

UP COLLANA DELL'UNIONE DEI PRIVATISTI



Giurisprudenza per principi e autonomia privata

a cura di

Salvatore Mazzamuto e Luca Nivarra



G. Giappichelli Editore – Torino

Giurisprudenza per principi e autonomia privata

a cura di

Salvatore Mazzamuto e Luca Nivarra

Atti del Convegno dell'Unione dei Privatisti

Roma 30 ottobre 2015 - Università degli Studi Roma Tre



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2016 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0718-2

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
PREMESSA	
di <i>Salvatore Mazzamuto e Luca Nivarra</i>	XI
PRESENTAZIONE DEL CONVEGNO	
di <i>Pietro Rescigno</i>	XV

SEZIONE I GIURISPRUDENZA PER PRINCIPI E AUTONOMIA PRIVATA

RELAZIONE INTRODUTTIVA	
di <i>Luca Nivarra</i>	3
AUTONOMIA E AUTOLEGISLAZIONE	
di <i>Pasquale Femia</i>	11
1. Darsi norme e trascenderle	11
2. Autonomia e autore normativo	19
3. Autonomia e rivendicazione. L'illiceità dell'invalidazione. Normatività e relazione	28
4. Dittatura nella lingua del consenso. Autonomia e autocrazia	35
5. San Contratto. Autonomia e legislazione privata	43
6. Autonomia e liberazione	45

SEZIONE II
LA GIUSTIZIA CONTRATTUALE
TRA PROCEDURA E CONTENUTO

<p>IL CONTRATTO “DEMOCRATICO” E LA GIUSTIZIA CONTRATTUALE di <i>Emanuela Navarretta</i></p>	51
<p>1. La giustizia contrattuale fra procedura e contenuto</p>	51
<p>2. Chi decide il modello di giustizia? Il problema del contratto giusto in senso democratico</p>	53
<p>3. L'ipotesi di una giustizia contrattuale puramente sostanziale</p>	56
<p> 3.1. La tecnica della conversione della buona fede da regola di condotta a regola di validità</p>	56
<p> 3.2. La critica attraverso il confronto con i valori costituzionali e con il dialogo istituzionale</p>	59
<p>4. La giustizia contrattuale sostanziale fondata sull'abuso del potere di autonomia privata. Critica</p>	61
<p>5. I modelli di giustizia contrattuale misti e l'ambito dei contratti asimmetrici</p>	63
<p> 5.1. Il modello ordo-liberista e il rapporto tra efficienza e giustizia</p>	63
<p> 5.2. La selezione delle asimmetrie macroeconomiche e il paradigma dell'efficienza</p>	64
<p> 5.3. La soluzione del potenziale conflitto tra efficienza e giustizia nella disciplina dei contratti dei consumatori</p>	66
<p>6. Il modello liberal-egualitarista e le asimmetrie microeconomiche. Autonomia privata e principio di uguaglianza</p>	71
<p>7. Giustizia contrattuale e giustizia sociale</p>	73
<p>8. I tre livelli del rapporto fra giustizia procedurale e giustizia sostanziale</p>	77
<p>PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ E CLAUSOLE GENERALI: IL CANONE “ARMONIZZANTE” DELLA CORTE DI GIUSTIZIA di <i>Stefano Pagliantini</i></p>	
<p>1. Effettività europea e clausole generali: i termini della questione</p>	81
<p>2. I diritti dei consumatori come trans-ordinamentali ed il vincolo multiplo dell'interpretazione autonoma</p>	88

	<i>pag.</i>
3. Il principio di effettività nell'interpretazione della direttiva 93/13/CE e l' <i>idolum fori</i> della c.d. giustizia contrattuale	91
4. Principio di effettività, <i>judicial enforcement</i> del diritto alla conformità e simulacro del "giusto rimedio" nella direttiva 99/44	99
5. Intermezzo: ancora sull' <i>Abschreckungseffekt</i> delle direttive 93/13 e 2008/48, per un indispensabile chiarimento su di (un'apparente) <i>Drittwirkung</i> dei diritti fondamentali	104
6. Epilogo, a mo' di catalogo riassuntivo, in cinque punti	109

SEZIONE III

LA TUTELA DELLA PERSONA NEL CONTRATTO

AUTONOMIA CONTRATTUALE E DIRITTI DELLA PERSONA

di <i>Andrea Nicolussi</i>	119
1. Interazione tra autonomia contrattuale e diritti della persona: integrazione eteronoma degli obblighi di protezione, disponibilità di diritti della persona	119
2. Patrimoniale e non patrimoniale. Autonomia contrattuale, diritti indisponibili per loro natura e dignità umana	121
3. I conflitti tra obbligo contrattuale e coscienza	125
4. La <i>herrschende Meinung</i> a proposito del rapporto fra diritti fondamentali e autonomia contrattuale	128
5. Dignità umana sovraccaricata e dignità umana sottovalutata	131
6. Il problema della soggettivizzazione dei valori costituzionali	134
7. Dignità umana sottovalutata. L'autodeterminazione riproduttiva tra slittamenti di senso ed eterodeterminazione. Contratto di gestazione per altri e mercato della filiazione	136

LA TUTELA DELLA PERSONA NEL CONTRATTO

di <i>Francesco Macario</i>	145
-----------------------------	-----

SEZIONE IV

L'USO GIURISPRUDENZIALE DEI RIMEDI

GIURISPRUDENZA PER PRINCIPI ED EFFETTIVITÀ
DELLE TUTELE

di <i>Armando Plaia</i>	157
1. «Prospettiva rimediale» e «giurisprudenza per principi»: alla ricerca di una correlazione	157
2. Prospettiva rimediale «radicale» o «contro» la fattispecie: quattro casi «clinici»	159
3. Il perno critico su cui ruotano le due vicende della «prospettiva rimediale» e della «giurisprudenza per principi». Il problema dell'abuso del principio di effettività	168

FORZA NORMATIVA DELLA DESCRIZIONE

di <i>Mauro Orlandi</i>	173
1. Fatto e caso	173
2. <i>Segue.</i> Intorno alla rilevanza	174
3. Concetto analitico di fonte	179
4. Pre-scrivere e de-scrivere	181
5. <i>Segue.</i> Priorità logica della descrizione	183
6. Significato testuale e significato contestuale	185
7. Ontologia giuridica. Norme e principi	190
8. <i>Segue.</i> Rilevanza ermeneutica dei principi. Un caso	193

SEZIONE V

L'AUTONOMIA CONTRATTUALE
TRA DOTTRINA E GIURISPRUDENZAPRINCIPI GENERALI E STRATEGIE NEOSISTEMATICHES
NEL DIBATTITO SULL'AUTONOMIA CONTRATTUALE

di <i>Raffaele Caterina</i>	201
1. I problemi	201

	<i>pag.</i>
2. La crisi della fattispecie e il dibattito sulle clausole generali	203
3. La partizione dei contratti asimmetrici	207
4. Le clausole generali e il ruolo dell'interprete	211
5. Spunti minimi sul divieto di abuso di dipendenza economica	213

SULLA CONTRAPPOSIZIONE TRA NORME E PRINCIPI

di <i>Fabio Addis</i>	219
1. Il problema	219
2. I principi «classici»	224
3. Il superamento dell'art. 12, comma 2, preleggi	230
4. La funzione nomogenetica dei principi «di nuova generazione»	237
5. Il principio di sussidiarietà e il ruolo dell'interprete	244

SEZIONE VI

IL GIUDICE, IL *FORUM SHOPPING* E LA *LEX MERCATORIA*

GIUDICE, *FORUM SHOPPING*, *LEX MERCATORIA*

di <i>Stefano Delle Monache</i>	255
1. Introduzione	255
2. Giudici e arbitri	256
3. La natura del giudizio arbitrale	257
4. Giurisprudenza arbitrale e controversie sul metodo. La dogmatica giuridica nella riflessione di Gino Gorla	258
5. Scelta della legge applicabile al contratto (<i>pactum de lege utenda</i>) e <i>lex mercatoria</i>	263
6. Validità ed effetti del richiamo alla <i>lex mercatoria</i>	265
7. <i>Lex mercatoria</i> , giurisprudenza per principi e contratto “autosufficiente”	267

ARBITRATO E *LEX MERCATORIA*

di <i>Fabio Padovini</i>	269
1. Giudici e formalismo decisionale	269
2. Arbitrato (interno): e clausole di incontestabilità del lodo arbitrale (rituale)	270

	<i>pag.</i>
3. <i>Segue. ... e fuga dalla giurisdizione ordinaria</i>	271
4. <i>Segue. Tendenziale estraneità della <i>lex mercatoria</i></i>	271
5. Arbitrato internazionale: e rifiuto della giurisdizione nazionale	272
6. <i>Segue. Tendenziale centralità della <i>lex mercatoria</i></i>	272
7. <i>Forum shopping e <i>lex mercatoria</i>: dalla giurisdizione ordinaria all'arbitrato</i>	273
GIURISPRUDENZA PER PRINCIPI E AUTONOMIA PRIVATA di <i>Salvatore Mazzamuto</i>	 275
INDICE DEGLI AUTORI	285

PREMESSA

A distanza di quattro anni dal suo primo Convegno, tenutosi nel novembre del 2011 all'Accademia dei Lincei e dedicato a "I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita", l'Unione dei Privatisti ha chiamato a raccolta un gruppo di studiosi delle generazioni più giovani a discutere di "Giurisprudenza per principi e autonomia contrattuale". Il Convegno, svoltosi il 30 ottobre del 2015 presso l'Aula Magna del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre, ha rappresentato l'occasione per un confronto su un tema propriamente civilistico (il rapporto tra legge e libertà contrattuale), tanto classico nella sua prospettazione generale quanto inedito nelle sue concrete odierne epifanie, che impongono all'interprete una revisione profonda dello strumentario analitico tradizionale.

È accaduto, infatti, che quel rapporto assumesse contorni ambivalenti, frutto di un singolare sovrapporsi di processi non univoci: infatti, se, per un verso, nel suo campo di elezione (diciamo, per brevità, la sfera delle transazioni economiche), l'autonomia privata ha sperimentato una singolare pervasività della regola legale, per altro verso essa si è saldamente radicata all'interno di sfere vitali per l'innanzi tendenzialmente sottratte alla sua giurisdizione. Entrambe queste osservazioni impongono di essere precisate. Quanto alla prima, va subito rilevato che la realtà attuale propone all'interprete un modo di essere del "limite" dell'autonomia contrattuale ben diverso da quello conosciuto in epoche precedenti della storia recente della regolazione giuridica dell'economia. Infatti, ciò a cui si assiste oggi è il prendere corpo di una strana eteronomia il cui *medium* è rappresentato non dalla classica norma imperativa destinata a sostituirsi alla deliberazione privata *contra ius*, quanto, piuttosto, da un complicato intreccio di precetto legale, su cui si innesta il rinvio a clausole e principi generali, e mediazione giudiziale, secondo un disegno di amministrativizzazione dell'autonomia e di funzionalizzazione del contratto che ritrova nel sogno ordoliberal della concorrenza perfetta la sua fonte ispiratrice.

Assoggettata ad una penetrante performatività proprio là dove il moderno protoborghese ne aveva voluto affermare il carattere sacro (*qui dit contractuel dit juste*), la libertà negoziale si vede elevata a principio regolatore della "nuda

vita” dei singoli (nascita, morte, affettività, sessualità) in una misura che sembra non conoscere precedenti. L’autodeterminazione della persona si avvia ad occupare il posto dell’autonomia del privato in un singolare passaggio di testimone, in un certo senso emblematico dell’idea che l’unico spazio vitale, che gli uomini abbiano davvero in comune e per ciò meritino l’attenzione del *nomos*, sia il mercato, mentre per il resto si deve affidare il governo delle cose alle scelte di individui che nella libertà di decidere quale indirizzo imprimere alla propria esistenza trovano il compenso ad una solitudine sempre più grande.

Entrambi questi movimenti dell’autonomia privata sono caratterizzati da un ruolo sempre maggiore della giurisprudenza, sia pure dislocato diversamente a seconda che a venire in considerazione sia l’autonomia economica o l’autonomia esistenziale. Nel primo caso, si registra una originaria divisione dei compiti tra legislatore e giudice, resa possibile, anzi necessaria, dall’ampio ricorso a clausole e principi generali: spetta alle Corti, infatti, farsi molecolarmente carico della verifica di conformità al paradigma concorrenziale del singolo atto di autonomia privata. Nel secondo caso, viceversa, la giurisprudenza, sempre attingendo al vasto repertorio argomentativo offerto qui, per lo più, dai principi costituzionali, si incarica di aprire la strada al legislatore, sgretolando vecchie certezze e offrendo soluzioni innovative che, sotto la pressione dei settori più avvertiti dell’opinione pubblica, finiscono quasi sempre per convertirsi in *ius positum*.

Le relazioni presentate al Convegno, e i contributi oggi raccolti in questo volume, restituiscono, arricchita, l’immagine che degli attuali percorsi dell’autonomia privata abbiamo appena tratteggiato. Ci sembra di poter dire, anzi, che l’apuntamento romano dello scorso ottobre, preparato da un serrato confronto all’interno dell’Unione dei Privatisti e dei suoi organismi direttivi, abbia rappresentato l’occasione per ridare la parola ad una dottrina che, pur consapevole della cura dimagrante subita negli ultimi decenni, non voglia tuttavia rinunciare al compito di riflettere su quanto, confusamente ma non per questo in modo meno deciso e meno inquietante, emerge dalle nebbie di un tempo storico che, lungi dall’essere un compimento, come pure si era voluto far credere, torna a popolarsi di vecchie e nuove minacce.

Il Convegno fu inaugurato da una introduzione di Pietro Rescigno e si articolò in due sessioni: la prima sessione, presieduta da Natalino Irti, si aprì con una relazione generale di Luca Nivarra (*discussant* Pasquale Femia) che fu seguita dalle relazioni di Emanuela Navarretta “La giustizia contrattuale tra procedura e contenuto” (*discussant* Stefano Pagliantini) e di Andrea Nicolussi “La tutela della persona nel contratto” (*discussant* Francesco Macario). La seconda sessione, presieduta da Guido Alpa, racchiuse le relazioni di Armando Plaia “L’uso giurisprudenziale dei rimedi” (*discussant* Mauro Orlandi); di Raffaele Caterina

“L’autonomia contrattuale tra dottrina e giurisprudenza” (*discussant* Fabio Ad-
dis) e di Stefano Delle Monache “I giudici, il *forum shopping* e la *lex mercatoria*”
(*discussant* Fabio Padovini). Le conclusioni furono tratte da Salvatore Mazza-
muto.

SALVATORE MAZZAMUTO, LUCA NIVARRA

Roma, Palermo 22 ottobre 2016

PRESENTAZIONE DEL CONVEGNO

di *Pietro Rescigno*

Ringrazio innanzitutto per questo invito ad introdurre il dialogo su “Giurisprudenza per principi e autonomia privata”. Immagino che questa formula alluda, in primo luogo, alla giurisprudenza pratica, ma che essa intenda riferirsi anche alla giurisprudenza teorica e quindi all’apporto della dottrina. Con riguardo a quest’ultima, va subito rammentato come, in una stagione della nostra cultura giuridica, appunto, si sia discusso su questo tema: se non convenisse legiferare per principi, anziché per disposizioni specifiche, sostituendo ad una tecnica legislativa più incline alla certezza ma più rigida una tecnica legislativa che, se per un verso aumentava la discrezionalità, presentava, tuttavia, il vantaggio di una maggiore flessibilità in un’epoca (fine anni ’60 del secolo scorso) che si preannunciava di grandi e tumultuose trasformazioni.

Oggi ci interroghiamo, appunto, sul ruolo dei principi nell’attività della giurisprudenza, con specifico riguardo all’autonomia contrattuale e nella parimenti specifica prospettiva dei costi che questo procedere per principi implichi per la libertà dei privati.

In verità, quando parliamo di principi siamo portati a ricordare un altro periodo della nostra storia culturale che fu però anche l’epoca del formarsi del nostro sistema giuridico positivo, quando i giuristi, in sede di elaborazione politica e tecnica del nuovo codice civile, si sottrassero al compito che il regime gli aveva affidato di formulare dei principi generali da premettere al testo del codice (un atteggiamento, questo, che, come è noto, valse loro il plauso dei posteri).

L’enunciazione di questi principi avrebbe dovuto qualificare ideologicamente il lavoro della codificazione: chi legge, però, le proposte che in concreto furono poi formulate, si accorge che il tentativo assemblava materiali molto eterogenei quanto all’origine, al valore, alla portata, risultando, quindi, sostanzialmente ripetitivo di quanto era già immanente al sistema; oppure – e questa fu l’obiezione dei nostri “tecnici” più autorevoli – la presenza di questo corpo di principi avrebbe potuto dare luogo a disarmonie e tensioni tra il livello delle previsioni puntuali e quello delle previsioni generali, con ciò pregiudicando la qualità della codificazione e il buon funzionamento del sistema.

Come è noto, la soluzione politica che venne adottata fu quella di attribuire valore giuridico alla Carta del Lavoro, una sorta di Carta costituzionale *ante litteram*, la cui formalizzazione come fonte del diritto è un po' all'origine delle polemiche, ormai francamente stantie, intorno alla subordinazione, se non alla resa, della scienza giuridica al potere politico.

Il discorso sui principi generali era in realtà un discorso risalente soprattutto di fronte ad una formula, quella del codice post-unitario, che era diversa e che veniva accettata ed usata in una prospettiva assai più larga di quella che poi avrebbe caratterizzato in senso positivisticò, legalistico, statualistico la scelta del legislatore del 1942. I principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, infatti, rappresentano un'esaltazione del diritto positivo, del diritto statale e di un modo di intendere la normatività che successivamente fu sottoposto ad una critica intesa a disvelarne non soltanto il significato storico ma anche lo schietto intendimento politico, di controllo e orientamento della produzione legislativa successiva.

Perché, in effetti, i principi generali del diritto, sia che li si voglia intendere, alla stregua di un richiamo al diritto di ragione o al diritto di natura, sia che li si voglia ricondurre alla tradizione e, in particolare al diritto comune (come auspicato da taluni all'epoca della codificazione), sia, infine, che li si voglia collegare all'equità, hanno come destinatario il giudice, la cui decisione, per il tramite, appunto, dei principi, deve essere sostenuta da una razionalità che vada oltre la regola impartita al caso di specie.

Da questo punto di vista, il discorso sui principi ha una storia che precede di gran lunga quello della codificazione e che investe, in primo luogo, ieri come oggi, l'interprete, specie in un tempo, come quello presente, in cui l'ampliamento del novero delle fonti accresce la responsabilità del giurista. Io credo appunto che il Convegno odierno consentirà di mettere a fuoco questo specifico, ma, in realtà, rilevantissimo aspetto dell'esperienza giuridica contemporanea, riguardato attraverso la prospettiva dell'autonomia privata, in relazione alla quale, come ho già osservato, la discrezionalità del giudice, sollecitata dal ricorso ai principi, rappresenta anche una minaccia.

Certo, oggi l'autonomia privata si presenta in una veste assai diversa dal passato e, del resto, già da tempo, essa si è lasciata alle spalle la configurazione classica che le era stata impressa dal legislatore protoliberalista. Tuttavia, per quanto grandi siano le trasformazioni che essa ha subito nel corso del '900 e ancora in questo scorcio di inizio secolo, non vi è dubbio che l'accresciuta, proprio a causa dell'appello ai principi, ma anche alle clausole generali, discrezionalità del giudice continui a sprigionare una tensione endemica con un ambito dell'esperienza umana per definizione contrassegnato dal paradigma della libertà: tensione tanto maggiore ove si consideri che il pluralismo dei valori a cui alludono tanto i principi quanto le clausole generali impongono alla decisione assunta sulla base di essi un carattere compromissorio che non giova di certo alla uniformità e alla prevedibilità delle decisioni giudiziali.

SEZIONE I

GIURISPRUDENZA PER PRINCIPI
E AUTONOMIA PRIVATA

RELAZIONE INTRODUTTIVA

di *Luca Nivarra*

1. La connessione che il titolo del Convegno istituisce tra “principi” e “autonomia contrattuale” individua, in modo sintetico ed efficace, la questione sulla quale dovrebbe concentrarsi, sia pure da una pluralità di prospettive, la riflessione odierna. Naturalmente, il vero demiurgo del titolo, ciò che ne anima il senso profondo, è la “giurisprudenza”, da intendersi secondo l’uso nostrano del termine, come sinonimo dell’insieme delle pronunce delle corti nazionali e, ormai, anche della Corte di Giustizia. La scomposizione del titolo del Convegno è propedeutica ad una riformulazione più fluida del tema che, in definitiva, è quello della incidenza sempre maggiore della regola di fonte giudiziale sulla regola di fonte contrattuale: una incidenza che si manifesta, e si concretizza, attraverso un ricorso sempre più diffuso, ai “principi” (nozione all’interno della quale, almeno negli intendimenti dei promotori del Convegno, devono ritenersi incluse anche le “clausole generali”), ovvero ad enunciati normativi per definizione caratterizzati da una notevole angustia descrittiva e da una speculare indeterminazione prescrittiva (per usare la vecchia nomenclatura di Hare, un frastico leggero e un neustico pesante). È bene precisare che la “pesantezza” del neustico non discende da una proprietà, apprezzabile sul piano linguistico, della componente prescrittiva dell’enunciato, secondo la tassonomia bobbiana che distingue e ordina i vari gradi della prescrittività in ragione della loro forza, quanto, piuttosto, dall’effetto, apprezzabile sul terreno politico-istituzionale, di devoluzione ai giudici di un segmento della funzione nomotetica, ovvero di costruzione della regola del caso di specie.

In via di prima approssimazione, dunque, il trinomio “giurisprudenza”, “principi”, “autonomia contrattuale” riassume, e descrive, ellitticamente, un processo di riscrittura dei rapporti tra ordinamento giuridico e libertà negoziale, al quale si accompagna (rappresentandone, per la verità, lo specifico modo di essere) la revisione, tanto profonda quanto, specie in alcuni passaggi, caotica, di alcuni importanti protocolli dogmatici (basti pensare all’ormai sistematica ibridazione di regole di validità e regole di responsabilità). Anche a rischio di risultare enfatico, mi sembra di poter dire che, per le forme in cui si manifesta, questo capito-

lo della relazione tra autorità e libertà rappresenti un inedito nella vicenda delle istituzioni giuridiche della modernità, almeno per quel che attiene al diritto civile e, certamente, per quello che riguarda il caso italiano. Vorrei provare a corroborare questa mia affermazione attraverso un rapido scrutinio dei modi attraverso i quali, storicamente, quella relazione si è incarnata.

All'epoca dello stato liberale, era la legge a fissare i limiti o, per meglio dire, le condizioni in presenza delle quali l'atto di autonomia privata, ovvero la concreta, puntuale manifestazione della libertà contrattuale, poteva dispiegare i suoi effetti. Si tratta di enunciati costitutivi della giuridicità del fenomeno regolato o, quantomeno, della sua rilevanza per il diritto positivo. Indicare a quali condizioni il contratto può dirsi perfezionato equivale a dire cosa sia un contratto per l'ordinamento; ad un livello appena inferiore si collocano quelle disposizioni che prescrivono la ricorrenza di taluni requisiti o il possesso, in capo a questi ultimi, di talune proprietà (la forma, la forma scritta, la causa, la causa lecita, l'oggetto, l'oggetto possibile e lecito). Il livello ulteriore è occupato dalle vere e proprie regole del gioco, ossia da quelle norme che presiedono alla formazione di un contratto immune, il più possibile, da anomalie cognitive (endogene o esogene) le quali pregiudicano il raggiungimento di un assetto negoziale efficiente, sto parlando, come ovvio, dei vizi della volontà ai quali va aggiunta la rescissione in quanto rimedio che interviene, rimuovendolo, su un assetto di interessi la cui irrazionalità economica non solo è conclamata ma è anche asseverata da fattori esterni (stato di necessità, stato di bisogno) la cui ricorrenza consente di escludere che lo squilibrio delle prestazioni sia riconducibile alla volontà delle parti.

Questo modello traduce fedelmente la perfetta sintesi di giuspositivismo e giusnaturalismo che è alla base delle codificazioni moderne e di cui la relazione tra potere statale e potere privato rappresenta il banco di prova più significativo. Il carattere mimetico della disciplina cui viene assoggettata l'autonomia contrattuale emerge a tutti e tre i livelli di regolazione prima richiamati: condizioni minime di accesso all'efficacia di legge tra le parti, regole del gioco ispirate ad un'idea, anch'essa minima, di giustizia puramente procedurale e, infine, reazione allo squilibrio economico tra le prestazioni limitata alle sole ipotesi di *laesio* doppiamente abnorme, sia sotto il profilo quantitativo sia sotto il profilo qualitativo, ovvero delle cause generatrici dello squilibrio medesimo.

Il modello mimetico può essere accostato alla concezione lockeana del rapporto tra stato di natura e società civile. La fase successiva, viceversa, ha un'impronta più marcatamente hobbesiana. La relazione stato-autonomia privata si arricchisce, infatti, di una vistosa componente decisionistica che si traduce in un atteggiamento correttivo delle deliberazioni dell'autonomia privata allorché queste ultime appaiano difformi dalla *ratio* schiettamente politica che ispira la misura ortopedica. Il richiamo ad Hobbes è, naturalmente, una forzatura. Però

coglie, sia pure per eccesso, un dato reale da ravvisarsi nell'esigenza di coinvolgere il diritto privato in una più ampia strategia di regolazione politica del conflitto sociale, tipica della stagione postprotoliberal.

Infine, assistiamo ad un'evoluzione del rapporto tra autorità pubblica e autonomia privata in cui i limiti posti dalla prima alla seconda perseguono l'obiettivo di accorciare le distanze che separano il *Sein* dal *Sollen*, il modo in cui il mercato funziona dal modo in cui il mercato dovrebbe funzionare. La disciplina del contratto, oggi, è un segmento della più generale *policy* proconcorrenziale che ispira l'azione del nuovo sovrano, ossia l'UE e la sua Commissione. L'idea di fondo è che la singola transazione può essere il cavallo di troia di strategie aziendali intese a scollegare il profitto da un efficientamento dell'offerta (come nel caso delle clausole abusive o anche in quello della vendita dei beni di consumo), ovvero lo strumento attraverso il quale avvalersi della propria posizione di forza sul mercato per lucrare un profitto opportunistico ancora una volta sconnesso da una specifica *performance* imprenditoriale (caso classico quello dell'abuso di dipendenza economica).

A ciascuna di queste tre stagioni corrispondono tre distinti modi di essere del "limite". Nel primo caso, il "limite" non è, in realtà, un vero "limite": si tratta, come ho già anticipato, di una regola costitutiva nel senso che essa trasforma il modo normale di funzionare dell'autonomia privata in un processo idoneo a generare atti (le "fattispecie") impegnative non solo e non tanto per le parti quanto, piuttosto, e in primo luogo, per l'ordinamento giuridico (gli "effetti"), nel senso che quest'ultimo è tenuto a mobilitare la risorsa di cui dispone in esclusiva (la forza) per garantire l'attuazione della promessa. L'indice più chiaro dell'assenza di un vero limite è offerto, qui, dalla circostanza che non vi è contrapposizione tra *Sein* e *Sollen*, dal momento che, a ben vedere, il primo – attraverso la mediazione del diritto – viene trasformato nel secondo.

Nel secondo caso, il "limite" è davvero tale. Quando l'atto di autonomia privato contraddice la legge, la reazione di quest'ultima può non esaurirsi nella comminatoria di nullità (la quale, a ben vedere, rappresenta il lato negativo della costitutività tipica della norma di ricezione del precetto negoziale), ma spingersi sino al punto di sostituire a quella negoziata dalle parti la regola positiva eteronoma. È evidente che, nell'ipotesi in esame, si registra una reale divaricazione tra il *Sein* e il *Sollen* e questo, in pari tempo, dà ragione della veracità del "limite" che, viceversa, in epoca protoliberal, come abbiamo visto, è soltanto apparente.

Il terzo caso è quello più ambiguo e più difficile da decifrare. Si può sostenere, tuttavia, che, sia pure con le dovute precisazioni, esso abbia molte più cose in comune con il primo che non con il secondo degli scenari sin qui evocati. Intanto, è fuor di dubbio che ora il "limite", qualunque forma esso assuma – e su questo tornerò entro breve –, non è il vettore di un ordine "altro" rispetto a

quello che si incarna nell'atto di autonomia privata. Infatti, il legislatore odierno, a differenza del suo immediato predecessore, non affida alla norma cogente il compito di trasferire in seno al contratto istanze di ordine politico in quanto tali del tutto estranee alle valutazioni dei privati: al contrario, egli si propone come obiettivo di correggere un'applicazione imperfetta e fallace del mercato, il cui funzionamento ottimale è precluso da uno squilibrio di potere che, in concreto, ha inciso negativamente sull'assetto di interessi raggiunto dalle parti (anzi, per essere più precisi: lo squilibrio di potere è elemento integrante dell'assetto di interessi). Sotto questo profilo, il "limite" tipico della fase attuale individua una reazione dell'autorità ad un perturbamento dell'ordine delle transazioni private analoga a quella che caratterizza il "limite" istituito dal legislatore liberale attraverso la previsione del vizio della volontà come causa di annullabilità del contratto: e, difatti, in un caso e nell'altro, a ben vedere, *Sein* e *Sollen* sono assai più vicini di quanto non lo siano allorché il precetto legale si sostituisce a quello negoziale. Vi è, tuttavia, una differenza fondamentale dalla quale discendono alcune conseguenze molto importanti che rappresentano, poi, il nucleo dei problemi con cui oggi l'interprete è chiamato a misurarsi. La differenza in questione origina dal fatto che mentre il perturbamento indotto dal vizio della volontà presenta i caratteri della contingenza e dell'occasionalità, il perturbamento indotto dallo squilibrio di potere è strutturale e la sua rimozione (o, per meglio dire, la sua neutralizzazione) non può essere affidata alla sola iniziativa del singolo.

Da qui la prima delle conseguenze alle quali facevo cenno in precedenza, ossia il ricorso alla nullità come rimedio rescissorio azionabile dal solo interessato (dove la sua "relatività") ma, al pari di tutte le nullità che si rispettano, affidato anche all'ufficio del giudice (art. 7 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231; artt. 6 e 9 l. 18 giugno 1998, n. 192, art. 36 c. cons.). Del resto, al netto della legittimazione di parte amputata, l'idea che una transazione individuale possa essere nulla perché contraria all'ordine economico non è certo una novità: e nulle, come è noto, sono anche le intese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire o restringere la concorrenza. Le "nullità economiche" di ultima generazione, però, differiscono sia da quelle civilistiche classiche sia da quelle *antitrust*. Dalle prime perché l'ordine pubblico economico, nella sua declinazione liberale, individua un ordine dato, e non certo costruito, la difformità dal quale del singolo atto di autonomia privata dovrebbe presentarsi, agli occhi del giudice, come autoevidente; mentre nella sua declinazione interventista, esso si specifica in una serie di norme puntuali che rendono sostanzialmente superfluo il ricorso alla clausola generale.

Dalle seconde, perché l'accertamento dell'effetto restrittivo della concorrenza è, al contrario, operazione estremamente complessa la quale, non a caso, prevede una competenza tecnica parallela a quella del giudice ordinario (mi riferi-

sco, come ovvio, all'AGCM). Infatti, per un verso, lo squilibrio di potere non soltanto non è, nell'ottica delle disposizioni richiamate, di evidenza immediata ma esso, in ogni caso, è apprezzabile soltanto attraverso gli indicatori grossolanamente tipizzati dal legislatore (lo squilibrio tra diritti e obblighi delle parti in quanto discendente dalla vessatorietà della clausola predisposta *ab uno latere*, l'abuso di dipendenza economica, le condizioni gravemente inique); per altro verso, e di ciò offre una conferma inequivoca proprio l'art. 9 l. 192/1998, la scala sulla quale si svolge l'accertamento del giudice è quella del singolo affare e non quella del mercato rilevante. Ora, a mio avviso, questa circostanza è decisiva e può aiutare a intendere le ragioni profonde del fenomeno che stiamo esaminando.

A tal fine è necessario avere ben presente le modalità assai diverse che presiedono ad un giudizio di illiceità economica di un atto, ivi incluso un atto negoziale, a seconda che si tratti di ricavare gli elementi necessari alla formulazione di quel giudizio dalle conseguenze che l'atto produce su uno spazio che lo trascende, ovvero rimanendo entro i confini segnati dallo stesso.

Nel primo caso entrano in gioco numerose variabili che vanno dal bene o servizio di riferimento, alla conformazione del mercato per rapporto al modo in cui, al suo interno, sono distribuite le quote tra le singole imprese, al maggiore o minore grado di integrazione di queste ultime, alla presenza o meno di barriere all'ingresso, ecc.: tutti fattori che dovranno essere ponderati al fine di stabilire se una certa pratica limita la concorrenza e, dunque, è illecita.

Nel secondo caso, tutto, alquanto claustrofobicamente, ruota attorno all'asse squilibrio di potere – indicatore tipizzato (grossolanamente, è bene rammentarlo) di quest'ultimo, sicché il giudizio di illiceità finirà per concentrarsi su quel segmento del contratto in cui lo squilibrio ha preso corpo. Ed è in questo passaggio che si annida il cortocircuito tra *a*) povertà delle informazioni disponibili, *b*) complessità di una valutazione che investe un profilo – il *surplus* di potere negoziale – non sempre serializzato, ovvero presentato dal legislatore come predicato strutturale della posizione di uno dei contraenti (il professionista, il debitore) e, infine, *c*) impegnatività del rimedio attivabile, cioè la nullità.

La sequenza che ho appena delineato restituisce, in una versione più nitida, l'immagine di cui mi ero avvalso inizialmente, quella del frastico leggero e del neustico pesante. L'orizzonte cognitivo del giudice è molto angusto ma il compito che gli è stato affidato è insolitamente complesso e delicato dovendo egli decidere della sorte di una transazione individuale sulla base di indicatori tipizzati alla buona i quali, nella sostanza, riproducono strutture deontiche (concetti giuridici indeterminati come "squilibrio tra diritti e obblighi" o "condizioni inique", oppure vere e proprie clausole generali come "buona fede" o "correttezza") che programmaticamente trainano il decisore oltre i confini dell'interpretazione per attingere il piano, ben più impegnativo, del completamento della re-

gola da applicare al caso di specie. È così, in definitiva, che funziona l'odierna dialettica autorità-libertà dove, assai più che in passato, lo spazio corrispondente all'autorità è caratterizzato da una divisione di compiti tra legislatore e giudice proprio a causa dell'investitura qualitativa che il secondo riceve dal primo; ed è così che si spiega, almeno a mio avviso, quella ibridazione di regole di validità e regole di responsabilità su cui la nostra letteratura più recente tanto si è arrovellata negli ultimi anni.

Ci sarebbe ora da chiedersi quale sia la causa di questo fenomeno in virtù del quale – attraverso la doppia, connessa mediazione del “principio” (inteso nell'accezione ampia proposta più sopra) e della nullità – il giudice acquisisce poteri di correzione della regola pattizia che non soltanto sono cosa assai diversa da quelli integrativi, esperibili *in executivis*, che eravamo abituati a conoscere (così come sono cosa assai diversa dalle ortopedie legali tipiche della stagione interventista), ma presentano un tratto di inedita strutturalità, nel senso che la devoluzione a favore del giudice di questi poteri si iscrive all'interno di un orizzonte regolatorio il quale contempla come normale la circostanza che spetti al giudice stesso di modificare il contratto al fine di neutralizzare le distorsioni indotte dallo squilibrio di potere. Verosimilmente, il carattere strutturale del potenziamento del ruolo del giudice è un riflesso del carattere strutturale della anomalia da correggere: volendo, però, andare oltre questa prima osservazione di per sé abbastanza ovvia, nel senso di puramente descrittiva, si potrebbe aggiungere che l'innesto sull'autonomia privata, e sulla sua disciplina, di un *telos* caparbiamente e molercolarmente filoconcorrenziale attiva un meccanismo pressoché irresistibile di attrazione della funzione giudiziale nei processi di governo delle transazioni individuali in ciascuna delle quali il legislatore comunitario ravvisa, in pari tempo e in modo del tutto speculare, ora una occasione di sviluppo del mercato, ora il rischio che l'originario squilibrio di potere cristallizzi, opportunismo dietro opportunismo, una illegittima rendita di posizione. È chiaro che, se le cose stanno in questi termini, ci troviamo in presenza di uno smottamento degli equilibri istituzionali classici il cui punto di emergenza è rappresentato dalla piena integrazione del giudice nel ciclo regolatorio, essendo egli chiamato a svolgere, insieme con altri attori (P.A., Autorità, ecc.) compiti di amministrazione dell'autonomia privata, certo inediti rispetto ai paradigmi ricevuti ma del tutto coerenti con la *totale Mobilmachung* da tempo decretata dall'UE a sostegno del suo titanico progetto di società al servizio della concorrenza.

2. Siamo in presenza, dunque, di un vero e proprio passaggio d'epoca, di un mutamento sistemico che pone il civilista di fronte ad un protagonismo delle corti che non può essere considerato il frutto di un incidente di percorso, di un'anomalia transitoria discendendo esso, viceversa, dalla fisionomia impressa al sistema giuridico, e al suo modo di funzionare, dalla “nuova ragione del mon-

do”. Da questo punto di vista, debbo dire molto francamente, le reazioni suscitate nella nostra dottrina da alcuni arresti davvero “esemplari” (a scanso di equivoci chiarirò subito in che senso debba intendersi esemplari) delle nostre corti superiori mi sono sembrate abbastanza fuori quadro. Queste pronunzie – mi riferisco a Cass. s.u. 13 settembre 2005, n. 18128 in materia di riduzione officiosa della penale, a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106 in materia di recesso *ad nutum* e Corte cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77 e 24 ottobre 2013, n. 248 in materia di caparra confirmatoria – sono state oggetto, per lo più, di valutazioni piuttosto severe da parte di chi ha avuto modo di occuparsene e, in linea di massima, si tratta di censure ampiamente giustificate sotto il profilo strettamente tecnico. Tuttavia, mi sembra sia mancata la percezione della portata del fenomeno di cui esse sono la (più o meno) maldestra espressione. Ciò che le accomuna, infatti, al di là di una articolazione del ragionamento assai approssimativa (se non schiettamente affabulatoria, come nel caso di Cass. 20106/2009) è una piena sintonia con lo spirito del tempo e una messa in opera del binomio “principio”-nullità che, come si è visto in precedenza, rappresenta il tratto distintivo della relazione “autorità”-“libertà” di terza generazione. Si tratta, a voler essere precisi, di cripto-nullità (o, come nel caso delle due ordinanze della Consulta, di una nullità immanente al sistema, rivelabile attraverso il filtro dell’art. 3, co. 2, Cost.), ma non per questo diverse, nella sostanza, da una nullità conclamata. Basti considerare che, almeno *quod effectum*, il risultato finale, al di là delle declamazioni di principio, è del tutto coincidente, nella misura in cui, trattandosi di ortopedie che investono la clausola in quanto tale (sia pure attraverso l’ovvia mediazione delle condotte attuative di quest’ultima che dell’ortopedia rappresentano l’impreteribile presupposto processuale), esse pongono capo ad un’espunzione della medesima dal contratto sulla base del richiamo a “principi” come quello di equità nel caso della riduzione officiosa della penale o come quello di buona fede nel caso del recesso *ad nutum* (a loro volta incardinati in un orizzonte di senso dominato dal richiamo, esplicito o sottinteso, allo squilibrio di potere contrattuale)¹. Come è agevole costatare, si tratta di uno schema pienamente conforme a quello delineato in precedenza: di talché ben può dirsi che, al netto delle gravi incertezze dogmatiche denunciate dalla nostra dottrina e che, per la verità, potrebbero, viceversa, essere interpretate come le prime prove di un nuovo stile argomentativo, la nostra giurisprudenza appare allineata ad una tendenza generale ormai consolidata (si veda, a mo’ di riscontro Corte giust. 30 aprile 2014, C-26/13, *Arpad Kasler*).

¹ Nel caso di Cass. s.u. 13 settembre 2005, n. 18128, l’equivalenza è addirittura dichiarata là dove il giudice simula l’ipotesi che la penale non fosse stata oggetto di espressa previsione da parte del legislatore, di talché, ove introdotta dalle parti, se ne sarebbe dovuta verificare officiosamente la meritevolezza ai sensi dell’art. 1322, co. 2, c.c.: uno scenario che, va da sé, incorpora la possibilità di una riduzione del suo ammontare mediata, questa volta, da una inevitabile declaratoria di nullità.

Vorrei chiudere con una rapida osservazione a proposito della “giustizia contrattuale” di cui pure molto si è discusso, e si continua a discutere, in Italia. Indipendentemente dal modo in cui le cose vengono nominate (equità, buona fede, trasparenza, ecc.) a me sembra abbastanza evidente che il dispositivo funzionale alla correzione dello squilibrio persegue un obiettivo molto diverso e molto più pragmatico, che è quello di bonificare le transazioni individuali dal rischio di opportunismi potenzialmente anticompetitivi: ne discende che la “giustizia” prenderà qui la forma di un effetto collaterale dell’applicazione di quel dispositivo, ovvero si atteggerà a strumento attuativo di quel disegno, sicché di essa, del suo nome, potrà farsi un uso puramente descrittivo. Nell’un caso e nell’altro, una sorte ben strana per quello che dovrebbe essere un valore ultimo, un fine, dell’ordinamento giuridico e della sua *Rangordnung*: ma anche questo, verosimilmente, è un segno dei tempi e della loro assai prosaica inclinazione.

AUTONOMIA E AUTOLEGISLAZIONE

di Pasquale Femia

Das Recht gibt uns die Gelegenheit, die Herrschsucht so zu sagen in ihrer Häuslichkeit zu belauschen. Es gibt kein anderes Gebiet geistiger Thätigkeit, das gerade so vorzugsweise ihr gehört, und auf dem sie solche unblutige Triumphe feiern könnte, wie auf diesem.

Il diritto ci dà l'occasione di spiare la sete di dominio per così dire nel suo ambiente naturale. Nell'attività spirituale non esiste alcun altro ambito come questo che le appartenga allo stesso modo e sul quale potrebbe festeggiare i suoi trionfi incruenti.

Rudolf VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, T. 2, B. 1, Leipzig, 1854, 137.

SOMMARIO: 1. Darsi norme e trascenderle. – 2. Autonomia e autore normativo. – 3. Autonomia e rivendicazione. L'illiceità dell'invalidazione. Normatività e relazione. – 4. Dittatura nella lingua del consenso. Autonomia e autocrazia. – 5. San Contratto. Autonomia e legislazione privata. – 6. Autonomia e liberazione.

1. *Darsi norme e trascenderle*

Immanuel Kant ha conferito all'autonomia un ruolo decisivo nella sua dottrina morale, identificandola nella posizione volontaria di leggi universali¹. Così elevata, questa parola è divenuta sempre più punto di incrocio di molteplici discorsi

¹ «Das Prinzip der Autonomie ist also: nicht anders zu wählen, als so, dass die Maximen seiner Wahl in demselben Willen zugleich als allgemeines Gesetz mit begriffen seyen»: I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* [1785] (Karl Rosenkranz, Hg.), Leipzig, 1838, 71. Una intelligente introduzione al problema kantiano dell'autonomia in L. FONNESU, *Il ritorno dell'autonomia. Kant e la filosofia classica tedesca*, in *Quad. fior.*, 43, 2014, 25 ss.; cfr. J.B. SCHNEEWIND, *The Invention of Autonomy. A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge, 1997, 483 ss. Da altra prospettiva, sulla dottrina kantiana del contratto, S. GOYARD-FABRE, *La signification du contrat dans la "Doctrine du droit" de Kant*, in *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1973, 189 ss.

morali, giuridici, politici². Ha assunto in tal modo nuovo vigore la storia di un termine transitato dalle questioni intorno ai rapporti tra città conquistate e potere centrale (tale il senso originario di autonomia), le guerre di religione (autonomia delle comunità religiose) e il potere normativo di corporazioni e ceti nobiliari³.

In ciascun sistema discorsivo “autonomia” è rielaborata, assume connotazioni specialistiche, è circondata da perorazioni e polemiche. Nel diritto privato svolge funzioni in gran parte identiche la formula “libertà contrattuale”, che tuttavia è a sua volta proprio in quanto autonomia connessa ai discorsi esterni al diritto⁴.

La congiunzione paradossale di libertà e legge conseguita da Kant⁵ collocava il soggetto nella non facile posizione di sovrano e suddito delle proprie passate deliberazioni⁶. Gli interpreti successivi ebbero non poche difficoltà nel chiarire il paradosso⁷. Le soluzioni più interessanti giunsero dalla riflessione estetica, ancora una volta su basi kantiane⁸.

² R. YOUNG, *Autonomy: Beyond Negative and Positive Liberty*, New York, 1986; M. OSHANA, *Personal Autonomy and Society*, in *The Journal of Social Philosophy*, 29, 1998, 81 ss.

³ Abbiamo cercato di delineare il percorso tortuoso dell'autonomia e il passaggio da “autonomia” ad “autonomia privata” in un lavoro più ampio, con ulteriori svolgimenti, dal titolo *Autonomia privata tra servitù e liberazione*, che speriamo di poter presto pubblicare.

⁴ Il percorso storico più recente dell'autonomia è analizzato in modo brillante da E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quad. fior.*, 43, 2014, 589 ss.; per la storia meno recente rinviamo alla meditata analisi di P. CAPPELLINI, *La dialettica della generalizzazione. Negotium e parte generale*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, a cura di F. MACARIO-M. MILETTI, Milano, 2006, 41 ss. Sulla tradizione del negozio giuridico un meditato riesame in P. POLLICE, *Appunti sulla parte generale del contratto*, Torino, 2014, 21 ss. e C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 87 ss.; nel contesto europeo cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 601 ss.; G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, *ivi*, 2007, 325 ss.; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, *ivi*, 2005, 44 ss.; G. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2002, 53 ss.

⁵ Cfr. T. PINKARD, *La filosofia tedesca 1760-1860. L'eredità dell'idealismo* [2002], trad. it. di M. Farina, Torino, 61 ss.; Ch. MENKE, *Autonomie und Befreiung*, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 58, 2010, 675 ss.

⁶ Vale la pena di ricordare che la definizione di KANT aveva sollevato le contestazioni dell'autore della *Inettitudine della giurisprudenza come scienza* (nonché editore e commentatore di opere kantiane): J. VON KIRCHMANN, *Erläuterung zu Kant's Grundlegung zur Methaphysik der Sitten und zu Kant's Methaphysik der Sitten*, Berlin, 1875, 32 ss.: «Già l'espressione: la volontà dà a se stessa la legge è così innaturale, che soltanto la lunga consuetudine d'ascolto e di lettura non lo lascia più percepire» (35).

⁷ Equivale all'*Autonomie* kantiana la *Selbstständigkeit* di Fichte, che (con un percorso anche esso kantiano) dal significato tecnico originario di *substantialitas* (secondo la distinzione metafisica di sostanza e accidente) diviene indicativo della libertà: D. TAFANI, *Volontà libera e arbitrio nel Sistema di etica di Fichte e nell'Introduzione ai Lineamenti di filosofia del diritto di Hegel*, in *Leggere Fichte*, a cura di A. BERTINETTO, Napoli, 2009, 327 ss., 333 ss.; C. CESA, *Introduzione a Fichte*, Roma-Bari, 1998², 103.

⁸ Il passaggio dall'estetica al diritto, attraverso la filosofia pratica (grazie soprattutto alla *Cri-*

Friedrich Schlegel declinò la questione nel senso dell'autonomia dell'arte, della necessaria eguaglianza del sistema artistico rispetto alle altre sfere culturali:

«Il giudizio politico è il punto di vista più elevato: i punti di vista subordinati del giudizio morale, estetico e intellettuale sono *fra loro uguali*. La bellezza è, allo stesso modo, rispetto all'eticità una componente più originaria e più essenziale della disposizione umana. Tutte queste componenti devono stare fra loro nel rapporto di *eguaglianza di legge* (isonomia) e le belle arti hanno un diritto inalienabile all'*indipendenza legislativa* (autonomia)»⁹.

L'autonomia da *individuale* diviene *sistemica*: garantisce i discorsi, prima ancora che gli individui. Si scorge qui l'anticipazione di un dato che sarà ripreso molto tempo dopo nella riflessione teorica sulla società¹⁰. La prevalenza del politico potrebbe essere in tale contesto null'altro che uno schermo, dietro il quale si sprigiona la forza liberatoria dell'autonomia dell'arte¹¹. Non diversamente da quanto, nel bene e soprattutto nel male, ha fatto nel mondo sociale la libera contrattazione legittimata dal riconoscimento dell'autonomia, all'ombra del benevolo riconoscimento politico garantito dal legislatore borghese.

L'autonomia di un sistema, di una sfera discorsiva, deve riflettersi ed essere

tica del giudizio di Kant) non sorprende solo che si ponga lo sguardo su H. ARENDT, *Teoria del giudizio politico*, trad. it. di P.P. Portinaro, Genova, 1990, sulla quale P. RICOEUR, *Giudizio estetico e giudizio politico in Hannah Arendt*, in ID., *Il giusto*, 1, Torino, 2005, 149 ss., nonché Á. HELLER, *La bellezza della persona buona*, trad. di B. Biagiotti, Reggio Emilia, 2009. Più in particolare, infine, si consideri il percorso intellettuale di Christoph Menke, dai saggi estetici (*Tragödie im Sittlichen: Gerechtigkeit und Freiheit nach Hegel*, Frankfurt am Main, 1996; *Kraft. Ein Grundbegriff ästhetischer Anthropologie*, Frankfurt am Main, 2008) per giungere al rapporto tra potere e diritto (*Recht und Gewalt*, Berlin, 2012) e alla recentissima *Kritik der Rechte*, Frankfurt am Main, 2015.

⁹ F. SCHLEGEL, *Über das Studium der Griechischen Poesie* [1797], in E. BEHLER-J.J. ANSTETT-H. EICHNER (Hg.), *Kritische Friedrich Schlegel Ausgabe*, Erste Abteilung, *Kritische Neuausgabe*, 2, München, Paderborn, Wien, Zürich, Schöningh, 1967, 324. [«Die politische Beurteilung ist der höchste aller Gesichtspunkte: die untergeordneten Gesichtspunkte der moralischen, ästhetischen und intellektuellen Beurteilung sind *unter sich gleich*. Die Schönheit ist ein ebenso ursprünglicher und wesentlicher Bestandteil der menschlichen Bestimmung als die Sittlichkeit. Alle diese Bestandteile sollen unter sich im Verhältnisse der *Gesetzesgleichheit* (Isonomie) stehn, und die schöne Kunst hat ein unveräußerliches Recht auf *gesetzliche Selbständigkeit* (Autonomie)», corsivi originali.]. Cfr. F. SCHLEGEL, *Sullo Studio della Poesia greca*, trad. it. di G. Lacchin, Milano, 2008, 105. Si noti l'equivalenza di *Autonomie* e *Selbstständigkeit*.

¹⁰ G. TEUBNER e H. WILLKE, *Kontext und Autonomie. Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 5 (1984), 4 ss.; G. TEUBNER, *Contracting Worlds. The many Autonomies of Private Law*, in *Social and Legal Studies*, 9 (2000), 399 ss.; ID., *Die anonyme Matrix*, in *Der Staat*, 45 (2006), 161 ss.

¹¹ Per gli sviluppi della questione nel Novecento rinviamo a L. ANCESCHI, *Autonomia ed eteronomia dell'arte. Sviluppo e teoria di un problema estetico*, Firenze, 1936; ID., *Dell'autonomia dell'arte* [1960], in ID., *Progetto di una sistematica dell'arte*³, Milano, 1968, 9 ss.

riconosciuta in ciascuna delle sue azioni. Ma come può un'azione sistemica essere autonoma? Come potrebbe un evento essere bello, se fosse null'altro che piatta, singolare, ripetizione di una decisione universale entro un universo operativamente chiuso di discorsi¹²?

Una risposta geniale provenne da Friedrich Schiller. L'autonomia dell'oggetto estetico consiste nella congiunzione di regola e libertà, nell'essere prodotto di una regola e tuttavia mostrarsi soggetto alla regola¹³. Questa compresenza paradossale (l'autonomia è paradossale) di creazione e soggezione, valida solo per sé, solo nel momento della sua costituzione come opera, percepibile solo nell'istante del suo manifestarsi, è interpretabile quale evento: l'accadere dell'autosuperamento della norma mediante se stessa¹⁴.

La bellezza che mai si lascia racchiudere in una forma, nella soggezione alla regola, eppure mai si dà se non attraverso la forma. Come chiunque abbia pratica esecutiva musicale sa benissimo, la qualità estetica si raggiunge nel momento nel quale la lunga disciplina (la soggezione alle regole, la loro ripetuta e noiosa applicazione) sprigiona una libertà e autocreatività del gesto artistico: impossibile da compiere senza le regole eppure mai contenuto entro di esse. Tutto ciò che è difficile e frutto di studio appare naturale, immediata manifestazione di una creazione autonoma¹⁵.

¹² Per i concetti di «chiusura operativa» e «apertura cognitiva» rinviamo a N. LUHMANN, *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*, in *Cardozo Law Review*, 13, 1992, 1419 ss.; G. TEUBNER, *L'ouvert s'appuie sur le fermé: Offene Fragen zur Offenheit geschlossener Systeme*, in *Sozialforschung*, 31, 1991, 287 ss.; A. SCHÜTZ, *Thinking the Law With and Against Luhmann, Legendre, Agamben*, in *Law & Critique*, 11, 2000, 107 ss.

¹³ F. SCHILLER, *Kallias oder über die Schönheit* [1793], in ID., *Sämtliche Werke*³, Band 5, München, 1962, 414; ID., *Lettere sull'educazione estetica dell'uomo. Callia o della bellezza*, trad. it. di A. Negri, Roma, 2005, 275 s.

¹⁴ Il modello di questa analisi è il mirabile saggio sulla giustizia di G. TEUBNER, *Selbstsubversive Gerechtigkeit. Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 29, 2008, 9 ss., ove si pone lucidamente in rilievo una difficoltà interna alla teoria sistemica di Luhmann. Sul trattamento della distinzione immanenza/trascendenza in quest'ultimo cfr. N. LUHMANN, *Notes on the Project 'Poetry and Social Theory'*, in *Theory, Culture & Society*, 18, 2001, 18: «The immanence/transcendence distinction codes the horizon-bound nature of all meaning. Actual meaning unfolds in horizons, which paradoxically function as a limit, or boundary, as unattainable and impassable (which contradicts the concept of a limit). Whereas the meaning experienced in actuality is constantly changing, the scope for possibilities maintained by horizons is stable but cannot be actualized. That which is actual and thus evident and certain is therefore unstable, whereas the stable can neither be actualized nor can it be certain».

¹⁵ Diversi ragguagli in S. RÖHR, *Freedom and Autonomy in Schiller*, in *Journal of the History of Ideas*, 64, 2003, 119 ss. L'interpretazione più consapevole in L. PAREYSON, *Etica ed estetica in Schiller*, Torino, 1969, 25 ss. Cfr., di recente, C. ROSSI, *Libertà come libertà nel fenomeno. La rivisitazione estetica del concetto kantiano di libertà nei Kallias-Briefe*, in *Schiller lettore di Kant*, a cura di A.L. SIANI-G. TOMASI, Pisa, 2013, 217 ss.

Nell'opera d'arte questo rapporto tra la regola e il suo superamento è acuito dall'essere la regola prodotta internamente all'opera (dall'opera) stessa:

«Non è che conformità allo scopo e alla regola siano incompatibili; ogni prodotto della bellezza deve anzi sottoporsi a regole; ma nel modo che esso annunci la coazione alla *marcata* incidenza di uno scopo e di una regola e assuma presso di sé l'eteronomia per oggetto. Al prodotto della bellezza è lecito essere conforme alla regola, e lo deve persino, ma deve apparire *libero da regole*»¹⁶.

La bellezza è null'altro che l'apparizione, l'evento della libertà; una libertà che non è l'azione libera, ma ciò che accade durante l'esserci stesso dell'azione: libertà nell'evento, autonomia nell'evento¹⁷. Per questa autonomia, intesa come divenire del suo superamento, Schiller riprese anche, ma in modo originale, un neologismo kantiano: «eautonomia», una sorta di auto-autonomia¹⁸. Non basta

¹⁶ SCHILLER, *Kallias oder über die Schönheit* [1793], cit., 400 s.: «Nicht zwar, als ob Zweckmäßigkeit und ^[400/401] Regelmäßigkeit an sich mit der Schönheit unverträglich wären; jedes schöne Produkt muß sich vielmehr Regeln unterwerfen: sondern darum, weil der *bemerkte* Einfluß eines Zwecks und einer Regel sich als Zwang ankündigt und Heteronomie für das Objekt bei sich führt. Das schöne Produkt darf und muß sogar regelmäßig sein, aber es muß *regelfrei erscheinen*» (corsivi originali). Cfr. ID., *Callia*, cit., 260.

¹⁷ SCHILLER, *Kallias*, cit., 399: «nicht Freiheit in der Tat, sondern bloß *Freiheit in der Erscheinung, Autonomie in der Erscheinung*» (corsivi originali) [«non libertà nell'azione, ma soltanto libertà nell'apparire, autonomia nell'apparire»: nel testo abbiamo preferito utilizzare "evento" per evitare le ambiguità di "apparenza" (*Erscheinung*) nel senso deteriore di finzione (*Schein*)]; e poco oltre: «Schönheit also ist nichts anders als Freiheit in der Erscheinung» («la bellezza è null'altro che l'apparire della libertà»). Cfr. ID., *Callia*, cit., 257 s., ove si sceglie di tradurre *Erscheinung* con *fenomeno* (scelta più corretta e vicina alle intenzioni dell'autore, ma che abbiamo tralasciato per mettere meglio in evidenza il potenziale normativo-autotrascendente della sua formulazione). Il punto è approfondito da R. JÖRG, *Schein und Erscheinung: Kant-Revision und Semiotik des Schönen in Schillers Kallias-Briefen*, in G. BOLLENBECK-L. EHRICH (Hg.), *Friedrich Schiller: der unterschätzte Theoretiker*, Köln-Weimar, 2007, 159 ss. Chiarisce A. ARDOVINO, *Il sensibile e il razionale. Schiller e la mediazione estetica*, Palermo, 2001, 16, che la bellezza schilleriana è «ciò che è capace di custodire l'autodeterminazione del soggetto *nel* suo rapportarsi all'oggetto, cioè di rendere intuibile l'originaria autodeterminazione del soggetto stesso: l'estetico è ancora una volta *analogon rationis*, e precisamente "analogico" rispetto alla ragione pratica» (corsivo originale). Sulla teoria schilleriana del bello cfr. D. HENRICH, *Der Begriff der Schönheit in Schillers Ästhetik*, in *Zeitschrift für Philosophische Forschung*, 11 (1957), 527 ss.; J.M. ELLIS, *Schiller's Kalliasbriefe and the Study of his Aesthetic Theory*, The Hague-Paris, 1969; F. HEUER, *Zu Schillers Plan einer transzendentalphilosophischen Analytik des Schönen*, in *Philosophisches Jahrbuch*, 80 (1973), 90 ss.; K. HEUBNER, *Die Kallias-Briefe von Friedrich Schiller – eine Analyse des Kunstschönen. Eine Darstellung der Kunsttheorie Friedrich Schillers mit semiotischen Mitteln*, in *Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik*, 7 (1977), 173 ss.; R. SAVIANE, *Il sentimentale è il sublime. Appunti sull'estetica di Schiller*, in ID., *Goethezeit. Studi di letteratura tedesca classico-romantica*, Napoli, 1987, 129 ss.

¹⁸ SCHILLER, *Kallias*, cit., 415: «Die Form muß im eigentlichsten Sinne zugleich selbstbestimmend und selbstbestimmt sein; nicht bloße Autonomie, sondern Heautonomie muß da sein»;

la formale riconducibilità dell'agire all'applicazione di una regola che ci si è dati da sé, occorre che questa autonomia sia giusta, nel senso di conforme, adeguata all'oggetto che la produce: «il puro accordo dell'intima essenza con la forma»¹⁹.

