

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**RESPUBLICA POLONA CURATOR MORUM.
LE CLAUSOLE GENERALE DI BUONA FEDE, DI BUONI
COSTUMI E DI PRINCIPI DI CONVIVENZA SOCIALE NEL
CODICE CIVILE POLACCO E LA LORO
INTERPRETAZIONE DALLA SUPREMA CORTE DI
POLONIA***

**REPUBLIC OF POLAND - THE *CURATOR MORUM*.
THE GENERAL CLAUSES OF GOOD FAITH, CUSTOM AND
PRINCIPLES OF COMMUNITY LIFE IN THE POLISH CIVIL
LAW AND ITS INTERPRETATION BY POLISH SUPREME
COURT**

**Dot.ssa Aldona Rita Jurewicz
Università Warminsko-Mazurski di Olsztyn
Polonia**

Introduzione. In momento, in cui l'uomo prima volta ha posto una domanda: di dove sono e dove vado? – è nato un filosofo¹. Parafrasando: in momento in cui l'uomo ha tentato di regolare i suoi rapporti con gli altri – è nato un giurista. Non importa chi era primo, giurista o filosofo, tuttavia, nel periodo romano, pare che, non esistesse uno senza d'altro. Il diritto, non che filosofia, era una arte – *ut eleganter Celsus definit: ... ars boni et aequi*². Né *bonum* né *aequum* non fanno parte del vocabolario tecnico-giuridico, eppure, usate da un giureconsulto per definire il fenomeno del diritto.

La coesistenza del diritto e dell'etica presente, nonostante che, spesso non percettibile (o meglio, non consapevole), fino a nostri tempi³ – non trova i suoi limiti nella filosofia del diritto. Di loro coesistenza erano già scritti montagne di libri, malgrado ciò, la discussione dell'influenza reciproca non è ancora finita⁴.

* Vorrei ringraziare a signore Antonio Bebbia da Università di Foggia per la correzione linguistica.

¹ Nonostante che non riuscito trovare il libro di dove proviene questa frase – vorrei sottolineare la sua provenienza esterna.

² D. 1.1.1.

³ Il legislatore, fino dai tempi ha preteso di essere un curatore di costumi dei cittadini. I confini tra *curator* e *creator morum* sono sempre molto delicati.

⁴ Alcuni autori hanno sottolineato, che l'etica svolge la funzione un motivo supplementare di osservare le norme giuridiche, per quanto gli etrambi

sistemi (del diritto e d'etica) sono compatibili - J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, in Biblioteka współczesnych filozofów, a cura di M.J. Siemek, J. Hołówka, E. Mokrzycki, trad. pol. J. Pasek, Warszawa 1994, p. 458ss. e 642-643. Contro J. Raz, il cui ammette, che non esiste l'obbligo morale di osservare il diritto, bensempre, però, esiste la ragione utilitarista, p.es. di evitare le sanzioni penali ed anche quelle sociali, *Autorytet prawa. Eseje o prawie i moralności*, in Klasycy filozofii prawa, a cura di J. Kochanowski, N.E. Simmonds, trad. pol. P. Maciejko, Warszawa 2000, p. 233-243.

Mi permetto di richiamare un'opinione di A. Lopatka, professore di teoria dello stato e teoria del diritto: il diritto è un sistema di norme generali del comportamento. Il diritto, in distinto a l'altre norme del comportamento, proviene dallo stato, cioè dal legislatore. Anche la moralità è un complesso delle norme di comportamento, il cui è creato dalla società. La caratteristica di moralità permette di giudicare il comportamento delle persone come positivo oppure negativo. In ognuna società abbiamo le cosiddette regole elementari, cioè riconosciute per i tutti membri. Diritto dello stato tiene conto di regole morali di sua società. Spesso entrambi sistemi regolano gli stessi comportamenti, sono convergenti, però, qualche volta anche divergenti. La divergenza può condurre ai conflitti sociali, comunque, piuttosto induce al cambiamento di diritto oppure di moralità. Per es. nell'anno 1950 il legislatore polacco ha posto sullo stesso livello la situazione giuridica del figlio legittimo e illegittimo. Il regolamento stava in contrasto alla moralità del suo tempo. Oggi, le regole morali ammettono come indiscutibile la stessa condizione dei figli legittimi ed illegittimi. Così si vede come segue l'influenza reciproca tra diritto e moralità. Nei rapporti tra diritto e moralità troviamo nessuna mistica. - l'intervista pubblicata 22-07-2007, <http://www.racionalista.pl/kk.php/s,5466>, l'ultima lettura 7.09.2009, 11:04.

Non si può negare, comunque, l'esistenza di valori etici nei vari sistemi dei diritti contemporanei⁵.

Nel saggio presentato tenteremo di toccare un problema specifico riguardante i rapporti tra diritto ed etica, che consiste in quella parte di filosofia, che risponde alle domande: che cosa è giusto e che cosa significherebbe di essere giusto⁶? Il campo di esemplificativo dei rapporti è la legge 23 aprile 1964 il codice civile (c.c.), e più precisamente, alcuni esempi di esistenza, o

⁵ Il valore più diffuso è quello di fiducia dell'agente o di un terzo: cfr. H.-P. Friedrich, *Publizität und Schutz des Guten Glaubens im schweizerischen Seerecht*, in: *Aequitas und Bona Fides. Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius*, Basel 1955, p. 55-56.

⁶ Secondo il vocabolario polacco di parole straniere, l'etica è ugualmente considerata come un sistema delle norme di comportamento, il cui sarebbe accettabile in una società ed anche come la scienza di moralità. Il diritto e l'etica, etrambe, svolgono le funzioni sociali, che consistono in elaborazione e nella conservazione gli atteggiamenti sociali desiderati dal punto di vista degli interessi sociali (cfr. J. Raz, *op. cit.*, p. 165ss.). Il diritto, da sua parte, è un sistema intero, completo e compatibile delle norme, che regolano i rapporti tra i soggetti del diritto (T. Bukowski, *Klauzule generalne w prawie cywilnym. Kilka uwag o konieczności stworzenia katalogu zasad współżycia społecznego*, <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55). H.-P- Friedrich, però, richiede dal diritto contemporaneo la tutela dei alcuni valori morali, per es. la fiducia dell'terzo – *op. cit.*, p. 55. Così anche il legislatore svizzero ha posto per i concorsi di diritto commerciale i due principi normativi: la fiducia e la fede (*Treu und Glaube*), O.A. Germann, *Die Bona Fides als Grundlage des Wettbewerbsrecht*, in: *Aequitas und Bona Fides...*, p. 71.

forse anche di sopravvivenza, che possono essere riscontrati nei concetti morali del nostro diritto contemporaneo⁷.

⁷ Nel sistema giuridico polacco possiamo trovare un sacco degli esempi, come il legislatore, o la giurisprudenza, aspirano, esplicitamente o implicitamente, di essere un curatore dei costumi di cittadini. Basta richiamare qualche da loro.

1. Nella legge di 2 aprile 1997 la costituzione di Repubblica di Polonia la locuzione 'moralità' è presente 5 volte: nei art. 31 (la moralità pubblica come uno tra i limiti posti ai diritti e alle libertà costituzionale), art. 45 (la moralità come premessa di escludere l'evidenza di causa); art. 53.3 (il diritto dei genitori alla educare morale i propri figli conforme alla una professione) e 5 (la tutela di moralità come limite di libertà di estrinsecare la sua professione religiosa); art. 85 (i principi morali del cittadino come premessa d'esonero dal servizio militare).

2. La legge dal 26 ottobre 1982 di educazione di sobrietà e di reazione contro di alcolismo, dove nella introduzione si legge: Riconoscendo la vita in sobrietà dei cittadini una condizione necessaria di bontà del società, [il legislatore] stabilisce, come segue. (Uznając życie obywateli w trzeźwości za niezbędny warunek moralnego i materialnego dobra narodu, stanowi się co następuje.).

