto, anche se l'argomento sarà di seguito ripreso, cfr. T.a.r. Campania Napoli 25.5.2006, n. 7503, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che prende in considerazione l'annullamento d'ufficio di una delibera d'inquadramento di un dipendente in una categoria superiore, inquadramento dichiarato illegittimo; nel ravvisare l'esigenza di una motivazione

grado come regola integrativa della norma che disciplina l'azione e in particolare risponde alle esigenze funzionali dell'amministrazione, giacché contribuisce, in concorso con le posizioni vantate dagli amministrati, alla corretta esecuzione dell'interesse pubblico in senso imparziale e partecipato.

La possibilità per la pubblica amministrazione di incidere su una posizione di diritto in precedenza acquisita, peraltro, si svolge nell'ambito dell'attività discrezionale amministrativa, dove solo è consentito di poter rivedere, secondo lo schema richiamato, le posizioni di vantaggio *medio tempore* maturate<sup>668</sup>.

Stanti le premesse, il riesame di un precedente provvedimento favorevole per il destinatario richiede i seguenti presupposti e passaggi valutativi: “a) la tutela

---

congrua, la Corte chiariva che l'esistenza dell'interesse pubblico posto a base dell'azione, deve essere verificato previo bilanciamento delle diverse posizioni. Nella sentenza, di particolare rilievo la ragionevolezza del termine entro il quale agire in autotutela, oltre che il comando normativo di cui alla legge n. 311/ 2004, all'art. 136 c.1, che dispone: la pubblica amministrazione “al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari” può sempre disporre l'annullamento d'ufficio “di provvedimenti amministrativi illegittimi se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso”. In materia edilizia, in particolare circa il rapporto tra annullamento d'ufficio, D.I.A. E affidamento si rimanda alla sentenza T.a.r. Lazio, sez. II bis, 29 aprile 2011, n. 3698 in [www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com](http://www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com) dove si precisa che: “l'interesse di ristabilire la legalità dell'azione amministrativa, pur rilevante, deve essere comparato con altri interessi posti a tutela della stabilità delle relazioni giuridiche, anche se basate su provvedimenti illegittimi”. Circa la tematica dell'efficacia esterna delle circolari, ma più in generale del rilievo degli atti endoprocedimentali, cfr. A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato*, cit., in particolare le note 56, 57, 59 delle pp. 66 – 69, che precisa: “ (...) non si tratta tanto di efficacia esterna delle circolari (interne), bensì di efficacia di atti normativi interni notificati mediante circolare (...). Tali atti possono consistere in ordini, istruzioni, direttive che (...) assumono efficacia esterna, in quanto prefigurano l'adozione di provvedimenti o di clausole di provvedimenti aventi efficacia esterna, in relazione ai quali si pone il problema della vincolatività delle situazioni favorevoli disattese (a seguito del consolidarsi di un convincimento operoso in capo agli interessati)”. In argomento, senza pretesa di esaustività, L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli 2005, in particolare pp. 72 e 185 e ss., P. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino 1999, E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. Econ.*, 2001, p. 317.

667 Per fare un esempio di quanto sostenuto cfr. Cons. di St., sez.V, 1 marzo 2003, n.1142, in *Foro amm. Cons. St.*, 2003, p. 953, il quale sancisce che tutte le disposizioni che in qualche modo regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione di una gara per la scelta del contraente, siano contenute nel bando, nella lettera d'invito o nei loro allegati (capitolati, convenzioni e simili), concorrono a specificarne la disciplina e costituiscono, nel loro insieme, *lex specialis* della gara, per cui, in caso di oscurità o equivocità degli atti richiamati, occorre fornire una lettura che, nel rispetto del buon andamento e dell'imparzialità amministrativa, tuteli l'affidamento del privato e, in ottemperanza all'art. 1337 del c.c., lo dispensi dal ricostruire nuovi e inespressi significati rispetto a quelli di fatto contenuti nella normativa. In tempi più risalenti, per tutte, Cons. di St. sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3040, in *Foro amm. Cons. St.*, 2002, p. 1214, da ultimo senza pretesa di esaustività, cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2005, n. 82, Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2007, n. 1441; Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2007, n. 1186, tutte reperibili su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

668 La categoria degli atti a effetto favorevole è stata particolarmente studiata dalla dottrina tedesca: per la nozione di atto amministrativo favorevole si veda, ad esempio, H. (P) ISPEN, *Widerruf gültiger Verwaltungsakte*, Hamburg, 1932, p. 57. In Italia, G. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1966, p. 356, che osserva: “L'effetto favorevole può presentarsi come ampliamento, in senso lato della sfera giuridica, ovvero come una eliminazione di oneri, obblighi e simili, preesistenti a carico di detta sfera”; in punto, senza pretesa di esaustività, A.M. SANDULLI,

dell'affidamento verrebbe imposta all'amministrazione dalla norma primaria così come integrata dal principio della buona fede oggettiva che la corretta applicazione della normativa richiede; b) alla tutela si dovrebbe pervenire per effetto di una operazione di ponderazione tra gli interessi presenti nella specie<sup>669</sup>.

Affinché l'affidamento ingenerato sia meritevole di tutela, è necessario che si prospetti legittimo e chiaro: ciò significa che da un lato, non sono tutelabili i vantaggi conseguiti in mala fede o per effetto di una condotta dolosa o fortemente colposa, dall'altro, la condotta dell'amministrazione sulla quale si fonda l'aspettativa deve essere manifesta, così che, osserva la dottrina, solo le condotte attive e non quelle omissive possono generare un affidamento legittimo<sup>670</sup>.

La giurisprudenza individua una nuova garanzia alla quale la potestà di incidere sulla posizione di vantaggio è legata: nell'"annullamento d'ufficio di un atto amministrativo illegittimo", si chiarisce, "è necessario un pubblico interesse attuale e specifico"; tuttavia l'esercizio di un siffatto potere "viene sempre meno, quando per il lungo decorso del tempo (...) risulti contro l'equità"<sup>671</sup>.

Fin dalle sentenze più risalenti, infatti, i principi di buona fede ed equità sono utilizzati, nel diritto amministrativo, congiuntamente: il Consiglio di Stato sentenzia che il "pubblico interesse sufficiente in astratto a giustificare l'annullamento, può in concreto, subire notevoli limitazioni quando il tempo trascorso dall'emanazione dell'atto sia tanto notevole da determinare troppo gravi ripercussioni nella sfera giuridica dei privati controinteressati o di terzi, con pregiudizio dei principi fondamentali quali quelli dell'equità e della buona fede, che l'ordinamento giuridico pone a base della stessa civile convivenza e dell'ordine sociale, e che l'Amministrazione è essa stessa tenuta a rispettare"<sup>672</sup>.

La giurisprudenziale specifica inoltre i presupposti essenziali che consentono alla pubblica amministrazione d'incidere sulla posizione di vantaggio dell'amministrato.

Questi di possono riassumere come segue: "1) illegittimità dell'atto; 2) discrezionalità dell'annullamento; 3) esistenza di un interesse pubblico concreto ed

---

*Manuale di diritto amministrativo* Napoli 1989, pp. 423-28; E. CAPACCIOLI, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova 1956, pp. 87 e ss..

669 A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato*, cit., p. 61.

670 Si veda M. RAGAZZO - O.M. CAPUTO, *I principi generali dell'ordinamento comunitario*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n.15/2005 e n.80 /2005*, F. CARINGELLA, G. DE MARZO D. DE CAROLIS, (a cura di), Milano 2005 p. 51.

671 Cfr. Cons. St., sez. VI, 25 ottobre 1961 n. 797, in *Foro Amm. CdS*, 1962, I, p. 349, ma l'orientamento appare consolidato. Ad esempio con sentenza Cons. di St., IV sez., 1 ottobre 2004, n. 6409, in *Foro amm. Cds.*, I, p. 2045, si stabilisce che quando una situazione di fatto si sia protratta nel tempo a causa dell'inerzia dell'amministrazione e generando l'affidamento dei terzi circa la legittimità dell'attività in precedenza svolta, l'esercizio dell'annullamento d'ufficio o della revoca dell'atto abilitativo o autorizzativo in via di autotutela possono portarsi a compimento legittimamente solo tenendo conto, sulla base della comparazione degli interessi coinvolti nel procedimento, delle posizioni acquisite dagli amministrati sulle quali è da argomentarsi nella motivazione del provvedimento finale di secondo grado. Cfr. da ultimo Cons. St., sez. IV, 21 dicembre 2009, n. 8529, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St. Sez. VI, 26 luglio 2010, n. 4855, in *Foro amm. CdS.*, 2010, 7- 8, p. 1624.

672 Cons. St. sez. IV, 3 maggio 1950 n. 246, *Foro Amm. cd.*, 1950, I, p. 320. Da ultimo, in argomento, cfr. Cons.giust.amm. Sicilia, sez. giurisd., 21 aprile 2010 , n. 553; Tar Campania, Napoli, sez. V, 1 ottobre 2010, n. 17546, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

attuale al momento dell'annullamento; 4) necessario esame sulla prevalenza di questo interesse sull'eventuale situazione di vantaggio consolidatasi a favore del destinatario dell'atto; 5) fattore tempo come indice della tutelabilità o meno della situazione di vantaggio del destinatario"<sup>673</sup>.

L'orientamento, peraltro, è stato recepito nella legge 7 agosto 1990 sul procedimento amministrativo, in seguito novellata, esattamente al suo articolo 21 *nonies*, il quale prevede che l'annullamento d'ufficio degli atti illegittimi deve essere sorretto da un'idonea motivazione, nella quale, svolto il bilanciamento delle diverse posizioni, si renda conto degli affidamenti dei soggetti coinvolti (specificati dalla norma in destinatari del provvedimento ed eventuali controinteressati)<sup>674</sup>.

L'operazione è demandata al giudice e non coinvolge il merito dell'attività amministrativa, la qual cosa, come noto, sarebbe impossibile in ottemperanza al

---

673 In tal senso F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., p. 81, che osserva come "frequente è infatti la *reductio ad unum* degli ultimi tre elementi", tanto che "la situazione di vantaggio del destinatario dell'atto è assicurata dalla attualità e dalla concretezza dell'interesse pubblico richiesto per l'annullamento". In punto ancora E. CAPACCIOLI, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, cit., pp. 146-147.

674 In questo senso la giurisprudenza è copiosa e sancisce il principio della congruità della motivazione in caso di coinvolgimento, nell'azione di secondo grado, degli interessi dei privati; si veda, ad esempio, Cons. di St., sez IV, 14 febbraio 2006, n. 564, in *Urb. e appalti*, 2006, p.716. Una deroga a tale necessità è consentita laddove il provvedimento in autotutela non ricada negativamente su posizioni consolidate, diversamente il principio della congruità della motivazione deve essere rispettato anche in caso di attività vincolata. In punto, già da tempi risalenti, cfr. Cons. di St., sez. VI, 9 ottobre 1989, n.1312, in *Foro amm. CdS*, I, p. 1223. È viceversa negata la sussistenza di un legittimo affidamento laddove l'autoannullamento dell'atto tuteli l'interesse pubblico a evitare un esborso di denaro senza titolo, specie quando l'attività di autotutela non si dispieghi a una considerevole distanza di tempo rispetto alla concessione del contributo. In punto, cfr. Cons. St., sez. IV, 22 ottobre 2004, n. 6956, in *Riv. Corte Conti*, 2004, p. 232. Di rilievo, in argomento, l'orientamento della giurisprudenza in materia urbanistica: ad esempio la sentenza Cons. di St., sez. IV, 14 ottobre 2005, n. 5716, in *Foro amm. CdS*, 2005, p. 2900, prevede che in occasione della formulazione di uno strumento urbanistico generale, le scelte discrezionali dell'amministrazione che riguardano la destinazione di singole aree non richiedono esatta motivazione oltre a quella che si evince dai criteri generali che connotano l'impostazione del piano stesso, tuttavia le circostanze che, al contrario, giustificano una speciale motivazione sono ravvisabili nell'affidamento del privato, in particolare derivante da convenzioni di lottizzazione o accordi di diritto privato intercorrenti tra Comune e proprietari delle aree interessate. In argomento cfr. Cons. St. sez. IV, 24 febbraio 2004, n.738, in *Riv. giur.*, ed. 2004, I, p. 1356; Cons. di St. sez. IV, 1 ottobre 2004, n. 6402, in *Riv. giur.*, ed. 2005, I, p. 500; Cons. St. sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4399, in *Foro amm. Cons. St.*, 2004, p. 1692 (m), dove è previsto che qualora in capo al privato sussista un legittimo affidamento sull'edificabilità della propria area, giacché classificata tale nel previgente strumento urbanistico, in sede di formazione del nuovo piano generale l'amministrazione deve valutare, anche per contestarla, la situazione di fatto e di diritto rappresentata dall'interessato compresa la reale situazione dei luoghi; il giudice amministrativo, nella circostanza, deve valutare le ragioni della reiezione delle osservazioni presentate dagli interessati ai fini di ripercorrere la ragionevolezza con la quale la p.a. ha portato a compimento la procedura valutando tutte le posizioni coinvolte. In tal senso, cfr. Cons. di St. sez. IV 21 giugno 1988, n. 541, in *Cons di St.*, 1988, I, p. 613; Cons. St. sez. IV 14 maggio 1993, n. 531, in *Cons. di St.* 1993, I, p. 614; Cons. di St. sez. IV 23 febbraio 1998, n. 328, in *Foro amm.* 1998, I, p. 370 (m); Più di recente Cons. St. sez. IV, 19 febbraio 2010, n. 1004, in *Vita not.*, I, p. 150; Cons. di St., sez. IV, 13 ottobre 2010, n. 7492, in *www.de jure.it*; Cons. di St. sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2545, in *Foro amm. CdS*, 2010, p. 998.

principio di tripartizione dei poteri<sup>675</sup>, ma piuttosto attiene al profilo della ragionevolezza dell'azione, che può essere valutata anche tramite *standard* di comportamento ad emersione giurisprudenziale<sup>676</sup>.

Sussiste pertanto una sorta di priorità nelle operazioni tese a incidere negativamente sulla posizione del cittadino.

Chiarisce, in punto, la dottrina che: “non si può certamente ridurre il problema alla questione dell'esistenza di un interesse attuale e concreto dell'amministrazione annullante, né affermare che il fattore tempo ha fatto venir meno il pubblico interesse se non nel senso che, dalla comparazione fra l'interesse dell'amministrazione all'annullamento e l'interesse del privato a mantenere la propria situazione di vantaggio da tempo consolidata, si è inteso dare la prevalenza al secondo”<sup>677</sup>.

L'esigenza di comparazione tra i diversi interessi è, in realtà, il fattore preponderante della risoluzione dell'*empasse*; né l'esistenza di un interesse pubblico attuale e sopravvenuto, né il tempo trascorso tra il susseguirsi degli atti emanati, hanno, infatti, una valenza preminente e autonoma che determini la tutela dell'affidamento alla luce della clausola generale<sup>678</sup>.

---

675 Si ritiene in dottrina che sia “noto come il nostro ordinamento amministrativo abbia tratto consistenza dal gioco di tre principi: *divisione dei poteri, principio di legalità, e tutela in giudizio*, e come in relazione al prevalere del primo sugli altri due si sia potuta affermare un'accezione centralistica dell'organizzazione amministrativa (che la legge abolitiva del contenzioso amministrativo, la l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, ha definitivamente statuito nel nostro sistema) e una prospettiva per così dire, privilegiata del provvedimento amministrativo (degradazione dei diritti ad interessi, equiparazione della fattispecie invalida a quella valida, autotutela, eseguibilità, esecutività ecc.). Certo è - si sottolinea ancora- che l'acquietarsi di dottrina e giurisprudenza sul principio della divisione dei poteri (a scapito degli altri due) ha potuto costituire e costituisce una delle cause più rilevanti della mancata attuazione, nel nostro sistema amministrativo, di molti dei principi della Costituzione repubblicana statuiti in ordine ai rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione”. Cfr. A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato*, cit., nota n. 4 di pagina 20. In argomento di rilievo M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 523 e ss. e ancora F. BASSI *Il principio della separazione dei poteri (evoluzioni e problematiche)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965 p. 29 e ss..

676 Sull'annullamento d'ufficio e in particolare sul bilanciamento degli interessi che ne costituisce presupposto, la dottrina, più risalente, apriva un fervido dibattito. Il problema riguardava il pericolo, da alcuni ritenuto attuale, che il giudice, nel valutare l'attività di secondo grado svolta dalla p.a., potesse intervenire nel merito della stessa, compiendo un autonomo bilanciamento dei fatti presupposti così sostituendosi agli organi del potere esecutivo. Il problema è tutt'oggi sentito e la bibliografia in punto pare copiosa. Si veda, senza completezza, E. CANNADA BARTOLI, *Nuove prospettive in tema di annullamento d'ufficio e di ripetizione dell'indebito da parte della pubblica amministrazione*, *Foro Amm.*, 1962, I, p. 664; P. BODDA, *Osservazioni sulla potestà governativa di annullamento in ogni tempo degli atti amministrativi illegittimi*, *Studi Cammeo*, vol. I, Padova 1933. Tuttavia è stato acutamente osservato, come il vizio di eccesso di potere abbia operato una 'erosione' dello stesso concetto di merito dell'azione amministrativa, consentendo un sindacato sull'azione che non è solamente volto all'accertamento della corrispondenza tra l'interesse pubblico previsto dalla norma e l'attività amministrativa svolta in concreto, quanto più a valutare la qualità della sua realizzazione con rispetto alla proporzione che connota l'incontro tra il potere amministrativo e gli interessi degli amministrati. Si veda in punto A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano 1976, in particolare p. 147.

677 Si veda ancora A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato*, cit., p. 75.

678 Sancisce il Consiglio di Stato sez. VI, n. 671 del 17. 2. 2006 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che il provvedimento di autotutela non si sottrae alla censura d'insufficienza e inadeguatezza della

L'efficacia della buona fede, nella teorica che ci occupa, è evidentemente subordinata alla valutazione discrezionale della pubblica amministrazione all'esito delle operazioni comparative.

L'oggetto della comparazione è preso in particolare considerazione dalla dottrina: sui due piatti della bilancia insistono due interessi che seppure contrapposti non lo sono in maniera diretta.

Non si tratta, infatti, di mettere a confronto direttamente la posizione del cittadino e quella della pubblica amministrazione, ma di demandare al vaglio del giudice la congruità della valutazione dei due interessi contrapposti che perlopiù trovano determinazione esterna al rapporto sottostante.

Ne deriva, in linea di principio, che la buona fede si manifesta e forse coincide con la stessa valutazione comparativa svolta dall'amministrazione che agisce in secondo grado, laddove il ragionevole svolgimento del procedimento, come l'adeguatezza della motivazione che sta alla base della decisione finale, costituisce l'ago della bilancia che determina o meno la correttezza del provvedimento finale e dei suoi effetti<sup>679</sup>.