L'ammirazione per questa risposta è però vincolata alle condizioni di partecipazione dell'osservatore-partecipante all'esperienza estetica. Condotti a cadere bruscamente dalle sublimi altezze della filosofia del bello alla prosaica codificazione normativa del fenomeno, si resta perplessi. Si cerca l'*accadere* dell'autonomia, quel *quid* ineffabile che si manifesterebbe nella creazione privata di regole e giustificerebbe in chi riesca a vederlo un atteggiamento di rispetto, l'immediata legittimazione dell'agire privato, in quanto agire non meramente autonomo (in base alla forma del suo procedimento di creazione normativa), ma «eautonomo» (in base al rapporto sostanziale tra l'oggetto e la creazione)²⁰. Tutto

[«nel senso che le è più proprio la forma deve essere al tempo stesso autodeterminante e autodeterminata; deve essere non mera autonomia, ma eautonomia»]. Il termine risale alla *Prima Introduzione* alla *Critica del giudizio* di Kant ove designa una qualità del giudizio riflettente che non dà la legge alla natura o alla libertà, ma a se stesso. «Die Urteilskraft hat also auch ein Prinzip a priori für die Möglichkeit der Natur, aber nur in subjektiver Rücksicht, in sich, wodurch sie nicht der Natur (als Autonomie) sondern ihr selbst (als Heautonomie) für die Reflexion über jene ein Gesetz vorschreibt»: I. KANT, *Kritik der Urteilskraft, Einleitung* [1799] (K. Vorländer, Hg.), Leipzig, Meiner, 1922, 22. L'eautonomia kantiana è quindi una sorta di «auto-autonomia», un'autonomia che si riflette per intero entro il soggetto legislatore, senza posizione di norme valide all'esterno: A. PRADLER, *Das monadische Kunstwerk: Adornos Monadenkonzeption und ihr ideengeschichtlicher Hintergrund*, Würzburg, 2003, 127; l'analisi più approfondita è J. FLOYD, *Heautonomy: Kant on Reflective Judgement and Systematicity*, in H. PARRET (Hg.), *Kants Ästhetik – Kants Aesthetics – L'esthétique de Kant*, Berlin-New York, 1998, 192 ss. Osserva acutamente L. AMOROSO, *Schiller interprete di Kant*, in A.L. SIANI-G. TOMASI (a cura di), *Schiller lettore di Kant*, cit., 13, che l'eautonomia è «nozione kantiana» utilizzata da Schiller «in un significato non kantiano»: «Se per Kant essa è per così dire “meno” dell'autonomia, perché indica la legislazione solo soggettiva, priva di un “dominio” oggettivo, della capacità di giudizio, per Schiller, al contrario, essa è “più” dell'autonomia, e lo è precisamente come la bellezza (aderente) è più della perfezione, perché implica un peculiare elemento di libertà che all'altra manca». Malgrado il titolo promettente, si concentra su altro B. ROMANO, *Giudizio giuridico e giudizio estetico. Da Kant verso Schiller*, Torino, 2014, 148 ss. Cfr., inoltre, G. PRAUSS, *Kants Theorie der ästhetischen Einstellung*, in *Dialectica*, 35 (1981), 265 ss.; L. SCARAVELLI, *Osservazioni sulla “Critica del Giudizio”* [1955], in ID., *Opere*, II, *Scritti kantiani*, Firenze, 1968, 409; R. VITI CAVALIERE, *Giudizio*, Napoli, 2009, 117; G. CARCHIA, *La legittimazione dell'arte. Studi sull'intelligibile estetico*, Napoli, 1982, 164 s.; K.W. ZEIDLER, *Die Heautonomie der Vernunft* [1994], in ID., *Grundlegungen. Zur Theorie der Vernunft und Letztbegründung*, Wien, 2016, 249 ss.

¹⁹ SCHILLER, *Kallias*, *ibidem*; ID., *Callia*, cit., 276 (abbiamo riportato nel testo questa traduzione).

²⁰ PAREYSON, *Etica ed estetica in Schiller*, cit., 79: «La legge della natura nel suo operare tecnico è l'autonomia ma l'autonomia della natura si esprime nella struttura propria e individuale dell'oggetto, sì che la forma dell'oggetto naturale è nello stesso tempo autodeterminata e autodeterminante, e cioè il carattere della bellezza è, oltre l'autonomia, anche l'eautonomia. Il fondamento oggettivo della bellezza è l'autonomia nella tecnica della natura e l'eautonomia nella strut-

ciò, ridotto a metaregola sull'osservazione/giustificazione dell'applicazione di regole (ovvero: la regola di un immaginario manuale su "come riconoscere la presenza di autonomia in una interazione tra privati"), si traduce nuovamente nel paradosso iniziale di «una regola che dalla cosa è al tempo stesso osservata e data»²¹.

Il punto oscuro non è la contemporaneità di legislazione e applicazione (questo è semplicemente il paradosso costitutivo dell'autonomia), ma il rapporto di adeguatezza alla cosa, ciò che fa dell'autonomia eautonomia²². Porre una norma da se stessi (autolegislazione, autoregolazione: autonomia *secondo il senso comune*), potremmo dire, è condizione necessaria ma non sufficiente dell'eautonomia²³, a conseguire la quale (meglio ad esperire la quale, a porsi in condizione di osservarne l'accadere – perché a nessuno è concesso il suo stabile possesso, come dato formale) occorre una complessa fenomenologia normativa, ancora da chiarire e ammesso che ci sia.

tura dell'oggetto: la natura produce la propria legge nella produzione dei propri oggetti, e l'oggetto naturale si determina da sé nella propria individualissima struttura e costituzione. L'autonomia nella tecnica e l'eautonomia nella struttura sono la stessa spontaneità della produzione naturale». Cfr., inoltre, K. MENGES, *Schönheit als Freiheit in der Erscheinung. Zur Semiotischen Transformation des Autonomiegedankens in den Ästhetischen Schriften Schillers*, in W. WITKOWSKI (Hg.), *Friedrich Schiller. Kunst, Humanität und Politik in der späten Aufklärung*, Tübingen, 1982, 181 ss.

²¹ SCHILLER, *Kallias*, cit., 415: «eine Regel, die von dem Dinge selbst zugleich befolgt und gegeben ist» (corsivo originale). In Schiller, come è stato osservato sia pure non in riferimento a quest'opera, «alla kantiana datità della sensazione si aggiunge qui la genesi non intenzionale dell'autocoscienza: la sua naturale necessità»: F. DESIDERI, *Il velo dell'autocoscienza. Kant, Schiller, Novalis*, in «*Atque*», 16, 1997-1998, 32.

²² Come esemplifica mirabilmente, parlando con semplicità della bellezza di un vestito, PAREYSON, *Etica ed estetica in Schiller*, cit., 81: «Bello, invece, il vestito che ha una sua autonomia, ed è rispettato nella sua libertà, quando è portato non solo per coprire il corpo, ma quando tra esso e il corpo si stabilisce un rapporto di reciproco rispetto, per cui ciascuno di essi non lede la libertà dell'altro». Nell'eautonomia di Schiller si è voluta cogliere la transizione dalla filosofia trascendentale alla metafisica: W. STRUBE, *Schillers Kallias-Briefe, oder über die Objektivität der Schönheit*, in *Literaturwissenschaftliches Jahrbuch der Görres Gesellschaft*, 18, 1977, 115 ss. (123 ss.), una sorta di passaggio «da Kant a Goethe» (130). Il saggio, sovente molto critico, insiste su questo «salto metafisico»: «Anders als z.B. in Kants Kritik der teleologischen Urteilskraft besteht die Heautonomie nicht darin, daß die Urteilskraft sich selbst in Ansehung der organischen Natur ein Gesetz (das Gesetz der Spezifikation der Natur) vorschreibt, sondern darin, daß bestimmte Naturgegenstände sich selbst ein Gesetz geben und es befolgen» (123). Di là da quale sia l'interpretazione preferibile del contenuto oggettivo delle tesi schilleriane, non crediamo che il salto metafisico sia inevitabile: la «entelechia» della libertà può essere ricondotta alla normatività interna riflessiva.

²³ Cfr., comunque riferito al diverso concetto kantiano, H.E. ALLISON, *Kant's Theory of Taste. A Reading of the Critique of Aesthetic Judgement*, Cambridge, 2001, 41: «To claim that judgment is "heautonomous" in its reflection is just to say that it is both *source* and *referent* of its own normativity» (corsivi originali).

La necessità di una lettura normativa – e, come vedremo, ripartita in momenti successivi – non è un tentativo di piatta razionalizzazione²⁴, ma una proposta ricostruttiva meramente giuridica dell'autonomia quale evento, affinché si colga – finalmente nell'intimo momento della sua genesi – «l'emergenza del linguaggio del potere dal linguaggio della conoscenza»²⁵.

Resta il mistero di una norma data nell'atto del suo autotrascendersi, resta il fatto che la norma frutto di autonomia sia conquistata soltanto quando sia scomparsa la coscienza del dovere di rispettarla, sostituita dal gesto performativo del suo oltrepassamento.

Un istante prima che il gioco delle opposizioni, dei vincoli posti dalle teorie, chiuda l'entelechia normativa apparsa in queste posizioni idealistiche, un istante prima che il fallimento dello slancio innovatore inneschi regressioni politiche impressionanti²⁶, bisogna cogliere in tali grandiose manifestazioni il messaggio di un intelletto non disposto a chiudere la contraddizione fuori dalle sue porte²⁷; affinché il mistero (ancora una volta schlegeliano) del caos quale ordine sublime²⁸ non si riduca ad uno sterile fuoco d'artificio accademico o resti pri-

²⁴ La quale contrasterebbe con il senso stesso dell'operazione schilleriana, che organizza tensioni non allo scopo primario di ridurle kantianamente sotto una qualche legalità, ma per portare ad evidenza una complessa organizzazione di impulsi contrastanti: cfr. P. SZONDI, *L'ingenuo è il sentimentale. Dialettica concettuale del saggio schilleriano* [1972], in ID., *Poetica dell'idealismo tedesco*, trad. it. di R. Buzzo Margari, Torino, 1974, 45 ss.

²⁵ P. DE MAN, *Kant and Schiller*, in ID., *Aesthetic Ideology*, Minneapolis-London, 1996, 129 ss. (133). Anche se in un quadro culturale diverso, osserva opportunamente L. CEPPA, *La triplice hegeliana*, in *Belfagor*, 39, 1984, 455, che «ragione e storia vengono a coincidere anche di fatto, mentre il moralismo trascendentale dell'illuminismo – che in Lessing, Kant e Fichte si limitava ad orientare strategicamente il senso d'un progresso possibile – cede ora il posto ad una teleologia mondana della redenzione, a un finalismo escatologico assolutamente immanente».

²⁶ È il percorso ideologico di Friedrich Schlegel, che chiuderà la sua vita perduto in vaneggiamenti regressivi che congiungevano un radicale assolutismo politico e un mitizzato medioevo cristiano. Una valutazione lucida ed equilibrata in G. BAIONI, *Classicismo e rivoluzione. Goethe e la Rivoluzione francese*², Napoli, 1982, 278 ss. Cfr., inoltre, G. MORETTI, *Simbolicità dell'arte. Considerazioni sul pensiero dell'ultimo Schlegel*, in ID., *La segnatura romantica. Filosofia e sentimento da Novalis a Heidegger*, Cernusco, 1992, 77 ss.

²⁷ Sul valore della contraddizione in Friedrich Schlegel cfr. A. LAVAGETTO, *Funzione programmatica e funzione immanente della letteratura moderna: alcune considerazioni sullo Studium-Aufsatz di Friedrich Schlegel*, in *Annali della Facoltà di Lingue e Letterature straniere di Ca' Foscari*, 23, 1984, 75 ss. (77 s.). Più in generale cfr. F. CUNIBERTO, *Friedrich Schlegel e l'assoluto letterario. Modernità ed ermetismo nel primo romanticismo*, Torino, 1991.

²⁸ F. SCHLEGEL, *Rede über die Mythologie* [1800], in BEHLER-ANSTETT-EICHNER (Hg.), *Kritische Friedrich Schlegel Ausgabe*, Erste Abteilung, *Kritische Neuausgabe*, 2, cit., 312: «Aber die höchste Schönheit, ja die höchste Ordnung ist denn doch nur die des Chaos, nämlich eines solchen, welches nur auf die Berührung der Liebe wartet, um sich zu einer harmonischen Welt zu entfalten, eines solchen wie es auch die alte Mythologie und Poesie war». Ricordiamo la bella traduzione in G. BAIONI, *Teoria della società e teoria della letteratura nell'età goethiana*, in F.

gioniero del lessico mistico/metafisico, l'unico del quale disponiamo, pur sentendoci a disagio.

Un mistero che non bisogna contemplare, ma de- e ricostruire lungo la via normativo-riflessiva²⁹.

2. Autonomia e autoregolativo

As a germ, autonomy emerges when explicit and unlimited interrogation explodes on the scene—an interrogation that has bearing not on “facts” but on the social imaginary significations and their possible grounding.

Cornelius CASTORIADIS, *Power, Politics, Autonomy*, in ID., *Philosophy, Politics, Autonomy* (D.A. Curtis, ed.), New York-Oxford, 1991, 163³⁰.

Cosa c'è nell'apparire di una norma già posta (quindi apparire in senso stretto, distinto dall'atto di creazione) che vada oltre la ripetizione? Come si manifesta una norma in un modo diverso dalla luce banale di un atto di applicazione?³¹ E

SCHLEGEL, *Sullo studio della poesia greca*, trad. it. di A. Lavagetto, Napoli, 1988, 36: «La somma bellezza, anzi il supremo ordine è soltanto quello del caos e di un caos siffatto che aspetta solo di essere sfiorato dall'amore per trasformarsi in un mondo di armonia, così come era quello dell'antica mitologia e poesia». Cfr. D. MATHY, *Poesie und Chaos. Zur anarchistischen Komponente der frühromantischen Ästhetik*, Frankfurt am Main, 1984; M. COMETA, *Pensare l'infinito. Palingenesi, religione, rivoluzione e scienza in F. Schlegel*, in *Pensiero religioso e forme letterarie nell'età classicistico-romantica*, a cura di D. MAZZA, Pavia, 1996, 33 ss.

²⁹ Il richiamo è all'adorniano *Chaos in Ordnung zu bringen* e alla discussione in TEUBNER, *Selbstsubversive Gerechtigkeit*, cit., 31.

³⁰ Ed. orig. *Pouvoir, politique, autonomie*, in *Revue de Metaphysique et de Morale*, 93, 1988, 81 ss.

³¹ Forse bisognerebbe aggiungere anche questa domanda: è davvero possibile che una norma sia qualcos'altro di un'invariante ripetibile all'infinito, fino alla sua abrogazione? Rispondiamo in modo affermativo: purché si accetti della norma un'accezione ampia, come di qualsivoglia struttura lessicale (stabile semioticamente, instabile semanticamente) con funzione direttiva (tale il caso dei principi). Naturalmente quest'area è altrimenti definibile come area del giuridico, distinta da quella del normativo (tale il caso dei valori): P. FEMIA, *Segni di valore*, in *civilistica.com*, 3, 2014, 1 ss., 14 ss., in dialogo con P. PERLINGIERI, *I valori e il sistema ordinamentale aperto*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 1 ss. Ciò comunque non muterebbe il discorso svolto nel testo. Dovremmo dire che nel diritto oggettivo (area del giuridico) sono fondati diritti soggettivi a partire non soltanto da norme (regole chiuse in se stesse, ripetibili all'infinito) ma anche da strutture linguistiche direttive (le si chiami come si vuole: principi, valori, clausole generali, agglomerazioni sistematiche di pratiche giudiziali, ecc., il dato innegabile è che la realtà del diritto le conosce e ne fa uso), talune delle quali (quelle manifestazioni di autonomia, che produce principi non meno che regole) dotate della misteriosa capacità di autotrascendimento.

soprattutto: cosa c'è di diverso, quando in tali apparizioni normative si riconosca una norma (già) creata da chi sia chiamato a rispettarla?

Il destinatario di una norma può, con uno sforzo riflessivo, osservare se stesso agire in quanto suo destinatario³², il legislatore no. L'essere destinatario di una norma è uno stato che dipende dalla vigenza della norma; l'essere legislatore è un'azione che si consuma tutta intera nell'atto della posizione della norma³³.

La coincidenza di creatore e destinatario della norma non provoca, in astratto, sconvolgimenti categoriali. I due momenti, legislativo e applicativo, restano pur sempre distinti, almeno sul piano logico. L'elemento caratterizzante – vale a dire il fatto che la coincidenza tra legislatore ed esecutore non sia occasionale, ma necessaria³⁴ – incide unicamente nella intensità delle operazioni riflessive. Il parlamento o una multinazionale hanno a disposizione i medesimi procedimenti epistemici: misurare la convenienza delle leggi o clausole contrattuali adottate,

³² Almeno nel limite che distingue il riconoscimento dell'essere obbligati da una norma, da una parte, e l'accettazione della norma dal punto di vista del consenso, dall'altra: A. CATANIA, *L'accettazione nel pensiero di Hart*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1971, 261 ss.; S.J. SHAPIRO, *What is the Internal Point of View?*, in *Fordham Law Review*, 75, 2006, 1157 ss.

³³ Tutto ciò è solo apparentemente in contrasto con la nomodinamica kelseniana: potrebbe sembrare che, essendo ogni atto esecuzione di una norma superiore e creazione di una inferiore, anche in tal caso il legislatore sia destinatario di una norma; pertanto, rispetto alla norma superiore, il legislatore potrebbe sviluppare la medesima attitudine (punto di vista interno e atto riflessivo di autosservazione durante la legislazione). Il modello nomodinamico è, per definizione, indifferente ai contenuti: il fatto che il comando della norma superiore alla inferiore possa essere obbedito in più modi (tanti quante sono le interpretazioni della norma superiore e della inferiore) è insignificante dal punto di vista della dottrina pura. Ciò non toglie che il passaggio dalla norma superiore a quella inferiore implichi una scelta: M.G. LOSANO, *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1968, 528 s.; con qualche divergenza v. anche F. VIOLA, *H. Kelsen e l'interpretazione delle norme*, in F. VIOLA-V. VILLA-M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974, 74 ss.

L'atto normativo seleziona una categoria di azioni distaccandola da un insieme più ampio di azioni astrattamente possibili – la creazione normativa è inseparabile dalla scelta. Se non vi fosse nulla da scegliere, non vi sarebbe nulla da decidere né da comandare. Entro quell'ambito, vi è, per chi decide, libertà di scelta; ed entro quell'ambito, l'unico propriamente legislativo, è impossibile osservarsi nell'atto della decisione.

Tale tipo di scelta – attraverso l'interpretazione della norma – si presenta anche negli atti di applicazione, che, in quanto decisioni (vale a dire scelte, complesse strategie retorico-pragmatiche per portare ad effetto la propria scelta), sono norme e non consentono l'assunzione dell'atteggiamento riflessivo durante la posizione dell'atto normativo. Questa realtà non deve essere esasperata (come accade a taluni teorici che con troppa enfasi vedono confusione dappertutto); essa esiste, ma esiste anche il suo contrario, ovvero norme che vincolano in modo pragmaticamente inequivocabile e rispetto alle quali non vi è altra scelta che obbedire o trasgredire.

³⁴ Occorre che il soggetto legislatore sia destinatario diretto di un diritto o di un obbligo fondato nella norma che egli ha prodotto; non basterebbe invece il dato, tipico di ogni autorità, del dovere di occuparsi dell'applicazione delle proprie norme. Il potere del datore di lavoro di adottare unilateralmente un regolamento disciplinare per i dipendenti è atto di volontà, ma non è un atto di autonomia. È atto di legislazione privata: *infra*, § 4.

acquisire i dati sulle condotte dei soggetti coinvolti, adoperare le conoscenze conseguite per migliorare riflessivamente i successivi atti di legislazione (riforme) e di applicazione (aggiustamenti nell'attività amministrativa o ispettiva).

È impossibile trovare un criterio distintivo dell'autonomia, diverso dalla coincidenza necessaria; quest'ultima tuttavia provoca variazioni quantitative, non qualitative, dei meccanismi di circolazione delle informazioni (l'episteme normativa) interne ai processi normativi. Ciò non deve sorprendere: è una conferma che l'autonomia è fonte del diritto, è attività creativa di norme e ne condivide le qualità. Talune operazioni del processo normativo autonomo sono più intense delle medesime in atto durante il processo normativo legislativo, nulla di più.

A questo punto sembrerebbe di doversi concludere che *autonomia* sia soltanto un sinonimo enfatico e forse anche lezioso per *autoregolazione* o *autoregolazione*³⁵. Prima di far questo, e asserire che l'eautonomia, l'evento della norma che porta oltre se stessa, sia soltanto la confusa visione di un poeta tedesco³⁶, proviamo ad interrogarci sulle conseguenze della condensazione temporale ed epistemica di una molteplicità di flussi informativi che attraversino sempre il medesimo centro di organizzazione psichica e/o discorsiva³⁷.

³⁵ Sulla nozione classica di autonomia quale «*autoregolazione guidata da principi generali*»: A. FERRARA, *Autenticità riflessiva*, Milano, 1999, 20 (corsivo originale).

³⁶ O della nostra arbitraria confusa reinterpretazione delle sue idee ... Del resto, sarà per la sua costitutiva ambivalenza riflessiva (dentro/fuori), il termine è stato adoperato in modo originale nell'estetica del Novecento da Gilles Deleuze per indicare una compresenza (autonoma/eteronoma) di elementi estetici in un'opera. Cfr. G. DELEUZE, *Cinéma 2. L'image-temps*, Paris, 1985, 327, nt. 49 (ove si avverte: «C'est Kant qui crée la distinction "autonomie-héautonomie" dans un autre context»). Cfr. ID., *La filosofia critica di Kant* [1963], trad. it. di M. Cavazza e A. Moscati, Napoli, 1997, 84. Un'applicazione di eautonomia in questo senso in M. LOMMEL, *Heautonomie im Episodenfilm*, in T. BECKER (Hg.), *Ästhetische Erfahrung der Intermedialität. Zum Transfer künstlerischer Avantgarden und ,illegitimer' Kunst im Zeitalter von Massenkommunikation und Internet*, Bielefeld, 2011, 97 ss., ove eautonomia è «Kopräsenz von Autonomie und wechselseitiger Einwirkung (Konvergenz)». Per restare alle *Kallias-Briefe*, crediamo almeno che la lettura normativa possa essere un'alternativa a quella metaforica, cui è dedicato un ampio e attento capitolo del volume di R. JÖRG, *Vor der Klassik. Die Ästhetik Schillers zwischen Karlsschule und Kant-Rezeption*, Berlin, 2011, 261 ss.

³⁷ Non adoperiamo la semplice parola "soggetto" né, in sua vece, il più sofisticato "sistema psichico". "Soggetto" è un dato o troppo astratto o troppo poco graduabile (al massimo differenziabile in distinte categorie). In quanto astratto, non dice nulla dei processi cognitivi attivati dall'autonomia. Se iperdifferenziato a prezzo di una ridefinizione radicale, è soltanto un nome vecchio per problemi nuovi. Infine, sostiene o potrebbe sostenere l'idea, inadeguata alla complessità sociale, che tutto accada nella coscienza di un individuo. "Sistema psichico" eviterebbe quest'ultimo problema, creandone tuttavia un altro: l'immagine di una sostanziale equivalenza tra discorsi e uomini, entrambi sistemi (discorsivi e psichici). Preferiamo pensare la psiche come una forza reattiva attraversata da discorsi e attraversante gli stessi; un'energia certo condizionata ma condizionante, non collocabile sul medesimo piano degli altri sistemi. Non c'è alcuna avversione verso la soggettività (per la ricostruzione della quale rinviamo al meditato saggio di A. GORASSINI,

Se nulla di qualitativamente diverso accade – volta per volta – quando si sottoscrive un contratto o si voti una legge in parlamento, l'intenso confluire delle sequenze informative rafforza, in chi faccia costante esercizio di autolegislazione, un processo emergente di riconoscimento. La riflessione sulle proprie esperienze normative addensa nel corso del tempo un nucleo identitario, un groviglio sempre più differenziato, che nelle operazioni riflessive riconosce se stesso non soltanto come oggetto della riflessione ma anche come entità persistente, come insieme capace di durare più a lungo delle proprie norme. Questa esperienza di riconoscimento è davvero singolare: l'autoconsapevolezza della propria persistenza rispetto alle norme è prodotta nel contesto normativo, durante il confronto con le norme (fatte e da fare).

Essere dentro e fuori la norma, *riconoscersi* come ragionatori di norme e proprio perciò ragionatori che portano le norme oltre se stesse³⁸: bisogna però cogliere la prospettiva giusta, per comprendere l'atteggiamento schilleriano³⁹.

Abbiamo così delineato il *primo stadio riflessivo* del nostro processo ideale dell'autonomia. Prima di andare oltre, occorre una breve digressione sul senso nel quale abbiamo parlato di riconoscimento. Dall'indagine sul suo senso scaturisce il secondo moto riflessivo.

Il riconoscimento è stato ampiamente studiato nei suoi effetti circa il modo di concepire la soggettività⁴⁰. Seguiamo qui una prospettiva diversa: non la co-

Il soggetto come Logos del diritto, in *Panorami*, 1995, 43 ss.), ma soltanto la convinzione che il livello sistemico non sia fondato dalla soggettività, costituendone al contrario la matrice.

³⁸ Non si tratta dell'ingenua ed estetizzante posa superomistica di chi si afferma al di sopra, al di là (o da qualsiasi altra mistica parte gli piaccia collocarsi) di regole, valori, contesti normativi, in nome di qualche belluina purezza (e stupida pretesa) cui egli saprebbe attingere. Il nucleo identitario (chiamiamolo pure, per questa volta, il soggetto) non opera contro la norma, non la disconosce, non la viola, non cerca di frodarla: si convince soltanto che, norma dopo norma, egli consolida un'esperienza di libertà che vive tutta entro queste sequenze normative (che ne sono la struttura), ma nelle quali la conseguita libertà non si esaurisce. Vedremo subito nel testo che il dato importante non è quel che le norme fanno al soggetto (riconoscersi libero), ma quello che il soggetto fa alle norme (portarle oltre se stesso). Sul nesso tra autoriflessione e socialità nella fondazione normativa: R. BRANDOM, *Freedom and Constraint by Norms*, in *American Philosophical Quarterly*, 16, 1979, 192 ss.; ID., *Action, Norms, and Practical Reasoning*, in *Noûs*, 32, 1998, 127 ss.

³⁹ La duplicazione riflessiva è quindi la premessa per l'oggettivazione discorsiva in funzione di autotrascendimento normativo. Si tratta, crediamo, del fondamento generale della coincidenza paradossale che, in più punti, colgono numerosi studiosi dell'autonomia. Abbiamo in mente, soprattutto, la formula che coglie nella buona fede un'«eteronomia non autoritaria», individuandone «la grandezza e il dramma» proprio nella sua «precisa ambiguità», «a mezza strada tra autonomia ed eteronomia»: C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 21 ss. (29); F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 286.

⁴⁰ «Il nesso che sussiste tra l'esperienza del riconoscimento e il rapporto con sé risulta dalla struttura intersoggettiva dell'identità personale: gli individui si costituiscono come persone solo apprendendo a rapportarsi a se stessi dalla prospettiva di un altro che li approva e li incoraggia come esseri positivamente caratterizzati da determinate qualità e capacità»: A. HONNETH, *Lotta*

struzione della libertà individuale entro la dimensione normativa, ma il funzionamento liberatorio delle norme entro il sistema giuridico. Non norme per il soggetto, ma soggetti per le norme⁴¹. Immaginiamo la reazione di rifiuto, già ci si vede negli orribili panni di funzionari del sistema normativo, al massimo di agenti segreti della emancipazione normativa. Basta poco, però, per superare questa erronea reazione dettata dall'istinto. L'autonomia in senso radicalmente oggettivo non è altro che la costruzione del suo concetto entro il sistema giuridico: all'interno della complessa rete discorsiva del diritto l'autonomia si inserisce quale matrice di discorsi di normazione autoriale (non autoritativa) e ciò avviene proprio all'intersezione di menti e discorsi, di agenti e azioni, risultato della loro mediazione e retroazione riflessiva⁴². Per questa ragione non è sufficiente – ripetiamo, sempre e soltanto dal punto di vista sistemico, in filosofia potrebbe essere diverso – una concezione meramente intersoggettiva, orientata a tentare il superamento dei limiti delle concezioni ipertrofiche del soggetto sovrano (e della sua sovrana autonomia, come legislatore su se stesso secondo massime universali) seguendo una via relazionale. L'intersoggettività – soprattutto nella ricostruzione che pone in primo piano il dato della vulnerabilità⁴³ – è senz'altro la

per il riconoscimento. *Proposte per un'etica del conflitto* [1992], trad. it. di C. Sandrelli, Milano, 2002, 202. Sulle radici hegeliane della teoria del riconoscimento: A. WILDT, *Autonomie und Anerkennung. Hegels Moralitätskritik im Lichte seiner Fichte-Rezeption*, Stuttgart, 1982; R.B. PIPPIN, *What is the Question for which Hegel's Theory of Recognition is the Answer?*, in *European Journal of Philosophy*, 8, 2000, 155 ss. Non manca il tentativo di costruire una filosofia schilleriana del riconoscimento, alternativa al paradigma hegeliano, che valorizza una «logica delle differenze»: E. ACOSTA, *Schiller's Concept of Recognition*, in A. KOK-J. VAN HOUTD (ed.), *Reconsidering the Origins of Recognition: New Perspectives on German Idealism*, Newcastle, 2014, 111 ss.

⁴¹ La radicale messa in discussione dell'unità del soggetto ad opera della filosofia e scienza moderne ha indotto profondi mutamenti teorici nel concetto di soggettività. Una versione culturalmente provveduta ed affascinante, elaborata dalla teoria critica, propone una riformulazione del concetto di autonomia che tenga conto dell'impossibilità di concepire una soggettività piena e sovrana di sé. L'autonomia, in tale contesto, diviene un concetto cruciale, riformulata quale «autonomia decentrata»: A. HONNETH, *Dezentrierte Autonomie. Moralphilosophische Konsequenzen aus der modernen Subjektkritik*, in Ch. MENKE-M. SEEL (Hg.), *Zur Verteidigung der Vernunft gegen ihre Liebhaber und Verächter. Albrecht Wellmer zum 60. Geburtstag gewidmet*, Frankfurt am Main, 1993, 149 ss.

⁴² Questo aspetto è ovviamente ben messo in rilievo da tutte le teorie che situano il soggetto nella comunità: cfr., sia pure da punti di vista in parte diversi, C. TAYLOR, *The Dialogical Self*, in D.R. HILEY-J.F. BOHMANN-R. SHUSTERMAN (eds.), *The Interpretive Turn. Philosophy, Science, Culture*, Ithaca (N.Y.), 1991, 304 ss.; J. HABERMAS, *Individuazione tramite socializzazione. Sulla teoria della soggettività di Georg Herbert Mead*, in ID., *Il pensiero postmetafisico*, trad. it. di M. Calloni, Roma-Bari, 2006, 186 ss. Cfr. L. CORCHIA, *La teoria della socializzazione di Jürgen Habermas. Un'applicazione ontogenetica delle scienze ricostruttive*, Pisa, 2012.

⁴³ J. ANDERSON-A. HONNETH, *Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice*, in J. CHRISTMAN-J. ANDERSON (Hg.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism. New Essays*, New York, 2005, 127 ss.; R. FORST, *Political Liberty. Integrating Five Conception of Autonomy*, *ivi*, 226 ss., il

radice della personalità, ma la relazione è inerte rispetto alla dura consistenza di un universo di interrelazioni non concepibili se non come reti di discorsi (non di soggetti) – entità derivate da lunghissime durate, nelle quali si sono riversati innumerevoli fatti di relazione e riflessione intersoggettiva⁴⁴. La realtà deve essere aggredita al suo livello di complessità (che pur sempre è umana, prodotta dall'uomo, ma ormai trascesa nella disumanità sistemico-discorsiva) e chi ami l'umanità deve costruire (e decostruire) processi oggettivi, dei quali la poetica (o poiesi) intersoggettiva è soltanto lo stadio molecolare.

Che mediante l'autolegislazione il soggetto si riconosca libero e tale riconoscimento sia sempre mutuo, intersoggettivo, non è quindi l'elemento decisivo dal punto di vista del sistema giuridico⁴⁵. È faticoso assumere questo punto di vista, tutti vorremmo sapere che la riflessione ci rende migliori, liberi e consapevoli, persone belle perché autonome. Ma così, per quanto filosofi, siamo soltanto dei consumatori del mondo. Della bellezza golosamente (e vanamente) accumulata diveniamo ben presto servi⁴⁶: chiusi nell'orgoglio dell'immaginaria con-

quale distingue cinque tipi di autonomia: morale, etica, giuridica, politica, sociale. L'idea di fondo è che l'agente autonomo sia sempre responsabile delle proprie azioni, in quanto per ciascuna delle sue scelte deve essere in grado di indicare una ragione giustificativa. Con particolare riguardo all'autonomia giuridica, Forst si impegna a mantenere ferma la distinzione con quella etica, e attribuisce all'autonomia giuridica il fine di vivere una vita degna di essere vissuta. Il punto che lascia perplessi è invece la distinzione tra autonomia giuridica, quale responsabilità davanti alla legge («before the law»), e autonomia politica, intesa invece come responsabilità per il diritto («for the law»). Cfr., inoltre, ID., *Moralische Autonomie und Autonomie der Moral. Zu einer Theorie der Normativität nach Kant*, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 52, 2004, 179 ss. In tal modo il momento generativo-creativo è, come al solito, riservato al politico, relegando il giuridico all'infinita ripetizione dell'identico. Se certo è difficile immaginare ogni cittadino impegnato quale funzionario per l'autotrascendenza del diritto, è necessario che all'ideologia *razzoide* del sempre così si sostituisca quella *ragionevole* del movimento normativo, poiché anche il diritto è costellato di momenti politici (non essendo la politica un sistema). Cfr. P. FEMIA, *Against the 'Pestilential Gods'. Teubner on Human Rights*, in *Rechtsphilosophie & Rechtstheorie*, 40, 2011, 260 ss., 265 ss.

⁴⁴ Non crediamo che l'approccio sistemico all'autonomia si possa interamente risolvere nella cooriginarietà di autonomia pubblica e privata, introdotta da J. HABERMAS, *Fatti e norme* [1992], trad. it. di L. Ceppa, Milano, 1996, 484 ss. Cfr. L. CEPPA, *Jürgen Habermas. Dalla 'Diskursethik' alla filosofia del diritto*, in *Paradigmi*, 13, 1995, 41 ss., 52 s.; A. MACERATINI, *Discorso e norma: profilo filosofico-giuridico di Jürgen Habermas*, Torino, 2010, 328 s.; F. CATTANEO, *L'idea di repubblica da Kant a Habermas*, Torino, 2013, 93.

⁴⁵ Diverso l'approccio di teoria della giustizia: G. PEREIRA, *Elements of a Critical Theory of Justice*, 2013, 61 ss.; D. WILHELM, *Decentred Autonomy and Authenticity in Honneth*, in *Hegel Bulletin*, 35, 2014, 292 ss.

⁴⁶ Ricostruisce con estrema precisione la funzione ideologica originaria dell'autonomia nel sistema capitalistico L. NIVARRA, *Autonomia (Bio)giuridica e diritti della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 719 ss.: «Dal punto di vista politico, la cooptazione dell'autonomia privata all'interno della nuova, disincarnatissima figura del soggetto di diritto, è strumentale all'affermazione di base del protocapitalismo, cioè a dire l'eguaglianza di fronte alla legge, a sua volta corredo imprescindibile di un'economia imperniata sullo scambio delle merci come forma da tutti, appunto, astrattamente

seguita perfezione, convinti di essere signori di processi che invece ci attraversano e dominano, siamo incapaci di cogliere i movimenti collettivi generatori di servitù e dominio. Affinché la nostra vita migliori e sia davvero consapevole, dobbiamo guardare a quanto accade nei sistemi produttivi di discorsi, i luoghi ove si formano e agiscono le nostre menti.

Rispetto al sistema giuridico esse lavorano per migliorarlo, poiché non hanno altro modo reale di migliorarsi. È questo il cammino intrapreso in tutte le teorie del diritto, che provano a modificare il diritto dall'interno, cambiando il nostro modo di concepirlo, rendendoci strumenti del suo divenire. Non ottusi funzionari dell'ufficio riforme del diritto, quindi; ma semplicemente agenti immersi nell'impegno civile⁴⁷.

Concluso l'approfondimento, torniamo al processo dell'autonomia. È adesso possibile descriverne sinteticamente il *secondo stadio riflessivo (metariflessione e retroazione)*.

Negli atti di autolegislazione l'inversione di prospettiva appena delineata raggiunge elevati livelli di complessità. Sottoscrivendo un contratto crediamo istintivamente soltanto di fare il nostro interesse, nelle condizioni più o meno favorevoli consentite dal contesto, economico, giuridico, religioso o morale. Ma qui chiamiamo istinto, istintivo interesse, null'altro che una complessa storia di apprendimento sociale. L'agente risente della *riflessione* che prima lo ha identificato quale agente, poi lo ha condotto fuori di sé affinché si attivino nelle norme processi di autotrascendimento (*metariflessione*: liberazione dall'ottusità epistemica del formalismo) e infine sente tornare su di sé (*retroazione*) gli effetti dell'emancipazione del discorso giuridico così attivata. Ecco il percorso che sinteticamente denomineremo *retroazione della metariflessione*.

Ripetiamo. In questa storia abbiamo prima raccolto riflessivamente il dato di una *permanenza* entro il continuo praticare contratti, poi con un secondo moto riflessivo abbiamo spostato l'attenzione da noi, quali agenti rafforzati o indeboliti dall'aver fatto o subito buone o cattive norme, alle norme stesse, quali punti di condensazione pratica di immense reti discorsive (i blocchi galleggianti visibili nello sconfinato arcipelago della pratica sociale). Abbiamo così compreso che

atingibile di socializzazione (...) All'appropriazione e mercificazione dei *commons* fanno seguito, per un verso, la generalizzazione dello scambio come modalità normale di circolazione della ricchezza e, per altro verso, la formalizzazione, generalizzazione ed astrazione dell'autonomia privata in quanto motore occulto, ancorché potentissimo, della dinamica giuridica» (720 s.).

⁴⁷ Sulla dimensione sociale dell'autonomia, oltre ai saggi citati in precedenza: J. NEDELSKY, *Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts, and Possibilities*, in *Yale Journal of Law and Feminism*, 1, 1989, 7 ss.; C. MACKENZIE-N. STOLJAR, *Autonomy Refigured*, in EID. (eds.), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, New York, 2000, 3 ss.; J. ANDERSON, *Autonomy and the Authority of Personal Commitments: From Internal Coherence to Social Normativity*, in *Philosophical Explorations*, 6, 2003, 90 ss.

tra le condizioni di miglioramento del nostro ambiente rientra anche l'attivazione di comunicazioni che trascendono noi stessi in quanto attori, poiché gli attori sono azioni nei sistemi⁴⁸. Nella temporanea impossibilità di divenire dio, ci convinciamo che è meglio agire come uomini nel mondo; che per star meglio non tutto dipende dalla nostra o altrui forza nella prossima contrattazione; che in un mondo nel quale i deboli soccombono, soccombono comunque tutti, perché tutti prima o poi sono deboli in qualcosa o per qualcuno. E che in una dimensione collettiva le azioni individuali devono incidere sui processi discorsivi, su quelle reti di parole che formano decisioni, istituzioni e coscienze.

L'*impegno metariflessivo* (riflettere sulle norme – riflettere, nel senso di riportare la riflessione *sulle* norme *nelle* norme) è davvero complesso, ma è *ciò che determina la transizione da autolegislazione ad autonomia*⁴⁹. Scoprire che la pratica contrattuale è agita dalla nostra opera, osservare la diffusione dei contratti e riconoscere la propria influenza (sia essa totale, egemone, occasionale, limitata, infinitesimale) non soltanto nel piccolo cerchio del contratto appena concluso ma anche e soprattutto nel *linguaggio contrattuale* è la finale riflessione del riconoscimento. In questo momento metariflessivo l'agente riconosce l'azione su se stesso del linguaggio contrattuale. Ha attivato le norme che lo riguardano con un lungo percorso: partito dal basso, confluito verso l'alto, tornato su se stesso in basso. In queste condizioni, l'agente si riconosce, finalmente, autore normativo.

L'*autonomia* è – possiamo adesso avanzare una definizione – *il complesso procedimento riflessivo che porta l'agente del linguaggio autolegislativo a riconoscersi come autore normativo*. In quanto autore normativo egli si lega ai fatti manifestativi della norma (creazione e applicazione) in modo del tutto peculiare: metariflessione (dal basso all'alto) e retroazione della metariflessione (dall'alto al basso)⁵⁰.

In questo senso, l'autonomia come processo di emergenza dell'autore norma-

⁴⁸ Per evitare lacerazioni di vesti entro il sinedrio umanistico: *attori* dei sistemi, non *agiti* dai sistemi. Non intendiamo sostenere il determinismo radicale dell'azione umana, che non potrebbe far altro che eseguire le volontà di organizzazioni sovrumane. Ma l'azione umana è sovraindividuale, richiede il salto intersoggettivo oltre se stessi. E questo salto – se non vuole essere la bella predicazione di un generico, dolcissimo e falso “io e te” – avviene nell'impegno comunicativo entro i discorsi sistemici. Avviene agendo per mutare le pratiche discorsive dominanti. Avviene non illudendoci di crescere sempre più consumando il mondo in noi stessi, ma portando noi stessi nel mondo.

⁴⁹ In un quadro filosofico kantiano illustra i rapporti tra ragione e riflessività C. KORSGAARD, *The Authority of Reflection*, in O. O'NEILL (ed.), *The Sources of Normativity*, Cambridge, 1996, 103 s.: «The reflective structure of human consciousness requires that you identify yourself with some law or principle which will govern your choices. It requires you to be a law to yourself. And that is the source of normativity».

⁵⁰ Non è questa la sede, ma bisognerebbe almeno confrontarsi con la teoria estetica di Adorno e la nozione di autonomia dell'opera d'arte radicata nel momento della sua produzione: M.W. SKEES, *Kant, Adorno and the Work of Art*, in *Philosophy & Social Criticism*, 37, 2011, 915 ss.

tivo compie sul piano nomogenetico il senso schilleriano dell'eautonomia⁵¹. L'eautonomia, quale processo normativo interamente riflessivo, rappresenta il volto giuridico dell'autonomia, il suo ripiegarsi verso l'agente legislatore al termine di un lungo cammino riflessivo che lo ha condotto oltre se stesso, non più nel mondo meramente intersoggettivo (ciò che si scorge alla prima riflessione), ma più nel profondo: nella rete transoggettiva dei discorsi, delle matrici delle nostre menti (ciò che si scorge appena alla seconda riflessione).

Non ci illudiamo certo di aver "interpretato" la tesi di Schiller⁵²; temiamo anzi che ci ricuserebbe tra i suoi avvocati difensori davanti al tribunale del sistema giuridico (temiamo anche però che, difendendosi da solo e in modo sublime, non riuscirebbe a spuntarla). Invitiamo tuttavia a considerare con attenzione la strategia riflessiva adesso, non senza fatica, delineata. L'istintiva adesione al giudizio estetico e alla forma dell'autonomia che in esso si delinea (è bello ciò che segue norme, quando dà l'impressione di crearle nel momento esatto nel quale le segue) è intraducibile nel sistema normativo se si resta sul piano statico; *essa è comprensibile unicamente su quello dinamico e in una sua particolare dimensione, quella della emergenza dell'autore entro il sistema normativo*. Autore è quindi non semplicemente legislatore; rispetto a quest'ultimo ha compiuto un ulteriore percorso riflessivo⁵³.

⁵¹ L'emergenza dell'autonomia è stata descritta ovviamente come un processo ideale, ma postuliamo che tale processo corrisponda analogicamente ad un reale processo di pensiero, che è possibile riprodurre in ciascuna esperienza individuale. Cfr. PAREYSON, *Etica ed estetica in Schiller*, cit., 86: «Schiller conferisce un carattere reale a quei principi che per Kant erano soltanto critici».

⁵² È comunque, per concludere sul punto, interessante accostare riflessività e retroazione, da una parte, e l'acuta interpretazione dell'eautonomia (kantiana, però), dall'altra, quale strumento adoperato per evitare il problema del ricorso all'infinito nella fondazione normativa: FLOYD, *Heautonomy: Kant on Reflective Judgement and Systematicity*, cit., 205 s.: «But the content of the principle of reflective judgment (...) is not separable from the reflexivity – or, more bluntly, circularity – Kant imputes to our critical view of the activity of reflective judgment. For only heautonomy avoids the mechanical regress of objective rules for the subsumptions of particulars under rules by replacing the very demand for an a priori standard with a self-reflexive, circular, or self-applicable process of reflection upon a judgment itself». Cfr., anche, ALLISON, *Kant's Theory of Taste*, cit., 40 s.

Nella penetrante analisi di György Lukács tutta l'opera di Schiller è percorsa dalla contraddizione tra le premesse kantiane e l'oggettività del fenomeno, sì che «a Schiller non rimane altro che formulare mediante paradossi mistici la insolubilità del problema che si è proposto»: G. LUKÁCS, *Sull'estetica di Schiller*, in ID., *Contributi alla storia dell'estetica*, trad. it. di E. Picco, Milano, 1957, 100. Ancora una volta, i «paradossi mistici» possono rivolgersi contro se stessi in autotrascendenza.

⁵³ Gli svolgimenti successivi assumono che l'autonomia privata, in quanto creazione normativa autoriale, sia fonte del diritto. Le discussioni – e forse ancora l'opinione dominante – manifestano sovente un'opinione contraria. Si tratta per lo più di una posizione giustificata in nome di un equilibrio tradizionale del rapporto tra potere privato e legislazione da ripensare a fondo, a partire

Siamo pronti a sfidare l'ironia. Sappiamo bene che più d'uno – posto che si sia preso il disturbo di seguirci fin qui – penserà che abbiamo cercato di fare della poesia giuridica e abbiamo in verità accumulato soltanto parole confuse.

Può darsi. Noi pensiamo che questo percorso abbia mostrato quanto siano complesse, difficili e decostruibili le condizioni di emersione dell'autonomia. Prendere questo concetto sul serio significa assecondarne le elevatissime pretese epistemico-normative. Altrimenti, ricadendo nella banalità di chi la invoca semplicemente per legittimare i risultati sociali della propria forza economica, ne faremmo un uso parassitario: riempirsene la bocca al solo scopo di sostenere l'egoismo di massa.

Autonomia è pertanto un fenomeno, non un dato. Un fenomeno assai meno frequente di quello che si dice, poiché viene usualmente adoperato per indicare anche soltanto atti di autolegislazione, atti nei quali non vi è autorialità né riconoscimento di un'azione sul linguaggio contrattuale del sistema giuridico, ma semplice creazione privata di norme, imposizione, violenza, sfruttamento.

Nel distinguere come si possa, in nome di una parola nobile, costruire ignobili pratiche di potere, tenteremo adesso di analizzare le conseguenze delle premesse appena poste.

3. *Autonomia e rivendicazione. L'illiceità dell'invalidazione. Normatività e relazione*

L'autonomie est bien l'apanage du sujet de droit; mais c'est la vulnérabilité qui fait que l'autonomie reste une condition de possibilité que la pratique judiciaire transforme en tâche.

Paul RICOEUR, *Autonomie et vulnérabilité* [1995], in ID., *Le Juste 2*, Paris, 2001, 90⁵⁴.

dalle sue radici storiche. A questo percorso abbiamo dedicato l'indagine più ampia della quale abbiamo fatto cenno in apertura, cui rinviamo (*retro*, nota 3). Sulla questione, pagine meditate in N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 166 ss.; E. ROPPO, *Il contratto, e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 2001, 32, 529 ss.; M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale*, Torino, 2011, 281 ss., del quale deve essere segnalata la fine operazione intellettuale, che contribuisce non poco all'inversione di tendenza da noi auspicata. La tesi dell'autonomia come fonte è fermamente attestata in P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, II, Napoli, 2006, 289 ss.

⁵⁴ «L'autonomia è senz'altro appannaggio del soggetto di diritto; ma la vulnerabilità fa sì che l'autonomia resti una condizione di possibilità, che la pratica giudiziaria trasforma in compito»: P. RICOEUR, *Autonomia e vulnerabilità*, in ID., *Il giusto 2*, trad. di D. Iannotta, Cantalupa (Torino), 2007, 94. Cfr. C. SAUTEREAU, *Subjectivité et vulnérabilité chez Ricœur et Levinas*, in *Études Ricœuriennes/Ricœur Studies*, 4, 2013, 8 ss.; C. PELLUCHON, *L'autonomie brisée. Bioéthique et philosophie*, Paris, 2009, 22.

Il tiranno produce norme da solo, ma non è autonomo: non perché vincola tutti fuorché se stesso⁵⁵, ma perché distrugge lo spazio normativo della coesione sociale che ha occupato. Il tiranno non è autonomo, perché è un monopolista del diritto. Egli non è autonomo, ma autocrate; non *nomos* (norma) ma *kratos* (forza bruta)⁵⁶.

L'autonomia, intesa come fenomeno del sistema giuridico⁵⁷, non è quindi un concetto originario – una virtù innata del soggetto o una conseguenza logica del suo essere persona – ma un concetto evolutivo. Un individuo che agisca senza incontrare limiti non è libero, è soltanto un ente in movimento⁵⁸. E se incontra limiti e li sopprime, ancora una volta non è libero, ma soltanto un ente con una

⁵⁵ Basterebbe pensare alla questione delle situazioni meramente potestative: F. CAROCCIA, *Sulla legittimità delle situazioni condizionali potestative (a proposito di un dibattito nella dottrina francese)*, in *Contr. impr. Eur.*, 2014, 218 ss. Una buona domanda sarebbe interrogarsi su quanto sia tirannico, piuttosto che autonomo, lo *ius variandi*. In argomento cfr. P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 22 ss.; L. NIVARRA, *Jus variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 463 ss.; E. CAPOBIANCO, *Contratto di mutuo bancario e ius variandi*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, I, Napoli, 2005, 289 ss.; P. SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. Decreto legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, I, 269 ss.; M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000; A. SCARPELLO, *La modifica unilaterale del contratto*, Padova, 2010; S. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *Pers. merc.*, 2011, 289 ss.

⁵⁶ Sul rapporto *nomos-kratos*: L. DE FULVIA, *Nomos e Kratos: scene (e aporie) di un connubio antico*, in *Teoria politica, Annali*, 5, 2015, 37 ss.; J.P. VERNANT, *Le origini del pensiero greco* [1962], trad. it. di F. Codino, Milano, 2011, 8; G. VLASTOS, *Solonian Justice*, in *Classical Philology*, 41, 1946, 65 ss.

⁵⁷ Del resto è questo il dato comune che il concetto sembra manifestare nel settore del diritto pubblico, ove si discorre di autonomia di un ente rispetto ad un altro. Cfr. G. TREVES, *Autarchia, autogoverno, autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 291; G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, in *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova, 1950, 185 ss. Ciò conduce, sulla scia del (discutibile) pluralismo di Santi Romano, alla connessione di autonomia e ordinamento: cfr. M.S. GIANNINI, *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 852 ss. In tal modo la dimensione originaria del conflitto tra poteri normativi è oscurata a vantaggio di una sistemazione nella quale si cerca prevalentemente di descrivere lo stato di una pace possibile tra legislatori (più o meno gerarchizzati), lasciando in ombra il processo dialettico attivato dalla rivendicazione del potere normativo quale originaria e non derivata libertà. Su autonomia e azione amministrativa rinviamo ad A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli «accordi» tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, 23 ss.

⁵⁸ Altra – e più sofisticata – analisi delle differenze tra autonomia e libertà sociale in F.E. OPPENHEIM, *Dimensioni della libertà* [1961], trad. it. di A. Pasquinelli e R. Rossini, Milano, 1964, 122 s. Nella filosofia di indirizzo analitico il movimento è una caratteristica dell'autonomia. Cfr. C.M. KORSGAARD, *Self-Constitution. Agency, Identity, and Integrity*, Oxford, 2009, 83: «An agent is *autonomous* when her movements are in some clear sense self-determined or her own» (corsivo originale). Altro carattere dell'agente, accanto all'autonomia, è l'efficacia: «an agent is *efficacious* when she succeeds in bringing about whatever state of affairs she intended to bring about through her action» (82).

forza maggiore di un altro. Affinché si possa parlare di *autolegislazione* occorre che l'ente in movimento sviluppi autocoscienza e capacità linguistica tale da elaborare un discorso di legittimazione del proprio agire che abbia quale nucleo l'illiceità del divieto che altri pongano alla propria azione. Per transitare, infine, dall'autolegislazione all'*autonomia* occorre il doppio processo riflessivo prima indicato (metariflessione e retroazione sull'agente dell'azione esercitata sulle norme attivate verso l'autotrascendimento).

Palese il nesso tra emersione evolutiva della libertà dall'autoriflessione e transizione dal comportamento alla relazione. La libertà è forma normativa dell'agire – l'autonomia la forma concettuale della libertà quando agisce per (ri)costruire lo spazio delle proprie relazioni⁵⁹.

Da questo impianto *teorico* cogliamo il carattere distintivo *pratico* dell'autonomia: *la rivendicazione della propria competenza normativa entro uno spazio già coperto da regole*. L'autonomia, potremmo dire, è la rivolta contro l'eteronomia preesistente⁶⁰. *Autonoma è la creazione normativa d'autore che rivendica l'illiceità dell'altrui invalidazione delle norme da sé create*. «Tu non mi cancellerai»⁶¹, dice l'autore alla foresta normativa nella quale si fa spazio⁶². Rivendicare una competenza normativa non avrebbe alcun senso se il soggetto fosse privo di ostacoli, se l'insieme dei poteri che hanno tra le mani il suo destino individuale semplicemente tollerasse le sue azioni⁶³. L'ingresso nella normatività avviene quando l'agente non si accontenta di essere risparmiato dal potere come nuda

⁵⁹ Sottolinea particolarmente tale profilo Ch. SEIDEL, *Personale Autonomie als praktische Autorität*, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 59, 2011, 897 ss., 908: autonomia come interazione tra mondo interno ed esterno, come porsi in relazione con il mondo («Sich-in-Beziehung-zur-Welt-Setzen»). Come specie dell'autonomia è indicata l'autodeterminazione («autonomia circa sé») nel dibattito bioetico: C. CASTRONOVO, *Autodeterminazione e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 1037 ss.; in argomento F.D. BUSNELLI, *Nascere per contratto?*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 43 ss.

⁶⁰ L'autonomia di un soggetto è una ragione per non interferire nelle sue azioni: SEIDEL, *Autonomie*, cit., 900.

⁶¹ Evidente il calco dal «Tu non mi ucciderai», come prima parola del volto, come ordine, in E. LEVINAS, *Etica e infinito. Dialoghi con Philippe Nemo*, Troina, 2008, 92; ID., *Totalità e Infinito. Saggio sull'esteriorità*, Milano, 2004, 48 s.

⁶² Più correttamente, allora: «Voi non ci cancellerete», dicono le norme autonome create dai loro autori alle norme non autonome che costituiscono il preesistente spazio normativo (meglio dire "spazio" che "ordinamento", parola terribilmente compromessa dall'ideologia dell'armonia compiuta).

⁶³ Questa ragione spiega perché l'autonomia non sia un fenomeno originario nella normogenesi, ma derivato. In uno spazio vuoto di norme non c'è autonomia, ma soltanto potere (o violenza, o legislazione tirannica). Perché si concepisca una creazione soggettiva autonoma, lo spazio normativo deve essere già pieno: pieno di legislatori sovrani che istituiscano i *sudditi*; pieno di testi e tradizioni che di tali sudditi costituiscano lo *status di cittadini*; pieno di riflessioni sugli effetti della regolazione, che dei cittadini facciano *soggetti*, liberi e legislatori.

vita⁶⁴, ma pretende di aver diritto al rispetto delle proprie scelte, che in quel momento, rivestite del discorso normativo, si fanno libertà oggettiva. E, intervenendo tale rivendicazione a fronte di un mondo nel quale dappertutto sono sparsi i segni del potere altrui, la foresta di norme prodotte dalla tradizione dei sovrani e conservate in vita (vigenti) dal potere permanente del sovrano (meglio: dei sovrani) in carica, tale libertà non può che essere una rivendicazione comprensibile unicamente se tradotta nel lessico del rapporto tra fonti. La fonte eteronoma deve riconoscere quella autonoma⁶⁵.

Nel linguaggio delle fonti del diritto l'autonomia è pertanto la categoria giuridica che indica l'introduzione di una norma secondaria⁶⁶ – applicabile a tutti⁶⁷

⁶⁴ G. AGAMBEN, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995, 74 ss.

⁶⁵ Deve riconoscere, non semplicemente riconosce: la concessione dall'alto dei diritti, il percorso discendente dal sovrano al suddito è la rappresentazione distorta dell'autonomia (che, come le costituzioni, è concetto evolutivo), vista dalla prospettiva del sovrano. Ma il senso normativo del discorso, entro il quale si compie l'evoluzione da movimento a libertà e da libertà ad autonomia, è del tutto opposto, poiché parte dal basso: il suddito (cioè l'oggetto del diritto di qualcun altro) rivendica la propria competenza normativa e per tale ragione il sovrano con il suo atto di riconoscimento non si muove sul piano del fatto, non sceglie, ma esegue la norma altrui, quella posta dal suddito, e la forma di questa norma è: è vietato per un altro potere invalidare le norme emesse dal centro di potere autonomo. In tal senso si potrebbe ripetere per l'autonomia quanto è stato detto per le costituzioni: la sua funzione non consiste nell'affermazione di specifiche connessioni di valore (che sono presenti dentro e fuori l'autonomia), ma per collegare diversi universi di discorso (o, se si preferisce, diversi sistemi) e far reagire il risultato di tale connessione entro il sistema giuridico, come sua variazione: N. LUHMANN, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, in *Rechtshistorisches Journal*, 9, 1990, 176 ss., 213. Ciò aiuta a comprendere la compresenza di regimi regolativi privati e pubblici nel costituzionalismo globale: A. FISCHER-LESCANO, *Die Emergenz der Globalverfassung*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 63, 2003, 717 ss.

⁶⁶ Secondaria in senso hartiano: H.L.A. HART, *The Concept of Law*², Oxford, 1994, 81 ss.; nella dottrina italiana: G. PINO, *Norme primarie, norme secondarie, norma di riconoscimento*, in T. MAZZARESE, *Teoria del diritto e filosofia analitica. Studi in ricordo di Giacomo Gavazzi*, Torino, 2012, 183 ss.; G. GAVAZZI, *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, 1967, 46 ss.; nonché, in un contesto profondamente rinnovato, G. TEUBNER, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin, 2012, 81 s., 162 s.; ID., *Das Projekt der Verfassungssoziologie. Irritationen des nationalstaatlichen Konstitutionalismus*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 32, 2011, 189 ss.; ancor più di recente cfr. K. MÖLLER *Formwandel der Verfassung. Die postdemokratische Verfasstheit des Transnationalen*, Bielefeld, 2015, 11 ss. Se la norma istitutiva dell'autonomia, oltre che secondaria, sia anche costituzionale nel senso delineato da Gunther Teubner, è questione che preferiamo tralasciare, perché richiederebbe una riflessione più approfondita. Qui basta osservare che saremmo per la soluzione positiva: l'autonomia non soltanto è norma sulla produzione di norme (in quanto vieta l'invalidazione reciproca tra centri di potere), ma anche norma che produce un accoppiamento strutturale con il sistema politico (o, come noi preferiremmo dire: con la presenza del momento politico proprio di ogni atto creativo che prenda la forma del mutamento delle regole).