3. Un esempio più famoso è l'ultima alterazione della costituzione polacca, che vieta di essere eletto deputato di parlamento alle persone condannate nelle cause penale perseguite dalla accusa pubblica (entra in vigore 21 ottobre 2009). Nella giustificazione al progetto iniziato dal partito Platforma Obywatelska possiamo leggere: 'I quasi tutti cittadini concorrono qui, che il diritto non posse essere stabilito dai criminali' ('obywatele są niemal zgodni, że prawo nie powinno być stanowione przez przestępców.') - carta n. 432, pubblicato sul <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/432>, 7.09.2009, 14:59.

Considerando il fenomeno dello stato come il curatore di buoni costumi, torniamo sempre all'esempio ben conosciuto di un magistrato romano, il censore, il cui era investito del ruolo di controllare i costumi dei cittadini romani: ugualmente privati e ufficiali. Nel principato, le competenze dei censori, saranno, mano a mano, assunte dal principe. Noi, però, passiamo in silenzio al problema degli elementi etici presenti nel diritto privato romano (cioè del concezioni di buona fede, di fiducia e d'altri). Non abbiamo intenzione di elaborare, ancora una volta, la materia già studiata dai illustri maestri. Vorremmo, invece, dare un piccolo contributo alla presenza dei concetti introdotti nel nostro diritto civile polacco. prima di passare all'analisi dei problemi scelti, sarebbe opportuno sottolineare, che lo scopo è di mostrare un fenomeno comune e derivante dal diritto romano, piuttosto che di imputare al sistema del diritto civile polacco⁸ di assumere i termini propri romani di *bona fides*, *boni mores* o altri⁹.

⁸ Nel nostro Codice Civile (c.c.) tranne clausole generali presentate possiamo elencare le altre come per es. la clausola di giustizia (*aequitas*: art. 4172, 761, 7643 § 1, 7644.2).

⁹ Sarebbe interessante, però, l'indagine di carattere fiduziario dei contratti finanziari tipo di partecipazione nel fondo fiduziario – su quello carattere, come un rapporto più morale che giuridico cfr. W. Gasparski, A. Lewicka-Strzalecka, B. Rok, G. Szulczewski, *Etyka w świecie finansów: pojęcia i zagadnienia*, in *Uczciwość w świecie finansów*, a cura di W. Gasparski, Warszawa 2004, p. 26-27.

Questi nozioni, chiamate le clausole generali, erano introdotte dal nostro legislatore per eseguire un certo scopo, cioè, per tutelare la fiducia delle parti del rapporto giuridico. Come abbia sottolineato Zbigniew Radwański: contemporaneamente nei rapporti giuridici prende importanza l'elemento di fiducia nel regolamento dei rapporti sociali¹⁰. Dall'altro lato, però, lo scopo era di eliminare questi tipi di comportamento dei soggetti del diritto, con i quali loro intendono (abbiano tentato) di sfruttare la loro posizione giuridica in modo non conforme con moralità. L'idea e il contenuto quelle clausole, sviluppate dalla giurisprudenza, trovavano la loro riflessione anche nelle sentenze della nostra Suprema Corte, le quale rappresentano le basi per le nostre considerazioni.

1. Le clausole generali – considerazioni preliminare. Le c.d. clausole generali sono considerate, nella dottrina, come gli esempi di esistenza dei legami tra diritto ed etica¹¹. Il loro

¹⁰ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, 9 ed., Warszawa 2007, p. 38.

¹¹ Le clausole generali si può definire, in genere, come le norme giuridiche, che si richiamano ai principi, alle regole oppure ai valori morali. – W. Lang, *Prawo a moralność*, Warszawa 1989, p. 212-213; T. Bukowski, op. cit., <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55; Z. Radwański e M. Zieliński, *Klauzule generalne w prawie prywatnym*, in *System prawa prywatnego. Prawo cywilne część ogólna*, vol. I, a cura di Z. Radwański,

carattere distintivo consiste nell'adoperare termini indefiniti e imprecise, in gran parte delle valutazioni¹², allo scopo di definire un limite delicato tra diritto ed abuso del diritto¹³. Proprio per questo il legislatore polacco non tende a definire in modo fisso, il contenuto delle clausole generali concrete. Di conseguenza, l'obbligo di stabilirlo, in modo più o meno concreto, onera la dottrina¹⁴ ed un organo giudicante, cioè, il

Warszawa 2007, p. 333; ed anche la sentenza di Corte Costituzionale dal 17.10.2000 SK5/99.

¹² Quello carattere impreciso consiste in imprecisazione concettuale ed anche dell'ambito il cui resta indefinito - Z. Radwański e M. Zieliński, op. cit., p. 332.

¹³ W. Lang, op. cit., p. 212-213. Nella dottrina le clausole generali sono considerate spesso 'il male necessario', perché consistono in un compromesso tra diritto (di sua definizione v. *supra* n. 4) e le sue esigenze, tra le quale anche quella di giustizia - T. Bukowski, op. cit., <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55.

Sarebbe necessario ricordare la famosa paremia romana *male nostro iure uti non debemus* G.I. I 53 (però cfr. D. 43.29.3.2 e D. 50.17.55). Nella dottrina troviamo il parere che, tecnicamente, non esistesse il fenomeno dell'abuso del diritto, perché l'abuso non può essere considerato esercizio del diritto, piuttosto la violazione v. art. 5 c.c. Di concezione l'abuso del diritto v. anche M. Argenio, *Abuso del diritto*, <http://www.rivistaidra.it/abuso.htm>, 7.09.2009, 11:06.

¹⁴ Z. Radwański e M. Zieliński abbiano sottolineato la difficoltà di elaborare una definizione di clausole generali come se stesse, però, da sua parte hanno fatto una proposta di definirle in seguente modo: 'Le clausole generali è un locuzione imprecise esistente nei precetti giuridici, il quale

giudice. Non si tratta, però, dell'obbligo di creare le definizioni concrete. Si deve pensare a una facoltà, che permetta di precisare che tipo di caratteristiche dovrebbero essere prese in considerazione e che proceda per stabilire una certa fattispecie sottoposto alla norma giuridica.

In riguardo alla facoltà di giustizia di stabilire il contenuto delle clausole generali (le regole, di fatti, morale), Wiesław Lang, un specialista di teoria del diritto, ha distinto le tre categorie delle disposizioni legislative che si richiamano ai principi etici. La prima consiste nelle disposizioni normative richiamanti ai codici dell'etica professionale¹⁵. In questo caso, il

significa le caratteristiche esistenti nella una società, alle quale questi precetti hanno inviiati in modo tale, che richiedono prenderla in considerazione per causa di stabilire un certo fattispecie sottoposto an una regola del diritto' - op. cit., p. 331 e 335.

¹⁵ Nella Repubblica di Polonia troviamo i vari codici dell'etica professionale per es.: Il codice dell'arte medica (il 23 aprile 2008 r. la Corte Costituzionale ha dichiarato inconstituzionalità questo provvedimento del codice, che vietava agli medici la critica dell'attività professionale dei colleghi, per quanto la critica consiste - secondo la Corte Costituzionale - nell'opinioni vere e giustificate dal punto di vista la tutela degli interessi di pazienti. SK 16/07), il codice dell'etica professionale dei notari; il codice dell'etica professionale dei avvocati; il codice dell'etica professionale dei insegnanti; che riguarda ai codici dei professori accademici, abbiamo i codici universitari come per es. il codice dell'etica professionale dei professori accademici di Università di Danzica; però dal tempo si sviluppa una tendenza di creare un codice unitario internazionale ed un ufficiale dedicato proprio alla tutela dei buoni costumi nella società universitaria v.

giudice è sempre costretto ad applicare la norma prevista dal codice. La seconda categoria consiste in disposizioni normative, che contengono le locuzioni giuridiche di valutazione, il quale contenuto (sufficientemente inequivocabile), permette al giudice di interpretare, nei limiti determinati, il contenuto della norma morale. Ed in fine, abbiamo le disposizioni normative richiamanti alle regole morali, ben individuate, che permettano una larga interpretazione creativa dell'organo giudicante¹⁶. Ne limitiamo, perciò, all'attività giudiziaria della Suprema Corte della Repubblica di Polonia (la S.C.), per esemplificare in quale modo tramite l'interpretazione svolta dal giudice, sono trattate le clausole generali scelte.