La clausola, nella teorica analizzata, è limite esterno all'attività amministrativa e come tale integra la norma che disciplina l'esercizio del potere<sup>680</sup>: in

---

motivazione, ove si consideri che esso intervenga a difesa dell'interesse pubblico la cui compromissione va valutata sul piano dell'effettività, in altre parole in rapporto alla fondatezza della posizione soggettiva del privato. Di rilievo, con rispetto alla congruità della motivazione dell'atto emanato in autotutela, Cons. di St. sez. VI, 31 ottobre 2006 n. 6456; in materia di annullamento dell'atto di aggiudicazione di una gara d'appalto, più di recente, Cons. St., sez. V, 9 aprile 2010, n.1997 e Cons. di St., sez. V, 4 gennaio 2011, n. 11, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

679 Si richiama, senza pretesa di esaustività, l'orientamento della giurisprudenza più recente. Si veda T.a.r Catania Sicilia sez. II, 14 luglio 2009, n. 1316 in *Foro amm. T.a.r.*, 2009, 7- 8, p. 2293 (s.m.) che si riporta in massima: "in tema di annullamento in sede di autotutela, sono note le posizioni giurisprudenziali poi recepite nell'art. 21 *nonies*, l. 241 del 1990, circa la necessità di una valutazione, estrinsecata in motivazione, dell'interesse pubblico, soprattutto nel caso di decorso di un apprezzabile lasso di tempo e della ipotizzabilità di situazioni di buona fede; tuttavia la giurisprudenza ha anche chiarito, nei casi in cui si verta in materia di attività vincolata (...) come non occorra alcuna particolare motivazione a sostegno dell'attività di secondo grado e come il decorrere del tempo (...) non possa giustificare il mancato esercizio dell'attività in autotutela". Nel senso richiamato, T.a.r. Puglia Bari, sez. II, 27 febbraio 2003, n. 873; Cons. di St. sez. IV, 26 maggio 2006, n. 3201; T.a.r Valle d'Aosta, 9 luglio 2008, n. 61 tutte consultabili su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

680 Quanto affermato nel testo si ricava dalle pagine di F. Merusi e in particolare dalla teorica che ritiene la buona fede principio costituzionale non scritto. Di particolare interesse, nella prospettiva richiamata, le pagine dove lo studioso risolve l'obiezione opposta alla sua ricostruzione scientifica dalla dottrina tedesca e segnatamente da Forsthoff. Si riporta la problematica citando dal testo: "Veniamo alla critica di Forsthoff, secondo la quale non potrebbe invocarsi un principio giuridico per mantenere in vita un atto illegittimo, tenuto conto che l'amministrazione è vincolata ad un principio di legalità". La soluzione fornita, a ben vedere, risiede nel postulato introdotto all'inizio della trattazione dell'argomento, laddove il principio di buona fede assume, nella gerarchia delle fonti, la forza e il valore di un principio costituzionale non scritto per se stesso finalizzato a produrre parametri di esercizio del potere ispirati al principio di legittimità. Dice Merusi: "quando non esistono leggi che applicano specificamente precetti generali costituzionali nei confronti della Pubblica Amministrazione questi precetti disciplinano direttamente l'attività amministrativa. E' quanto accade ad esempio nell'annullamento d'ufficio di atti favorevoli viziati, se si accetta la tesi che la buona fede è un principio costituzionale non scritto. Né si può certo parlare come fa qualche

quest'ottica è dal giudizio sulla corretta esecuzione dell'interesse pubblico per cui si agisce, che si può o meno ottenere giustizia, secondo buona fede, avverso la *diminutio* subita dal cittadino<sup>681</sup>.

L'affermazione della dottrina più accreditata non lascia dubbi ricostruttivi: “la necessaria ponderazione di un nuovo interesse dell'atto viziato, o il limite non superabile derivante da una situazione di affidamento, sono qualcosa di esterno al potere di annullamento d'ufficio, che non trova spiegazione se non con riferimento ad un principio giuridico disciplinante l'esercizio del potere”<sup>682</sup>.

La conclusione poco prima riportata si fonda, a ben vedere, su una scelta o meglio sull'ammonimento di seguito richiamato: “a meno che non si voglia rinunciare ad una spiegazione normativa”<sup>683</sup> delle problematiche affrontate, si dice, “sia la ponderazione degli interessi, sia la tutela immediata dell'affidamento trovano il proprio fondamento nel principio di buona fede”, da intendersi come criterio integratore esterno della norma primaria<sup>684</sup>.

E' opinione della dottrina che la ricostruzione prospettata colloca la buona fede nell'ambito del vizio di eccesso di potere per violazione dell'affidamento ingenerato, che i giuristi indagano sulla base della ricostruzione della ragionevolezza dell'azione amministrativa: in quest'ottica assumono particolare rilievo sia l'interesse pubblico attuato, sia la partecipazione procedimentale concessa al cittadino che si presenta funzionale alla migliore realizzazione del primo in senso equo e partecipato<sup>685</sup>.

---

autore tedesco, di maggiore “democraticità” della legge nei confronti delle norme costituzionali, a meno che non si voglia ridurre il concetto di “democrazia” a quello di “procedimento parlamentare di produzione normativa”. Cfr. ID. op. cit., p. 112. Sul concetto di legittimità in relazione all'applicazione dei principi costituzionali si veda V. ONIDA, *Pubblica Amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano 1967, *passim*.

681 Si veda A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato*, cit., pp. 74-5 con ampia casistica giurisprudenziale.

682 F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., p. 104

683 *Ibidem*.

684 *Ibidem*.

685 Si veda in argomento F. MERUSI, *Buona fede e affidamento*, cit., pp. 239 - 240. Nello stesso senso A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato*, cit., p. 130 che chiarisce: “L'intersezione tra interesse pubblico e collaborazione del cittadino, circostanza che consente la funzionalità dell'interesse privato alla corretta e oggettiva determinazione dell'interesse pubblico, è stata elaborazione innovativa che risale alla metà dello scorso secolo. Essa discende dalla nuova lettura dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità in senso ‘dinamico’, tanto è vero che gli interessi della società, degli individui, dei gruppi, sono destinati ad essere percepiti in seno allo svolgersi dell'attività non come “obiettivi immediati di tutela”: la partecipazione procedimentale è elemento essenziale alla rinnovata idea di funzione amministrativa”. In argomento, senza esaustività, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.* 1952, p. 137 e ss., dove l'autore sostiene che la forma del procedimento, ispirandosi al processo, consente di agire nell'interesse della comunità nel rispetto dei diritti e degli interessi dei cittadini. Ancora G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano 1969, p. 177, che rileva: “la vicenda dell'intervento, pertanto, si spiega dogmaticamente siccome l'esercizio di un potere strumentale concesso dall'ordinamento a tutela di un diritto o di un interesse, comunque quest'ultimo si voglia ricostruire, potere che, pur presupponendo già per il suo esplicarsi un certo comportamento da parte dell'amministrazione, fa nascere in capo a questa, successivamente al suo esercizio, un ulteriore dovere, e perciò determina il nucleo di uno specifico interesse procedimentale minore”. In punto G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, *passim*, e ancora F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo*

La dottrina a questo proposito evidenzia “come l’obbligo di bilanciare l’interesse pubblico con gli interessi correlati all’affidamento (...) consista nel ricorrere al concetto di discrezionalità amministrativa per moderare le conseguenze del potere in autotutela, anziché riconoscere al privato una autonoma posizione soggettiva”, sol per questo degna di considerazione alla luce della normativa di settore<sup>686</sup>.

Concludendo, sembra evidente, come la buona fede del diritto amministrativo non sovverta l’assetto autoritativo del rapporto con gli amministrati, nel rispetto sostanziale di una linea interpretativa che fonda la tutela concessa sulla clausola dell’interesse legittimo: la buona fede s’introduce, nel rapporto instaurato, come timidamente, per una via che potremo definire mediata e speciale.

Il criterio di ragionevolezza, con il quale la buona fede spesso si confonde, si pone come necessario *passé par tout* che introduce e assorbe, nel procedimento e nel processo, ogni parametro diretto di correttezza e giustizia delle relazioni.

“Seguendosi tale impostazione – commenta la dottrina - la problematica della tutela dell’affidamento, viene condotta *tout court* in quella più ampia dell’eccesso di potere per violazione dei principi generali sulla disciplina dei presupposti dell’esercizio del potere (tra i quali è appunto annoverabile il principio di buona fede), mentre in pari tempo viene rifiutata l’eventualità che il principio riguardi “il farsi dell’atto” ossia il procedimento di formazione dello stesso”<sup>687</sup>.

Il principio di buona fede produce i suoi effetti entro i limiti dei principi costituzionali dell’azione contenuti nell’art. 97 (buon andamento e imparzialità) e nel rispetto della bipartizione delle giurisdizioni alla luce delle diverse posizioni soggettive degli amministrati di cui all’art. 113 della Costituzione: la clausola è postulata un *prius* rispetto alle fasi procedimentali, di cui il giudizio sull’eccesso di potere costituisce il *posterius*.

La ricostruzione svolta non va tuttavia esente da critiche espresse: “con tutta evidenza la dottrina richiamata”, si dice, “si muove su due piani che denotano piuttosto marcatamente la difficoltà di conciliare la sostanza del fenomeno considerato, che è nato, si è sviluppato, come vincolo imposto ad un soggetto nei confronti dell’altro, e che perciò è destinato a risentire sensibilmente dell’ambientazione consensuale propria di quei rapporti, con la realtà dei rapporti amministrativi in cui le parti si trovano in posizione di istituzionale disegualianza, e in cui in definitiva, la riduzione della tutela alla ponderazione degli interessi pare in sostanza fatto in sé insoddisfacente, di contro ai più rilevanti risultati che quella dottrina si era viceversa proposti”<sup>688</sup>.

La critica, merita anticiparlo, anche per agevolare i temi che prenderemo in considerazione nella successiva esposizione, si fonda su un’osservazione particolarmente pertinente: “di tale difficoltà”, si dice, “non pare si possa avere fondatamente ragione non già per effetto della trasposizione meramente verbale di istituti tratti dall’ambito di rapporti privatistici, bensì attraverso una rinnovata

---

*paritario*, in AA.VV. *Studi in onore di E. Guicciardi*, Padova 1975, *passim*.

686 La considerazione è di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., pp. 256-7; del medesimo orientamento in particolare F. TRIMARCHI BANFI, *L’annullamento d’ufficio e l’affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 843.

687 A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato*, cit., p. 70

688 A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato*, cit., p. 72

considerazione della funzione della parte privata (e della società) nel rapporto, nel momento della traduzione del potere in atto, nonché attraverso una diversa caratterizzazione dell'interesse pubblico alla cui soddisfazione l'atto è predisposto<sup>689</sup>.

4.6. *Buona fede e solidarietà; l'altra voce della dottrina* — In questo capitolo abbiamo messo in luce il dibattito dottrinale che, anche a livello costituzionale, investe la clausola nel diritto pubblico: ci siamo poi riservati di approfondire il pensiero di quella dottrina minoritaria, che vede nella buona fede la manifestazione del dovere di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 della Carta Costituzionale. E' d'uopo pertanto occuparcene in questa sede.

In realtà, nell'ottica della teorica richiamata, il collegamento al valore costituzionale, ora citato, non rende la clausola regola d'azione esterna all'esercizio del potere, ma regola insita nel rapporto che, da questa prospettiva, vincola la stessa pubblica amministrazione.

Quello che la nuova teorica vuole costruire è una regola della correttezza derivata dal basso, dalle dinamiche peculiari del fatto oggetto del giudizio<sup>690</sup>, dal comportamento tenuto nel rapporto anche tra impari, demandando al giudice la possibilità di individuare modelli di condotta che, a integrazione dei principi normativi, forniscano significato alla correttezza nel caso di specie, oltre la lettera del diritto scritto<sup>691</sup>.

---

689 *Ibidem*.

690 In punto G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, *In iure praesentia*, 1989, p. 446, il quale rileva che la peculiarità delle clausole generali consiste nel fatto che “la c.d. “sussunzione” opera alla rovescia: non è il fatto concreto che va “sussunto” nella norma (già data), bensì è il giudizio sul fatto (*espresso sulla base di parametri extralegali*): “*principi dell’etica e del costume*” “*canoni estetici*” “*regole economiche*”, e così via, a riempire il contenuto e a concretizzare la clausola generale”.

691 Un esempio renderà più chiaro il tema innovativo della teorica. L'art. 21 *nonies* della legge 241/90, come novellato nel 2005, introduce la regola espressa dell'annullamento d'ufficio indicandone i presupposti. Tra essi, il legislatore afferma che l'inefficacia dell'atto sul quale l'autotutela viene a incidere è condizionata alla ragionevolezza del tempo del suo esercizio, senza che però materialmente si specifichi entro quale termine il ritiro dell'atto possa in definitiva essere considerato ragionevole. Ciò apre al giudice amministrativo l'onere espresso di dare significato al presupposto e il compito che ne consegue è svolto con particolare attenzione alla condotta tenuta dai soggetti coinvolti nell'azione, al fatto. Ogni sentenza, da questa prospettiva, identifica uno standard di condotta idoneo a svolgere da criterio regolatore del caso, laddove il fatto è indispensabile alla giustizia del giudizio, evidentemente oltre lo *scriptum ius*. Nella determinazione dello standard, parametro essenziale è la correttezza della condotta. Prendiamo ad esempio la sentenza T.a.r. Catanzaro - Calabria sez. II del 14 gennaio 2009, n.6, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che decide sulla legittimità dell'annullamento di un provvedimento di aggiudicazione di un contratto di fornitura e somministrazione. Rileva la Corte: “quanto alla ragionevolezza del lasso di tempo, formula adoperata dal legislatore della l. n.15 del 2005, ma che non ha mancato di suscitare perplessità, pur nella volontà di lasciare un termine elastico per l'esercizio del potere di autotutela (...) è stato osservato che per essere tale esso non deve consentire un consolidamento della posizione in capo agli interessati e la ragionevolezza deve passare per la valutazione dell'affidamento suscitato nell'amministrato sulla regolarità della sua posizione (...) (cfr Cons. di St., sezione VI, 2 ottobre 2007, n. 50 74)”. Il Tar precisa ancora che “nel caso in esame nessun consolidamento della posizione del ricorrente si possa essere verificato”

Non a caso tali modelli di condotta idonei a un uso generalizzato, ancorché ad emersione giurisprudenziale, sono stati recepiti, in funzione integrativa, nel sistema normativo di riferimento, in ragione, ad esempio, delle recenti modifiche subite dalla legge sul procedimento<sup>692</sup>.

Il percorso che ci si apre innanzi, pertanto, parte da una serie di considerazioni sulla buona fede molto significative, poiché modificative della struttura con la quale la scienza giuridica costruisce i rapporti con la pubblica amministrazione: la teorica in oggetto, infatti, tramite la buona fede, riconosce efficacia giuridica a valori etici e sociali preesistenti alle regole dell'ordinamento.

I presupposti essenziali del ragionamento e le conclusioni alle quali perviene, possono essere riassunti come segue: a) il dovere di correttezza è dovere che impone uno spirito di solidarietà nella manifestazione della condotta tenuta dalle parti; b) esso non può essere predeterminato esclusivamente dalla sola fonte normativa, e men che mai per assiomi, poiché è strettamente commisurato alla peculiarità del fatto; c) la giurisprudenza, indagando il rapporto *secundum legem* (poiché l'azione giudiziaria non può prescindere da un titolo di legittimazione formale) potrà applicare, laddove richiesto, la regola della correttezza individuandone il significato utile, in concreto; d) i rapporti tra impari non vi si sottraggono, poiché anche la pubblica amministrazione è vincolata, non solo al rispetto della legittimità degli atti, ma anche alla legalità della condotta, conformemente a quel principio del *neminem laedere* che assume nell'ordinamento una portata trasversale<sup>693</sup>; e) l'interesse pubblico, che

---

poiché due mesi dopo dalla adozione della delibera che prevedeva l'elenco delle società ammesse e delle società escluse, la stessa era stata impugnata da coloro che ne avevano diritto innanzi agli organi amministrativi competenti.

692 Ci si riferisce alla novella del 2005 con la quale è stata modificata la legge generale sul procedimento. In particolare l'art. 21 *quinquies* introduce l'indennizzabilità dell'amministrato in seguito all'esercizio legittimo del potere di revoca. L'art. 21 *nonies* si occupa, invece, dell'annullamento d'ufficio; la disciplina in esso contenuta è frutto della codificazione di molti standard dell'azione amministrativa d'origine processuale. Questi possono considerarsi derivazione degli effetti della clausola generale sull'esercizio dell'azione. Lo standard del ragionevole lasso di tempo, tra l'esercizio dell'autotutela e l'emanazione del provvedimento annullato, ne costituisce un esempio e, grazie al percorso richiamato, è diventato un criterio di legittimità dell'azione.

693 L'assunto si ricava, ad esempio, dalla copiosa giurisprudenza che prende in considerazione la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione alla quale si applica l'art. 1337 del c.c., collegato all'art. 2043 del c.c., ovvero alla responsabilità extracontrattuale. La *ratio* dell'applicazione della regola risiede nel concetto di *autoresponsabilità* evidentemente attinente alla condotta negoziale tenuta dal soggetto. Si precisa in dottrina che "questa nozione comporta che il soggetto può restare impegnato per un atto che egli non ha realmente voluto", in ragione dell'affidamento suscitato, il quale lascia prevalere la tutela incolpevole della posizione di chi coltiva un'aspettativa, "piuttosto che di quella 'dell'involontario' dichiarante". La citazione è di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano 1987 p. 21- 22. Per il collegamento dell'autoresponsabilità al principio del *neminem laedere* si veda S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, 1959, p. 452. È noto, peraltro, come la giustizia amministrativa abbia accolto l'operatività del precetto, comprese le connotazioni civilistiche. Precisa, infatti, il T.a.r. Catanzaro - Calabria nella sua sentenza n. 6 del 19 gennaio 2007, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che affinché l'art. 1137 del c.c. possa operare innanzi al G. A. occorre: "1) che tra le parti siano intercorse trattative per la conclusione di un contratto, giunte ad uno stadio tale da giustificare (...) l'affidamento nella conclusione del contratto; 2) che una delle parti abbia interrotto le trattative eludendo le ragionevoli aspettative dell'altra, la quale, avendo confidato nella conclusione (...) sia stata indotta a sostenere spese o a rinunciare ad occasioni più favorevoli; 3) che il comportamento della parte

giustifica il potere, non va esente da una applicazione solidaristica e partecipata, che impone all'esecutivo di tenere conto delle posizioni degli amministratori per ricavare, anche su un piano dialettico, i criteri di limitazione delle sue azioni<sup>694</sup>.

Il pensiero è fondato sulla convinzione che “ non sempre l'ordinamento positivo è in grado di prevedere mezzi di specificazione”<sup>695</sup> da applicarsi efficacemente al caso oggetto di giudizio; “per questo verso” si osserva “lo standard – ad emersione giurisprudenziale - viene considerato un mezzo di specificazione, a livello normativo del valore da attuare, che consente l'applicazione dei principi fondamentali e delle clausole generali”<sup>696</sup>.

Se ne ricava che proprio quei modelli di condotta, e per essi la buona fede, sono funzionali al perseguimento, in concreto, della legalità e della giustizia, quindi utili a prevenire posizioni di abuso anche nei rapporti di potere<sup>697</sup>.

La teorica, nella prospettiva richiamata, tiene in particolare considerazione l'indeterminatezza della clausola, osservando come sia “tale, per scelta del legislatore, che – al contrario - avrebbe potuto formulare lo stesso concetto attraverso una norma ‘ordinaria’”, mentre “sceglie di mantenerne la genericità sia a livello di fatto che di diritto”<sup>698</sup>.