⁶⁷ Più precisamente: a quei soggetti che prima dell'introduzione della norma secondaria erano sudditi (oggetti delle norme) e sovrani (soggetti delle norme) e che dopo la sua introduzione sono

(kantianamente si potrebbe dire: universale) – che vieta l’invalidazione delle norme altrui *per la sola ragione* della loro provenienza aliena (aliena nel senso di non riconducibile a chi vorrebbe invalidarla). Una norma può essere invalida (e quindi le vien negata la vigenza, viene comandato di non osservarla) per migliaia di ragioni (in primo luogo perché contrasta con norme imperative e principi costituzionali)⁶⁸, ma non esclusivamente perché proviene da un soggetto diverso dal sovrano. Autonomia è il contrario di sovranità⁶⁹.

È così finalmente compiuto il nostro percorso di definizione dell’autonomia. *Sua funzione è la coesione sociale*⁷⁰. Ciò deriva direttamente dalla definizione normativa appena illustrata: la coimplicazione, il sorgere reciproco della rivendicazione di potere normativo e del riconoscimento che in ogni punto delle re-

liberi ed eguali. La norma secondaria di istituzione dell’autonomia è quindi applicabile a tutti, perché costitutiva di tale “tutti”: costitutiva di una comunità di eguali, riuniti come eguali dalla parità di autonomia.

⁶⁸ Non ci sembra il caso di discutere cosa significhi propriamente “contrasto” dell’autonomia con norme imperative e principi costituzionali. Basti soltanto avvertire che, a ben guardare, la questione è assai più complessa di quanto sembri. “Contrasto” è vissuto come se la legge possedesse un insieme predeterminato di contenuti (o di procedure) con i quali occorrerebbe confrontare i contenuti (o le procedure) previsti dalla regola privata, al fine di giudicarne la validità. Ma questo modello autoritario è la mera riproduzione micrologica della gerarchia statale burocratica tra suddito e sovrano o tra ufficiali dotati di diversa posizione gerarchica in un tutto organico. Ciò è inconciliabile con il senso infrasistemico dell’autonomia prima delineato, con il suo essere forza di produzione discorsiva. La legge non ha nulla da insegnare all’autonomia, poiché essa è, come l’autonomia, parte di un sistema. Legge e autonomia imparano insieme a liberare i discorsi l’uno dall’egemonia dell’altro. La norma imperativa non deve domandarsi: «ha questo contratto attuato i miei valori?»; deve domandarsi, invece: «in qual modo la mia applicazione favorisce la libera creazione di significati sociali differenziati e indipendenti?». È molto più difficile rispondere alla seconda domanda che alla prima. Per questo fingiamo che la domanda sia la prima; ma così non facciamo altro che sognare una caserma che non esiste più.

⁶⁹ Il punto non deve ingannare. Si pensa talvolta all’autonomia quale manifestazione di sovranità. Questo è vero, soltanto se con ciò si voglia descrivere il movimento emancipativo di rivendicazione di una competenza normativa soggettiva. È proprio perché chi si fa autonomo, si fa sovrano; ma la sovranità, intesa come centro unificante e assoggettante, come criterio di creazione della distanza infinita tra sovrano e cittadino, è negata in radice dall’autonomia (perché persino nella democrazia totale, ove la sovranità è diffusa, sarà sempre possibile distinguere tra atti sovrani e atti di obbedienza, tra momenti nei quali si legifera e momenti nei quali si obbedisce, con tutte le conseguenze: burocrazie, polizie, funzionari del bene collettivo, abusi, corruzione strutturale, ecc.): cfr. P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I, Tübingen, 1876, 107 s. Non abbiamo così dipinto una sacra rappresentazione, nella quale l’autonomia sopprime la sovranità: i due principi (tu obbedirai soltanto a me, non avrai altra autorità all’infuori di me, da una parte; io obbedirò soltanto a me, dall’altra), per quanto inconciliabili, coesistono in opposizione reale e dal loro conflitto scaturiscono i movimenti sociali. Cfr. Ch. MOUFFE, *Il conflitto democratico* [2013], trad. it. di D. Tarizzo, Milano, 2015, 127 ss.

⁷⁰ Il merito di aver condotto l’attenzione dei civilisti verso questo fondamentale valore europeo è di G. VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, in *Pers. merc.*, 2012, 3 ss.

lazioni discorsive del sistema giuridico possa evolvere – mediante condensazione riflessiva e successiva retroazione – un autore, un centro autonomo di creazione di linguaggi normativi capaci di autotrascendenza (colui che si levasse dicendo “solo io posso fare il diritto” sarebbe soltanto un nuovo aspirante tiranno). L’autonomia non può, per definizione, essere accentrata. È potere eminentemente diffuso. È pertanto il principio della coesione sociale.

Le polemiche e le resistenze – soprattutto del passato – circa il riconoscimento costituzionale dell’autonomia privata⁷¹, la sua piena conformazione secondo il «principio della massima attuazione della Costituzione»⁷², la configurazione quale strumento per la realizzazione della personalità, per la costruzione dell’ambito vitale non patrimoniale dell’individuo⁷³, possono dirsi oggi ampiamente superate⁷⁴. Eppure, se un punto d’appoggio poteva trovarsi per quelle resi-

⁷¹ Cfr., per la soluzione positiva, PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 327 ss. Nella dottrina tedesca, per la questione della riconducibilità dell’autonomia privata all’art. 2 del *Grundgesetz*, cfr. H. HUBER, *Die Verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit*, Berlin, 1966, 6 ss. Singolare il tentativo “controrivoluzionario” di liberazione del diritto privato dal peso costituzionale: M. RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Tübingen, 2001, 53 ss. Particolarmente significativa la posizione assunta da Hans Carl Nipperdey, oggetto di forti contrasti, sulla quale T. HOLLSTEIN, *Die Verfassung als “Allgemeiner Teil”. Privatrechtsmethode und Privatrechtskonzeption bei Hans Carl Nipperdey (1895-1968)*, Tübingen, 2007, 176 ss.

⁷² S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1949-1950, I, 189 ss.; P. PERLINGIERI, *Salvatore Pugliatti e il “principio della massima attuazione della Costituzione”*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 800 ss.

⁷³ Per questa linea cfr. P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell’autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 508 ss.

⁷⁴ Altra, troppo discussa, questione è la *Drittwirkung*. Non mancano voci contrarie, cui si deve comunque riconoscere la legittima preoccupazione per le pseudoargomentazioni che talvolta si consumano in nome della “costituzionalizzazione”: così, pur nella divergenza di opinioni, è animata da serie preoccupazioni legalitarie l’analisi di G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Nuova giust. civ.*, 2015, 247 ss., cui si può replicare soltanto rivedendo completamente la questione dell’applicazione diretta in un diverso concetto del sistema giuridico; molto utile, anche per l’equilibrata ed elegante sintesi, C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell’autonomia privata*, in *Annuario del contratto*, 2010, 17 ss. Una critica recisa in C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 48; radice di queste posizioni in L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 1 ss. Un quadro ragionato in G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti teorie, metodi*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano, 2014, 299 ss.

A nostro avviso, gran parte delle dispute sulla *Drittwirkung* sono alimentate dall’eccesso polemico di distinzione che caratterizza tutte le battaglie teoriche. Ai critici dell’applicazione diretta – perché non sarebbe leale provare a collocarsi al di sopra del dibattito senza prima schierarsi – si fa osservare che la tesi del combinato disposto è logicamente insostenibile, poiché pretende di condizionare la validità di una norma superiore (di rango costituzionale) alla coerenza con una norma inferiore (di rango primario, quali sono quelle civilistiche formulate con buona fede, buon costume, ordine pubblico): FEMIA, *Against the ‘Pestilential Gods’*, cit., 272. Appli-

stenze (che certo in genere null'altro rappresentavano se non inerzia categoriale), esso risiedeva proprio nel solipsismo di una concezione iperindividualista, scioccamente identitaria, anarcoide, dello "sviluppo della personalità", espressione nella quale si racchiude tanto l'afflato alla liberazione responsabile quanto l'irresponsabile, narcisistico individualismo distruttivo degno del peggior causidico⁷⁵. Soltanto una concezione dell'autonomia quale strumento di coesione, di diffusione dell'eguaglianza, mette al riparo dal pericolo di strumentalizzazioni furbette, di razionalizzazioni distruttive, di tardive romanticherie supereroiste in nome di un qualche dio personale. Dalla passione postresistenziale all'edonismo liberista il percorso non è stato breve. Di tutto questo sono maturi i tempi per fare storia, non più polemica⁷⁶.

cazione indiretta significa irrilevanza normativa della Costituzione in sé, a meno di non impegnarsi in una completa ridefinizione del concetto di fonte, della quale v'è comunque necessità nella teoria giuridica. L'applicazione, se è applicazione di norme, non può che essere diretta: P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 95 ss.

Ma tutto questo è meno importante di quanto si creda, poiché la dialettica assiologica è costitutivamente improntata all'effettività (i valori sono prescrizioni di effettività, prima che di effetti) e, da tale punto di vista, applicazione diretta o indiretta non conducono a risultati così diversi (*l'effettività travolge le significazioni tradizionali di applicazione*). Assai maggiore della tecnica è invece l'incidenza dell'ideologia dell'interprete (cfr. la brillante ricostruzione di una pagina significativa della storia del diritto civile italiano: O. CLARIZIA, *Inserzione automatica di clausole: la proposta di abrogazione dell'art. 1339 c.c. tra tensioni ideologiche e dominio delle categorie*, in *Domenico Rubino*, I, a cura di P. PERLINGIERI-S. POLIDORI, Napoli, 2009, 771 ss.). L'effettività della normazione per principi richiede, allora, di concentrare l'attenzione non sulla struttura (comunque valutabile anch'essa secondo effettività: la struttura non è in grado di resistere al valore giuridico, a meno di non voler apertamente proclamare linee di resistenza anti-costituzionale o di eversione costituzionale), ma sulla funzione. E la funzione costituzionale (che la Costituzione promuove, ma non esaurisce, nel costituzionalismo globale) si confronta a viso aperto con l'egemonia discorsiva che devasta il sistema giuridico, quando ragioni non giuridiche (economiche, prima di tutte) pretendono di potersi affermare per via giuridica senza alcun confronto. Il valore costituzionale opera, quindi, quale fattore di dissoluzione di strutture: rispetto alla funzione, la tecnica (diretta o indiretta) è sostanzialmente indifferente.

Come opportunamente avverte E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 643 ss., «in particolare, il metodo assiologico impone al civilista (...) l'attitudine a plasmare categorie e modelli elaborati per i rapporti verticali sui rapporti orizzontali, coordinando tale metodo con un irrinunciabile approccio di tipo sistematico» (683). Cfr. P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, *ivi*, 2010, I, 317 ss., che ha sempre coerentemente sostenuto questa linea argomentativa; un quadro compiuto in M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 840 ss.

⁷⁵ Atteggiamento che ha condotto ad ignorare la natura «essenzialmente bilaterale» dell'autonomia, per mutuare una bella espressione di SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali*, cit., 26. In senso analogo, avverte che «autonomia non evoca il potere di una parte sull'altra, ma quello di ambedue» CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, cit., 39.

⁷⁶ Basti pensare allo slancio entusiasta di taluni scritti immediatamente successivi al prima citato lavoro di Salvatore Pugliatti (*retro*, nt. 72). Si legge che «l'art. 36 della Costituzione attribuisce al lavoratore un vero e proprio diritto soggettivo alla retribuzione sufficiente», facente

4. Dittatura nella lingua del consenso. Autonomia e autocrazia

Society, by proclaiming freedom of contract, guarantees that it will not interfere with the exercise of power by contract. Freedom of contract enables enterprisers to legislate by contract and, what is even more important, to legislate in a substantially authoritarian manner without using the appearance of authoritarian forms⁷⁷.

Friedrich KESSLER, *Contracts of Adhesion—Some Thoughts About Freedom of Contract*, in *Columbia Law Review*, 43 (1943), 640.

È toccato a Friedrich Kessler⁷⁸ dettare le parole più chiare, nell'esperienza dell'esilio.

Cogliere il *significato* (creazione normativa autoriale in forza di norma secondaria che comanda l'illiceità dell'invalidazione della norma altrui) e la *funzione*

parte dei «*diritti della personalità*», sì che «una pattuizione che determini la retribuzione in misura inferiore a quel minimo garantito dalla costituzione (...) non può che essere assolutamente nulla» e per di più con conservazione del contratto, in quanto all'«incompletezza del contenuto contrattuale» rimedia l'«atto di volontà del giudice che sostituisce la volontà delle parti e colma la lacuna del contenuto contrattuale»: R. NICOLÒ, *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, II, 5 s., corsivo originale. Non vi era alcuna remora a riconoscere in un articolo costituzionale una norma di «valore imperativo»: «il patto che fissi la retribuzione in modo contrario all'art. 36 della Cost. è nullo a norma dell'art. 1418, co. 1, c.c.»: U. NATOLI, *Ancora sull'art. 36 della Costituzione e sulla sua pratica applicazione*, *ivi*, 1952, II, 12.

⁷⁷ Cfr. B.H. BIX, *Boilerplate, Freedom of Contract, and 'Democratic Degradation'*, in *Tulsa Law Review*, 49, 2013, 501 ss. Si ricordi anche quanto affermava Hans Carl Nipperdey già nel 1928: «Il principio della libertà contrattuale sarebbe frainteso se lo si supponesse rimosso dallo sviluppo monopolistico e dell'attività di determinazione dei prezzi ad opera dei cartelli. Libertà contrattuale significa – sotto riserva di legge – soltanto *libertà dallo jus cogens statale nella determinazione del contenuto dei rapporti giuridici*. Libertà contrattuale non significa diritto del singolo di raggiungere le condizioni contrattuali a lui più favorevoli. *Che la libertà contrattuale conduca all'imposizione al più debole delle condizioni del più forte, si comprende da sé*. Pertanto la libertà contrattuale è null'altro che il riconoscimento di una legge economica di natura» [«Das Prinzip der Vertragsfreiheit aber wird nur mißverstanden, wenn man meint, sie sei durch die monopolistische Entwicklung und die Preisfestsetzungen der Kartelle aufgehoben. Vertragsfreiheit bedeutet – mit dem Vorbehalt des Gesetzes – nur *Freiheit in der inhaltlichen Gestaltung der Rechtsbeziehungen vom staatlichen Jus cogens*. Vertragsfreiheit bedeutet kein Recht des einzelnen, die ihm günstigen Vertragsbedingungen unter alle Umständen zu erreichen. *Daß Vertragsfreiheit dazu führt, daß der Stärkere dem Schwächeren seine Bedingungen aufzwingt, versteht sich von selbst*. Insofern ist Vertragsfreiheit nichts anderes als die Anerkennung eines wirtschaftlichen Naturgesetzes»: H.C. NIPPERDEY, *Empfiehl sich eine Änderung und Vereinheitlichung der deutschen und österreichischen Kartellgesetzgebung?*, 1928, in ID.-H. ISAY, *Die Reform des Kartellrechts*, 1929, 745 (ripreso da HOLLSTEIN, *Die Verfassung als "Allgemeiner Teil"*, cit., 250)].

⁷⁸ Sulla sua figura rinviamo a Ch. JOERGES, *Demos vs. Ethnos in Private Law: Friedrich Kessler and His German Heritage*, in *The Yale Law Journal*, 104, 1995, 2137 ss.

(coesione sociale) dell'autonomia consente di valutare la distanza tra la prassi e la norma, tra i contesti nei quali l'autonomia è invocata quale fonte di legittimazione e il contenuto della norma secondaria che ne comanda l'applicazione.

Soprattutto – dopo aver subito così a lungo la rimozione della propria qualità di criterio costituzionale del rapporto tra fonti, dopo essere stata così a lungo degradata a mera fattispecie di effetti giuridici prodotti da norme statali – l'autonomia privata ha operato come dispositivo ideologico di rafforzamento della legittimazione della libertà contrattuale. Per quanto appaia singolare, la degradazione dell'autonomia privata da fonte a fattispecie ha favorito l'isolamento del potere privato dai discorsi politici entro il diritto. Il muro eretto a proteggere lo Stato dal privato, cui veniva negata la qualità di regolatore sociale, era in realtà lo spazio felice concesso dallo Stato ai forti, affinché fossero liberi di sfruttare al meglio le risorse fisiche e intellettive⁷⁹ dei lavoratori in un ambito parasovrano, denominato libertà contrattuale. Un dispositivo per indebolire ogni pretesa al controllo dell'occupazione privata dello spazio pubblico. Non c'è bisogno di essere giovani *outsider*, accesi sostenitori del socialismo giuridico di primo Novecento, né sociologi borghesi radicali⁸⁰ per accedere a queste critiche⁸¹.

L'adesione è la forma divisionale privata⁸², equivalente al plebiscito nella

⁷⁹ Sulla materializzazione delle risorse intellettive, come soglia avanzata dell'appropriazione capitalista, cfr. P. VIRNO, *Grammatica della moltitudine. Per una analisi delle forme di vita contemporanee*, Soveria Mannelli, 2001, 40 ss.

⁸⁰ P. ELLERO, *La tirannide borghese*², Bologna, 1879, 307: «Quando la borghesia francese raccolse o intese raccogliere nel suo codice civile, che servì poi di modello al nostro e a parecchi altri, lo sparso diritto privato, tranne che alquanto della famiglia, si può dire che non si curò d'altro, che della proprietà. Appunto perché, secondo la borghese giurisprudenza, ch'è poco più d'una giurisprudenza economica, il diritto privato è poco più del diritto di proprietà. E così de' 2147 articoli in cui è diviso il nostro *Codice civile*, appena 405 promettono di trattare delle persone. Ma, eccetto che della condizione di esse, sopra tutto pe' rapporti di parentela e sopra tutto per ragioni di materiale interesse, d'altri rapporti e ragioni non si curano. I 1742 rimanenti in vece non versano direttamente o indirettamente, che sulla proprietà: e di quante cautele la cingono, e con quanto zelo! (...) E, poiché stavagli tanto a cuore lo istituto economico, guardate mo, se ha protetto in simile maniera i lavoratori: o seppur venegli in mente, vi potesse essere un diritto del lavoro, come vi è un diritto del capitale! Si avrebbe sperato, che qualcosa ne dicesse a proposito del contratto di locazione d'opere: non dubitate se la spacciò assai corta, e anzi non se ne curò punto, tutelando anche quivi piuttosto le cose, che le opere (1627-1646). Hanno inoltre i mercadanti un codice proprio, ed altro i naviganti: quanto agli operai, la borghesia tolse loro sin quello, che aveano negli antichi statuti delle corporazioni d'arte. Ond'ella, non solamente pose la proprietà al vertice dello stato e del diritto, e le sacrificò ogni altro tesoro: ma nel campo stesso di essa i ricchi assicura e i poveri abbandona».

⁸¹ Che discendono da A. MENGER, *Die bürgerliche Recht und die besitzlose Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs einer Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Tübingen, 1890, 143 ss.

⁸² Sul concetto di strategia divisionale rinviamo a P. FEMIA, *Desire for Text: Bridling the Divisional Strategy of Contract*, in *Law & Contemporary Problems*, 76, 2013, 151 ss.

dimensione del diritto pubblico: in entrambi i casi si assiste alla perversione della funzione legittimante del consenso⁸³, ottenuta con manipolazione di massa, diffusione della paura (del nemico esterno in politica, della povertà – il fantasma doloroso dell'esclusione sociale mediante privazione delle possibilità di accesso ai beni – nel diritto privato), semplificazione aggressiva delle questioni in alternative immutabili prestabilite dall'altro, marginalizzazione del dissenso mediante discredito gettato su ogni progetto di ricerca⁸⁴ non ordinato a quella che Robert Musil avrebbe definito (non a caso ai primi del Novecento) la mentalità non *razionale*, ma *razioide*, intenta soltanto a confermare l'esistente⁸⁵.

La diffusione di modelli di regolazione transnazionale ha accelerato la concentrazione del potere privato. In nome della libertà contrattuale vengono quotidianamente siglati milioni e milioni di contratti la cui forma giuridica è pensata in un ristretto numero di centri di produzione testuale⁸⁶ che offrono i loro servizi a grandi multinazionali. Esse investono nella redazione del testo contrattuale con il medesimo atteggiamento (anche se forse non nella stessa misura) riservato alla produzione, distribuzione, comunicazione pubblicitaria, all'azione di *lobbying* presso le agenzie governative (Stati e organizzazioni internazionali legi-

⁸³ Cfr. N. URBINATI, *Democracy Disfigured. Opinion, Truth, and the People*, Cambridge (Mass.)-London, 2014, 171 ss.

⁸⁴ Aspetto non secondario della strategia di marginalizzazione è il sostegno economico del quale godono le ricerche particolarmente gradite all'assetto di potere dominante. Paradigmatica la diffusione dell'analisi economica del diritto, raccontata brillantemente da S. TELES, *The Rise of Conservative Legal Movement, The Battle for Control of the Law*, Princeton-Oxford, 2008, 22 ss.

⁸⁵ R. MUSIL, *Skizze der Erkenntnis des Dichters* [1918], in ID., *Tagebücher, Aphorismen, Essays und Reden* (A. Frisé, Hg.), Hamburg, 1955, 781 ss., il quale definisce l'atteggiamento razioide come una patologia della ragione, orientata alla infinita ripetizione secondo regolarità date, una «monotonia di fattispecie»: «Diese ratioide Gebiet umfaßt – roh umgrenzt – alles wissenschaftlich Systematisierbare, in Gesetze und Regeln Zusammenfaßbare, vor allem also die physische Natur; die moralische aber nur in wenigen Ausnahmefällen des Gelingens. Es ist gekennzeichnet durch eine gewisse Monotonie der Tatsachen, durch das Vorwiegen der Wiederholung, durch eine relative Unabhängigkeit der Tatsachen voneinander, so daß sie sich auch in schon früher ausgebildeten Gruppen von Gesetzen, Regeln und Begriffen gewöhnlich einfügen, in welcher Reihenfolge immer sie entdeckt worden seien» (782). Cfr. A.G. GARGANI, *Razionale e razioide*, in ID., *Stili di analisi*, Milano, 1980, 65 ss.

⁸⁶ Y. DEZALAY-B.G. GARTH, *Corporate Law Firms, NGOs, and Issues of Legitimacy for a Global Legal Order*, in *Fordham Law Review*, 80, 2012, 2309 ss.; J. FLOOD, *Lawyers as Sanctifiers: The Role of Elite Law Firms in International Business Transactions*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14, 2007, 35 ss.; G.P. MILLER-T. EISENBERG, *The Market For Contracts*, in *Cardozo Law Review*, 30, 2009, 2073 ss. Il potere contrattuale moltiplica i propri effetti di potere mediante l'organizzazione in reti: il punto è perfettamente colto da C. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività di impresa*, Napoli, 2008, 105 ss.; il modello di questa analisi è, naturalmente, G. TEUBNER, *Netzwerk als Vertragsverbund*, Baden-Baden, 2004.

slatrici) e alle spese per le controversie legali. Ben si è detto che il contratto deve essere considerato non come il veicolo esterno di una transazione commerciale, ma come parte integrante di essa⁸⁷ e ciò per la elementare ragione che il costo della produzione del testo contrattuale e quello per la sua implementazione nei processi nei quali sia coinvolto sono null'altro che una frazione del costo complessivo di produzione sostenuto dall'impresa.

Non vi è dubbio che questi fenomeni – che certo non sfuggono all'attenzione della dottrina italiana⁸⁸ – abbiano in comune con l'autonomia fin qui delineata il dato della creazione normativa. Sono, infatti, atti di autolegislazione. Divergono però radicalmente per quanto riguarda la parità, la coimplicazione di identità e relazione nel sistema normativo. *In essi non si manifesta un autore* – un agente che si appella alla ricezione dei suoi prodotti verso un pubblico di pari, reputati capaci di capirlo, di interagire e divenire autori a loro volta – *ma una soggettività tirannica*, un centro di imputazione (non autonomo, come erroneamente si dice, ma) autocratico, disposto a relazionarsi con il mondo unicamente con il canale comunicativo della forza di estorcere consenso.

Vero è che in astratto il grande produttore privato di norme – nella forma di modelli contrattuali – non avanza una pretesa normativa esclusiva come avrebbe fatto il più volgare dei tirannelli autocrati, ma ciò dipende dalle mutate condizioni della legittimazione politica nell'era della costituzionalizzazione del potere⁸⁹. La grande impresa non enuncia una norma di esclusiva sovrana (“non avrai altre norme all'infuori di me – ovvero: solo con me farai contratti”), per la elementare ragione che ciò contrasterebbe con il principio fondamentale della legittimità politica delle relazioni e degli scambi (senza le quali l'impresa cesserebbe di essere tale): quel principio ipocritamente definito in economia “sovranità del consumatore”⁹⁰ e che giuridicamente si traduce nella necessità di costruire una manifestazione di consenso intorno alla relazione di

⁸⁷ A.A. LEFF, *Contract as a Thing*, in *American University Law Review*, 19, 1970, 131 ss.

⁸⁸ G. DE NOVA, *Il contratto alieno*², Torino, 2010; E. ROPPO, *Il contatto del duemila*³, Torino, 2011; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 246 ss. Molto significativo, ai nostri fini, C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 46 ss.

⁸⁹ Sull'attuale «fase postcostituzionale, e dunque costituente» cfr. L. NIVARRA, *Non illudiamoci, la Costituzione è dietro le spalle*, in *Il Manifesto*, 10 gennaio 2013 (anche in <http://www.uni-nomade.org/la-costituzione-e-dietro-le-spalle/> consultato il 28 aprile 2016), articolo a nostro avviso ingiustamente criticato, perché non compreso. Il suo senso è che la costituzionalizzazione dell'ordinamento non deve essere banalizzata (e tradita) risolvendosi in un aggressivo monoteismo che sostituisca al feticismo legalista un feticismo costituzionale altrettanto ossessivamente malato della fissazione su di un unico testo di verità. La costituzionalizzazione non è una blasfema teologia del testo, ma un processo storico, che oggi muove verso il costituzionalismo sociale globale.

⁹⁰ Cfr. F. PIZZOLATO, *Autorità e consumo. Diritti dei consumatori e regolazione del risparmio*, Milano, 2009, 19 ss.

vita (denominata “fattispecie”) – per il modo nel quale entro tale fattispecie tale relazione chiede di trovare forma e sostegno politico⁹¹ – affinché giuridicamente vi sia contratto⁹².

Il giudizio sulla qualità della produzione normativa cambia, se guardiamo alla tirannia contemporanea, diffusa, assai meno visibile dell’antica, attiva a livello molecolare in ciascuna operazione di scambio. Il tiranno non è più un uomo solo, circondato da guardie, ma non è sempre una grande multinazionale e neanche un consiglio segreto di grandi amministratori delegati. Il tiranno è il discorso. Il tiranno è una matrice anonima che produce, invisibile, la servitù ad ogni atto di consenso⁹³. Non c’è un esercito di sorveglianti, poiché ciascuno è divenuto sentinella di se stesso, in un ambiente nel quale le interazioni sembrano seguire processi ineluttabili, continue evocazioni di “non c’è alternativa” che ci convincono ad aderire a proposte aliene: così si costruiscono le regole di interazione tra cittadini (contratti), con una divisione del lavoro sociale che risponde ad un disegno globale di razionalizzazione complessiva dell’agire umano, ottenuta mediante la divisione in interazioni isolate concettualmente le une dalle altre.

Nello spazio del mercato la tirannide contrattuale agisce nella lingua del consenso⁹⁴; produce servitù, asservimento dell’uomo sull’uomo. La teoria

⁹¹ Mediante la forza esecutiva degli apparati statali di coercizione: “noi Stato sovrano, riconosciamo la fattispecie come atto di autonomia e ordiniamo a tutti di obbedire ai suoi effetti, concedendo, a tal fine, l’uso della nostra forza”.

⁹² G. TEUBNER, *Im blinden Fleck der Systeme: Die Hybridisierung des Vertrages*, in *Soziale Systeme*, 3, 1997, 313 ss.

⁹³ Sul concetto di matrice anonima: G. TEUBNER, *La matrice anonima. Quando “privati” attori transnazionali violano i diritti dell’uomo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 9 ss. Si potrebbe discutere che l’uso di “tirannide” nei casi di egemonia discorsiva sia una forzata metafora per ottenere enfasi retorica a vantaggio della nostra posizione. Certo il tiranno senza volto è una metafora; ma tale metafora è materializzata in un discorso (“il mercato lo impone!”, “non c’è alternativa!”). Se pure non diviene soggetto, allora, il discorso del “lo faccio per contratto, quindi lasciatemelo fare” (dove “faccio per contratto” significa: mi arricchisco, devasto l’ambiente, impoverisco le comunità) diviene un punto specifico di emersione nel sistema di pratiche di dominio. E questo giustifica quanto meno la considerazione dedicata, la metafora. Lo sfondo teorico è, ovviamente, l’analisi del potere come forma relazionale di razionalizzazione: M. FOUCAULT, *Omnes et singulatim. Towards a Criticism of Political Reason*, trad. it. di P.E. Dauzat, in S.M. MCMURRIN (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, II, Salt Lake City, 1981, 223 ss., 253 s.

⁹⁴ Per evitare rigetti indotti da riflessi condizionati: ripetiamo ancora una volta che non intendiamo affatto sostenere che tutta l’autonomia sia tirannide né che questo sia l’esito fatale del capitalismo. Importa osservare che l’evoluzione globale di talune forme che si strutturano nella lingua del consenso contrattuale in talune occasioni e in talune applicazioni producano questo esito. Ignorarlo sarebbe gravissimo, un vero tradimento della funzione del giurista (che deve ordinare la realtà dopo averla capita, non lavorare affinché nessuno capisca quale sia la realtà

giuridica delle fonti, fedele al principio che suo compito principale non è autodescrivere l'ordine ma garantire riflessivamente la trasparenza dei processi di potere nel sistema sociale⁹⁵, reagisce, come sempre, introducendo una differenza.

Si deve distinguere tra:

a) atti di autonomia (autolegislazione autonoma), che costituiscono e mantengono un ambiente di equilibrata creazione normativa d'autore al fine della coesione sociale;

b) atti di legislazione privata (autolegislazione in senso stretto), che, benché sovente proclamati e legittimati in nome dell'autonomia (o meglio: della libertà contrattuale), in realtà dissolvono l'equilibrio tra autori normativi, l'ecologico coimplicarsi di relazioni e identità nello spazio normativo (qualità distintive dell'autonomia-coesione), sostituendolo con l'imposizione di leggi private, formate nella tirannica neolingua del consenso.

Solo alla prima categoria (*atti di coesione*) deve essere riservato il nome e il privilegio dell'autonomia⁹⁶; alla seconda categoria (*atti di imposizione*) deve essere riservata una nuova definizione di legislazione privata. Si contrappongono

dietro la cortina di ferro delle categorie: cfr. G. PERLINGIERI, *Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la «polemica sui concetti giuridici». Crisi e ridefinizione delle categorie*, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea*, a cura di P. PERLINGIERI, Napoli, 2005, 543 ss.; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 28 ss.). Da tale constatazione si apre lo spazio per riservare all'autonomia non tutto ciò che sia praticato nella lingua del consenso, ma soltanto tutto ciò che entro tale lingua dittatura non sia. Ultima notazione: non siamo interessati (non adesso, non qui) a distinguere tra tirannide e dittatura.

⁹⁵ P. FEMIA, *Applicare il diritto al caos. Teoria riflessiva delle fonti e unità dell'ordine*, in *Diritto privato comunitario*, a cura di P. PERLINGIERI-L. RUGGERI, Napoli, 2009, 39 ss.

⁹⁶ Ogni qual volta venga postulato un modello ideale, una sorta di eden teorico (si pensi alla comunità ideale di comunicazione alla base delle teorie filosofiche e giuridiche di Apel, Habermas o Alexy) si leva sempre, e giustamente, lo scetticismo di chi reputa inutile o addirittura mistificatoria la descrizione di tale situazione ideale. Condividiamo l'obiezione; ma ci sembra comunque necessario delineare il modello di autonomia, che resta per sempre puramente giuridico, meglio ancora: normativo. In quanto norma esso non è un modello di pensiero o di fondazione del reale, ma un argomento produttivo di conseguenze pratiche: l'atto concreto di esercizio del potere di autolegislazione è protetto in quanto autonomia, se possa essere riconosciuto abbastanza vicino al modello ideale da meritare la protezione costituzionale (protezione della contrattazione), riservata all'autonomia ma non alla mera autolegislazione. Non neghiamo che si possa fare di meglio, e ricostruire un funzionamento sistemico dell'autorialità normativa meno compromesso da ideali irrealistici. La situazione attuale della pratica del diritto è tuttavia peggiore: diffonde ipocrisia iperrealistica, sovraccaricando atti di sopraffazione economica con il magnifico e indifferenziato linguaggio della buona autonomia. Per reagire a questa violenza strutturale sistemica (essere oppressi e proclamati liberi) abbiamo introdotto la differenza, la distinzione, la tesi secondo la quale non tutte le norme private sono autonome. Ma non escludiamo che si possa fare di meglio. Semplicemente non sappiamo farlo; non adesso, almeno.

pertanto l'autonomia dell'individuo-autore che produce comunità mediante relazioni contrattuali e l'autocrazia del centro di potere⁹⁷ che distrugge la comunità, artificialmente⁹⁸ scindendola in relazioni binarie indipendenti.

La degenerazione dell'autonomia normativa in autocrazia legislatrice determina lo sdoppiamento delle forme di creazione privata di regole (autonomia in senso proprio e legislazione privata occulta)⁹⁹. A tale sdoppiamento corrispondono due distinti regimi giuridici.

La differenza è semplice e notevole. L'autonomia privata è, considerata dall'alto, strumento di coesione sociale; considerata dal basso, strumento di edificazione dell'identità individuale, poiché costituisce la parte migliore delle relazioni umane. La legislazione privata è mera ragione strumentale al servizio della strategia di domino praticata entro il sistema economico (con l'appoggio di quello giuridico). Diversa quindi la loro posizione costituzionale: l'autonomia privata è forma di svolgimento della persona, la legislazione privata no. La legislazione privata è mero atto di iniziativa economica, sorvegliato dal discorso della costituzionalizzazione permanente delle relazioni sociali¹⁰⁰. È lecito legiferare da privato sui privati: la Costituzione tollera questa forma di evoluzione del capitalismo contemporaneo. Non è lecito, invece, pretendere per la legislazione privata la protezione costituzionale riservata all'autonomia. La legislazione non è strumento di coesione, ma ha un altissimo potenziale distruttivo. Non è strumento di creazione di un lessico dell'eguaglianza e della liberazione, ma è un permanente pericolo di asservimento, di riduzione in servitù del cittadino verso il cittadino.

La garanzia costituzionale dell'autonomia privata si estende al suo procedimento: la contrattazione è un valore pubblico, l'istituzione del contrarre è la dimensione pubblica del contratto¹⁰¹. Non così per la legislazione privata: essa è

⁹⁷ Nel quale si manifesta una matrice anonima: G. TEUBNER-I. HENSEL, *Matrix Reloaded: Kritik der staatszentrierten Drittwirkung der Grundrechte am Beispiel des Publication Bias*, in *Kritische Justiz*, 47, 2014, 150 ss.

⁹⁸ "Artificialmente" vale qui per "paranomicamente": su questo termine rinviamo a P. FEMIA, *Benito Cereno in Bucovina*, in A. FEBBRAJO-F. GAMBINO (a cura di), *Il diritto frammentato*, Milano, 2013, 23 ss., 33 ss.

⁹⁹ Tale discorso dovrebbe essere approfondito dal punto di vista delle conseguenze circa il modo di concepire il complessivo rapporto tra ordinamento dell'economia e costituzionalismo. Cfr. G. TEUBNER, *Transnational Economic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism*, in *The Italian Law Journal*, 1, 2015, 219 ss.; nella dottrina italiana L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, 283 ss.

¹⁰⁰ Sul costituzionalismo sociale cfr. TEUBNER, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftliche Konstitutionalismus in der Globalisierung*, cit., 120 ss.

¹⁰¹ B. LOMFELD, *Contract as Deliberation*, in *Law & Contemporary Problems*, 76, 2013, 1 ss.

il precipitato autoritario della complessità, la concentrazione di potere al governo della differenziazione sociale. Della legislazione privata nulla si accoglie senza giudizio, poiché nulla in essa manifesta libertà.

Per tale ragione non soltanto il risultato (la legge privata) ma anche il procedimento (il reticolo di informazioni e decisioni preliminari che conduce alla formazione della norma) è sottoposto *di per se stesso* al giudizio di liceità. Cosa significhi giudizio sul *procedimento di per se stesso*, sul procedimento *in quanto tale* e non in quanto procedimento *deviato da un modello ideale* (modello invece di per se stesso approvato), richiede un approfondimento.

Il sistema giuridico accoglie il procedimento contrattuale valutandolo in sé quale meritevole di tutela: la formazione autonoma della regola è giudicata dal sistema giuridico come il linguaggio necessario e principale della libertà e realizzazione personale¹⁰²; strumento di coesione sociale, prodotta mediante diffusione della prassi dell'autonomia. Il controllo sul procedimento contrattuale interviene laddove la parità di forze tra i contraenti risulti turbata, ma resta indifferente sui meccanismi interni (e ovviamente anche quelli interiori o intimi): la motivazione resta confinata nella sfera dell'irriducibile, del presociale, poiché di essa conta soltanto ciò che nel sociale assuma valore comunicativo. Il diritto protegge il contraente, ma non le sue motivazioni, le quali cadono nell'inconoscibile, a meno che l'altro non le strumentalizzi, trasformandole in strumento di asservimento. L'illiceità del tipo e della causa (è una distinzione per la quale non ho alcun interesse) disegnano lo spazio delle contrattazioni; le tecniche di revisione del risultato di contrattazione (annullamento, rescissione, invalidità di protezione, recesso, risarcimento) provvedono a correggere le deviazioni della contrattazione reale da quella ideale. Ma la contrattazione ideale, la contrattazione in sé, non richiede legittimazione, poiché essa è legittima in stessa, quale forma comunicativa, strumento di costruzione delle relazioni umane, segno di svolgimento della personalità, in breve: forma della coesione sociale.

¹⁰² «I see autonomy as the core of a capacity to engage in ongoing, interactive creation of our selves—our relational selves, our selves that are constituted, yet not determined, by the web of nested relations within which we live»: J. NEDELSKY, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford-New York, 2011, 45.

5. *San Contratto. Autonomia e legislazione privata*

With the special emphasis placed by the nineteenth-century philosophers and jurists on the importance of freedom and the manifestation and extension of an individual's freedom through contract, it was not surprising that contracts developed a juristic blessedness or halo and were so often regarded as sacred. Their sanctity is directly traceable to their early religious and ecclesiastical associations, their protection by the Court of Chancery as a court of conscience, their importance to international merchants as the foundation of credit, and the prominent place that the individual freedom which they fostered held in the eyes of nineteenth-century jurists and political philosophers.

David Huges PARRY, *The Sanctity of Contracts in English Law*, London, 1959, 18.

La legittimazione giuridica dell'autonomia, il lessico kantiano della libertà cui (talvolta inconsapevolmente) ancora ricorre, la retorica e fin anche l'enfasi con la quale la sua diffusione a tutti i livelli delle relazioni umane è sottolineata come epilogo della narrazione della vicenda terrena dell'individuo: il contratto, si dice in *common law*, è «santo»¹⁰³.

Tutto ciò è una potente arma politica che i padroni della legislazione privata provano a riservare per se stessi. Ed è proprio in questo punto che la critica giuridica deve intervenire a contrastare l'appropriazione politica della legittimazione riservata agli autori dell'autonomia a vantaggio degli operatori della legislazione privata. I due fenomeni sono completamente diversi ed il fatto che la legislazione privata usi il lessico dell'autonomia esprime non la loro affinità ma soltanto la mimesi democratica assunta da una strategia autoritaria: la dittatura che parla e domina con la lingua del consenso.

L'infinita differenza qualitativa tra autonomia (libertà) e legislazione privata (autorità-autoritarismo-asservimento), tra atti di coesione e atti di imposizione, ha una diretta conseguenza giuridica: la legislazione privata non è considerata in sé un valore positivo (come invece l'autonomia) e pertanto non gode del privilegio della non motivazione riservato all'autonomia privata. Il privato autore può

¹⁰³ Cfr., oltre al lavoro citato in epigrafe, S.M. WADDAMS, *Unconscionability in Contracts*, in *The Modern Law Review*, 39, 1976, 369 ss.; J.H. BAKER, *From Sanctity of Contract to Reasonable Expectation?*, in *Current Legal Problems*, 32, 1979, 17 ss.; A.H. ANGELO-E.P. ELLINGER, *Unconscionable Contracts-A Comparative Study*, in *Otago Law Review*, 4, 1979, 300 ss.; L.A. DI MATTEO, *The History of Natural Law Theory; Transforming Embedded Influences Into a Fuller Understanding of Modern Contract Law*, in *University of Pittsburg Law Review*, 60, 2006, 839 ss. Per ulteriori osservazioni rinviamo all'analisi sociologica di P. PERULLI, *Il dio contratto, Origine e istituzione della società contemporanea*, Torino, 2012.

dire semplicemente “agisco/non agisco perché mi piace”, il privato legislatore no. Ecco quindi che l’opaca intrasparenza delle motivazioni dell’autonomia – protetta fin quasi quale segno della sua potenza liberatrice – svanisce del tutto al cospetto della legislazione privata, dell’autolegislazione in senso stretto. I suoi procedimenti interni, l’insieme complesso della catene decisionali e acquisizioni informative che conducono alle norme imposte mediante adesione sono oggetto della valutazione del diritto non meno dei suoi risultati¹⁰⁴.

Per tale ragione, ad esempio, una grande impresa non potrà opporre il segreto industriale sui meccanismi di formulazione degli algoritmi con i quali attribuisce un punteggio a coloro che si affacciano sul mercato del credito¹⁰⁵; l’amministrazione di un patrimonio immobiliare non potrà far leva sul razzismo per incrementare i propri profitti¹⁰⁶; la composizione della forza lavoro nelle società controllate all’estero di una multinazionale non è notizia riservata né *res inter alios*¹⁰⁷.

I valori costituzionali operano entro lo Stato, contro talune sue decisioni, ma non contro di esso, poiché lo Stato stesso è un valore (uno tra gli altri). Al medesimo modo, i valori costituzionali operano entro il potere privato, contro talune sue forme, ma non contro di esso, poiché l’autonomia è un valore costituzionale¹⁰⁸. Il dover essere dei principi opera in modo apertamente distruttivo,

¹⁰⁴ U. MATTEI-L. NADER, *Il saccheggio. Regimi di legalità e trasformazioni globali*, Milano, 2010; U. MATTEI, *A Theory of Imperial Law. A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*, in *Indiana Journal of Global and Legal Studies*, 10, 2003, 383 ss. Anche se non è questo il luogo per valutare la ripresa giusnaturalistica dell’ultimo Francesco Galgano, il suo percorso dalla legittimazione *ex se* del potere legislativo privato globale al controllo di giustizia è molto significativo: F. GALGANO, *Globalizzazione dell’economia e universalità del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, 177 ss.

¹⁰⁵ Non si confonda la segretezza con la brevettabilità: che l’impresa debba essere costretta a rivelare l’algoritmo affinché sia discusso in un processo dialettico non significa affatto che non abbia il diritto allo sfruttamento esclusivo delle sue utilità. Significa soltanto che non potrà impedire ad esperti di controllarne e discuterne il *modus operandi*. Cfr. P. FEMIA, *Vertragsbeobachtende Verträge*, in B. LOMFELD (Hg.), *Die Fälle der Gesellschaft*, Tübingen, 2016, in corso di stampa.

¹⁰⁶ Cfr. S.S. GLASSBERG, *Legal Control of Blockbusting*, in *Urban Law Annual*, 145, 1972, 145 ss.; S. PRAKASH, *Racial Dimensions of Property Value Protection Under the Fair Housing Act*, in *California Law Review*, 101, 2013, 1437 ss.

¹⁰⁷ Cfr., per una espansione della tutela risarcitoria, J. NOLAN, *Refining the Rules of the Game: The Corporate Responsibility to Respect Human Rights*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 7, 2014, 23 ss.; J. NOLAN-L. TAYLOR, *Corporate Responsibility for Economic, Social and Cultural Rights: Rights in Search of a Remedy?*, in *Journal of Business Ethics*, 87, 2009, 433 ss.

¹⁰⁸ La prudenza che ha ostinatamente negato all’autonomia privata una diretta protezione costituzionale, nella speranza di tenere così lontana la libertà contrattuale dal controllo statale, ha finito per peggiorare le cose. La separazione del diritto privato dal diritto costituzionale, praticata dalla dottrina civilistica italiana per decenni, era una strada sbagliata; la soluzione all’incidenza dei principi deve essere ricercata entro il diritto costituzionale, non contro o di là da esso.

prescrivendo di trasformare la realtà contrastante con ogni rimedio possibile, ma pur sempre opera in modo *infrasistemico*, vale a dire: entro una cornice istituzionale riconosciuta. Vero che l'autosovversione del sistema, modificando incessantemente dall'interno le categorie del sistema stesso (potere, comunità, governo, autonomia), provoca trasformazioni anche più radicali e durature di quelle provocate da una rivoluzione (sovversione esterna). Mutabilità, incessante divenire: è semplicemente, profondamente, umano. Neppure il diritto può ignorarlo.

Le incomprendimenti e le ostilità all'applicazione dei principi costituzionali all'autonomia privata possono quindi essere superate. Punto di partenza è che l'autonomia è un valore costituzionale, designa il quadro istituzionale dell'agire privato *entro e non contro* il quale operano i diritti fondamentali. Ma l'autonomia non è la legislazione privata; ed ogni tentativo di trasferire *sic et simpliciter* la protezione dell'autonomia sulla legislazione privata deve essere respinto in quanto vera e propria eversione della democrazia.

6. Autonomia e liberazione

Was Freiheit produzierte, schlägt in Unfreiheit um. Frei war das Individuum als wirtschaftendes bürgerliches Subjekt, soweit vom ökonomischen System Autonomie gefordert wurde, damit es funktioniere. Damit ist seine Autonomie im Ursprung schon potentiell verneint.

Ciò che produsse libertà si rovescia in illibertà. Era libero l'individuo quale soggetto borghese economicamente attivo, in quanto l'autonomia fu sostenuta dal sistema economico, affinché esso funzionasse. In tal modo la sua autonomia è fin dall'origine già potenzialmente negata.

Theodor Wiesengrund ADORNO, *Negative Dialektik*, Frankfurt am Main, 1966, 257¹⁰⁹.

Riepiloghiamo il percorso compiuto.

La creazione di norme può socialmente costituire o non un autore. Le norme private sono frutto di manifestazioni o di autonomia privata o di legislazione privata. La prima ha protezione costituzionale, la seconda no; quest'ultima pertanto è valutata dal sistema giuridico fin nelle sue motivazioni, oltre che naturalmente nei suoi effetti.

L'aspetto più disturbante dei risultati raggiunti è senz'altro l'ambiguità costi-

¹⁰⁹ Cfr. T.W. ADORNO, *Dialettica negativa*, trad. it. di C.A. Donolo, Torino, 1970, 235 (abbiamo ritradotto il passo in epigrafe).

tutiva del potere privato normativo – dell’autolegislazione in quanto distinta dall’autonomia – il suo imprevedibile oscillare tra libertà e asservimento¹¹⁰. La libertà è costitutivamente pronta a rovesciarsi sempre nel suo contrario¹¹¹. E il lessico dell’inversione è inscritto nell’autonomia. Rimuovere questa sciagura è il compito di una dottrina giuridica dell’autonomia, della forse irraggiungibile tensione verso la linea di confine che separa (e mai del tutto distingue) autonomia e autolegislazione. I rimedi si collocano, in diritto civile, introducendo entro il discorso sistemico azioni di rottura, sostenute dall’intervento giudiziario, che costringono il diritto a riorganizzare le proprie categorie, a praticare la sovversione infrasistemica entro una microfisica delle rotture¹¹².

Un provvedimento giudiziario con il quale una comunità di consumatori riesca a sottoporre ad una perizia indipendente un algoritmo adoperato nelle decisioni contrattuali di una società commerciale costituisce un valido esempio di

¹¹⁰ Il carattere repressivo dell’autonomia è il centro dell’indagine di Adorno, sulla quale Ch. MENKE, *Modell 1: Freiheit. Zur Metakritik der praktischen Vernunft II. Kritik der “abstrakten Moralität”*, in A. HONNETH-Ch. MENKE (Hg.), *Theodor W. Adorno: Negative Dialektik*, Berlin, 2006, 155 ss. Cfr. I. MACDONALD, *Cold, Cold, Warm: Autonomy, Intimacy and Maturity in Adorno*, in *Philosophy & Social Criticism*, 37, 2011, 669 ss. Una lettura orientata a non identificare, anche nella concezione di Adorno, nella razionalità la fonte dei «various ills of the modern world» in M. SHUSTER, *Autonomy after Auschwitz. Adorno, German Idealism and Modernity*, Chicago-London, 2014, 104 ss.

¹¹¹ Lucida coscienza di ciò in Otto von Guericke: «Senza limiti, la libertà contrattuale distrugge se stessa. Un’arma terribile nelle mani di chi è forte, uno strumento sbiadito nelle mani del debole, essa diviene strumento di oppressione dell’uno sull’altro, lo sfruttamento sfrenato di grandi forze sociali ed economiche». O. VON GUERICKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889, 28 s.: «Schrankenlose Vertragsfreiheit zerstört sich selbst. Eine furchtbare Waffe in der Hand des Starken, ein Stumpfes Werkzeug in der Hand des Schwachen, wird sie zum Mittel der Unterdrückung des Einen durch den Anderen, der schonungslosen Ausbeutung geistiger und wirtschaftlicher Uebermacht».

¹¹² Per lo sviluppo di tale argomento rinviamo a FEMIA, *Vertragsbeobachtende Verträge*, cit., in corso di stampa e ID., *Infrasystemische Subversion*, in M. AMSTUTZ-A. FISCHER-LESCANO (Hg.), *Kritische Systemtheorie. Zur Evolution einer normativen Theorie*, Bielefeld, 2013, 305 ss. Dal punto di vista della teoria generale cfr. P. PERLINGIERI, *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 1 ss. I diritti fondamentali, quali recettori delle comunicazioni autosovversive nel diritto, agiscono a livello molecolare. La loro azione è lenta e i loro effetti incalcolabili: per questo suscitano scetticismo, ma anche esorcismo, in ogni pensiero conservatore. Ancora una volta, è l’effettività (sulla quale preziose considerazioni in S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale, riconcettualizzazione del contratto e principio di effettività*, in *Persona e mercato*, 2015, 112 ss. e in G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, *ivi*, 2015, 5 ss.) inscritta nella normatività dei valori a premere per il superamento dei limiti categoriali, colti lucidamente da L. NIVARRA, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, Torino, 2015, 110: «È, dunque, una ben strana emancipazione quella che incontra un limite insuperabile nelle compatibilità del sistema e nelle ragioni della valorizzazione del capitale; ed è un’emancipazione dal significato ancor più indecifrabile quella che soggiace al primato programmatico della proprietà privata e dello scambio di mercato».

cosa si intende per azioni di rottura. Il segreto non viene rivelato (il perito riferisce soltanto al giudice), ma l'autoritaria pretesa di incomunicabilità avanzata (erroneamente) dall'impresa nelle forme del segreto industriale è costretta a misurarsi con un potere di controllo che riequilibra il procedimento negoziale. Così, azione dopo azione, rottura dopo rottura dell'ossessione autoritaria della legislazione privata, il sistema rivede, dall'interno, le sue categorie.

Come agire per contrastare la mimesi della legislazione privata nell'autonomia, fatta allo scopo di carpirne il potenziale di legittimazione? E come trattare gli effetti perversi, pari alla legislazione privata, di un pulviscolo di microdecisioni autonome che, organizzandosi spontaneamente intorno a variazioni dell'ambiente, distruggano la libertà? Perché, purtroppo, anche la più felice delle separazioni tra autonomia e autolegislazione non impedirà ad una galassia di microdecisioni autonome – orientate da una cultura comune in ipotesi pervertita – di distruggere l'ambiente sociale, discriminare, emarginare, produrre tutto l'orrore con la complice inerte violenza della maggioranza silenziosa. La diffusione molecolare di una pratica oppressiva, l'imbarbarimento di un'intera popolazione che, prigioniera di una retorica infame, discrimini le minoranze, opprime i deboli, violenti i bisognosi, è ancora autonomia? Non più. Nessuna decisione, nata autonoma, può restare tale se opera contro la coesione sociale; se, in luogo di avvicinare gli individui trasformandoli in autori, si illude di preservare una semi-comunità di forti contro deboli trasfigurati in servi. L'autonomia non è il lessico della rapina delle risorse da parte delle grandi industrie e neanche quello della illusoria difesa dei territori da parte dei (poco meno) poveri contro i miseri.

L'autonomia non è la favola dei benestanti. La povertà è l'immagine vera dell'uomo, la vulnerabilità è l'umanità. L'autonomia è l'ideale regolativo umano, che si scontra con l'umana violenza e l'umana, e insana, ossessione proprietaria.

Una strategia possibile è ricollocare la nostra comprensione dell'autonomia. Se sul piano filosofico è segno di *libertà*, essa diviene sul piano giuridico uno strumento di *liberazione*¹¹³. La libertà, in quanto valore, è irrealizzabile nella sua

¹¹³ Ciò implica che la strategia filosofica che connette autonomia e liberazione (così nel fondamentale MENKE, *Autonomie und Befreiung*, cit., 675 ss.) possa compiersi unicamente sul piano dell'azione sociale organizzata entro il sistema giuridico. Il movimento costituzionale transnazionale internalizza l'esigenza di liberazione che giuristi d'altro tempo, ma sempre nutriti di provvida sensibilità sociale, individuavano quale esigenza politica. Nel 1899 così scriveva Heinrich Dernburg, concentrandosi sulla liberazione da rapporti ormai non corrispondenti all'esigenza dei tempi, da «istituzioni antipatiche», cioè non più simpatetiche, istituzioni che rispondono pietre a chi chiede pane: «Es erscheint daher richtiger, wenn der Gesetzgeber mit einem Institute bricht, welches den Verhältnissen der Gegenwart nicht mehr entspricht, wenn er in großer und freier Weise vor das Volk tritt und sagt: hier habt Ihr eine Wohltat, hier erhält die große Masse der Bevölkerung eine *Befreiung*. Das ist es ja, was ich vorzugsweise an dem Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs vermisse, daß es nicht Wohltaten dem deutschen Volke giebt, nicht Brot, sondern viel-

pienezza nel sistema giuridico così come nella prassi sociale. Ciò che in questa dimensione si conosce è il *movimento* verso di essa: non la compiuta libertà, ma la diveniente liberazione¹¹⁴.

Il livello di analisi si fa estremamente complesso. Restano immutati, e operanti nei discorsi giuridici e sociali, le tre classi di fenomeni: il dualismo tra autonomia e legislazione privata (autonomia e autocrazia); la consapevolezza del superamento pratico di ogni dualismo (aggregazioni complesse di decisioni singole, inconsapevoli ma oggettivamente portatrici di effetti di asservimento); la consapevolezza delle difficoltà regolatorie provocate dalle reciproche ibridazioni e mimesi di categorie e linguaggi. Tutto ciò resta – e resta, quindi, anche la libertà quale ideale regolativo, fonte di legittimazione costituzionale dell'autonomia. Resta la libertà, e ad essa si aggiunge la liberazione. La libertà è il valore finale, cui si commisura il risultato di ogni creazione normativa autoriale; la liberazione è il valore strumentale, operativo, mediante il quale si interviene per spezzare un effetto di asservimento, ovunque esso sia osservato¹¹⁵.

Il diritto – non sempre il diritto storico, sempre il diritto disperatamente illuminato dalla critica – parla di libertà, ma pratica la liberazione.

fach Steine. Ein Gesetzbuch, welches die deutsche Einheit wahrhaft befördern soll, muß uns *befreien* von Veralteten, von Härten, von der Gegenwart antipathischen Institutionen». H. DERNBURG, [*Diskussionsbeitrag zur Frage der Beibehaltung des Vermieterpfandrechts*], in *Verhandlung des 20. Deutschen Juristentages*, 4, Berlin, 1899, 176 ss. (179), citato da T. REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen, 2001, 94.

¹¹⁴ La liberazione supera l'antitesi paralizzante tra autonomia ed eteronomia. «Die Einsicht in das Paradox der Autonomie muss zur Einsicht in die Grenze dieses Begriffs, damit des Gegensatzes von Autonomie und Heteronomie werden. Sie macht einen anderen Freiheitsbegriff notwendig, der den Akt der Befreiung jenseits der Alternative von Autonomie und Heteronomie zu denken erlaubt»: MENKE, *Autonomie und Befreiung*, cit., 693.

¹¹⁵ Il controllo di liceità sull'atto di autonomia è quindi orientato agli effetti e non a parametri astratti di libertà/illibertà. L'autonomia non è il principio della libertà di fare quello che si vuole, salvi i limiti imposti dall'ordinamento (ci piaccia poi chiamarli interni o esterni), ma il principio stesso della liceità (purché sia intesa nel senso fin qui delineato).

SEZIONE II

LA GIUSTIZIA CONTRATTUALE
TRA PROCEDURA E CONTENUTO

IL CONTRATTO “DEMOCRATICO” E LA GIUSTIZIA CONTRATTUALE

di *Emanuela Navarretta*

SOMMARIO: 1. La giustizia contrattuale fra procedura e contenuto. – 2. Chi decide il modello di giustizia? Il problema del contratto giusto in senso democratico. – 3. L'ipotesi di una giustizia contrattuale puramente sostanziale. – 3.1. La tecnica della conversione della buona fede da regola di condotta a regola di validità. – 3.2. La critica attraverso il confronto con i valori costituzionali e con il dialogo istituzionale. – 4. La giustizia contrattuale sostanziale fondata sull'abuso del potere di autonomia privata. Critica. – 5. I modelli di giustizia contrattuale misti e l'ambito dei contratti asimmetrici. – 5.1 Il modello ordo-liberista e il rapporto tra efficienza e giustizia. – 5.2. La selezione delle asimmetrie macroeconomiche e il paradigma dell'efficienza. – 5.3. La soluzione del potenziale conflitto tra efficienza e giustizia nella disciplina dei contratti dei consumatori. – 6. Il modello liberal-egualitarista e le asimmetrie microeconomiche. Autonomia privata e principio di uguaglianza. – 7. Giustizia contrattuale e giustizia sociale. – 8. I tre livelli del rapporto fra giustizia procedurale e giustizia sostanziale.

1. *La giustizia contrattuale fra procedura e contenuto*

L'immagine del “contratto giusto”¹, che si è diffusa nel dibattito nazionale

¹ La letteratura giuridica sul tema della giustizia contrattuale è vastissima, cfr. fra i tanti M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, *passim*; A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, 370 ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 556 ss.; V. CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VII, Milano, 2014, 447 ss.; A. DI MAJO, *Giustizia e “materializzazione” nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 797 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, *ivi*, 2010, 601 ss.; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 599 ss.; R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, *sez. civ.*, *Agg.*, VII, Torino, 2012, 534 ss.; V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. NAVARRETTA, *Atti del Convegno di Pisa, 25-26 maggio 2007*, Milano, 2007, 253 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 20 ss.; ID., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 53 ss.; ID., *Il contratto giusto nell'ordine costituzionale europeo*, in *Il contratto europeo*

ed europeo grazie al valore simbolico di una parola capace di irretire tanto il personalismo, di differenti cromature, quanto il terzo capitalismo², segna il tramonto di una concezione nella quale *jus* e *justum* si fondevano nell'accordo rispettoso di un procedimento.

L'emergere dalle ceneri della concezione liberal-tradizionalista della nuova endiadi è densa di criticità sia strutturali sia funzionali³.

Mentre la giustizia declinata in chiave puramente sostanziale o materiale⁴ cerca di diffondersi sull'intero contratto, si moltiplicano le concezioni miste, procedurali e sostanziali a un tempo, che offrono rappresentazioni talora duali, talora tripartite, talora tipologiche, talora concentriche della giustizia e si riverberano con un effetto esplosivo sulla vecchia relazione diritto generale e diritti secondi⁵. Nel contempo, il quadro normativo europeo, sotto l'influenza del pensiero ordo-liberista, continua a potenziare una nuova logica procedimentale che affida agli obblighi di protezione il compito primario di garantire una giustizia fondata sulla costruzione dell'accordo⁶.