2. *Bona fides*¹⁷ nel codice civile polacco. La buona fede è oggi considerata un criterio normativo di comportamento, modellato

The European Network for Ombudsmen in Higher Education (ENOHE), http://www.english.uva.nl/enohe/enohe_network.cfm .

¹⁶ W. Lang, op. cit., p. 217.

¹⁷ Di *bona fides* nel diritto romano v. per es. G. Grosso, *Buona fede (in diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. V, Napoli 1959, p. 661-664; ed in specie nella materia contrattuale: *ibidem*, p. 662-663; W. Dajczak, *Pojęcie bona fides w konstytucjach Dioklecjana dotyczących prawa kontraktów*, in *Honeste vivere ... Księga pamiątkowa ku czci Profesora Władysława Bojarskiego*, a cura di E. Gajda, A. Sokala, Toruń 2001, p. 29-37; A. Beck, *Ze den Grundprinzipien der Bona Fides in römischen Vertragsrecht*, in *Aequitas und Bona Fides...*, p. 17- 20 - il cui al inizio scrisse: 'Die Bona Fides im

tutto un complesso dei rapporti obbligatori, il quale trova la sua antitesi nel locuzione mala fede (*dolus malus*¹⁸). Nel nostro codice civile esiste la presunzione¹⁹ (*iuris tantum*) di buona fede, di cui all'art. 7:

Art. 7.

Art. 7.

Vertragsrecht, eine der unvergänglichen Grosstaten Roms...', p. 9. La locuzione buona fede è presente anche in Codice Civile italiano dal 16 marzo 1942, n. 262 (cfr. per es. art. 785, 936-937, 1147 e il saggio di G. Alpa, *Fonti del diritto, clausola generale di buona fede, diritto giurisprudenziale*, pubblicato sull'internet <http://www.altalex.com/index.php?idstr=11&idnot=6180>, 7.09.2009, 11:12), in tedesco Bürgerliches Gesetzbuch (per es. par. 932-935; 1007.1 e 3; 1207 in coness. con i par. 932, 934-935, 1208).

¹⁸ Cfr. G. Grosso, op. cit., p. 663. Cfr. anche Fest. *de verb. sign.*, s.v. doli, ed. W.M. Lindsay, Hildesheim 1965, p. 60.

¹⁹ Nella giurisprudenza è stato spesso sottolineato, che l'onere della prova spetta a chi, il cui accusa la parte oposta di agire in mala fede (cfr. le sentenze di S.C. dal 20 aprile 1994, I CRN 44/94; dal 13 ottobre 2005, IV CK 165/05; dal 10 ottobre 2008, CSK 235/08), sebbene nei alcuni casi la Corte ammette che, seguendo le presunzioni di fatto, la parte processuale abbia agito in mala fede (la sent. dal 13 ottobre 2000, II CKN 288/00).

Jeżeli ustawa
uzależnia skutki
prawne od
dobrej lub złej
wiary,
domniemywa się
istnienie dobrej
wiary.

Nel caso, in cui
una legge²⁰
condiziona gli
effetti giuridici
dalla buona o
male fede, la
buona fede è
presunta.

Tranne l'articolo sopra menzionato, la stessa nozione (oppure la sua antitesi) trovano tra l'altro nelle seguenti ipotesi: **1)** la tutela di un terzo, il cui ha'acquistato il diritto, oppure, è stato liberato dall'obbligo in conseguenza di un negozio giuridico concluso con una dichiarazione simulata di volontà, a meno che il terzo sarebbe in mala fede (art. 83 § 2 e 92 § 2); **2)** la tutela dell'acquirente, la quale abbia comprato e ricevuto una cosa dalla persona non autorizzata, oppure, se sull'oggetto del contratto esistevano i diritti dei terzi, a meno che l'acquirente non abbia agito in mala fede (art. 169 § 1²¹ e 170); **3)** la tutela del

²⁰ Il locuzione una legge significa, che il legislatore non abbia pensato solo di codice civile piuttosto che alle tutte leggi, che regolano i rapporti del diritto civile - la sentenza di S.C. dal 10 ottobre 2008, CSK 235/08.

²¹ Nel § 2 dello stesso articolo, però, è stato previsto un periodo di 3 anni di usucapione per le cose illecitamente sottratte, smarrite o perdute e successivamente vendute prima di 3 anni dalla perdita. La limitazione non riguarda ai denari, ai documenti al portatore e le cose acquistate per una

possessore in buona fede, ed anche quello in mala fede (art. 172²², 174²³, 224²⁴); **4**) la tutela dell'operante, che in buona fede ha fatto le opere con materiali altrui (art. 192²⁵); **5**) il privilegio del diritto di pegno nel caso di concorrenza con gli altri diritti reali, a meno che, il creditore abbia agito in mala fede (art. 310); **6**) la tutela di contratto dell'accordo, a meno che, è stato stipulato in mala fede (art. 918²⁶); **7**) la liberazione del debitore in caso di prestazione ad un terzo, il cui è considerato autorizzato di riceverla, a meno che, il debitore ha prestato in mala fede (aa. 464 e 9217).

asta pubblica ufficiale o tramite una esecuzione. Nella sua sent. dal 10 ottobre 1997, II CKN 378/97, la Corte ha posto una richiesta, che il possessore dei beni mobili menzionati nel paragrafo citato (2) deve dimostrare anzi che la sua buona fede, anche i tutti possessori precedenti non autorizzati.

²² L'acquisto della proprietà dei beni immobili per usucapione tramite il possesso di buona fede - dopo 20 anni, di mala fede dopo 30 anni (cfr. art. 176).

²³ L'acquisto della proprietà dei beni mobili per usucapione tramite il possesso di buona fede - dopo 3 anni.

²⁴ Il possessore di buona fede sia tutelato nei suoi diritti fino al momento, in cui abbia saputo di essere convenuto al giudizio per causa di restituzione della cosa in possesso. V. anche gli art. 225-228 ed 231, 342-343.

²⁵ L'esclusione dell'acquisto della proprietà in caso di opere fatte in mala fede.

²⁶ Oppure è stato commesso un errore di fatto.

Secondo la dottrina possiamo trovare le due definizioni di buona fede, una, soggettiva, che la descrive come un stato psichico dell'agente, in cui, qualche volte, troviamo le connessioni con una valutazione negativa²⁷. Al contrario, la mala fede è considerata come una scienza dell'agente di una fattispecie²⁸, ed anche come ignoranza, bensì derivante dalla negligenza (una ignoranza colposa). La seconda, c.d. obiettiva, ammette che, la buona fede richiama alle valutazioni accettate da tutti i membri di certa società, senza che possa richiedere una coscienza dell'agente²⁹. Il giudice, però, deve nella valutazione della buona fede, elaborare un modello di comportamento in una fattispecie concreta per paragonarlo, poi, con un comportamento dell'agente, il cui è stato sottoposto in giudizio³⁰.

²⁷ P. Machnikowski, ad art. 7, in *Kodeks cywilny. Komentarz*, a cura di E. Gniewek, Warszawa 2006, ed. 2, p. 26 (Nb. 1).

²⁸ Cfr. l'art. 20 § 2 la legge dal 25 febbraio 1964, il codice di famiglia e di tutela, dove è stato ammesso, che il coniuge abbia violato la buona fede nel caso, in cui ha concluso il matrimonio essendo consapevole delle circostanze che lo dichiarano nullo; oppure l'art. 6.2 la legge dal 16 luglio 1982 di registri immobiliari e di l'ipoteca: agisce di male fede ognuno, il cui abbia conoscenza, o con la facilità ha potuto di conoscere, che il contenuto dei registri immobiliari non corrisponde alla realtà.

²⁹ Z. Radwański e M. Zieliński, op. cit., p. 341-342.