La correttezza e i modelli di condotta, nei quali la regola si traduce,

---

inadempiente sia stato determinato se non da malafede, almeno da colpa, e non sia quindi assistito da un giusto motivo”; dello stesso segno T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 9 luglio 2008 n. 2083; più risalente, Ad. plen., Cons. di St., 5 settembre 2005, n. 6.

694 La teorica, invero, ritiene estensibili all'amministrazione sia i criteri di cui all'art. 97 della Costituzione che il principio di solidarietà di cui all'art. 2, fornendo una soluzione interpretativa che rielabora, nell'ottica del dovere di solidarietà nei rapporti, la partecipazione procedimentale, la quale giustifica, anche alla luce dei soli precetti di buon andamento e imparzialità, l'operatività della buona fede nella funzione amministrativa.

695 F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 98.

696 *Ibidem*; in punto e per la distinzione tra clausola generale e principi generali dell'ordinamento si rimanda, senza esaustività, a A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988, p. 640. Lo studioso rileva, in modo significativo, che la differenza tra clausole generali e principi espliciti consiste nel fatto che le prime, per la loro applicazione richiedono che il giudice ne specifichi, in concreto, il significato; i secondi, viceversa, spesso sono immediatamente applicabili (ad es. art. 36 della Cost.). Un problema di comparazione si pone, tuttavia, tra le clausole e i principi inespressi, i quali sembrerebbero richiedere la stessa competenza interpretativa del giudice.

697 Che la p.a. potesse mettere in atto una posizione di abuso era aprioristicamente escluso nel pensiero di Guicciardi: il presupposto dell'interesse generale giustificativo dell'azione lo escludeva con presunzione *iuris et de iure*. Per questa ragione si riteneva superflua l'applicazione della clausola alla condotta della p.a., la quale era fornita di una patente di correttezza molto difficile da disconoscere, se non sotto il profilo dell'affidamento ingenerato da atti autoritativi di seguito contraddetti. Cfr. E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H. Schmitt*, cit.; in punto F. MERUSI *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970, p. 272, laddove si afferma che la tutela dell'affidamento del cittadino è resa possibile “poiché esiste un principio generale di buona fede che ne impone la ponderazione al momento di legiferare o di creare un provvedimento amministrativo”. M.S. Giannini si pone in linea con i pensieri sopra riassunti ancorché finisca per ammettere l'operatività della clausola della buona fede nei rapporti dell'amministrazione *iure privatorum*; cfr. M.S. GIANNINI *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 518. Bisogna tuttavia precisare che il Maestro, in tempi più recenti, riconosce l'applicazione della buona fede all'attività funzionalizzata della p.a., per derivazione e consolidato orientamento giurisprudenziale: ID., *Diritto Amministrativo*, II, Milano 1988, pp. 473 e ss..

698 F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 96.

assumono, nel procedimento, valenza consensuale e sostanziale: per questa via, si ritiene possibile il loro collegamento con l'art. 2 della Costituzione, laddove il concetto di consensualità non va inteso in senso tecnico - giuridico, quanto più è idoneo a sottolineare l'importanza delle diverse posizioni coinvolte nella dimensione dialettica delle fasi procedimentali<sup>699</sup>.

“Il dovere di buona fede” a rilievo procedimentale, si osserva, “implica la necessità, sia per la pubblica amministrazione che per i cittadini, di essere corretti nell'esercizio della funzione amministrativa, indipendentemente dall'affidamento suscitato dall'azione”<sup>700</sup> sul soggetto destinatario del provvedimento; da questa prospettiva, e in senso innovativo rispetto a quanto evidenziato nei paragrafi

699 Il pensiero richiamato si fonda sulle teoriche che hanno ad oggetto la partecipazione procedimentale e l'incidenza della prima sulla qualificazione dell'interesse pubblico in senso dinamico piuttosto che autoritativo. Di queste teoriche ci siamo variamente occupati nel corso della trattazione e pertanto richiameremo in questa sede alcuni dei molti contributi in argomento. Sul procedimento e la partecipazione: G. PASTORI, *Introduzione generale*, in *La procedura amministrativa*, cit., *passim*; V. ATRIPALDI, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell'art.3 della Costituzione* in A.A.VV. *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Napoli 1974, pp. 9 ss.; G. BERTI, *Procedimento, procedura e partecipazione*, in A.A.VV. *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 796 e ss.; A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione*, Torino, 1993, *passim*; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1993, p. 150 e ss.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., *passim*; ID., voce *Funzione*, in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1989, pp. 3 e ss.; S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. giur.*, 1970, pp. 25 e ss.; V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in A.A.VV. *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, *passim*; M. NIGRO *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, pp. 225 e ss.. Circa l'opportunità che la p.a. amministri in modo tale da consentire lo sviluppo della personalità umana, si veda U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova 1964, pp. 105 e ss., dove l'autore contesta il permanere dell'amministrazione su un piano autoritativo volto alla conservazione del potere e ci descrive l'erogazione del servizio pubblico come luogo, dove lo sviluppo della persona sarebbe consentito. In argomento G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, pp. 28 e ss., che osserva: “la generalizzazione della partecipazione sommuove veramente il quadro amministrativo tradizionale”, tanto è vero che “se l'amministrazione è obbligata a prendere in considerazione e valutare confrontandolo con vari parametri, un progetto di opera pubblica o privata, allora si mette in moto una relazione tra funzionari e imprenditori che ne presuppone una condizione paritaria, come se tutti si trovassero ad appartenere a egual titolo a uno stesso ordine, dove norme e attività di confronto o di ponderazione si intrecciano o si compongono alla fine in scelte alle quali tutti hanno ugualmente collaborato”. Ancora in punto G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1975, pp. 342 e ss.; A. SAVIGNANO, *Partecipazione politica*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, pp. 155 e ss.; O. SEPE, *Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, pp. 331 e ss., dove gli autori prendono in considerazione la graduale trasformazione dell'attività politica e amministrativa da autoritativa a partecipata.

700 F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 124. Nel senso richiamato, invero, sussistono nuovi orientamenti dottrinari e giurisprudenziali che interpretano i doveri e gli oneri disciplinati dalla legge sul procedimento amministrativo alla luce della regola della correttezza, la quale, in quest'ottica, non assumerebbe la connotazione di limite esterno all'esercizio dell'attività discrezionale, quanto più ne costituirebbe limite interno, rilevante ai fini dell'ingiustizia della condotta e del risarcimento del danno. Grande apertura, in questo senso, deriva dalla nota sentenza della Cassazione a Sezione Unite n. 500 del 1999 laddove, tra le altre cose, si profila la possibilità per il giudice di sindacare l'attività amministrativa secondo correttezza e buona fede, per lo meno in ragione del disvalore che l'attività illegittima e colpevole determina sulla domanda risarcitoria. Di rilievo le sentenze Tar. Lazio, sez. II, 19 ottobre 2002, n. 8909, in *Foro amministrativo T.a.r.*, 2002, I, p. 3486 e ss., e ancora Cons. di St. sez. IV, 15 aprile

precedenti, s'interrompe quel collegamento tra potere pubblico, affidamento e buona fede che pure, per la dottrina più accreditata, sembrava imprescindibile affinché la clausola potesse essere riconosciuta nel diritto pubblico.

Il “dovere di buona fede, conseguente all’obbligo di solidarietà tra i soggetti” coinvolti nel procedimento “consiste nell’agire corretto, inteso come “giusto” (scilicet: conforme alle attuali esigenze sociali espresse negli standard di valutazione legislativa e giurisprudenziale)”: la buona fede, pertanto, anche nel diritto amministrativo, diventa criterio di limitazione del potere, grazie al rilievo degli interessi alieni nel procedimento<sup>701</sup>.

L’autonomia della regola della correttezza è stata, d’altra parte, confermata dalle teoriche sulla responsabilità da contatto sociale, secondo le quali, il semplice contatto che si stabilisce tra il titolare di un interesse legittimo pretensivo e l’amministrazione, crea una relazione giuridica di tipo relativo, nell’ambito della quale, ad esempio, il risarcimento del danno assume alcuni tratti caratteristici della responsabilità precontrattuale e contrattuale, in ragione della violazione diretta del dovere di buona fede<sup>702</sup>.

Siamo, a ben vedere, molto distanti dalla costruzione dalla quale eravamo partiti: in quell’ottica difatti, affidamento e buona fede finivano per assumere il ruolo prevalente di presupposti dell’azione, restando concetti sostanzialmente estranei alle fasi procedurali dove rileva il farsi della condotta.

L’azione amministrativa scorretta era avvertita, in via prioritaria, come illogica e, in quest’ottica, si riteneva di doverla indagare sotto il prevalente profilo

---

2003, n. 1945, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), dalle quali si evince chiaramente che la violazione delle norme procedurali può costituire un sintomo della violazione della correttezza e della buona fede in senso lesivo per il cittadino. Da questa prospettiva, di rilievo il problema dell’inerzia amministrativa: sancisce ad esempio il Cons. di St. sez. I, 26 settembre 2003, n. 1433, in *Foro it.*, 2004, I, pp. 792 e ss., con nota di A. TRAVI, *La giurisprudenza di Cassazione sul risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi dopo la sentenza delle sezioni unite Cassazione 22 luglio 1999, n.500/99*, che il diritto al risarcimento del danno da mancata adozione della disciplina urbanistica per un’area bianca di proprietà del ricorrente, deriva dal protrarsi di uno stato d’incertezza lesivo delle sue ragioni che è espressamente qualificato “fatto lesivo commisurabile agli obblighi di buona fede”. Sussiste giurisprudenza che collega il dovere di buona fede al mancato rispetto della congruità dei termini procedurali, come ad esempio i ritardi nella corrispondenza e nelle informazioni o, d’altra parte, l’eccessiva durata dell’istruttoria: in questo senso cfr. T.a.r. Lombardia, sez. III, 31 luglio 2000, n. 5130, in *Foro it.*, 2002, III, pp. 4 e ss.; T.a.r. Lazio sez. II bis, 19 ottobre 2002, n. 8909; T.a.r. Puglia Bari, sez. III, 26 febbraio 2004, n. 902, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.a.r. Puglia Bari, sez. III, 3 giugno 2004, n. 237, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Per l’ingiustificato ritardo della conclusione del procedimento, cfr. Cons. di St., Sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7381, in *Foro amm. CdS*, 2004, pp. 3164 e ss.. La buona fede rileva ancora sul piano della solerzia nello svolgimento e conclusione dell’istruttoria procedimentale, si veda in punto Cons. di St., sez. IV, 17 dicembre 1998, n. 1815 in *Enti Pubblici* 1999, pp. 686 e ss., dove si collega il dovere di buona fede agli adempimenti delle attività previste dall’art. 6 della l. 241/90; cfr. Cons. di St., sez. V, 28 luglio 2005, n. 4057, in *Foro Amm. Cons. St.* 2005, pp. 2260 e ss.. Circa il danno da ritardo per violazione dell’interesse legittimo alla conclusione del procedimento e profili risarcitori cfr. Cons. di St. sez. Vi, 12 gennaio 2009, n. 65 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

701 Il pensiero è di F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 100.

702 Si veda Cons. di St. sez. IV, 25 marzo 2004, n. 1626, in *Cons. di St.* 2004, pp. 686 e ss., da Ultimo Con. di St. sez. IV, 12 marzo 2010 n. 1476 su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

della ragionevolezza, laddove la buona fede era destinata a rimanere sullo sfondo.

La chiave di lettura che ci occupa introduce, viceversa, una visione del sistema diametralmente opposta.

L'intenzionale indeterminatezza della clausola, se per un verso consente il rapporto tra impari di diventare il luogo favorito dal quale la buona fede integra il diritto scritto, dall'altro si spinge ancora oltre, segnando un punto d'incontro tra i valori sociali ed etici della nazione con le regole giuridiche dello Stato.

Da questa prospettiva la clausola favorisce il superamento della supremazia dell'interesse pubblico giacché concorre alla sua determinazione.

Pertanto "a noi sembra", ed è ancora la voce della dottrina a chiarire l'assunto, "che la teoria (...) si possa accogliere solo a condizione di riconoscere esplicitamente che l'ordinamento si fonda su una serie di valori essenziali che costituiscono quello che è stato definito il diritto naturale vivente, ammettendo così che la formulazione esplicita di clausole generali" da parte della scienza giuridica "consente l'introduzione nell'ordinamento giuridico di principi etici e di valori extralegali"<sup>703</sup>.

L'innovazione segnalata è ravvisabile anche sul fronte dei poteri riconosciuti al giudice, nel processo: "ove l'interprete si trovi di fronte ad un principio fondamentale o a una norma formulata secondo la tecnica della clausola generale", osserva la dottrina, il giudice "deve seguire l'opzione valutativa di fondo già compiuta dal legislatore, ma integrandola con una propria valutazione": la valutazione richiamata, tuttavia, non si pone come meramente soggettiva, "ma coerente con criteri generali, rinvenibili nel complesso delle convinzioni etiche, civili e sociali, riconosciute, secondo le quali si orienta legittimamente la giurisprudenza di un determinato paese"<sup>704</sup>.

Un esempio di quanto prospettato si riscontra nel rapporto tra la buona fede e l'adempimento dell'obbligo di motivazione, che, salvo specifiche eccezioni, deve assistere il provvedimento amministrativo<sup>705</sup>.

L'obbligo di motivazione, rileva la dottrina, non è disciplinato in modo esaustivo dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990, quanto più lo stesso abbisogna di una concreta specificazione in sede giurisprudenziale, alla luce dei principi di sufficienza e congruità che confermano la correttezza del suo adempimento.

In quest'ottica, gli *standard* derivati dal fatto dedotto in giudizio sono diversi secondo le materie sottoposte all'attenzione del giudice<sup>706</sup> e la motivazione, pur

---

703 Per la citazione F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 101. Dello stesso segno A. FALZEA, *Gli standard valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p.1 e ss..

704 F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 99, in particolare cfr. nota 73.

705 Si osserva come: "Ad esempio, la disposizione contenuta nell'art. 3 della l. n. 241/90, sull'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti, non è altro che la formulazione normativa di un obbligo di correttezza". Cfr. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 135.

706 La giurisprudenza in materia è copiosa, tuttavia ci lascia capire come proprio dalla concreta valutazione dei diversi fatti portati all'attenzione del giudice può effettivamente dichiararsi la conformità della motivazione al precetto di cui all'art. 3 della legge sul procedimento. Ad esempio, in relazione al diniego di autorizzazione a svolgere servizi di custodia e vigilanza, il giudice ha ritenuto insufficiente il generico riferimento alle esigenze della collettività, alle possibili turbative

formalmente presente, potrà essere valutata alla luce di un concetto di legalità reale e non sussumibile nell'esclusivo dato normativo<sup>707</sup>.

Più in generale, anche il diritto d'accesso agli atti, la possibilità di introdurre nel procedimento documenti e memorie, l'obbligo di procedere e provvedere<sup>708</sup>, posto in capo al soggetto pubblico, l'attività consensuale di cui all'art. 11 della l. 241/90<sup>709</sup>, le garanzie recentemente apposte alla revoca e all'annullamento d'ufficio<sup>710</sup>, la stessa cooperazione tra diverse amministrazioni e tra queste e gli amministrati, come nella conferenza dei servizi, sono istituti sensibili al principio di buona fede e per essa possono essere integrati<sup>711</sup>: la pubblica amministrazione, infatti, ha "il dovere di conoscere con la normale diligenza quanto cade nella sua sfera di

---

che possono derivare dal rilascio di nuove licenze, al pregiudizio che deriverebbe da altre attività operanti nella zona. In tal senso, Cons. di St. 3 dicembre 1996, n. 1271 in *Foro amm.*, 1996, p. 3220; Cons. di St., 28 ottobre 1999, n. 1643 in *Foro amm.*, 1999, p. 2060; cfr. Cons. di St. 26 settembre 2001, n. 5075, in *Foro amm.*, 2001, p. 2357. Pecca di genericità anche il riferimento ad un possibile "eccesso di concorrenza" posto alla base del diniego di una licenza per la distribuzione di alimenti: cfr. Cons. di St. sez. V, 15 maggio 1998 n. 833 in *Foro amm.*, 1998, p.1744. Si veda, in tema di diniego di concessione edilizia, sulla base di un generico parere della commissione edilizia, T.a.r. Lazio, II, 23 gennaio 2002, n. 1271 in *Giur. Merito*, 2002, p. 1217. Interessanti le pronunce in materia di vincoli paesaggistici, laddove l'insufficienza della motivazione viene riconosciuta, quando manca la dimostrazione del valore (paesaggistico, storico, artistico) o dell'estensione del bene da vincolare; c.f.r. Cons. di St. sez. VI, 29 ottobre 2002, n. 4561, in *Foro amm. Cons. St.*, 2002, p. 2396; T.a.r.Veneto, I, 16 marzo 2002, n. 1098 in *Foro amm. T.a.r.*, 2002, p. 268. Si veda ancora T.a.r. Sardegna 14 marzo 2002, n. 253, in *Foro amm. T.a.r.*, 2002, p. 1119 che ritiene viziato da eccesso di potere il parere del Comitato per le Pensioni Privilegiate Ordinarie con il quale è escluso che un'infermità dipenda da causa di servizio sulla semplice considerazione che l'interessato non abbia rappresentato, senza indugio, l'evento traumatico che l'ha colpito. In tema di annullamento di ufficio e congruità della motivazione cfr. Tar Puglia, Lecce, sez. I, 16 aprile 2010, n. 930; Cons. Stato, sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8291 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

707 Si richiamano, in argomento, essenziali riferimenti bibliografici: C.M. JACCARINO, *Studi sulla motivazione*, Roma, 1933, *passim*; G. TREVES, *Vizio della motivazione ed eccesso di potere*, in *Temi emiliana*, Padova 1935, pp. 8 e ss.; G. MIELE, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1942, I, pp. 9 e ss.; C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, cit., *passim*; R. JUSO, *Tratti caratteristici della giurisprudenza sulla motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, pp. 661 e ss.; M. RIVALTA, *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e al privato interesse*, Milano, 1960, *passim*; M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano 1977, pp. 257 e ss.; G. BERGONZINI, *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza 1979, *passim*; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano 1987, *passim*; F. BASSI, *Brevi note sull'eccesso di potere per difetto di motivazione*, in *Scritti in onore di M. Nigro*, III, Milano 1991, *passim*; A. ANDREANI, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *Scritti in onore di P. Virga*, I, Milano 1994, *passim*; L. CIMELLARO, *Le garanzie del procedimento amministrativo nella l. 241/90: gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sulla partecipazione al procedimento e la motivazione del provvedimento*, Padova 1997, *passim*; R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparativa*, Milano 1999, *passim*; T. AUTIERI, *La motivazione del provvedimento amministrativo: raccolta di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, Padova 2002, *passim*; G.M. RACCA *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli 2000, *passim*; M. OCCHIANA *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio di procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, nota a T.a.r. Liguria, sez. I, 10 dicembre 2002, n.1187, in *Foro amm.T.a.r.*, 2003, pp. 522 e ss..

708 In tal senso di rilievo la giurisprudenza che si pronuncia sulla legittimità del silenzio

conoscibilità” e di agire in conformità della propria conoscenza della realtà e del vincolo che le deriva dall’obbligo di solidarietà di cui all’art. 2 della Carta Costituzionale<sup>712</sup>.