La varietà e finanche la contraddittorietà dei messaggi, che il contesto nazionale ed europeo trasmettono, delineano un'incertezza⁷ di fondo sul modello di giustizia contrattuale, tant'è che l'interprete, nello sforzo di superare i frantumi

fra regole e principi, Torino, 2015, 149 ss. Ci sia consentito richiamare anche il nostro *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 411 ss.; EAD., *Abuso del diritto e contratti asimmetrici d'impresa*, in *Annuario dei contratti – 2011*, Torino, 2012, 81 ss.

² Cfr. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, 97 ss.

³ Sulle "diverse giustizie" che emergono dal diritto europeo dei contratti cfr. A. DI MAJO, *Giustizia individuale o sociale? Forse una falsa alternativa*, in *Persona e mercato*, 2013, 130 ss. Sulla contrapposizione fra giustizia sostanziale e giustizia procedurale cfr. fra gli altri F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 504 ss.

⁴ Propone di impostare il tema della giustizia contrattuale tenendo conto degli interessi materiali sottesi al contratto e al rapporto obbligatorio DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, cit., 797 ss.

⁵ «Diventa [...] difficile, se non impossibile – scrive NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., 33 – relega[re ...] il diritto contrattuale dei consumi entro l'orizzonte della specialità». Sul tema in generale cfr. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 397 ss.

⁶ Sono proprio gli obblighi di protezione a dominare la direttiva che eredita il vecchio progetto di revisione dell'*acquis communautaire* (la dir. 25 ottobre 2011, n. 83 sui diritti dei consumatori) così come sono protagonisti nella direttiva che cerca (con strumenti non del tutto adeguati) di fronteggiare i fallimenti della crisi economica, intervenendo sulla disciplina dei mutui (la dir. 4 febbraio 2014, n. 17 sui contratti di credito ai consumatori relativi agli immobili residenziali). Cfr. S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a immobili residenziali)*, in *Contr. impr. Eur.*, 2014, 523 ss.

⁷ Cfr. P. GROSSI, *Sull'odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 4 ss.

delle fonti formali e delle fonti *extra ordinem*, finisce per interrogarsi sull’idea stessa di giustizia^{8,9}.

Tale risalita concettuale lo conduce ad una constatazione alquanto singolare: molte delle teorie sulla giustizia – da Locke, a Rousseau, a Kant, sino a giungere ad Habermas e a Rawls – sono concezioni di tipo contrattualistico, a loro volta intrappolate nell’alternativa fra procedimento e principi materiali; in sostanza, mentre i civilisti cercano nella riflessione dei filosofi un aiuto nella qualificazione del contratto come giusto, i filosofi legano alla nozione di contratto sociale il fondamento dell’idea di giustizia.

Ne discende un immediato *caveat*: nessuna riflessione sulla giustizia del contratto può mai giungere a negare ogni valore all’accordo, poiché in tal modo si cancellerebbe, con il contratto, anche uno dei pilastri basilari sui quali l’idea stessa di giustizia viene edificata.

2. Chi decide il modello di giustizia? Il problema del contratto giusto in senso democratico

In un recente saggio, “Democratic contract law”, Hesselink¹⁰ individua cinque concezioni della giustizia contrattuale: le Libertarian theories (or neoliberal or ordoliberal); le Utilitarian theories; le Liberal-egalitarian theories; le Communitarian or Traditional theories; le Republican theories. Al termine della disamina, che evidenzia pregi e difetti di ciascuna, disvela l’arbitrarietà di una scelta sulla

⁸ «Il paradosso della giustizia contrattuale – scrive con acume CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, cit., 447 – suona così: la giustizia è il fondamento del contratto, ma chi o cosa fonda la giustizia, considerando la pluralità delle intuizioni teoriche e realizzazioni storiche di un concetto “tanto poco definibile quanto sono quelli di buono e di male”» (così L. RAISER, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in ID., *Il compito del diritto privato*, trad. it. di *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg, 1987, Milano, 1990, 12).

⁹ L’attitudine della parola giustizia ad evocare il piano filosofico spiega – secondo M. BOUDOT, *La giustizia contrattuale in Francia*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 635 – una certa resistenza della dottrina francese ad avvalersi della categoria della “giustizia contrattuale” ritenendosi il giurista francese “un tecnico” e non “un filosofo”. Sennonché la resistenza è stata ampiamente superata dalla recente riforma del sistema francese che, per un verso, con l’*Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, ha recepito norme – gli artt. 1143 e 1171 – che intendono dare attuazione all’obiettivo della giustizia contrattuale, per un altro verso, ha decisamente trascurato il rigore connesso al tecnicismo. Il contestuale superamento della causa del contratto, di cui resta solo un simulacro applicabile ai contratti sinallagmatici nell’art. 86, mette, infatti, in scacco l’obiettivo della giustizia contrattuale, specie quello sotteso all’art. 1142. Basterà, infatti, al contraente forte spezzare il contratto sinallagmatico in due atti isolati ed astratti, per sfuggire ad ogni controllo in termini di approfittamento dell’altrui stato di dipendenza.

¹⁰ M.W. HESSELINK, *Democratic Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, 2014, 81 ss.

giustizia contrattuale che non si misuri con un livello superiore della riflessione: come rispettare la giustizia nel decidere quale debba essere il modello di contratto giusto?

Hesselink trae la propria ispirazione dalla concezione di tipo procedurale della giustizia¹¹ elaborata dal filosofo Habermas¹² e reputa pertanto *giusta* la teoria sul *contratto giusto* che sia il frutto di un accordo democratico. Sennonché l'accordo democratico reale, e non quello ipotetico e ideale del contratto sociale, solleva immediatamente un succedersi di alternative istituzionali di non agevole soluzione: deve ritenersi più democratico il dibattito parlamentare o l'intervento giudiziale? E se è vero che le maggioranze parlamentari offrono in astratto maggiori garanzie di democraticità rispetto alla decisione del singolo, come può estromettersi la magistratura dalla costruzione della giustizia contrattuale? Anche poi ammettendo di risolvere la drammatica alternativa fra potere legislativo e potere giudiziario, resta comunque il non agevole bivio che contrappone le fonti nazionali a quelle europee¹³.

Appare evidente che l'ottica di tipo esclusivamente procedurale e il puro riferimento ad un modello teorico rischiano di condurre ad un esito paralizzante, che lascia il campo all'individualismo, o all'arbitrio, nella scelta del modello giusto, o alla rinuncia ad infondere la giustizia nell'istituto del contratto.

La complessità del sistema induce allora ad avvalersi di un modello di giustizia capace di evitare la paralisi istituzionale, in quanto in grado di fornire strumenti idonei a far dialogare la pluralità di istituzioni¹⁴. Tale è il modello riconducibile al pensiero di Rawls¹⁵, che unisce elementi procedurali, l'accordo istituzionale, ad elementi sostanziali, i principi fondanti la società, suggerendo un'idea di giustizia che preserva il pluralismo istituzionale attraverso il confronto, che può anche generare uno scontro, ma non diviene mai puro gioco di forza se si rapporta al piano materiale dei valori¹⁶.

¹¹ *Ibidem*, 104.

¹² J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa, Roma, 2013, 356 ss. In realtà, HESSELINK, *op. ult. cit.*, 104 s. richiama anche Rawls ma incentra la sua riflessione su una giustizia essenzialmente di tipo procedurale.

¹³ HESSELINK, *op. ult. cit.*, 124.

¹⁴ Anche HESSELINK, *op. ult. cit.*, 125 cerca una soluzione nel dibattito democratico, ma questo, scisso dal riferimento a parametri di valori, rischia di tradursi in puro scontro.

¹⁵ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, nuova ed., Milano, 2010, trad. it., a cura di S. Maffettone, di *A Theory of Justice* (1971).

¹⁶ Certamente, gli stessi valori sfuggono di frequente a ricostruzioni condivise sia con riguardo al loro significato sia con riferimento dell'esito di eventuali conflitti. Ma poiché è del tutto antistorico, oltre che pericoloso – se si considerano le inefficienze e le derive del legislatore nazionale e di quello europeo – rifugiarsi nell'illusione formalistica di un diritto senza verità (il richiamo è all'elegante e acuto volume di N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari,

Tale visione induce a delineare il o i modelli di giustizia contrattuale, ricercando soluzioni capaci di coordinare e di far dialogare fra loro i vari livelli degli interventi legislativi, nazionali ed europei, con le fonti *extra ordinem* e soprattutto con le interpretazioni giurisprudenziali.

In particolare, il compito dell'interprete si dimostra di rilievo essenziale. Da un lato, spetta a lui dare voce al dialogo istituzionale. Da un altro lato, sempre all'interprete compete il ruolo di segnare il passaggio da un modello puramente astratto di giustizia ad una sua costruzione in concreto. Se è vero, infatti, che la giustizia nella sua absolutezza è inafferrabile, mentre «si accende nell'urto dialettico con la forza del negativo»¹⁷, ecco che l'opera della giurisprudenza, anche di tipo creativo, purché non autoreferenziale, allontana il pericolo – profondamente intuito da Amartya Sen¹⁸ – di una inadeguatezza dei soli modelli teorici nell'afferrare e risolvere le ingiustizie reali.

Le due visioni filosofiche, quella di Rawls e quella di Sen, costruite per contrapposizione (l'una contrattualistica, l'altra comparativa), possono, nel pensiero giuridico, in qualche modo comporsi. La costruzione di un dialogo istituzionale alla luce dei principi costituzionali è irrinunciabile per poter delineare un modello di contratto giusto, ma, d'altro canto, la logica comparativa è imprescindibile per calare il modello nella dimensione reale e per consentirgli di captare il susseguirsi ininterrotto e molteplice delle ingiustizie.

Sin qui la filosofia può contribuire a costruire, attraverso il richiamo a un metodo democratico, il o i modelli di giustizia contrattuale.

Ciò che né la filosofia né il diritto possono risolvere è il mancato rinnovamento dell'identità politica di cui sono espressione i protagonisti del dialogo, in particolare il legislatore nazionale e quello europeo, che si muovono al traino di ideologie rese celermente vetuste dalla crisi economica e finanziaria. Può, dunque, offrirsi un volto armonico e complesso della giustizia contrattuale, allontanando abusi e falsi idoli, ma resta – come si dirà – l'amaro in bocca di discorrere di una parola che, se abbinata ai soli e autonomi meccanismi contrattuali, non può mai assicurare il più profondo bisogno di giustizia della società.

2011, 5 ss.), tornando a relegare l'interprete al ruolo di *bouche de la loi*, è indiscutibile che un confronto basato sul richiamo ai valori posti a fondamento della democrazia sia decisamente preferibile rispetto al puro scontro istituzionale, tanto più che, con l'ausilio della dottrina, non è difficile svelare i richiami meramente strumentali ai valori e gli abusi dell'argomentazione costituzionale.

¹⁷ CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, cit., 447.

¹⁸ A. SEN, *L'idea di giustizia*, trad. it. di *The idea of Justice* (2009), a cura di L. VANNI, Milano, 2010, 66 ss.

3. L'ipotesi di una giustizia contrattuale puramente sostanziale

3.1. La tecnica della conversione della buona fede da regola di condotta a regola di validità

La ricostruzione della giustizia contrattuale più distruttiva rispetto all'accordo è quella puramente materiale, in quanto propone di sottoporre ad un controllo di giustizia qualunque intesa, sul presupposto che non vi sia accordo capace in quanto tale di garantire la giustizia.

L'idea, diffusa in alcune scuole di pensiero¹⁹, è penetrata in autorevoli pronunciamenti giurisprudenziali, prediligendo il canale della clausola di buona fede.

Dopo l'*obiter dictum* di una assai nota pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite²⁰, secondo la quale «la buona fede [servirebbe] a mantenere il contratto nei binari dell'equilibrio e della proporzione», due ordinanze della Corte costituzionale²¹, pronunciate in materia di caparra confirmatoria, reputano nulla la relativa clausola «non equa e gravemente sbilanciata in danno di una parte», sulla base della *Drittwirkung* del dovere costituzionale di solidarietà, che avrebbe il potere di attribuire «vis normativa alla buona fede».

Il passaggio è a dir poco singolare, ove si considerino le innumerevoli disposizioni che contemplano la clausola di buona fede, la quale certo non abbisogna

¹⁹ F. GALGANO, *Sull'equitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contratto e Impresa*, 1993, 419 ss.; ID., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, *ivi*, 1997, 421 ss.; ID., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, *ivi*, 2000, 918 ss.; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 560 ss.; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 347; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, 186 ss.; R. ROLLI, *Le attuali prospettive di «oggettivazione dello scambio»: verso la rilevanza della «congruità dello scambio contrattuale»?*, in *Contr. e impr.*, 2001, 621; EAD., *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, 145 ss.

²⁰ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85 ss. con note di A. PALMIERI e di R. PARDOLESI, nella parte in cui i giudici del Palazzaccio scrivono che «la buona fede serve a mantenere il contratto nei binari dell'equilibrio e della proporzione». Sulla sentenza cfr. altresì il volume di S. PAGLIANTINI, *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, *passim*, e il nostro commento in *Abuso del diritto e contratti asimmetrici d'impresa*, cit., 81 ss.

²¹ Corte cost., ord. 21 ottobre 2013, n. 248, in *Contr.*, 2014, 926 ss., con nota di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, seguita da Corte cost., ord. 26 marzo 2014, n. 77, su cui cfr. S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e integrazione) tra Corte di giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Nuovi profili del diritto dei contratti. Antologia di casi e questioni*, Torino, 2014, 156 ss. Tra i commentatori delle due ordinanze cfr. altresì F.P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 690 ss. e in senso adesivo alla pronuncia del 2013 M. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in *Giur. cost.*, 2013, 3770 ss.

delle *stampelle* costituzionali²² per acquisire *vis* normativa. Ma l'argomento è palesemente retorico in quanto effettivamente cela il ben diverso intento di avvalersi della Costituzione per convertire la buona fede da regola di condotta a regola di validità. Si intende cioè conseguire l'obiettivo di decretare come nulla non già la clausola che neghi l'applicazione del principio di buona fede al singolo contratto, bensì la clausola che, in contrasto con la regola di buona fede, giunga al risultato di un contenuto iniquo. Sennonché simile funzione *destruens* della buona fede opera, nella fonte legislativa, solo in presenza di particolari presupposti, mentre nella disciplina generale del contratto e del rapporto obbligatorio la buona fede è contemplata unicamente come regola di condotta²³. Spetterebbe dunque alla solidarietà compiere il miracolo di tale trasformazione, e di vero miracolo dovrebbe trattarsi se è vero che lo stesso dovere di solidarietà, pur intriso di una straordinaria forza sul piano dei valori, resta, a sua volta, pur se applicato in proiezione orizzontale, nient'altro che una regola di condotta, dal contenuto non predeterminato²⁴ che, anche senza aderire al principio di separazione accolto nella sentenza Marziale²⁵, e ridimensionato nella sentenza Rordorf²⁶, impedisce comunque di accedere alla nullità. La solidarietà, dunque, può certamente potenziare sul piano dei valori la clausola di buona fede²⁷, ma non può conferirle una generale funzione *destruens* che non appartiene alla stessa solidarietà.

Ebbene, proprio il mutamento di funzione della buona fede da regola di condotta a regola di validità e lo strumento utilizzato per conseguirlo – un principio costituzionale fondamentale – conferiscono all'argomentazione una duplice portata applicativa: non solo la capacità di risolvere il contingente problema della caparra confirmatoria, ma in generale il potere di fondare un controllo puramente materiale sulla giustizia del contratto.

Quanto al problema contingente relativo alla caparra, stupisce che né il giudice *a quo* né la Corte costituzionale abbiano seguito il più agevole itinerario

²² L'espressione è di L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 9. Cfr. altresì BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 173.

²³ Sostiene efficacemente che «le "regole di validità" non possono essere ricavate dal giudice in sede di concretizzazione della clausola generale di buona fede» G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2009, 8.

²⁴ Alla predeterminazione della condotta fa riferimento D'AMICO, *op. ult. cit.*, 10.

²⁵ Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss.

²⁶ Cass. 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss.

²⁷ A tal fine le *stampelle* costituzionali un'utilità possono averla, sul punto ci sia consentito rinviare al nostro saggio, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 964.

dell'applicazione analogica dell'art. 1384 c.c. dettato in materia di clausola penale²⁸.

Il rifiuto di tale soluzione è basato, per un verso, sulla tesi della diversità strutturale e funzionale tra clausola penale e caparra confirmatoria e, per un altro verso, sulla presunta eccezionalità dell'art. 1384 c.c., in quanto norma considerata limitativa del potere dell'autonomia privata. In realtà, la diversità funzionale tra i due istituti non ostacola affatto l'analogia posto che tale procedimento ermeneutico è finalizzato proprio a ravvisare un'eventuale *ratio* condivisa fra istituti differenti e, a ben vedere, simile *ratio* certamente sussiste rispetto alla funzione di autotutela, che è l'unica a persistere – anche nel caso della caparra – quando l'operazione non volge a buon fine. Né appare ostativa la differenza strutturale consistente nella bilateralità della caparra a fronte dell'unilateralità della clausola penale²⁹, in quanto tale dato potrebbe tutt'al più riflettersi sulla valutazione originaria di “congruità” della caparra, ma non intacca in alcun modo il problema relativo alla possibile revisione dell'originaria rappresentazione di un giusto meccanismo di autotutela alla luce delle circostanze che si vengono a determinare³⁰, che, a ben vedere, è la vera funzione della riconduzione ad equità. La corretta identificazione del ruolo della riconduzione ad equità allontana, al contempo, anche il timore che si possa incorrere nel limite dell'art. 14 preleggi, in quanto la disciplina sulla clausola penale non determina una vera e propria limitazione dell'autonomia privata, poiché non mette in discussione la giustizia insita nell'accordo, bensì interviene sull'accordo per correggere ciò che, pur essendo inizialmente giusto, si rivela *a posteriori* concretamente ingiusto. D'altro canto, è quanto meno paradossale che, mentre si nega un procedimento analogico in quanto applicativo di una norma reputata limitativa dell'autonomia privata, si acceda poi, attraverso i principi, ad una ricostruzione ermeneutica che – come si dirà – è addirittura abrogativa e distruttiva rispetto all'essenza stessa dell'autonomia contrattuale.

²⁸ In tal senso, cfr. A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 287 ss.; PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, cit., 692; ID., *Caparra confirmatoria e riduzione giudiziale*, in *Enciclopedia Treccani.it*; più neutrale, ma certamente non sfavorevole all'analogia, la posizione di PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio*, cit., 156 s. che si sofferma soprattutto sulle diverse conseguenze rimediali della nullità rispetto all'intervento correttivo.

²⁹ Così viceversa D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit., 831.

³⁰ L'art. 1384 c.c., nel prevedere il potere del giudice di ridurre la penale manifestamente eccessiva, si riferisce ad un rimedio di tipo successivo con il quale il giudice è chiamato a verificare se la pattuizione, in origine valida e incentrata sulla realizzazione di un meccanismo di autotutela, resista al confronto con l'incidenza effettiva sulla penale delle circostanze concrete che si accertano *ex post*. Cfr. sul punto le acute osservazioni di ZOPPINI, *La pena contrattuale*, cit., 254 ss.

3.2. La critica attraverso il confronto con i valori costituzionali e con il dialogo istituzionale

L'interpretazione fondata sulla *Drittwirkung* del dovere di solidarietà, nel generalizzare il controllo materiale sulla giustizia di qualsivoglia contratto, determina un effetto che intacca il contenuto essenziale dell'atto di autonomia.

Ipotizzare un controllo di giustizia *ex fide bona*, riferito ad un contenuto contrattuale ritenuto dal giudice «non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte»³¹, vuol dire, infatti, ignorare le infinite possibili ragioni che hanno condotto a quell'intesa: l'utilità marginale del bene per il contraente; il desiderio di garantirsi l'affare rispetto ad altri acquirenti; un calcolo di convenienza; la superficialità nel governare le informazioni precontrattuali. In altri termini si priva di qualsivoglia valore l'accordo stesso. Ma tale risultato, oltre a dimenticare l'importante ammonimento che si legge nelle pagine di Rawls³² – a non tradire mai l'oggetto della riflessione sulla giustizia –, soprattutto inficia l'esistenza stessa dell'istituto del contratto. Simile conseguenza contraddice uno dei fondamenti delle teorie sulla giustizia e viola, sul piano giuridico, un valore basilare del sistema, qual è l'autonomia privata. Infatti, senza certamente accedere alla deprecabile tesi sostenuta dalla Corte di giustizia nel caso *Alemo-Herron*³³, che addirittura adduce l'inviolabilità dell'autonomia contrattuale, tuttavia, può sicuramente riconoscersi al potere di autonomia una garanzia d'istituto, attraverso l'art. 41 Cost. e attraverso l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, garanzia che si frappone ad interpretazioni capaci di minacciare l'essenza e l'esistenza stessa dell'istituto contrattuale³⁴.

Si aggiunga poi che immaginare un controllo di giustizia fondato sulla pura non proporzionalità fra le prestazioni vuol dire – specie quando viene in consi-

³¹ Corte cost. 248/2013 cit., 927.

³² RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 28 ss.

³³ Corte giust. 18 luglio 2013, C-426/11, in *Diritto dei servizi pubblici*, Riv. on-line, su cui si legga il commento di S. WEATHERILL, *Use and Abuse of the EU's Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of 'freedom of contract'. Judgment of the Court of 18 July 2013: Case C-426/11, Mark Alemo-Herron and Others v. Parkwood Leisure Ltd*, in *European Review of Contract Law*, 2014, 167 ss.

³⁴ Individuano nell'art. 41 Cost. la fonte di un riconoscimento diretto dell'autonomia contrattuale G. BENEDETTI, *Negoziio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, 97 s.; ID., *Appunti e osservazioni sul seminario*, in *Persona e mercato*, 1996, 139; S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione Europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 54 e in *Contratto e Costituzione in Europa*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2006, 96; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Napoli, rist. 2011, 31 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in *Annuario del contratto*, 2010, diretto da A. D'ANGELO e V. ROPPO, Torino, 2011, 27. Ci sia consentito rinviare a E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 666 ss.

derazione la giustizia economica – operare una comparazione con valori esterni al contratto, quale il giusto prezzo, che intanto possono reputarsi giusti in quanto sono frutto di accordi stipulati a particolari condizioni che garantiscano la giustizia del risultato. Di conseguenza, reputare come sempre irrilevanti le condizioni della contrattazione vuol dire perdere ogni parametro di riferimento per l'identificazione dell'iniquità o della non proporzionalità economica delle prestazioni.

Se il parametro sostanziale della giustizia – cioè i valori costituzionali – basterebbero ad escludere la legittimità di un puro controllo materiale sul contenuto del contratto, tale ricostruzione è invero inaccettabile anche nella prospettiva del dialogo istituzionale³⁵.

Quando la Corte costituzionale ipotizza un controllo materiale su qualsivoglia accordo, recita, a ben vedere, un monologo che spezza il dialogo rispetto al legislatore nazionale e contraddice tutti gli orientamenti espressi dal legislatore europeo, là dove il controllo *ex fide bona* è sempre associato alla presenza di asimmetrie di potere contrattuale³⁶.

Il monologo poi rischia di essere una vera e propria contrapposizione, ove si consideri che un controllo sul contenuto del contratto attuato in via automatica con la forza e il primato dei principi costituzionali potrebbe attribuire al giudice un potere abrogante di norme integrative del contratto, finanche di natura imperativa³⁷.

Ma la mancanza di dialogo non si rinviene, invero, soltanto dal lato della Corte costituzionale, poiché un atteggiamento di chiusura si riscontra anche dal lato della Cassazione³⁸ che, non solo ha rigettato – il che è condivisibile – l'impostazione teorica proposta dei giudici delle leggi, ma non ha neppure recepito

³⁵ MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 637 parla di un'appropriazione indebita da parte dell'interprete a scapito del legislatore.

³⁶ Né in senso contrario può evocarsi la disciplina in materia di ritardi di pagamento o di contratti relativi alla cessione di prodotti agricoli o agro-alimentari. Tali discipline, nell'omettere apparentemente il presupposto dell'asimmetria di potere, non intendono introdurre un puro e generalizzato controllo sull'esercizio dell'autonomia né si colorano di eccezionalità, bensì identificano aree nelle quali sussiste, al di fuori di accordi o di posizioni dominanti, un comportamento anticoncorrenziale talmente diffuso da giustificare la previsione di un controllo sull'esercizio dell'autonomia. Dette ipotesi, dunque, non richiedono la dimostrazione di una dipendenza economica e neppure possono automaticamente esportarsi al di fuori del loro campo applicativo, ma possono divenire modelli per possibili ulteriori interventi sull'autonomia nei casi in cui la diffusione di taluni comportamenti scorretti – ad esempio di un comportamento discriminatorio – sia, in un determinato ambito, talmente dilagante da squilibrare l'esercizio dell'autonomia contrattuale e da giustificare un controllo sulle relative scelte.

³⁷ D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit., 933 parla di principio "eversivo" dell'intero diritto contrattuale.

³⁸ V. Cass. 30 giugno 2014, n. 14776.

lo stimolo a fornire una soluzione "giusta" al problema della caparra confirmatoria, poiché, anziché prospettare l'applicazione analogica dell'art. 1384 c.c., è tornata a difendere l'impostazione rigidamente formalistica, negatrice dell'analogia e che inevitabilmente produrrà nuove fughe, magari scomposte, verso una maggiore giustizia sostanziale.

4. *La giustizia contrattuale sostanziale fondata sull'abuso del potere di autonomia privata. Critica*

L'ipotesi di una giustizia contrattuale puramente materiale dotata di una capacità di controllo su qualsivoglia contratto può emergere, non soltanto attraverso la proposta di convertire la buona fede da regola di condotta a regola di validità, ma anche facendo perno sulla generalità dell'abuso del potere di autonomia privata, supportato dalla latitudine della buona fede precontrattuale³⁹.

Chiaramente, perché tale costruzione possa consentire un controllo sostanziale diffuso su qualsiasi contratto, occorre riferirsi non all'abuso di una posizione di potere nell'esercizio dell'autonomia privata, ma all'abuso nell'esercizio dell'autonomia privata da parte di qualsivoglia contraente, anche in situazione del tutto paritaria rispetto alla controparte, e occorre altresì evocare un rimedio invalidante che rimetta in discussione il regolamento di interessi⁴⁰⁻⁴¹.

³⁹ Sembra accedere a tale impostazione F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 292 e ID., *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 525, che considera la giustizia una fine e la buona fede un mezzo, ma non lega poi a nessuna delle due una conseguenza rimediabile di carattere generale, mentre affida la scelta del rimedio al concorrere di altri parametri – il significativo squilibrio, il danno, la sopravvenienza – rispetto ai quali non chiarisce se l'ambito applicativo possa o non possa trascendere le previsioni normative, sicché al di là della generalità delle parole – giustizia e buona fede – non risulta del tutto palese se e quando la giustizia possa diffondersi oltre il dato normativo.

Analoghe riflessioni si rinvergono anche nel volume di G. SALVI, *Contributo allo studio della rescissione nello studio del nuovo diritto dei contratti*, Napoli, 2009, 263 ss. che parimenti sfuma molto le conseguenze sul piano rimediabile. Diverse e decisamente orientate sul terreno della tutela sono le posizioni degli Autori di cui alle note successive.

⁴⁰ Ipotizzano un vizio atipico del consenso sulla base della disciplina sulla responsabilità precontrattuale sia L. CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Napoli, 1979 sia R. SACCO, in R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, Torino, 2004, 620 ss. Quest'ultimo, in particolare, sostiene la possibilità di giungere, tramite l'art. 1337 c.c. abbinato all'art. 2058 c.c., sia al rimedio dell'annullamento sia a quello del risarcimento che «operano (alternativamente o cumulativamente) a favore dello stesso soggetto per raggiungere un solo risultato: cancellare un'ingiustizia» (622).

⁴¹ Meno dirompente, ma comunque incisivo, sarebbe l'effetto di un rimedio risarcitorio avente funzione correttiva di un contratto valido. Cfr. sul punto M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995, 135 ss. e v., *infra*, nt. 43.

Associare al generico abuso dell'autonomia contrattuale un rimedio invalidante, non soltanto si infrange contro obiezioni tecniche⁴², ma soprattutto entra in collisione con i parametri sostanziali e formali che fondano il contratto giusto in senso democratico.

Sotto il profilo del confronto con il piano dei valori l'ipotesi, conducendo all'esito di un controllo generalizzato su qualsivoglia accordo contrattuale, fa riemergere l'obiezione – mossa anche alla precedente ricostruzione – di infliggere un inaccettabile *vulnus* al cuore del contratto e dell'autonomia privata. Né il controllo materiale trova giustificazione in sovraordinati principi costituzionali: non può, infatti, aversi riguardo al principio di solidarietà, poiché tale principio non è in grado di sostenere un esito rimediabile invalidante, e non può farsi riferimento al principio di uguaglianza, se l'abuso viene riferito non a situazioni di squilibrio nell'esercizio del potere di autonomia, ma a qualsivoglia situazione – anche assolutamente paritaria – nella quale una delle due parti si comporti in maniera difforme rispetto alla regola di buona fede.

Ma soprattutto l'ipotesi di associare al generico abuso del potere di autonomia contrattuale un rimedio invalidante non resiste al parametro del dialogo istituzionale.

Mentre, infatti, l'eventuale individuazione di contratti asimmetrici equivale ad affiancare alla tradizionale disciplina liberal-tradizionalista, riflessa nel codice – e che resta operante per i contratti simmetrici – una nuova regolamentazione per i contratti asimmetrici, viceversa, la tesi che associ il rimedio invalidante al generico abuso del potere di autonomia contrattuale produrrebbe un effetto abrogante di una serie di norme in materia di vizi del consenso.

Dove infatti l'art. 1440 c.c. afferma che nel caso di dolo incidente il contratto è da ritenersi valido, dovremmo viceversa affermare che il contratto è invalido per abuso del potere di autonomia contrattuale, e analoghe considerazioni potrebbero svolgersi con riguardo agli altri vizi del consenso, che verrebbero contraddetti e disapplicati per effetto di un generale e generico vizio atipico.

L'ipotesi, d'altro canto, rischia di azzerare le tante articolazioni e distinzioni fra asimmetrie di potere, che – come si dirà – tracciano i lineamenti del modello ordo-liberista, così come di un possibile modello liberal-egualitarista, sicché la tesi di un abuso dell'autonomia contrattuale correlato in generale ad un rimedio invalidante entra in conflitto con i vari modelli di giustizia, che emergono dalle fonti legislative nazionali ed europee e che l'interprete è chiamato a far evolvere e a conciliare in una prospettiva evolutiva, ma non a cancellare⁴³.

⁴² Cfr. BARCELLONA, *Clauseole generali e giustizia contrattuale*, cit., 181 ss.; D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione*, cit., 1 ss.

⁴³ Un effetto distorsivo del sistema si avrebbe anche con la teoria che si avvale dell'abuso del potere di autonomia per correggere il contratto valido, ma iniquo (v. *supra*, nt. 41). Attraverso tale

5. I modelli di giustizia contrattuale misti e l'ambito dei contratti asimmetrici

5.1. Il modello ordo-liberista e il rapporto tra efficienza e giustizia

Il naufragio dei tentativi di fondare sulla mera buona fede la costruzione di un generale controllo sostanziale sulla giustizia del contratto suggerisce di risalire alla fonte dalla quale l'intero dibattito sulla giustizia contrattuale ha avuto principio: la disciplina sulla tutela del consumatore⁴⁴, che per prima ha intaccato il modello liberal-tradizionalista, riflesso nel codice.

Tale normativa è caratterizzata da una componente procedimentale – la sussistenza di un'asimmetria di potere al momento della formazione del contratto – e da una componente sostanziale, l'iniquità del contenuto contrattuale misurata attraverso la clausola di buona fede che, *a posteriori*, denota un abuso della posizione di potere. Simile disciplina ha introdotto due innovazioni radicali: ha sfruttato la capacità del contratto di produrre esternalità, per perseguire l'obiettivo della regolamentazione del mercato, e lo ha fatto intervenendo sul contenuto del contratto con lo strumento della correzione dell'asimmetria⁴⁵.

Questo modello di giustizia “mercantile” ha immediatamente sollevato, dal punto di vista ricostruttivo, problematiche esterne e problematiche interne.

All'esterno ha posto il dilemma sulla possibilità di tutelare *altre debolezze*⁴⁶ diverse da quelle connesse con i *market failures* nonché di perseguire *altri obiettivi generali*, diversi dalla regolamentazione del mercato.

Al suo interno, ha indotto, per un verso, a verificare la possibile rilevanza giuridica di situazioni di debolezza sul mercato differenti da quella del consu-

rimento correttivo il giudice sostituirebbe al bilanciamento di interessi attuato dal legislatore con i vizi del consenso un suo differente bilanciamento, il che realizzerebbe, in via interpretativa, se non una sostanziale abrogazione, certamente un aggiramento di non poche norme. Diverso, ovviamente, è ipotizzare un rimedio risarcitorio correttivo di un contratto valido, operante solo in caso di abuso del potere di autonomia nei contratti asimmetrici, come nel caso della violazione degli obblighi di informazione posti a tutela del consumatore o di altro contraente debole.

⁴⁴ Cfr. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., 32 ss. sul valore emblematico della disciplina a tutela del consumatore rispetto a quello che l'Autore definisce il terzo capitalismo.

⁴⁵ Con riguardo al consumatore parla di primo cerchio nel quale si articola la debolezza A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, 373.

⁴⁶ Si affaccia in tal modo l'immagine del contratto asimmetrico efficacemente ideata da V. ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2002, 53; ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, 639, che tuttavia di per sé pone, ma non risolve – come si dirà – il grande dilemma sulle asimmetrie giuridicamente rilevanti nell'ambito del principio di uguaglianza sostanziale. V. *infra* par. 6. Sul contratto asimmetrico cfr. la bella voce appena citata di BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, cit., 370 ss.

matore e, per un altro verso, ad indagare come possano coesistere, nella medesima disciplina, valori potenzialmente confliggenti, come l'efficienza e la giustizia, nonché interessi rispondenti a logiche non necessariamente coincidenti: come l'interesse generale e l'interesse particolare⁴⁷.

5.2. *La selezione delle asimmetrie macroeconomiche e il paradigma dell'efficienza*

Che il modello ordo-liberista sia guidato dall'obiettivo di garantire una maggiore efficienza del mercato, correggendo situazioni di debolezza che alterano il suo funzionamento, è un dato non controvertibile⁴⁸.

Ma sostenere che la giustizia è delimitata dalla finalità dell'efficienza non vuol dire, a ben vedere, che la giustizia debba essere costantemente subordinata ad una verifica in termini di maggior efficienza.

La prima affermazione – la giustizia rileva nei limiti dell'efficienza – equivale a dire che la logica dell'efficienza deve aiutare a plasmare il profilo procedimentale della giustizia, cioè l'individuazione delle condizioni di debolezza sul mercato che evidenziano il rischio di un suo fallimento (*market failures*).

La seconda affermazione – la giustizia non è subordinata all'efficienza – vuol dire che la disciplina va applicata a prescindere dalla prova delle concrete ricadute sul piano dell'efficienza, il che comporta che, in caso di conflitto fra giustizia ed efficienza, sono le ragioni della giustizia a dover necessariamente prevalere⁴⁹.

In tale prospettiva l'efficienza svolge un ruolo dominante non tanto nella disciplina del contratto asimmetrico, quanto proprio nella ricostruzione delle asimmetrie c.d. macro-economiche e deve supportare l'opera dell'interprete che, nell'ambito del modello ordo-liberista, non può ragionare in termini di generica debolezza, bensì di debolezza rispetto all'obiettivo del mercato regolamentato.

⁴⁷ Sulla distinzione fra le due prospettive cfr. C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel diritto della concorrenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 718; M.R. MAUGERI, *The Rules Applicable when Standard Contract Terms are Avoided and Contracts with Inequality of Bargaining Power: Construction of a Unitary Model of Invalidity or a Plurality of Models?*, in H. COLLINS (ed.), *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, in *Kluwer Law International*, 2008, 177 ss.; M.W. HESSELINK, *Towards a Sharp Distinction between B2B and B2C? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive*, in *European Review of Private Law*, 2010, 57 ss.

⁴⁸ F. DENOZZA, *Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di "parte debole"*, in *Orizz. dir. comm.*, 2013, 1 ss.

⁴⁹ L'immagine del mezzo e del fine è di MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 613.

Se la debolezza sul mercato è dunque il paradigma offerto dal modello ordo-liberista, si pone – già all'interno di questo modello – la difficoltà di trovare un orientamento nella selva delle possibili e molteplici diseguaglianze di potere contrattuale che si delineano, una volta spezzato il velo dell'uguaglianza formale.

Tale questione metodologica torna ad evocare l'obiettivo del contratto democratico, alla cui base si colloca l'esigenza di un dialogo fra legislatore ed interprete, in virtù del quale quest'ultimo deve trarre dai dati normativi gli indici di possibili debolezze rilevanti per la regolamentazione del mercato e, avvalendosi del metodo della comparazione con le nuove ed emergenti ingiustizie, trarre dalla realtà lo stimolo per ampliare, estendere e generalizzare le indicazioni del legislatore.

Così dall'abuso di dipendenza economica nella subfornitura si è passati a identificare una debolezza consistente nella mancanza di alternative sul mercato, che derivano per l'imprenditore da un pregresso rapporto contrattuale⁵⁰; e di qui si può risalire ad un paradigma ancor più ampio di mancanza di alternative sul mercato, che può discendere tanto da pregressi contratti quanto da altri fattori: dalla diffusione di prassi contrattuali scorrette, come emerge nella disciplina sui ritardi di pagamento⁵¹ e sui contratti relativi ai prodotti agrari e agroalimentari⁵², o dall'agire a valle di accordi che violano le regole sulla concorrenza, il che potrebbe giustificare un'estensione del controllo sul contenuto economico del contratto, sul modello della disciplina sulla subfornitura, finanche a favore del consumatore che si trovasse senza alternative sul mercato.

Questo modo di procedere non conduce ad annientare la distinzione fra consumatore e professionista, ma a prendere atto che talune debolezze proprie di una categoria possono, in particolari circostanze, riguardare anche l'altra, sicché i ruoli mantengono un significato, anche nell'adattamento dei rimedi, ma

⁵⁰ Favorevoli a tale estensione Cass. s.u. 25 novembre 2011, n. 24906, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 298 ss., con nota di V.C. ROMANO; Cass., sez. III, 23 luglio 2014, n. 16787, in *Contr.*, 2015, 241 ss., con nota di M. LAMICELA.

⁵¹ V. *supra*, nt. 31.

⁵² Con riferimento all'art. 62 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 la dottrina si è divisa fra: chi considera la norma una *species* del generale divieto di abuso di dipendenza economica, il che implicherebbe un'applicazione sottoposta alla prova della dipendenza economica; chi al contrario ritiene la norma sottratta a tale dimostrazione e, dunque, autonoma dalla dipendenza economica (in tal senso A. ARGENTATI, *La disciplina speciale delle relazioni commerciali nel settore agroalimentare. Riflessioni sull'art. 62 l. n. 27 del 2012*, in *Giust. civ.*, 2012, II, 446) e chi, infine, reputa la norma alla stregua di una tipizzazione normativa di una situazione di dipendenza che, dunque, non andrebbe autonomamente provata (in tal senso cfr. G. BIFERALI, *Nullità a tutela dell'impresa "dipendente" e filiera agroalimentare*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 613 ss. e spec. 617 ss.). V. *supra*, nt. 35.

non tracciano netti e distinti stati o comparti giuridici, secondo una concezione un po' esasperata, talora riflessa nell'immagine del terzo contratto⁵³.

Per converso, non si può estendere il paradigma dell'asimmetria informativa al di fuori del ruolo di consumatore, in quanto nei rapporti fra imprese le asimmetrie informative fanno parte delle regole del gioco e, dunque, tale estensione contraddirebbe la logica dell'efficienza e l'obiettivo della regolamentazione del mercato. Viceversa, è legittimo sostenere un ampliamento anche alle imprese del controllo normativo sul contratto in presenza della mancanza di potere di negoziazione associata alla predisposizione di condizioni generali di contratto. Il rilievo di tale asimmetria, oltre ad essere supportato dal dialogo istituzionale allargato alla disciplina di altri ordinamenti nazionali – compresa la recente riforma del sistema francese⁵⁴ – e alle fonti *extra ordinem*, è giustificato sia sul piano della giustizia sia su quello dell'efficienza, se è vero – come è stato evidenziato⁵⁵ – che il controllo sulla giustizia delle condizioni generali sollecita lo sviluppo di contratti standardizzati adattati a specifiche tipologie di attività, il che incrementa il funzionamento del mercato.

5.3. *La soluzione del potenziale conflitto tra efficienza e giustizia nella disciplina dei contratti dei consumatori*

La difficile coesistenza tra efficienza e giustizia nel modello ordo-liberista emerge non solo nella selezione delle asimmetrie rilevanti, ma anche in sede di applicazione della disciplina sulle clausole vessatorie. È quanto si evince dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di rilevanza d'ufficio della nullità di protezione e di integrazione del contratto eroso dalla nullità parziale necessaria.

L'iniziale approccio della Corte di giustizia al rilievo d'ufficio⁵⁶⁻⁵⁷ attribuisce un'assoluta centralità alle ragioni della giustizia, identificate con l'interesse del consumatore che, a «causa della sproporzione tra il valore della causa e i costi della difesa, a causa della sua ignoranza, soprattutto in quei procedimenti nei quali [è] ammess[o] dai singoli ordinamenti nazionali a difendersi da sol[o]» o a

⁵³ Cfr. G. GITTI-G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, *passim*.

⁵⁴ Il riferimento è all'art. 1171 del codice civile francese riformato.

⁵⁵ H. SCHULTE-NÖLKE, *No Market for 'Lemons': On the Reasons for a Judicial Unfairness Test for B2B Contracts*, in *European Review of Private Law*, 2015, 199 ss.

⁵⁶ Corte. giust. 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 e C-244/98, caso *Océano Grupo Editorial SA c. Rocio Murciano Quintero e altri*.

⁵⁷ Sugli interventi della Corte di giustizia in materia processuale cfr., fra gli altri, N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 361 ss. e spec. 398 ss.; V. TRSTENJAK, *Procedural Aspects of European Consumer Protection Law and the Case Law of the CJEU*, in *European Review of Private Law*, 2013, 451 ss.

causa di altre ragioni⁵⁸, potrebbe, in mancanza dell'iniziativa giudiziaria, non ottenere una piena ed effettiva tutela. Rispetto a tali esigenze, quelle dell'efficienza⁵⁹, legate alla capacità del rilievo d'ufficio di svolgere anche una funzione deterrente, in quanto «mezz[o] adeguat[o] ed efficac[e] a far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori», rivestono una funzione ancillare e di mero rafforzamento delle prime.

Quando, tuttavia, la Corte di giustizia inizia a dover valutare la rilevanza d'ufficio rispetto a impedimenti posti dalle discipline nazionali, specie in ambito procedimentale e processuale⁶⁰, immediatamente si delinea la necessità di legare la rilevanza d'ufficio ad una qualificazione della disciplina a tutela del consumatore come "equivalente" a quelle che negli ordinamenti interni occupano il rango dell'ordine pubblico. Simile svolta, che conduce dalla facoltà⁶¹ all'obbligo di rilevare d'ufficio⁶² e che si traduce nel passaggio dal richiamo all'interesse particolare al riferimento ad un interesse generale, ha creato le premesse per far ravvisare un potenziale conflitto tra giustizia ed efficienza.

In realtà, l'interesse generale che è sotteso al richiamo all'ordine pubblico non è quello all'efficienza, bensì un interesse generale rivolto pur sempre al piano della giustizia. La Corte, infatti, fonda tale qualificazione sull'attitudine della disciplina sui consumatori a «sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse»⁶³ e rileva come «la direttiva (...) costi-

⁵⁸ «A causa di un termine troppo breve, o per le spese ingenti che un'azione giudiziaria implica, o per ignoranza o, infine, per incompletezza delle informazioni delle quali dispon[e]»: così Corte giust. 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*.

⁵⁹ Tali ragioni vengono evocate dall'Avvocato generale Saggio, nella causa *Océano c. Rocío Murciano Quintero e altri* e poi riprese nei punti 25-27 della motivazione del caso Corte giust. 26 ottobre 2006, C-168/05 *Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium*.

⁶⁰ Il riferimento è: a termini scaduti per far valere l'invalidità (Corte giust. 21 novembre 2002, C-473/2000, *Cofidis*), al mancato rilievo della nullità nel procedimento arbitrale (Corte giust. 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium*; Corte giust. 21 febbraio 2013, C-472/11, *Banif Plus Bank*), al superamento della cosa giudicata formatasi su un lodo (Corte giust. 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*), alla mancata opposizione del debitore ad un decreto ingiuntivo (Corte giust. 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*), o ancora alla mancata eccezione in primo grado con effetto preclusivo dell'indagine in appello (Corte giust. 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*).

⁶¹ Corte giust. 27 giugno 2000, C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98, C-244/98, cause riunite *Océano Grupo Editorial SA v. Rocío Murciano Quintero e altri*.

⁶² Corte giust. 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikéné Györfi*, n. 32; Corte giust. 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*; Corte giust. 21 febbraio 2013, C-472/11, *Banif Plus Bank ZRT c. Csaba Csipai e Viktória Csipai*; Corte giust. 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse e de Man Garabito v. Jahani BV*.

⁶³ Corte giust. 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium* punto n.

tuisca], ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. *t*), CE, un provvedimento indispensabile (...) per l'innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno»⁶⁴.

Ciò che, dunque, si inferisce è una connessione fra l'interesse particolare alla giustizia e l'interesse generale all'uguaglianza sostanziale, che, a sua volta, è il tramite per conseguire – ma solo auspicabilmente, tant'è che non si deve dare alcuna prova – una maggiore efficienza nella regolamentazione del mercato. Detta relazione impone, di conseguenza, all'interprete di provare a coniugare, fintantoché sia possibile, i vari interessi correlati, ma dove il circolo virtuoso si spezza è la logica della giustizia a dover comunque prevalere.

La convergenza fra i diversi interessi è, innanzitutto, garantita dalla soluzione offerta dalla Corte di giustizia al problema della nullità parziale necessaria ostativa del meccanismo integrativo, nei casi in cui il contratto possa resistere senza le clausole vessatorie. L'esclusione dell'integrazione, infatti, *a fortiori* tramite un intervento correttivo del giudice, soddisfa al contempo le esigenze di tutela del consumatore, che si assicura l'affare depurato dalle clausole vessatorie, e l'obiettivo della deterrenza rispetto ai comportamenti sul mercato⁶⁵.

Per converso, quando il contratto, colpito in un suo elemento essenziale, non può resistere alla decurtazione è, viceversa, il ricorso al meccanismo integrativo che può soddisfare i molteplici interessi concatenati, sempre che l'integrazione ripristini "l'equilibrio reale" fra le parti⁶⁶. Da un lato, infatti, il consumatore ha interesse all'integrazione del contratto che gli consente di conservare l'affare, ma, da un altro lato, il mercato può avvantaggiarsi di tale meccanismo, se si con-

36; Corte giust. 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*; Corte giust. 21 febbraio 2013, C-472/11, *Banif Plus Bank ZRT c. Csaba Csipai e Viktória Csipai*, punto n. 38; Corte giust. 30 maggio 2013, C-397/11, *Jörös v. Aegon Magyarország Hitel Zrt.*, punti n. 24 e 46; Corte giust. 21 gennaio 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13, C-487/13, *Unicaja Banco, SA v. José Hidalgo Rueda e altri e Caixabank SA v. Manuel María Rueda Ledesma e altri*, punto n. 30.

⁶⁴ Corte giust. 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium* punto n. 37.

⁶⁵ Corte giust. 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito: «e' giocoforza»* – si legge nel caso *Banco Español de Crédito*, e in senso analogo la Corte si orienta nel caso *Asbeek Brusse* (Corte giust. 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse e de Man Garabito v. Jahani BV*) – «constatare che se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'articolo 7 della direttiva 93/13. Infatti tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive (...), dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti».

⁶⁶ Corte giust. 21 gennaio 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13, C-487/13, cause *Unicaja Banco, SA v. José Hidalgo Rueda e altri e Caixabank SA v. Manuel María Rueda Ledesma e altri*, punto n. 33.

sidera che, negando l'integrazione, si concederebbe al professionista un'arma sin troppo agevole per mettere in scacco la disciplina sulle clausole vessatorie: basterebbe inserire sempre nei contratti dei consumatori un oggetto non trasparente per garantirsi la via di fuga verso la nullità di pieno diritto. Simile combinazione di interessi può, dunque, far auspicare che la Corte, chiamata sinora a pronunciarsi solo sull'integrazione attuata attraverso una norma suppletiva⁶⁷, possa esprimersi in senso favorevole anche con riguardo all'integrazione equitativa del giudice, ove non sussista una disposizione derogabile⁶⁸.

Uno sforzo di far coesistere i molteplici interessi sembra ancora emergere nella soluzione accolta nei casi *Perenicová*⁶⁹ e *Jörös*⁷⁰ per l'ipotesi in cui il consumatore abbia un interesse soggettivo alla nullità totale. Il contesto invero risulta meno agevole dei precedenti, in quanto l'istanza di giustizia sembra qui fondarsi su un calcolo di convenienza del tutto personale, che in qualche modo potrebbe intaccare quella connessione fra interessi che giunge a garantire l'efficienza del mercato. Orbene, la scelta della Corte è, da un lato, quella di preservare la coesistenza fra i molteplici interessi negando il possibile rilievo di un interesse prettamente soggettivo del consumatore⁷¹, ma, da un altro, è anche quella di ammettere la compatibilità con la direttiva di leggi nazionali che, in nome dell'armonizzazione minima, diano un rilievo prioritario a tale interesse puramente soggettivo. Si ammette, dunque, che le ragioni della giustizia possano prevalere su quelle dell'efficienza.

Ma il vero punto di attrito emerge nel caso dell'opposizione del consumatore al rilievo d'ufficio⁷². Qual è, dunque, la spiegazione più convincente della tesi a favore del potere paralizzante di tale opposizione, accolta dalla Corte di giustizia⁷³ e condivisa dalla nostra Corte di cassazione?⁷⁴

⁶⁷ Corte giust. 30 aprile 2014, C-26/13, *Kásler c. OTP Jelzálogbank Zrt.*

⁶⁸ Sul tema cfr. L. VALLE, *La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale*, in *Contr. impr. Eur.*, 2014, 127 ss. Molto cauto sul punto è, viceversa, A. D'ADDA, *Nullità parziale e integrazione del contratto con regole dispositive*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. PAGLIANTINI, cit., 132.

⁶⁹ Corte giust. 15 marzo 2012, C-453/10, *Jana Perenicová e Vladislav Perenic v. SOS Financ, spol. s.r. o.*, in *Foro it.*, 2013, 171 ss.

⁷⁰ Corte giust. 30 maggio 2013, C-397/11, *Jörös v. Aegon Magyarország Hitel Zrt.*

⁷¹ Ciò in nome sia sul dato letterale dell'art. 6 della direttiva sia sull'esigenza di certezza dei traffici.

⁷² Corte giust. 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi*, punto n. 33.

⁷³ V. *supra*, nt. 60.

⁷⁴ Cass. s.u. 12 dicembre 2014, n. 26242, in *cortedicassazione.it*, con nota di S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola*, in *Contr.*, 2015, 113, evoca – a fondamento della rilevabilità d'ufficio – tanto la tutela dell'interesse all'integrità e all'efficienza del mercato, quanto l'interesse esponenziale alla tutela della classe dei consumatori e dei clienti.

Il tentativo estremo di coniugare i vari interessi, affermando che «il consenso libero ed informato alla clausola»⁷⁵ che esprime il consumatore con l'opposizione vada inteso come garanzia dell'originaria negoziazione e non vessatorietà della clausola⁷⁶, è, a ben vedere, una finzione poco convincente. Tale volontà, infatti, non ha nulla a che vedere con quella manifestata al momento della conclusione del contratto.

L'opposizione del consumatore non può essere, dunque, un recupero di non vessatorietà delle clausole, se queste vessatorie erano, né può essere intesa in senso stretto come sanatoria materiale⁷⁷, quanto piuttosto si configura come impedimento⁷⁸ al rilievo d'ufficio poiché intacca le ragioni stesse che sono a fondamento di quell'intervento. Il rilievo, infatti, serve a garantire che la tutela dell'uguaglianza sostanziale non venga frustrata da debolezze processuali, ma se il consumatore si oppone al rilievo d'ufficio dimostra in tal modo che l'uguaglianza sostanziale è pienamente preservata e così garantisce la tutela dell'interesse particolare, che è automaticamente espressione dell'interesse generale alla giustizia, anche se ciò potrebbe non garantire il risultato esterno di una maggiore efficienza del mercato. L'opposizione non si pone in contrasto con l'interesse generale nella misura in cui si accetta che l'interesse generale alla giustizia si realizzi attraverso l'interesse particolare alla giustizia.

La spiegazione della disciplina, in sostanza, risiede proprio nella peculiare dialettica tra efficienza e giustizia. La prima cerca di imprimere alla regola contrattuale uno scopo che trascende il singolo contratto attraverso il calco che identifica le asimmetrie macroeconomiche. La seconda, invece, ha un ruolo dominante nella disciplina del contratto non solo in quanto mezzo prescelto⁷⁹, ma anche in quanto strumento che al proprio interno incorpora una finalità prioritaria. In fase applicativa, dunque, se lo sforzo generale deve essere quello di far convergere la pluralità di interessi nella soluzione delle singole questioni opera-

⁷⁵ Corte giust. 21 febbraio 2013, C-472/11 *Banif Plus Bank ZRT c. Csaba Csipai e Viktòria Csipai*, punto n. 35.

⁷⁶ È questa l'impostazione di R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, in *Jus civile*, 2013, 394; EAD., «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1170 s.

⁷⁷ In tal senso cfr. S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Le forme della nullità*, cit., 47 ss.; ID., *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di giustizia*, in *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, a cura di C. SCOGNAMIGLIO, Torino, 2012, 21 ss.

⁷⁸ Ragiona in termini di limite processuale S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudice ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Studi in onore di C.M. Bianca*, III, Milano, 2006, 681.

⁷⁹ MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 613.

tive, dove si delinea un contrasto, la logica dominante non può che essere quella della tutela del contraente. Se così non fosse si dovrebbe sostenere che per attivare ogni singolo intervento di giustizia andrebbe di volta in volta dimostrato un reale impatto del medesimo su una maggiore efficienza sul mercato, il che, viceversa, è del tutto estraneo alla logica del controllo sulle clausole vessatorie. Come rileva acutamente autorevole dottrina⁸⁰: «il diritto dei consumatori impon[e] un determinato ordine inderogabile anche se si riveli inefficiente da un punto di vista economico».

6. *Il modello liberal-egualitarista e le asimmetrie microeconomiche. Autonomia privata e principio di uguaglianza*

L'importanza che già all'interno del modello ordo-liberista rivestono il bisogno di giustizia e il principio di uguaglianza sostanziale – evocato dalla Corte di Lussemburgo a fondamento del richiamo all'ordine pubblico – rende del tutto comprensibile il perché tale modello suscitò, quale primo interrogativo esterno, proprio quello relativo alla possibile rilevanza del principio di uguaglianza sostanziale anche al di fuori della logica mercantilistica⁸¹, in una dimensione dominata unicamente dalla pura giustizia.

Senonché l'essenza del dilemma non risiede nell'ovvio riconoscimento del rilievo generale del principio di uguaglianza sostanziale, quanto nella ricostruzione delle debolezze contrattuali che meritano una giuridica rilevanza.

Tolta la maschera dell'uguaglianza formale si disvela un mondo di infinite identità e diversità dinanzi alle quali – per usare le parole di Raiser⁸² – dobbiamo «rinunciare a trovare un metro assoluto di eguaglianza e di diseguaglianza». In mancanza di tale metro assoluto la soluzione non può evidentemente rinvenirsi nell'arbitrario isolato del singolo giudice, costruttore autonomo di un'amorfa categoria di contratto asimmetrico⁸³⁻⁸⁴, ma deve ricercarsi nel dialogo istituzionale e democratico.

⁸⁰ *Ibidem*, 617.

⁸¹ Osserva come attualmente l'unica finalità perseguita dal diritto privato è quella del mercato concorrenziale NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., 36.

⁸² RAISER, *Il principio di uguaglianza nel diritto privato* (trad. it.), cit., 12.

⁸³ ROPPO, *Il contratto del Duemila*, cit., 53; ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, 639.

⁸⁴ Critica rispetto a tale paradigma generico C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 551 e 581 che considera il «paradigma dell'asimmetria contrattuale [... nient'altro che] una formula riassuntiva di una serie di interventi normativi», facendo reputare «il

Occorre, dunque, verificare se nell'attuale complesso sistema delle fonti sussista un indice di riferimento per l'interprete che possa orientare la costruzione di un modello liberal-egualitarista.

Le fonti *extra ordinem* dei progetti di armonizzazione così come i modelli offerti dalla comparazione nel contesto europeo, compreso il riformato codice francese⁸⁵, prospettano la clausola della *unfair exploitation*, che identifica tipologie di debolezza contrattuale non legate a ragioni strutturali, ma a situazioni personali e contingenti⁸⁶⁻⁸⁷.

Ove tale clausola fosse accolta anche nel nostro ordinamento, il dialogo democratico avverrebbe affidando all'interprete il compito non solo di applicare la clausola, ma anche di individuare eventuali ulteriori asimmetrie di potere, attraverso la comparazione fra le debolezze già riconosciute e quelle che eventualmente dovessero mostrare un analogo bisogno di tutela. In altri termini, il giudice potrebbe avvalersi del principio di uguaglianza sostanziale, non maneggiandolo nel vuoto, bensì utilizzandolo come guida di un possibile ragionamento analogico, ragionamento che potrebbe aiutare a dare un senso alla clausola di *unfair exploitation* inserita nel sistema francese che si è irragionevolmente limitata a richiamare il mero stato di dipendenza⁸⁸.

Senonché il problema odierno è che la clausola di *unfair exploitation* non è ancora stata recepita nel nostro sistema, stretto nella disciplina asfittica della rescissione, tutta intrisa di una valenza peculiare⁸⁹ e di una configurazione eccezionale⁹⁰ che, per un verso, stridono con il dilagare del principio di uguaglianza sostanziale e, per un altro verso, contrastano con la flessibilità della nullità di protezione.

L'innesto del modello liberal-egualitarista sul modello tradizionalista, riflesso nella disciplina codicistica, incontra, in altri termini, notevoli difficoltà tecniche

controllo dello squilibrio contrattuale (...) una funzione del tutto eccezionale e specifica anche nell'attuale sistema differenziato del diritto dei contratti».

⁸⁵ Il riferimento è all'art. 1143 del riformato codice francese che, invero, evoca il mero stato di dipendenza.

⁸⁶ Lo stato di dipendenza, il rapporto di fiducia, le condizioni di difficoltà economica, le urgenti necessità, la prodigalità, l'ignoranza o inesperienza.

⁸⁷ Va ricordato che, se alcuni sistemi tradizionali – come quello tedesco – associano il tema al contratto contrario al buon costume e al rimedio della nullità, i progetti di armonizzazione e la recente riforma francese lo hanno invece associato all'annullabilità parziale, abbinata alla correzione *ex fide bona*, così incorrendo – come osserva BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 272. – «in una *defaillance dommatica*», che scambia una nullità relativa per un'annullabilità.

⁸⁸ V. *supra*, nt. 85.

⁸⁹ Della rescissione G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, 1, scriveva: «non si sa come sia nata, non si sa cosa sia, non si sa cosa ci stia a fare».