³⁰ P. Machnikowski, ad art. 7, in *Kodeks cywilny. Komentarz...*, p. 29 (Nb. 24-25). Cfr. Anche la sent. S.C. dal 28 gennaio 2005 III CK 459/03, dove la Corte ammette, che la valutazione debba essere fondata sui principi

Passiamo alla presentazione di alcuni precisazione di nozioni buona (mala) fede, derivante dalle sentenze della nostra S.C. Nel riguardo all'articolo 7, già richiamato, la Corte ha notato, che la richiesta di essere in buona fede riguarda il momento iniziale dell'azione, senza che, si debba essere in buona fede in continuo. Dalle fattispecie posto in giudizio l'istanza inferiore ammetteva che, per valutare il possesso secondo la richiesta di buona fede, ed in conseguenza secondo i suoi effetti giuridici riguardanti al termine del usucapione, sia necessario provare, che il possessore era in buona fede durante tutto il periodo richiesto. Nella cassazione, la Corte non ha condiviso l'opinione in questo punto, dando rilievo, che l'esistenza di buona fede nel momento iniziale del possesso costituisce una presunzione alla sua preesistenza in continuo³¹. Una fattispecie contraria è, perciò, incaricata dall'onere della prova³². Secondo la giurisprudenza, la presunzione di buona fede deve fondarsi (o meglio, essere giustificato) sulle

dell'esperienza di vita e sulle circostanze riguardante al momento, in cui il negozio giuridico è stato concluso.

³¹ Nella sentenze dal 13 gennaio 2000, III CKN 657/98 e dal 24 ottobre 2002, I CK 254/02, la Corte ha tornato a quell'assunto allargandolo di un altro, che permettere di applicare il termine corto di usucapione di buona fede invece di 30 anni anche nel caso, quando il possessore durante il periodo richiesto ha perso la buona fede (allora ha diventato un possessore di mala fede).

³² Sent. dal 18 novembre 2004, I CK 230/04. Cfr. anche *supra* n. 19.

circostanze di fatto, le quali, a volta, richiedono anche un certo comportamento dell'agente. Si richiede un tipo di diligenza straordinaria³³, come per esempio nel caso di compravendita dell'appartamento, che consiste in una lettura dei registri immobiliari, la conoscenza della fattispecie ed un obbligo di prendere informazioni da un organo municipale o dallo stato³⁴. É giustificato ammettere l'esistenza di mala fede nel caso, in cui, possessore non abbia osservato la forma richiesta del negozio giuridico per trasmettere il diritto di proprietà³⁵. Nell diritto civile polacco non esiste il principio romano *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*³⁶, allora, un detentore in ogni momento può considerarsi un possessore, anche il possessore in

³³ Così la sent. dal 28 gennaio 2005, III CK 459/03, dove la Corte ha sottolineato che, la locuzione 'la diligenza congruente' (*należyta staranność*) contenga qualcosa di più che la diligenza ordinaria.

³⁴ Così la sent. dal 28 gennaio 2005, III CK 459/03.

³⁵ Cfr. la risoluzione dei 7 giudici di SC dal 6.12.1991, III CZP 108/91 e le sent. dal 27 aprile 2001, V CKN 219/00; dal 19 novembre 2002, IV CKN 1492/00. Nella dottrina possiamo individuare i seguenti pareri: 1. tradizionale (condiviso dal SC), che descrive la b.f. come la convinzione erronea, però giustificata dalle circostanze concrete, del possessore, che gli spetta un certo diritto. 2. il parere liberale, la b.f. del possessore è equivalente con sua convinzione, che consiste in coscienza, che il diritto, il quale realizza, non transgredisce del diritto di un altro soggetto - cfr. S. Dmowski, *Zasiedzenie nieruchomości*, in *Prawo obrotu nieruchomości*, a cura di S. Rudnicki, ed. 4, Warszawa 2001, p. 285.

³⁶ Esplicitamente nella sent. dal 24 ottobre 2002, I CK 254/02.

buona fede. Quello è valutato secondo le fattispecie esistene al momento, in cui, il detentore abbia cambiato la sua volontà³⁷.

Da questi breve considerazioni si vede che, secondo la giurisprudenza, la presunzione di buona fede non sia nessun dogma, le quale dovrebbe essere ammessa dal giudice senza possibilità di porla in dubbi. Qualche volte il giudice è stato autorizzato a riconoscere d'ufficio le circostanze, che permettono di negare la buona fede dell'agente. Comunque, per ciò, si richiede qualcosa di più che semplice senso di essere in buona fede, ci sono circostanze, che accompagnano l'atto, oppure, il comportamento dell'agente: per es. la diligenza straordinaria, che permette di presumere la esistenza di buona fede. É da notare, che, almeno dal punto di vista della costruzione logica, la giurisprudenza tende ad interpretare l'articolo 7 come la presunzione, che richiede la sua base, la quale dovrebbe essere provata nel processo.

3. *Boni mores*³⁸. Questo locuzione in nostro codice civile è presente negli articoli riguardanti all'obbligazioni precontrattuali e contrattuali, cioè nell'ipotesi di una asta o un

³⁷ Così la S.C. nella sentenza 24 ottobre 2002, I CK 254/02, dove il fondamento, che abbia giustificato la buona fede del possessore era una sentenza, la quale gli attribuiva la proprietà del terreno.

³⁸ Cfr. buoni costumi nel Codice Civile italiano (per es. art. 5, 1343) e Gute Sitten nel tedesco Bürgerliches Gesetzbuch (per es. par. 138.1, 817 e 819).

concorso pubblico, quando la parte del contratto o un terzo, il cui agisce in accordo con lei, abbia influito sul risultato dell'asta o del concorso in modo che sta in contrasto al diritto oppure ai buoni costumi (art. 705 § 1)³⁹. È prevista la tutela anche nel caso di negoziato, quando la parte, che lo ha iniziato o lo conduce, agisce con abuso di buoni costumi (art. 72 § 2)⁴⁰. Sono vietate le disposizioni del contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, le quali non erano concordate nel modo individuale, se regolano i diritti e l'obbligo delle parti in modo

³⁹ Nel caso, in cui il contratto è stato stipulato a favore di un terzo, anche a lui spetta il diritto di richiedere dichiarar nullità. - K. Pietrzykowski ha notato, che, in conseguenza il giudice deve prendere in considerazione il concreto fattispecie per stabilire, se il comportamento delle parti di una asta o di un concorso (art. 705) era contrastante ai buoni costumi - *Kodeks cywilny. Komentarz*, a cura di K. Pietrzykowski, vol. I, Warszawa 2008, v. elettronica, <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55; cfr. anche P Machnikowski, ad art. 705, in: *Kodeks cywilny. Komentarz...*, p. 188-189 (Nb. 3).

⁴⁰ Per questo sia obbligata a indennizzare un danno, il cui ha subito il suo contraente per questo, che facesse calcolo di una stipulazione del contratto. - P. Machnikowski ha definito quella violazione 'un caso particolare di atto illecito' - ad art. 72, in: *Kodeks cywilny. Komentarz...*, p. 192 (Nb. 10); così anche la giurisprudenza (S.C. sent. dal 25.5.2005, I CK 744/04).

contrastante ai buoni costumi (c.d. clausole abusive dei contratti, art. 3851 §1⁴¹ e 3852⁴²).

Anche in questo caso dobbiamo chiedere il contenuto delle locuzione 'buoni costumi'. É evidente, che il legislatore non abbia pensato la minacie, di dolo oppure dell'errore⁴³. Inoltre non abbia tentato di precisare, nel quale tipo di ambiente professionale sarebbe possibile di trovare una prassi vigente⁴⁴. L'unico esempio di comportamento contrastante ai buoni costumi lo iscontriamo nell'art. 72 § 2, cioè di accedere al negoziato senza volontà di concludere un contratto. Anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza possiamo trarre qualche caratteristica, per esempio: l'indugio⁴⁵ voluto del negoziato; la

⁴¹ La norma non riguarda alle disposizioni, che definiscono le prestazioni principali delle parti del contratto, tra l'altri, il prezzo o il pagamento definiti in modo univoco.

⁴² La valutazione di conformità delle disposizioni del contratto si realizza secondo lo stato esistente in momento di conclusione, tenendo conto di suo contenuto, le circostanze (connesse con contratto) del momento di stipulazione.