La rivisitazione del principio di legittimità, al quale la teorica perviene, attribuisce un senso nuovo a quel concetto di “di legalità-giustizia” auspicato dagli studiosi del processo amministrativo: “non si tratta più” si dice “(o non si tratta più soltanto e prevalentemente) di controllare ed assicurare la conformità dell’attività amministrativa all’ordine normativo preesistente ma di dare vita, con la partecipazione e attraverso il conflitto di tutti gli interessi coinvolti, ad un giusto

---

inadempimento, che precisa criteri in concreto con i quali applicare l’art. 2 della legge n. 241/90. A tal proposito si cita, per tutte, la sentenza Cons. di St. sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318 in *Foro amm. CdS.*, 2007, 5, p. 1568 cit., la quale richiamando una precedente pronuncia del 2004, la n. 7975, perora un’interpretazione estensiva dell’obbligo di provvedere fondata sulle seguenti ragioni: “independentemente dall’esistenza di specifiche norme che impongono ai pubblici uffici di pronunciarsi su ogni istanza non palesemente abnorme dei privati, non può dubitarsi che in regime di trasparenza e partecipazione, il relativo obbligo sussiste ogni qual volta esigenze di giustizia sostanziale impongano l’adozione di un provvedimento espresso, in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione (...) in rapporto al quale il privato vanta una legittima e qualificata aspettativa ad una esplicita pronuncia”. L’attenzione prestata da Palazzo Spada alla correttezza dell’azione amministrativa, sembra richiamare il pensiero di F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., pp. 819 e ss., il quale, seppure in riferimento all’imparzialità amministrativa, sostiene “che in definitiva – quel principio - significa non tanto che l’amministrazione debba proporsi il perseguimento di interessi obiettivi, quanto il dovere della adozione di criteri di equità, buona fede, parità di trattamento”. Per una ricostruzione della buona fede come criterio distinto dal dovere di imparzialità, cfr. L. SAPORITO, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Cons St.*, 1984, II, pp. 277 e ss..

709 In punto G. MANFREDI, *Modelli contrattuali dell’azione amministrativa: gli accordi di programma*, in *Le Regioni*, 1992, pp. 335 e ss. ed ancora G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. Amm.*, 1992, pp. 236 e ss., il quale affronta l’applicazione della clausola negli accordi con la p.a. constatandone una “più agevole espansione in via di applicazione diretta, non più solo mediata attraverso il sindacato dell’eccesso di potere e della carenza di motivazione”.

710 Ci si riferisce alla novella del 2005 e in particolare l’art. 21 *quinquies* e all’art. 21 *nonies* già citati. Circa lo standard del ragionevole lasso di tempo per agire in autotutela, sussiste giurisprudenza che rende ad esempio inefficace, in casi particolari, la comunicazione dell’avviso avvio del procedimento nei confronti dell’affidamento comunque maturato dal soggetto destinatario dell’atto. In tal senso Cons. di St. sez. IV, 21 dicembre 2009, n. 8529, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che pronunciando in materia di annullamento di un permesso a costruire sancisce: “Non solo (...) a differenza di quanto sostenuto dall’appellante, il tempo successivo alla comunicazione di avvio del procedimento di riesame della validità della concessione edilizia deve ritenersi utile alla formazione di un legittimo affidamento (...) ma la stessa sua abnormità rispetto al brevissimo termine (15 giorni) dato al privato stesso con detta comunicazione per la presentazione di memorie scritte, è indubbiamente valsa a rafforzare (...) tale affidamento (...)”; nella fattispecie l’amministrazione aveva impiegato 15 mesi per annullare il provvedimento impugnato a fronte del termine per provvedere previsto dall’art. 2 della l. 241/90 (30/90 giorni). A ben vedere lo standard che emerge dal giudizio integra e bilancia il precetto dell’art. 2 della legge sul procedimento, nonché il suo art. 7, alla luce di criteri extragiuridici di giustizia riconducibili alla buona fede. Di speciale interesse la sentenza anche per come rende inefficace la disposizione dell’art. 21 *octies* (volta a non riconoscere effetti invalidanti ai vizi procedurali quando il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere che quello espresso) per le stesse ragioni *praeter legem* sopra rappresentate.

711 In dottrina c’è chi considera dette regole alla stregua dei principi dell’ordinamento e questa è la

assetto di tali interessi”<sup>713</sup>.

Nella dimensione analizzata, a ben vedere, quel concetto di “legalità-giustizia” acquista una connotazione solidale e maggiormente aperta al rapporto sottostante, destinata forse a rivedere, evolvendoli, i principi di paritarità e imparzialità dell’azione, già presi in analisi nelle pagine precedenti.

Laddove il dovere di legalità degli atti si fonde con la legittimità e con la correttezza della condotta, infatti, è possibile trovare un punto d’incontro tra diritto e società, come pure un punto di risoluzione dei conflitti per mezzo della buona fede, che è concetto onnicomprensivo sia dell’interesse amministrativo, sia dell’interesse dei cittadini.

La teorica mette in luce “la necessità”, segnalata dalla dottrina più giovane, “di interrompere la continuità tra buona fede e potere amministrativo”, affinché la regola non obblighi “l’amministrazione ad una attività di tipo ponderativo (di interessi, di provvedimenti, di sacrifici)” come avveniva nelle letture di cui ci siamo occupati: l’amministrazione, infatti, dovrà agire rispondendo ad un generale e superiore dovere di correttezza che guida l’attività discrezionale e, d’altro canto, integra e corregge quella vincolata.

Seguendo il filo innovativo di un simile pensiero ci si propone, invero, una meta ambiziosa poiché rivoluzionaria; quella cioè di “riportare l’eccesso di potere - con le sue figure sintomatiche - alla violazione di clausole generali” quindi “ad un sindacato nel quale l’applicazione della norma vive nel rapporto e non è mediata dalle priorità del potere”<sup>714</sup>. Proseguiamo pertanto la nostra indagine tenendo in mente l’approdo raggiunto, per verificare, nei prossimi argomenti, le altre ragioni della sua fondatezza.

#### 4.7. Ragionevolezza e buona fede a confronto: dalla giurisprudenza la possibile ricomposizione della buona fede unitaria — A conclusione dell’argomento

---

conclusione, alla quale, nonostante le premesse richiamate nel paragrafo, perviene F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 113 e ss..

712 In dottrina, tuttavia, c’è chi identifica questo fenomeno come indebolimento del concetto di legalità sempre più demandata, si ritiene, ad una regolamentazione per principi: M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, in *Dir.e Soc.*, 1993, pp. 481 e ss.. Si veda ancora A. PUBUSA, *L’attività amministrativa in trasformazione*, Torino 1993, pp. 18 e ss..

713 M. NIGRO, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, I, Milano 1982, p. 444. Della stessa idea F. LEDDA, *La legalità dell’amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di crisi*, in *A.A.V.V. Democrazia e amministrazione in ricorso di Bachelet*, G. MARONGIU e G.C. DE MARTIN (a cura di), Milano, 1992, pp. 159 e ss., laddove si sostiene: “l’istanza di giustizia può realizzarsi solo attraverso scelte razionali, orientate tanto agli scopi quanto ai valori della Carta Costituzionale e dell’ordinamento considerato nella sua storicità”.

714 Il pensiero è di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., p. 260, che richiama le teoriche di F. Manganaro ritenute condivisibili proprio nell’ottica dell’apertura al rapporto amministrativo e al suo sindacato sulla base della correttezza delle condotte reciprocamente tenute: la giovane studiosa, nel contributo richiamato, prende in considerazione le varie figure sintomatiche dell’eccesso di potere e ne critica la ricostruzione tradizionale, riconducendole, laddove possibile, alla violazione diretta della regola della correttezza. Cfr. *Ibidem*, pp. 262 e ss., con ampia bibliografia e richiami giurisprudenziali.

trattato e del lavoro svolto, è opportuno occuparci del principio di ragionevolezza<sup>715</sup>, che in molte occasioni, specie nell'ultima parte del lavoro, abbiamo definito elemento indispensabile affinché, nel rapporto con gli amministrati, produca effetti la clausola generale.

Difatti l'utilizzo congiunto e spesso confuso di ragionevolezza, buona fede e affidamento si riscontra in numerose sentenze della giurisprudenza e, d'altra parte, è elemento fondante le teoriche che più addietro abbiamo preso in considerazione, dove la buona fede era applicata al diritto amministrativo con particolare riguardo alla peculiarità delle regole dell'azione, e ai principi della funzione amministrativa<sup>716</sup>.

È possibile profilare, tuttavia, e questo è il senso del nostro contributo in argomento, l'operatività autonoma dei due criteri, posto che si ritiene possibile che i principi dell'azione amministrativa e quelli della relazione con gli amministrati trovino un punto di armonizzazione tale che i secondi non sono più sottoposti a procedimenti di sussunzione, legittimazione, applicazione, interpretazione, tramite i primi, ma producono efficacia diretta nel rapporto giuridico con i cittadini.

Il "sindacato sulla ragionevolezza – osserva, in punto, la dottrina - ha nel nostro ordinamento carattere generale nei confronti di tutte le espressioni del potere pubblico, dovendo l'esercizio di ogni potere apparire sempre almeno ragionevole"<sup>717</sup>.

Si tratta invero di un criterio trasversale<sup>718</sup>, seppure nel diritto amministrativo assuma una connotazione particolare, che da un lato, apre il rapporto a criteri di

---

715 Si forniscono alcuni riferimenti bibliografici dai quali le considerazioni riportate nel testo hanno preso spunto: sul principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo il contributo fondamentale è quello di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., *passim*. Per l'approfondimento del rapporto insistente tra ragionevolezza e proporzionalità, laddove il secondo criterio è ritenuto modulo applicativo del primo, si veda G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *AA.VV. Diritto amministrativo*, Bologna 1993, pp. 1026 e ss.; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., *passim*; P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova 1993, *passim*; G. SCACCIA, *Gli 'strumenti' della ragionevolezza nel diritto costituzionale*, Milano 2000, *passim*; A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *La ragionevolezza del diritto*, M. La Torre e A. Spadaro, (a cura di) Torino, 2002, pp. 97-130. Per l'indipendenza dei due criteri; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pp. 421 e ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano 1998, *passim*; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova 1998, p. 285 e ss.. Per altri approfondimenti L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, cit., *passim*; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987 pp. 3165 e ss.; M.E. SCHINAIA, *Giudice amministrativo e discrezionalità*, in *Dir. proc. Amm.*, 1999, pp. 1009 e ss.. Sulle origini della clausola specie nel diritto anglosassone cfr. P.P. CRAIG, *Administrative law*, III ed., London Sweet & Maxwell, 1994, pp. 404 e ss.; H.W.R. WADE e C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, VIII ed., Oxford 2000, pp. 387 e ss..

716 Cfr. in questo capitolo, paragrafo n. 4.5.

717 G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., p. 191, che sulla ragionevolezza osserva "Si tratta evidentemente del primo paradigma per l'approccio allo stesso fenomeno del potere e del diritto, attenendo, come si è rilevato, al modo di percepire il diritto e la funzione legislativa nel nostro tempo" (nota 101): medesime considerazioni sono espresse da G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 556.

718 Tale criterio è utilizzato dal Consiglio di Stato, dalla Corte di Cassazione e dalla Corte Costituzionale poiché tutte le varie giurisdizioni richiamate, svolgono un sindacato di legittimità e sulla discrezionalità esercitata da altri soggetti di diritto: per approfondimenti in punto cfr. G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., pp. 191 e ss..

giustizia sostanziale, dall'altro, ne costituisce un limite a tratti insormontabile, specie laddove, in sede ermeneutica, s'intenda assorbente di qualsiasi principio in potenza applicabile al rapporto amministrativo<sup>719</sup>.

La ragionevolezza si caratterizza, per chi non intenda abbandonare la prevalente visione autoritativa della pubblica amministrazione, come l'unica clausola che più agevolmente assolve una funzione di 'contropotere', sia nei confronti dell'ampia discrezionalità legislativa, sia di quella amministrativa, che di quella giudiziaria, tutte sottoposte al vaglio di legittimità di cui la stessa ragionevolezza è criterio essenziale di confutazione<sup>720</sup>.

In dottrina si riconosce, infatti, che: "seppure il controllo assume intensità diversa da ordinamento a ordinamento, da materia a materia, la necessità di ragionevolezza, nell'esercizio del potere, è ricollegata alla convinzione dell'esigenza di equilibrio, di misura, (...) di proporzione", che la giurisprudenza analizza al fine di rilevare la "violazione di criteri di equilibrata e ragionevole proporzione nella scelta tra interessi, secondo la correlazione tra questi espressa dalle norme primarie"<sup>721</sup>.

La ragionevolezza, nel diritto pubblico, non si pone soltanto come criterio di esistenza dell'eccesso di potere, ma assume una veste più ampia<sup>722</sup> in quanto consente il sindacato sull'omogeneità dello schema logico dei giudizi di legittimità, quindi sulla base dei dati posti all'attenzione del giudice, consente di poter verificare la plausibilità della decisione assunta<sup>723</sup>, assumendo connotazioni, pur mediate, di giustizia sostanziale.

Rileva, infatti, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che "ai fini del sindacato di legittimità non ci si deve chiedere se un certo valore, isolatamente considerato, sia stato sacrificato, ma ci si deve piuttosto chiedere se il sacrificio sia 'ragionevole' tenuto conto della pluralità dei valori e della necessità di stabilire un equilibrio tra loro"<sup>724</sup>.

La collocazione costituzionale del criterio è riconducibile all'art. 97 della Costituzione<sup>725</sup>, poiché sussumibile "per attrazione" nei principi di buon andamento e imparzialità; d'altra parte si profila un suo collegamento con l'art.113 della

---

719 Viene a questo proposito mostrato come dagli anni settanta, specie grazie al contributo di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., *passim*, la ragionevolezza diventa un criterio applicato in via diretta dal giudice amministrativo come criterio di sindacato sostanziale dell'azione, e come principio che sussume in sé le c.d. figure sintomatiche dell'eccesso di potere; in quest'ottica, l'interpretazione di ogni intervento giudiziale sul rapporto riguarda l'attività discrezionale amministrativa e in particolare il bilanciamento degli interessi coinvolti nell'azione, che si pone come espressione più espressiva dell'incontro tra amministrazione e amministrati, nel rispetto delle regole dell'azione del potere. Si veda A. SANDULLI, voce *Ragionevolezza (Dir. amm)*, in *Dizionario dir. pubbl.*, cit., pp. 4804 e ss..

720 Sulla ragionevolezza come contropotere del legislatore si veda V. KURKDJIAN, *Il principio di ragionevolezza come strumento di contropotere nei confronti del legislatore*, in *Dir. Soc.* 1991, p. 248.

721 Per le citazioni G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, cit., p. 195, laddove l'autore richiama e commenta la sentenza del Cons. St. VI sez. n. 430 del 1990 (nota 121).

722 E' pensiero di A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv.dir.civ.*, 1987, I, pp. 2 e ss., che il criterio di ragionevolezza consista in una clausola generale dell'ordinamento.

723 In questo senso F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., p. 242.

724 Cfr. Cons. St. ad. plen. 6 febbraio 1993 n. 3 del 1993, in *Riv. amm. R. It.*, 1993, p. 643 (sm).

725 In punto G.BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma 1989, p. 3.

Costituzione, giacché la ragionevolezza è indice di legittimità e razionalità dell'azione e pertanto può essere utilizzata, allo scopo, innanzi agli organi della giustizia<sup>726</sup>.

Se la funzione della ragionevolezza è di assicurare la legittimità dell'esercizio del potere, sotto il profilo della sua proporzione e del suo equilibrio, è da questo piano mediato che essa garantisce equa tutela dei beni della vita previsti dall'ordinamento: in quest'ottica la ragionevolezza è collegata ai principi di giustizia e uguaglianza di cui all'art. 3 della Carta Costituzionale<sup>727</sup>.

Stanti le premesse, è tramite la ragionevolezza che si procede alla verifica della proporzione tra buon andamento e imparzialità amministrativa, di cui la valutazione motivata degli interessi che giustificano il provvedimento amministrativo costituisce chiara manifestazione<sup>728</sup>.

La ragionevolezza, per la dottrina più accreditata, è principio di giustizia dei rapporti tra impari: l'idea di giustizia alla quale il ragionamento rimanda, tuttavia, assume una connotazione speciale, vicina al significato di coerenza<sup>729</sup>, di proporzionalità<sup>730</sup>, di equità del procedere amministrativo, tutti principi certamente funzionali al riconoscimento di un'amministrazione imparziale e costituzionalmente orientata, ma piuttosto distanti dalla considerazione diretta del rapporto con gli amministrati.

Da questa prospettiva, sia la giustizia sia l'equità del procedere e provvedere si realizzano sulla base di principi guida esterni al rapporto giuridico sottostante, come quello del 'contemperamento', del 'minimo mezzo', della 'coesenzialità del limite', i quali, a ben vedere, si presentano principalmente orientati al potenziamento della validità e dell'efficacia dell'ordinamento giuridico che, di tal guisa, elimina le sue contraddizioni e potenzia la sua forza<sup>731</sup>.

---

726 La considerazione va attribuita a F. BASSI, *La norma interna*, cit., p. 291, che ravvisa come il sindacato sull'eccesso di potere comporta la verifica di legittimità del provvedimento sulla base della formazione "razionale" della volontà e degli adempimenti che hanno condotto alla sua emanazione. Per la sostanziale coincidenza tra ragionevolezza del procedere e razionalità dell'atto amministrativo, si veda la sentenza Cons. St. VI Sez. 31 marzo 1983, n. 176, in *Rass. Dir. Far.*, 1984, p. 419. Per l'idea che la ragionevolezza sia criterio imprescindibile "della legittimità dell'azione amministrativa", si rimanda ancora a F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., pp. 27-29- 41, teorica ripresa da G. PIRAS, *Interesse legittimo e diritto amministrativo*, cit. p. 433; in punto G. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., p. 285 che rileva come il sindacato sull'eccesso di potere tenda a ricercare la decisione razionale a fronte di quella irrazionale.

727 Cfr. G. SCACCIA, *Ragionevolezza delle leggi*, cit., p. 4807.

728 Si veda in particolare U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, p. 123.

729 In argomento, anche per i richiami alla giustizia costituzionale, G. SCACCIA, *Ragionevolezza delle leggi*, cit. p. 4807, con giurisprudenza di riferimento.

730 Si osserva in dottrina: "il controllo di proporzionalità (...) può essere scomposto in tre diversi livelli di scrutinio: la verifica d'idoneità; il controllo di necessità, infine il bilanciamento vero e proprio"; cfr. G. SCACCIA, *Ragionevolezza delle leggi*, cit., p. 4808. In argomento, A. SANDULLI, *Ragionevolezza (Dir. Amm)*, cit., p. 4804, il quale afferma: "Mentre il principio di ragionevolezza implica un bilanciamento qualitativo tra gli interessi, che si traduce in una verifica di plausibilità e giustificabilità del bilanciamento, il principio di proporzionalità presuppone una valutazione molto più articolata (incentrata sui c.d. tre gradini: idoneità, necessità, adeguatezza) è un sindacato più penetrante, incidente sulla corretta misura del potere amministrativo esercitato".