⁹⁰ BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 266 ss.

nel nostro ordinamento, in mancanza di un intervento legislativo, ma non delinea il rischio di un'incompatibilità sistematica, poiché – ove venisse recepita la clausola di *unfair exploitation* – essa comporterebbe semplicemente una dilatazione dell'ambito dei contratti asimmetrici, a scapito di quelli simmetrici. In sostanza, a differenza delle proposte di controllo generalizzato sulla giustizia del contratto che avrebbero effetti abroganti sulla disciplina tradizionale, tale normativa non avrebbe un effetto distruttivo del precedente modello, ma determinerebbe una sua evoluzione ed una sua integrazione con altri modelli.

Per converso, il rapporto fra il modello ordo-liberista finalizzato al governo del mercato e quello liberal-egualitarista, riflesso nella clausola di *unfair exploitation*, potrebbe evidenziare veri e propri punti di frizione, ove non si procedesse ad un loro adeguato coordinamento. A tal proposito, appare discutibile l'approccio che si rinviene in alcune proposte oramai tramontate – come il *Draft* e la proposta di *Cesl*, che ha lasciato il passo al progetto di *Digital Single Market* – e in molti modelli offerti dalla comparazione, che considerano l'*unfair exploitation* una disciplina genericamente applicabile a qualsiasi contraente, compreso un eventuale imprenditore. Talune tipologie di debolezza, infatti – in particolare l'ignoranza e l'inesperienza – se possono ritenersi idonee ad inficiare la giustizia del contratto fra soggetti non professionisti, devono ritenersi, viceversa, del tutto inidonee ad essere applicate al professionista che, se inesperto ed ignorante, non deve proprio stare sul mercato con quel ruolo.

In definitiva, è del tutto plausibile che possano coesistere nel sistema una pluralità di modelli: quello tradizionalista, che non è più espressione della vecchia concezione liberista, ma che serve a mantenere nei binari dell'uguaglianza formale tutto quanto non necessiti di un motivato intervento sul piano dell'uguaglianza sostanziale; quello ordo-liberista, che cerca di coniugare efficienza e giustizia, e quello liberal-egualitarista, che persegue esclusivamente un fine di giustizia. La loro coesistenza, tuttavia, in tanto può preservare una coerenza sistematica in quanto l'intersecarsi dei modelli sia orientato ad evitare risultati irragionevoli e in quanto le finalità perseguite non risultino fra di loro incompatibili. Ciò è garantito dalla giustizia commutativa nella sua funzione di obiettivo comune cui tende il nuovo intreccio fra esercizio dell'autonomia contrattuale e principio di uguaglianza sostanziale e che non rinnega il passato ma segna uno stadio evolutivo rispetto al precedente connubio fra esercizio dell'autonomia contrattuale e principio di uguaglianza formale.

7. Giustizia contrattuale e giustizia sociale

L'apertura ad una varietà e complessità di modelli e l'attenzione al profilo teleologico della giustizia introducono il secondo interrogativo esterno suscitato

dal modello ordo-liberista. Occorre, infatti, verificare se, individuata la capacità del contratto di generare esternalità e di incidere sul sistema, sia possibile, per il tramite della giustizia contrattuale, di natura commutativa, perseguire non soltanto il fine della regolamentazione del mercato, secondo la logica del modello ordo-liberista, ma anche – secondo le aspirazioni espresse nel *Manifesto sulla giustizia sociale in Europa*⁹¹ – un obiettivo di giustizia sociale, il che vuol dire sfruttare l'effetto distributivo del contratto in vista di una giustizia distributiva⁹².

Senonché il principale problema della giustizia sociale è l'accesso a beni e servizi primari a favore di soggetti che versano in condizioni socialmente ed economicamente fragili e che, dunque, rivendicano non tanto condizioni economiche eque rispetto al mercato, quanto condizioni adeguate alla loro situazione di debolezza. È evidente allora che affidare al contratto, e dunque al mercato, il compito di realizzare la giustizia distributiva, oltre che quella commutativa, non è possibile non solo perché produrrebbe l'immediata estromissione di tali categorie di soggetti dal mercato, più di quanto già il mercato di per sé non tenda ad emarginarli, ma soprattutto perché il giusto in senso commutativo non coincide con il giusto per chi è in condizioni di debolezza sociale. Basti riflettere sulla nozione di merito creditizio, che riveste un ruolo centrale nella recente direttiva mutui⁹³ e che rende tangibile come l'inevitabile logica selettiva del mercato sia antitetica rispetto alle carenze e ai bisogni dei soggetti socialmente deboli.

Se, dunque, risulta illusorio affidare alla giustizia contrattuale l'onere di risolvere il principale problema della giustizia sociale⁹⁴, diverso sarebbe ipotizzare interventi legislativi sul contratto che cercassero di integrare gli strumenti privatistici⁹⁵ con interventi pubblicistici al fine di sostenere l'accesso al mercato

⁹¹ *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 99 ss.

⁹² Ammettere che la disciplina del contratto possa perseguire obiettivi di giustizia distributiva – cfr. A.T. KRONMANN, *Paternalism and the Law of Contracts*, in *Faculty Scholarship Series. Paper*, 1983, 1065, la *Behavioral Law and Economics*, i *Critical Legal Studies* (cfr. D. KENNEDY, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with special reference to compulsory terms and unequal bargaining power*, in *Maryland Law Review*, 1982, 41, 563 ss.; ID., *La funzione ideologica del tecnicismo nel diritto dei contratti*, cit., 317 ss.) – non implica in alcun modo affidare alla giustizia contrattuale e alle clausole generali tale compito: cfr. H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 659 ss. e 678 ss.; ID., *Social Market and the Law of Contract*, *ARSP-Beiheft* 49, 1992, 85, 87, l'idea che le clausole generali possano avere l'attitudine a realizzare il fine della giustizia sociale.

⁹³ Dir. 2014/17.

⁹⁴ BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 298 ss.; MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 610 ss.; A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 78 ss.

⁹⁵ Dubita che il solo diritto privato possa risolvere i problemi di giustizia sociale BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 301 ss.

di categorie socialmente deboli. Le ipotesi potrebbero andare dalla già sperimentata agevolazione fiscale all'idea di un'integrazione del corrispettivo da parte del soggetto pubblico a favore di chi versi in condizioni di particolare debolezza. Questo perché il contratto rinnega sé stesso se è orientato verso la logica distributiva, mentre è quest'ultima che deve accompagnare i più deboli – ovviamente per il tramite di interventi legislativi – verso le esigenze del contratto e del mercato. In tal modo lo Stato, anziché elargire sostegni economici non finalizzati, potrebbe orientare i finanziamenti, aiutando l'accesso ai bisogni primari.

Chiarito che la redistribuzione sociale non può puramente affidarsi alla giustizia contrattuale, diverso è chiedersi se la debolezza sociale in quanto dato reale non si riverberi in qualche modo sulle asimmetrie microeconomiche, instillando in tal modo sulla giustizia contrattuale qualche "goccia di olio sociale", che dà un sostegno, sia pur piccolissimo, al perseguimento degli obiettivi sociali.

In particolare, la condizione sociale del contraente inevitabilmente contribuisce a identificare in concreto le tipologie di debolezze contingenti, poiché è evidente, ad esempio, che la condizione di disoccupato o di fallito possano facilmente evidenziare uno stato di bisogno o di necessità, così come sempre la condizione di necessità potrebbe emergere a favore di chi, discriminato per ragioni razziali nell'accesso alla locazione di un immobile a fini abitativi, accettasse condizioni inique, pur di stipulare il contratto. E ancora, il noto caso *Bürgschaft* deciso nel sistema tedesco⁹⁶, nel quale la relazione di fiducia tra padre e figlia aveva indotto quest'ultima a indebitarsi con una fideiussione a tal punto da non poter proseguire i propri studi, è emblematico di come il dato sociale condizioni l'individuazione dell'asimmetria, posto che certamente il *BGH* non avrebbe invocato la relazione di fiducia *ex* § 138 *BGB* se la figlia fosse stata particolarmente benestante.

In sostanza, tutte le condizioni di asimmetria microeconomica, in quanto necessariamente ricettive del dato reale, si prestano ad acquisire una fisionomia intrisa di ragioni anche sociali e del bisogno di tutela dei valori primari, senza che questo possa né debba condurre ad etichettare aprioristicamente le condizioni di debolezza sociale come situazioni di debolezza contrattuale, con l'esito di isolare tali posizioni sul mercato. Il fine sociale, cioè, non può essere la ragione unica che guida l'individuazione delle condizioni di debolezza, ma d'altro canto l'accertamento delle condizioni di asimmetria contrattuale, in quanto fondato sul dato reale, non può essere impermeabile anche alle situazioni di debolezza che derivano dagli squilibri sociali. In tal modo la giustizia contrattuale può offrire un piccolo contributo alla lotta contro le ingiustizie sociali, senza che

⁹⁶ Sul tema cfr. in prospettiva comparativa GRUNDMANN, *Constitutional Values and European Contract Law*, cit., *passim* e C. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law*, The Netherlands, 2008, *passim*.

questo debba divenire un argomento per rinunciare a più incisivi e risolutivi interventi finalizzati alla giustizia distributiva.

Se, dunque, il modello liberal-egualitarista può colorarsi di connotazioni sociali nell'individuazione concreta delle situazioni di asimmetria di potere, lo stesso non può accadere nel modello ordo-liberista che, nell'individuazione delle asimmetrie contrattuali, guarda solo ai ruoli sul mercato.

Tuttavia, proprio la concretezza dell'accertamento sulla giustizia contrattuale, il suo calarsi in una realtà densa di tensioni sociali non lasciano del tutto indifferente la stessa disciplina del contratto dei consumatori.

Da un lato, il potenziamento della tutela del consumatore si offre al soggetto socialmente debole come possibile strumento per ambire ad una protezione giuridica, che talora può risultare più incisiva di quella garantita dalle stesse leggi nazionali ispirate a finalità sociali. A tale richiesta di aiuto non si sottrae la Corte di giustizia, non certo in quanto paladina delle problematiche sociali, ma proprio nel suo precipuo ruolo di Corte che assicura e potenzia – attraverso il grimaldello del principio di effettività – la tutela del consumatore. Emblematico il caso *Unicaja Banco, SA v. José Hidalgo Rueda e altri e Caixabank SA v. Manuel María Rueda Ledesma e altri*⁹⁷, nel quale la Corte ritiene legittimo un sindacato di abusività nei riguardi di una norma – la Ley 1/2013 dell'ordinamento spagnolo – che si era già posta un obiettivo di natura sociale, prevedendo una limitazione (non più del triplo degli interessi legali sulla somma principale insoluta) per gli interessi di mora sui mutui e sui crediti destinati all'acquisto dell'abitazione principale, garantiti da ipoteche. In particolare, si ritiene che, integrando il contratto con la previsione legale onde evitare la sua totale nullità, vada comunque operato un controllo di non abusività della clausola derivante dall'integrazione normativa. In tal modo, tale controllo mostra di poter introdurre un vaglio sostanziale e *a posteriori* rispetto ad un intervento normativo già intriso di una finalità sociale. Questo non solo conferma, a favore del consumatore, una lettura più che restrittiva della scriminante costituita dalla riproduzione di norme di legge, ma soprattutto dimostra che il ruolo di consumatore, e dunque la giustizia contrattuale, possono nel caso concreto potenziare la tutela a vantaggio di un soggetto socialmente debole, pur se già protetto da un intervento normativo.

In un'altra direzione, sempre la Corte di giustizia, entrando in contatto con le ingiustizie reali sempre più esasperate dalla crisi economica, comincia a considerare il volto reale del soggetto socialmente debole che si cela dietro la maschera anodina del consumatore e che, per effetto di clausole vessatorie e dei meccanismi processuali che esse attivano, vede esposti a rischio suoi valori pri-

⁹⁷ Corte giust. 21 gennaio 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13, C-487/13, cause *Unicaja Banco, SA v. José Hidalgo Rueda e altri e Caixabank SA v. Manuel María Rueda Ledesma e altri*.

mari, quali il diritto all'abitazione, sicché l'elemento della giustizia sociale finisce per incidere sull'*enforcement* della tutela del consumatore.

Tale dato emerge da molteplici sentenze. Se già nella pronuncia relativa al caso *Aziz* del 2013⁹⁸ faceva la sua apparizione il rilievo del diritto all'abitazione, come fattore di rafforzamento dell'argomento fondato sull'effettività della tutela del consumatore, e se già nella sentenza *Sancez Morcillo* del 2014⁹⁹ veniva considerata inadeguata la tutela puramente risarcitoria assicurata al consumatore opponente rispetto ad una procedura esecutiva innescata da una clausola abusiva, in quanto tale rimedio non eliminava l'effetto per il consumatore e per la sua famiglia della perdita dell'abitazione, con la pronuncia C-34/13 del 10 settembre 2014 *Kušionova c. Smart Capital a.s.*¹⁰⁰, il riferimento al diritto all'abitazione diviene – almeno sul piano declamatorio – ancora più importante. Il giudizio sulla proporzionalità dell'intervento giudiziale fondato sull'invalidità della clausola abusiva deve tenere conto – si dice – «della circostanza che il bene oggetto del procedimento di esecuzione stragiudiziale sulla garanzia (...) è il bene immobile che costituisce l'abitazione della famiglia del consumatore. Infatti, la perdita dell'abitazione familiare non è solamente idonea a violare gravemente il diritto dei consumatori, ma pone i familiari del consumatore interessato in una situazione particolarmente delicata». E di qui si passa a rammentare il rilievo per la Corte europea dei diritti dell'uomo della tutela del diritto all'abitazione e a proclamare il dovere del giudice del rinvio ad attuare la direttiva 93/13, tenendo conto del diritto all'abitazione che «nel diritto dell'Unione (...) è un diritto fondamentale garantito dall'art. 7 della Carta».

In definitiva, finanche il modello ordo-liberista volge fuggelvolmente lo sguardo verso la persona che si cela dietro il consumatore e, pur restando estraneo al perseguimento di obiettivi sociali, dimostra una qualche sensibilità a quei valori che con tanta enfasi sono stati proclamati dal Trattato di Lisbona.

8. I tre livelli del rapporto fra giustizia procedurale e giustizia sostanziale

Il tema della giustizia contrattuale evoca la dicotomia sostanziale-procedimentale a differenti livelli.

L'alternativa si pone rispetto al paradigma stesso di giustizia che dall'alto guida l'individuazione del contratto giusto, in quanto molte delle teorie sulla

⁹⁸ Corte giust. 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz v. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*.

⁹⁹ Corte giust. 17 luglio 2014, C-272/13, *Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García v. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*.

¹⁰⁰ Corte giust. 10 settembre 2014, C-34/13, *Kušionova c. Smart Capital a.s.*

giustizia sono contrattualiste e, se talune hanno carattere procedimentale, altre – come quella di Rawls alla quale ci si è variamente ispirati – combinano elementi procedimentali (l'accordo istituzionale) ad elementi sostanziali (i principi fondamentali condivisi).

La medesima alternativa si ritrova nel dibattito sulla giustizia contrattuale, diviso fra impostazioni procedimentali e logiche sostanziali. E proprio la concezione mista della giustizia – dunque il dialogo istituzionale alla luce dei principi costituzionali – induce a prediligere un paradigma misto di giustizia contrattuale nel quale è necessario – in nome del principio di uguaglianza sostanziale – rilevare un'alterazione connessa con il procedimento (l'abuso di una situazione di potere) per attuare un controllo materiale sul contratto.

Infine, la dicotomia sostanziale-procedimentale¹⁰¹ evoca un terzo livello che è quello della dialettica tra dimensione sostanziale e processuale, attraverso la quale il volto della giustizia contrattuale si definisce nella sua concretezza e realtà.

La dialettica fra questi tre livelli disegna la centralità del ruolo dell'interprete, cui spetta dare voce ad uno «spartito corale»¹⁰², allontanando l'immagine della giustizia come un «pugno battuto sul tavolo»¹⁰³, come l'urlo di una voce che si erge da sola a paladina dei valori; l'immagine che poi ciclicamente rischia di riproporre la reazione di un diritto che invoca prepotentemente il ritorno alla certezza.

I principi e le clausole generali non possono essere contenitori infiniti consegnati al monologo giudiziale, ma rappresentano la trama di valori che consente all'interprete di intessere un dialogo con gli altri attori istituzionali. Questo si traduce nello sforzo di portare a sistema i frammenti di modelli delineati dal legislatore nazionale ed europeo – il modello ordo-liberista e quello liberal-egualitarista che vanno ad integrarsi con quello tradizionalista –; di coordinarli fra di loro e di recepire attraverso il contatto con le ingiustizie reali i nuovi bisogni di giustizia e dunque le linee evolutive del sistema.

E ciò che svela il monito di Amartya Sen, che invita a confrontarsi con le ingiustizie reali, è un mondo che trasuda iniquità sociali, talmente neglette dal diritto da riversarsi sulla stessa giustizia contrattuale. Questa se, da un lato, non può volgere lo sguardo dinanzi a chi invoca tutela, da un altro lato, non può offrire niente più che la giustizia commutativa, incapace, senza interventi legislativi che supportino economicamente le parti socialmente deboli, di realizzare finalità distributive.

¹⁰¹ Sulla dialettica fra questi due piani cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 629.

¹⁰² U. BRECCIA, *Diritto, Verità, Giustizia*, in ID., *Immagini del diritto privato*, I, Torino, 2013, 307.

¹⁰³ *Ibidem*, 295.

L'intrecciarsi nella realtà dei diversi bisogni di giustizia trasmette l'immagine più evidente di come l'una giustizia (quella contrattuale e commutativa) non possa sostituirsi all'altra (quella sociale), senza tradire il valore stesso della parola giustizia: non può la buona fede oggettiva – scrive autorevole dottrina¹⁰⁴ – gettare una "mano di bianco" su un vecchio edificio che ha abbandonato il fine della tutela sociale. La ricerca della giustizia finanche nel contratto non deve essere il segno di una rinuncia alla giustizia nella società; al contrario, deve incarnare la tensione dell'intero ordinamento verso un obiettivo – la giustizia nella sua latitudine – mai pienamente raggiunto, eppure irrinunciabile per il diritto¹⁰⁵.

¹⁰⁴ BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 292 ss.

¹⁰⁵ BRECCIA, *op. loc. ult. cit.*

PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ E CLAUSOLE GENERALI: IL CANONE “ARMONIZZANTE” DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

di *Stefano Pagliantini*

SOMMARIO: 1. Effettività europea e clausole generali: i termini della questione. – 2. I diritti dei consumatori come trans-ordinamentali ed il vincolo multiplo dell’interpretazione autonoma. – 3. Il principio di effettività nell’interpretazione della direttiva 93/13/CE e l’*idolum fori* della c.d. giustizia contrattuale. – 4. Principio di effettività, *judicial enforcement* del diritto alla conformità e simulacro del “giusto rimedio” nella direttiva 99/44. – 5. Intermezzo: ancora sull’*Abschreckungseffekt* delle direttive 93/13 e 2008/48, per un indispensabile chiarimento su di (un’apparente) *Drittwirkung* dei diritti fondamentali. – 6. Epilogo, a mo’ di catalogo riassuntivo, in cinque punti.

1. *Effettività europea e clausole generali: i termini della questione*

Perché il lettore sia edotto da subito del problema, ecco già esplicitata la tesi che si intende qui dimostrare:

a) che, contrariamente a quanto capita talora di leggere¹, non c’è in atto, almeno in materia consumeristica, un qualche *revirement* personalistico della Corte di *Luxembourg* valorizzante il canone di una giustizia contrattuale commutativa o distributiva;

b) che dominante, piuttosto, nella giurisprudenza corrente della CEG, è

¹ Di un *social-justice oriented approach*, seppure con una diversità di intonazioni, discorrono H.W. MICKLITZ-N. REICH, *The Court and Sleeping Beauty: the Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)*, in *Common Market Law Review*, 2014, 51, 771 ss.; P. IAMICELI, *Diritto dei contratti, principio di proporzionalità e tutele contro l’inadempimento*, in *Annuario del contratto 2014*, diretto da A. D’ANGELO e V. ROPPO, Torino, 2015, 36. La più compiuta rivendicazione del valore personalistico si legge, notoriamente, in P. PERLINGIERI, *Mercato solidarietà e diritti umani*, in ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006, 471 ss. Per una limpida sintesi v. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*², Torino, 2015, 120 ss. e 128 ss.

l'idea di una tutela modellata sul principio di un diritto del consumatore a servirsi di un *rimedio effettivo* (art. 47 CDFUE);

c) che allora, e segnatamente, a delinarsi, è un'integrazione processuale affidata alla tecnica, mediana rispetto alle due classiche di un reticolo di *norme comuni* ovvero di *limiti* teleologicamente orientati all'autonomia processuale degli Stati membri, di «un'armonizzazione “per principi”»²; epperò che

d) al contrario di quella domestica, notoriamente calibrata sul combinato disposto degli artt. 24 e 3, co. 2 Cost.³, l'effettività di cui all'art. 47 CDFUE, al fine di ottimizzarla, deve *specchiarsi* nell'effetto utile delle singole direttive⁴: e, siccome quelle consumeristiche sono tutte *market oriented*⁵, l'intonazione complessiva del discorso vede in realtà il canone della *best consumer protection* (art. 38 CDFUE) completamente infeudato in una dimensione non ostile ma organica ad una logica di stampo capitalistico⁶, rivelando una matrice di puro contrasto si vuol dire ad un profitto opportunistico in quanto lucrato falsando il corretto funzionamento del mercato⁷. Il consumatore, come viene fatto notare, con lucido disincanto, si staglia così quale «livello di guardia» di una «libertà di concorrenza» che «non può essere superato verso il basso»⁸. Ove il “basso” è di

² V., con grande incisività, E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 2013, 661 ss.

³ V., per tutti, A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 825 ss. e A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 703 ss. Sulle epifanie attuali che il suddetto principio, originariamente incorporante il (solo) valore di un'atipicità del diritto d'azione (cfr. V. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Scritti giuridici*, I, *Teoria generale del processo*, Milano, 2007, 7), conosce nel diritto vivente, v. I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, 59 ss. e G. VETTORI, *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, 2015, 23.

⁴ Per tutti S.M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009, 62 ss. e N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le “tecniche” della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, spec. 373 ss., 386 ss. e 400 ss.

⁵ Di nuovi limiti alla libertà contrattuale, in quanto «le moderne regolamentazioni di diritto privato, spesso settoriali, hanno un fine determinato da realizzare», discorre S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, 104. In termini non dissimili E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quad. fior.*, 2014, 620 ss.

⁶ Cfr. N. IRTI, *La fondazione hegeliana del diritto dei consumatori*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di P. SIRENA, Milano, 2006, 476 mentre alla retorica del contraente debole sembra invece sensibile J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, 1992, trad. it., Milano, 1997, 67, quando accredita l'immagine di una società dei consumatori che potrebbe suonare come «la riva di Lilliput». Per una sintesi sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Una mirada a la protección contractual del consumidor en Italia*, in *Rev. Der. Priv.*, 2015, 191 ss.

⁷ In maniera esemplare v. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, 97 ss.

⁸ Così C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 256 ss.

esclusiva pertinenza delle direttive armonizzanti. In gergo *civilian*, non c'è un diritto del consumatore riconosciuto come *prevalente* su quello del professionista, piuttosto l'attributo di "ingiustificato", in quanto causa di un danno seriale, è predicato dell'arricchimento così locupletato dal professionista.

Chi già volesse allineare le lett. *b)*, *c)* e *d)*, si avvedrebbe subito che l'effettività dell'art. 47, naturalmente nel suo significato oggettivo e non nella sua versione "minima" di diritto all'azione⁹, è divenuto il principio generale nel quale si compendiano regole che prima si estraevano deduttivamente da «frammenti normativi»¹⁰.

Naturalmente, sulla scorta della cornice assiologica descritta, non suonerà più davvero calzante discorrere di una *abgebroche Harmonisierung*¹¹, per via dell'agnosticismo di una CEG solitamente riluttante a coniare una nozione sovranazionale di buona fede o di ragionevolezza. Un'armonizzazione per principi che si fa giudizialmente per via rimediabile vede infatti le clausole generali rilevare non in presa diretta, previa cioè un'integrazione valutativa extralegale della loro indeterminatezza¹², ma come un *posterius* incentivante il *private enforcement* del diritto europeo¹³, con una loro concretizzazione che è, per riflesso, sempre finalizzata ad innervare lo scopo avuto di mira dalla singola direttiva. Può ragionevolmente parlarsi, e da qui scaturisce la tendenza denunciata a sovrapporre promiscuamente clausole generali e principi¹⁴, di una Corte che pratica di preferenza un'*interpretazione autonoma* di stampo finalistico riservante alle clausole

⁹ Il che implicherebbe la tutela di un bene processuale (e non sostanziale): v., per tutti i ragguagli, R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, 11 e 25. Per mera completezza del discorso, rammentiamo invece che l'effettività oggettiva soltanto in senso descrittivo può intendersi come epifenomeno del principio di effettività quale esito «del processo applicativo del diritto» (così N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 892). La distinzione tra effettività, efficacia ed efficienza si incontra, per altro, nella pagina di N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009, 8.

¹⁰ Così CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione*, cit., 661.

¹¹ Secondo la ben nota formula coniata da J. BASEDOW, *Der europäische Gerichtshof und die Klauselrichtlinie 93/13: der verweigerte Dialog*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, I, Padova, 2010, 150 ss. e ID., *The Court of Justice and private Law: Vacillation, General Principles and the architecture of the European Judiciary*, in *European Review of Private Law*, 2010, 443 ss.

¹² Per tutti L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss.; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, *ibidem*, 21 ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1 ss. e G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 2011, 1707 ss.

¹³ Dunque un'effettività, come limpidamente si scrive, «al tempo stesso parametro identificativo del sistema normativo comunitario e criterio interpretativo per garantirne una corretta attuazione»: così CARBONE, *Principio di effettività*, cit., 10.

¹⁴ Cfr. G. ALPA, I "principi generali del diritto civile" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in *Giust. civ.*, 2014, 336.

generali (o ai concetti indeterminati) una latitudine semantica che cresce o si comprime a seconda della loro funzionalità a reprimere degli abusi seriali di mercato. Rimedio “effettivo” od “adeguato”, nell’uso epistemologico della Corte, è infatti quello colla maggiore efficienza *dissuasiva* in quanto disincentivante il professionista dal compiere slealtà che noccono, prima di tutto, al mercato quale istituzione che regge il benessere collettivo.

Quand’è così, non si ha perciò una Corte che aneli a costruire una *soziale Marktwirtschaft*¹⁵, quanto e piuttosto degli arresti che, sulla premessa di un consumatore rilevante alla sola stregua di un soggetto vulnerabile perché la sua libertà negoziale è «*disqualifiée*» e tutta rinserrata in uno scegliere lo scambio più conveniente (in quanto meglio massimizzante il suo benessere)¹⁶, fanno delle clausole generali un postutto che si dispiega *sempre e solo* in favore della tecnica protettiva che, per il medio della maggior utilità individuale, più si mostri al servizio «della massimizzazione del benessere complessivo»¹⁷. Come si è scritto, la libertà di scelta del *consumatore informato* non è di tipo *strategico* ma *parametrico* visto che normativamente lo si raffigura come un soggetto che destinerà «le proprie risorse nella maniera che gli consente di ottenere il massimo di soddisfazione possibile nella situazione data»¹⁸. Orbene, se si ha poi cura di considerare che conducente al benessere collettivo è reputato l’insieme delle scelte individuali massimizzate, verrà allora fatto di notare come il sentenziare che un *rimedio nazionale non è effettivo* equivale ad indirizzare la legislazione nazionale derivata nel modo che sia (o risulti) più confacente ad un mercato funzionante *se fatto* di transazioni massimizzanti. Il tutto sul sottinteso, evidentemente, che queste tante più saranno quanto più verranno abbattuti *rimedialmente* i costi transattivi affliggenti questa o quella operazione economica.

Sebbene possa sembrare sofisticata, la pre-comprensione assiologica di questa giurisprudenza è, dunque, di una linearità argomentativa in realtà stringente.

¹⁵ Suggesta invece, valorizzando segnatamente la classica pagina di N. LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1 ss., da F. DELLA NEGRA, *Diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e diritti dei consumatori*, in *La CEDU e il ruolo delle Corti*, a cura di P. GIANNITI, in *Comm. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. DE NOVA, Bologna-Roma, 2015, 1567 ss.

¹⁶ Così J. ROCHFELD, *La protection du consommateur – contractant dans l’Union européenne: quelques enseignements sur le statut de la liberté contractuelle et des contrats à durée indéterminée*, in *Rev. des contrats*, 2013, 847, che parla di uno statuto della libertà contrattuale, in materia di rapporti di consumo, di tipo scettico o realista. Per la dicotomia tra consumatore come *homo oeconomicus* ovvero *homo consumens* v., recentemente, H.W. MICKLITZ, *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Elgar, 2011, 3 ss.

¹⁷ Sulla premessa che sia questo «l’imparziale parametro di valutazione di ogni possibile conflitto tra diverse pretese individuali»: così F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 16.

¹⁸ Cfr. DENOZZA, *op. ult. cit.*, 19.

Se infatti, premessa maggiore, è la massimizzazione dei consumi individuali a recare con sé un mercato efficiente, visto poi, premessa minore, che è *questo modello di mercato* che il legislatore europeo ha eletto ad istituzione di utilità sociale, diventa allora consequenziale riconoscere che l'individuazione del rimedio effettivo sia tutt'uno col cesello della tecnica meglio ripristinante la concorrenzialità violata. Non dunque un'effettività a tutela *del contraente debole* quanto un'effettività *market oriented* proprio perché il consumatore è un contraente debole, la cui attitudine a decidere razionalmente, cioè in termini di autogoverno responsabile, «*est jugée inopérante*»¹⁹.

Quando l'art. 7 dir. 93/13, ma altre formule consimili non sono da meno²⁰, fa questione di un rimedio *adeguato* a contrastare l'abuso della libertà contrattuale, nello stile della Corte ciò significa che l'effettività della tutela *ex art. 47*, quale "norma *statuens*"²¹, fa da titolo dal quale rampolla, a mo' di concretizzazione, una regola d'azione, enunciante la *primauté* del diritto europeo, confezionata solitamente come il risultato o di un'*interpretazione adeguatrice*²² ovvero, non potendo l'obbligo di una lettura conforme costituire titolo per praticare un'*interpretazione contra legem* del diritto nazionale (*Adeneler*, C-212/04)²³, mediante una *disapplicazione* della norma interna incompatibile. *Negativer* e *positiver Anwendung*, detto alla tedesca, abbinandosi all'effetto di esclusione (della norma interna o del suo significato incompatibile) uno in sostituzione (il precetto o il senso conforme alla *ratio* della direttiva). Una *mittelbare Drittwirkung negativa*²⁴, come la migliore dottrina ha avuto modo di definirla, perché la direttiva, caduta la norma interna incompatibile, non riceve un'applicazione diretta ma riflessa, la fattispecie concreta essendo retta, rimosso il frammento di norma non

¹⁹ Così ROCHFELD, *La protection du consommateur-contractant*, cit., 847. Nella dottrina italiana, per tutti, CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 271 s.

²⁰ V., a campione, l'art. 23, dir. 23 aprile 2008, n. 48, le «sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive» oppure l'art. 24, dir. 25 ottobre 2011, n. 83, sui diritti dei consumatori.

²¹ Il binomio norma statuita-norma *statuens* si incontra nella bella pagina di A. JANNARELLI, *Dall'età delle regole all'età dei principi ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno*, in *Giust. civ.*, 2014, 993.

²² Perché, il dato è risaputo, le Corti nazionali devono intendere il diritto interno *quanto più possibile* nella maniera che ne assicuri un'applicazione conforme alla *ratio* della direttiva (Corte giust. 18 luglio 2007, C-119/05, *Lucchini* e, da ultimo, Corte giust. 27 febbraio 2014, C-351/12, *OSA*).

²³ V. Corte giust. 4 luglio 2006, C-212/04. E v. pure Corte giust. 7 dicembre 2010, C-439/08, *Vebic* e Corte giust. 16 novembre 2010, C-76/10, *Pohotovost' s.r.o.*

²⁴ Cfr. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 254, riecheggiante la pagina di C.W. CANARIS, *Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten*, in *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, a cura di H. BAUER, Tübingen, 2002, 29 ss., mentre innesca l'equivoco la pagina di M. RUVOLLO, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 1425. Nel senso del testo, invece, DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, cit., 734.

conforme, dalla disposizione (o dal principio) di diritto interno *conformi*.

Se così è, non sembra allora azzardato parlare, volendoci già provare con una formula sintetica, di un'indeterminatezza della clausola generale, amplificata dall'interazione delle fonti, che periodicamente si scioglie nella concretizzazione interpretativa del *rimedio effettivo*, con questo reputato tale quando rechi con sé *la maggiore caratura deterrente*. Il principio di diritto espresso da *Le Crédit Lyonnais SA* (C-565/12)²⁵, non ha natura dissuasiva una decadenza del mutante dal diritto agli interessi corrispettivi (art. 311-48, co. 2, *cod. consumm.*), decadenza che nel contempo però non involge(va) la spettanza di quelli moratori al tasso legale (art. 1153 c.c.)²⁶, quando a monte si faccia questione di un professionista che abbia contravvenuto all'obbligo di verifica precontrattuale del merito creditizio, è l'emblema di una stagione che vede sempre più trasformato in *recessivo*, questo il punto, il valore "dell'autonomia procedurale" degli Stati membri. Gli è, invero, che la scelta del *rimedio effettivo*, dovendosi avviare per il suo tramite ad un abuso od ad un'inadempienza contrattuali cause di un'imperfetta e fallace relazione di scambio, è ormai divenuta, per l'inefficienza seriale a cascata subita *dal* mercato, questione di *public interest*. E, come tale, va evidentemente trattata. *Invitel* (C-472/10)²⁷, ove la Corte ha sentenziato che, in sede di azione inibitoria collettiva, l'accertamento della nullità di una condizione generale di contratto fa stato nei riguardi di *tutti* i consumatori che abbiano stipulato contratti includenti le suddette clausole, compresi dunque pure coloro che non siano stati parte del procedimento inibitorio, è al riguardo fra gli esempi più calzanti di un *upgrading* rimediale massimizzante l'effetto utile di una non vincolatività (art. 6 dir. 93/13) che, altrimenti, verrebbe a rivelarsi *intermittente*. Il giudicato sarà così produttivo di effetti *ultra partes* ma, naturalmente, ove il provvedimento sia favorevole ai consumatori (un'efficacia *secundum eventum litis* dunque), non anche quando sia di rigetto, i cui effetti rimangono pertanto limitati ai rapporti tra le parti del procedimento inibitorio²⁸. Il fatto che il di-

²⁵ Corte giust. 27 marzo 2014, C-565/12, *Le Crédit Lyonnais SA c. Fesib Kalban*.

²⁶ Maggiorato, per completare la narrativa del fatto, di cinque punti (art. L. 313-3 *cod. mon. et financ.*) allorché fosse spirato inutilmente il termine di due mesi decorrenti dal giorno in cui la sentenza di condanna, alla restituzione s'intende della somma capitale, fosse divenuta esecutiva. Il diritto del professionista agli interessi legali, in ragione dell'applicazione combinata degli artt. 1153 c.c. e 313-3 *cod. mon et fin.*, nonostante il contrario avviso della giurisprudenza di merito, costituiva un dato pacifico dopo l'*arrêt Theret* del 2002: v. Cass. 26 novembre 2002, in *Riv. trim. dr. com.*, 2003, 357 ss., *Obs.*, Bouloc.

²⁷ Corte giust. 26 aprile 2012, C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v. Invitel Távközlési Zrt.*

²⁸ Limpidamente, S. CHIARLONI, *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, a cura di S. CHIARLONI e P. FIORIO, Torino, 2005, 10, che così smorza le critiche mosse da A. CARRATTA, *Brevi osservazioni sull'inibitoria a tutela dei consumatori e utenti*, in *Giusto processo civile e procedimenti decisi sommati*, a cura di L. LANFRANCHI, Torino, 2001, 129.

spositivo della Corte si riferisca ai soli ordinamenti ove l'efficacia *ultra partes* del suddetto accertamento sia espressamente previsto dalla legge (qui era l'art. 209/B del c.c. ungherese), non deve sviare: un'effettività a tutto tondo della tutela consumeristica *impone*, "requires" com'è nella versione inglese dell'arresto, un'estensione degli effetti ai singoli consumatori, dunque pure con ricadute sull'inibitoria *ex artt.* 37 e 139 ss. c. cons.²⁹, mentre la circostanza che, quale legittimato passivo, rimanga il solo professionista soccombente («with the seller or supplier concerned», § 44) smonta i dubbi di un'estensione subiettiva sospettata di ledere altrimenti il diritto di difesa dei restanti professionisti³⁰. L'altro luogo, ben più noto, è il corposo *trend* giurisprudenziale che ha fatto dell'abuso negoziale una questione rilevabile officiosamente, quale "scudo" ad un'efficacia *in fact* di clausole concepite normativamente come *non giustiziabili ab origine*.

Diversamente, e sta davvero tutto qui il succo di quanto *Océano Grupo Editorial SA* ha avviato e l'accoppiata *Pannon GSM Zrt. – Banif Plus Bank* ha poi portato a compimento³¹, il *Sollen* europeo perderebbe la qualifica di «fonte etronoma [sovraordinata] rispetto [al diritto degli] Stati»³². La formula ad effetto coniata da Norbert Reich³³, da un'effettività *in negativo* ad una *in positivo*, perché non è più un problema di soggettività comunitaria che sia di rango pari a quella di diritto interno (principio di equivalenza), con tutta probabilità è la più vivida nel descrivere la metamorfosi del *test* di resistenza cui da sempre va soggetta la norma applicabile, nel suo significato originario incentrato su di un fatto negativo, «non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione», stando invece a quello adesso in auge affidato piuttosto al ricorrere di uno positivo, l'*adeguatezza satisfattiva* del rimedio prescelto.

²⁹ In special modo, M. LIBERTINI, *Prime riflessioni sull'azione inibitoria dell'uso di clausole vessatorie*, in *Contr. impr. Eur.*, 1996, 561 e A. ORESTANO, *Interessi seriali, diffusi e collettivi: profili civilistici di tutela*, in *Le azioni seriali*, a cura di S. MENCHINI, Napoli, 2008, 34.

³⁰ V., tra gli altri, F. GRAF VON WESTPHALEN, *Hinreichende nationale Sanktionen gegen unwirksame Klauseln in Verbraucherverträgen?*, in *Zeit. f. Wirtschaftsrecht*, 2012, 2475 ss.

³¹ Rispettivamente Corte giust. 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98; Corte giust. 4 giugno 2009, C-243/08 e Corte giust. 21 febbraio 2013, C-472/11. Sulla parabola diacronica di una Corte che, non di rado, ha messo in mostra costrutti argomentativi alquanto diversi, sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, 3 ss., 68 ss. e 118 ss. e, ma con una differenza che non è soltanto di accenti e toni, R. ALESSI, "Nullità di protezione" e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1158 ss.

³² Così CARBONE, *Principio di effettività*, cit., 15.

³³ La si può leggere in *The Principle of Effectiveness and EU Private Law*, in U. BERNITZ-X. GROUSSOT-F. SCHULYOK, *General Principles of EU Law and European Private Law*, Kluwer, 2013, 309 ss.

Coloro a cui piacciono le metafore brachilogiche parlano di un *Paradise lost*³⁴. Più linearmente, e senza enfasi, il *modus operandi* della CEG può sunteggiarsi così: nell'area dei rapporti B2C non si dà un principio di autonomia processual-rimediale se non entro i «limiti ad esso consentiti dalla presenza» di un principio europeo di effettività, il quale fa da bussola per costruire, col medio «di un'attività di completamento normativo, una norma *di tutela* (...) «completa»³⁵. L'art. 141-4 *cod. consumm.*, sulla rilevabilità d'ufficio, il § 355, comma 3, BGB, su di un *ius poenitendi* senza limiti di tempo in mancanza di una previa informazione³⁶, l'*Einredelösung* del § 11 dell'*Unterlassungsklagengesetz* che diviene un *Unwirksamkeitslösung* a rilievo officioso sono in realtà, e lo si dice a titolo puramente esemplificativo, il prodotto di una sovrascrittura innescata da arresti che, maneggiando detta tecnica di integrazione per principi, avevano dato già per conformi tutta «una serie di altre implicazioni procedurali»³⁷.

2. I diritti dei consumatori come trans-ordinamentali ed il vincolo multiplo dell'interpretazione autonoma

Dunque l'epicentro del problema è tutt'uno, in realtà, con la natura *trans-ordinamentale* propria dei “diritti” riconosciuti al consumatore, coniati in un ordinamento ma poi inverati in un altro: dei diritti provvisti di un *vestmentum* europeo nella loro «dimensione sostanziale» ma *nudi* quanto al profilo delle tecniche processuali di tutela³⁸. E siccome questo iato non è percepito alla stregua di un riparto di competenze ma quale effetto di una struttura a *multilivello* del sistema delle fonti³⁹, il principio di effettività assurge a strumento per cauterizzare un'asimmetria tra come delle s.g.s. perfette sono *poste* e la maniera in cui

³⁴ Ad es. D.U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Berlino, 2010, 16 ss. e V. TRSTENJAK-E. BEYSEN, *European Consumer Protection Law: Curia semper dabit remedium?*, in *Common Market Law Review*, 2011, 95 ss., spec. 119.

³⁵ Così CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione*, cit., 662.

³⁶ Naturalmente nel testo vigente prima del recepimento della dir. 83/2011.

³⁷ Così CANNIZZARO, *op. ult. cit.*, 663. Le sentenze cui si allude sono nell'ordine: Corte giust. 21 novembre 2002, C-473/00, *Cofidis* e Corte giust. 4 ottobre 2007, C-429/05, *Rampion e Godard*; quanto alla vecchia formulazione del § 355, co. 3, la celebre Corte giust. 13 dicembre 2001, C-481/99, *Heininger* mentre, per la terza ipotesi, v. Corte giust. 26 aprile 2012, C-472/10, cit.

³⁸ V. CANNIZZARO, *op. loc. ult. cit.*

³⁹ Cfr. AMATO, *Multilevel Europe and Private Law*, in *Making European Private Law. Governance design*, a cura di F. CAFAGGI e H. MUIR-WATT, Cheltenham, 2008, 39 ss. Aderisce A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le libertà fondamentali dell'Unione europea (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *www.judicium.it*, 2015, 2.

viceversa risultano *amministrare* a livello domestico⁴⁰. Il tutto nell'ottica di un'efficacia che risponda poi alla *massima* utilità attribuita dal diritto dell'Unione. Un'effettività "costitutiva" in tal senso.

Da questo punto di vista chi intendesse associare la tutela consumerista al solo art. 47 CDFUE, all'insegna di una (discutibile) *unmittelbare Drittwirkung*⁴¹, cadrebbe in un equivoco tutt'altro che *de minimis*. Gli è infatti che, soltanto abbinando l'art. 47 all'effetto utile di questa o quella direttiva, può ottenersi quell'*ampiezza* di prescrittività che, senza una lettura combinata, non vi sarebbe invece al cospetto di una norma che garantisse un'*effettività soggettiva* di giustizia della pretesa. Alle corti, e per intendersi, è il predicato giuridico aggiuntivo del "significativo squilibrio" che innesca il controllo officioso dell'abusività perché il *diritto alla tutela giurisdizionale* sarebbe viceversa in sé soddisfatto da una previsione che contemplasse un controllo nel merito rimesso ad un'eccezione (in senso stretto) del convenuto. Il *vulnus* all'art. 47, in questa prospettiva, si avrebbe soltanto se, in prima battuta od *a posteriori*, mancasse un controllo giudiziale. *Alassini* (C-317-320/08)⁴², citata spesso purtroppo del tutto impropriamente, dovrebbe aiutare a scacciare via l'equivoco: effettività subiettiva ed oggettiva coincidono solo quando la situazione giuridica soggettiva posta dal legislatore europeo sia di tipo *processuale*, come nella specie avveniva quanto all'obbligo di una mediazione obbligatoria, rispetto al diritto ad una tutela giurisdizionale, di cui all'art. 34 dir. 22/2002 sul servizio universale in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica. Altrimenti sono nozioni che divergono sul piano dell'effetto conformativo in quanto *diversi* risultano essere i beni della vita cui alludono.

Quand'è così, il notare allora che una siffatta strategia snatura il concetto stesso di armonizzazione⁴³, pur se tecnicamente ineccepibile, per lo meno carica di un eccesso di negatività lo spirito del tempo, dominato da un espansionismo giudiziale che ha eletto il principio di effettività a fattore plasmante *vincolativamente* la caratura di tutela spettante a livello diffuso, cioè in sede domestica, ai diritti di fonte comunitaria⁴⁴. È un *uso alternativo*, come si è lucidamente col-

⁴⁰ Ragionando così, diventa nitida la percezione che «il rinvio agli ordinamenti nazionali diviene un corollario dell'esistenza, nell'ordinamento dell'Unione, di posizioni soggettive compiute ma prive di un apparato strumentale»: così CANNIZZARO, *op. ult. cit.*, 665.

⁴¹ Per tutti (criticamente) CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 253 s. e CANARIS, *Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten*, cit., 29 ss.

⁴² Corte giust. 18 marzo 2010, C-317/08, *Alassini c. Telecom Italia SpA*.

⁴³ È la critica serrata di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 284 che discorre di una penetrazione asfittica.

⁴⁴ Lo fanno (persuasivamente) notare TROCKER, *Il diritto processuale europeo*, cit. 386 s. e 400 s. e, facendo della giudizialità e del suo articolarsi in principi, «le peculiarità del messaggio giuridico europeo», P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 940. Più o

to⁴⁵, della competenza pregiudiziale che impatta sulle norme, sostanziali e processuali, degli Stati nazionali sottoponendole ad uno scrutinio che ricorda il giudizio di legittimità costituzionale nell'ottica di un'*interpretatio secundum constitutionem*⁴⁶. L'effetto di rimando, indotto per altro da un art. 267 TFUE che rimette alla Corte il monopolio nell'interpretazione della normativa europea, è per di più duplice: da un lato una CEG operante come «una giurisdizione superiore rispetto a quella di ultima istanza degli Stati membri»⁴⁷, dall'altro dei giudici nazionali il cui vincolo non sta più (soltanto) nella legge ma anche (e spesso ancor più) nell'*interpretazione autonoma* che di questa ne dà la Corte. Il tutto col corredo, da ultimo, di un'appendice, tutt'altro che di maniera.

Nella causa *Unicaja Banco, SA e Caixabank, SA* (cause riunite da C-482/13 a C-487/13)⁴⁸, si deve infatti registrare un'estensione del vincolo di detta interpretazione, etichettabile con ragione «*a posteriori*»⁴⁹, dal piano giurisdizionale a quello legislativo, nella specie si trattava di due disposizioni della *Ley 1/2013 de Protección al Deudor Hipotecario, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social* fissanti, nei procedimenti di esecuzione forzata, un tetto agli interessi moratori, pari al triplo del tasso di interesse legale, per i mutui ipotecari su immobili destinati ad abitazione. È vero che la CEG sentenza di una disciplina che non degraglia dal diritto europeo ma *a condizione*, qui sta di nuovo il punto, di tenere in non cale l'interpretazione che, nell'area del B2C, facesse obbligo al giudice spagnolo di *rettificare* una penale abusiva anziché *espellerla*, come la CEG intende l'art. 6, § 1, 1 cpv. dir. 93/13, dal contratto. Il fatto che la *Ley 1/2013* sia imperativa, donde l'esclusione del giudizio di abusività per le clausole contrattuali che la dovessero riprodurre (art. 1, § 2, dir. 93/13), non conta: detta direttiva, quantunque *lex specialis*, ammette infatti deroghe (successive) soltanto *in melius* (art. 8). E, come verrà istintivo notare, se si ammettesse che la soglia di legge schermo l'abusività, ove viceversa questa fosse acclarata, si avrebbe che per il medio di una norma imperativa sopravvenuta viene formalizzata una *variatio in*

meno coevamente v. E. CANNIZZARO, *Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. un. eur.*, 2008, 449 e LIPARI, *Il problema dell'effettività*, cit., 890.

⁴⁵ Cfr. A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2009, spec. 141 e 147.

⁴⁶ Lo ha già fatto rilevare LIPARI, *Il problema dell'effettività*, cit., 892.

⁴⁷ Così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 277 e G. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Dir. un. eur.*, 2013, 484.

⁴⁸ Corte giust. 21 gennaio 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 417 ss. ed *ivi* il nostro commento, 423 ss., *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*. Il periodare di questo arresto figura per altro riprodotto *tel quel* nell'ordinanza di Corte giust. 8 luglio 2015, C-90/14, *Banco Grupo Cajatres SA c. Manjon Pinilla*.

⁴⁹ Cfr. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 277.

peius alla tutela del consumatore. Il che non può essere in quanto non sono consentite, come recita del resto l'art. 67, co. 1, c. cons., delle norme nazionali che *escludano* o *limitino* i diritti del consumatore. Ove *norme* sono pure quelle ottenute per il tramite di un'interpretazione autonoma che amplia il c.d. processo ascendente⁵⁰, perché riferito alla funzione normativa del legislatore, dell'effettività.

Di fatto, e per via giudiziale, un'integrazione o «disintegrazione»⁵¹, dipende dal valore che si vorrà riconoscere ad un'effettività *self-legitimizing*⁵², degli ordinamenti nazionali: riflesso però, l'uno e l'altro di un'effettività quale tecnica che si immedesima con *un'armonizzazione condotta per principi*.

3. Il principio di effettività nell'interpretazione della direttiva 93/13/CE e l'*idolum fori* della c.d. giustizia contrattuale

Perché il discorso che si va qui facendo non suoni apodittico, e d'altra parte il canone interpretativo ed applicativo dell'effettività vive *nella* e *della* pratica creativa della CEG⁵³, occorre evidentemente continuare ad esemplificare. Procedendo naturalmente per luoghi topici.

In *Aziz* (C-415/11)⁵⁴, *leading case* sulla *vexata quaestio* se il significativo squilibrio agisca in alternativa o in concorso colla buona fede nel definire l'abusività di una clausola *ex art. 3 dir. 93/13*, *prima facie* la Corte ragiona di un significativo squilibrio *ingiustificato* quando la sproporzione sia tale che il professionista non potrebbe ragionevolmente accampare la propria buona fede, sull'assunto dunque che *in buona fede* sia chiunque nella medesima situazione abbia a considerare la clausola sospetta come ragionevole⁵⁵. Il fatto però è che, sebbene il

⁵⁰ Con quello c.d. discendente riferito, invece, alla funzione di garanzia dei giudici nazionali: per tutti G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, 11 ss. Per DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, cit., 734, l'interpretazione conforme è una fonte, seppure *extra ordinem*.

⁵¹ Per la prima v. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia*, cit., 491 («giudici nazionali e giudici comunitari hanno fatto sistema») mentre, rispetto alla seconda, CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 230 ss. e 278.

⁵² *Amplius* in M. ROSS, *Effectiveness in the European Legal Order(s): Beyond Supremacy to Constitutional Proportionality?*, in *European Law Review*, 2006, 481.

⁵³ Lo ricorda, tra gli altri, O. PORCHIA, *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, III, Napoli, 2014, 2312; anche se il primo sforzo di un contributo definitivo è in ROSS, *op. ult. cit.*, 476 ss. e 479.

⁵⁴ V. Corte giust. 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz c. Catalunya Caixa*.

⁵⁵ Nello specifico, il professionista avrà l'onere di provare che la medesima clausola sarebbe stata sottoscritta «in seguito a negoziato individuale», cioè con una condotta improntata a lealtà

periodare della Corte offra al riguardo qualche spunto delucidativo tutt'altro che di maniera⁵⁶, non si radica qui la cifra di una pronunzia che ben si può catalogare come l'arresto certificante il primato di una tutela in forma specifica (art. 6 dir. 93/13) su di una per equivalente: e non solo per il carattere tipicamente succedaneo della seconda. Il risarcimento, già misura «incompleta ... [ed] inefficace per far cessare il ricorso [a clausole abusive]» (§ 60), si sfilaccia invero vieppiù quando venga in paragone col pignoramento, che il consumatore per intanto subirebbe, della propria abitazione. Tutto nella specie, com'è risaputo, originava dalla circostanza che gli artt. 695 ss. della *LEC* spagnola ponevano dei limiti stringenti ai motivi di opposizioni eccezionali o rilevabili nel corso del procedimento esecutivo, rimettendo la tutela per abuso contrattuale del debitore esecutato ad un concorrente giudizio di merito, carente però nell'immediato di un qualche effetto sospensivo, col risultato di far sussistere interinalmente *come efficace* una clausola abusiva.

Ebbene, se un'autentica politica di contrasto all'impiego seriale di clausole vessatorie implica l'adozione di sanzioni dissuasive, la ponderazione tra i due rimedi, come la Corte nota senza troppe perifrastiche, si trasforma in un bilanciamento *a sensu unico*, con una tutela obbligatoria che diviene *cadetta* rispetto ad una demolitoria, avendo questa dalla sua il vantaggio di ottimizzare il livello

(§ 69): il che, con una formula perifrastica, suppone una ragionevolezza rilevante alla stregua di uno standard che pondera e misura il livello di comportamento leale esigibile. Anche nella successiva Corte giust. 14 novembre 2013, cause riunite C-537/12 e C-116/13, *Banco Popular Español SA* e *Banco de Valencia SA* detto canovaccio – § 66 – è esattamente riprodotto: e v. pure l'ordinanza Corte giust. 3 aprile 2014, C-342/13, *Katalin Sebestyén c. Zsolt Csaba Kővári* e altri, §§ 27 e 28.

⁵⁶ Se infatti – premessa maggiore – l'*an* del significativo squilibrio dipende da quanto una clausola predisposta si discosta *derogativamente* dal diritto dispositivo, di talché il suddetto squilibrio sarà aggettivabile come tale allorquando, in difetto della clausola *de qua*, il consumatore avrebbe goduto di una disciplina suppletiva *molto più favorevole*, visto che – premessa minore – per consumatore bisogna intendere non un attore razionale ma un soggetto vulnerabile, col che come aspettabile ragionevole del professionista si potrà considerare *soltanto* quella relativa *alla medesima clausola* che avrebbe liberamente accettato *una controparte alla pari*, diventa francamente difficile – conclusione del sillogismo – scorgere casi nei quali una clausola discostantesi alquanto dal diritto dispositivo potrà dirsi introdotta in buona fede, cioè alla stregua di una pattuizione che *un professionista leale* poteva ragionevolmente pensare sarebbe stata negoziata. *Ergo*, ed a mo' di interpretazione autentica, se il *malgrado* dell'art. 33, co. 1, c. cons. deve allora intendersi nel preciso significato che il consumatore non è tenuto a provare la mala fede del professionista, perché la buona fede di costui non gli è opponibile in assenza della dimostrazione di una trattativa individuale seria ed effettiva, allora si dovrà convenire che pure il sistema italiano declina la vessatorietà di una clausola incistandola unicamente sul presupposto – oggettivo – di un significativo squilibrio. Alla francese – art. 132-1 *c. consomm.* – dunque – v. AUBERT DE VINCELLES, *Obs.*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2013, 559 ss., nt. 9 – e senza che sia stato commesso un grossolano errore di traduzione, rinverdito invece, di recente, da F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giust. civ.*, 2014, 356 (nt. 38). Che pure per la Corte, allora, i due criteri si palesino come cumulativi soltanto in apparenza?

di protezione prescritto dall'art. 38 della Carta. *Criterio guida* nell'interpretazione del diritto europeo, attraverso il principio di effettività *sub* art. 47 si legittima, così, un'applicazione dell'art. 7 dir. 93/13 che si traduce in un vero e proprio *obbligo di risultato* per gli Stati membri, imputando loro il dovere di comportarsi, financo nelle materie ove residuano delle loro competenze, «in modo coerente col fatto di appartenere [all']Unione»⁵⁷.

È un costrutto argomentativo, aggregante tutto il discorso intorno ad un dato di ragion pratica, che non fa una grinza. Con un chiarimento però.

Kušionová c. SMART Capital, a.s. (34/13)⁵⁸, che riprende il recitativo di *Aziz*, ha sentenziato che, in ragione del diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo, il giudice è legittimato ad adottare qualsiasi provvedimento che interrompa l'esecuzione sull'immobile dato in garanzia ove la clausola che dà titolo alla realizzazione coattiva del credito sia sospetta di abusività. Il caso, torna utile ricordarlo, era quello di un contratto di credito al consumo annoverante una clausola che vedeva il professionista legittimato all'esecuzione stragiudiziale sull'immobile ipotecato, nella specie di nuovo la casa adibita ad abitazione familiare.

Chi ne volesse però trarre la deduzione di una Corte che ormai *gradua* in chiave di solidarietà sociale il sinallagma, con un potere di predisposizione contrattuale del professionista recessivo ogni qualvolta si interfacci con un diritto fondamentale del consumatore, cadrebbe in un (vistoso) errore di prospettiva. In *Kušionová* non v'è infatti una sospensione giudiziale del procedimento di esecuzione ipotecaria che rampolli dall'*intangibilità* del diritto leso, alla maniera per intendersi di una *unmittelbare Drittwirkung*: il che evidentemente immagina chi riconnette il potere di interdizione giudiziale al farsi qui questione di quel diritto fondamentale all'abitazione garantito dall'art. 7 della Carta di Nizza, diritto la cui perdita – è vero – va assoggettata ad un vaglio di proporzionalità (*Cedu, McCann c. Regno Unito*, n. 19009/04, § 50 e *Rousk c. Svezia*, n. 27183/04, § 137) pure in ragione dell'effetto plurioffensivo che la misura privativa comporta (*Aziz*, § 61)⁵⁹. Più semplicemente, siccome il provvedimento di sospensione trova causa nell'abusività della clausola che legittimava la procedura espropriativa, se il giudice omettesse di emanarlo non sarebbe più garantito l'effetto utile di una dir. 93/13 che vuole *non vincolanti* (art. 6) le clausole abusive. Nulla più, perciò, di una sospensione quale *posterius* necessario «per garantire l'effettività della tutela voluta dalla direttiva 93/13» (§ 66 *Aziz*), secondo il canovaccio pluri-sperimentato di un tasso di *Abschreckungseffekt* che deve costitutivamente as-

⁵⁷ Così CARBONE, *Principio di effettività*, cit., 93 ss.

⁵⁸ Corte giust. 10 settembre 2014, C-34/13.

⁵⁹ Cfr. F. DELLA NEGRA, *The uncertain development of the case law on consumer protection in mortgage enforcement proceedings: Sánchez Morcillo and Kušionová*, in *Common Market Law Review*, 2015, 1009 ss.

sistere il rimedio nazionale di contrasto all'utilizzo di clausole abusive. Rimedio che, se dev'essere *retrospettivo*, in ragione dell'effetto ripristinatorio complementare alla cancellazione della clausola, non può non implicare la disapplicazione della normativa domestica non conforme: nella specie quell'art. 151j, § 1 del codice civile slovacco, non contemplante un controllo giudiziale officioso sulle clausole predisposte, che di fatto spoglia(va) il consumatore di una *facoltà di legge*. Al netto di talune ambiguità lessicali, quanto viene ivi statuito non deborda perciò dal canovaccio abituale di una *limitless obligation* del giudice nazionale, in quanto al tempo stesso *giudice dell'Unione*, nella disapplicazione di norme materiali interne elusive o apertamente contrarie a principi comunitari: come *Barclays Bank SA c. Sara Sánchez García* (C-280/13)⁶⁰, anch'essa relativa ad un contratto di mutuo ipotecario sull'immobile di residenza del consumatore, scopertamente avalla. Se fosse vero infatti che la dir. 93/13 modula l'equilibrio sinallagmatico su valori personalistici, allora l'*intangibilità* del diritto fondamentale non dovrebbe cedere al cospetto di clausole di recupero coattivo del credito, apertamente premiali per il professionista⁶¹, *soltanto* perché sono riproduttive di disposizioni imperative, notoriamente fattispecie questa che sfugge al perimetro applicativo della direttiva (art. 1, § 2). La censura, per venire al punto, dovrebbe insomma aversi *di per sé*, senza che potesse fare aggio l'argomento di uno squilibrio sì manifesto ma inemendabile perché iterativo di norme applicabili «senza che una modifica della loro sfera di applicazione [*RWE Vertrieb*, § 28] o della loro portata» avvenga in quanto risultato di una *clausola contrattuale in deroga* (§ 44).

