



GIOVANNI IUDICA

Professore emerito di diritto civile – Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano

## LA BUONA FEDE NEL CONTRATTO D'APPALTO \*

1. – Il vigente codice civile italiano prevede una specifica disciplina non per tutti i contratti, bensì per tutti i *principali* contratti, come la vendita, la permuta, la locazione, il mandato, il trasporto, etc., e tra questi pure il contratto d'appalto, che abbraccia sia quello d'opera (il *construction contract*) sia quello di servizi. In questo, il codice vigente ha profondamente innovato rispetto al previgente codice del 1865, nel quale l'appalto figurava come *locatio operis* e dunque, nel rispetto dello schema del diritto romano, come sottospecie della locazione. La *locatio romana*, com'è noto, era, infatti, di tre tipi: *locatio rerum*, *locatio operarum* e, appunto, *locatio operis*.

A tutti i contratti, tuttavia, e quindi anche all'appalto, si applica l'intera disciplina delle obbligazioni e la cosiddetta "parte generale dei contratti", e cioè quel complesso di norme, riguardanti la formazione dell'accordo, l'efficacia, l'interpretazione, l'esecuzione e le invalidità del contratto, che il codice civile dispone in generale per *tutte* le figure contrattuali, anche per quelle che beneficiano di una specifica disciplina.

È nozione ben nota, da Manuale di istituzioni, che in diverse norme della disciplina del rapporto obbligatorio e della parte generale del contratto il nostro legislatore utilizza la "clausola di buona fede" e di correttezza. In particolare, l'art. 1175 stabilisce che "il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza". L'art. 1337 dispone che "le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede". L'art. 1358 dichiara che "colui che si è obbligato che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte". L'art. 1366 impone che "il contratto deve essere interpretato secondo buona fede". L'art. 1375 ordina che "il contratto deve essere eseguito secondo buona fede". L'art. 1460, che disciplina l'*exceptio inadimplenti inadimplendum*, dispone che il rifiuto di eseguire la propria prestazione, quale reazione all'inadempimento della controparte, avuto riguardo alle circostanze, non può essere "contrario a buona fede".

È da notare, tuttavia, che il legislatore *non parla* di buona fede o di correttezza nelle norme che specificamente riguardano il contratto d'appalto. Questo però non significa che il contratto

---

\* Relazione per il convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisi del 27 e 28 maggio 2016 su "Complessità delle fonti nel diritto privato in trasformazione".

# JUS CIVILE



d'appalto non debba essere negoziato, concluso, interpretato ed eseguito secondo buona fede e correttezza, per la ragione, che già conosciamo, che tutte le norme della parte generale dell'obbligazione e del contratto, e dunque anche quelle che si riferiscono alla correttezza e alla buona fede, si applicano a tutti i contratti, anche a quelli specificamente disciplinati, e quindi pure al contratto d'appalto.

Che cosa significa "buona fede"? Il nostro ordinamento conosce due accezioni di questa espressione: una *soggettiva*, che consiste nella situazione psicologica di colui che ignora di ledere diritti altrui, e una *oggettiva*, che è quella che ci riguarda, e che consiste in un dovere di comportamento. "Buona fede", "correttezza", "diligenza del *bonus pater familias*", etc, sono cosiddette "clausole generali" che non stabiliscono una precisa regola di condotta, un precetto dal contenuto determinato, ma forniscono al giudice un *criterio* per valutare la condotta delle parti durante la fase della negoziazione, oppure nell'interpretazione del testo contrattuale, o nella fase di esecuzione del rapporto, e così via. Queste clausole di buona fede, di correttezza, di diligenza, hanno un comune punto di riferimento: *la persona onesta e leale*. L'onestà e la lealtà non sono *norme* giuridiche, ma *valori* sociali, che assumono contenuti che possono anche variare e modellarsi con sfumature diverse secondo le circostanze, dei luoghi e dei tempi. Si tratta di valori *esterni* al diritto positivo, che però, grazie alla norma scritta che lo consente, possono essere utilizzati dal giudicante come criterio per valutare la conformità della condotta delle parti a regole di diritto. Queste clausole generali, sia pure nei limiti circoscritti dalle norme che lo consentono, aprono il diritto ai valori sociali e perciò sono utili al sistema, poiché consentono alla norma giuridica di non finire ingessata, chiusa in se stessa. Rendono il diritto più flessibile, e la decisione del giudice più giusta: consentono di evitare che il *summum ius* possa a volte tradursi in *summa iniuria*.

2. – Una corretta applicazione giurisprudenziale della regola di buona fede si riscontra proprio in tema di contratto d'appalto. In un recente caso, deciso dalla Corte suprema nel novembre 2013, il committente non aveva versato il saldo del prezzo all'appaltatore invocando l'eccezione d'inadempimento di cui all'art.1460 cod.civ. (l'*exceptio inadimplenti inadimplendum*). Il committente aveva addotto a giustificazione della propria condotta il fatto che l'appaltatore si era rifiutato di eliminare i vizi o le difformità dell'opera, che il giudice di merito aveva accertato bensì esistenti, ma di scarsissimo rilievo rispetto all'importanza e alla complessità dell'intera costruzione. La spesa occorrente per eliminare i modesti vizi riscontrati era di gran lunga inferiore a quella, molto maggiore, dovuta dal committente. Pertanto il rifiuto di pagare il saldo del corrispettivo è stato ritenuto contrario a buona fede.