731 Si precisa in dottrina: "In base al criterio del contemperamento, diritti antagonisti e dotati di rilievo costituzionale primario devono essere armonizzati in modo da evitare l'integrale sacrificio

La tutela che dal principio della ragionevolezza deriva alla posizione dell'amministrato, d'altra parte, è tutela mediata: ciò che la ragionevolezza consente è il raffronto, in senso razionale, tra la posizione qualificata del cittadino e la norma posta a tutela dell'interesse pubblico per cui si procede, laddove l'armonizzazione delle posizioni dei soggetti coinvolti non è altro che la ragionevole composizione, in seno all'ordinamento giuridico, di due norme presupposto dalle ragioni eccezionalmente inconciliabili.

La ragionevolezza non coinvolge, infatti, diritti e obblighi direttamente ricollegabili a un bene della vita leso o preteso, quanto più racconta la linea logica delle ragioni della subordinazione del cittadino alla sovranità statale.

La buona fede, evidentemente, è altro, né si può qui riassumere quanto riferito in proposito nel nostro lavoro: tuttavia la sua alterità è bene evidenziata da alcune pronunce che sulla clausola ha emesso la suprema Corte di Cassazione.

Il principio di correttezza e buona fede – si osserva - il quale secondo la Relazione Ministeriale al Codice Civile “richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore”, deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la 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 dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge<sup>732</sup>.

La buona fede interviene nei rapporti in modo diretto, laddove la legittimità della condotta è commisurata all'interesse concreto del cittadino, alla realizzazione del quale non è sufficiente l'ordinamento giuridico ma un dovere di giustizia nato con le relazioni umane e insito nella virtù dell'uomo.

Se l'essenza della buona fede è nella condotta dell'uomo dabbene, si ritiene possibile profilare un punto d'incontro tra la buona fede del diritto privato e quella del diritto pubblico laddove, dal giudizio sulle circostanze che connotano il contatto tra pubblica amministrazione e amministrato, possano emergere criteri di giustizia direttamente riferibili a quella condotta; la circostanza, infatti, concederebbe spazio alla lettura unitaria della regola, alla quale non potrebbe sottrarsi né il giudizio di legittimità dell'azione amministrativa, né l'orientamento più tradizionale della dottrina di settore.

Senza alcuna pretesa di esaustività si rappresentano, a questo proposito, alcune decisioni del complesso T.a.r. - Consiglio di Stato che ci sembrano

---

di uno dei due termini della ponderazione. Quanto al criterio del minimo mezzo, esso richiede che le posizioni giuridiche tutelate come diritti inviolabili siano ristrette dall'autorità giudiziaria o dal legislatore soltanto nella misura strettamente necessaria alla realizzazione di un interesse costituzionale rilevante e che il nesso strumentale tra mezzi complessivi e fine da realizzare sia strettissimo (C. Cost., n. 463/1994, n. 467/1991). La terza fondamentale regola di bilanciamento prevede che la norma limitativa di un diritto fondamentale debba essere sorretta da un interesse costituzionale rilevante, che bilanci, con la propria attuazione, il sacrificio del diritto (C. Cost., n.147/2005; n. 330/1999 e n. 231/1994)”. Cfr. G. SCACCIA, *Ragionevolezza delle leggi*, cit., p. 4812.  
732 Cfr. Cassazione civile sez. un. 25 Novembre 2008 n. 28056, in *Giust. Civ. (m)* 2008, 11, p.1681: la violazione dell'obbligo di buona fede, continua la pronuncia, comporta il diritto al risarcimento del danno.

significative nel senso richiamato.

Il T.a.r. Milano Lombardia, sez. III, con sentenza 11 marzo 2010 n. 573<sup>733</sup>, prendeva in considerazione il mancato rispetto del termine di contestazione dell'addebito dal quale sarebbe scaturita una sanzione secondo la legge n. 689/1981.

Si trattava del termine di cui all'art.14, laddove è previsto che dal momento dell'accertamento dell'illecito amministrativo al momento della sua contestazione, non può trascorrere un tempo superiore a novanta giorni.

Nel caso di specie, viceversa, la sanzione era stata inflitta nonostante il considerevole lasso di tempo intervenuto tra le attività previste dalla norma, senza che peraltro fossero riscontrabili particolari complessità istruttorie giustificative del ritardo.

Già al momento dell'accertamento della sanzione, infatti, l'amministrazione aveva pressoché terminato ogni indagine utile ad approfondire i fatti e le circostanze poste alla base dell'illecito contestato.

La Corte, valutando il caso, riteneva che per il lungo tempo trascorso, per la violazione delle regole del contraddittorio e per la compiuta e tempestiva conoscenza delle circostanze prodromiche all'azione, l'amministrazione avesse violato un autonomo dovere di buona fede, ingenerando nel cittadino l'aspettativa, del tutto legittima, che la sanzione non sarebbe mai stata applicata.

Di particolare rilievo alcuni passi della sentenza, la quale chiarisce come, anche nel diritto pubblico, l'affidamento è collegato direttamente all'obbligo di buona fede oggettiva, seppure quest'ultima possa trovarvi applicazione in via autonoma.

L'affidamento, infatti, individuato nel caso di specie come l'aspettativa di una condotta coerente da parte dell'amministrazione, è oggetto di un'autonoma pretesa per violazione diretta della buona fede, laddove affidamento e buona fede sono ragioni del tutto opponibili all'interesse della pubblica amministrazione, non anche funzionali alla sua corretta applicazione.

La pronuncia chiarisce, ancora, che la verifica giurisdizionale dell'osservanza del principio di buona fede, non coincide con quella svolta nei termini del vizio di eccesso di potere, perché l'indagine non avviene secondo i paradigmi di logicità e ragionevolezza, quanto più attiene all'osservanza di una norma che produce i suoi effetti nel rapporto interno tra amministrazione e amministrati.

“Tale impostazione - precisa il T.a.r. lombardo - ben si raccorda con le istituzioni giuridiche dell'ordinamento sovranazionale, in cui risulta oramai costituzionalizzato il ‘diritto alla buona amministrazione’ tra i diritti connessi alla posizione fondamentale di cittadinanza (art. 41 della Carta europea dei diritti; art. II-101 del Trattato per la Costituzione europea)” .

Il T.a.r. chiarisce come “il pregnante contenuto valoriale della norma, quale sintesi di equità e giustizia sostanziale (...) riveste una indubbia funzione di integrazione e di interpretazione delle norme vigenti, imponendo di prendere in rinnovata considerazione la formulazione delle regole che presiedono all'esercizio del potere”; in particolare, continua la sentenza, la buona fede può essere riconosciuta “tra gli obblighi di comportamento dell'amministrazione esigibili dal privato, la cui pretesa a non veder frustrata l'aspettativa suscitata (...) non va

---

733 La sentenza è reperibile sul sito del tribunale lombardo.

disgiunta dalla buona fede” di chi la fa valere in giudizio.

Invero il criterio autonomo della tutela della condotta incolpevole, o meglio, della pretesa alla condotta ‘dabbene’, era già stato oggetto di attenzione dal parte del giudice amministrativo.

Si ricorda, ad esempio, che con sentenza n. 3536 del 25 luglio 2008, la IV sezione del Consiglio di Stato prendeva in considerazione il caso di un carabiniere che si era visto rifiutare, con decreto del Comando Generale dell’Arma, la propria domanda di equo indennizzo poiché presentata oltre il termine semestrale previsto dal D.P.R. 3 maggio 1957, n. 686.

L’appello era proposto dal Ministero della Difesa, in quanto, in prime cure, il militare aveva ottenuto giustizia sul presupposto che la presentazione tardiva della domanda era stata determinata da una nota interna dell’amministrazione, la quale non dava alcun rilievo alla disciplina sui termini.

Ebbene anche in secondo grado la sentenza vittoriosa veniva confermata “sulla scorta dell’affidamento incolpevole generato direttamente dall’amministrazione”.

Dichiarava, infatti, il Consiglio di Stato “l’assoluta correttezza della pronuncia impugnata, che proprio in considerazione della situazione di buona fede dell’interessato e dell’errore in cui è incorsa l’amministrazione per fatto in alcun modo riferibile all’interessato, ha ritenuto tempestiva la domanda di equo indennizzo, non potendo in alcun modo dubitarsi che, nel rispetto dei principi fondamentali fissati dall’art.97 della Costituzione, l’amministrazione è tenuta ad improntare la sua azione non solo agli specifici principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ma anche al principio generale di comportamento secondo buona fede, cui corrisponde – con riferimento al caso di specie – l’onere di sopportare le conseguenze sfavorevoli del proprio comportamento che abbia ingenerato nel cittadino incolpevole un legittimo affidamento”<sup>734</sup>.

Il giudice amministrativo attribuiva assorbente rilievo alle circostanze di fatto dedotte in giudizio, le quali, sembra a chi scrive, sono idonee a fornire criteri di legittimità cogente, correggendo e integrando la formale applicazione della norma statale, in ottemperanza a un principio di giustizia che prescinde dal *vulnus* della contraddizione tra atti, esclusivamente riferibile, per la dottrina più accreditata, al distinto principio di ragionevolezza.

Un altro caso, al tempo molto dibattuto, è quello che ha coinvolto il Presidente Carbone e il Consiglio Superiore della Magistratura.

Avveniva, infatti, che il dott. Carbone era escluso dalla nomina di Presidente della Corte di Cassazione, in quanto, nel corso dello svolgimento del ruolo svolto come Presidente aggiunto, aveva continuato a portare avanti la sua attività accademica senza alcuna autorizzazione dell’organo competente (segnatamente dagli anni 70 al 2005)<sup>735</sup>.

Tale condotta violava apertamente una circolare interna, la quale imponeva di sottoporre a controllo periodico, ogni attività svolta oltre la funzione di magistrato.

---

<sup>734</sup> La sentenza è reperibile in *Foro amm. CdS.*, 2008, 9, pp. 2375 e ss. (sm), su *De jure.it* per esteso.

<sup>735</sup> Il ricorso era il n. 11881/06, con il quale si impugnava la delibera di esclusione dalla nomina e di riapertura dei termini per la presentazione delle domande al concorso: giudizio definito con sent. Tar Lazio del 5/4/07, n. 3036 reperibile sul sito del tribunale amministrativo.

Diceva la circolare: “nel caso di incarico di durata indeterminata o superiore a tre anni, alla scadenza del triennio, dovrà essere rinnovata la richiesta di autorizzazione (...) al fine di consentire al Consiglio Superiore della Magistratura di verificare se perduri la compatibilità dell’incarico con i requisiti previsti” (circ. n. 15207 del 16 dicembre 1987).

Il Consiglio Superiore della Magistratura tuttavia, in spregio all’autolimita imposto all’azione amministrativa, adottava nei confronti del Presidente un atteggiamento tollerante e riconoscente anche per mezzo di atti ufficiali (cfr. atto della Quinta Commissione Consiliare, competente per le nomine agli incarichi dirigenziali, datata 9.10.2006), tanto è vero che, nel tempo precedente al ricorso, non veniva impedita la sua nomina a consigliere aggiunto, pure soggetta alle medesime restrizioni.

Vedendosi negare la nomina a Primo Presidente della Corte di Cassazione, il dott. Carbone ricorreva in giudizio invocando la tutela del suo affidamento e ne sortiva ristorato, sul presupposto che la pubblica amministrazione non aveva mai adottato una condotta conforme al divieto richiamato.

La pronuncia evidenzia i caratteri irragionevoli dell’azione amministrativa per contrarietà con la disciplina prevista dagli atti interni, mettendo in luce il problema dell’affidamento ingenerato: tuttavia, nel caso di specie, sono completamente assenti le operazioni di bilanciamento tra l’interesse pubblico sotteso alla normativa e l’interesse del privato.

Il T.a.r. Lazio, infatti, non ha giudicato il caso dal punto di vista della ragionevolezza dell’azione espletata, quanto più alla luce del valore autonomo della condotta tenuta dall’amministrazione nel rapporto col soggetto interessato, condotta giudicata contraria al principio di buona fede e correttezza, per circostanze che, a ben vedere, vanno oltre la disciplina e il contenuto degli atti di regolamentazione dell’azione amministrativa.

Da questa prospettiva, non siamo sostanzialmente distanti dal rilievo che la buona fede assume nei rapporti obbligatori: anche volendo ragionare alla luce del solo diritto positivo, le sentenze portate ad esempio rimandano al generale dovere di correttezza di cui all’art. 1175 del c.c., giacché la norma richiamata non è circoscritta al solo rapporto contrattuale, ma viceversa è estensibile alla più ampia categoria del rapporto obbligatorio di cui anche la norma di legge costituisce la fonte.

Non siamo perlopiù nemmeno distanti dalla fondatezza di quelle giovani teoriche che riconoscono, nel diritto amministrativo, la presenza di criteri di valutazione dell’azione vicini alla giustizia che promana dalla relazione, laddove la valutazione diretta della giustizia *praeter legem* della condotta attuata dalle parti diventa piano obbligato di confutazione della legittimità del potere<sup>736</sup>.

---

736 Si rimanda alla posizione critica di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit. p. 260, la quale osserva: “sembra che la correttezza sia verificata in concreto alla stregua di parametri come la ragionevolezza, la logicità, la proporzionalità: gli stessi criteri che riempiono di contenuto alcune figure sintomatiche. A questo punto l’ipotizzata fungibilità (...) tra gli strumenti di controllo nei confronti del potere pubblico o privato è raggiunta, ma si riconduce alla riconduzione dell’uno (buona fede) nell’altro (eccesso di potere)”. Tuttavia l’autrice chiarisce come sia necessario distinguere le logiche della funzione da quelle del rapporto, dove la clausola generale è destinata per sua natura a operare. Sullo stesso argomento è interessante il contributo di C. FRANCHINI, *Tendenze recenti dell’amministrazione italiana e accentuazione delle “interferenze”*

Da questa prospettiva e seguendo l'invito di ripensamento del giudizio amministrativo auspicato dal T.a.r. Lombardo, sembra possibile che le figure sintomatiche dell'eccesso di potere, ad esempio, "il carattere manifesto dell'ingiustizia, della sproporzione, della illogicità, che il provvedimento presenta" possano essere ricondotte "a quella coscienza comune, a quella valutazione di normalità che è alla base della buona fede"<sup>737</sup>, nel rispetto di valori antichi che il rilievo assegnato al principio di ragionevolezza dell'azione non può evidentemente assorbire, se non dall'ottica virtuale con la quale l'ordinamento giuridico è stato spesso interpretato.

La giurisprudenza, l'abbiamo in breve dimostrato, assume in questo senso un compito prioritario e innovatore che F. Manganaro aveva acutamente intuito, quando nel suo contributo affermava che "per introdurre il principio legislativo di correttezza dell'azione dei soggetti è necessario che, di fatto, si accerti, attraverso l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, quali siano i comportamenti generalmente ritenuti corretti"<sup>738</sup>.

---

*tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro Amm.*, 1994, pp. 254 e ss., dove si osserva come "i principi del diritto comune tendono con sempre maggiore intensità a disciplinare l'azione della pubblica amministrazione". L'autore continua specificando l'incidenza della tendenza nell'attività unilaterale, "come si evince chiaramente dai numerosi rinvii effettuati dal giudice amministrativo - specie nell'ambito del sindacato sull'eccesso di potere - ai canoni della buona fede, della correttezza, della diligenza, dell'adeguatezza e della proporzionalità, che da sempre sono a fondamento dei rapporti interprivati".

737 C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto* Milano 2008, p. 328. Si veda in punto A. LEVI, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti etici del diritto soggettivo*, Genova 1912, p. 8, dove si conferma che "la buona fede rientra fra i limiti qualificati "etic" di cui risente e in base ai quali occorre limitare anche l'azione amministrativa".

738 F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 123.

## CONCLUSIONI

La buona fede del diritto privato e del diritto pubblico per come si prospetta nel dibattito contemporaneo e di settore, presenta profili evidentemente aporetici, in quanto, sotto lo stesso *nomen iuris*, vengono ricomprese forme di tutela dei cittadini sostanzialmente diverse: è evidente, dalla ricostruzione della clausola più indietro svolta, che la buona fede del diritto soggettivo, non sia e non possa essere la buona fede dell'interesse legittimo.

Né condivisibile, con rispetto alla storia dell'origine della regola, è la teorica di quei giuristi che legittimano lo speciale utilizzo della clausola nel settore di riferimento, sulla base dell'assunto che di buona fede si può parlare anche nei rapporti tra impari in ragione della *fides publica* del diritto internazionale romano<sup>739</sup>.

Abbiamo, infatti, dimostrato come la *fides publica*, altro rispetto alla *fides bona*, costituisce un criterio di autolimitazione del potere che tuttavia non si fonda su categorie giuridiche astratte, su peculiari posizioni soggettive previste dal diritto autoritativo e statale, ma su valori extragiuridici riconosciuti efficaci e cogenti nelle relazioni, sostanzialmente riconducibili alla responsabilità del potere verso l'uomo e la società: i *boni mores* impongono di bilanciare i diversi valori della vita di volta in volta condizionati dalle azioni politiche affinché l'esercizio del potere sia qualificabile come giusto e proporzionato.

V'è tuttavia una ragione assorbente affinché tutto questo possa avvenire, affinché il diritto, ad esempio, deroghi al linguaggio comune e alla verità del fenomeno che sottende; questa ragione è oggetto di riflessione da parte della filosofia del diritto e si manifesta con la scelta operata dalla scienza giuridica di abbandonare il piano umano delle regole, per delegare ogni ordine morale e reale dei fenomeni al solo piano giuridico delle azioni e delle relazioni e alla sicurezza generalmente coercitiva cui la forza del precetto normativo è legata<sup>740</sup>.

Sotto il profilo del linguaggio dal quale, a ben vedere, la nostra ricerca è partita, sono molti i contributi che prendono in considerazione il problema segnalato: essi mostrano come il sapere scientifico imponga un impianto linguistico - categoriale di riferimento asservito all'"interesse della ragione", laddove la finalità pratica e applicativa ne costituisce la causa fondante<sup>741</sup>.

Osserva, ad esempio, J. Habermas come il linguaggio possa presupporre un interesse *tecnico, pratico, ed emancipativo*, purché sia condiviso dalla comunità che ne fa uso; la sua obiettività e verità sono subordinate alla forza della "migliore" argomentazione fornita<sup>742</sup>.

---

739 Ci si riferisce al pensiero che in punto è espresso da F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino* cit. *passim*, o al contributo in tal senso fornito da E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, cit. *passim*.

740 Si osserva in filosofia come il vero scienziato "sa per esperienza diretta che la massima generalità è proprio cercata non per ridurre ma per potenziare l'applicabilità delle teorie". Si veda L. GEYMONAT, *Filosofia e filosofia della scienza*, Milano, 1960, p. 235.

741 Per approfondimenti in punto, senza pretesa di esaustività, si veda G.E. RUSCONI, "Discorso" e decisione. *Il tentativo di Habermas di fondare una razionalità politica*, in AA.VV., *Politica e filosofia*, Milano 1982, p. 56 e ss..

742 J.HABERMAS, *Discorso e verità*, in *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, Bologna,

Dal canto suo G. Scarpelli ravvisa come “l’ordinamento giuridico è un sistema linguistico che rispetto alla scienza del diritto è un dato; o meglio (per usare un’espressione non ambigua qual è “dato” ma capace di trovare nella teorica analitica una rigorosa definizione) costituisce il linguaggio - oggetto di cui la scienza del diritto compie l’analisi semantica e sintattica”<sup>743</sup>.