Gli è che, in realtà, la tutela del consumatore – persona, a volerla concepire sul serio, postula che si tematizzi la questione del rapporto tra diritti fonamen-

⁶⁰ Corte giust. 30 aprile 2014, C-280/13.

⁶¹ Limitando l'esemplificazione alle ipotesi più macroscopiche: a) c'è il problema di una facoltà per il mutuante – in base a quanto dispone l'art. 693 della LEC – di esigere immediatamente la restituzione dell'*intero* importo prestato nell'ipotesi di mancato pagamento di *tre rate*, senza una valutazione concorrente della durata o dell'ammontare della somma mutuata; b) il fatto che, se la somma ottenuta dalla vendita all'incanto dei beni ipotecati è insufficiente a coprire il debito, il creditore possa agire esecutivamente nei confronti del debitore per la quota parte mancante (art. 579 LEC). Vero infatti che creditore e debitore possono convenire, all'atto di costituzione dell'ipoteca, che l'obbligazione garantita sia limitata al bene ipotecato. Ma occorre un'espressa pattuizione in quanto la regola di *default* è quell'art. 105 *Ley Hipotecaria* contemplante viceversa una responsabilità personale illimitata del debitore; c) la circostanza che, se all'incanto non vi sono offerenti, il creditore possa domandare l'aggiudicazione dell'immobile ipotecato per un importo pari al 50% del valore stimato (art. 671 LEC); d) il dato per finire, nel caso il valore dell'immobile ipotecato abbia subito una riduzione superiore al 20% del valore iniziale, che il creditore possa pretendere dal debitore un'estensione dell'ipoteca ad altri beni coll'effetto, se entro due mesi la suddetta estensione non sia avvenuta, di presumere un'opzione del debitore per la restituzione totale – ed immediata – della somma mutuata.

tali dei consumatori e statuto di protezione coniato dalle singole direttive, nella prospettiva dunque di un ipotizzabile scollamento tra il grado di armonizzazione praticato e l'elevato livello di tutela atteso in forza degli artt. 38 e 47 della Carta. Questione che diviene stringente quando, come da ultimo nel caso della dir. 2011/83, l'armonizzazione sia *massima* e, sull'assunto conseguente che le tecniche rimediali esperibili sono allora rigorosamente *tipizzate*, senza che si possa dare un'ipotesi di *lacuna*. Per inciso, allo stato però la Corte è attestata nel senso che l'art. 38 postula pur sempre una norma secondaria che riconosca una situazione di vantaggio perché, nel caso una siffatta pre-condizione manchi, non lo si può trasformare in un precetto capace «di per sé» e *come tale* di «imporre un'interpretazione di [questa o quella] direttiva nel senso che [un certo] diritto [sia] in ess[e] riconosciuto»⁶².

Dunque, almeno allo stato, nessuna giustizia contrattuale: se per tale, naturalmente, s'intende un ri-apprezzamento giudiziale dello scambio in chiave persequativa⁶³, non quella tutela dell'affidamento che la Corte implementa quando, *leading cases* il trittico *Kásler Árpád* (causa 26/13), *Matei c. SC Volksbank Romania SA* (C-143/13) e *Van Hove c. CNP Assurances SA*. (C-96/14)⁶⁴, stilizza il concetto di *trasparenza economica* quale reazione ad un *deficit* informativo che abbia inceppato il procedimento di *Vertragsanbahnung* connotante predicativamente la negoziazione seriale *b2c*.

Trasparenza economica, formula compendiosa indicante un'informativa completa sul funzionamento in concreto del contratto, è per vero un sintagma efficientista che molto difficilmente può rivestirsi dei panni di una proporzionalità sinallagmatica vista come nuovo principio dei contratti asimmetrici⁶⁵, considerando che la Corte sembra apertamente concepirla come un antidoto a quella *distorsione seriale* del consenso, indotta a sua volta da un'*opacità precontrattuale* dell'operazione economica, che il diritto comune, avendo per contro a modello un contratto negoziato, rinserra nel perimetro tassativo e tipizzato dei vizi della

⁶² Da cui poi la (corretta) statuizione che, in base agli artt. 6, § 1, 7, § 1, e 8 dir. 93/13, non viola il principio di effettività, di cui al combinato disposto degli artt. 38 e 47 della Carta, la legislazione nazionale, nel caso quella slovacca, la quale non preveda «la possibilità per un'associazione per la tutela dei consumatori di intervenire in un procedimento di esecuzione, [promosso contro un consumatore], di una decisione giudiziaria o di un lodo arbitrale definitivo»: così Corte giust. 27 febbraio 2014, C-470/12, *Pobotovost' s.r.o. c. Vašuta*. Già prima per altro, seppure con minor chiarezza, Corte giust. 5 dicembre 2013, C-413/12, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*.

⁶³ V. la recente messa a punto di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 522 ss.

⁶⁴ Corte giust. 30 aprile 2014, C-26/13; Corte giust. 26 febbraio 2015, C-143/13, e Corte giust. 23 aprile 2015, C-96/14.

⁶⁵ V., da ultimo, P. IAMICELI, *Diritto dei contratti*, cit., *passim*.

volontà⁶⁶. Detto diversamente e con una sintesi sincopata, è esatto che la Corte ha ripermetrato l'art. 4, § 2, facendone prima di tutto una *norma eccezionale antielusiva*⁶⁷, ma l'esclusione dell'*Inhaltskontrolle* per le clausole economiche principali che siano davvero tali è declinata nella prospettiva di un'*enclave* che si deve all'argomento pragmatico (e non ideologico) del *Kann – nicht – Motiv*: non c'è, § 55 di *Kásler Árpád*, un «qualche tariffario o criterio giuridico che possa inquadrare ed orientare un controllo siffatto», con una *climax* argomentativa che dunque si ridimensiona sensibilmente la valenza immunizzante dello squilibrio economico ma in quanto questo è inconferente/inutile *sub art. 3 dir. 93/13*, non perché *ingiusto*.

Quanto poi alla circostanza che, se il professionista deve previamente informare il consumatore sul *costo totale* del contratto, è ovvio che si darà un numero alquanto esiguo di clausole principali trasparenti, tutto discende *esclusivamente* dall'aver collazionato un *argomento sistematico*, l'art. 4, § 2 non può formalizzare una sottonozione autonoma di trasparenza (*Kásler Árpád*, § 69) più restrittiva dell'interpretazione estensiva praticata giudizialmente della norma base (art. 5, *RWE Vertrieb*, C-92/11)⁶⁸, con uno di stampo *teleologico*, l'effetto utile del divieto di clausole opache (art. 5) sarebbe compromesso se *chiara* non si reputasse la sola pattuizione che lasci antivedere o prevedere *il livello di rischio o di spesa*

⁶⁶ Come, non a caso, nota M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, 266 ss.

⁶⁷ Nel senso del testo anche P. SIRENA, *La disciplina delle clausole contrattuali abusive nell'interpretazione della giurisprudenza e dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in AA.VV., *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva 93/13*, Napoli, 2013, 78. A mo' di *exemplum* è significativo quanto si legge in *Matei c. SC Volksbank Romania SA* (C-143/13), cit.: «poiché l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 sancisce un'*eccezione* al meccanismo di controllo nel merito delle clausole abusive quale previsto nell'ambito del sistema di tutela dei consumatori attuato da tale direttiva, occorre dare un'*interpretazione restrittiva* alla disposizione in parola». Il che, con un periodo ormai standardizzato, implica, quanto alla nozione di «oggetto principale del contratto», circoscriverne il perimetro alle clausole «che fissano le prestazioni essenziali dello stesso contratto e che, come tali, lo caratterizzano. Per contro, le clausole che rivestono un carattere accessorio rispetto a quelle che definiscono l'essenza stessa del rapporto contrattuale non possono rientrare nella nozione di «oggetto principale del contratto». Il ragionamento è ancor più stringente rispetto alle pattuizioni sull'adeguatezza del corrispettivo visto che lo spicchio di fattispecie incluse ha una portata ridotta, [potendo] unicamente [riferirsi] [a quelle clausole aventi ad oggetto la] congruità tra il prezzo o la remunerazione previsti ed i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio».

⁶⁸ Originata da una controversia sul *ius variandi* del professionista, in Corte giust. 21 marzo 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*. È nitida la statuizione che l'interesse legittimo del professionista a «premunirsi contro una variazione delle circostanze» non è *meritevole* quando l'«altrettanto legittimo» interesse del consumatore non risulta assistito da una tempestiva ed esauriente informazione finalizzata a che costui *possa utilmente comparare* il costo della nuova rispetto alla vecchia clausola risolvendosi, se del caso, a recedere passando così ad un altro fornitore.

del contratto *in fieri*. Insomma, si dà ormai per assodato che l'obbligo di trasparenza sia da intendere «in maniera estensiva» (v. *Kásler Árpád*, §§ 49, 54 e 72) perché la responsabilizzazione informativa del professionista è finalisticamente orientata, a mo' di *enforcement tool*, ad un consumo efficiente. Il binomio imperante è divenuto quello di una trasparenza ambivalente, perché ad un tempo *formale* ed *economica*, a tutela di quell'affidamento legittimamente parametrabile sulle sole clausole conoscibili.

Potrebbe chiosarsi, con una battuta ad effetto, che la flessibilità dell'effettività rimediale, ormai approdata ad un *meticcio* dei mezzi di tutela⁶⁹, episodicamente può pure presentare qualche striatura di giustizia contrattuale, ma nulla più di questo. Tendenzialmente a dominare la scena è una *procedural justice market oriented*, allineata al presupposto che la legislazione consumeristica, in quanto normativa di regolazione del mercato, sia efficiente nella misura in cui si abbiano scelte negoziali razionalmente consapevoli. E se il consumatore non ha la «possibilità effettiva ... di valutare le conseguenze economiche», con un prezzo a sorpresa falsante la sua decisione di «vincolarsi alle condizioni preventivamente redatte dal professionista» (*Kásler Árpád*, § 70), codesta razionalità manca.

Per questa via, i due concetti indeterminati di squilibrio normativo ed economico evocano un binomio (contenutisticamente) virtuale.

Un'eventuale replica, ma in *Sánchez Morcillo/Abril García* (C-169/14) l'argomento del diritto fondamentale torna fondando l'illegittimità dell'art. 695, § 4, LEC nella parte in cui escludeva che il consumatore esecutato potesse interporre appello avverso la sentenza di primo grado disponente il proseguimento dell'esecuzione forzata quando invece la suddetta facoltà veniva riconosciuta al professionista nell'ipotesi contraria di una declaratoria di improcedibilità⁷⁰, sarebbe in realtà una replica mal congegnata. Pure in questo arresto infatti, per l'interprete che si limiti a registrare quanto la Corte davvero dice, la tutela del diritto d'abitazione continua invero a palesarsi come un "accidente": precipitato tanto della disapplicazione di una norma del codice di rito, ostativa all'obbligo giudiziale di un rilievo officioso della vessatorietà⁷¹, quanto della virtualità sati-

⁶⁹ *Hybridisation approach* è la formula che utilizza N. REICH, *The principle of Effectiveness and EU Contract Law*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2014, 343 ss.

⁷⁰ V. Corte giust. 17 luglio 2014, C-169/14, *Sánchez Morcillo/Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014, 405 ss. ed *ivi* la nota di N. VANDERBERGHE, *Consécration du droit au double degré de juridiction sur base de la réglementation sur les clauses abusives?*

⁷¹ La suddetta esecuzione ipotecaria, come si legge in motivazione, può essere promossa «da un professionista in base a un atto notarile munito di forza esecutiva senza che il contenuto di detto atto abbia costituito oggetto di un controllo giurisdizionale, diretto a individuare il carattere eventualmente abusivo di una o più clausole di tale atto. Un *siffatto privilegio*, concesso a un professionista, rende ancor più necessario che il consumatore, nella sua qualità di debitore esecutato, possa godere di una *tutela giurisdizionale efficace*» (corsivo aggiunto).

sfattiva connotante una tutela per danni, la quale, seppur disposta, all'esito di un giudizio di merito avviato parallelamente, sarebbe *succedanea* e non andrebbe ad interferire colla procedura (non sospesa) di esecuzione. Ergo, mostrando una valenza puramente indennitaria, sarebbe una «tutela incompleta e insufficiente» *sub* artt. 7 (dir. 93/13) e 47 della Carta di Nizza. Tutto fuorché, dunque, un rimedio di natura *primaria*⁷². Semmai una neutralità delle tecniche processuali che va unilateralmente orientata, cioè *resa* per come “il diritto” è stato posto⁷³, sì da «comunitarizzare» il grado di effettiva tutela⁷⁴. Ma nessuna *Dritt-wirkung* diretta alla maniera delle c.d. libertà fondamentali del Trattato.

A mo' di compendio, allora, la sensazione è che, se v'è una cifra assiologica rispecchiante le sentenze citate unitamente ad altre pressoché gemelle (*Banco Popular Español SA* e *Banco de Valencia SA*, cause riunite C-537/12 e C-116/13, § 60)⁷⁵, ebbene, al netto degli incisi sul principio di uguaglianza processuale e sull'abitazione quale «esigenza essenziale del consumatore», bisogna piuttosto rinvenirla nella declaratoria del primato di una tutela in forma specifica, rispetto ad una per equivalente, in quanto un risarcimento “in natura” è meglio servente al conseguimento dello scopo perseguito dalla dir. 93/13. Il tutto, *rebus sic stantibus*, quale che però sia evidentemente la *natura* del diritto opposto dal consumatore. *Tout se tient*, d'altronde, nella giurisprudenza della Corte: prenderne contezza aiuta a capire che il *pendant* di *Aziz, Kušionová* e *Sánchez Morcillo* è quell'altro trittico, *Banco Español de Crédito SA, Asbeek Brusse* e *Árpad Káslér*⁷⁶, riprodotto alla lettera a mo' di *ius receptum* da *Unicaja Banco, SA* e *Cai-xabank, SA*⁷⁷, che ravvisa nell'*espunzione nuda* della clausola vessatoria il solo

⁷² Cfr. S. MAZZAMUTO, *I rimedi*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, II, Milano, 2007, 771.

⁷³ Cfr. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione*, cit., 672.

⁷⁴ Così TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia*, cit., 500 e 503.

⁷⁵ Corte giust. 14 novembre 2013, cause riunite C-537/12 e C-116/13, cit.

⁷⁶ Rispettivamente: Corte giust. 14 giugno 2012, C-618/10, consultabile in *Contr.*, 2013, 16 ss. e 22 ss., con nota (critica) di A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile” per il consumatore: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*; Corte giust. 30 maggio 2013, C-488/11, in *Foro it.*, 2014, IV, 3 ss.; Corte giust. 30 aprile 2014, C-26/13, sulla quale v. in *Contr.*, 2014, 854 ss. la nota (adesiva) di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di giustizia, Corte costituzionale ed ABF: “il mondo di ieri” o un trompe l'oeil concettuale?* ed in *Dir. civ. cont.*, 25 giugno 2014, quella critica di A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*.

⁷⁷ Corte giust. 21 gennaio 2015, cit. Il che rende ormai irricevibili certe notazioni critiche, v. R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, in *Jus civile*, 398 ss. e in A. D'ADDA, *Nullité partielle et intégration du contrat dans le droit européen: les (récents) modèles du nouveau code civil roumain et du projet catala*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 405 ss., spec. 416 ss., incistate sull'idea che

rimedio adeguato nel contrasto al dilagare di clausole vessatorie. *Non si integra*, quando il contratto sia autosufficiente, perché la sola soppressione *dissuade* il professionista, nella misura in cui lo spoglia persino di quell'utilità minima garantitagli dal diritto dispositivo. E notoriamente, nell'economia di un'impresa, le *passività certe* sono preferite a quelle *potenziali*: le une infatti, in quanto misurabili contabilmente *ex ante*, sono programmabili, le altre, potendo risultare di un importo superiore alle attese, generano incertezza⁷⁸.

Cave però, nel quadro di un processo di trasfigurazione delle norme dispositive, sempre più impregnate di una venatura cripto-imperativa⁷⁹, la nuda amputazione vince in quanto rimedio *efficiente*, non perché *giusto*. Non a caso, quando il vizio infici un *essentiale negotii* dispositivamente regolato ed il contratto sia di finanziamento, siccome il suo caducarsi non indurrebbe ad impugnare a motivo di un'obbligazione restitutoria più gravosa dell'adempimento, per evitare il paradosso di un abuso negoziale che non troverebbe neanche più il contrappunto di una nullità parziale necessaria, allora si provvede senz'altro ad integrare per via dispositiva (*Árpád Kásler*). Non sfuggirà che, in tal modo⁸⁰, si maneggia il problema della *lacuna successiva* in chiave comunitariamente orientata, facendo per conseguenza dell'integrazione contrattuale un *momento* nel quale si concretizza *il diritto ad un rimedio effettivo*.

4. Principio di effettività, judicial enforcement del diritto alla conformità e simulacro del "giusto rimedio" nella direttiva 99/44

Naturalmente, non sempre il rimedio compensativo – risarcitorio si presenterà come un *quid minus*: tanto è vero che quando, a motivo di un divieto edittale

la Corte avrebbe inteso unicamente bandire, per la sua scoperta ineffettività, il rimedio della riduzione giudiziale conservativa (la c.d. *geltungserhaltende Reduktion*).

⁷⁸ V., per interessanti spunti, G. CAVAZZONI, *Clausole vessatorie ed oneri per le aziende*, in *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, in AA.VV., *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva 93/13*, cit., 105 e 108.

⁷⁹ Sebbene, com'è capitato di scrivere altrove, predicandole di una *vis* precettiva ottenuta di rimbalzo, quale conseguenza cioè di una politica interpretativa praticante una diffusa assenza di deroga. Una non integrazione, se il contratto può continuare a reggere, quale *moral suasion* arginante quella *fuga* dal diritto dispositivo tradottasi ormai nell'imposizione sistematica di un contenuto contrattuale abusivo. In argomento, limpidamente, H. KÖTZ, *Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung*, in *Jus*, 2013, 289 ss.; G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*², Torino, 2015, 60 ss. e S. PATTI, *Il contratto tra "autonomie de la volonté" e moderno "zwingendes Vertragsrecht"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 380 ss.

⁸⁰ Già è capitato di osservarlo: v. S. PAGLIANTINI, *Vecchio e nuovo sull'integrazione del contratto abusivo nel prisma armonizzato delle fonti (partendo da un caso recente), con una postilla sulla sistematica attuale dell'integrazione*, in D'AMICO-PAGLIANTINI, *Nullità per abuso*, cit., 81 ss.

(art. 3, § 5, dir. 99/44/CE) e di una tutela in forma specifica rivelatasi infruttuosa, non consta siano esperibili altre forme di tutela, la riduzione del prezzo asurge al rango di strumento che ristora *infungibilmente* il diritto soggettivo che sia stato comunque violato. È tutto qui, riducendolo all'essenziale, il perno argomentativo di *Duarte Hueros c. Autociba SA.* (C-32/12)⁸¹ ove, mettendo tra parentesi il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, si è sentenziato che una domanda di risoluzione non può ostacolare una riduzione officiosa del prezzo a tutela di quel consumatore, acquirente di un bene mobile non conforme, che risulti non abbia *medio tempore* ottenuto la riparazione di un difetto di carattere minore.

Il diritto ad una «congrua riduzione del corrispettivo» (§§ 24, 31, 38 e 40), per una Corte che di nuovo contrappone al canone (subalterno) dell'autonomia procedurale degli Stati membri la pervasività dell'obbligo di risultato discendente dall'effetto utile, è il *posterius* di un *prius* – l'obbligo di consegna di beni conformi al contratto – che, se il professionista venditore vi ha contravenuto, non può, per lo schermo fatto da una qualche norma procedurale interna, andare esente da *sanzione*. Diversamente sarebbe compromessa, e qui la Corte maneggia un argomento apagogico per evidenziare le ricadute negative *sub* art. 47 dell'interpretazione scartata⁸², la condizione a che il consumatore «possa effettivamente esercitare i suoi diritti». Più che paventare la maledizione (*der Fluch*) di una fuga (*die Flucht*) perigliosa nelle clausole generali⁸³, andrebbe allora semmai evidenziata la cifra di una pronuncia che, immersa nella dimensione di un sindacato diffuso di legittimità comunitaria, vede piuttosto nel livello ottimale di tutela del consumatore un principio generale del diritto dell'Unione (art. 38 CDFUE e 169 TFUE) rilevante, se non ai fini di trovare in esso la regola operativa della singola controversia, quanto meno nell'ottica di una disapplicazione della normativa domestica *non conforme*⁸⁴. Nello specifico sono cadute quelle previsioni della *Ley de Enjuiciamiento Civil*, rispettivamente il combinato disposto degli artt. 216 e 218, sul vincolo del *petitum*, e 412, quanto all'immodificabilità dello stesso *in itinere* ove non soccorra un'espressa disposizione di legge, più che sospette di spogliare *definitivamente* il consumatore di una facoltà di legge⁸⁵. A tacer del fatto che suona *ineffettivo* imputare al consumatore l'o-

⁸¹ V. Corte giust. 3 ottobre 2013, C-32/12.

⁸² Cfr. CARBONE, *Principio di effettività*, cit., 90.

⁸³ È la critica di C. BALDUS, *Der Fluch der Generalklausel?*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivaterecht*, 2013, 301.

⁸⁴ V. lucidamente G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, a cura di L. RUGGERI, Napoli, 2012, 53.

⁸⁵ Quanto alla circostanza che l'immodificabilità del *petitum* nel corso del procedimento renda il diritto alla riduzione del prezzo una tutela «puramente aleatoria e di riflesso inadeguata» (§ 40).

nera di fornire *ex ante* la qualificazione giuridica del difetto di conformità, valutazione che un'effettività (obbiettiva e non subiettiva) impone sia rimessa al giudice.

Orbene, *rebus sic stantibus*, va perciò dritto al punto chi fa notare come Duarte Hueros costituisca, in realtà, «un'ulteriore epifania di quel paternalismo» che «pretende in ogni caso un rimedio per il consumatore»⁸⁶. Gli è infatti che, nella cornice di un contropotere giudiziale responsabilizzante il professionista perché il consumatore, in quanto soggetto vulnerabile, non è più di tanto responsabilizzabile, una riduzione del prezzo disposta *ex officio* corazza in realtà una legislazione facilitatrice inverandone nel contempo il sottinteso, un consumatore stipula, nella dimensione ordinativa di un mercato interno efficiente, se può fare davvero affidamento sui propri diritti. Per di più, proprio nell'ottica di un'effettività rimediante preservante la funzionalità concorrenziale del mercato, una riduzione officiosa del prezzo ha dalla sua un innegabile vantaggio empirico: quand'anche infatti fosse possibile avviare un nuovo processo nel quale domandare la suddetta riduzione, concedendola in prima battuta si evita al consumatore di perdere «*du temps e de l'argent*»⁸⁷. Tanto l'una che l'altra, notoriamente, due diseconomie.

Faber (C-497/13)⁸⁸, sull'obbligo di applicare officiosamente la dir. 99/44, quando si dibatta sulla garanzia dovuta dal venditore quantunque l'acquirente non abbia invocato la sua qualità di consumatore, e prima ancora le cause riunite *Gebr. Weber GmbH* (65/09) e *Putz* (C-87/09)⁸⁹, se la sostituzione è il solo rimedio manutentivo possibile, il professionista non può rifiutarla a cagione dei costi sproporzionati occasionati dalle spese necessarie per la rimozione del bene non

Specialmente se poi la suddetta qualificazione «si rivela particolarmente complessa [e dipendente] eminentemente dall'istruzione condotta dal giudice investito dalla controversia».

⁸⁶ Così MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 332 ss., nt. 656.

⁸⁷ Cfr. AUBERT DE VINCELLES, *Obs.*, cit., 97. In quest'opera di implementazione di un principio di *positive full effectiveness*, *Jörös* (C-397/11), d'altronde, non si è mostrata meno *tranchant*. Non si comprende infatti *come* un giudice incompetente, perché l'accertamento dell'invalidità di una o più clausole abusive risulta di pertinenza di un altro organo giurisdizionale, *dovrebbe* dedurre dall'art. 6 dir. 93/13 «tutte le conseguenze» che la normativa nazionale fa derivare dalla vessatorietà, senza ... dichiararsi competente. Il giudice, come si legge nella chiusa della motivazione, deve intendere le norme procedurali interne, «per quanto possibile» nell'accezione utile a far sì che sia conseguito «l'obbiettivo stabilito dall'art. 6, paragrafo 1 [della] direttiva» (§ 52). *Ergo*, sebbene non sia *self executing*, la dir. 93/13, per il fatto di dare veste ad un principio generale del diritto dell'Unione, opererebbe *come se* avesse un effetto diretto preclusivo. V., *amplius*, lo scritto di O. MÖRSDORF, *Die Auswirkungen des neuen "Grundrechts auf Verbraucherschutz gem. Art. 38 GrCh auf den nationalen Verbraucherschutz*, in *Juristen Zeitung*, 2010, 759 ss. ed *incidenter TROCKER, Il diritto processuale europeo*, cit., 375 ss.

⁸⁸ Corte giust. 4 giugno 2015, C-497/13.

⁸⁹ Corte giust. 16 giugno 2011, cause riunite C-65/09 e C-87/09.

conforme e l'installazione di quello sostitutivo, non decampano, per poco che si rifletta, da questa traiettoria di un giudice *tutore* del consumatore in quanto *custode* del mercato. È vero, naturalmente, che *Gebr. Weber GmbH e Putz* discorre di un diritto del professionista al rimborso delle suddette spese per un importo *proporzionato* al valore del bene (ove conforme) ed all'entità (del difetto di conformità), un inciso eccettuativo, questo, che ha indotto taluno a ragionare di un "giusto rimedio" trasformante l'azione manutentiva in *modulabile*, «ossia variabile nel contenuto tutte le volte in cui la sostituzione comporti un'attività di ripristino»⁹⁰. Se non fosse che questa pur singolare forma di rinegoziazione giudiziale del contratto avviene entro un perimetro dispositivo che, stando di nuovo a quanto la Corte davvero dice, vede nell'ordine:

– ribadita la gratuità del ripristino (art. 130, co. 2 e 3, c. cons.)⁹¹, sull'assunto che la meritevolezza dell'interesse opposto da un professionista gravato da costi ripristinatori eccessivi non può assumere la forma alternativa di un rifiuto o della pretesa ad un'indennità concorrente (*Quelle*, C-404/06)⁹², entrambe variabili trasformanti la sostituzione in un rimedio *monco* perché occasionante un *costo* per il consumatore. Per la Corte, infatti, il temperamento tra le ragioni del professionista venditore e del consumatore non può realizzarsi sul terreno di una tutela manutentiva venata di un'onerosità surrettizia che verrebbe a disincentivarla;

– questo rimborso al professionista è poi in realtà concepito non in un'ottica perequativa ma quale contrappunto ad uno *sporgere* del rimedio manutentivo, sporgere occasionato dalla *serialità* della vicenda ripristinatoria, il che ne fa una specie di compensazione neutralizzante un danno al mercato o, come pure ci si ravvede, una sorta di *forfait* giudiziale finalizzato ad abbattere gli «eccessi idiosincratichi di rimedi scarsamente prevedibili nel loro impatto»⁹³. Non è un caso infatti se

– messa tra parentesi l'idea, pur seducente, di un ripristino *allineato* (e rispecchiato dall') equilibrio contrattuale, con una formula che vorrebbe arieggiare il § 439 del BGB⁹⁴, la Corte concepisce il diritto del professionista come una facoltà condizionata dal contro-diritto del consumatore di domandare la ridu-

⁹⁰ Così IAMICELI, *Diritto dei contratti*, cit., 50.

⁹¹ Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 340.

⁹² Corte giust. 17 aprile 2008, C-404/06.

⁹³ Cfr. IAMICELI, *Diritto dei contratti*, cit., 50.

⁹⁴ Norma alquanto vischiosa, il paragrafo in questione recita infatti di un venditore che può rifiutare l'esatto adempimento allorché eccipisca "un'impossibilità della realizzazione se non affrontando spese sproporzionate". Il che, come acutamente si fa notare, sottende una commistione tra i concetti di impossibilità e di sproporzione a scapito della nozione «di impossibilità in senso stretto» (v. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 335 ss.).

zione del prezzo o la risoluzione del contratto, con un rovesciamento così di prospettiva rispetto all'idea di un professionista legittimato a comparare la convenienza economica del rimedio manutentivo rispetto agli altri. Il tutto sull'assunto che un ripristino parzialmente oneroso della conformità sarebbe comunque causa per il consumatore di «un notevole inconveniente».

Dopo di che, provando adesso a combinare i tre enunciati, viene fatto di osservare che pure *Gebr. Weber GmbH e Putz* non ha poi niente di così anomalo, riproducendo nella sostanza uno spartito argomentativo che riedita l'immagine di una *lex contractus* modellata, quando l'atto sia di consumo, sulla crasi tra un apparato regolatorio legislativo ed una mediazione giudiziale *riaggiustante* il rapporto nel modo che meglio vorrebbe assecondare la concorrenza⁹⁵. Non dunque una correzione-rettifica dello scambio ispirata ad un'esigenza di equità, piuttosto un intervento giudiziale corazzante, in prima battuta, l'interesse specifico del consumatore al valore d'uso del bene⁹⁶, avendo però nel contempo cura di parcellizzare l'inefficienza collaterale di costi transattivi imprevisi. Tutt'al più, se proprio si vuol scorgere in questo arresto un *quid novi* che faccia da marcatore di identità, lo si dovrebbe rinvenire in una più scoperta impronta di *favor mercati*, con un'effettività rimediale pensata per scoraggiare, chi ne potrebbe profittare, a servirsi di costi transattivi in danno del consumatore.

Se è questo il riverbero della giustizia contrattuale europea, ebbene l'interprete si imbatte in una proporzionalità avente dei contorni, detto in termini sia intensivi che estensivi, alquanto sbiaditi. La trama dominante vede piuttosto la salvaguardia di *un'uniforme applicazione* di regole mercatistiche in quanto diritto dell'Unione⁹⁷, con una teoria dei *limiti impliciti* alla discrezionalità degli Stati membri che ha per altro dalla sua, giusta il dovere di leale cooperazione (art. 4 TUE), il disposto dell'art. 197 TFUE, cioè l'attuazione effettiva della normativa UE come «questione di interesse comune»⁹⁸. L'effettività, dunque, non come problema di un «giusto rimedio» ma questione interna alla «relazione», la felice espressione è di Adolfo di Majo⁹⁹, tra due ordinamenti.

⁹⁵ Tracce nitidissime di questo ragionamento sono in PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 560 ss.

⁹⁶ Cfr. A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 525 ss. e 532 ss.

⁹⁷ Cfr., al riguardo, le lapidarie considerazioni di F. BECKER, *Application of Community Law by Member States' Public Authorities: between Autonomy and Effectiveness*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1035 ss., spec. 1044 (la «supremacy is another spin-off from the effectiveness principle») e 1046.

⁹⁸ Cfr. PORCHIA, *L'effettività del diritto dell'Unione*, cit., 2319 e DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, cit., 733.

⁹⁹ DI MAJO, *op. ult. cit.*, 735.

5. *Intermezzo: ancora sull'Abschreckungseffekt delle direttive 93/13 e 2008/48, per un indispensabile chiarimento su di (un'apparente) Drittwirkung dei diritti fondamentali*

È il principio di effettività oggettiva dunque che, nell'esperienza della CEG, delimita la cornice entro cui le clausole generali si vengono a muovere, riflesso non tanto dell'(ovvia) *primauté* del diritto europeo bensì della caratura *qualitativamente diversa* che assiste i diritti ed i poteri del consumatore, quali situazioni giuridiche soggettive rilevanti non *in sé* ma per gli effetti che determinano: dunque situazioni giuridiche soggettive *mediane* in quanto ancillari ad ottimizzare il funzionamento del mercato, vero *interesse finale* protetto¹⁰⁰. È vero, naturalmente, che le direttive vincolano quanto allo *scopo* della regolamentazione, mentre pertiene all'autonomia procedurale degli Stati membri il plasmare le norme domestiche necessarie «a realizzare il risultato previsto»¹⁰¹. Epperò, visto che l'art. 19, § 1, TUE fa obbligo agli Stati membri di adottare i rimedi giurisdizionali necessari a garantire «una tutela giurisdizionale effettiva» nelle materie presidiate dal diritto europeo¹⁰², è per il tramite dell'art. 47 che l'attività di *armonizzazione* delle clausole generali, nella veste s'intende di risultati interpretativi strumentali all'*optimum* del mercato, viene a compiersi: una sorta di via mediana, si direbbe, tra quanti ritengono che la Corte abbia il potere di dettare una nozione di buona fede vincolante per i giudici nazionali e quanti non meno risolutamente si mostrano dell'opinione contraria¹⁰³.

Con un secondo (doppio) chiarimento però.

Se è vero infatti, naturalmente quando una direttiva sia di armonizzazione minima¹⁰⁴, che il principio di effettività funge ormai da canone attualizzante evolutivamente il senso prescrittivo di una disciplina lacunosa, a guisa si direbbe di un *diritto vivente europeo*, non è men vero, però, che il significato *dato*, cioè il modo in cui una direttiva davvero vincola¹⁰⁵, segna pure il *limite* di libertà interpretativa che si dà la stessa Corte. In chiave di *self restraint*. È paradigmatico,

¹⁰⁰ Il che persuade di più dell'immaginare un'effettività ambivalente, la quale si troverebbe ad operare "a monte" ed "a valle": così, invece, PORCHIA, *op. ult. cit.*, 2318.

¹⁰¹ Così PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., 74.

¹⁰² V., per tutti, TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia*, cit., 486 s. e 499 e LIPARI, *Il problema dell'effettività*, cit., 896.

¹⁰³ V., in luogo di tanti, E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 978 ss.

¹⁰⁴ Perché, quando si faccia questione di un'armonizzazione massima, l'effettività della tutela consumeristica sarà soltanto quella *di legge*. Come tra breve si avrà modo di notare, il criterio della "fattispecie esclusa" mette in non cale un'effettività che si ripromettesse di ampliare il regime di protezione collo stratagemma della "fattispecie inclusa". V. *infra*, § 6.

¹⁰⁵ Cfr. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, cit., 945.

al riguardo, quanto si legge nell'ordinanza 539/14¹⁰⁶, appendice finale del caso *Sánchez Morcillo/Abril García*, denegativa di un'illegitimità dell'(appena riformato) art. 695 LEC nella parte in cui contempla un'appellabilità asimmetrica della decisione che respinga l'opposizione ad un'esecuzione ipotecaria, circoscritta per il consumatore al solo motivo di un'abusività della clausola che faccia da titolo esecutivo a fronte viceversa di un professionista che, in quanto creditore esecutante, può appellare qualsiasi decisione statuente la conclusione della procedura, quale che sia poi il motivo (accolto evidentemente) di opposizione sul quale detto *decisum* si fonda.

Stando all'argomentare in sottotraccia della Corte, è più che plausibile che la denunciata disparità di trattamento possa mettere a repentaglio un diritto fondamentale del consumatore, specialmente nella sua qualità contingente di debitore esecutato. Epperò, ecco subito affiorare il vincolo preclusivo del *significato dato*, l'effetto utile che promana dal combinato disposto degli artt. 47 CDFUE e 7 dir. 93/13 mira a restaurare, in termini di equilibrio reale, pur sempre e solo una libertà contrattuale violata dall'abuso *in contrahendo*, sicché, condensando al massimo il discorso dei giudici, quella denunciata *non è una lesione* che ricada o che sia «tale da incidere sull'efficacia della tutela del consumatore, quale voluta dalla direttiva stessa» (§ 44)¹⁰⁷. Il tutto a riprova che il significato dato a quest'effettività copre occasionalmente e *di rimbalzo* il diritto fondamentale del consumatore, segnatamente quando è il risultato “a valle” del pregiudizio “a monte” di uno dei *diritti* garantiti dalla direttiva¹⁰⁸. Il fatto è che, e *Schulz/Egbringhoff* (cause riunite C-359/11 e C-400/11) lo statuisce con stringente linearità¹⁰⁹, fuori dalla materia dei servizi d'interesse economico generale (art. 36 CDFUE), ambito nel quale la libertà delle imprese fornitrici di energia elettrica e gas naturale si confronta con un obbligo legale di contrarre, a parità di condizioni ed a prezzi ragionevoli per favorire l'accesso al servizio (§ 44), ragionare di

¹⁰⁶ Corte giust. 16 luglio 2015, C-539/14.

¹⁰⁷ E v. pure, a mo' di corollario applicativo, il recitativo che si legge nel § 45 («Ne deriva che l'articolo 695, paragrafo 4, della LEC modificata garantisce ormai ai consumatori un'azione completa e sufficiente, che costituisce quindi un mezzo adeguato ed efficace, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, per far cessare, nel contesto di un procedimento di esecuzione ipotecaria, l'applicazione di clausole abusive contenute nell'atto autentico di costituzione dell'ipoteca sulla cui base il professionista procede all'esecuzione sul bene immobile offerto in garanzia»).

¹⁰⁸ Come, riproducendo una massima stereotipata, ha d'altronde sentenziato Corte giust. 29 ottobre 2015, C-8/14, *BBVA SA c. Lopez*, quanto all'illegitimità del termine di decadenza di un mese, onde consentire al consumatore, in qualità di debitore esecutato, di opporsi ad una procedura di esecuzione ipotecaria non ancora conclusa all'atto di promulgazione della nuova legge, illecitività ravvisata nell'aver il legislatore riconnesso il *dies a quo* al giorno successivo alla pubblicazione della stessa in luogo di un'informazione, mediante notifica individuale, indirizzata personalmente al legittimato passivo della procedura.

¹⁰⁹ Corte giust. 23 ottobre 2014.

una giustizia commutativa, od almeno di un'inclinazione della CEG *social-oriented*¹¹⁰, somiglia tanto ad una crasi argomentativa ottenuta per effetto dell'indebita commistione di due enunciati provvisti, per contro, di un significato ben circostanziato: quello per cui, pure in ambiti ove i valori della "coesione sociale e territoriale dell'Unione" (art. 36 CDFUE) contemperano le ragioni del libero mercato, la trasparenza delle condizioni contrattuali (art. 3, § 3, dir. 55/2003 ed art. 3, § 5, dir. 54/2003) è comunque un mezzo (e non un fine) «per il buon funzionamento della concorrenza» (§ 39) e, a seguire, il suo complemento, l'illegittimità delle *Preis Anpassungsklauseln* prive di un giustificato motivo è il riflesso non di un'iniquità dello scambio (per un eccesso di remuneratività) bensì di un'essenzialità dell'informativa in oggetto per un esercizio responsabile dei diritti, di contestazione della *variatio in peius* e di recesso, riconosciuti al cliente (allegato A, lett. B di ognuna delle direttive). Dunque, nonostante il diritto di accesso *sub* art. 36 faccia da velo solidaristico alle ragioni mercatistiche di una dir. 93/13 qui inapplicabile *ex* art. 1, § 2, la trasparenza di *Schulz/Egbringhoff* è gemella di quella enfatizzata da *RWE Vertrieb* (92/11), caso lampante di un *abuso del tipo contrattuale* e dove invece l'obbligo di informazione precontrattuale trovava fondamento proprio nella dir. 93/13¹¹¹: sì rimedio *ab extra* comandato a correggere il contratto ma in chiave di una tutela *in executivis*, quale cioè compensazione in forma specifica di un diritto (di autodeterminazione patrimoniale) non esercitato (a monte). Una *trasparenza competitiva* più che rafforzativa di diritti sociali, la si direbbe. Una trasparenza, soprattutto, *indipendente* dal rango formale della situazione giuridica soggettiva applicata.

Quanto invece, venendo così alla seconda chiosa delucidativa, al tasso di deterrenza rimediabile che insufflano gli artt. 8 e 23 dir. 2008/48, un supplemento di riflessione merita l'idea, affacciata recentemente, di un monopolio delle Corti

¹¹⁰ V., criticamente, S.R. WEATHERILL, *Article 38 – Consumer Protection*, in S. PEERS-T. HERVEY-J. KENNER-A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Oxford, 2014, 1008.

¹¹¹ Nella specie, discussa era un'ipotesi di *ius variandi*, l'impresa fornitrice di gas, includendo nelle proprie condizioni generali di contratto delle clausole riproduttive di disposizioni di legge dettate *per altri tipi* di contratto, segnatamente per dei contratti *tariffari* mentre quelli unilateralmente predisposti erano di *diritto comune*, aveva strumentalmente bypassato il regime di tutela posto in essere dalla dir. 93/13, facendosi scudo dell'esimente di cui all'art. 1, § 2. L'*AVB Gas V* tedesco riconosceva infatti un diritto potestativo, di modificare unilateralmente i prezzi del gas senza un'informazione preliminare procedimentalizzata, ma al di fuori dei rapporti retti da un regime di libertà contrattuale. Il che dissimula una pratica elusiva del controllo giudiziale di vessatorietà la quale non può certo ammettersi. Un equilibrio normativo, che sia stato legislativamente pensato come *proprio* di *certi* contratti, non è infatti che, trasponendolo *per pezzi* in altre fattispecie, faccia diventare *equa* una predisposizione unilaterale. Come fa persuasivamente notare la CEG, «il complesso dei diritti e degli obblighi sorti in base al contratto così redatto non corrisponderebbe necessariamente all'equilibrio che il legislatore ha inteso stabilire [per una data e nominata operazione]».

nazionali nell'apprezzare l'*Abschreckungseffekt* delle tecniche di tutela domestiche, preludio sofisticato ad una lettura che cerca così di imbrigliare l'impatto di torsione concettuale scaturente dall'interpretazione creativa della CEG. Una lettura alla quale non sembra estranea l'idea (autorevole sì epperò largamente confutabile) di un'unità dell'ordinamento UE come entità che si specchia unicamente nella pluralità dei singoli ordinamenti nazionali¹¹².

Se il consumatore è un attore a razionalità cognitiva limitata, si diceva, è il professionista allora che va onerato di una *strict liability*. In *Le Crédit Lyonnais SA* la correlazione tra una fiducia dei consumatori nel sistema creditizio ed una finalità afflittiva per gli intermediari spregiudicati è apertamente esplicitata giacché non si incentiva certo la stipula di mutui ipotecari, ed «un sistema di credito efficiente e sano è una delle pietre miliari di un'economia di mercato aperta»¹¹³, se non si prevedesse che il professionista negligente non può dedurre dalla propria inadempienza un lucro *notevolmente inferiore* al profitto «di cui avrebbe potuto beneficiare se avesse ottemperato al suo obbligo di verifica della solvibilità del debitore». Risultato, senza *un rimedio che dissuada*, il credito al consumo rimarrebbe un contesto dove, producendosi degli scambi svantaggiosi, si registra un fallimento del mercato. E di qui, a mo' di *conditio sine qua non*, l'esigenza impellente di confezionare la tecnica protettiva in maniera tale da falciare quanto impedisca la «realizzazione di transazioni che potrebbero migliorare il benessere delle parti coinvolte»¹¹⁴. *CA Consumer Finance SA c. Bakkaus* (C-449/13)¹¹⁵, il cui corposo recitativo sancisce l'illegittimità tanto di una normativa nazionale che faccia ricadere sul consumatore l'onere di provare la mancata esecuzione degli obblighi prescritti *sub* artt. 5 (sull'informazione precontrattuale) ed 8 (sulla verifica del merito creditizio) quanto di una clausola-tipo che detta inversione deducesse dal riconoscimento documentale che il consumatore abbia fatto della piena e corretta esecuzione degli obblighi imputati al professionista, alla stessa maniera vede nelle due fattispecie sunteggiate un modo per incentivare surrettiziamente il professionista all'inadempimento, dunque l'esatto contrario di una misura dissuasiva.

Orbene, il fatto però è che, viene fatto notare da un'angolazione tesa a ridimensionare questi *dicta*¹¹⁶, la valutazione di dissuasività del rimedio è sempre

¹¹² Così N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006, 71 s., quando invece convince assai più parlare di «un amalgama che ciascun Stato realizza nella sintesi con le regole di fonte interna»: così LIPARI, *Il problema dell'effettività*, cit., 891.

¹¹³ Così le *Conclusioni* dell'A.G. Wahl, nella causa C-482/12, *Peter Macinský ed Eva Macinská c. Getfin s.r.o. Finanreal s.r.o.*, § 60.

¹¹⁴ Così DENOZZA, *La frammentazione del soggetto*, cit., 29.

¹¹⁵ Corte giust. 18 dicembre 2014, C-449/13.

¹¹⁶ V. ABF, Collegio di coordinamento, decisione 24 giugno 2014, n. 3955, Pres. Marziale, Est. Gambaro.

rimessa ai giudici nazionali, i quali ben la potranno graduare onde evitare effetti, troppo premiali per il consumatore, destinati a tradursi in una forma accidentata di *overdeterrence*. Col che, questa la chiusa implicita del ragionamento, nessuna *Zugangsgerechtigkeit*¹¹⁷, nell'ottica di un modello di tutela sostanziale *market-rectifying* perché trasformante una *theoretical chance* in una *realistic opportunity*¹¹⁸, quanto e piuttosto la riproduzione di un'effettività pur sempre declinata in negativo.

In realtà, scartata la constatazione di trovarsi al cospetto di un'ovvietà, giacché è la stessa CEG a sentenziare di un giudice nazionale tenuto d'*ufficio* a vagliare casisticamente la misura di dissuasività insita nel rimedio adottato (*Aziz*), difficilmente l'obiezione fatta può dirsi che tenga: e per un motivo molto semplice. Quel che infatti, per il medio dell'argomento esposto, vuole continuare ad accreditarsi come esistente è l'idea di un profilo *in bianco* del rimedio interno, foggiato nella maniera più conforme alla tradizione e al «sistema propri di ciascun ordinamento»¹¹⁹, quando invece l'attivismo giudiziale corrente dà ormai per converso come predominante un modello di integrazione degli ordinamenti giuridici che guarda ad un *European regulatory contract law*, col qualificativo *regulatory* ad indicare la dimensione non più individuale ma collettiva nella quale è calato un rapporto contrattuale seriale che fa ormai da anello di congiunzione tra un mercato (di beni e servizi) d'interesse generale ed il prisma dei «*citizens' rights*»¹²⁰. Onde, per evitare distonie, se la *governance* del contratto asimmetrico è parte di una più ampia *policy* di integrazione sociale ed economica, il momento rimediabile non può andarne immune in quanto ridotto a *fattispecie*. Pur se riferita all'area dei contratti *B2B* e *B2A*, la vicenda che ha portato frettolosamente ad interpolare, nel corpo del d.lgs. n. 231/2002, l'art. 7-*bis*, per la conclamata inattitudine di una (domestica) nullità a reprimere (non delle clausole ma) delle prassi gravemente inique in danno del creditore¹²¹, parla ormai da sé.

¹¹⁷ Il neologismo si deve a H.W. MICKLITZ, *Social Justice and Access Justice in Private Law*, in *The Many Concepts of Justice in European Private Law*, a cura di H.W. MICKLITZ, Cheltenham, 2011, 3 ss.

¹¹⁸ Come prosegue il testo, «thereby eliminating all sorts of barriers which hinder the assertion of the claim to access»: così MICKLITZ, *op. ult. cit.*, 91.

¹¹⁹ Cfr. G. D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contr.*, 2012, 977.

¹²⁰ Così, attentamente, F. DELLA NEGRA, *Does "European regulatory contract law" enhance citizens' rights? An analysis of consumer and services law from theory to practice*, in *Opinio Juris in Comparatione*, vol. I, n. 1/2015, Paper n. 2, 1-31, www.opiniojurisincomparatione.org, 14.

¹²¹ Non a caso, con limpido realismo, MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 255 fa notare che la novella richiamata è indice di una tendenza attestante il «piegarsi» del diritto derivato nazionale «alle scelte normative più recenti del legislatore europeo».

6. Epilogo, a mo' di catalogo riassuntivo, in cinque punti

Ricapitolando, a mo' di chiosa riassuntiva, il *continuum* giurisprudenziale descritto sembra aggregabile intorno ad una cifra assiologica scomponibile così:

a) Protagonista assoluta della scena, per intanto, è il canone di *un'interpretazione autonoma ed uniforme*, manovrata giudizialmente come una tecnica, «di disciplinamento della fattispecie»¹²², a caratura bifasica, basculante com'è tra un'integrazione teleologicamente orientata dell'armonizzazione minima e l'esclusione di un accrescimento rimediale *extra ordinem*, quando l'armonizzazione sia massima. Se della prima si è fin qui evidenziato più di una forma manifestativa, con riguardo alla seconda è la dir. 2005/29/CE, sulle pratiche commerciali sleali, l'ambito perimetrale ove forse la Corte meglio ostenta il costrutto di un'effettività giudiziale che cede il passo al *solo* livello di tutela, previsto a guisa di un numero chiuso, da un dato legislativo già molto analitico nell'inquadrare la nozione di “pratica scorretta”, ottenuta combinando *more solito* una doppia lista nera (artt. 21-22 e 24-25 c. cons.) ed una norma di principio (art. 20, 2 e 3 c. cons.)¹²³. Il quartetto introdotto da *Plus Warenhandelsgesellschaft* (C-304/08) e chiuso da *Köck* (206/11), ma passando per *Mediaprint Zeitungs* (C-540/08) e *Wamo BVBA* (C-288/10)¹²⁴, ben suggella l'effetto di irrigidimento che una *full harmonisation* ha, per il fatto di non ammettere un regime derogativo *in melius*, sull'interpretazione creativa della Corte. Lo stratagemma che la potrebbe rivitalizzare, cioè il *distinguishing* della “materia non regolata”, allo stato pecca infatti di una qualche rimarchevole applicazione, forse per la pre-comprensione che, moltiplicando per via interpretativa le lacune, si frustra “la calcolabilità” di un'armonizzazione massima già per altro messa qui duramente a repentaglio dal (discutibile) agnosticismo europeo nell'individuazione del rimedio applicabile¹²⁵. Naturalmente, nella veste di contrappunto allo scarto tra diritti e tecniche di tutela, l'effettività rimane *sempre* ed indistintamente applicabile, se è vero che pure la *full harmonisation* concepisce «gli apparati processuali interni come parte integrante del sistema di norme sostanziali dell'Unione»¹²⁶.

¹²² Cfr. GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, cit., 944.

¹²³ Cfr. M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, 77 ss. e, ma in una diversa prospettiva, G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, 1079 ss.

¹²⁴ V., nell'ordine, Corte giust. 14 gennaio 2010; Corte giust. 9 novembre 2010; Corte giust. 30 giugno 2011 e Corte giust. 17 gennaio 2013.

¹²⁵ V., in chiave di sintesi, MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 251 ss.

¹²⁶ V. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione*, cit., 672 e, in una prospettiva contigua, LIPARI, *Il principio dell'effettività*, cit., 895.

b) Espressione di un diritto giurisprudenziale in purezza¹²⁷, l'interpretazione autonoma, quando non si trovi a coniare una regola indotta esclusivamente dalla peculiarità del fatto storico¹²⁸, di fatto *omologa* i rimedi in chiave di contaminazione o, come forse parrebbe più corretto chiosare, conferisce loro una duttilità che gli fa acquisire una natura *apolide*¹²⁹, impermeabile alle geometrie dogmatiche nazionali. Il fatto che, di recente¹³⁰, la dottrina abbia evidenziato come l'argomento dei "principi generali del diritto civile", quando non se ne faccia un uso esornativo *ad colorandum*, conti pochissime applicazioni e per di più improntate a finalità di contenimento per una *ragionevolezza* della tutela consumeristica¹³¹, esprime un punto di vista non dissimile, fotografando da un'angolazione concorrente lo stile di una Corte che ha fatto ormai di un decidere orientato alle conseguenze (*folgenorientierte Auslegung*) la propria costante. Quando, in un contesto che non era così pronunciato, si nota(va) che la CEG privilegia una *climax* proclive «ad accorpare argomenti funzionali e teleologici» già dalla celeberrima *Van Gend en Loos* (causa 26/62)¹³², con una subalternità manifesta per riflesso del canone letterale e di quello storico-sistematico alla maniera per intendersi dell'art. 12 delle nostre preleggi¹³³, messo in risalto era proprio questo aspetto, etichettabile come un *pragmatismo valoriale* dell'interpretazione conforme, il quale non può non essere *magna pars* di un decidere calato in una dimensione attuativo-applicativa perché l'interpretazione della CEG è volta al perseguimento di obiettivi macro-economici.

c) Quand'è così, *nulla quaestio* naturalmente sulla circostanza che il processo normativo di conformazione teleologica dell'attività d'impresa abbia come ri-

¹²⁷ Cfr. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 267.

¹²⁸ È la ben nota Corte giust. 3 giugno 2010, C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad c. Ausbanc*.

¹²⁹ Per la prima opzione, in special modo, H.W. MICKLITZ-N. REICH, "Und es bewegt sich doch"? – Neues zum Unionsrecht der missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, in *Eur. Zeit. f. Wirtschaftsrecht*, 2012, 127 ss.

¹³⁰ Diffusamente ALPA, I "principi generali del diritto civile", cit., 325 ss.

¹³¹ Corte giust. 10 aprile 2008, C-412/06, *Hamilton c. Volksbank Filder eG* e Corte giust. 3 settembre 2009, C-489/07, *Messner c. Firma Stefan Krüger*, per le quali sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore*, cit., 219 ss.

¹³² Cfr. CARBONE, *Principio di effettività*, cit., 90 e N. LIPARI, "Concorrenza" fra ordinamenti e sistema delle fonti, in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. ZOPPINI, Roma-Bari, 2004, 81.

¹³³ Il che ha ormai quasi la valenza di un luogo comune: v. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia*, cit., 490 e B. GSELL, *Zivilrechtsanwendung im Europäischen Mehrebenensystem*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 214, 2014, 100 ss. Sicché non convince il contrario dire di M. ORLANDI, *Primauté del diritto comunitario?*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del 4 Convegno Nazionale Sisdic, 16-18 aprile 2009, Napoli, 2010, 207 ss.

flesso un irrobustimento della libertà contrattuale del consumatore¹³⁴, con un'innervatura di marca giudiziale che si ispessisce tutte le volte in cui, inceppatosi il bilanciamento di legge a seguito di una preclusione fattuale o di diritto, soltanto un «intervento positivo, esterno al rapporto contrattuale», si mostra idoneo a restaurare la parità violata¹³⁵. Epperò, giova ripeterlo, come la mano del mercato abbia inteso congegnare «l'approdo ad un principio di uguaglianza effettiva e sostanziale nell'esercizio dell'autonomia»¹³⁶ è, per chi ben osservi, *visibilissimo*, specie una volta rischiarato il presupposto *desoggettivizzante* che impregna l'intero segmento della legislazione *b2c*, esempio tipico di uno statuto normativo frantumante in realtà la soggettività giuridica dei consumatori in vista dell'ideale di massimizzare l'efficienza del singolo scambio¹³⁷. C'è una soggettività si vuol dire, in un contesto normativo che si premura di far sì che il consumatore *semplicemente scelga* tra questo o quel prodotto, carente di individualità o tutt'al più composta di individualità anonime rappresentate in funzione dei costi transattivi propri di questa o quell'operazione economica. Perché, con un'emblematica inversione dei ruoli, è esattamente questa *operazione* che è stata trasfigurata in una situazione di *public interest* mentre il consumatore che se ne deve servire rileva, allo stato, soltanto serialmente¹³⁸. D'altro canto, non è detto che il «costituzionalizzare» i diritti del consumatore farebbe di rimando acquisire alla loro tutela un valore aggiunto: da una parte infatti c'è l'incognita della «*double-edged sword*» di un *balancing test* cogli altri diritti fondamentali (art. 47 v. art. 16 oppure tra primo e secondo comma dell'art. 47 CDFUE)¹³⁹, che si potrebbe ben condurre *dinamicamente*, cioè senza obnubilare il diritto antagonista, dall'altra insiste il problema che un utilizzo della libertà contrattuale quale «strumento privilegiato di conformazione in senso concorrenziale del mercato»¹⁴⁰ esime utilita-

¹³⁴ V., in luogo di tanti, G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Contratto e Costituzione in Europa*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2005, 237 e A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. OLIVIERI e A. ZOPPINI, Roma, 2008, 16 e, con rigorosa limpidezza, C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 42.

¹³⁵ Testualmente Corte giust. 1 ottobre 2015, C-32/14, *Erste Bank Hungary Zrt. c. Sugár*: ma è un *refrain*, come si sa, largamente sperimentato.

¹³⁶ Così NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale*, cit., 620.

¹³⁷ Come fa limpidamente notare DENOZZA, *La frammentazione del soggetto*, cit., 21 «il soggetto massimizzante non possiede alcuna personalità ed è perciò totalmente succube dei contesti in cui si trova ad operare. In un certo senso la specificità della sua soggettività si dissolve».

¹³⁸ V., in special modo, A. NICOLUSSI, *I consumatori*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di L. NIVARRA, Milano, 2008, 438.

¹³⁹ Cfr. WEATHERILL, *Article 38 – Consumer Protection*, cit., 1008.

¹⁴⁰ Cfr. L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 591 e A. PLAIA, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 705 s., 715 e 717-719.

risticamente la Corte dal pronunciarsi su quale modello, tra i tanti prospettabili, di giustizia sinallagmatica prediligere.

d) Monopolio esclusivo delle Corti¹⁴¹, l'effettività europea non mima però né ricalca, lo si è notato nell'*incipit*, quella civil-costituzionale di diritto interno. Mentre quest'ultima infatti, nella cornice postmoderna di un pluralismo e di un de-tipicizzarsi delle fonti di produzione¹⁴², è divenuta la camera di compensazione di una fattualità giustiziale rimodellante uno (sfilacciato) principio di legalità¹⁴³, la *full effectiveness* dell'art. 47 CDFUE concorre invece fattivamente alla costruzione ed attuazione di un principio di legalità europea¹⁴⁴. Chi le volesse perciò appaiare, in virtù del fatto che entrambe sottendono chiovendianamente il ripristino *in pienezza* dell'utilità (di legge) violata, cadrebbe nell'equivoco di assimilare due principi non sovrapponibili.

In quanto epifenomeno del sistema normativo europeo quale ordinamento autonomo ed efficace, l'effettività dell'art. 47 funge invero da canone selettivo *non* del rimedio che meglio appaghi il bisogno di tutela del consumatore quanto e piuttosto di quello iscritto nel perimetro protettivo apprestato di volta in volta dalla direttiva di riferimento. Tradotto, è un'effettività satisfattiva non di qualsiasi utilità il consumatore, vittima di un abuso o di un'asimmetria informativa, voglia riappropriarsi ma della *sola* utilità corrispondente al tipo di interesse protetto. E, per il fatto che ogni direttiva è strumentale alla costruzione di un mercato unico concorrenziale, siccome nella *gradazione* del rimedio è espresso il coefficiente di preminenza di un valore sull'altro, azionabile risulterà soltanto *il*

¹⁴¹ Perché la tutela giurisdizionale effettiva «si fonda sulla premessa secondo la quale i giudici nazionali sono previamente aditi da una delle parti del contratto»: così Corte giust. 1 ottobre 2015, C-32/14, cit., § 63 della motivazione. Il che ha consentito alla Corte di escludere che contravvenisse al combinato disposto degli artt. 6 e 7 dir. 93/13 una legge ungherese legittimante il notaio, che roghi un contratto b2c di prestito ipotecario, ad includere nello stesso (od a rifiutarsi di sopprimere) una clausola esecutiva a motivo del carattere abusivo di una o più delle clausole predisposte. Il tutto nonostante l'art. 31/E, § 2, della legge ungherese sull'esecuzione giudiziaria equipari un atto notarile provvisto di una formula esecutiva ad un provvedimento giudiziale. Ma il *proprium* della decisione è in quel § 57 della motivazione ove si legge che, «nel sistema processuale ungherese, il notaio sembra essere legittimato a svolgere, in particolare nella fase della redazione di un atto autentico relativo a un contratto concluso da un professionista con un consumatore, un ruolo di prevenzione del carattere abusivo delle clausole di tale contratto e risulta inoltre esplicitamente chiamato a garantire con la sua consulenza la parità di trattamento in tutte le procedure rientranti nelle sue attribuzioni, inclusa quella dell'esecuzione forzata». Il che equivale però a fare dell'informazione obbligatoria il *trait d'union* tra l'attività notarile e la dir. 93/13.