La stessa regola della *bona fides* è stata applicata, anche questa volta a vantaggio dell'appaltatore, nell'ipotesi in cui questi si era rifiutato di consegnare l'opera perché il committente, adducendo il pretesto di vizi o difformità del tutto inesistenti, si rifiutava di pagare l'intero corrispettivo dovuto. La condotta dell'appaltatore di autotutela è stata ritenuta conforme a buona fede.

## JUS CIVILE



Un altro terreno di applicazione della clausola di buona fede nell'appalto è quello dei vizi occulti. Tali sono quelli non riconoscibili né effettivamente conosciuti. La dottrina e la giurisprudenza hanno considerato vizi occulti pure quei vizi che, pur essendo riconoscibili dal committente, sono stati dall'appaltatore taciuti in mala fede. Non occorre che l'appaltatore abbia dichiarato la cosa esente da vizi (come invece è richiesto nella vendita, art.1491), né che abbia fatto ricorso ad artifici o raggiri per occultare i vizi: basta il *semplice silenzio* dell'appaltatore per condannare la sua condotta come contraria a buona fede, come contraria alla condotta che avrebbe tenuto un "uomo onesto e leale". Questo maggior rigore nell'appalto rispetto alla vendita si giustifica pienamente per due ragioni. In primo luogo perché nel contratto d'appalto l'ingerenza e la responsabilità dell'appaltatore sono ben maggiori rispetto a quelle del venditore: l'appaltatore non si limita a consegnare l'opera, ma di essa è l'artefice e il costruttore. In secondo luogo perché, a differenza della vendita, tra le parti del contratto d'appalto si crea una sorta di *intuitus personae*, uno spiccato carattere di fiducia. Per aversi mala fede dell'appaltatore non basta che questi fosse a conoscenza dei vizi. Occorre che l'appaltatore, con il suo silenzio, abbia voluto far sì che la controparte non venisse a conoscenza di quei vizi. Spetta all'appaltatore fornire la difficile prova di non essere stato in mala fede, mentre spetterà al committente provare, con ogni mezzo, anche con semplici presunzioni di fatto, che l'appaltatore era a conoscenza dei vizi taciuti.

3. – Tuttavia non si può sottacere che esiste in Italia una tendenza di parte della dottrina, di diverse Corti di merito e persino della più recente giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, che mira a mettere in discussione il ruolo della volontà che le parti hanno manifestato nell'accordo contrattuale. Questa dottrina e questa giurisprudenza, attaccando frontalmente il cosiddetto "dogma della volontà", hanno da un lato allargato a fisarmonica le clausole generali, distorcendone la funzione, e dall'altro agganciato tali clausole, e in particolare quella di buona fede, al principio dell'abuso del diritto e a quello degli inderogabili doveri di solidarietà sociale di cui all'art.2 Costituzione. Con tali stratagemmi, la giurisprudenza ha usato queste clausole generali come strumento per introdurre nella *lex contractus* elementi che le parti non avevano contemplato, non avevano previsto o, addirittura, non avevano voluto. Attraverso questo connubio sulfureo di clausole generali, abuso del diritto e principi costituzionali, certa dottrina e certa giurisprudenza hanno raggiunto il risultato di creare una "giustizia contrattuale", un "contratto giusto", da sovrapporre all'assetto d'interessi concretamente voluto dalle parti nel contratto da loro stipulato. Due esempi, che hanno fatto scalpore, meritano di essere ricordati: la Cassazione ha dichiarato illegittimo, *perché contrario a "buona fede"*, un diritto di recesso che era chiaramente previsto dal contratto e che era stato ritualmente esercitato nel pieno rispetto della procedura, cioè dei modi e dei tempi contrattualmente previsti.

Un altro esempio, non meno grave del primo: la Cassazione ha dichiarato sussistente, secondo una lettura di buona fede del negozio, il diritto alla provvigione del mediatore in un contratto

## JUS CIVILE



di mediazione derivante dalla stipulazione di un preliminare rimasto inadempito, pur alla presenza di una clausola contrattuale che espressamente escludeva la provvigione in caso di mancata vendita.