Ritornando al piano aporetico della nostra ricerca, sembra proprio potersi affermare che sia la specifica forza del linguaggio giuridico e la sua sostanziale condivisione nella dottrina ideologica di settore a giustificare la dicotomia che la buona fede manifesta nei settori del privato e del pubblico, laddove il linguaggio degli ordinamenti assume a “garanzia della validità delle singole proposizioni scientifiche (...)” la “capacità di padroneggiare l’esperienza che esse garantiscono”<sup>744</sup>.

L. Geymonat rileva, ad esempio, come “il cosiddetto convenzionalismo delle teorie scientifiche ha dato luogo, purtroppo, a grossi equivoci sia tra i suoi sostenitori sia tra i suoi avversari”, precisando come “il motivo determinante di tali equivoci va probabilmente cercato nella confusione che spesso si è fatta tra l’aspetto scientifico e l’aspetto filosofico della tesi in esame”<sup>745</sup>.

A questo proposito F. Gentile fa notare come gli scienziati moderni, fedeli alla raccomandazione galileiana di “non tentar le essenze”<sup>746</sup> hanno formato la loro conoscenza “con la libertà di chi è consapevole di non agganciare una realtà, ma di gettare nel concreto e perciò reale fluire dell’esperienza, alcune ipotesi intorno alle quali coagulare operativamente l’esperienza stessa”<sup>747</sup>; la buona fede, per quanto argomentato nel presente lavoro, non ne è uscita immune.

L’ipotesi fondamentale dello “stato di natura” di T. Hobbes, J. Locke e J.J. Rousseau “evidenzia come l’idea della scissione tra natura e diritto, che condiziona lo sviluppo storico delle “geometrie legali” moderne, spingendole a eludere il problema della giustificazione delle leggi (...)”<sup>748</sup>, ha finito per imbrigliare la buona fede nei lacci rigorosi del diritto positivo che a volte le consente di operare nei termini di cui agli artt. 113 e 97 della Costituzione, a volte alla luce dell’art. 2, secondo la sussunzione dell’argomento trattato nell’uno piuttosto che nell’altro settore dell’ordinamento.

Il sistema democratico e rappresentativo, peraltro, hanno risolto in alcun modo il problema della virtualità cui è d’estinta la clausola: la moralità alla quale la buona fede attinge non è traducibile nella dicotomia esistente tra le categorie di privato e pubblico, né la sua formale previsione normativa, per dirla con Habermas, conferma “la volontà del legislatore politico” di “ricomprendere in sé gli aspetti morali delle materie da regolamentare”<sup>749</sup>.

---

1980, p. 33.

743 G. SCARPELLI, *Filosofia giuridica e giurisprudenza*, Milano, 1953, p. 124.

744 La considerazione è di F. GENTILE, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 138.

745 La citazione che richiama e commenta il pensiero del filosofo L. Geymonat è ricavata da F. GENTILE, *Ordinamento giuridico*, cit. p.137 e il contributo cui il commento rimanda è *Filosofia e filosofia della scienza*, cit., *passim*.

746 G. GALILEI, *Il Saggiatore*, (rist. anast.) Roma 1623.

747 F. GENTILE, *Ordinamento giuridico*, cit. p. 135.

748 F. GENTILE, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 155.

749 La citazione è tratta da A. MACERATINI, *Discorso e norma. Profilo filosofico - giuridico di Jürgen*

La schietta funzionalità del sapere scientifico e del suo linguaggio comporta, infatti, che ogni sua definizione si ponga come “essenzialmente artificiale” e fondata “su null’altro che una convenzione”<sup>750</sup>.

Tuttavia la problematica è annosa e si ripercuote quasi intonsa nel dibattito dottrinario contemporaneo; dal giusnaturalismo moderno al positivismo giuridico, dalla connotazione romantica della Scuola Storica del diritto alla lotta di classe del pensiero socialista, dal primo codice unitario alle teoriche giuspubbliciste sul procedimento amministrativo, sembra cristallizzata l’irreversibilità della fiducia nella sovranità statale e negli ordinamenti, dove la possibilità concessa all’uomo di tutelare i propri interessi e raggiungere i propri fini è direttamente proporzionale alla conoscenza, all’accentazione o alla modificazione, anche violenta, della regola dello Stato.

Il piano della moralità innata dell’uomo, quella di Platone, Aristotele, Agostino, Tommaso, è sentito un luogo malsicuro per la giustizia delle relazioni, ciò che conta, al contrario, è conoscere e padroneggiare le regole astratte del gioco che alle stesse relazioni si riferiscono, per vincere con esse la partita.

Il gioco degli scacchi di A. Ross è invero la metafora più espressiva tramite la quale argomentare l’assunto, laddove la giustizia del procedere, come quella dell’esito della tenzone, sono un tutt’uno con la conoscenza tecnica delle regole condivise, da utilizzare nello svolgersi della relazione e nella decisione finale, senza che il rapporto instaurato in senso virtuale e ipotetico sia sostanzialmente scalfito dal rilievo delle circostanze umane che lo caratterizzano.

Chiaro è il punto del filosofo che ci descrive il tipo di conoscenza accessibile per regolare, in senso giuridico, le relazioni intersoggettive: “E’ necessario sottolineare” osserva “che la “conoscenza” di cui stiamo parlando, non è quella di tipo causale. Qui non operiamo con leggi di causalità. Le mosse non stanno in una qualche relazione causale reciproca. La connessione di esse è stabilita con l’ausilio delle regole e della teoria degli scacchi”<sup>751</sup>.

L’equivoco sostanziale che sta alla base della problematica prospettata, l’incapacità del linguaggio scientifico di rappresentare l’essenza della realtà cui rinvia, rispondono a criteri di certezza che trovano nel pensiero di T. Hobbes il fondamento della loro originaria ragione e la prospettiva verso la quale la scienza giuridica spinge il sistema ne costituisce la conseguenza.

Osserva, infatti, il filosofo dello Stato moderno che: “Se si conoscessero con egual certezza le regole delle azioni umane come si conoscono quelle delle grandezze in geometria, sarebbero debellate l’ambizione e l’avidità, il cui potere si appoggia sulle false opinioni del volgo intorno al giusto e all’ingiusto, e la razza umana godrebbe di una pace così costante che non sembrerebbe di dovervi mai più combattere”<sup>752</sup>.

---

*Habermas*, Torino, 2010, p. 234.

750 L. GEYMONAT, *Filosofia e filosofia della scienza*, 1960, in particolare pp. 99 e ss.

751 A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., pp. 13 e ss. dove si precisa ancora: “Queste direttive sono sentite da ciascun giocatore come socialmente vincolanti; ossia un giocatore non solo si sente spontaneamente indotto (“vincolato”) ad un certo tipo di azione, ma è nello stesso tempo sicuro che una violazione delle regole susciterà subito una reazione (protesta) da parte del suo avversario. In questo modo esse si distinguono nettamente dalle regole di abilità contenute nella teoria”.

752 T. HOBBS, *Lettera dedicatoria al Conte di Devonshire*, in *Elementorum philosophiae sectio*

L'accesso alla realtà virtuale delle figure geometriche e al linguaggio convenzionale che sussume i fenomeni della vita, giustifica le figure giuridiche degli istituti, l'astrazione della posizione soggettiva, la stessa volontà contrattuale formalmente recepita nell'accordo, che diventano altro rispetto alla dimensione della natura umana, giacché ogni aspetto intrinsecamente virtuoso, morale e assoluto, non soddisfa più la propensione scientifica del potere, rimanendone sostanzialmente distanti.

La certezza degli ordinamenti si fonda su due aspetti prevalenti: il primo messo in luce da T. Hobbes quando, nel *Leviathan*, descriveva il metodo di conoscenza e la finalità del sapere, il secondo di matrice romantica, che si risolve nel collegamento tra i sistemi giuridici e la mutevolezza della storia.

Da questa prospettiva, tuttavia, non si mette in discussione l'ordine sovrano delle regole al quale la buona fede per sua natura si contrappone ma se ne propone la mutevolezza al passo con la storia, oltre la virtù dell'uomo e i principi innati della relazione.

La dinamica prospettata, asseconda l'esigenza di controllo cui assolve la scienza giuridica, giacché "la scienza è conoscenza delle conseguenze e dipendenza di un fatto dall'altro, per mezzo della quale, oltre ciò che facciamo presentemente, siamo in grado di saper fare qualche cosa simile o diversa, ogni qual volta lo vogliamo"<sup>753</sup>: in quest'ottica, la certezza della fattispecie giuridica da una parte domina gli eventi, dall'altra cristallizza il potere dell'istituzione e la sua forza.

Eppure, l'abbiamo dimostrato richiamando il pensiero di S. Rodotà, la buona fede e la sua "intenzionale indeterminatezza" si sottraggono alle catalogazioni del sapere scientifico affidandosi alla *iurisdictio* che, dalla mutevolezza del fatto, fornisce significato concreto a principi di regolamentazione di natura extragiuridica necessari alla legalità del rapporto.

Gli standard di condotta che se ne ricavano, infatti, hanno la funzione di recuperare nell'ambito della legalità, "a misura d'uomo", il disvalore della condotta abusiva secondo legge, evidenziando come la regola del diritto statale non soddisfa, da sola, l'esigenza di giustizia delle relazioni.

Anche sotto questo profilo, che in verità parrebbe sconfessare quanto finora argomentato, le teoriche di settore, pur di continuare ad affermare la superiorità del criterio scientifico e legalista che sta alla base del piano aporetico dal quale l'indagine è partita, tendono a vincolare l'operatività della buona fede entro i limiti dei principi generali dell'ordinamento o entro i principi costituzionali di settore.

Ciò è tanto vero che se per F. Merusi è precluso il collegamento della buona fede dell'interesse legittimo alla solidarietà dei rapporti di cui all'art. 2 della Costituzione, per E. Betti la buona fede del diritto soggettivo trova in esso legittimazione, ancorché la forza correlativa della clausola sia confermata dal Maestro civilista come preesistente.

Ragioni ideologiche legate alla virtualità del metodo scientifico e al desiderio

---

terza, capitolo introduttivo al *De cive*, 1642, tr. it. N. BOBBIO (a cura di), *De Cive. Elementi filosofici sul cittadino*, Tea, Milano, 1994, p. 60.

753 T. HOBBS, *Leviathan*, I, cap. V, 1651; tr. it. *Leviatano*, G. Micheli (a cura di), Firenze, 1976 pp. 184 e ss..

di garantire l'autoconservazione dell'ordinamento fondano, parimenti, la sostanziale diversità dell'utilizzo della buona fede nella protezione dall'abuso del diritto soggettivo, con rispetto, ad esempio, alla posizione sfumata e recessiva che la buona fede assume nel sindacato sull'eccesso di potere.

Nel diritto pubblico la clausola generale, nonostante l'uguaglianza del *nomen iuris* che condivide con quella del diritto privato, è in prevalenza assorbita dal principio di ragionevolezza dell'azione e diventa funzionale alla proporzionalità e alla razionalità dell'esercizio del potere.

Si ricorderà, tuttavia, come nel diritto romano *fides bona* e *fides pubblica* erano due concetti sostanzialmente legati all'affermazione del piano etico della relazione, piano oggi sostanzialmente negato e perlopiù sostituito col più gestibile piano storico e del costume sociale, grazie alla mutevolezza del suo procedere dialettico.

In modo condivisibile, nel rispetto dell'analisi finora svolta, A. Ross mette in luce come la caratteristica del "giusnaturalismo travestito", che si manifesta nel tentennamento attuale verso il riconoscimento di una ragione umana dai criteri antichi e immutabili, risieda nel perorare "una nuova variante della dottrina aristotelico-tomistica (...)" laddove, "al posto dell'individuo e della natura umana, è l'umanità e la sua storia, che vengono introdotti come il soggetto il cui essere e i cui impulsi determinano ciò che è bene"<sup>754</sup>.

La sostituzione, invero, plausibile passa per l'affermazione hegeliana che afferma reale ciò che è razionale, così "che ciò che è morale non può essere escogitato dalla ragione individuale dell'uomo (...) ma dalle istituzioni storiche della moralità oggettiva", tra le quali, lo Stato giuridico rappresenta "l'Uno puro e vuoto della persona"<sup>755</sup>.

Secondo questo procedere del reale e del razionale, le grandi codificazioni della classe borghese possono trovare giustificazione e affermazione forgiando ordinamenti efficienti e concreti ai quali potrà solo chiedersi, nell'evoluzione del divenire, di tutelare le classi meglio rappresentate a livello istituzionale e per ciò stesso più potenti: in quest'ottica, ciò che è giusto diviene ciò che la storia riserva, o meglio, che la storia del potere rende possibile.

In realtà, seppure l'affermazione possa sembrare estrema, il patto di fedeltà che la storia ha concluso col diritto dello Stato ha implicato l'assoluta convinzione che tra diritto e moralità si possa trovare un punto di congiuntura, onde ricollegare la mutevolezza degli eventi e la certezza dei parametri della giustizia all'effettività della legge e all'opera degli organi di governo.

L'assunto è ben spiegato nei pensieri di J. Habermas, nei quali è correttamente stabilito il nesso interno tra sistema giuridico, contesto morale e

---

754 Si veda A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., pp. 236 e 237.

755 Si veda G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello spirito*, Vincenzo Cicero (a cura di) Milano 2008, p. 645 laddove a proposito de 'Lo Stato giuridico' si osserva: "L'unità vitale immediata tra l'individualità e la sostanza è ritornata nell'unità universale. Questa è la comunità priva di spiritualità che ha cessato di essere la sostanza non autocosciente degli individui, e in cui gli individui stessi, nel loro essere-per-sé singolare, hanno adesso il valore di autocoscienze e di sostanze. L'universale, questo spirito morto, frantumato negli atomi della molteplicità assoluta degli individui, è un'uguaglianza in cui *Tutti* hanno il valore di *Ciascuno*, valgono cioè come persone".

politico, “da interpretarsi come rapporto di complementarità comunicativa”<sup>756</sup>.

Habermas, facendo notare come il piano soggettivo e interiore della moralità “rimarrebbe di scarsa efficacia sul piano pratico”, ribadisce il bisogno che quella forza motivazionale sia affermata seguendo una via diversa dall’interiorizzazione soggettiva e ciò non può che avvenire tramite “l’istituzionalizzazione del sistema giuridico, capace di integrare la morale di ragione, come valido condizionamento pratico”<sup>757</sup>.

“La morale - osserva il filosofo - non sta più sospesa in aria, al di sopra del diritto (...) adesso la morale si introduce nel cuore stesso del diritto positivo senza tuttavia annullarvisi”. Il metodo con cui quanto dichiarato è reso possibile è la procedura giuridica, aperta al discorso morale, dove diritto e morale si confrontano e si rafforzano a vicenda ma, si precisa, “l’argomentazione morale – istituzionalizzandosi in procedimenti aperti alle dimensioni strutturali e strategiche della politica - si sottrae alle seduzioni romantiche dell’anima bella e si vede costretta, storicizzandosi, ad assumere decisive responsabilità mondane”<sup>758</sup>.

Il ragionamento prospettato sembra giustificare quella “confusione” che il diritto pubblico sopporta in fatto di buona fede, sussunta e interpretata alla luce dell’imparzialità dei procedimenti e della ragionevolezza del procedere, uniche forme possibili di equità e giustizia; tuttavia, l’abbiamo dimostrato, la ricostruzione non soddisfa la giovane dottrina e, con essa, parte della giurisprudenza, che rivendicano la necessità di attribuire alla buona fede quell’idea di giusto che preesiste al diritto sovrano, ne integra le lacune e ne corregge le devianze.

La buona fede, in definitiva, non risponde al divenire dialettico che parrebbe coinvolgere il diritto e la sua interpretazione, quanto più rimanda agli stessi concetti correlativi di cui L. Lombardi Vallauri scriveva, analizzando Plauto.

La lealtà della condotta, la fiducia correlativa che spingono le parti a far coincidere quanto effettivamente voluto con l’accordo concluso e poi adempiuto, fanno parte della storia del diritto, seppure preesistenti ad esso, poiché costituiscono criteri di giustizia ed equità delle relazioni che la validità astratta e la forza della legge non possono offuscare.

La giovane dottrina del diritto pubblico consiglia, acutamente, la rivisitazione del sistema di settore, onde evitare la schizofrenia delle letture assegnate alla regola della correttezza: in quest’ottica, si conclude, le figure sintomatiche dell’eccesso di potere possono essere interpretate come indici di un’amministrazione ingiusta e scorretta perché direttamente lesiva dell’amministrato, prima ancora che

---

756 Si veda per la citazione A. MACERATINI, *Discorso e norma*, cit., p. 209.

757 A. MACERATINI, *Discorso e norma*, cit., p. 210 laddove si precisa, richiamando del filosofo *Fonti e norme*, p. 139, come il diritto sia “entrambe le cose insieme: sistema di sapere e sistema d’azione (...) Giacché nel diritto come sistema d’azione gli orientamenti di valore risultano intrecciati ai motivi, alle disposizioni giuridiche compete quell’immediata ‘spinta pratica’ che manca invece ai giudizi morali in quanto tali. Nello stesso tempo, le istituzioni giuridiche si differenziano dagli ordinamenti istituzionali della tradizione per il loro relativamente alto livello di razionalità. In loro si consolida un sistema di sapere che è scientificamente organizzato e internamente collegato a una morale fondata su principi. In tal modo, il diritto trova un radicamento parallelo sia sul piano sociale che sul piano culturale, e può compensare la debolezza d’una morale di ragione soltanto presente come forma del sapere”.

758 La citazione è di L. CEPPEA, *Legittimità tramite legalità. L’innesto habermasiano della ragion pratica nel diritto positivo (Tanner Lectures)*, in *Fenomenologia e società*, 1994, XVII, n.1, p. 98.

irragionevole e sviata dalla legittima funzione.

Lo studio, in realtà parziale, che sta alla base del contributo fornito col presente lavoro ha messo in luce che la buona fede, tra relazione e azione, prospetta il sostanziale problema della corretta attribuzione del diritto, o meglio della sua restituzione, ove possibile, al piano umano delle relazioni e ai valori immortali del diritto naturale.

La buona fede richiama, con verità e semplicità, il comando agostiniano che vieta di fare agli altri ciò che non si vorrebbe ricevere: il suo piano di validazione, non è legato alla gerarchia della *Grundnorm* kelseniana ma confermato dall'esistenza di un "contropotere" che è limite interno insito nella relazione tra individui e parimenti efficace in quella tra individui e potere.

La buona fede "(...) è la natura che gli uomini hanno in comune e per essa comunicano" che il diritto deve accogliere e rispecchiare per assolvere, in senso reale, la sua funzione di ordinamento delle relazioni umane, anche se, osserva malinconicamente la dottrina, il diritto naturale "è operante 'en cuanto non se le impida aflorar'"<sup>759</sup>.

Il punto centrale della dicotomia segnalata in premessa è, allora, proprio questo: l'opposizione che alla ragione naturale è mossa dalla dottrina prevalente nonostante che, anche nel riottoso diritto pubblico, s'invochi da più parti il ripensamento delle teoriche di settore verso il recupero della verità delle relazioni, e nonostante che i criteri extragiuridici di regolamentazione continuano a operare e a evitare i conflitti nelle aule di giudizio e negli studi legali.

Non si ritiene di dilungare la riflessione, avendo già badato a rassegnare parziali conclusioni nel corso dei diversi argomenti di volta in volta trattati.