⁴³ Cfr. P. Machnikowski, ad art. 705, in *Kodeks cywilny. Komentarz...*, p. 189 (Nb. 3); però nel riguardo al art. 72 § 2 l'A. come esempio include anche dolo.

⁴⁴ Il problema far notato K. Pietrzykowski, in *Kodeks cywilny. Komentarz...*, <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55.

⁴⁵ P. Machnikowski, ad art. 72 <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55p. 193 (Nb. 13).

presentazione voluta delle proposte, le quale sono inaccettabile per contraente; il rifiuto infondato della richiesta di informazioni sostanziali per negoziato; inattività del contraente⁴⁶; l'abbandono infondato del negoziato⁴⁷; ed in fine le clausole abusive (artt. 3851-3 C.C.)⁴⁸. La Corte di

⁴⁶ La sentenza di S.C. dal 25 maggio 2005 (I CK 744/04): il tribunale ha giudicato che, l'inattività della compagna di assicurazione avesse esaurito le premesse dell'articolo 72.2 di atto illecito dannoso. 'L'obbligo del comportamento onesto nel riguardo al contraente ha un carattere generale, il cui va oltre le disposizioni del contratto'.

⁴⁷ Cfr. la sentenza di S.C. dal 16 dicembre 2003 (II CK 335/02).

⁴⁸ Cfr. le sentenze di S.C. dal 5 giugno 2007 (I CSK 117/07), dal 29 giugno 2007 (III CZP 62/07).

Le clausole abusive si può definire come clausole che, per sua redazione ambigua permettono le varie interpretazioni, non verificabile, e, nel conseguenza, che creano a favore di una parte del contratto, la possibilità di plasmare nel modo discrezionale il suo contenuto. La redazione ambigua non permette, *a priori*, di considerare una clausola abusiva, l'art. 3852 obbliga, però, il giudice ad interpretarla, nel caso di ambiguità, a favore del consumatore (la sentenza di S.C. dal 19 aprile 2007, I CSK 27/07). Nella sentenza dal 19 marzo 2007, la S.C. ha sottolineato una richiesta di interpretazione ampliata dell'art. 3851 nel riguardo alle clausole abusive, in tal senso, che all'interpretazione secondo i criteri di abusività dovranno essere sottoposte non soltanto le clausole convenzionale, anzitutto quelle tratte dal modello convenzionale. I criteri di interpretazione sono 1. la collisione ai boni costumi, 2. l'abuso vitioso degli interessi del consumatore (di contenuto quelli criteri cfr. la sent. di S.C. dal 13 luglio 2005, I CK 832/4).

Antimonopolo⁴⁹, però, non ha giudicato la clausola contrastante ai buoni costumi, quella di abbandono dal contratto sotto condizione di non osservare, da parte del consumatore, la scadenza del pagamento. 'Il consumatore - possiamo leggere - deve essere consapevole delle conseguenze di scadenza del termine di pagamento⁵⁰'. Un altro problema interpretativo

L'elenco delle clausole abusive è tenuto e pubblicato dal Ufficio di Tutela della Concorrenza e dei Consumatori http://www.uokik.gov.pl/pl/ochrona_konsumentow/niedozwolone_klauzule/rejestr_klauzul_niedozwolonych/ . Di clausole abusive nel diritto italiano cfr. l'analisi critica di R. Pardolesi, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, pubblicato sull'internet <http://www.jus.unitn.it/CARDOZO/Review/Contract/Pargolesi-1995.html>, 7.09.2009, 15:28.

Secondo la Suprema Corte la clausola del contratto può essere giudicata abusiva non soltanto in caso, in cui il suo contenuto è tale come quello elencato nel registro, basta che l'applicazione della clausola del contratto mette lo stesso effetto, che clausola registrata (sent. dal 5 giugno 2007, I CSK 117/07).

⁴⁹ La traduzione sarebbe quella letterale, si pare che i tribunali italiani con le competenze relative, secondo il decreto del consiglio dei ministri dal 12 giugno 2003 (secondo la delega dal art. 16 la legge dal 12 dicembre 2002, n. 273 'Misure per favorire l'iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza'), saranno quelli di: Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma e Torino - cfr. <http://www.dirittodautore.it/page.asp?mode=News&IDNews=1533&idcan=3>, <http://www.camera.it/parlam/leggi/022731.htm>.

⁵⁰ Sent. di Corte di Antimonopolo dal 9 novembre 2005 (XVII AmC 62/04).

presentava le disposizioni del modello di contratto di servizi bancari, in cui era prevista la tariffa del pagamento e di versamento eseguito dal consumatore nel sportello della banca⁵¹. La S.C. ha rinviato due volte alla cassazione al Tribunale d'Appello, richiamando attenzione II istanza su tutti gli aspetti di abusività della clausola in esame, comunque, la Corte ha riconosciuto l'accusa di violazione dell'articolo 3851 §1 nel senso di violazione di buoni costumi⁵².

4. I principi della solidarietà sociale⁵³. Quella clausola generale - che è considerata come la regola sovrastante e di condotta di

⁵¹ Un consumatore, cliente di una tra più grande banca di Polonia, ha accusato la banca di comportamento contrastante ai boni costumi, perchè, tranne pagamento per gestione di conto corrente, era onerato con una tariffa supplementare riguardante ai tutti operazioni esegiiti nel spostello. Nel primo appello, il Tribunale ha giudicato le clausole del contratto come abusive, comunque la Suprema Corte, nella cassazione, ha rinviato la causa all'appello. La seconda sentenza del Tribunale era favorevole al banca, però, la Suprema Corte la abbia cancellato, richiedendo una analisi più acuta del valore abusivo di clausola accusata.

⁵² La sent. dal 13 agosto 2005 (I CK 832/04). Cfr. anche la sent. di S.C. dal 17 febbraio 2005, (I CK 509/04).

⁵³ La traduzione italiana dal 'zasady współzycia społecznego' come i principi della solidarietà sociale (p.d.s.s.) ha presentato qualche difficoltà, alla fine, dopo le ricerche e la letture del saggio di G. Alpa, op. cit., (pubblicato sull'internet <http://www.altalex.com/index.php?idstr=11&idnot=6180>, 7.09.2009,

altre⁵⁴ - è stata introdotta, in genere, sul vigore dell'articolo 5 del c.c.⁵⁵, di cui sotto:

11:12) e dell'articolo di A. Somma, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti!* (COM 398/2001) ho deciso di usare il nozione soprascritto piuttosto che 'i principi di convivenza sociale'. Soprattutto, perché, il contenuto del principio della solidarietà esaminati dal Somma corrispondesse gran parte con quello polacco, in specie come nozione connesso con la solidarietà economica e sociale - op. cit., p. 6ss. di cui anche l'art. 2 della costituzione italiana (27 dicembre 1947, n. 298) e M. Argenio, op. cit., <http://www.rivistaidra.it/abuso.htm>, 7.09.2009, 11:06.

La difficoltà consiste anche sull'inesistenza il concetto di 'zasady wspolzycia spolecznego' nei sistemi del diritto civile europeo, perchè è un residuo derivante dal sistema di diritto civile sovietico (v. K. Pietrzykowski, ad art. 5, in: op. cit., vol. I, p. 67 [Nb. 76]; cfr. Z. Radwański, M. Zieliński, op. cit., p. 337; Z. Radwański, op. cit., p. 40; S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, ed. 7, Warszawa 2007, p. 36). Nella dottrina si svolge una discussione di sostituzione quella c.g. dall'altra, di buoni costumi, la quale è considerata sinonimica (però il K. Pietrzykowski menziona anche le sue diversità - ibidem).

⁵⁴ K. Pietrzykowski, ad art. 5, in op. cit., vol. I, p. 55 (Nb. 29). ed anche più frequente nella giurisprudenza - cfr. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys czesci ogolnej*, ed. 2, Warszawa 2000, p. 73.

⁵⁵ P. Machnikowski lo considera come il più importante tra i tutti precetti, che contengono le clausole generali, perché contiene il contenuto (o i limiti) dei tutti titoli derivanti dal diritto civile - cfr. ad art. 5, in *Kodeks cywilny. Komentarz...*, <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 17:35.