Queste decisioni mirano a utilizzare lo strumento della buona fede, e in genere delle clausole generali, non già in funzione interpretativa della norma, del contratto, della condotta e soprattutto della volontà, della comune intenzione delle parti, bensì allo scopo di realizzare un controllo, in senso integrativo o anche modificativo, del contratto in vista di realizzare un equilibrio degli opposti interessi *diverso* da quello voluto dalle parti, sovrapponendo alla loro volontà un'ideale e astratta giustizia contrattuale. La clausola di buona fede degenera nella ricerca di un significato discrezionale. In tal modo il giudice non mira a ricostruire con tutti i mezzi consentiti, quindi anche avvalendosi della clausola di buona fede, la comune volontà delle parti, bensì a ricomporre gli equilibri contrattuali in una prospettiva a suo giudizio più conforme a giustizia. In tal modo il giudicante *riscrive il contratto*, ispirandosi alla sua personale interpretazione della giustizia contrattuale.

È appena il caso di notare, però, che tale “giustizia contrattuale ideale” non è quella soggettivamente voluta dalle parti e neppure quella oggettivamente prevista dalla norma, bensì quella, del tutto personale e imprevedibile, del singolo giudicante. Con l'uso distorto, che abbiamo denunciato, delle clausole generali, il giudice si libera dell'unico limite che circoscrive il suo potere giurisdizionale, che non è quello dello *stare decisis*, come in *common law*, ma quello del rispetto della legge e della volontà delle parti, così come espressa nel testo contrattuale.

Questo trend dottrinale e giurisprudenziale, con il quale i giuristi “sembrano occuparsi sempre meno di regole, e sempre più di principi o valori”, non rende un buon servizio, anzi vulnera il primo bene che lo Stato dovrebbe assicurare alla società, ai cittadini e alle imprese che operano sul mercato: la certezza del diritto. La quale, invece di essere garantita dalla legge o dalla volontà degli interessati, finisce per essere in balia dell'individuale, discrezionale e, in larga misura, imprevedibile idea di giustizia che, di volta in volta, il giudicante ritiene di dover adottare, in chiave paternalistica, per risolvere il caso concreto a lui sottoposto.

C'è chi ritiene che la tesi favorevole a rispettare al massimo la volontà dei contraenti, precludendo al giudice la facoltà di effettuare quel controllo di “giustizia contrattuale” di cui si è parlato, sarebbe un ritorno al “dogma della volontà”, una tesi di retroguardia, ottusamente conservatrice. È vero invece il contrario per due ragioni.

In primo luogo sembra doversi osservare, in generale, che consentire al giudice il potere di “nomofilachia”, di creare cioè *ex novo* norme giuridiche, non rientra nella distribuzione dei poteri dello Stato. Compito della giurisdizione è, infatti, *applicare* le norme vigenti al caso concreto. La norma è espressione di un compromesso tra opposti valori e tale sintesi tra opposti interessi è compiuta dal legislatore e cioè, in un sistema democratico, non da un singolo individuo, per quanto potente egli sia, ma dal Parlamento e dai suoi complessi meccanismi istituzionali. Sarebbe contrario a questo sistema, e perciò *antidemocratico*, consentire a un singolo individuo, ancorché ammantato di toga, e dunque a un soggetto diverso dal Parlamento, senza neppure il

## JUS CIVILE



vincolo, proprio dei sistemi di Common Law, dello *stare decisis*, di adottare e poi di applicare al caso concreto non norme certe e conosciute, quelle volute dal legislatore, bensì regole espresse da una *propria, discrezionale e imprevedibile* idea di giustizia. L'applicazione della norma alla controversia sottoposta al giudicante presuppone, com'è noto, una delicatissima attività d'interpretazione sia della norma sia del fatto, secondo i criteri previsti dalla legge. Essere *bouche de la loi* non è un compito marginale, riduttivo, frustrante; è bensì un impegno delicatissimo, poiché presuppone competenza tecnica, sensibilità, saggezza, capacità di penetrare i fatti e dono della sintesi. Non occorre spendere parole per rilevare che l'attività di *ius dicere* è fondamentale per il buon funzionamento della cosa pubblica almeno quanto lo sono quelle degli altri organi dello Stato.

In secondo luogo va osservato che una moderna economia sociale di mercato, così com'è voluta pure dai Trattati europei, non può non assicurare agli imprenditori e ai consumatori, e insomma a tutti coloro che vi operano, un quadro di coordinate sicure e di regole certe. Consentire a un giudice, svincolato da ogni limite, sia da quello della legge (com'è nei sistemi di Civil Law) sia da quello dello *stare decisis* (com'è nei sistemi di Common Law), di applicare “valori” e non regole al caso concreto, sovrapponendo un “contratto giusto” a quello voluto dalle parti, introdurrebbe nel mercato elementi di profonda imprevedibilità, che sono l'esatto contrario di quella certezza nei rapporti economici e giuridici di cui il mercato ha assoluta necessità per funzionare in maniera appropriata.

Il rischio è che questo trend si estenda anche al settore del *construction contract* e questo sarebbe un vero disastro per l'economia del settore: committenti e appaltatori vedrebbero diminuire il tasso di certezza dei loro rapporti economici e giuridici e le imprese straniere non sarebbero certo invogliate a investire in Italia e ad accettare questo modo imprevedibile e incerto di applicare il diritto.