¹⁴² V., per tutti, GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, cit., spec. 937 ss.

¹⁴³ Per una messa a punto, di recente, VETTORI, *Il contratto europeo tra regole e principi*, cit., 23 ss.

¹⁴⁴ Legittimando così una «governance comunitaria (...) di cui sono parti anche le imprese e gli stessi [consumatori]: v. CARBONE, *Principio di effettività*, cit., 14.

rimedio organico al livello di protezione più consentaneo (e meglio aderente) al buon funzionamento del mercato. Insomma è un'effettività che *non trascende* la valenza dell'interesse per come questa è riprodotta «nella fattispecie e nei suoi effetti»¹⁴⁵.

A titolo puramente esemplificativo,

– salvo non ricorra la contro-eccezione dell'art. 8, *Pereničová e Perenic* (C-453/10)¹⁴⁶ ha escluso che l'eventuale maggior vantaggio contingente per il consumatore valga da criterio che possa decidere della sorte di un contratto, non inceppato *sub specie causae* dall'espunzione di una sua clausola, in quanto la dir. 93/13/CEE ha come scopo la protezione di un interesse *al contratto* e non *al recesso*, recesso di cui surrettiziamente si farebbe invece questione ammettendosi un'inefficacia totale a motivo (non di una lacuna sopravvenuta inemendabile ma) di un'essenzialità soggettiva del consumatore;

– così, e prima ancora, in *Cofinoga Mérignac SA c. Sachithanathan* (C-264/02)¹⁴⁷, ove in discussione veniva l'art. 4 dir. 87/102/CEE, l'esclusione, ove il tasso fosse rimasto invariato, di un'interpretazione, più favorevole al consumatore, che obbligasse gli istituti di credito ad informare per iscritto il mutuatario consumatore del TAEG anche all'atto del rinnovo del credito, è il risultato di un obbiettivo dell'armonizzazione, identificato col creare *eguali* condizioni concorrenziali tra i diversi professionisti. Il che di riflesso non potrebbe aversi se, *ope interpretationis*, si ampliasse un obbligo informativo *ex lege* circoscritto al momento della stipula del contratto¹⁴⁸;

– del pari in *Fritz GmbH c. Von der Heyden* (C-215/08)¹⁴⁹, resa sotto la vigenza della dir. 85/577/CEE sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali (art. 5, n. 2), ove il principio di un'*equa ripartizione dei rischi* ha fatto da scudo ad un recesso con effetti *ex tunc* dalla partecipazione ad un fondo immobiliare chiuso costituito nella forma di una società di persone, donde non soltanto un'obbligazione restitutoria calcolata sul valore del conferimento al tempo del recesso ma pure la variabile di un saldo negativo per l'obbligo correlato di partecipare alle perdite del fondo. Se è pur vero infatti che un recesso *ex nunc* spoglia il consumatore del diritto a vedersi corrispondere una somma pari al con-

¹⁴⁵ Così, prendendo a prestito un'espressione che la dottrina citata reputa non a caso il vero valore aggiunto dell'effettività di diritto interno, DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, cit., 713.

¹⁴⁶ Corte giust. 15 marzo 2012.

¹⁴⁷ Corte giust. 4 marzo 2004.

¹⁴⁸ Nello specifico, è evidente, tutto questo significa che il professionista è sì tenuto ad un'informazione esaustiva, ma in quanto la *ratio* idealtipica di questo fare sia funzionale all'inverarsi di un modello, stabile e diffuso, di mercato concorrenziale.

¹⁴⁹ Corte giust. 15 aprile 2010.

ferimento effettuato, non è meno esatto notare che il ripristino dello *status quo ante* la stipula del contratto avrebbe qui avuto l'effetto di traslare il costo del cattivo investimento sugli altri consumatori-soci del fondo immobiliare. *Sanzione* per il professionista che sia risultato inadempiente all'obbligo di informazione, la postergazione del *dies a quo* per l'esercizio del diritto di recesso avrebbe così mostrato un'eterogenesi dei fini stressante la *ratio* di una direttiva che intende(va) tutelare una "sorpresa" nel contrarre, non già per i rischi connessi all'investimento di capitali;

– oppure, e da ultimo, nella recentissima *Banif Plus Bank c. Marton Lantos* (C-312/14)¹⁵⁰, ove detto *cliché* fornisce l'occasione per stoppare sul nascere l'idea che possano integrare un servizio di investimento (ai sensi dell'art. 1, § 2), in vista evidentemente di un obbligo del professionista di procedere alla valutazione di adeguatezza dello stesso *sub* art. 19 dir. 39/2004/CE, le clausole sull'asimmetria dei tassi di cambio nei mutui ipotecari denominati in valuta estera. La circostanza che clausole siffatte trasferiscano il rischio di cambio sui mutuatari è, per vero, inconferente sul piano della qualificazione giacché la loro abusività, già sentenziata a motivo di un'opacità lampante in *Kásler Árpád*¹⁵¹, non è aggirabile colla deduzione obliqua di una normativa speciale, la dir. 39/2004 giust'appunto, invocata nella specie dal mutuatario perché *preferibile*, in quanto causa di una nullità totale, rimedialmente. Delle clausole che convertono in moneta di pagamento nazionale un importo denominato in moneta di conto estera sono nulla più, il discorso della CEG non fa una grinza, che delle «attività di cambio puramente accessorie alla concessione ed al rimborso di un credito al consumo» (§ 54).

Sono quattro esempi tipici, ma chi volesse proseguire nel lavoro di scavo ne troverebbe di sicuro altri, di come la CEG tuttora amministri le regole del gioco concorrenziale per «scongiurare esercizi abusivi di libertà discrezionali e per consentire la riacquisizione di utilità ingiustificatamente perdute»¹⁵², non in una chiave di buona fede-solidarietà sociale. La valorizzazione del contesto circostanziale nel quale si colloca un certo rapporto di consumo, di nuovo esemplificando il diritto di recesso è un guscio vuoto ove il mercato di riferimento non sia concorrenziale (*RWE Vertrieb*, § 55) e parimenti la sua efficacia retroattiva (*Schulte*, C-350/03) può subire il temperamento di una *teleologische Reduktion* in bilanciamento con interessi concorrenti (*Hamilton*, C-412/06)¹⁵³, vuol infatti

¹⁵⁰ Corte giust. 3 dicembre 2015.

¹⁵¹ V. *supra*, § 3, nt. 64.

¹⁵² Così MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 132.

¹⁵³ Corte giust. 25 ottobre 2005, C-350/03, *Schulte c. Deutsche Bausparkasse Badenia AG*. Estrapolando dalla narrativa del fatto, in *RWE Vertrieb* risultava che la società erogatrice, nel-

suggerire al giudice nazionale la pratica di una ponderazione comparativa degli interessi da condursi in concreto, non *un* modello di scambio. Chi confonde le due prospettive e ragiona di una *proporzionalità* come valore del diritto contrattuale europeo incorre nel (doppio) salto logico di trasformare un principio generale dell'Unione (art. 52 CDFUE), provvisto come tale di un effetto orizzontale diretto ed indiretto¹⁵⁴, in uno di diritto civile e, siccome i principi hanno poi una valenza generalista che prescinde dall'autolimitazione degli *status*¹⁵⁵, lo si accredita di una *vis* riconcettualizzante. Peccato, lo si è visto, che «*dea*» incontrastata di ogni legislazione sulle asimmetrie contrattuali sia la «concorrenza»¹⁵⁶ e che la CEG, alla weberiana maniera, non faccia professioni di politeismo giuridico.

e) In questa dimensione concettuale ove *il principio* governa l'intero processo di conio e di applicazione del diritto¹⁵⁷, c'è pure margine per trarre dal discorso un ultimo corollario. Concetto relazionale, in quanto intimamente ricordato al tipo di ordinamento cui la si riferisce¹⁵⁸, nei rapporti di consumo il principio di effettività oggettiva assurge in realtà a valore col quale la CEG corrobora e non sfilaccia la c.d. calcolabilità del diritto. Se infatti la premessa di tutto è un mercato concorrenziale visto come «parte integrante dello statuto normativo dell'autonomia contrattuale»¹⁵⁹, un'effettività che armonizza le tutele *nel mercato* fa da collante assecondante *le regole* dell'attività. In un modo ancor più espressivo: il diritto ad un rimedio effettivo, con lo strumentario delle clausole generali armonizzate a guisa di “dispositivi” che non rilevano (correttivamente) *in via autonoma*, nella dimensione cioè di un bilanciamento *sub specie personae*, è pie-

l'arco temporale di tre anni, aveva aumentato il prezzo del gas per ben quattro volte senza che i consumatori, per la mancanza di un'impresa concorrente nel mercato di riferimento, potessero risolversi a cambiare fornitore.

¹⁵⁴ V., tra le tante, Corte giust. 5 giugno 2014, C-146/14 e Corte giust. 18 luglio 2006, C-519/04. Una dottrina (IAMICELI, *Diritto dei contratti*, cit., 36 e nt. 27) ha, di recente, fatto richiamo a Trib. UE 25 maggio 2004, T-154/01, *Distilleria Palma c. Commissione*, come appiglio giurisprudenziale ad un principio di proporzionalità annoverabile, come si legge nel corpo della motivazione, «tra i principi generali che regolano i rapporti contrattuali». Dallo spoglio della sentenza emerge però che la proporzionalità di cui si discorre, pure a volerla prendere sul serio, è tra i diritti e gli obblighi delle parti, dunque *normativa* e non *economica*, quale titolo fondante un obbligo di modificare il contratto nonostante il principio dominante sia quello per cui *pacta sunt servanda*.

¹⁵⁵ Lo ricorda ALPA, I “*principi generali del diritto civile*”, cit., 335.

¹⁵⁶ Così limpidamente CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 260 e 271.

¹⁵⁷ V. pure, legando la polifunzionalità dei principi al prisma di un ordinamento pluri-livello, ZOPPINI, *Il diritto privato e le libertà fondamentali*, cit., 25.

¹⁵⁸ V. la classica pagina di P. PIOVANI, *Il principio di effettività*, Milano, 1953, 71 e di IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, cit., 10.

¹⁵⁹ Così ZOPPINI, *op. ult. cit.*, 17.

namente organico ad una «*policy* pro-competitiva»¹⁶⁰.

A dimostrazione, ma qui si aprirebbe tutt'altro ragionamento¹⁶¹, che mai è il valore di per sé ad opacizzare il primato della fattispecie.

¹⁶⁰ Cfr. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico*, cit., 583.

¹⁶¹ Per il quale si rinvia a P. FEMIA, *Segni di valore*, in *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, a cura di L. RUGGERI, Napoli, 2012, 83 ss.

SEZIONE III

LA TUTELA DELLA PERSONA
NEL CONTRATTO

AUTONOMIA CONTRATTUALE E DIRITTI DELLA PERSONA

di *Andrea Nicolussi*

SOMMARIO: 1. Interazione tra autonomia contrattuale e diritti della persona: integrazione eteronoma degli obblighi di protezione, disponibilità di diritti della persona. – 2. Patrimoniale e non patrimoniale. Autonomia contrattuale, diritti indisponibili per loro natura e dignità umana. – 3. I conflitti tra obbligo contrattuale e coscienza. – 4. La *herrschende Meinung* a proposito del rapporto fra diritti fondamentali e autonomia contrattuale. – 5. Dignità umana sovraccaricata e dignità umana sottovalutata. – 6. Il problema della soggettivizzazione dei valori costituzionali. – 7. Dignità umana sottovalutata. L'autodeterminazione riproduttiva tra slittamenti di senso ed eterodeterminazione. Contratto di gestazione per altri e mercato della filiazione.

1. *Interazione tra autonomia contrattuale e diritti della persona: integrazione eteronoma degli obblighi di protezione, disponibilità di diritti della persona*

La relazione problematica tra autonomia contrattuale e diritti della persona sembra muoversi in due principali direzioni, una riguarda propriamente la tutela dei diritti della persona che possono venire pregiudicati nello svolgimento di un rapporto contrattuale, l'altra è quella concernente la possibilità che i diritti della persona divengano oggetto dell'autonomia contrattuale e quindi oggetto del potere di disposizione. Ovviamente la questione, da questo secondo punto di vista, non si pone in termini particolarmente problematici relativamente a clausole miranti a rafforzare la tutela di un diritto della persona, la cui ammissibilità dovrebbe essere pacifica, né in linea di massima per ciò che concerne clausole che riducono diritti fondamentali di terzi come, ad esempio, eventuali clausole discriminatorie le quali invece dovrebbero per lo più essere invalide¹. Essa

¹ Cfr. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 38 ss. Per un'analisi nell'orizzonte dei rapporti tra autonomia e solidarietà, v. M. MANTELLO, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Milano, 2007, 144 ss. Anche secondo L. MENGONI, *Autonomia privata e*

si pone piuttosto con riguardo a quelle che introducono delle limitazioni nei confronti di diritti della persona delle parti stesse. La prima prospettiva mostra un movimento *ab extrinseco* rispetto al contratto come atto della volontà, la seconda individua una possibile espansione dell'area del contratto non priva di conseguenze contaminanti sia per il contratto medesimo sia per i diritti che ne vengono fatti oggetto.

Quanto alla prima prospettiva, poiché inerisce soprattutto al rapporto contrattuale, non all'atto di autonomia come tale, essa merita qui soltanto di essere accennata, ma non va del tutto trascurata perché disegna pur sempre uno sfondo utile al discorso. Si tratta di un fenomeno novecentesco, emerso in modo peculiare nel diritto del lavoro, e in generale nei c.d. diritti secondi, nei quali la tutela della persona ha avuto accesso al contratto quale punto di riferimento di obblighi integrativi di protezione². In quest'ottica già nel codice civile del 1942 si prevede che l'impresa adotti le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore; la tutela contro il c.d. *mobbing* ne rappresenta in qualche misura una conferma e uno sviluppo³. Sul piano teorico l'importanza di questi fenomeni deriva dal loro riflesso sulle categorie generali del diritto primo, come contratto e obbligazione, perché accanto alle ipotesi espressamente regolate dalla legge, la clausola generale della buona fede offre l'aggancio normativo per altri obblighi di protezione non legalmente previsti.

Un altro esempio di integrazione sono le ipotesi di *Unzumutbarkeit*, ossia di inesigibilità, intesa come limite del potere di esigere la prestazione nei casi in cui essa implichi il sacrificio di valori della persona giudicati nell'ordinamento di rango primario e quindi superiori al diritto di credito della controparte⁴. Solitamente questi profili emergono soprattutto nei contratti di durata sia in senso tecnico sia in senso lato, ossia in quei contratti che non danno vita a una relazione istantanea come invece avviene nei c.d. contratti spot il cui modello tradizionale è la compravendita. Il rapporto di lavoro ci ha insegnato che anche nella

Costituzione, in *Scritti I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 109, «dal'art. 3 Cost. è desumibile un principio di ordine pubblico che vieta atti o patti anche in contratti diversi dal contratto di lavoro, per il quale il divieto è stabilito da norme di legge (...), ma con una riserva in favore delle "imprese di tendenza"».

² Nella dottrina italiana, la categoria degli obblighi di protezione, come è noto, è stata elaborata soprattutto da C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990. Per un contributo enciclopedico recente, mi permetto di rinviare al mio, *Obblighi di protezione*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, 659 ss.

³ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime di inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 659 ss.

⁴ V. L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Scritti II, Obbligazioni e negozio*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, Milano, 2011, 332 ss. In tema, da ultimo, v. la monografia di O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012.

relazione giuridica le ragioni della tecnica e dell'efficienza organizzativa non possono imporre una concezione del tempo come puro *chronos*, un insensibile scorrere piatto e lineare degli eventi, il tempo della macchina, ma anche come *kairos*, come tempo della persona concreta e quindi, entro limiti di ragionevolezza e di sostenibilità, la giustizia contrattuale non può ridursi alla mera commutatività, ma deve considerare anche esigenze primarie della persona⁵. A tale proposito nella dottrina tedesca è emersa una distinzione tra ragioni di giustizia meramente commutativa e ragioni di giustizia in riguardo della persona di cui entro certi limiti il contratto deve farsi carico⁶.

In ogni caso, tali integrazioni si producono come ipotesi di eteronomia contrattuale, la quale può svolgersi tramite l'opera di *Konkretisierung* giurisprudenziale della clausola generale della buona fede o per mezzo di leggi come lo statuto dei lavoratori: il risultato, comunque, è la costruzione di una linea di difesa della persona nell'ambito del rapporto contrattuale. In altre parole l'arricchimento del contenuto contrattuale, che tale fenomeno determina, non avviene per effetto dell'autonomia ma in funzione integrativa dell'autonomia. Dal punto di vista di quest'ultima, perciò, si tratta semmai di esaminare se mediante clausole di esonero della responsabilità la parte che è tenuta alla protezione vi si possa esimere ed eventualmente in quale misura⁷.

2. Patrimoniale e non patrimoniale. Autonomia contrattuale, diritti indisponibili per loro natura e dignità umana

Con tale questione ci si avvicina alla seconda prospettiva, che costituisce l'ambito più problematico dei rapporti fra autonomia e diritti della persona, e riguarda la possibilità di assoggettare questi ultimi al potere di disposizione. Il tema è relativamente recente. Negli anni Ottanta del secolo scorso in Germania una dottrina autorevole lo definiva poco arato, notando il contrasto tra la scarsa considerazione relativamente ad esso e la notevole ricchezza di studi sui rappor-

⁵ L. NOGLER, *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2015, 346.

⁶ È la nota distinzione proposta da C.W. CANARIS, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht. Aktualisierte und stark erweiterte Fassung des Vortrags gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin vom 2. Juli 1993*, München, 1997, cui ho ampiamente fatto riferimento nel mio *Etica del contratto e «contratti "di durata" per l'esistenza della persona»*, in *Life Time Contracts*, a cura di L. NOGLER e U. REIFNER, The Hague, 2014, 123 ss.

⁷ Rimane ancora non confutata la dimostrazione del carattere eccezionale delle clausole di esonero della responsabilità offerta da C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 535 ss., il quale ne ricava che a tali clausole non sono assoggettabili gli obblighi di protezione.

ti tra responsabilità civile e diritti della persona⁸. Del resto, i diritti fondamentali o inviolabili sono pensati originariamente o come dimensioni di libertà verso lo Stato o come situazioni giuridiche da proteggere contro la lesione da parte di terzi. Inoltre, nella disciplina codiciale il campo d'elezione espressamente riservato in Italia all'autonomia contrattuale sono i rapporti patrimoniali; lo precisa la stessa norma definitoria del contratto e lo conferma l'art. 1324 c.c. che restringe il ruolo paradigmatico della disciplina del contratto agli atti unilaterali aventi carattere patrimoniale. Né si tratta di mera questione «di natura prettamente tecnico-formale»⁹, in quanto il requisito della patrimonialità è in fondo coerente con la logica commutativa, il *do ut des*, che sembra la funzione principale del contratto (il quale normalmente è appunto un contratto di scambio). Certo, il registro linguistico del codice civile è quello delle categorie della dogmatica tradizionale, le quali sono tendenzialmente neutre sul piano etico o quantomeno non esplicite¹⁰. Solo con la Costituzione il riferimento ai valori, e tra questi il valore fondante della dignità umana, si rende esplicito.

In realtà, ovvio presupposto della delimitazione codiciale sarebbe la nettezza della distinzione tra dimensione economica e dimensione non economica, tra avere ed essere, tra ciò che è oggetto di mercato e ciò che è fuori di quest'ultimo. Tuttavia da alcuni decenni i confini risultano meno chiari, tanto che si parla di *commodification*, cioè dell'espansione del patrimoniale in aree tipicamente non patrimoniali. Nei termini del linguaggio costruttivista, *commodification* designa la costruzione sociale di una determinata entità come merce (*commodity*), la sua attitudine a essere concettualizzata, prima ancora che scambiata, secondo logiche e modelli tipicamente mercantili¹¹. Se le ragioni profonde di questo fenomeno possono essere controvertibili, pare invece indiscusso che viviamo (o sopravviviamo) in tempi in cui le ragioni dell'economia degli scambi tendono a dominare la scena civile, portando con sé anche significative implicazioni culturali¹². Più si amplia lo spazio del disponibile e più si riduce la sensibi-

⁸ C.W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, in *Arch. civ. pr.*, 1984, CLXXXIV, 240.

⁹ Così invece G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, 99.

¹⁰ In realtà, il metodo concettuale fin da Puchta non aveva reso le categorie completamente «depurate» dalle loro base etica: cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*⁵, Berlin-Heidelberg-New York-Tokyo, 1983, 23.

¹¹ G. RESTA, *op. ult. cit.*, 35 con riferimento a M.J. RADIN, *Market-Inalienability*, in *100 Harvard Law Review* 1849 (1987).

¹² Una suggestiva lettura dell'espansionismo mercantile negli ambiti personali è proposta da L. NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 724 sulle orme di U. BECK-E. BECK GERNSEHEIM, *Il normale caos dell'amore*, trad. it., Torino, 2008, 45-46 i quali parlano di «una applicazione dei principi di una più sviluppata società di mercato oltre la linea di demarcazione del sesso». La tesi però è problematica dal punto di vista delle categorie, perché fa coincidere il mercato non tanto coll'idea di contratto di scambio che le dovrebbe essere propria,

lità verso il valore del limite al potere di disposizione. Nel codice civile questi confini, oltre che richiamati dalle clausole del buon costume e dell'ordine pubblico e da specifiche norme, sono individuati con la formula diritti che *per loro natura* o per espressa disposizione di legge sono sottratti alla disponibilità (art. 1966 c.c.). In fondo, l'indisponibilità è una tecnica per definire confini alla mercantizzazione di diritti, un modo per rifiutare protezione giuridica ad accordi che danno un prezzo a ciò che non lo dovrebbe avere. Ma il riferimento al *criterio della natura dei diritti* per definire la qualità di diritto indisponibile presuppone una cultura giuridica sufficientemente omogenea intorno a nuclei essenziali di significato o quantomeno persuasa del pericolo che alla lunga la distruzione della cittadella dell'indisponibilità faccia sì che l'*homo oeconomicus* metta sempre più in ombra l'*homo dignus*¹³. Diversamente, in un contesto culturale come l'attuale spesso condiscendente a una concezione liquida dei diritti questo pericolo risulta meno avvertito e la retorica delle frontiere mobili può fare aggio sulla esigenza del limite e quindi sulla nobiltà di certe frontiere contro la mercificazione¹⁴.

Di tale pericolo, peraltro, sembra persuasa la nostra Costituzione che usa l'espressione dignità umana proprio nell'art. 41, co. 2, ossia quando nel riconoscere la libertà dell'iniziativa economica privata prevede che essa non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Del resto, la cultura giureconomica dell'epoca era ben consapevole dell'esigenza di tracciare confini al mercato. La questione sociale era la questione dirompente che aveva avuto un ruolo fondamentale nell'innescare delle grandi crisi della prima metà del novecento e continuava a far sentire i suoi riflessi nel mondo diviso dalla cortina di ferro. Successivamente

ma con lo stesso principio del consenso che riguardo all'atto matrimoniale è il portato della concezione cristiana del matrimonio. In questo senso, il principio del consenso matrimoniale, nel suo difficile accreditarsi lungo la storia europea, è più un superamento del weberiano contratto di stato che il veicolo del mercato nel matrimonio. Tuttavia, la correlazione tra l'autonomia, quale prodotto di un diritto privato molto condizionato dall'economia di mercato, e l'affermarsi nelle legislazioni civili del consenso in materia matrimoniale custodisce un'intuizione importante, perché può contribuire a gettare una luce sulla progressiva contrattualizzazione che i rapporti familiari hanno subito nell'epoca contemporanea.

¹³ Tuttavia se il riferimento alla natura e al naturale non è più in grado di esprimere precisi criteri di determinazione dell'indisponibile, rimane forse l'implicazione di fondo per cui l'idea del naturale rimanda comunque al rispetto di un limite dell'agire umano, che pur si pone se l'uomo desidera conservare un rapporto col mondo di cui egli stesso è parte. L'alternativa è un costruttivismo ingenuo, che si rivela anche una forma di pensiero imprudente perché non sa cogliere i limiti del pensiero individuale e, nell'insofferenza verso una razionalità comune, costruisce un'autodeterminazione incapace di autolimitazione.

¹⁴ La dissoluzione dell'*homo dignus* nell'*homo economicus* sembra l'esito inevitabile di quella «estrema soggettivizzazione» della dignità di cui è fautore S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2014, 195. Diversamente, G. PIEPOLI, *Tutela della dignità e ordinamento secolare*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 27.

la dignità è divenuta valore fondamentale anche del costituzionalismo europeo, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nonché del Trattato sull'Unione europea.

Se il riferimento alla dignità umana che la Costituzione tedesca pone come *Grundnorm* dell'ordinamento giuridico è l'epitome del costituzionalismo post-Auschwitz, e quindi dell'idea di porre la persona come baricentro dell'ordinamento giuridico¹⁵, essa lo è anche nei suoi riflessi problematici. Anzitutto, va rilevata la sua origine metagiuridica, ossia eminentemente etica: a differenza dei singoli attributi della persona e dei diritti che vi si riconnettono, la dignità umana esprime puramente e semplicemente il valore della persona come essere appartenente alla specie umana. La persona secondo Kant non dev'essere mai trattata, né trattare se stessa, esclusivamente come un mezzo, ma sempre contestualmente come un fine. Di qui la domanda essenziale circa i criteri per stabilire quando la persona, pur essendo utilizzata per un interesse di altri, è contestualmente rispettata come un fine¹⁶.

Perciò, più ancora dei singoli diritti della persona, la dignità umana suscita il problema della sua traduzione giuridica. Inoltre, sul piano del contenuto, poiché la dignità non indica una caratteristica specifica, cioè una specifica ragione di tutela (come ad esempio, l'integrità fisica, la riservatezza, la libertà di manifestazione del proprio pensiero, ecc.), essa segnala immediatamente il valore della persona come tale e, in stretta correlazione con il valore, la necessità della tutela: dire degno è già enunciare un dover essere, nel senso appunto della dignità di rispetto e di tutela della persona, pensata non solo come individuo, ma anche, nell'orizzonte del principio di solidarietà, come unita a tutti gli altri appartenenti al genere umano. Pertanto la dignità più che alla stregua di un diritto particolare si presenta come la base e il senso ultimo di ogni diritto della persona, oltre che del principio di uguaglianza e del divieto di discriminazione. Naturalmente essa ispira un rafforzamento dell'autonomia delle persone, ma contrariamente a un certo fondamentalismo individualista e soggettivista (che assolutizza il principio di autodeterminazione), non può essere ridotta all'autonomia, appunto perché essa sporge, è – per così dire – autonoma rispetto a ogni diritto della persona; altrimenti tanto varrebbe non parlarne nemmeno e limitare il discorso all'autonomia o agli altri diritti di libertà¹⁷. Inoltre, la riduzione della dignità al-

¹⁵ C. CASTRONOVO, *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, 1998, 1.

¹⁶ Sul principio di dignità umana e l'interpretazione kantiana, cfr. G. PRAUSS, *Moral und Recht im Staat nach Kant und Hegel*, Freiburg-München, 2008. Dal punto di vista della letteratura giuridica rimane di grande aiuto il celebre saggio di H. WELZEL, *Gesetz und Gewissen*, in *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben*, Bd. I, Karlsruhe, 1960, 383 ss.

¹⁷ «È evidente – sostiene NIVARRA, *Autonomia (bio)giuridica e tutela della persona*, cit., 728 – che, a differenza dell'(apparentemente) esangue soggetto di diritto delle codificazioni ottocen-

l'autonomia (alla capacità di autonomia) implicherebbe l'esclusione della dignità a spese delle persone prive di (capacità di) autonomia. Di conseguenza, la dignità umana custodisce un nucleo problematico nella misura in cui richiede che si definiscano criteri per stabilire ciò che è irrinunciabile ai fini dell'autorappresentazione dell'uomo, e quindi si ammettano limiti alla stessa iniziativa dell'uomo per evitare che la dignità umana possa essere lesa; che, in definitiva, l'autodeterminazione si privi di capacità di autolimitazione. Nell'epoca contemporanea la dignità umana evocata come limite dell'iniziativa privata esprime l'esigenza di una salvaguardia nei confronti delle potenzialità disumanizzanti insite in uno sviluppo incontrollato di tecnostutture e mercati.

La dignità – col suo carattere fortemente etico – costituisce un passo notevole del costituzionalismo post-Auschwitz, ma proprio questo avanzamento può spiegare le ragioni della cautela con cui la cultura giuridica del secondo novecento ha affrontato la questione concernente la traduzione della dignità e in generale dei diritti della persona nell'ambito del diritto privato. Il diritto privato si è sviluppato, soprattutto nella sua versione moderna, all'insegna del c.d. individualismo possessivo, come un ambito caratterizzato dalla centralità dell'autonomia privata quale strumento essenziale nell'economia di mercato.

Oggi ereditiamo un bagaglio di riflessioni importante, sebbene segnato, da un lato, dalle preoccupazioni dei primi interpreti e, dall'altro, dai timori nei confronti di una prospettiva in cui la dignità umana possa risultare sovraccaricata. Tali timori, come è noto, in Germania hanno portato di recente addirittura alla messa in discussione della *Objectiv-Formel* di Dürig e alla relativizzazione della dignità umana¹⁸. Un'operazione che ricorda la strana idea wittgensteiniana secondo cui una volta raggiunta una certa altezza si sarebbe tentati di buttare via la scala con la quale quella stessa altezza è stata raggiunta.

3. I conflitti tra obbligo contrattuale e coscienza

Un esempio significativo di come il nuovo orizzonte costituzionale abbia riorientato, già nel primo dopoguerra, la cultura giuridica privatistica circa i rapporti tra contratto e diritti della persona è l'interessante *Meinungsstreit* sul tema

tesche, la nuova persona costituzionale, (...) non si sarebbe mai lasciata esaurire dal principio di autonomia, dovendo considerarsi, in questa prospettiva, il potere di autodeterminarsi riconosciuto al singolo uno strumento di partecipazione alla vita di relazione, e non anche l'elemento costitutivo della sua identità».

¹⁸ Si fa riferimento in particolare al noto contributo di M. HERDEGEN, *Art. 1 I*, in *Grundgesetz. Kommentar*, T. MAUNZ-G. DÜRIG (Hrsgg.), München, 2003, che, dopo decenni durante i quali il commento all'art. 1 della Costituzione tedesca veniva riportato immutato, ha operato un forte ridimensionamento e una rilettura di questo principio base.

obblighi contrattuali e conflitti di coscienza suscitato negli anni cinquanta del secolo scorso da Friedrich Wilhelm Bosch e Walter J. Habscheid. Al dibattito presero parte personalità di peso come Franz Wieacker, Arwed Blomeyer, Karl Larenz che aggiornò il suo *Lehrbuch des Schuldrechts* in più riprese, Welzel che inserì il tema in una cornice più ampia circa i rapporti generali tra *Gesetz* e *Gewissen*, Nipperdey che integrò la sua opera sui *Grundrechte*, Esser, e altri ancora¹⁹.

È già in questo ambito che si ipotizza da alcuni e si contesta da altri una qualche *Drittwirkung* dei diritti fondamentali costituzionali nei rapporti fra privati. Infatti, Bosch e Habscheid affermano che la dignità umana e la libertà di religione e di coscienza vengono oggi minacciate, più che dallo stato, da associazioni, comunità e altre istituzioni extrastatali. Una effettiva autonomia nella libera costruzione della propria personalità non sembra garantita dal solo contratto formalizzato di contratto e di libertà di contratto. Di conseguenza lo stato non dovrebbe offrire i suoi strumenti coercitivi per far sì che una parte contrattuale possa imporre alla controparte un atto contrario alla propria coscienza. Ma proprio tali esempi mostravano anche la difficoltà derivante dall'innesto diretto di un diritto fondamentale nel diritto privato, mettendo in crisi l'autoresponsabilità delle persone che si vincolano contrattualmente e gli obblighi che esse assumono²⁰. Per giunta in una società pluralistica la libertà di coscienza potrebbe essere intesa in modo così ampio da minare seriamente la credibilità di

¹⁹ Per alcuni essenziali riferimenti: F.W. BOSCH-W.J. HABSCHEID, *Vertragspflicht und Gewissenskonflikt*, in *Juristen-Zeitung*, 9, 1954, 213-217; F.W. BOSCH-W.J. HABSCHEID, *Nochmals: Vertragspflicht und Gewissenskonflikt*, in *Juristen-Zeitung*, 11, 1956, 297-303; A. BLOMEYER, *Gewissensprivilegien im Vertragsrecht*, in *Juristen-Zeitung*, 9, 1954, 309-312; H.C. NIPPERDEY, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Arbeit*, in *Recht der Arbeit*, 42, 1950, 221-255; F. WIEACKER, *Vertragsbruch aus Gewissennot*, in *Juristenzeitung*, 1954, 466-468; H. KAUFMANN, *Die Einrede der entgegenstehenden Gewissenspflicht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 161, 1962, 289-315; F. BRECHER, *Grundrechte im Betrieb*, in R. DIETZ-H. HÜBNER, *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 2. Januar, 1965*, München, 1965, 29-54; J. ESSER, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*¹, 1970, 42 ss. e 226 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, München, 1970. Più recentemente, S. GREINER, *Ideelle Unzumutbarkeit, Dogmatik und Praxis der Leistungsverweigerung bei Rechtsgüter- und Pflichtenkollisionen im Zivilrecht*, Berlin, 2004, 47 ss.

In Italia, invece, un simile dibattito nella dottrina civilistica non si è sviluppato. Fanno eccezione P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*⁷, Napoli, 1986, 657 e ID., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 263, testo e nt. 105 e MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, cit., 334, nt. 115 e ID., L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, *Scritti I*, cit., 111; più recentemente, T. VETTOR, *Obiezione di coscienza e rapporto di lavoro*, in *Notizie di Politeia*, 2011, 155 ss.; CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali*, cit., 178 testo e nt. 335. Secondo U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 494 sarebbe «molto controverso, nel quadro delle prestazioni aventi carattere "ideologico" e delle imprese di "tendenza", il problema del mancato adempimento giustificato da un'«obiezione di coscienza»».

²⁰ WIEACKER, *Vertragsbruch aus Gewissennot*, cit., 466.

ogni accordo e di ogni obbligazione. Tuttavia, almeno nei casi in cui il riferimento alla coscienza appare intersoggettivamente comunicabile, nel senso che può riferirsi a un valore condiviso e quindi spiegabile (si pensi a chi si rifiuta in coscienza di compiere un atto contro la vita o la salute di un altro individuo), l'idea di una illimitata rinunciabilità ad esso può suscitare perplessità. E ciò soprattutto quando si tratti di rapporti che durano nel tempo nei quali il conflitto di coscienza possa avvenire in forme non previste al momento in cui il rapporto è sorto. Si pensi al caso del medico che opera in una struttura sanitaria e si trova a un certo punto a dover effettuare trattamenti che ripugnano gravemente alla sua coscienza, al ricercatore che scopre che le sue ricerche vengono sfruttate per ragioni militari, al giornalista il cui giornale cambia radicalmente linea editoriale e che si trova obbligato ad assecondare nel suo lavoro tale nuova linea editoriale profondamente contraria alla sua coscienza, al proprietario di una sala cinematografica che nell'ambito di un contratto di somministrazione in vigore da tempo con una casa di distribuzione di prodotti cinematografici si trova a dover proiettare un film dai contenuti in coscienza intollerabili, ecc.²¹

In simili casi, il conflitto di coscienza potrebbe configurare un'ipotesi di *Unzumutbarkeit*, quando il conflitto, non previsto o non regolato direttamente al momento della stipula del contratto, emerge nel corso della vicenda attuativa²². Quando invece il conflitto è previsto, entro una certa misura le parti possono limitare l'esercizio della propria libertà di coscienza o di religione nei rapporti col proprio creditore. Un conto è infatti una rinuncia alla libertà di coscienza *tout court*, come libertà di aderire o meno a una certa *Werttafel*, e un altro conto è una eventuale autolimitazione pattizia dell'esercizio della libertà di coscienza.

Del resto, la tutela della sfera morale della persona proprio per la sua dimensione soggettiva è in stretta correlazione col riconoscimento della stessa autonomia individuale, onde non sarebbe coerente riconoscere l'una senza ammettere l'altra. Per altro verso, la distinzione tra libertà di esercizio della libertà di coscienza e libertà come scelta della coscienza, col differente grado di protezione che ne discende, corrisponde, *mutatis mutandis*, al limite di disponibilità del corpo che l'art. 5 c.c. fa coincidere colla diminuzione permanente dell'integrità fisica. Quando si tratta della persona, sia in senso morale sia in senso fisico, il limite sembra coincidere con la tutela dell'integrità essenziale dell'individuo. Ciò non significa, peraltro che per il resto non vi sia differenza tra la disciplina degli

²¹ Alcuni di questi esempi sono tratti da BOSCH-HABSCHEID, *Vertragspflicht und Gewissenskonflikt*, cit., 213; BLOMEYER, *Gewissensprivilegien im Vertragsrecht?*, cit., 310.

²² GREINER, *Ideelle Unzumutbarkeit. Dogmatik und Praxis der Leistungsverweigerung bei Rechtsgüter- und Pflichtenkollisionen im Zivilrecht*, cit., 47 ss. che mostra l'evoluzione del pensiero giuridico tedesco con riferimento a J. ESSER, *BGB Schuldrecht. Allgemeiner und besonderer Teil*^I, Karlsruhe, 1949, 136, ID., *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*^V, Karlsruhe, 1970, 42 ss. e 226 ss. e J. ESSER-E. SCHMIDT, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*^V, Heidelberg-Karlsruhe, 1976, 54 ss.

obblighi che derivano da atti di disposizione riguardanti diritti della persona e atti che concernono diritti patrimoniali. Secondo la dottrina tedesca rimangono comunque delle forti restrizioni alla possibilità di azioni coercitive nei confronti del debitore inadempiente. In altre parole, il potere di disposizione, nei limiti in cui sussiste, apre una questione di risarcimento del danno per la responsabilità da inadempimento dell'obbligo che l'atto di disposizione ha fatto sorgere, ma in generale rimane chiusa la porta di accesso all'esecuzione forzata²³.

In Italia, dove il tema non ha riscosso altrettanto interesse, la dottrina più attenta sembra essersi persuasa della bontà della soluzione tedesca. Secondo un autore «la questione se il debitore possa rifiutare una prestazione perché lo porrebbe in contrasto con la propria coscienza o con la sua religione è una questione di interpretazione secondo buona fede del contratto, per stabilire in quale misura, obbligandosi liberamente, egli abbia limitato nei rapporti col creditore l'esercizio del diritto di libertà di coscienza, non già una questione di efficacia di questo diritto fondamentale attraverso il *medium* della clausola della buona fede»²⁴. In altri termini, il diritto fondamentale alla libertà di coscienza non esplica una *Drittwirkung* nell'ambito dell'autonomia privata, ma quest'ultima è pur sempre vincolata al principio di buona fede e quindi a un certo grado di eticità in senso giuridico che le parti e l'interprete della loro autonomia devono rispettare. D'altronde, come è noto, la legge italiana disciplina direttamente l'obiezione di coscienza in alcuni ambiti particolarmente sensibili, in quanto riguardano il diritto fondamentale alla vita, e quindi ineriscono a convincimenti della coscienza che concernono la tutela di un diritto primario di rango costituzionale (v. art. 9 l. 194/1978 e art. 16 l. 40/2004)²⁵.

4. *La herrschende Meinung a proposito del rapporto fra diritti fondamentali e autonomia contrattuale*

Il dibattito sul rapporto tra obblighi contrattuali e obblighi di coscienza può essere preso ad esempio del modo più generale con cui in Germania si è formata l'opinione dominante a proposito del rapporto tra autonomia e diritti fondamentali della persona.

Secondo quella che sembra l'opinione dominante, infatti, destinatario delle norme costituzionali sui *Grundrechte* è lo Stato, non i cittadini. L'orientamento

²³ CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., 237.

²⁴ MENGONI, *Autonomia privata e costituzione. Teoria e metodo*, cit., 111.

²⁵ V. al riguardo le considerazioni contenute nel *Parere* del Comitato nazionale per la bioetica su *Obiezione di coscienza e bioetica* consultabile in <http://presidenza.governo.it/bioetica/pareri.html>.

che è prevalso dopo il lungo dibattito nel secondo Novecento rifiuta entrambe le posizioni estreme, quella dell'efficacia diretta e quella dell'efficacia indiretta nei confronti dei rapporti fra soggetti privati²⁶.

Perciò, a differenza in primo luogo di quanto ritiene la dottrina della *unmittelbare Drittwirkung*, i diritti fondamentali, come tali, non sono applicabili ai rapporti tra cittadini, e ciò nemmeno se si fa valere l'argomento della *soziale Macht*²⁷. In particolare, la facoltà di prevedere delle limitazioni negoziali a diritti fondamentali non dipende necessariamente né dal fatto che tale facoltà è ammessa nell'ambito di una riserva di legge né dalla condizione di soddisfare i requisiti del *verfassungsrechtliche Übermassverbot*²⁸.

Va peraltro precisato che destinatario dei *Grundrechte*, nel quadro del riferimento generale allo Stato, è anche il legislatore del diritto privato. Conseguentemente i diritti fondamentali, e qui si riscontra l'aporia della dottrina della *mittelbare Drittwirkung*, sono applicabili anche alle norme privatistiche incluse le norme dispositive e quelle di integrazione del contratto sostitutive del diritto dispositivo. Non occorre, in altre parole, il medio di una clausola generale. I diritti inviolabili valgono qui sia come *Eingriffsverbote* sia come *Abwehrrechte*, nel senso che lo Stato ha una funzione di tutela che spazia dal rispetto (*achten*) dovuto dallo Stato stesso nei confronti dei diritti fondamentali, fino alla protezione (*Schutz*) di essi contro eventuali violazioni da parte di altri cittadini. In particolare, restrizioni di diritti fondamentali mediante norme di diritto privato sono da controllare in base al *verfassungsrechtliche Übermassverbot*. Eccessivo però è estendere il vincolo costituzionale del legislatore privato alle parti contraenti: i diritti fondamentali non vincolano quindi i comportamenti dei privati tra cui va ricompreso l'esercizio dell'autonomia contrattuale.

Ma relativamente alla funzione del *Schutzgebot* dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati, emerge nella dottrina tedesca una speciale considerazione per il ruolo del ceto giuridico così come esso si è sviluppato nella tradizione che affonda le sue radici nell'ottocento giuridico. In questo ambito, si fa riferimento non tanto al criterio del *verfassungsrechtliche Übermassverbot*, che indica un *plafond*, ma a un criterio in funzione di limite minimo di tutela, un *Untermassver-*

²⁶ CANARIS, *op. ult. cit.*, 245.

²⁷ Il riferimento è naturalmente a situazioni di disparità di fatto, con riguardo alle quali il diritto avrebbe il compito di reagire prevedendo una tutela della parte debole. In fondo, tale compito corrisponde in una certa misura a quello che l'art. 3 della Costituzione italiana assegna alla Repubblica con riguardo agli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza, impediscono l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione (...) economica (...) del Paese.

²⁸ Tale principio esige che l'ingerenza in situazioni giuridiche protette come diritti fondamentali anche sulla base di una fattispecie legale sia appropriato, necessario e in senso stretto non sproporzionato allo scopo della legge.

bot. Nella realizzazione di ciò al diritto ordinario compete un ampio potere di conformazione e di concretizzazione, che non si riduce alle clausole generali ma si estende a tutte le norme di qualunque tipo esse siano.

Con specifico riguardo alla libertà di determinazione del contenuto negoziale si dà una soluzione differenziata che scorre dalla piena impossibilità di regolazione giuridica e dai divieti legali nel senso del § 138 BGB sulla libera revocabilità di un contratto, fino alla semplice esclusione dell'esecuzione forzata. Di particolare interesse è il riferimento all'impossibilità giuridica che Canaris descrive affermando che vi sono limiti non scritti all'autonomia privata i quali sono riferibili, più che alla logica della contrarietà ai buoni costumi (§ 138 BGB), a quella dell'impossibilità giuridica²⁹. «I limiti non scritti all'autonomia privata» che, quasi alla stregua di *agrafoi nomoi*, definiscono un'impossibilità giuridica sembrano veicolare un'idea analoga a quella, fatta propria dal c.c. italiano, dell'«indisponibilità per la natura del diritto in questione». Entrambe le formule linguistiche rinviano a limiti «ontologici» (nel senso della logica del verosimile) che possono essere colti già sul piano del diritto privato e che quindi già su questo piano devono essere rispettati. In altre parole, la dottrina tedesca si mostra persuasa del fatto che la tradizione della cultura civilistica contenga già in sé degli strumenti concettuali e dei riferimenti valoriali per arginare la tracimazione dell'autonomia privata in territori che non le dovrebbero competere. Tale tradizione, integrata da una metodologia adeguata alla novità dei valori costituzionali, viene pensata come lo strumento principe per governare questa problematica. Non è difficile, però, osservare come una simile prospettiva presupponga una legittimazione sociale della scienza giuridica che nel nostro tempo si fa fatica a riconoscere, sebbene non sia agevole immaginare una via diversa da quella della cultura giuridica per controllare l'uso dei principi e delle clausole generali e in generale per arginare fenomeni di politicizzazione del diritto e della giustizia.

Su questo fronte la cultura giuridica italiana, specialmente nella sua dimensione applicativa, non sembra ancora aver proposto una propria originale impostazione e spesso si rivela piuttosto oscillante. Talora la giurisprudenza italiana sembra seguire l'impostazione tedesca quando ad esempio ha stabilito che «dall'art. 41, comma 2, non discende un potere del giudice di controllo diretto sugli atti di autonomia privata in mancanza di un atto normativo che specifichi come attuare quella astratta tutela»³⁰. Non mancano tuttavia decisioni eterodosse sia della Corte di cassazione sia della Corte costituzionale. Si pensi al richiamo dell'art. 2 Cost. (principio di solidarietà) come precetto la cui violazione può essere riferita all'art. 1418 c.c., ciò che rappresenta uno stravagante esempio,

²⁹ CANARIS, *op. ult. cit.*, 235.

³⁰ Cass. s.u. 29 maggio 1993, n. 6031, in *Foro it.*, 1993, I, 1794 ss., 1812.

non si sa quanto consapevole, di *mittelbare Drittwirkung* della nostra giurisprudenza³¹.

D'altra parte, nella dottrina italiana l'orientamento della dottrina tedesca trova echi autorevoli. La sintesi di un autore è che, posta l'inapplicabilità diretta della costituzione al contratto, ma solo l'applicabilità alle leggi che regolano il contratto, la discrezionalità del legislatore è vincolata oltre che dagli stessi valori costituzionali, dal principio di ragionevolezza, cioè di congruità e di proporzione allo scopo. «Entro questo spazio spetta alla legge o al giudice autorizzato dalla legge mediante una clausola generale (clausola dell'ordine pubblico o del buon costume), stabilire *i limiti di disponibilità pattizia* di un diritto fondamentale»³². Del resto, le norme costituzionali sono regolative di poteri, non conformative di atti e di rapporti, come invece quelle di diritto privato; per questo sembrerebbero tagliate fuori in partenza dalla funzione che si intende attribuire loro con la *Drittwirkung*³³.

5. *Dignità umana sovraccaricata e dignità umana sottovalutata*

Se la preoccupazione che ha dominato il dibattito sulla *Drittwirkung* è stata di evitare che la Costituzione travolgesse il diritto privato e in particolare l'autonomia contrattuale, ora si può avere l'impressione contraria, e cioè che nel campo dell'autonomia si sterilizzi la Costituzione proprio relativamente ai diritti della persona, specialmente nella loro valenza etico-sociale. Da un lato, le politiche di riduzione del *Welfare State* e la privatizzazione di servizi essenziali pone inevitabilmente il problema di una tutela di diritti fondamentali sul piano del contratto³⁴. Dall'altro, si assiste a una tendenza culturale, di matrice libertaria e in fondo coerente con certi sbilanciamenti in senso economicistico, alla soggettivizzazione dei valori che all'insegna dell'idea di *self-ownership*, della proprietà di se medesimo – espressa variamente come autodeterminazione in senso radicale o monistico, autogoverno di sé e del proprio corpo, ecc. – comporta come

³¹ Corte Cost. 2 aprile 2014, n. 77 dove si legge che, dinanzi ad una clausola negoziale che rifletta «un regolamento di interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte», il giudice disporrebbe del potere-dovere di rilevare *ex officio* la nullità della clausola stessa *ex art.* 1418 c.c., «per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede cui attribuisce *vis normativa*».

³² MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 104.

³³ CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 38.

³⁴ Lo riconosce anche RESTA, *Dignità, persone, mercati*, cit., 34. Le incertezze sulla prospettiva del *welfare state* fanno emergere l'esigenza di una riflessione almeno sui *Life Time Contracts*, cit.

conseguenza l'affermazione di un neo-dogma della volontà insofferente verso ogni controllo di razionalità e tendenzialmente concepito in posizione avversariale nei confronti dei principi di solidarietà e di dignità umana³⁵. L'autodeterminazione in senso monistico è la cifra di un pensiero che trascura doppiamente la virtù della prudenza perché incapace di autolimitazione e di riconoscere le condizioni e la dimensione sociale della stessa idea di libertà.

Certo, l'equivoco di una sorta di *Drittwirkung* della dignità umana nei rapporti fra privati può aver dato adito al timore che la dignità umana possa risultare sovraccaricata³⁶. Tale timore è stato evocato soprattutto con riguardo al tema spinosissimo della vita prenatale, ma è emerso anche in casi *border line* nei quali la tutela non riguarda un terzo, ma lo stesso soggetto in questione che accetta una certa proposta contrattuale. Esempi molto noti sono il contratto relativo al lancio del nano o gli spettacoli *peep show*. In queste ipotesi c'è il rischio che il discorso scivoli sulla china dello scontro "dignità contro autonomia" o, come è stato detto, verso quella visione riduttiva che viene formulata in termini di *dignity as a constraint*, la quale pare fuorviante³⁷. L'autonomia è senz'altro un modo di espressione della dignità: riconoscere dignità implica rispettare l'autonomia delle persone, la quale, però, per quanto estesamente possa concepirsi, non può essere illimitata. Pertanto, anziché contrapporre autonomia e dignità, occorre il più possibile conciliare l'una con l'altra, il che però significa ammettere l'esistenza di limiti all'iniziativa economica privata (ma vale anche per quella pubblica) necessari per preservare le condizioni essenziali allo svolgersi di relazioni interpersonali non pregiudizievoli per la stessa dignità umana.

Lo spettacolo del nano che in quanto tale viene scagliato come una palla e quindi come un oggetto può riflettersi in modo degradante sulla categoria delle persone con queste caratteristiche se, come sembra, egli viene scagliato come una palla proprio perché è un nano. Tuttavia l'idea di qualificare come nullo il contratto per contrasto con la dignità umana è stata criticata da chi ha colto in questa valutazione un eccesso di paternalismo. Forse in questo caso, la conciliazione tra dignità e autonomia potrebbe consistere nello scindere il piano della qualificazione dell'atto da quello della tutela. Quest'ultima potrebbe essere rimessa all'autonomia del singolo lasciando che in definitiva sia lui a decidere se un contratto oggettivamente lesivo della dignità umana sia invece soggettiva-

³⁵ Ne ho trattato nei miei *Beni relazionali e diritto dei rapporti etico-sociali, Teoria e critica della regolazione sociale*, Milano, 2014, 27 ss.; *Testamento biologico e problemi del fine-vita: verso un bilanciamento di valori o un nuovo dogma della volontà?*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 417 ss.

³⁶ L'espressione è stata portata all'opinione pubblica con l'articolo di B. SCHLINCK, *Überforderte Menschenwürde. Welche Gewissheit kann Art. 1 des Grundgesetzes geben?*, in *der Spiegel*, 15 dicembre 2003.

³⁷ D. BEYLEVELD-R. BROWNSWORD, *Human dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, 2001, 29 ss. Tale posizione è criticata anche da RESTA, *Dignità, persone, mercati*, cit., 10 s.

mente accettabile. In fondo, sono in gioco due profili distinti, uno individuale e uno più legato all'interesse generale che, in termini di necessità e proporzione della tutela giuridica, possono trovare una conciliazione. Sul piano individuale, in gioco vi è non tanto una generica autodeterminazione, ma la libertà di scelta professionale che è certamente un diritto di libertà vicinissimo a quello che viene detto *Kern der Persönlichkeit*, nocciolo della personalità³⁸, sebbene tale scelta possa indubbiamente costituire un pregiudizio per la reputazione pubblica della persona come situazione individuale.

Sul piano generale, si potrebbe rilevare che in tali spettacoli l'uso reificante della persona, non come soggetto qualunque, ma proprio come nano, possa avere un riflesso negativo su una categoria di persone; ed è questo riflesso che semmai fa sporgere in modo problematico una questione di tutela della dignità umana. L'ordinamento non dovrebbe farsi complice né di attività che pregiudichino la dignità umana *invito domino*, né di atti di disposizione lesivi della stessa. Perciò escludere che un simile contratto goda di una piena tutela da parte dell'ordinamento giuridico significa, da un lato, rimettere al singolo la decisione se far valere la tutela, ma in pari tempo non rinunciare a stigmatizzare quell'attività almeno nella misura in cui essa fa apparire la condizione di essere nano come suscettibile di rendere la persona un semplice oggetto da spettacolo. Se si può concedere che il nano sia rispettato come controparte contrattuale sul riflesso dell'idea che egli ha fatto una scelta professionale per quanto bizzarra, nondimeno la condizione di nano risulta rappresentata come puro mezzo. Escludere una piena tutela di tali contratti e quindi ammettere una certa loro precarietà giuridica dovrebbe impedire che per loro tramite si possa costituire un mercato con l'avallo del diritto: se il singolo nano accetta di fare la palla, questo non significa che le altre persone nella sua condizione fisica debbano essere rappresentate socialmente come potenziali candidati a fare la palla.

Tale prospettiva di inquadramento non è molto distante da una tendenza di fondo relativamente alla disciplina della disponibilità dei diritti della persona, basata sulla distinzione tra beni fine e beni presupposto che può fornire un criterio da cui ricavare la *naturale* indisponibilità di certi diritti. Mentre i beni presupposto non sono disponibili perché la loro esistenza costituisce il necessario presupposto del godimento e della disposizione di ogni altro diritto, i beni fine possono essere suscettibili di disposizione purché si salvaguardi la revocabilità del consenso³⁹. D'altra parte, la reputazione della persona o quella che viene chiamata identità rimane un concetto di relazione fra singolo e ambiente sociale

³⁸ Cfr., ad esempio, H. PETERS, *Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit*, Wiesbaden, 1963, 82.

³⁹ Cfr. A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 138 ss.

con la conseguenza che essa è solo relativamente nella disponibilità del singolo. Perciò decisioni che concernono l'identità, non necessariamente determinano pregiudizi irreversibili come lo sarebbero decisioni che compromettano in modo permanente l'integrità fisica. Lasciare al soggetto non tanto la decisione sulla dignità, ma sull'attivazione della tutela potrebbe essere coerente col criterio di fondo che sembra già emergere nell'ordinamento italiano.

Come si è rilevato, l'indisponibilità dei diritti della persona, infatti, è fatta coincidere tendenzialmente con l'irrimediabilità o irreversibilità del pregiudizio che l'atto dispositivo potrebbe arrecare come si ricava dall'art. 5 c.c.⁴⁰. Non per caso nei commenti relativi alla questione del lancio del nano si precisa sempre che tale attività si svolgeva in piena sicurezza⁴¹. Quando si tratta del corpo, la libertà di decisione relativamente ad atti dispositivi senza pregiudizio irreversibile appartiene ai diritti elementari dell'individuo, ma anche qui tale libertà gioca nel senso di imporre una clausola di revocabilità che introduce un elemento spurio rispetto alla comune vincolatività bilaterale dei contratti⁴². In ultima analisi, gli atti che dispongono di beni della persona richiedono uno statuto giuridico speciale, che eviti di estendere arbitrariamente a tali atti regole fondate su certe tipiche *rationes* patrimonialistiche⁴³.

6. Il problema della soggettivizzazione dei valori costituzionali

Il problema della traduzione giuridica della dignità umana non sembra risolvibile mediante la soggettivizzazione, che in definitiva sterilizza la stessa dignità⁴⁴, quanto piuttosto mediante un controllo metodologico sulle modalità d'uso che permetta di delimitarne l'ambito d'applicazione e di evitare di sovraccaricarla di funzioni inappropriate o giuridicamente insostenibili.

C'è il pericolo di finire nel vicolo cieco in cui rischia di perdersi il concetto di salute che una lettura corriva e sbrigativa, oggi alla moda, vorrebbe subordinare

⁴⁰ NICOLUSSI, *op. ult. cit.*, 143.

⁴¹ RESTA, *Dignità, persona, mercati*, cit., 52, si rinvia anche per le altre informazioni riguardanti tale caso giurisprudenziale francese.

⁴² CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., 233-234.

⁴³ Per una ampia e approfondita ricerca sul rapporto tra autonomia privata e diritti della personalità, cfr. G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 250 ss. (spec. per la questione della revocabilità del consenso).

⁴⁴ Secondo la proposta di RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 195, il quale peraltro, avvertendo lo sbilanciamento della propria impostazione, invoca come aiuto – citando E. BLOCH, *Diritto naturale e dignità umana*, trad. it., Torino, 2005, 263 – una sorta di provvidenza secolarizzata: «un'istituzione che sia più che un'amministrazione di cose, che prenda molto sul serio l'amicizia, quella che penetra in profondità, e la fratellanza, quella difficile».

alla categoria dell'autodeterminazione⁴⁵. Istruttiva in tal senso è la discussione americana circa la legittimità costituzionale dell'obbligo di un'assicurazione sanitaria previsto dalla recente riforma introdotta dal *Patient Protection and Affordable Care Act* del 2010.

Uno dei presupposti di fondo del dubbio di costituzionalità, a parte i profili di competenza federale o statale, è proprio legato all'interferenza che tale obbligo legale perpetrerebbe nella libertà contrattuale dei singoli individui. Infatti, ponendosi in questa prospettiva individualistica viene persino messa in discussione la buona ragione per cui i giovani e sani debbano assicurarsi con esiti che direttamente vanno a favore di vecchi e malati. Per accreditare l'obbligatorietà dell'assicurazione sanitaria è necessario riconoscere alla salute una dimensione sociale, laddove «incardinare la salute nel potere di disporre di sé», ossia, sul piano negoziale, in quella stessa libertà contrattuale che l'obbligo di assicurarsi violerebbe è un'operazione culturale dal fiato corto che in un ordinamento come il nostro finirebbe per sradicare la salute da quella dimensione etico-sociale, e quindi solidale, in cui la Costituzione l'ha posta⁴⁶. Del resto, se la salute viene risolta nell'autodeterminazione individuale, cioè nella libertà di contratto sanitario, e non viene in rilievo come bene in grado di dar causa a un diritto sociale, perché mai dovrebbe essere obbligatoria un'assicurazione sanitaria? Occorre piuttosto restituire alla salute un valore distinto e autonomo dalla libertà individuale, in modo da proteggerla anche a dispetto di chi, come negli USA, invoca la propria libertà di contratto contro l'obbligo di assicurarsi. Da questo punto di

⁴⁵ Secondo C.W. CANARIS, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, cit., 68, nt. 142, l'irrazionalità di configurare come oggetto di un diritto soggettivo le qualità di una persona è paragonata all'idea irrazionale di immaginare un diritto soggettivo sulla propria dignità umana. Secondo G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, relazione al Convegno *La dignità dell'uomo: testo e contesto*, 14 ottobre 2010, Università di Modena, la dignità umana non può essere ridotta all'autodeterminazione già dal punto di vista dell'esegesi, in quanto non corrisponderebbe al senso più evidente dei testi costituzionali che vi si richiamano, i quali, distinguendo la dignità umana dalla libertà e dai diversi diritti dell'uomo, impongono che se ne cerchi un significato autonomo senza possibilità di riduzioni soggettivistiche.