La ragione unitaria della buona fede e la sua ambivalenza applicativa possono trovare una giusta composizione solo se, tra i giuristi, si accendano le luci della speranza che, prima di chi scrive, richiamava lo stesso Enrico Opocher .

Osserva, a tal proposito, il filosofo: "Il carattere impreciso e, quindi, indefinito, equivoco che l'espressione di esperienza giuridica ha finito con l'assumere, non riesce a cancellare del tutto il segno della sua generale e comprensiva funzione e, quindi, della sua più profonda giustificazione.

Che è, in definitiva, quello di richiamare filosofi e giuristi a una più immediata consapevolezza dalle dimensioni "umane" e quindi del carattere essenzialmente problematico del fenomeno giuridico"<sup>760</sup>.

Alla luce di questa rinnovata conoscenza, la buona fede ha la speranza di trovare reale riconoscimento oltre le categorie del privato e del pubblico, necessarie al potere statale e alla tutela del *proprium* della classe egemone.

---

759 La citazione di F. GENTILE è estrapolata da *Ordinamento giuridico*, cit., p.158.

760 E. OPOCHER, voce *Esperienza giuridica*, in *Enc. Dir.*, vol. XV, Milano, 1966, p. 736.

## BIBLIOGRAFIA

- AGOSTINO D'PRONA, *La felicità - La libertà*, Milano, 2001.
- AGOSTINO D'IPPONA, *La città di Dio*, nella collana *Il Pensiero Occidentale*, Milano 2001.
- ALBERTARIO, *Etica e diritto nel mondo classico latino*, in *Studi di diritto romano*, Milano 1937.
- ALBISETTI, *Contributo allo studio del matrimonio putativo in diritto canonico. Violenza e buona fede*, Milano 1980.
- ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano 1956.
- ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano 1966.
- ALIBRANDI, *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. Soc.*, 1982.
- ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova 1996.
- ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova 1965.
- ANDREANI, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Milano 1994.
- ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Bari 1973.
- ARISTOTELE, *Politica*, Roma-Bari 1993.
- ATRIPALDI, *Contributo alla definizione del concetto di partecipazione nell'art. 3 della Costituzione* in A.A.VV., *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*, Napoli 1974.
- AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Cambridge 1995.
- AUTIERI, *La motivazione del provvedimento amministrativo: raccolta di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, Padova 2002.
- AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano 1976.
- BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, Milano 1977.
- BADIAN, *Foreign Clientele*, Oxford 1958.
- BALDI PERUSINI *Lectura super Prima Digesti Veteris, Venetiis* 1589.
- BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, Padova 1956.

- BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur.*, Roma 1989.
- BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano 1969.
- BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzioni e problematiche)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1965.
- BASSI, *Alcune riflessioni sul regime di determinazione autoritativa dei prezzi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1978.
- BASSI, *Brevi note sull'eccesso di potere per difetto di motivazione*, in *Scritti in onore di M. Nigro*, Milano 1991.
- BASSI, *La norma interna*, Milano 1963.
- BAVIERA, *Il diritto internazionale dei Romani*, estr. dall'Archivio Giuridico "Filippo Serafini", Modena 1898.
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene (1764)*, a cura di R. Fabietti, Milano 1973.
- BELLINCIONI, v. *Amicizia*, in *Enciclopedia Virgiliana*, Roma 1984.
- BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Roma 1989.
- BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Politica del diritto*, 1988.
- BENATTI, *Osservazioni in tema di 'doveri di protezione'*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1960.
- BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Rivista di diritto civile*, 1990.
- BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, 1969.
- BENVENUTI, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, Roma 1959.
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova 1986.
- BENVENUTI, *Contraddittorio (Dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, IX, Roma 1961.
- BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova 1996.
- BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950.
- BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1952.
- BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in *La procedura*

- amministrativa*, a cura di G. Pastori, Vicenza 1964.
- BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia 1975, rist. 1989, in *Feliciano Benvenuti, Scritti giuridici, I, Monografie e manuali*, Milano 2006.
- BENVENUTI, *Mondo economico e Pubblica amministrazione* (1960), in *Feliciano Benvenuti, Scritti giuridici, I, Monografie e manuali*, Milano 2006.
- BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Guicciardi*, Padova 1975.
- BEKKER, *De emptione et venditione quae Plauti fabulis fuisse probetur*, Halle - Wittenberg 1853.
- BERARDI, *La navigazione nell'arcipelago delle geometrie legali*, in *Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, a cura di F. Gentile, Padova 2006.
- BERGONZINI, *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza 1979.
- BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968.
- BERTI, *Procedimento, procedura e partecipazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova 1975.
- BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992.
- BESTA *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Milano 1937.
- BETTI *Teoria Generale del negozio giuridico*, Torino 1950.
- BETTI, *Causa del negozio giuridico*, *Noviss. Dig. It.*, III, Torino 1959.
- BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1949.
- BETTI, *Negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino 1968.
- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano 1953.
- BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano 1987.
- BIANCHINI, *Diritto commerciale nel diritto romano*, in *Dig. Disc.Priv. Sez. Comm.*, Torino, 1989.
- BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto privato (Spunti ricostruttivi)*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento. Scienze giuridiche, economiche, politiche*, Milano 1985.
- BISCARETTI DI RUFFIA, *Le norme della correttezza costituzionale*, Milano 1934.
- BOBBIO, *Analogia*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino 1957.
- BOBBIO, *Principi generali del diritto* (1966), in *Contributi a un dizionario giuridico*,

- Torino 1994.
- BODDA, *Lo Stato di diritto*, Milano 1935.
- BODDA, *Osservazioni sulla potestà governativa di annullamento in ogni tempo degli atti amministrativi illegittimi*, in *Studi Cammeo*, Padova 1933.
- BODDA, *Sull'obbligo di annullare d'ufficio o su denuncia gli atti amministrativi illegittimi*, nota a C. St. Sez. IV, 24 settembre 1941 nn. 303, 304, in *Foro Amm.*, 1942.
- BODIN, *I sei libri dello Stato* (1583), a cura di M. I. Parente, Torino 1988.
- BODEI *Ordo Amoris. Conflitti terreni e felicità terrestre*, Bologna, 1991.
- BONFANTE, *Essenza della "bona fides" e suo rapporto colla teoria dell'errore*, in *Bollettino dell'Istituto di diritto romano*, 1883, poi in *Scritti giuridici vari*, Torino 1926.
- BONFANTE, *La "iusta causa" dell'usucapione e il suo rapporto colla "bona fides"*, in *Riv. It. Scienze Giuridiche*, 1893, poi in *Scritti giuridici vari*, Torino 1926.
- BONFANTE, *Storia del diritto romano*, MILANO, 1958.
- BONNECASE, *L'École de l'Exégèse en Droit civil: les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris 1924.
- BORSI, *Giustizia amministrativa*, Padova 1941.
- BOYER, *L'idée de vérité dans la philosophie de Saint Augustin*, Paris 1940.
- BOZZI, *I profili costituzionali della pubblica amministrazione*, in *Riv. Amm.*, 1950.
- BRETT, *Liberty Rights and Nature. Individual Rights in Later Scholastic Thought*, Cambridge, 1997.
- BRUGI, *Eguaglianza di diritto e diseguaglianza di fatto*, in *Riv. It. Sociologia*, 1908.
- BRUNS, *Das Wesen der bona fides bei der Ersitzung-Einpraktisches Gutachten nebst einem theoretischen Nachtrage*, Berlin, 1872.
- BRUTTI, *La sovranità del volere nel sistema di Savigny. Su Federico Carlo Savigny*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 1990.
- BURLAMAQUI, *Principes du droit naturel*, Genève 1747.
- BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo delle buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi*

- A. *Burdese*, Padova 2003.
- CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, Padova 1941.
- CALASSO, *Medioevo del diritto*, Milano 1954.
- CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951.
- CALORE, “*Per Iovem lapidem*”. *Alle origini del giuramento: sulla presenza del "Sacro" nell'esperienza giuridica romana*, Milano 2000.
- CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, in *Giur. It.*, 1908.
- CANNADA BARTOLI, *Nuove prospettive in tema di annullamento d'ufficio e di ripetizione dell'indebito da parte della pubblica amministrazione*, in *Foro Amm.*, 1962.
- CANNATA, *Bona fides e strutture processuali*, in L. Garofalo (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Padova 2003.
- CAPACCIOLI, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova 1956.
- CAPITELLI, *Europeenses*, Roma-Bari, 1990,
- CAPOGRASSI *Analisi dell'esperienza comune*, Milano 1975.
- CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza e verità*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950.
- CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Chiovenda)*, in *Riv. Int. di filosofia del diritto*, 1938.
- CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, I, Padova 1940.
- CARBONE, *La consuetudine nel diritto costituzionale*, Padova 1948.
- CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964.
- CARDI E COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Digesto*, Torino 1990.
- CARDI, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini 1983.
- CARDINI E MONTESANO, *Storia medievale*, Firenze 2006.
- CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile (1929)*, Padova 1986.
- CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma 1940.
- CARNEVALE, “*...Al fuggir di giovinezza nel domani s'ha più certezza*” (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella*

- giurisprudenza costituzionale); nota a Corte Costit. 4 novembre 1999 n. 416, in *Giur Cost.*, 1999.
- CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1962,
- CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Studi Crosa*, Milano 1960.
- CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. Econ.*, 2001.
- CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna 1971.
- CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. Giur.*, 1970.
- CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino 1989.
- CASTONOVO, *I confini della responsabilità civile tra contratto e torto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1986.
- CASTONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986.
- CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano 1979.
- CAVALLA, (a cura di), *Retorica Processo Verità. Principi di filosofia forense*. Milano 2007.
- CAVALLA, *Scientia, Sapientia ed Esperienza sociale*, I, *La ricerca della Verità come fondamento del pensiero giuridico-politico di Sant'Agostino*, II, *Le due città di Sant'Agostino: società, diritto e giustizia*, Padova 1974.
- CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova 1993.
- CENDERELLI, *Varroniana: Istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, Milano, 1983.
- CEPPA, *Legittimità tramite legalità. L'innesto habermasiano della ragion pratica nel diritto positivo (Tanner Lectures)*, in *Fenomenologia e società*, 1994.
- CERAMI, DI PORTO, PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2004.
- CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984.
- CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padova 1977.
- CHIRONI, *L'individualismo e la funzione sociale*, Torino 1898.
- CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1925.
- CICU, *Sul fondamento del c.d. matrimonio putativo*, in *Riv. Trim. Proc. Civ.*, 1952.

- CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Torino 1885.
- CIMELLARO, *Le garanzie del procedimento amministrativo nella l. 241/90: gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sulla partecipazione al procedimento e la motivazione del provvedimento*, Padova 1997.
- CIMMA, *I feziali e il diritto internazionale antico*, in *Jus Antiquum - Drevnee Pravo*, Mosca 2000.
- CIMMA, *Reges socii et amici populi Romani*, MILANO 1976.
- COGLIOLO, *Le alte idealità del diritto privato (1898)*, in *Scritti vari di diritto privato*, Torino, 1910.
- COHEN E NAGEL, *An Introduction to Logic and Scientific Method*, London 1964.
- COLI, *Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1938.
- COLLART, *Varron, De lingua Latina*, Paris, 1954.
- CORNIL, *Le droit privé. Essai de sociologie juridique simplifiée*, Paris 1924.
- CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano 1970.
- CORSALE, *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950*, in app. a F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Milano 1968.
- CORSO, *L'efficacia dei provvedimenti amministrativi*, Milano 1969.
- CORTE ENNA, *La buona fede nei contratti*, in *Filangeri*, 1908.
- CORTE ENNA, *Le conseguenze dell'errore nella formazione dei contratti*, in *Filangeri*, 1908.
- COSTA, *Cicerone giureconsulto*, Bologna 1927.
- COSTA, *Corso di storia del diritto romano*, Bologna 1903.
- COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia politica*, Milano 1991.
- COTTA, *La città politica di Sant'Agostino*, Milano 1960.
- COTTA, *Soggetto di diritto*, in *Enc. Diritto*, Milano 1990.
- CRAIG, *Administrative Law*, London 1994.
- CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1964.
- CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in

*Riv. Int. Fil. Dir.*, 1944.

CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano 2008.

D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989.

DANZ, *Der sakrale Schutz im röm. Rechtsverkehr*, 1857.

DE MARINI, *Il Giudizio di equità nel processo civile*, Padova 1959.

DE MARTINO, *L'idea della pace da Roma dall'età arcaica all'impero*, in *VIII Seminario Internazionale di Studi Storici "Da Roma alla Terza Roma"*, 21 aprile 1988, Roma 1988.

DE MARTINO, *Storia della costituzione romana* (1954), Napoli 1973.

DE SANCTIS, *Storia dei Romani*, Firenze 1953.

DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi* (1916), Padova 1986.

DEMOLOMBE *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, Paris 1865.

DENBURG, *Pandette*, Torino 1906.

DERNBURG, *System des Römischen Rechts. Die Pandekten*, Berlin 1912.

DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984.

DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, Torino 2002.

DI PIETRO, *Bona Fides Publica*, in L. Garofalo (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Padova 2003.

DIETER NÖOR, *Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bransetafel von Alcántara*, München 1989.

DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel; le loix public, et legum delectus*, I, nouvelle édition, Paris, 1975.

ESPOSITO, *Diritto vivente, legge, regolamento*, in *Giur. Cost.*, 1962.

ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1964.

FADDA, *Il buon padre di famiglia nella teoria generale della colpa*, in *Atti della Reale Accademia di Scienze Morali e Politiche*, Napoli 1901.

FALZEA, *Apparenza*, in *Enc. Dir.*, Milano 1958.

FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987.

- FASSÒ, *Sant'Agostino e il diritto naturale*, Roma, 1964.
- FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, BOLOGNA, 1970.
- FEBBRAJO, E. *Erlich: dal diritto libero al diritto vivente*, in *Soc. Dir.*, 1982.
- FEDELE, *L'essenza della buona fede nella dottrina canonistica del matrimonio putativo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1939.
- FEDERICI, *Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici*, Napoli 2009.
- FELICI, *Juris positio e Consiglio di Stato*, in *Studi in onore di A. Papaldo*, Milano 1975.
- FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Parigi, 1836.
- FERRARA, *Diritti soggettivi ed accertamento amministrativo*, Padova 1996.
- FINOCCHIARO, *Il matrimonio civile*, II, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna -Roma 1993.
- FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli 1996.
- FRAENKEL, *Elementi plautini in Plauto* (1922), a cura di F. Munari, Firenze 1960.
- FRAENKEL, *Zur Geschichte des Wortes "Fides"*, in *Kleine Beiträge zur Klassische*, I, Roma 1964.
- FRANCHINI, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle "interferenze" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro Amm.*, 1994.
- FRANZESE, *I percorsi della sussidiarietà*, Padova 2009.
- FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico*, Padova 2001.
- FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico. La sussidiarietà delle istituzioni*, Padova 2006.
- FREZZA, *"Ius gentium"*, in *RIDA*, 1949.
- FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, Roma 1974.
- FREZZA, *Fides bona*, in AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano 1975.
- FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, II, *Le garanzie reali*, Padova 1963.
- FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, Roma 1974.
- GADOW, *Die Einrede der Arglist*, in *Jherings Jahrbücher*, 1934.

- GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano 1998.
- GALFO RUTA *La buona fede e le sue applicazioni nel diritto civile italiano*, Catania 1899.
- GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna 2001.
- GALLO, “*Bona fides*” e “*ius gentium*”, in L. Garofalo (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, Padova 2003.
- GALLO, “*Negotiatio*” e mutamenti giuridici nel mondo romano, in *Imprenditorialità e diritto nell’esperienza storica*, Palermo 1992.
- GAMBINO, *Il principio di correttezza nelle società per azioni. Abuso di potere nel procedimento assembleare*, Milano 1987.
- GAMBINO, *Il ruolo della giurisprudenza. Potere tecnologico e diritto dell’impresa*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1967.
- GARANCINI, *Diritto naturale e storicità del diritto*, Milano 1981.
- GAROFALO, (a cura di) *Ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, PADOVA 2003.
- GASPARRI, *Eccesso di potere (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1965.
- GAUDEMET, *L’interprétations du Code Civil en France depuis 1804*, Bâle - Paris 1935.
- GAVAZZI, *L’onere. Tra la libertà e l’obbligo*, Torino 1970.
- GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano 1970.
- GENTILE, *Filosofia e scienza del diritto*, Modena 1988.
- GENTILE, *Il privato e il pubblico*, in *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano 1983.
- GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà* (2001), Padova, 2005.
- GERBER, *Diritto pubblico* (1865), tr. it. P. L. Lucchini, Milano 1971.
- GEYMONAT, *Filosofia e filosofia della scienza*, Milano 1960.
- GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli 2005.
- GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963.
- GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981.
- GIANNINI, *L’interpretazione dell’atto amministrativo e la teoria giuridica generale*

- dell'interpretazione*, Milano 1939.
- GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Milano 1977.
- GIANNINI, *Potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939.
- GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, Prolusione al corso di diritto civile letta nella Regia Università di Napoli (1891), in *Opere giuridiche*, Roma 1947.
- GILSON, *Introduction à l'étude de Saint Augustin*, Paris, 1949.
- GILSON, *Lo spirito della filosofia medievale*, Brescia 1969.
- GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano. Esposta con la scorta della Dottrina e della Giurisprudenza italiana*, Firenze 1876 -1900.
- GIORGIANNI, *Il concetto di diritto dello Stato in Sant'Agostino*, Padova 1951.
- GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano 1963.
- GOODY, *Famiglie e matrimoni in Europa. Origine e sviluppi nei modelli familiari dell'Occidente* (1983), Milano 1994.
- GORLA, *Atteggiamenti di Domat verso la giurisprudenza e la dottrina*, in *Quaderni del foro italiano*, Roma, 1968.
- GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova 1938.
- GROPALI, *La concezione solidaristica del Bourgeois e la teoria del quasi-contratto*, in *Arch. Giur.*, 1907.
- GROSS, *Incerti auctorius, Ordo iudiciarius: pars summae legum et Tractatus de praescriptione*, Innsbruck 1870.
- GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2009.
- GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995.
- GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001.
- GROSSI, *Il potere tra diritto e ordinamento*, Napoli, 2005.
- GROSSI, *Società, diritto, Stato: un recupero per il diritto*, Milano 2007.
- GROZIO, *De iure belli ac pacis*, tr. it. A. Porpora, Napoli 1777, rist. anast. Firenze 2002.
- GUADEMET, *Storia del diritto canonico: Ecclesia et Civitas*, Milano 1998.
- GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Diz. Amm.*, Milano 1983.
- GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, in

- Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1970.
- GUARINO, *Storia del diritto romano*, Napoli 1987.
- GUICCIARDI, *Recensione a K. H. Schmitt Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre* (1935), in *Arch. Giur. di Dir. Pubbl.*, 1936.
- HABERMAS, *Discorso e verità*, in *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, Bologna 1980.
- HAMBURGER, *Treu und Glauben im Verkehr. Ein Handbuch*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1930.
- HART *The Concept of Law*, Oxford 1961, tr. it. *Il concetto di diritto*, Torino 1965.
- HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1932.
- HEGEL, *Fenomenologia dello Spirito*, tr. it. V. Cicero, Milano 2000.
- HESSER, *Augustins Methaphisik der Erkenntnis*, Berlin - Bonn 1931.
- HEUSS *Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Aussenpolitik in republikanischer Zeit*, Leipzig, 1933.
- HOBBS *De Cive*, cura di N. Bobbio, in *Opere politiche*, Torino 1959,
- HOBBS, *Leviatano*, tr. it. a cura di Arrigo Pacchi, Laterza, Roma – Bari, 2005.
- HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi Arangio Ruiz*, Napoli 1953.
- IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino 1999.
- IRTI, *Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen)*, in *Rivista di diritto civile*, 1994.
- IRTI, *Società civile. Elementi per un'analisi di diritto privato*, Milano 1992.
- ISPEN, *Widerruf gültiger Verwaltungsakte*, Hamburg 1932.
- LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München und Berlin 1960.
- LURASCHI, *Foedus nell'ideologia virgiliana*, *Atti del III Seminario romanistico gardesano*, Milano 1988.
- LURASCHI, v. *Foedus*, *Enciclopedia Virgiliana*, Roma 1985.
- JACCARINO, *Studi sulla motivazione*, Roma 1933.
- JEMOLO, *Il Matrimonio*, in *Trattato Vassalli*, Torino 1961.
- JHERING, *Lo scopo nel diritto*, Torino 1972.