Art. 5.

Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społecznogospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Art. 5.

Nessuno non può esercitare il proprio diritto in contrasto con gli scopi sociali ed economici⁵⁶ per cui il diritto stesso è stato riconosciuto⁵⁷, oppure, al principio della solidarietà sociale. Tale azione o abbandono dell'avente diritto non è

⁵⁶ Di quella clausola generale v. P. Machnikowski, ad art. 5, in *Kodeks cywilny. Komentarz...*, p. 17-18 (Nb. 22-24); K.. Pietrzykowski, ad art. 5, in: op. cit., vol. I., p. 50 (Nb. 12-13).

⁵⁷ Cfr. art. 7 del codice civile italiano, adesso abrogato.

considerata
legittima e non
è protetta.

Secondo Tomasz Bukowski, lo scopo dell'articolo 5 è quello di prevenzione contro l'uso del diritto in modo tale, in quanto produce gli effetti immorali, oppure, gli effetti, che non corrispondono allo scopo del diritto, nonostante che - dal punto di vista formale - l'azione sarebbe considerata legittima⁵⁸. Di conseguenza, le nozioni dei p.d.s.s. contengono elementi etici e quelli sociologici, formati dalle valutazioni morali e sociali, che supplementano il sistema del diritto⁵⁹. Piotr Machnikowski, comunque, ha sottolineato anche il suo valore proprio normativo⁶⁰. Secondo la dottrina l'ambito di applicazione di

⁵⁸ T. Bukowski, op. cit., <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55. V. anche Z. Radwański e M. Zieliński, op. cit., p. 336-337.

⁵⁹ Ibidem. Di sua derivazione semantica cfr. P. Machnikowski, *Swoboda umów według art. 353[1] KC - konstrukcja prawna*, <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55. Z. Radwański, in suo manuale, ha fatto distinzione tra le norme morali e quelle di costume - cfr. op. cit., p. 41.

⁶⁰ Per motivo, che costringe di formulare la regola del comportamento dell'agente - P. Machnikowski, op. cit., <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55; idem: il p.d.s.s. consistono solo le regole morali (sic!) di carattere imperativo - ad art. 5, in *Kodeks cywilny. Komentarz...*, p. 15 (Nb. 8).

p.d.s.s si può descrivere come le norme, le quale riguardano esclusivamente il comportamento di una persona in riguardo all' altra; la dottrina non tende ad occuparsi di p.d.s.s. come tale considerando le semplicemente come norme del diritto; ed in fine i p.d.s.s riguardano le norme morali innete nella società⁶¹. I precetti, che contengono i p.d.s.s., secondo la dottrina, sono divisi in tre vari tipi, come seguente⁶². I casi, in cui l'abuso dei p.d.s.s. produce effetti giuridici negativi⁶³. Il secondo tipo, che consistono i casi, in cui la costituzione, regolazione o l'estinzione del rapporto giuridico dipende dalle sua valutazione secondo i principi in esame⁶⁴. Ed in fine, i casi, in cui, i p.d.s.s. sono utilizzati come una regola di precisare il contenuto del rapporto giuridico⁶⁵. La divisione richiede, qualche volta, anche un altro modo di affrontarsi alla nozione di p.d.s.s.

⁶¹ Z. Radwański e M. Zieliński, op. cit., p. 337-338.

⁶² S. Dmowski, S. Rudnicki, op. cit., p. 43; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, op. cit., p. 73-76. Una altra sistemazione è stata proposta dal P. Machnikowski, cfr. op. cit., <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55.

⁶³ Gli art. 58 §2, 94, 354 §1, 754.

⁶⁴ Gli art. 3571, 3581 §3, 411 p. 2, 428, 431 §2, 440, 446 §2, 902.

⁶⁵ Gli art. 56, 65 §1, 140, 233, 287, 298.

Sarebbe interessante paragonare il modo, in cui, i principi in esame, sono considerati da parte della nostra S.C.⁶⁶. Le ricerche si limitano esclusivamente al campo di diritto civile materiale⁶⁷. Annalizzando le sentenze ed anche le risoluzioni della nostra Corte siamo autorizzati presentare qualche conclusione generale, riguardante all'applicazione, nel giudizio, di p.d.s.s. Prima, molte volte, è stato sottolineato che la loro applicazione deve essere sempre connessa con una profonda valutazione della fattispecie concreta⁶⁸. La Corte ha ammesso, che i p.d.s.s. - per il motivo che, la sostanza del diritto civile sia la protezione di diritti soggettivi - possono essere applicati anche nel caso dell'usufruttuario in perpetuo, che agisce contro i soggetti svolgenti l'attività di utilità sociale⁶⁹. Le altre ipotesi, dove sono state permesse le applicazioni dei principi analizzati,

⁶⁶ Di p.d.s.s. nelle sentenze di Corte Costituzionale di Polonia v. T. Bukowski, op. cit., <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55.

⁶⁷ Così la Suprema Corte Amministrativa nella sent. dal 17 giugno 2008 (I OSK 486/07) dove è stata sottolineata in modo decisivo l'impossibilità di applicazione dell'art. 5 c.c. ai rapporti del diritto pubblico. Di divieto di correggere le norme di procedura civile secondo il p.d.s.s. per porre il limiti alla cassazione v. le sent. dal 25 novembre 1997 (III CZ 86/97) e dal 7 maggio 1998 (III CZ 61/98).

⁶⁸ Le sent. dal 22 novembre 1994 (II CRN 127/94), 29 gennaio 2008 (IV CSK 417/07), 28 maggio 2008 (II CSK 658/07).

⁶⁹ Nella sentenza, la C.S. ha sottolineato che, il comportamento di etrambe parti deve essere giudicato secondo il principio in esame - II CSK 658/07.

sono: la prescrizione⁷⁰; le varie cause riguardante ai rapporti di diritto civile, come per es. sfratto dall'appartamento di abitazione⁷¹, indennizzo del danno⁷², pagamento delle usure⁷³, la legittima⁷⁴ oppure la diminuzione della responsabilità degli eredi per i debiti ereditari⁷⁵ ed in fine l'azione dello scioglimento della comunione⁷⁶. È stata invece, in genere,

⁷⁰ Sempre sulla base di un'analisi di tutte le circostanze della fattispecie concreta (!), v. le sent. dal 10 marzo 1993 (III CZP 8/93), 11 ottobre 1996 (III CZP 76/96), 13 novembre 1996 (I CKN 329/97), 27 giugno 2001 (II CKN 604/00), 4 ottobre 2001 (I CKN 458/00), 7 febbraio 2007 (III CSK 208/06).

⁷¹ Le sent. dal 21 dicembre 1973 (II CR 837/73), dal 22 marzo 1974 (III CRN 25/74), dal 13 novembre 1978 (III CRN 210/78), dal 27 novembre 1980 (III CZP 59/80), dal 13 maggio 1997 (III CKN 27/96).

⁷² Tra le due persone giuridiche - v. le sent. dal 7 gennaio 1972 (I CR 12/71), dal 6 aprile 1988 (I CR 54/88). Anche per diminuire il danno per causa di contributo al danno dal parte del danneggiato - la sent. dal 11 marzo 1974 (III CRN 9/74), contro la sent. dal 31 ottobre 1960 (IV CR 1041/59).

⁷³ Solo per la valutazione delle usure richieste - la sent. dal 13 gennaio 2000 (II CKN 665/98), comunque la pretesa di pagamento dell'usure come tale non può essere valutato secondo il p.d.s.s. (la sent. dal 7 maggio 1997, I CKN 106/97).

⁷⁴ La ris. del C.S. dal 19 maggio 1981 (III CZP 18/81).

⁷⁵ Le sent. dal 19 aprile 1971 (III PRN 7/71), dal 30 gennaio 1975 (II CR 820/74) e la ris. dal 22 settembre 1972 (III PZP 12/72).