- JORI E PINTORE, *Manuale di Teoria generale del diritto*, Torino, 1995.
- JUSO, *Tratti caratteristici della giurisprudenza sulla motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959.
- KAINZ, *Psychologie der Sprache*, Stuttgart 1941.
- KANT, *I fondamenti della metafisica dei costumi*, Roma 1926.
- KANT, *Metafisica dei costumi*, a cura G. Vidari, Roma-Bari 1973.
- KANT, *Prolegomeni ad ogni metafisica futura che vorrà presentarsi come scienza*, a cura di P. Martinetti, Torino 1926.
- KANT, *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?*, in *Antologia degli scritti politici*, a cura di G. Sasso, Bologna 1977.
- KELSEN, *Che cos'è la teoria pura del diritto?* (1960), in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello Stato*, Milano 1981.
- KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen 1911.
- KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in *Il primato del parlamento*, a cura di Geraci, Milano 1982.
- KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1966.
- KELSEN, *La teoria comunista del diritto*, Milano 1956.
- KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 2000.
- KELSEN, *Lineamenti di teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), a cura di A. Corvino, Torino 2004.
- KOLAKOWSKI, *Elogio dell'incoerenza*, Milano 1990.
- LABRUNA, *Il diritto mercantile dei romani e l'espansionismo*, in AA.VV., *Le strade del potere, "maiestas populi romani, imperium coercitio, commercium"*, a cura di A. Corvino, Catania 1994.
- LAMBRUSCHI, *Foedus*, in *Enciclopedia Virgiliana*, Roma 1985.
- LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, Milano 1978.
- LASSON, *System der Rechtsphilosophie*, Berlin 1967.
- LANTELLA - STOLFI, *Profili diacronici del diritto romano*, Torino, 2005.
- LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, München 1960.
- LEDDA, *La legalità dell'amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di crisi*, in

- A.A. V.V., *Democrazia e amministrazione in ricordo di Bachelet*, a cura di G. Marongiu e G. C. De Martin, Milano 1992.
- LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1993.
- LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München 1960.
- LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano 1993.
- LEVI, *L'attività conoscitiva della Pubblica Amministrazione*, Torino 1967.
- LEVI, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti etici del diritto soggettivo*, Genova 1912.
- LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova 1950.
- LIGUGNANA, *Profili esecutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova 2004.
- LISSKA, *Aquinas's Theory of Natural Law: An analytic reconstruction*, Oxford 1996.
- LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1981.
- LOMBARDI VALLAURI, *Dalla "fides" alla "bona fides"*, Milano 1961.
- LOMBARDI VALLAURI, *Delegalizzazione, neogiuridicizzazione, secolarizzazione*, Milano 1985.
- LOMBARDI, *Diritto umano e "ius gentium"*, in *SDHI*, 1950.
- LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997.
- LOTITO *Usi e funzioni del diritto: qualche osservazione su Plauto e Commedia Nuova*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1996.
- MACERATINI, *Discorso e norma. Profilo filosofico-giuridico di Jürgen Habermas*, Torino 2010.
- MAGDELAIN, *Esquisse de la justice civile au cours du premier âge républicain*, in *Rev. Int. des Droits de l'antiquité*, 1990.
- MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la sponsio*, 1943.
- MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano 1953.
- MANFREDI, *Modelli contrattuali dell'azione amministrativa: gli accordi di programma*, in *Le Regioni*, 1992.
- MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995.

- MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova 1979.
- MARINI (a cura di) *La polemica sulla codificazione*, Napoli 1982.
- MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano 1965.
- MARITAIN *Nuove lezioni sulla legge naturale*, Milano 1985.
- MARITAIN *Ragione e ragioni*, Milano 1982.
- MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985.
- MARZUOLI, *Un Diritto 'non amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 2006.
- MASCHI, *Il diritto romano I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*, Milano 1966.
- MASNOVO, *S. Agostino e S. Tommaso*, Milano 1950.
- MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005.
- MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, in *Dir. e Soc.*, 1993.
- MENGER *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen: Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Tübingen, 1890.
- MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1952.
- MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1954.
- MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986.
- MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni "Trenta" all' "Alternanza"*, Milano 2001.
- MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970.
- MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano, in Legge, giudici, politica: le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano 1983.
- MESLIN, *L'uomo romano*, Milano 1981.
- MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948.
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1952.
- MIELE, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Foro Amm.*, 1942.
- MOLLENTHEIL, *Über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung Besondere nach cap. ult. X, De praescriptionibus*, Erlangen 1820.
- MOMIGLIANO, *La religione ad Atene Roma e Gerusalemme nel primo secolo a. C.*, in

- Saggi di storia della religione romana*, Brescia 1988.
- MOMMSEN, *Romische Geschichte*, tr. it. *Storia di Roma antica*, Firenze 1984.
- MOMMSEN, *Die Römische Forschungen*, Berlin 1964.
- MOMMSEN, *Römischen Staatsrecht*, Leipzig 1887.
- MONTANARI, ALBERTONI, LAZZARI, MILANI, *Storia medievale*, Roma-Bari 2002.
- MONTESANO, *Storia medievale*, Firenze 2006.
- MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Torino 1952.
- MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna 1993.
- MORTATI, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. Dir.*, Milano 1962.
- MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma 1935.
- MORTATI, *Necessità di motivazione e sufficienza di motivi negli atti amministrativi*, in *Giur. It.*, 1943,
- MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. It.*, 1943.
- MORTATI, *Osservazione sulla natura e sulla funzione di una codificazione dei principi generali del diritto*, in AA. VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa 1943.
- MURATORI, *Della Pubblica felicità oggetto de' buoni Principi*, a cura di C. Mozzarelli, Roma 1996.
- NARDI, *Fonti canoniche in una sentenza senese del 1150*, in *Studia Gratiana*, XXIX, 1998.
- NATOLI *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, in *Banca e Borsa*, 1961.
- NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano 1943.
- NICOLÒ, *Matrimonio putativo*, in *Commento al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, Padova 1992.
- NIGRO, *Decisione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano 1962.
- NIGRO, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano 1982.
- NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1980.

- NIGRO, *La pubblica amministrazione tra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Scritti giuridici*, Milano 1996.
- NOCILLA, *A proposito di diritto vivente*, in *Gius. Cost.*, I, 1981,
- OCCHIENA, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio di procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, nota a Tar Liguria, Sez. I, 10 dicembre 2002 n. 1187, in *Foro amm. T.a.r.* 2003.
- ONIDA, *Pubblica Amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano 1967.
- OPOCHER, *Esperienza giuridica*, in *Enc. Dir.*, Milano 1966.
- ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino 1961.
- ORSI BATTAGLINI, "L'astratta e infeconda idea". *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano 1989.
- ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia 'non amministrativa' (Sonntagsgedanken)*, Milano 2005.
- ORSI BATTAGLINI, *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna 1990.
- OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in AA.VV., *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano 1988.
- PALAZZO, *I contratti di donazione*, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino 2009.
- PARADISI, *Deditio in fidem*, in *Studi Solmi*, I, Milano 1940.
- PASTORI M., *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, Milano 1988.
- PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro Amm.*, 1987.
- PASTORI, *Introduzione generale*, in G. Pastori (a cura di) *La procedura amministrativa*, Vicenza 1964.
- PESCATORE, *La logica del diritto*, Torino 1863.
- PERFETTI (a cura di), *Manuale di diritto amministrativo*, Padova 2007.
- PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2010.

- PERGOLESI, *La giurisprudenza come fonte normativa*, in *Giur. It.*, 1938.
- PERLINGERI, *Il diritto civile nella legittimità costituzionale secondo il sistema italo-costituzionale delle fonti*, Napoli 2006.
- PERNICE, *Marcus Antonio Labeo, das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, Halle 1873-1892.
- PICCINNI, *I mille anni del Medioevo*, Milano 2007.
- PIETROBON, *Affidamento*, in *Enc. Giur.*, Roma 1988.
- PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, ed. provv., Padova 1969.
- PIGANIOL, *Le conquiste dei romani*, tr. it. di F. Coarelli, Milano 1971.
- PIGANIOL, *Venire in fidei*, in *RIDA*, 1950.
- PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano 2004.
- PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano 1964.
- PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano 1962.
- PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso D'Aquino*, Bologna 2000.
- POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1997.
- POTHIER, *Traité du contrat de vente e des retraités*, in *Œuvres de Pothier*, I (285-435), 339, Paris 1821-1824.
- POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova 1964.
- PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, Francofurti-Lipsiae 1759.
- PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione*, Torino 1993.
- PUCHTA, *Cursus der Institutionem*, Erlangen, 1828.
- PUFENDORF, *De jure naturae et gentium, libri octo*, Francofurti-Lipsiae 1759.
- PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. Dir.*, Milano 1959.
- PUGLIESE, *Appunti sulla deditio dell'accusato di illeciti internazionali*, in *RISG*, Milano, 1974.
- RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli 2000.
- RAGAZZO CAPUTO, *I principi generali dell'ordinamento comunitario*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80 /2005*, a cura di F.

- Caringella, G. De Marzo, D. De Carolis, Milano 2005.
- RAGGI, *La revocabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1917.
- RANELLETTI, *Il silenzio dei negozi giuridici*, in *Riv. It. Scienze Giuridiche*, 1892.
- RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965.
- RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano 1935.
- RIVALTA, *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e privato interesse*, Milano 1960.
- RODOTÀ *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969.
- RODOTÀ, *Diritto (l'abuso del)*, in *Enc. Forense*, Milano 1958.
- RODOTÀ, *Ideologie e tecniche nella riforma del diritto civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1967.
- RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, contributo conclusivo alla giornata di studio tenutasi in Pisa, il 14 giugno 1985, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento. Scienze giuridiche, economiche, politiche*, III, Milano 1985.
- ROMAGNOSI, *Paratitla universali e ragionati del Codice Napoleone paragonati co' il diritto romano*, in *Opere*, a cura di A. de Giorgi, Perelli e Mariani, Milano 1845.
- ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo*, Prato 1835.
- ROMAGNOSI, *Sui vantaggi che all'istruzione pubblica risultano dal Codice di Napoleone (1808)*, in *Lettere edite e inedite*, a cura di S. Fermi, Milano 1935.
- ROMANO S., *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist., Milano 1953.
- ROMANO S., *Diritto e correttezza costituzionale*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1909, poi in *Scritti minori*, I, Milano 1950.
- ROMANO S., *Diritto e correttezza costituzionale*, prolusione al corso di Diritto Costituzionale nella Università di Pisa, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1909, poi in *Scritti minori*, I, Milano 1950.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1951.
- ROMANO S., *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947,
- ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano 1987.
- ROSELLI, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in

- Studi in memoria di G. Gorla*, Milano 1964.
- ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), Torino 2005.
- ROTONDI, ( a cura di) *Inchieste di diritto comparato*, Padova 1979.
- ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1923.
- ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique* (1762), in *Oeuvres Complètes*, Paris 1971.
- RUFFINI, *La buona fede in materia di prescrizione*, Torino 1892.
- RUGGERI, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *La ragionevolezza del diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaio, Torino 2002.
- RUSCONI, "Discorso" e decisione. *Il tentativo di Habermas di fondare una razionalità politica*, in AA. VV. *Politica e filosofia*, Milano, 1982.
- SACCO, *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, Milano 1958.
- SACCO, *Cos'è la buona fede oggettiva?*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento. Scienze giuridiche, economiche, politiche*, Milano 1985.
- SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, Torino 1975.
- SACCO, *In tema di matrimonio putativo*, in *Foro Pad.*, 1959.
- SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992.
- SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano 1993.
- SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova 1998.
- SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli 1989.
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1966.
- SANTORO, *Lo stato di diritto nell'area della globalizzazione*, Torino 2008.
- SAPORITO, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Cons. St.*, 1984.
- SAVIGNANO, *Partecipazione politica*, in *Enc. Dir.*, Milano 1982.
- SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre nach der Ausarbeitung des J. Grimm (1802-03)*, Stuttgart 1951.
- SCACCIA, *Gli 'strumenti' della ragionevolezza nel diritto costituzionale*, Milano 2000.
- SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi*

- comparativa*, Milano 1999.
- SCARPELLI, *Filosofia giuridica e giurisprudenza*, Milano 1953.
- SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, a cura di F. Finocchiaro, Bologna 1995.
- SCHINAIA, *Giudice amministrativo e discrezionalità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999.
- SCHINAIA, *Profili evolutivi nella problematica del diritto amministrativo*, in AA.VV., *La disciplina generale del procedimento amministrativo*. Atti del XXXII Convegno degli Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 18-20 settembre 1986, Milano 1989.
- SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig 1876.
- SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia*, Torino 1921.
- SCIACCA, *S. Agostino (La vita, l'opera, l'itinerario della mente)*, Brescia 1949.
- SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*. Discorso inaugurale letto nella grande aula della biblioteca valentiniana il giorno 23 novembre 1879 nel solenne riapertura degli studi nell'università di Camerino, in *Studi giuridici*, Roma 1932.
- SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico* in *Riv. Dir. Comm.*, 1911.
- SCIALOJA, *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo* in *Atti della Società Italiana per il Progresso delle Scienze, terza riunione*, Roma 1910, poi in *Diritto privato*, Roma 1932.
- SCIALOJA, *Negozi giuridici: corso di diritto romano nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1892-1893*, raccolto dai dottori Mapei e Giannini, Roma 1933.
- SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma 1936.
- SCIALOJA, *Sulla diligenza che deve prestare il creditore pignoratizio nella vendita del pegno*, nota a Cass. Torino, 21 luglio 1908, in *Il foro italiano*, 1909.
- SCOCA, *Vizio di eccesso di potere per contrasto con circolare*, in *Nuova Rass.*, 1984.
- SCOLARI, *Il regno e la sociocrazia in Italia*, Venezia 1892.
- SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953, tr. it. *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968.
- SCHLESINGER, *La teoria del diritto nell'Unione Sovietica*, Torino 1952.
- SEPE, *Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1992.

- SERGI, *L'idea di Medioevo*, Roma 2003.
- SINI, *Buona fede e strutture processuali*, in L. Garofalo (a cura di) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Padova 2003.
- SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, II, *Storicismo e diritto privato (1915-1916)*, Torino 1940, rist.1971.
- SOLARI, *L'idea individuale e l'idea sociale*, Torino 1911.
- SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna 2005.
- SORACE, *Promemoria per una 'voce' 'atto amministrativo*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano 1988.
- SORDI, *Pax deorum e libertà religiosa nella storia di Roma*, in AA.VV., *La pace nel mondo antico*, Milano 1985.
- STINNTZING, *Das Wesen von bona fides und titulus in der römischen Usukapionslehre, Historisch dogmatische Versuch*, Heidelberg, 1852.
- STOLL, *Festgabe für Philip Heck, M. Rumelin und A. B. Schmidt*, Tübingen 1931.
- STRACHE, *Das Denken in Standards*, Berlin1968.
- STRAUSS, *Diritto naturale e storia*, Genova , 2009.
- TALAMANCA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Milano 2001.
- TÄUBLER, *Imperium Romanum: Studien zur Entwicklungsgeschichte des römischen Reiches*, I, *Die Staatsverträge und Vertragsverhältnisse*, Leipzig 1913, rist. an. Roma 1964.
- TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, Napoli 1963.
- TODESCAN, *Lex, natura, beatitudo. Il problema della legge nella seconda Scolastica spagnola del secolo XVI*, Padova 1973.
- TODESCHINI *Oeconomia franciscana. Proposte di una nuova lettura delle fonti dell'etica economica medievale*, in *Rivista di storia e letteratura religiosa*, 1976.
- TOLOMEI, *Corso elementare di diritto naturale o razionale*, Napoli 1859.
- TOMMASO D'AQUINO, *La legge. Summa Theologiae*, Ia- IIae, qq. 90-97, a cura di A. Baratta, Milano 1965.
- TONIOLO, *Indirizzi e concetti sociali all'esordire del secolo ventesimo* in *Conferenze*, Pisa 1900.

- TORRENTE, v. *Buona fede*, in *Enciclopedia forense*, Milano 1958.
- TRABATTONI, *Platone*, Roma 2009.
- TRABUCCHI, *Il matrimonio putativo*, Padova 1936.
- TRABUCCHI *Istituzioni di diritto civile*, 44 ed. G. Trabucchi (a cura di), Padova 2009.
- TRAVI, *La giurisprudenza di Cassazione sul risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi dopo la sentenza delle sezioni unite Cassazione 22 luglio 1999, n. 500/99*, nota a Cons. di St., Sez. I, 26 settembre 2003 n. 1433, in *Foro It.*, 2004 .
- TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Torino 1975.
- TREVES, *Vizio della motivazione ed eccesso di potere*, in *Temì Emiliana*, Padova 1935.
- TURATI, *Le quote minime della delinquenza*, in *Critica Sociale*, 1891.
- TURCHI, *La religione di Roma antica*, Bologna 1939.
- VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004.
- VARRO, “*Fides*” “*foedus*” “*Tovem Lapidem jurare*”, in M. Sordi (a cura di), *Autocoscienza e rappresentazione dei popoli dell'antichità*, Milano 1992.
- VASSALLI, *Matrimonio putativo*, in *Nuovo Dig. It.*, Torino 1933.
- VENDEMIATI, *La legge naturale nella Summa theologiae di Tommaso d'Aquino*, Roma 1995.
- VICO, *De Universi juris uno principio, et fine uno*, rist. anast. Neapolis 1720.
- VILLANI, *Diritto e morale nella giurisprudenza tedesca contemporanea*, Napoli 1975.
- VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova 1993.
- VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Milano 1999.
- VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione dei parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano 1988.
- VOIGT, *Die Lehre von ius naturale aequum et bonum und ius gentium der Römer*, Leipzig, 1958, rist. an. Aelen 1966.
- WACHTER, *Die bona fides insbesondere bei der Ersitzung des Eigentums*, Leipzig 1971.

- WADE E FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford 2000.
- WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967.
- WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, a cura di Fadda e Bensa, Torino 1902-1904.
- ZAGREBELSKI, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1986.
- ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, Milano 1987.
- ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1915.