⁷⁶ La ris. del S.C. dal 24 gennaio 2007 (III CZP 117/06, il tesi: l'applicazione dell'art. 5 alla richiesta lo scioglimento di comunione non sia escluso),

esclusa la possibilità di valutare il rapporto giuridico secondo i p.d.s.s. in seguenti casi: *rei vindicatio*⁷⁷; le cause di rendere conforme lo stato esistente nei registri immobiliari con lo stato giuridico reale; la diminuzione della clausola penale⁷⁸ oppure la dichiarazione di nullità di un negozio giuridico⁷⁹. Alla fine dobbiamo anche far notare, che la Corte ha descritto, in modo generico, i limiti di applicazione dei p.d.s.s. in modo tale, che i loro effetti non possono essere quelli di un cambiamento del diritto vigente⁸⁰.

A prima vista, si può conoscere, che riguardo ai p.d.s.s., la Corte di Polonia, in genere, non ha tentato di definire, oppure, di descrivere il loro contenuto. Anzi, in una sentenza dal 29

però cfr. anche la sent. precedente dal 6 giugno 2002 (I CKN 249/00) e K. Pietrzykowski, ad art. 5, in: op. cit., vol. I, p. 60-61 (Nb. 54) – dove l'opinione oposta.

⁷⁷ Salvo i casi speciali – cfr. le sent. dal 27 maggio 1999 (II CKN 337/98), 14 dicembre 2004 (II CK 255/04), IV CSK 417/07.

⁷⁸ La sent. dal 22 maggio 2002 (I CKN 1567/99).

⁷⁹ Le sent. dal 8 ottobre 1965 (I CR 265/65), 22 settembre 1987 (III CRN 265/87), 10 ottobre 2002 (V CK 370/05), 3 agosto 2006 (IV CSK 113/06). L'impossibilità di applicare i p.d.s.s. in caso di nullità di un atto giuridico è una conseguenza del suo carattere delatorio invece di peremptorio, che significa, che il in caso di mutamento del stato di fatto la parte può portare di nuovo la causa in tribunale – cfr. la sent. dal 20 giugno 2008 (IV CPN 12/08) e K. Pietrzykowski, ad art. 5, in: op. cit., vol. I, p. 56 (Nb. 31).

⁸⁰ La sent dal 20 giugno 2008 (IV CPN 12/08).

gennaio 2008⁸¹ ha dichiarato falsa l'opinione esistente in giurisprudenza, che nel caso di applicazione dell'art. 5 c.c. si richiede di descrivere un principio concreto della solidarietà sociale. In un suo commento della sentenza, la Corte ha valutato come erronea possa essere la comprensione dei p.d.s.s. come un catalogo chiuso delle regole, che limitano il sistema del diritto positivo⁸². È evidente che, così, la Corte abbia rifiutato una proposta fatta dal parte della dottrina di creare un catalogo enumerativo dei principi di s.s⁸³. Una più significativa, dal

⁸¹ IV CSK 417/07.

⁸² Contro E. Gniewek (op. cit., <https://legalis.net.pl/index.html>), il cui, seguendo l'opinione di Z. Ziembinski, ha considerato giusto il postulato di descrivere il p.d.s.s. concreto, sul base il quale è stata emanata la sentenza. Il P. Machnikowski (richiamando le sentenze del C.S. dal 7 maggio 2003, IV CKN 120/01; 23 maggio 2002, IV CKN 1095/00; 14 ottobre 1998, II CKN 928/97) ammette come la posizione precedente l'assunto, secondo il quale non è possibile di descrivere i p.d.s.s. Nell'anno 2008, invece, la Corte ha ripetuto e confermato il quello punto di vista 'precedente' - v. *supra* n. 79, così anche K. Pietrzykowski, ad art. 5, in op. cit., vol. I, p. 48 (Nb. 7).

⁸³ Adesso prevale, ugualmente nella dottrina e nella giurisprudenza, una opinione mista, che significherebbe una combinazione delle due posizioni opposti: la normativa e situazionistica. L'opinione dominante tende a precisare il nozione dei p.d.s.s. e di descrivere i quale tipi di comportamento sono accettabile dal punto di vista le regole etiche, che esistono nella società polacca - cfr. T. Bukowski, op. cit., <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55. A mio avviso, però, torniamo sempre alla domanda posta dal G. Alpa, di confini tra individuazione e di creazione (op. cit.,

nostro interesse, è la frase derivante da una risoluzione della Corte dal 24 gennaio 2007, nella traduzione che segue: 'L'osservazione dei p.d.s.s. deve essere un fattore imminente di ogni comportamento⁸⁴ nella data situazione'⁸⁵. Non troviamo, però, in p.d.s.s., la stessa dicotomia, la quale abbiamo visto in riguardo alla regola buona fede. L'azione che produce l'abuso dei p.d.s.s. non significa, *apriori*, la colpa dell'agente, anzi, è considerata più come uno stato di fatto, spesso indipendente dalle intenzioni dell'agente⁸⁶.

<http://www.altalex.com/index.php?idstr=11&idnot=6180>, 7.09.2009, 11:12). Un altro problema sarebbe l'aggiornamento quelli comportamenti accettabili.

⁸⁴ Si pensa evidentemente di comportamento delle parti del rapporto, non di sentenza emanata dal parte del giudice in causa civile – cfr. la sent dal 3 aprile 1998 (III CKN 437/97) e K. Pietrzykowski, ad art. 5, in op. cit., vol. I, p. 51-52 (Nb. 17).

⁸⁵ 'Przestrzeganie zasad współzycia społecznego powinno być zatem immanentnym czynnikiem każdego zachowania się w danej sytuacji' – III CZP 117/06. I criteri, che permettono di giudicare un comportamento, entrano nei limiti del diritto soggettivo e sono: la conformità col p.d.s.s. e lo scopo sociale-economico del diritto – cfr. la sent. z 17 settembre 1971 (III PRN 77/71) e P. Machnikowski, ad art. 5, in *Kodeks cywilny. Komentarz...*, p. 14 (Nb. 5).

⁸⁶ Cfr. III PRN 77/71 e K. Pietrzykowski, ad art. 5, in: op. cit., vol. I, p. 52 (Nb. 20).

5. **I conclusioni.** Non è stato un caso, che il legislatore polacco, prendendo la decisione di introdurre le clausole generali nel sistema di diritto civile, indipendentemente dal momento introduttivo, non abbia considerato necessario definirle. Giustamente ha osservato Franz Wieacker, che – per la loro natura – il contenuto di quelle deve essere indeterminato⁸⁷. Tranne il postulato, posto da parte di alcuni rappresentanti delle dottrine, i quali hanno sottolineato la richiesta di sicurezza pubblica⁸⁸ anche la Corte, nelle sue sentenze, non tende ad

⁸⁷ L'opinione è stata esposta a causa di clausola di buona fede, nonostante, mi pare giustificato di generalizzarla – cito dal G. Alpa, op. cit., <http://www.altalex.com/index.php?idstr=11&idnot=6180>, 7.09.2009, 11:12; Z. Radwański, M. Zieliński, op. cit., p. 332.

⁸⁸ Così P. Machnikowski, ad art. 5, in: *Kodeks cywilny. Komentarz...*, p. 16 (Nb. 19). Il 17 dicembre 2000 la Corte Costituzionale di Polonia abbia preso inn considerazione la querella privata, nella quale un cittadino polacco ha portato in giudizio il art. 5 del c.c. come contrastante con la costituzione polacca. Nella giustificazione l'accusatore abbia sottolineaeto tra altri che, la generalità dell'articolo in esame produca la minaccia del certezza e della sicurezza publica. La Corte Costituzionale, nella sua sentenza, non abbia condiviso questo parere, ammettendo, che la minaccia della sicurezza legale esiste solo nelle seguenti fattispecie: 1. nel caso, in cui le premesse della c.g. assumono il carattere obiettivo e soggettivo. 2. il contenuto della c.g. non permette di dare la garanzia di una interpretazione omogenea e precisa dal parte di giurisprudenza. 3. nel caso, in cui dalla c.g. si può trarre le competenze legislative dei tribunali , in specie la competenza del tribunale di elaborare di nuovo il contenuto

elaborare un catalogo di clausole generali. La natura delle clausole generali è quella di norme etiche, di assomia che vive in una certa società, la quale le accetta e la quale le definisce proprio per la sua accettazione. Il giudice, come membro della società, applicando le regole generali segue le norme etiche giudicando un comportamento dell'altro membro come conforme, o no, con la buona fede, i principi di solidarietà sociale o buoni costumi. Guido Alpa⁸⁹, analizzando il ruolo del giudice, ha posto la domanda: il giudice, nell'applicare la buona fede, deve riferirsi a modelli corrispondenti alle vedute correnti, cioè deve conservare le aspettative private su modelli di condotta già consolidati dalle esperienze o può rinnovarli? A mio avviso sì, con certi limiti, il giudice è legittimato ad introdurre nell'ambiente dei suddetti modelli una innovazione. Limiti sono descritti dalla regola suprema di fiducia al diritto e alla giustizia. Non posso, però, accettare l'opinione di una minaccia di sicurezza pubblica. Secondo me, proprio la certezza dell'agente, che è un tipo di comportamento negativo oppure gli stessi effetti giuridici non saranno accettati e protetti da parte del diritto, ciò lo costringerà ad entrare con maggior

del art. 5. - cfr. la sent. dal 17. dicembre 2000, SK 5/99, e S. Dmowski, S. Rudnicki, op. cit., p. 38.

⁸⁹ G. Alpa, op.cit., <http://www.altalex.com/index.php?idstr=11&idnot=6180>, 7.09.2009, 11:12.

fiducia nei rapporti giuridici⁹⁰. Dall'altro lato, il giudice deve sempre essere attento ai mutamenti delle norme morali⁹¹. Nella stessa misura dobbiamo aspettarli dal legislatore, che assumendo il ruolo di curatore dei costumi, introduca al sistema del diritto le clausole opportune.

Abbiamo visto, che nella dottrina spesso è stato sottolineato il carattere sinonimico tra le varie regole generali. Così si associa i p.d.s.s. con i buoni costumi ed anche col la buona fede⁹². Mi pare, perciò, necessario stabilire qualche differenze tra le clausole presentate. Il più semplice è individuare la buona fede, che dovrebbe essere considerata composta dal due elementi: soggettivo (l'intenzione) e oggettivo (la sproporzione), il primo, invece, non è importante nei casi di buoni costumi e i.p.d.s.s. La valutazione in caso di b.f., come abbiamo detto, sempre fondata sulla dicotomia, produce l'effetto di inclinare l'agente ad agire con un intenzione positiva o negativa⁹³ - *tertium non datur*. La circostanza

⁹⁰ Così anche *ibidem* A. Machnikowski, *op.cit.*, <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55.

⁹¹ Questo postulato in riguardo alla S.C. ha posto P. Machnikowski, ad art. 5, in *Kodeks cywilny. Komentarz...*, p. 15 (Nb. 12).

⁹² Per. es. P. Machnikowski afferma, che i buoni costumi significano lo stesso che i.p.d.s.s. - *ibidem*, p. 17 (Nb. 21); così anche Z. Radwański e M. Zieliński, *op. cit.*, p. 340.

⁹³ In senso stretto l'intenzione possiamo capire come la coscienza dell'agente, che con suo comportamento non abbia violato i diritti di

chiamata dall'Alpa⁹⁴ come sproporzione, prende la maggior importanza nel caso di buoni costumi ed i p.d.s.s. Alla fine mi permetto una osservazione, cioè l'elemento di *fides*, che senza dubbi è presente nella dottrina e nella giurisprudenza riguardante la buona fede. La fiducia, che costringe la parte conclusiva un rapporto giuridico con altro è, perciò, protetta dal legislatore, e poi dall'organo giudicante. Questo aspetto era, comunque, già ben conosciuto e elaborato nella giurisprudenza romana e pare essere collegato tra le buona fede in codice civile polacco e quella *bona fides* romana.

I buoni costumi, dall'altro lato, fanno parte delle c.d. norme di abitudine. Come annotava Piotr Machnikowski, il costume significa una prassi, la quale è diffusa in una società, per un certo periodo ed è applicata ad un genere di relazioni sociali. Per la sua accettazione sociale la prassi diventa un costume⁹⁵. Da parte, un altro civilista polacco, Zbigniew

altrui. In senso largo, invece, come la consapevolezza, che la realizzazione del diritto è senza danno di nessuno altro soggetto del diritto.

⁹⁴ Op. cit., <http://www.altalex.com/index.php?idstr=11&idnot=6180>, 7.09.2009, 11:12.

⁹⁵ P. Machnikowski, op. cit., <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55. Secondo F. Zoll si parla di indicazioni riguardante al comportamento, le quale esistono in modo obiettivo nel una certa società – cito dal Z. Radwański e M. Zieliński, op. cit., p. 340. Così anche A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, op. cit., p. 73; 'oltre ciò (l'esistenza di norme legale – A.R.J.), esistono anche le norme sociale, c.d. p.d.s.s., l'osservanza delle quale è un compito di ognuno cittadino, e le quale hanno il

Radwański, ha sottolineato che, il costume è considerato come l'uso sociale ed è una base troppo debole per la giustificazione di buoni costumi e deve essere completato dalle norme morali (che abbiano giustificazioni assiomatiche)⁹⁶. La sua nozione di buoni costumi la avvicina in modo equivoco ai p.d.s.s., che, di conseguenza, producono la domanda di esistenza delle clausole generali, così simili nel suo contenuto.

I p.d.s.s. appartengono alle norme morali, e hanno un scopo preventivo per evitare la situazione, nella quale la norma giuridica o un patto stipulato tra le parte richieda un comportamento⁹⁷ che sta in contrasto con la moralità sociale⁹⁸. Da sua natura, i principi considerati sono un nozione obbiettivo, che viene creata e definita autonomamente in una certa società. Sono, secondo K. Pietrzykowski, un continuo

significato generale per tutti tipi dei rapporti sociali' ('... oprócz norm prawnych istnieją jakieś inne normy społeczne, zwane zasadami współżycia społecznego, których przestrzeganie jest obowiązkiem obywatelskim i które mają znaczenie ogólne dla wszystkich rodzajów stosunków społecznych').

⁹⁶ Op. cit, p. 41, così anche S. Dmowski, R. Rudnicki, op. cit., p. 38.

⁹⁷ Cfr. ibidem e Z. Radwański, op. cit., p. 41; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, op. cit., p. 77-78; S. Dmowski, S. Rudnicki, op. cit., p. 37.

⁹⁸ Ibidem, così anche T. Bukowski, op. cit., <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55.

dell'idea di giustizia⁹⁹. Proprio per quello richiedono, qualche volta dal soggetto del diritto, l'astensione dall'azione, anche nel caso in cui la azione è legittima. Per eseguire il suo scopo, i p.d.s.s. permettono all'organo giudicante di intervenire nel rapporto giuridico esistente tra le parti, come per es. nel caso di applicazione dell'art. 3581 § 3 di valorizzazione di prestazioni pecuniarie¹⁰⁰.

Le funzioni, che svolgono le regole generali nel sistema di diritto civile di Polonia è quella di avvicinare quello sistema a un ideale del diritto giusto alle quale dovrebbe tendere qualsiasi legislatore. Altro scopo è quello di conservare e stabilire nella società certi tipi di comportamenti, che sono desiderati dal punto di vista dell'interesse. Il legislatore, come *curator morum* utilizza i vari strumenti legislativi per creare la realtà ambita, e dall'altra parte per eliminare i costumi o le prassi considerate erronee.

⁹⁹ K. Pietrzykowski, ad art. 5, in: op. cit., p. 49 (Nb. 10); cfr. anche T. Bukowski, op. cit., <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55.

¹⁰⁰ La sproporzione consiste in differenza tra valore reale e quello nominale del denaro – cfr. le sent S.C. dal 5 dicembre 2000 (IV CK 181/00), dal 28 gennaio 2004 (IV CK 425/02); T. Bukowski, op. cit., <https://legalis.net.pl/index.html>, 7.09.2009, 10:55.