⁴⁶ L'espressione è di P. ZATTI, *Maschere del diritto. Volti della vita* (saggio *Il diritto a scegliere la propria salute (in margine al caso S. Raffaele)*, Milano, 2009, 236 secondo il quale «il punto da sottolineare giuridicamente è ancora l'involupamento di libertà, identità e salute. Il bene salute diviene per così dire, incardinato nella libertà di disporre di sé. Questo orientamento favorevole a «un'idea di salute umana che se da un lato non può naturalmente rinunciare alle determinanti bio-fisiche che caratterizzano lo stato di salute "normativo", dall'altro reclama il bisogno di interpretarle alla luce del particolare vissuto di ogni persona facendole dunque confluire nella "percezione che la persona ha di sé", intesa come stato di benessere dell'individuo» viene ripreso di recente da V. DURANTE, *La salute come diritto della persona*, in *Tratt. biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2011 587 che si rifà esplicitamente a P. ZATTI, *Il diritto a scegliere la propria salute*, cit. Cfr. anche Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, che si ispira a tale concezione per legittimare l'interruzione di trattamenti di idratazione e alimentazione riguardanti una persona in c.d. stato vegetativo persistente.

vista, perciò, la pretesa di ridurre la salute alla libertà individuale presenta, nel nostro ordinamento giuridico, aspetti di deconstituzionalizzazione, in quanto finisce sostanzialmente per scardinare la salute dalla posizione in cui essa è stata collocata nella nostra Costituzione.

L'art. 32 Cost., infatti, si trova nella prima parte, la quale a sua volta è suddivisa in due titoli o sezioni: la prima è intitolata *rapporti civili* e non a caso inizia con il principio di inviolabilità della libertà personale inteso, alla stregua dell'*habeas corpus*, come guaina protettiva contro le ingerenze dello Stato e – si potrebbe aggiungere – in generale delle tecnostutture ai danni dell'individuo; la seconda è intitolata *rapporti etico-sociali* e dopo i tre articoli dedicati alla famiglia, cioè alle relazioni di solidarietà più intima, prevede proprio l'art. 32. La tutela della salute, pertanto, non può essere appiattita sull'idea della libertà personale, perché la salute è concepita anche come termine di riferimento di un diritto sociale oggetto di una tutela in positivo e quindi necessariamente da concepire in chiave intersoggettiva⁴⁷. Purtroppo, il dibattito al riguardo è stato spesso inquinato dagli argomenti spesi a proposito di questioni come l'aborto o l'eutanasia nell'ambito delle quali una scorciatoia è stata notoriamente individuata nell'affermazione del potere, proprietà, autogoverno sul o del proprio corpo. In tal modo, però, sfugge sia la dimensione etico-sociale della tutela della salute, che la rende questione più complessa e più articolata rispetto a quella della libertà personale, sia il principio del rispetto della persona umana che è il valore al quale l'art. 32, co. 2, Cost. fa espresso riferimento⁴⁸. Il rispetto della persona umana implica senz'altro rispetto dell'autonomia e quindi, nell'ambito dei trattamenti sanitari, una limitazione nell'uso di tecniche non acconsentite, ma non implica un atteggiamento di indifferenza come quello di chi finisce per piegare il medico a esecutore di volontà di altri. Il rispetto della persona umana esprime un'idea di limite che, in una certa misura, è reciproca nella relazione intersoggettiva tra medico e paziente.

7. *Dignità umana sottovalutata. L'autodeterminazione riproduttiva tra slittamenti di senso ed eterodeterminazione. Contratto di gestazione per altri e mercato della filiazione*

La soggettivazione della salute può essere vista anche come il *frame of refe-*

⁴⁷ Cfr. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 100.

⁴⁸ Mi permetto di rinviare al mio *Enhancement e salute nel rapporto medico paziente*, a cura di L. PALAZZANI, *Verso la salute perfetta*, Roma, 2014, 119 ss. Quello del rispetto della persona umana è chiamato superprincipio da F.D. BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato, Frammenti di un dizionario*, Torino, 2001, 228.

rence di una tendenza culturale al dualismo antropologico, la quale consiste fondamentalmente nel tentativo di concepire una dissociazione tra mente e corpo della persona all'insegna dell'idea che la mente, come sede delle volizioni individuali, può disporre arbitrariamente del corpo, ridotto essenzialmente a oggetto di una cosiddetta *self-ownership*. Di qui la possibilità di un'espansione del contratto nell'ambito di diritti relativi alla dimensione fisica della persona. Tale espansione sarebbe di per sé in controtendenza rispetto alla tradizione europea che ha cercato di salvaguardare uno spazio di indisponibilità a questo riguardo, specialmente per quanto concerne gli atti di disposizione a titolo oneroso. L'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (2000) prevede il principio, specificazione della dignità umana, secondo cui è fatto «divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro». Analogamente la Convenzione di Oviedo sui diritti umani e la biomedicina (1997), all'art. 21 vieta ogni commercializzazione del corpo umano e dei suoi prodotti: «il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto». Inoltre, pur seguendo argomentazioni diverse, il pensiero giuridico ha cercato di prendere le distanze dall'idea che del contratto di lavoro il corpo possa essere considerato oggetto e la dottrina italiana si è sforzata di costruire il rapporto di lavoro in funzione della promozione della persona non della sua reificazione⁴⁹. In questa direzione si sono mosse tanto la cultura marxista colla sua celebre stigmatizzazione della mercificazione prodotta dal capitalismo tanto le culture personaliste di diversa impostazione⁵⁰.

Da ultimo, tuttavia, la diffusione delle biotecnologie ha aperto nuovi spazi di sfruttamento che tendono a far leva su certi limiti del pensiero libertario tra cui l'insofferenza verso ogni forma di indisponibilità anche quando essa è funzionale a presidiare i confini necessari al rispetto della persona. Ad esempio, si è da ultimo registrata una pratica contrattuale che prevede incentivi da parte delle imprese datrici di lavoro per le donne lavoratrici, le quali accettano di congelare propri gameti impegnandosi a dedicare al lavoro un certo periodo di tempo senza il vincolo dei figli. Meno recente è invece la pratica della filiazione esogama di tipo eterologo che implica la stipula di contratti nell'ambito dei quali un

⁴⁹ L'idea secondo cui il lavoratore mette a disposizione il proprio corpo, la propria persona, è un'idea che affonda le sue radici in una superata concezione dell'obbligazione ancora legata al modello dei diritti reali. In Francia, ha trovato un illustre seguace ma forse soprattutto in chiave provocatoria in A. SUPIOT, *Critique du droit du travail*, Paris, 1994, 53 ss. su cui v. la critica di L. MENGONI, *Commento alla Critique du droit du travail di Supiot*, in *Il contratto di lavoro*, a cura di M. NAPOLI, Milano, 2004, 75 ss.

⁵⁰ Proprio con riguardo al corpo sono noti i lavori di G. BERLINGUER-G. GARAFFA, *La merce finale. Saggio sulla compravendita di parti del corpo umano*, Milano, 1996 e *Il nostro corpo in vendita, cellule, organi, DNA e pezzi di ricambio*, Milano, 2000. Da ultimo, in tal senso anche RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 192-193, il quale però reputa che la dignità conduca *sic et simpliciter* all'autodeterminazione.

terzo rinuncia al rapporto di filiazione e in pari tempo viene esonerato dalle correlative responsabilità. Ma l'atto di disposizione del proprio corpo in questo ambito assume i connotati più discussi e problematici quando si tratta dei contratti di c.d. maternità surrogata (o gestazione per altri). Una coppia, verso il corrispettivo di un prezzo, commette a una donna la gestazione di un bambino che la donna consegna di solito, dopo un paio di mesi dalla nascita, alla coppia committente rinunciando alla maternità. Tale vicenda risulta favorita dalle tecniche di inseminazione artificiale che permettono di impiantare un embrione formato da gameti provenienti da terzi o almeno in parte dalla stessa coppia committente. Non è difficile immaginare a quali restrizioni e mortificazioni nella libertà fisica si assoggetta la donna c.d. portante. Basti pensare che addirittura alcuni di questi contratti prevedono clausole con cui la committenza si riserva il potere di esigere l'aborto ad esempio in caso di gravidanza plurima o in caso di anomalie del feto⁵¹, per non parlare dello spezzarsi del tutto artificiale del legame tra la c.d. madre portante e la persona del bambino.

In ultima analisi, la donna subisce una *instrumentalisation sans précédent*⁵², diventa mero mezzo per lo scopo di genitorialità altrui⁵³. In Francia un'autrice ha proposto l'endiadi «proletariato riproduttivo» per descrivere la condizione delle donne che accettano di stipulare simili contratti privandosi di una serie di diritti della persona. Inoltre, gli effetti del contratto di maternità surrogata non sono confinati alla sfera giuridica e psicologica della madre gestante e della coppia committente o del singolo che ha fatto ricorso alla surroga, ma si estendono anche alla sfera giuridica e psicologica del nato. Infatti, il programma contrattuale, che prevede la separazione dalla madre gestazionale e quindi un (programmato) abbandono del neonato che viene ceduto e consegnato ad altri, determina una oggettivazione del figlio incompatibile con la dignità umana e in generale con la cultura dei diritti umani delle grandi dichiarazioni novecentesche. Si pensi del resto, alle problematiche tipiche dei contratti di vendita o di appalto, che potrebbero sorgere nei casi in cui il concepito o il nato presentasse delle anomalie o malformazioni: potrebbe essere trattato come una *res* affetta da vizi o un prodotto difettoso? Potrebbero i committenti rifiutare il bambino e magari farsi restituire il denaro già pagato o chiedere una riduzione del prezzo?

Nell'Europa continentale durante gli ultimi decenni del secolo scorso si registrò un atteggiamento molto netto nel respingere la liceità di simili contratti. In Francia, ad esempio, furono ritenute illegittime le stesse associazioni che nel

⁵¹ Di recente in California tale questione è divenuta oggetto di un caso in giudizio davanti alla *United State District Court* di quello Stato: cfr. *Repubblica online*, 8 gennaio 2016.

⁵² M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Paris, 2013, 22.

⁵³ Cfr. A. RENDA, *La surrogazione della maternità ed il diritto della famiglia al bivio*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 423.

frattempo si erano costituite per svolgere la funzione di intermediari tra donne e coppie. Secondo la Corte di cassazione francese tali associazioni erano nulle per l'illiceità dell'oggetto e quindi dovevano essere sciolte. Nel 1991 l'assemblea plenaria della Corte di cassazione ha ritenuto che «la convenzione per la quale una donna si obbliga, anche a titolo gratuito, a concepire e a portare in grembo per poi abbandonarlo alla nascita contravviene sia al principio di ordine pubblico della indisponibilità del proprio corpo che a quello dell'indisponibilità degli status della persona». Sulla scia di questo orientamento giurisprudenziale non è senza rilievo il fatto che in una delle prime leggi cosiddette di bioetica del 30 luglio 1994 fu introdotto nel codice civile l'art. 16-7 a norma del quale «tutte le convenzioni relative alla procreazione o alla gestazione per conto di altri sono nulle».

Nel 2011 la Corte di cassazione francese ha pure ritenuto giustificato il rifiuto di trascrizione di un simile contratto concluso all'estero perché tale trascrizione sarebbe stata contraria all'ordine pubblico. Nello stesso anno nell'ambito delle revisione delle leggi bioetiche il divieto della gestazione per altri è stato mantenuto⁵⁴.

Tuttavia, da ultimo, la Cour de Cassation, sent. n. 219/2015 (3 luglio 2015) ha stabilito che i bambini nati da maternità surrogata all'estero hanno il diritto alla trascrizione del certificato di nascita formatosi conformemente alle previsioni di legge dello Stato di nascita⁵⁵. La sentenza segue alle due pronunce della Cedu (*Labassee v. France* e *Menesson v. France*), secondo cui eccede il margine di apprezzamento statale il rifiuto delle autorità francesi di riconoscere il rapporto di filiazione fra padre biologico e figli nati mediante procedimenti di maternità surrogata all'estero⁵⁶.

In Italia la Cassazione si è pronunciata in senso opposto, ossia qualificando di ordine pubblico internazionale il principio del divieto di surrogazione di maternità e quindi l'atto di nascita formato all'estero è insuscettibile di essere trascritto nei registri italiani dello stato di famiglia⁵⁷. Anche il Comitato nazionale

⁵⁴ Per la giurisprudenza francese, v. in sintesi M. FABRE-MAGNAN, *op. ult. cit.*, 8 ss.

⁵⁵ Cour de Cassation, sent. 3 luglio 2015, n. 219/2015 secondo la quale il certificato di nascita redatto all'estero, in conformità alle norme di questo Stato, deve essere trascritto in Francia, a meno che non vi siano motivi di ritenere che dichiarazioni in esso contenute, o parti di tale atto, siano irregolari, false o non corrispondenti alla realtà.

⁵⁶ Cedu 27 gennaio 2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, in *hudoc.echr.coe.int.*; Cedu 26 giugno 2014, *Mannesson c. Francia*; *Labasse c. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 1122 s., con nota di C. CAMPIGLIO, *Il diritto all'identità personale del figlio nato all'estero da madre surrogata (ovvero la lenta agonia del limite dell'ordine pubblico)*. Per alcune precisazioni a riguardo del contenuto di queste sentenze, v. RENDA, *La surrogazione di maternità*, cit., testo 434 e nt. 45 anche a fronte di certe letture corrive che, in chiave ideologica, ne sono state date.

⁵⁷ Cass. 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, 3414, con nota di G. CASABURI, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*, in *Corr. giur.*, 2015, 471, con nota di A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*.

per la bioetica ha deliberato da ultimo una mozione stigmatizzando la pratica della maternità surrogata a titolo oneroso⁵⁸.

Tuttavia, la potenza della globalizzazione e la forza degli interessi del mercato della riproduzione non possono essere sottovalutati, tenendo anche conto dell'insidia rappresentata dal meccanismo della competizione tra ordinamenti giuridici che può costituire il grimaldello, basato sulla logica del fatto ormai compiuto, per realizzare una *race to the bottom* anche e soprattutto nella tutela dei diritti fondamentali⁵⁹. Inoltre, tale meccanismo è stato in una certa misura avallato dalla Corte costituzionale che paradossalmente, pur stigmatizzando la maternità surrogata, ha ritenuto inaccettabile la presunta discriminazione fra coloro che hanno mezzi economici per recarsi all'estero ad effettuare la fecondazione eterologa vietata in Italia e coloro che non li hanno⁶⁰.

La sentenza è emblematica anche per la soggettivizzazione della filiazione che essa accoglie in contrasto con l'art. 30 Cost., inopinatamente ignorato dalla Corte, il quale la configura in termini di rapporto fondato sulla responsabilità per il fatto della procreazione, e non come un diritto della personalità dell'aspirante al ruolo sociale di genitore. La Corte, infatti, crea la categoria, ignota alla Costituzione, dell'autodeterminazione riproduttiva della coppia. In tal modo, da un lato sovraccarica abusivamente l'autodeterminazione facendone uno strumento di eterodeterminazione lesiva della dignità della persona messa al mondo: oggetto di questa autodeterminazione è infatti il figlio che quindi degrada a strumento della realizzazione della personalità del genitore. Inoltre, l'autodeterminazione della coppia viene aggettivata controfattualmente come "riproduttiva", ossia contro il fatto incontestabile che qui non si tratta di riproduzione della coppia, ma di una procreazione mediante gameti estranei alla coppia. Semmai di riproduzione può parlarsi a riguardo del donatore e della madre, ma con lo strano risultato che all'autodeterminazione del primo corrispondono l'effetto dell'abbandono del figlio e il trasferimento della paternità in capo al marito o

⁵⁸ *Mozione del CNB sulla maternità surrogata a titolo oneroso* consultabile sul sito <http://presidenza.governo.it/bioetica/mozioni/index.html>.

⁵⁹ Mi sia permesso rinviare ai miei, *Fecondazione eterologa e diritto di conoscere le proprie origini*. Per un'analisi giuridica di una possibilità tecnica, in *AIC*, 2012, 1, nt. 1; *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 83 ss.

⁶⁰ Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1105, con nota di C. CASTRONOVO, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della Corte costituzionale*; in *Corr. giur.*, 2014, 1069, con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita al vaglio della Corte costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*; in *Fam. dir.*, 2014, 753, con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*; in *Dir. pers. fam.*, 2014, 1005, con nota di L. D'AVACK, *Cade il divieto all'eterologa, ma la tecnica procreativa resta un percorso tutto da regolamentare*; in *Foro it.*, 2014, I, 2324 (s.m.), con nota di G. CASABURI, *Requiem (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04*.

partner di colei che partorisce il figlio. Due elementi vengono perciò introdotti nell'ordinamento: l'idea di una genitorialità come puro effetto di una manifestazione di volontà e quella di una genitorialità che può essere rifiutata, in entrambi i casi privando il figlio di ogni diritto allo *status* e agli effetti della responsabilità del genitore biologico. Il fondamento è la riduzione della filiazione da rapporto, che implica la soggettività di entrambe le parti, a autodeterminazione individuale, la quale è incompatibile coll'idea di rapporto⁶¹.

Tali profili problematici sono ovviamente moltiplicati nella c.d. maternità surrogata in cui l'oggettivazione non riguarda soltanto il figlio che dovrà essere consegnato nel momento stabilito dopo la gravidanza, ma la stessa donna che l'ha portato in grembo, c.d. madre portante. Qui la violazione del principio di dignità umana pare evidente per entrambe le due persone direttamente coinvolte. Né tale conseguenza viene meno o si alleggerisce se si attribuisce alla madre portante un diritto di «recesso»⁶² fino al termine per la consegna stabilito dal

⁶¹ Sul piano culturale, questo slittamento di senso della filiazione è affermato senza esitazioni nella prospettiva del radicalismo libertario che concentra la *ratio essendi* dei diritti dell'uomo sull'idea di autoprodotto (*self-ownership*) del corpo in capo ai soggetti capaci di intendere e di volere. Ma talora questa posizione sembra derivare da un fraintendimento conseguente a un difetto di traduzione della prospettiva psicologica nell'ambito del discorso giuridico. Infatti dal punto di vista psicologico, la genitorialità viene descritta come «una “funzione”, che non coincide necessariamente con la maternità e la paternità biologiche, ma si estrinseca nella “capacità di prendersi cura”» (G.C. ZAVATTINI, *Genitorialità, Universo del corpo*, in *Enc. giur. Treccani*, III, Roma, 1999, 726). Di qui l'opinione piuttosto diffusa secondo cui la qualifica di genitore dovrebbe dipendere dalla biografia più che dalla biologia, dagli affetti più che dal fatto procreativo. Indubbiamente, le interiorizzazioni che accompagnano la funzione biologica dell'essere genitori possono risolversi in un insuccesso e il rapporto rivelarsi insoddisfacente. La stessa Costituzione lo prevede nell'art. 30, co. 2, dove stabilisce che «nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti». L'adozione trova giustificazione e forma proprio in questo secondo comma, assumendo un inevitabile carattere sussidiario nei confronti della filiazione naturale (biologica) e di solidarietà verso il minore che in mancanza della «*propria* famiglia» (art. 1, co. 1, legge adoz.) è bisognoso di «crescere ed essere educato nell'ambito di *una* famiglia» (art. 1, co. 5, legge adoz.). Ma il criterio biografico non può operare, per definizione, come criterio *a priori* per attribuire fin dall'inizio lo *status* genitoriale, dal momento che interiorizzazioni positive, sentimenti e affetti si possono sviluppare solo successivamente, non prima che la relazione sorga: perciò essi non possono assumere il rilievo di un criterio di attribuzione della genitorialità se non, eventualmente, *a posteriori*. Pertanto, *a priori*, cioè prima che si possa instaurare una qualsiasi relazione affettiva successiva alla nascita, il criterio del fatto procreativo non può essere messo in concorrenza con quello dell'affettività, ma semmai con un criterio volontaristico che a sua volta presupporrebbe la disponibilità degli *status*. Tale ultimo criterio, peraltro, operando una astrazione della filiazione dalla sua base biologica, disincarnandola, per così dire, priverebbe la filiazione di quella caratteristica specifica che la distingue dalle altre relazioni umane; senza contare che tale prospettiva incentrata sulla volontà dell'adulto è in controtendenza col primato dell'interesse del figlio.

⁶² Recesso peculiare visto che una volta nato il bambino il contratto può dirsi ampiamente «eseguito». Tuttavia proprio l'eventuale potere della madre portante di tirarsi indietro e non

contratto: da un lato la strumentalizzazione della donna non è tolta semplicemente perché viene resa arbitra circa la consegna del figlio, dall'altro tale potere aggrava ulteriormente la condizione di oggetto in cui viene relegato il figlio.

Invero, la l. 19 febbraio 2004, n. 40 prende in carico il limite del rispetto della dignità umana che tale pratica contrattuale offende, vietando esplicitamente il contratto di maternità surrogata e munisce il divieto di sanzione penale (art. 12, co. 6, legge 19 febbraio 2004, n. 40). Il contratto quindi è nullo perché direttamente in contrasto con la norma imperativa (art. 1418, co. 1, c.c.), «ma al tempo stesso, e più specificamente, sono l'oggetto o la causa del contratto a essere contrari a norme imperative e quindi illeciti, con conseguente nullità del contratto *ex art. 1418, comma 2, cc.*»⁶³. Del resto, anche in assenza dell'art. 12 l. 40/2004, l'illiceità dell'oggetto potrebbe dirsi già implicita nell'ordinamento, oltre che derivare del contrasto con le clausole generali dell'ordine pubblico e del buon costume. Simili contratti, per altro verso, contravvengono *de iure condito* anche al principio dell'indisponibilità degli *status* che è materia di interesse generale e quindi presuppone regole certe e oggettive di attribuzione degli *status*.

Fino a non molto tempo fa queste considerazioni potevano sembrare persino ovvie. Tuttavia, da ultimo affermare che la filiazione nella nostra costituzione appartiene ai rapporti etico-sociali e che essa dovrebbe essere per sua natura indisponibile o costituire un oggetto giuridicamente impossibile, sembra non più sufficiente nei tempi della tecnica e del mercato globale. Non è un caso che una delle tesi provocatorie dell'analisi economica del diritto è l'idea posneriana del *baby selling*, oltre che in generale della commercializzazione di parti del corpo umano.

consegnare il bambino, con l'effetto di perdere il diritto al corrispettivo, mostrerebbe in modo crudo la funzione di scambio che tale contratto svolge.

In Inghilterra, dove è lecita soltanto la maternità surrogata gratuita, la madre può fino all'ultimo decidere di tenere con sé il bambino anche nel caso in cui non vi sia tra di loro un legame genetico.

⁶³ La frase virgolettata è tratta da V. ROPPO, *Il contratto*², Milano, 2011, 700, secondo il quale le fattispecie dell'art. 1418, co. 1, c.c. possono sovrapporsi a quelle dell'art. 1418, co. 2, c.c. e fa l'esempio delle norme che vietano il commercio di parti del corpo umano. Tale divieto dovrebbe valere *a fortiori* per la maternità surrogata perché in questo caso oltre al commercio delle capacità riproduttive della donna e al suo legame psicologico ed esistenziale col bambino, vi è anche la cessione di quest'ultimo. Il contratto pertanto prima ancora che illegale è illecito per via dell'illiceità del suo oggetto e della sua causa. Secondo RENDA, *La surrogazione della maternità e il diritto della famiglia al bivio*, cit., 432, nt. 41, tale qualificazione sarebbe «superata da quella per contrasto con norma imperativa *ex art. 1418, comma 1, c.c.* posto che oggetto del divieto è lo stesso accordo che è elemento indefettibile della nozione di surrogazione di maternità». Ma se la norma imperativa può rafforzare il contrasto contro un atto di autonomia contrattuale che sia già illecito per la causa o per l'oggetto dell'accordo stesso, e in tal caso vi è sovrapposizione, la norma imperativa stessa non può escludere la sovrapposizione, perché in tal caso l'accordo risulterebbe illecito in quanto tale, cioè a prescindere dal contenuto, il che non può essere.

Non sappiamo come la vicenda in Europa andrà a finire, se l'Europa rinuncerà anche all'idea di vietare il commercio del proprio corpo e quello dei bambini. L'impressione però è che se il matrimonio fra autonomia contrattuale e diritti della persona è destinato a generare «figli» come il contratto di maternità surrogata, allora forse «questo matrimonio non s'ha da fare»: «non sempre ciò che vien dopo è progresso»⁶⁴.

⁶⁴ Prendiamo a prestito la nota frase di A. MANZONI, *Del romanzo storico e, in genere, de' componimenti misti di storia e d'invenzione*, II, in *Opere varie*, Milano, 1870.

LA TUTELA DELLA PERSONA NEL CONTRATTO

di *Francesco Macario*

1. Il tema del convegno impone di inquadrare le questioni giuridiche relative alla tutela della persona “nel contratto” all’interno di un fenomeno – felicemente individuato come titolo dello stesso incontro, relativo alla “giurisprudenza per principi” – che appare come emblematicamente espressivo dell’esperienza giuridica dei nostri tempi, ancora da definire con sufficiente chiarezza e, prima ancora, comprendere nelle sue logiche profonde così come nelle forme in cui si presenta.

Va rilevato subito che, del tutto correttamente sul piano del metodo, l’incontro è stato organizzato, individuando alcune tematiche – tra le diverse che ruotano intorno al grande tema dell’autonomia privata e che oggi stimolano maggiormente il dibattito scientifico, ma caratterizzano altresì la produzione giurisprudenziale più significativa, la quale va dunque a intrecciarsi costantemente con l’analisi dottrinale – per verificare se (e in che modo) il punto di vista dei “principi” finisca per condizionare l’evoluzione del c.d. “diritto vivente”, in termini tali da imporre allo studioso del diritto privato un’indagine che tenda, in ultima analisi, a ridefinire i caratteri e i modelli espressivi della stessa autonomia privata nel particolare frangente storico che stiamo attraversando.

Le brevi riflessioni che proverò a svolgere, prima di concludere con qualche considerazione sul tema generale del convegno, muovono da una constatazione di fondo, secondo la quale le “interferenze” tra l’area dei diritti (e delle forme di tutela) della persona e il contratto o, se si preferisce, la libertà contrattuale – la manifestazione per eccellenza dell’autonomia privata assicurata dall’ordinamento – si offrono in (almeno) due diverse prospettive all’attenzione dell’interprete, il quale: (a) per un verso, potrà assumere l’angolo di visuale della disponibilità dei diritti, domandandosi perciò in che misura la libertà – nello specifico, contrattuale – del singolo possa trovare un limite oggettivo e insuperabile nella natura stessa di alcuni diritti ovvero nella qualificazione di “indisponibilità” imposta loro dall’ordinamento, in modo che il contratto non sia idoneo a incidere –

ovvero possa farlo soltanto entro limiti precisi e prefissati – sulla situazione giuridica della persona, che liberamente decida di “negoziare” su tale condizione personale; (b) per altro verso, potrà optare per la prospettiva “interna”, per così dire, al rapporto contrattuale, così interrogandosi sulla tutela che la persona in quanto tale è in grado di ricevere dall’ordinamento all’interno dei meccanismi e delle dinamiche contrattuali.

Nel primo caso, la rilevanza della persona e delle situazioni (o condizioni) personali sembra più direttamente connessa – si sarebbe tentati di dire, allo stesso tempo, frontalmente contrapposta – al contratto, posto che il tema dell’indisponibilità dei diritti conduce alla riflessione sulla validità dei vincoli negoziali assunti e, attraverso il rifiuto dell’ordinamento di riconoscere la vincolatività degli impegni negoziali (pur sempre espressione della libertà del soggetto di autodeterminarsi), è come se si manifestasse l’esigenza (di carattere superindividuale) di protezione “contro se stessi”, con il corrispondente sacrificio della libertà (individuale) di utilizzare (economicamente) gli attributi della persona e della personalità, in funzione dell’affermazione di intangibilità di alcuni valori – definibili, appunto, in termini di irrinunciabilità – che vanno ricondotti alla stessa “dignità” della persona e che, in virtù di tale nesso strettissimo, finiscono per neutralizzare i risvolti di tipo “patrimoniale” della persona e della personalità¹.

Nel secondo caso, la tutela della persona sembrerebbe manifestarsi in modo indiretto, per così dire, nel senso che si tratta di rinvenire nelle pieghe delle tutele del rapporto contrattuale (ovvero, in senso più ampio, obbligatorio), tradizionalmente considerate al servizio dei diritti e degli interessi “patrimoniali”, lo spazio per invocare e attuare (anche) la tutela delle situazioni giuridiche “non patrimoniali”, così come accade, da tempo, in ambito di fatti illeciti extracontrattuali, ove la mancanza di una relazione preesistente tra le parti – la stessa, avendo natura e contenuto di “rapporto patrimoniale”, vale infatti a definire l’ambito della risarcibilità del danno – consente di assumere il danno da risarcire nella sua integralità, ossia considerando anche gli aspetti non patrimoniali (secondo il notissimo percorso che, maturato dapprima in sede dottrinale, ha poi condotto la giurisprudenza ad ampliare sempre più le frontiere, efficacemente definite già da tempo “mobili”, della responsabilità civile e dunque i confini del danno risarcibile).

¹ Sul tema, con una preziosa raccolta di contributi su numerose e variegate vicende o situazioni, attinenti alla complessa e articolatissima tematica della tutela della persona, si veda il recente volume di G. RESTA, *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, XV, il quale individua nitidamente la questione centrale, sul piano metodologico: «La sfida gravante sull’ordinamento giuridico consiste quindi nella predisposizione di una serie di limiti procedurali e sostanziali volti ad assicurare che la circolazione degli attributi della personalità (corporei e incorporei), anche per scopi di sfruttamento economico, avvenga all’interno di un quadro adeguato per tutele e garanzie».

2. Il nesso fra tutela della persona – s'intende, nel senso ampio, appena enunciato, di tutte le situazioni giuridiche riconducibili al soggetto in quanto tale, ossia al di là dell'interesse puramente patrimoniale oggetto della lesione – e disciplina del contratto ha suscitato la curiosità e l'impegno degli studiosi della materia contrattuale, in ragione dell'esigenza di una verifica preliminare: se i piani (del discorso giuridico) tradizionalmente separati della responsabilità per danni – presentati talvolta, forse per un'esigenza di semplificazione del modello, come antitetici o alternativi – ossia quello contrattuale e (si diceva, all'opposto) extracontrattuale, siano invece collegabili. In tal modo potrebbero essere valorizzati gli intrecci (che si è voluto definire anche in termini di "interferenze") tra gli ambiti delle tutele, certamente distinte sul piano concettuale, ma non più separate da barriere che avrebbero potuto essere considerate per principio insormontabili dal punto di vista rigorosamente dogmatico².

Il tentativo, svolto in una recente opera trattatistica sul contratto, di enucleare gli ambiti delle dette "interferenze" (anche) con riferimento ai diritti della persona³, ha consentito del resto di individuare le aree dei diritti della personalità potenzialmente incise dalle vicende contrattuali: dalla circolazione dei diritti sul corpo umano, sino alle facoltà del soggetto rispetto agli attributi immateriali, con un ventaglio di vicende accomunabili nell'idea di un processo di c.d. "commodification", ossia di patrimonializzazione della persona e dei suoi attributi⁴.

Da un altro angolo di osservazione, i concetti di autonomia e di "diritti della personalità" sono destinati a incrociarsi sul piano dei valori costituzionali, ruotando ogni riflessione necessariamente intorno al delicatissimo tema della dignità umana, che impone la costante opera di bilanciamento, rispetto alla quale si suggerisce – nella dottrina più recente e consapevole dell'estrema complessità del tema – di «respingere sia un uso illiberale della dignità umana, sia l'opposta tendenza alla tirannia dell'autodeterminazione quale valore assoluto in grado di sterilizzare anche la dignità umana sul fondamento della quale l'autodeterminazione stessa si costituisce»⁵.

² Punto di riferimento obbligato è lo studio monografico di G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005; dello stesso A., cfr. *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, 2006, 361; nonché, *Autonomia contrattuale e diritti della personalità nel diritto dell'Ue* [aggiornamento-2013], in *Dig. civ.*, Torino, 1992.

³ Si allude al *Trattato sul contratto*, diretto da V. ROPPO, *Interferenze*, Milano, 2006, 3 ss.

⁴ P. RESCIGNO, *Presentazione*, al volume di G. RESTA, *Autonomia privata*, cit., XX.

⁵ Così A. NICOLUSSI, voce *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 133; si veda altresì, per un avvincente *excursus* storico, E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XLIII, 2014, 589 ss.; per un cenno al tema, ci si permette da ultimo di rinviare a F. MACARIO, voce *Autonomia privata* (profili costituzionali), in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, 61, 64.

In tal senso l'idea secondo la quale i diritti della persona e della personalità sarebbero assistiti (soltanto) dalla tutela aquiliana potrebbe dirsi definitivamente superata, proprio grazie allo sviluppo di quell'approccio metodologico che siamo propensi a definire in termini di "giurisprudenza per principi": un diritto di formazione schiettamente giurisprudenziale che, s'è detto, ha avallato l'espansione dell'area del danno risarcibile e dunque delle tutele da fatto illecito, ove risultino incisi diritti della persona e della personalità nell'ambito dello svolgimento di un rapporto obbligatorio avente fonte contrattuale.

È nota, in tal senso, l'affermazione e la successiva evoluzione della tutela del contraente il quale lamenti un danno non patrimoniale, come conseguenza dell'inadempimento contrattuale, rilevante, tuttavia, primariamente come lesione del diritto della persona e della personalità, estensibile, quanto all'ambito dei soggetti danneggiati, anche all'ente pubblico territoriale, cui sono riconosciuti – così come accade per il privato quale persona fisica, assumendo le situazioni giuridiche costituzionalmente protette la veste di una sorta di denominatore comune a tutti i soggetti dell'ordinamento – i diritti all'immagine, alla reputazione e all'identità⁶.

Dal terreno d'elezione, si potrebbe ritenere, della "tutela della persona nel contratto" costituito dal rapporto di lavoro subordinato – emblematicamente con la fattispecie, affermata in modo particolare nell'ultimo decennio, del "danno da demansionamento"⁷ – la tendenza giurisprudenziale a far valere il

⁶ Si veda, ad esempio, Cass. 22 marzo 2012, n. 4542, secondo la quale l'ente pubblico territoriale, come la persona giuridica e l'ente collettivo in genere, ha titolo al risarcimento del danno non patrimoniale qualora l'altrui inadempimento contrattuale ne leda i diritti immateriali della personalità, compatibili con l'assenza di fisicità e costituzionalmente protetti, quali sono i diritti all'immagine, alla reputazione e all'identità (principio affermato in fattispecie relativa al danno all'immagine cagionato ad un comune dalla società incaricata di realizzare una tensostruttura per rappresentazioni, la quale aveva consegnato un'opera tanto viziata da costringere l'ente ad annullare la stagione teatrale).

⁷ Tra le tante, nel periodo iniziale, si vedano ad esempio: Trib. Napoli 3 febbraio 2005, secondo cui il demansionamento del lavoratore può provocare sia danni di natura patrimoniale (qual è il danno da mancato guadagno per la perdita di *chance*, e ciò sia per la privazione di eventuali progressioni di carriera in azienda, sia con riferimento al reperimento di occasioni di proficuo lavoro all'esterno), sia danni di natura non patrimoniale, fra i quali può annoverarsi, oltre al danno biologico, il c.d. danno esistenziale, il quale deriva dalla violazione di norme che garantiscono, a livello costituzionale, i valori della libertà, della dignità e della personalità del lavoratore; grava sul lavoratore l'onere di provare i danni, sia di natura patrimoniale che non patrimoniale, derivanti dall'illegittimo demansionamento; nonché Trib. Roma 15 febbraio 2005, ove si afferma che il demansionamento professionale del lavoratore, implicando non solo la violazione del suo diritto all'effettivo svolgimento della propria prestazione sancito dall'art. 2103 c.c. ma anche quella del diritto fondamentale, costituzionalmente protetto dall'art. 2 Cost., alla libera esplicazione della sua personalità sul luogo di lavoro secondo le mansioni e la qualifica a lui spettante per legge o per contratto, comporta a carico del datore di lavoro, non solo l'obbligo di corrispondere le retribuzioni dovute, ma anche un obbligo risarcitorio, avente ad oggetto sia

principio della tutela (autonoma, rispetto alle situazioni giuridiche pregiudicate aventi natura meramente patrimoniale) dei diritti costituzionalmente protetti ha conquistato ambiti sempre più ampi, che spaziano – se si vuole scorrere una rapida casistica, idonea tuttavia a fondare, in prospettiva, una sequenza in chiave di *Fallgruppen* – dalla responsabilità sanitaria⁸, nel cui ambito figurano vicende particolarmente complesse come quella della “gravidanza non desiderata”⁹, sino alla situazione che qualche decennio addietro sarebbe stata etichettata come “diritto all’abitazione”¹⁰, oggi ampliato sino a risarcire il danno sofferto dagli ac-

profili di pregiudizio patrimoniale, quali l’impoverimento della capacità professionale già acquisita dal lavoratore, il mancato arricchimento di detta capacità, la perdita di ulteriori possibilità di guadagno, sia il pregiudizio che, a causa del demansionamento, il lavoratore eventualmente subisca all’integrità psico-fisica ed alla salute (c.d. danno biologico), sia, infine, profili di pregiudizio non patrimoniale e soggettivo, con particolare riferimento all’immane lesione (tanto in termini di autostima quanto in termini di eterostima) dell’immagine professionale, della dignità personale e della vita di relazione del lavoratore, profili di pregiudizio che, per loro natura privi delle caratteristiche della patrimonialità, non sono suscettibili che di liquidazione equitativa.

Più di recente, si può notare come l’intervento della Suprema Corte, in una materia oramai caratterizzata da una sorta di *ius receptum* nel senso appena indicato, sia volto a delimitare, per così dire, il territorio della risarcibilità mediante la più precisa definizione dell’onere probatorio, con riferimento alla prova del danno e del nesso di causalità. Si veda, ad esempio, Cass. 26 gennaio 2015, n. 1327, la cui massima recita: in tema di danno da demansionamento, il risarcimento del danno professionale, biologico o esistenziale, non ricorre automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale e non può prescindere da una specifica allegazione, nel ricorso introduttivo, dell’esistenza di un pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all’espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno; tale pregiudizio non è conseguenza automatica di ogni comportamento illegittimo rientrante nella suindicata categoria, sicché non è sufficiente dimostrare la mera potenzialità lesiva della condotta datoriale, incumbendo sul lavoratore l’onere di fornire la prova del danno e del nesso di causalità con l’inadempimento datoriale (in applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che, liquidando il danno non patrimoniale equitativamente, ne aveva desunto l’entità dalla durata del demansionamento e dall’anzianità del lavoratore, senza che questi avesse fornito, né specificamente allegato, elementi idonei a dimostrare, anche solo presuntivamente, il tipo e l’entità dei danni subiti).

⁸ Significativo il riconoscimento, da parte di Trib. L’Aquila 20 gennaio 2012, del c.d. danno da *choc*, subito a causa dell’inadempimento del medico, costituente voce autonoma del risarcimento, quando esso risulti maggiore rispetto allo standard ricompreso nella personalizzazione del danno non patrimoniale nella sua veste biologica.

⁹ Si veda, ad esempio, Trib. Milano 10 marzo 2014: in caso di gravidanza indesiderata l’inadempimento del sanitario all’obbligo assunto al momento del contatto/contratto con la paziente di compiere la propria prestazione secondo la diligenza del buon medico ai sensi dell’art. 1176, co. 2, c.c. genera un danno sia patrimoniale – allorché sia conseguenza immediata e diretta dell’inadempimento in termini di causalità adeguata – che non patrimoniale, come lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione.

¹⁰ L’inclusione del diritto all’abitazione nell’ambito dei diritti fondamentali della persona è esplicitata nella motivazione di Cass. 24 febbraio 2011, Scagliarini, in *Foro it.*, Rep. 2011, *Misure di prevenzione*, n. 146, dove si è escluso che il soggetto proposto per l’applicazione di una misura

quirenti di un appartamento che l'amministrazione comunale abbia ordinato di evacuare, «in relazione al patema d'animo provato dal momento in cui essi sono venuti a conoscenza dell'inagibilità strutturale dell'immobile»¹¹, passando per i casi – oramai ben metabolizzati dalla giurisprudenza – della c.d. “vacanza rovinata”¹², ma anche del trasporto ferroviario privo degli standard qualitativi¹³, così come della prolungata sospensione dell'erogazione di energia elettrica¹⁴.

Decisivo, nel percorso per l'affermazione sempre più convinta della tutela della persona nel contratto, è apparso senza dubbio l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione (con la sequenza di decisioni note come “sentenze di San Martino”), nelle quali, muovendo dalla responsabilità contrattuale, i supremi Giudici hanno definitivamente stabilito che anche l'inadempimento di una obbligazione contrattuale può cagionare un danno non patrimoniale, che sarà risarcibile nei casi espressamente previsti dalla legge ovvero quando l'inadem-

di prevenzione sia tenuto a corrispondere all'amministratore giudiziario il canone di locazione per l'immobile sottoposto a sequestro preventivo, che risulti adibito ad abitazione per sé e per la famiglia; nondimeno, secondo Cass. 19 novembre 2013, n. 51458, in *CED Cass.*, rv. 257658, nel caso in cui il proposto non si trovi in condizioni di emergenza abitativa, in quanto disponga di redditi adeguati o di altri immobili di proprietà, si potrà imporre nei suoi confronti, per continuare ad abitare nel bene in sequestro, un canone di locazione ovvero una congrua indennità di occupazione.

¹¹ Si veda Trib. Bari 23 aprile 2014, secondo cui è risarcibile il danno non patrimoniale subito, a causa dell'inadempimento del venditore, dai compratori di un appartamento che l'amministrazione comunale ha ordinato di evacuare, in relazione al patema d'animo provato dal momento in cui essi sono venuti a conoscenza dell'inagibilità strutturale dell'immobile, alla sofferenza conseguente alla necessità di abbandonare con urgenza l'abitazione dove gli acquirenti avevano cominciato a vivere dopo averla ristrutturata per renderla conforme alle proprie esigenze, nonché al disagio connesso alla necessità di reperire un altro appartamento e di mutare all'improvviso la propria dimora. Espressione dell'orientamento che annovera il diritto a godere della propria abitazione tra i diritti inviolabili della persona, la cui violazione (che, nei casi più gravi, può costringere all'abbandono dell'abitazione stessa) mette capo al risarcimento del danno non patrimoniale sono anche: Trib. Brindisi 26 marzo 2013, in *Vita not.*, 2013, 1451; Trib. Milano 3 settembre 2012, in *Foro it.*, 2012, I, 2850; Trib. Genova 7 ottobre 2010, annotata da S. SCOLA, *Il danno non patrimoniale tra lesione della proprietà e diritto all'abitazione*, in *Resp. civ.*, 2012, 284.

¹² Da ultimo, Cass. 14 luglio 2015, n. 14662, in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Turismo*, n. 15.

¹³ Cfr. Giudice di pace Piacenza 25 gennaio 2010: è risarcibile il pregiudizio di natura non patrimoniale collegato alla lesione dei diritti fondamentali della persona, arrecato all'utente dalla società che gestisce il servizio pubblico di trasporto ferroviario per l'inadempimento degli obblighi previsti dai contratti definiti con le regioni in relazione all'osservanza degli standard qualitativi predeterminati, inerenti all'osservanza degli orari, alla pulizia dei convogli ed all'efficienza del materiale rotabile.

¹⁴ È la decisione del Giudice di pace Ceglie Messapica 7 settembre 2005: la prolungata sospensione dell'erogazione di energia elettrica, conseguente all'interruzione del collegamento internazionale tra Svizzera e Italia, configura un inadempimento contrattuale imputabile alla società che distribuisce l'energia all'utente finale, al quale non spetta alcun indennizzo automatico, bensì il risarcimento del danno non patrimoniale, che va liquidato in via equitativa.

pimento abbia leso in modo grave un diritto inviolabile della persona tutelato dalla Costituzione¹⁵.

3. L'*iter* giurisprudenziale, cui s'è fatto soltanto rapido cenno, può sembrare emblematico del modo in cui va evolvendosi il sistema, attraverso una giurisprudenza che, in sede tanto di legittimità quanto di merito, intende (e di fatto esercita) la funzione giurisdizionale in termini molto diversi rispetto al recente passato, avendo definitivamente superato l'atavica diffidenza verso i "principi", riconducibile quest'ultima al forte messaggio culturale radicato nella modernità giuridica sette-ottocentesca, che aveva finito con l'imporre all'interprete un vincolo con il dato normativo testuale così stretto – si sarebbe tentati di dire, inestricabile – da rivelarsi una sorta di sudditanza assoluta alla disposizione di legge applicabile, preclusiva di qualsiasi slancio autenticamente interpretativo della norma, attraverso il ricorso ai principi.

Le nuove forme di valorizzazione di questi ultimi ad opera della giurisprudenza non rappresentano in alcun modo – è appena il caso di ricordarlo – tendenze eversive sul piano normativo, dal momento che il radicamento dei principi nell'ordinamento è garantito dal loro riferimento all'impianto e alle disposizioni normative costituzionali (se si preferisce, ai "valori" espressi dalla legge fondamentale). Va maturando, in questo senso, nella giurisprudenza l'idea, pienamente da condividere, che i principi consentono di dare risposte immediate alle nuove istanze di tutela, talvolta in modo all'apparenza eterodosso (come è accaduto nel recente intervento della Corte costituzionale in materia di riducibilità della caparra, che tante critiche ha suscitato da parte della civilistica), sacrificando il presunto rigore dei procedimenti ermeneutici tradizionali – *in primis*, con il ricorso all'analogia – a vantaggio della mobilità ed evoluzione dello stesso sistema, che dai principi e dalle clausole generali trae la sua linfa vitale.

Se non è affatto scontato, peraltro, che nei principi possa trovarsi in via immediata la risposta allo specifico conflitto d'interessi, è indubbio che l'affermazione di una giurisprudenza illuminata dai principi finisce per costituire un forte stimolo per il giurista a non rimanere acriticamente vincolato a soluzioni e ricostruzioni collaudate e radicate nella tradizione, così fornendo il suo contributo nel processo di formazione della norma per via giurisprudenziale, con la valorizzazione di tutti i possibili (e verosimili) dati e argomenti per tentare di razionalizzare il sistema (che, si sa bene, è sempre in movimento e perciò in continua evoluzione).

¹⁵ Cass. s.u., 11 novembre 2008, n. 26974, con commento di F.D. BUSNELLI, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 97. Cfr. anche *Il danno non patrimoniale contrattuale* (Atti del convegno, Roma, 14 maggio 2010), a cura di F. MACARIO e C. SCOGNAMIGLIO, in *Contr.*, 2010, 699.

In questione è, in primo luogo, la stessa funzione e l'esercizio dell'attività giurisdizionale, in ambito di diritto privato ma, in particolare, nella materia del contratto e dell'autonomia privata in genere, che tuttavia – lo si è considerato nelle rapide riflessioni in apertura – occupa aree sempre più ampie nei rapporti interprivati, come significativamente mostra il campo delle relazioni familiari *lato sensu* intese. Sarebbe sufficiente considerare l'area delle “unioni civili” e la regolamentazione negoziale dei contratti o patti sulla convivenza¹⁶. Che il grande tema dei rapporti tra tutela della persona e disciplina del contratto sia particolarmente complesso da trattare al livello dell'attività legislativa, in tal modo confermando la necessità del supporto del diritto di fonte giurisdizionale, in termini di “giurisprudenza per principi”, lo dimostra del resto il recentissimo intervento sui contratti di convivenza, che non riesce ad andare oltre alcune prescrizioni su forma e contenuto dei patti tra conviventi in termini di poco più che “istruzioni per l'uso”, senza affrontare i nodi più spinosi della materia, che fanno capo alla problematica dei limiti di validità delle pattuizioni con cui s'intendono regolare *ex ante* – come accade, evidentemente, in ogni contratto – le conseguenze della cessazione della convivenza, in ipotesi tanto di decisione (o “recesso”, per rimanere al dettato legislativo) unilaterale, quanto di decesso del partner¹⁷.

La mancata assunzione di una posizione precisa da parte del legislatore sulla questione che, come già si è avuto modo di considerare, si colloca al crocevia più delicato del nostro tema di riflessione, per un verso non favorirà certo la conclusione dei contratti (che invece dovrebbe essere, logicamente, proprio lo scopo dell'intervento legislativo), per altro verso non fa che confermare l'essenzialità e, dunque, l'ineliminabilità – per quanti sforzi argomentativi possano fare i fautori della “certezza del diritto”, invocata nei confronti e in presenza di un dato legislativo sempre meno affidabile, sul piano della sistematicità e della coerenza con l'ordinamento nel suo complesso – di quella “giurisprudenza per principi” che, muovendo dalla risposta ad un concreto conflitto d'interessi, appare l'unico momento di razionalizzazione della norma nel sistema o, almeno, il momento più significativo in termini di “diritto vivente”.

Una considerazione, da ultimo, merita proprio l'opera di razionalizzazione, cui si faceva appena riferimento, nella misura in cui questa finisce per chiamare in causa, specificamente, la dottrina e, se si vuole, la stessa impostazione degli

¹⁶ Per tutti, si vedano le preziose riflessioni in ambito specifico di contratti di convivenza, di L. BALESTRA, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2014, 133 e *ivi* tutti i necessari riferimenti; in chiave anche comparatistica, si veda anche G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive in Italia e in Europa*, Padova, 2012.

¹⁷ Ci si permette di rinviare alle considerazioni svolte, in modo più ampio e articolato, dallo scrivente in *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *www.giustiziacivile.com*.

studi e dell'insegnamento del diritto nelle aule universitarie. Occorre infatti fornire al legislatore le basi concettuali per l'emanazione di (nuove) norme, talvolta affidate alla complessa e faticosa opera di codificazione o "ricodificazione" del diritto privato, considerando, per un verso, l'emersione di nuove esigenze, per altro verso la tradizione di pensiero formatasi sul fondamento di categorie, concetti, nozioni e "sistemazioni" di discipline radicatesi nel tempo e via via assimilate in diversi ordinamenti.

Se è vero che appare oramai superata la stagione in cui giuristi, peraltro particolarmente illuminati e sensibili all'evoluzione del diritto nel suo rapporto con la società, auspicavano una "legislazione per principi", e che, per altro verso, è arduo immaginare di poter rinvenire nei principi la risposta per la soluzione della controversia, senza transitare attraverso il dato normativo concretamente applicabile, appare parimenti indiscutibile che i principi – *in primis*, evidentemente, quelli espressi dalle norme costituzionali – abbiano definitivamente superato la tradizionale diffidenza dell'interprete, trovando sempre più frequente applicazione nella *ratio decidendi* delle Corti, in sede tanto di merito quanto di legittimità.

Potrebbe essere sufficiente, in tal senso e per concludere la breve riflessione, richiamare la nota vicenda, tutta giurisprudenziale, della formula riassunta nell'espressione "abuso del diritto", per rendersi conto di come l'argomento – si noti: non già un principio in senso stretto, ma un concetto riconducibile alla logica dei "principi", con un'apparente vaghezza, che esige una forte e circostanziata aderenza alla specificità della vicenda giuridica in esame – abbia fatto presa sull'attività giurisdizionale delle nostre corti. Ed è certo che la linea di tendenza avrà significativi sviluppi nel "diritto vivente".

SEZIONE IV

L'USO GIURISPRUDENZIALE
DEI RIMEDI

GIURISPRUDENZA PER PRINCIPI ED EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE

di *Armando Plaia*

SOMMARIO: 1. «Prospettiva rimediale» e «giurisprudenza per principi»: alla ricerca di una correlazione. – 2. Prospettiva rimediale «radicale» o «contro» la fattispecie: quattro casi «clinici». – 3. Il perno critico su cui ruotano le due vicende della «prospettiva rimediale» e della «giurisprudenza per principi». Il problema dell'abuso del principio di effettività.

1. «Prospettiva rimediale» e «giurisprudenza per principi»: alla ricerca di una correlazione

Il singolare intersecarsi di due processi autoctoni molto noti, quello dell'emersione di una *Drittwirkung* nel diritto civile¹ e quello di enfaticizzazione del principio di effettività, evoca un altro fenomeno cui si assiste nel nostro tempo² e cioè la declinazione in senso orizzontale, ovvero nel rapporto tra privati, delle libertà fondamentali del Trattato UE. Anche nelle prime due vicende, infatti, disposizioni normative di rango costituzionale, che dunque parrebbero rivolte al potere legislativo, vengono invece applicate in funzione conformativa di un rapporto tra privati.

D'altro canto, alla tensione verso una *Drittwirkung* e, per altro verso, verso l'effettività delle tutele, non sembra estraneo né il tema dei «rimedi», e il vivace dibattito che ne è scaturito, ovvero l'enfasi posta da una parte della dottrina sul-

¹ C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 38. Sulla distinzione funzionale tra l'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali del Trattato e quella delle norme costituzionali cfr. A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea*, saggio che introduce il volume *Le libertà fondamentali del Trattato e il diritto privato*, a cura di F. MEZZANOTTE (di prossima edizione), letto per la cortesia dell'Autore.

² Alcune delle considerazioni contenute nel testo sviluppano taluni spunti contenuti nel § 4 di un mio recente scritto: A. PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato europeo e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 743.

le forme e tecniche di tutela quantomeno a partire dalla fine degli anni '80³; né l'emersione di una «giurisprudenza per principi», una giurisprudenza cioè che privilegia un'argomentazione che non poggia su regole ma, più o meno direttamente, su principi, con o addirittura senza la mediazione di norme generali o clausole generali⁴. Non può sfuggire che, nella più recente giurisprudenza di legittimità, l'area del «danno ingiusto» e quella del «danno risarcibile» si espandono anche in ragione di un'applicazione del principio costituzionale di solidarietà o del richiamo ad un diritto inviolabile riconosciuto dall'art. 2 Cost.; e che ad un giudizio di nullità del contratto si ritiene di poter pervenire in ragione di un contrasto con lo stesso principio di solidarietà. Una giurisprudenza che trova una sponda in una certa dottrina, anche autorevole, che si affatica a rinvenire nuovi principi di generale applicazione nei rapporti tra privati, si tratti del «principio di proporzionalità»⁵ o del «principio di ragionevolezza»⁶: una tendenza che ha indotto altra dottrina a denunciare un «uso abusivo di principi»⁷.

Ovviamente, si tratta di capire se esista un collegamento tra gli ultimi due processi appena richiamati e, in definitiva, di verificare se l'enfasi sui c.d. «rimedi» risulti estranea ad una evidente metamorfosi della produzione giurisprudenziale, imperniata su un sempre più frequente uso – peraltro piuttosto disinvolto e poco sorvegliato – di categorie normative e dottrinali che, per definizione, sfuggono alla sussunzione e si prestano alla produzione di una regola che si compie soltanto all'esito di una verifica delle circostanze del caso concreto. La questione, in entrambi i casi, sembra andar oltre il mero riconoscimento giudiziale di *rationes* diverse da quelle che hanno contribuito all'attribuzione della situazione giuridica soggettiva protetta, esito in qualche modo inevitabile quando, come si è rilevato, il legislatore e la dottrina forniscono alla giurisprudenza forme verbali adeguate a queste *rationes* (clausole generali, abuso del diritto).

³ Anche su impulso di un noto convegno, i cui atti sono raccolti in AA.VV., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 1989 e di un fondamentale studio pionieristico: A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987; ma vedi anche D. MESSINETTI, *La sistematica rimediale*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Napoli, 2012, 103; AA.VV., *Remedies in Contract*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2008.

⁴ E a prescindere della distinzione forte o debole che voglia ritenersi tra principi e regole: per la prima cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, a cura di G. REBUFFA, Bologna, 1976, rist. Bologna, 2010, spec. 48, 142.

⁵ P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 335; ma v. A.M. BENEDETTI-F. BARTOLINI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 652.

⁶ S. TROIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

⁷ A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo di principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 747; vedi invece G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2015, 787.

Alla luce di tale premessa, la questione dei «rimedi», almeno se con essa si intenda quella contrapposizione tra opinioni in merito all'esistenza di tecniche giudiziali di giurificazione di interessi, merita di essere adeguatamente apprezzata e ricondotta alla sua effettiva e, a nostro avviso, assai più ridotta dimensione. Quella per così dire della sussistenza di talune «figure sintomatiche» presenti nell'esperienza normativa o giurisprudenziale che evidenzerebbero una tendenza alla gestione dei conflitti che si colloca fuori dalle anguste maglie della logica della fattispecie e dei suoi effetti e risulta invece più aderente al principio di effettività delle tutele⁸: e ciò a partire dalle ipotesi di diritto positivo offerte dalla legislazione consumeristica (es. riparazione e sostituzione del bene o recesso di pentimento) che, malgrado la «positivizzazione», non perdono la loro matrice rimediale, che si colloca comunque fuori dalla logica della fattispecie⁹, poiché non vi sarebbe comunque possibilità di riconduzione, mediante sussunzione, della fattispecie c.d. concreta (fatti concretamente verificatesi) alla c.d. fattispecie astratta (descrizione astratta contenuta nella norma o ipotesi normativa).

2. Prospettiva rimediale «radicale» o «contro» la fattispecie: quattro casi «clinici»

In un recente scritto si è affermato che quella dei rimedi è una «suggerione» più che una «prospettiva», ma anche che: «(...) il rimedio si trova all'inizio, non più nella veste (...) dell'azione (...) ma in quella (...) di regola sostanziale eteronoma, investita dello specifico compito di imprimere alla transazione privata uno specifico indirizzo, coerente con le più generali linee di *policy* procompetitiva che ispirano la legislazione consumeristica». Insomma, figure di nuovo conio come l'azione di riparazione del bene nella vendita al consumo o la nullità di protezione «partecipano della medesima tendenza (...) alla costruzione di una disciplina dell'autonomia privata in grado di neutralizzare possibili implementazioni di quest'ultima che pregiudichino un efficiente funzionamento del mercato concorrenziale». Per cui, «la prospettiva nella quale guardare ad esse (...) non è quella dei rimedi (...), quanto, piuttosto, quella del contratto e della nuova conformazione impressagli dalla normativa europea».

Sono affermazioni solo in parte condivisibili, e cioè soltanto se, come si diceva, ci si riferisce alla «prospettiva dei rimedi» nella sua accezione più radicale, che allude al consolidarsi di una diversa tecnica (giudiziale) di riconoscimento

⁸ A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 705.

⁹ DI MAJO, *op. ult. cit.*, 708.

degli interessi rilevanti. Perché, come si diceva, sembra invece possibile una diversa lettura della dottrina rimediale, che si fermi alla constatazione della sussistenza di talune «figure sintomatiche» presenti nell'esperienza normativa o giurisprudenziale che evidenzerebbero una tendenza alla gestione dei conflitti che si colloca fuori dalle anguste maglie della logica della fattispecie e dei suoi effetti e risulta invece più aderente al principio di effettività delle tutele. In questo senso, non sembra che gli autori che hanno posto maggiormente l'enfasi sulla prospettiva rimediale e, in particolare, sulla metamorfosi del contratto e della tutela contrattuale si siano spinti ad una ricostruzione molto diversa da quella offerta da questa dottrina, tra le ultime a denunciare talune ambiguità della prospettiva dei rimedi.

E ciò deve dirsi soprattutto se si adotta la specola contrattuale, ove cioè si metta da parte la diversa vicenda del torto aquiliano, in cui invece pare difficile non ammettere che si siano registrati momenti che vorremmo definire di «quasi giurificazione» degli interessi per mano del giudice, esito peraltro inevitabile se all'illecito si riconosce una struttura «atipica» e alla disposizione normativa di cui all'art. 2043 c.c. la dignità (non di norma generale ma) di clausola generale. Si potrebbe allora convenire sulla circostanza che il nostro tempo ha conosciuto una «selezione dell'interesse giuridicamente rilevante» *a valle*, il che non significa che sia il giudice a rendere un interesse rilevante per il diritto, ma più banalmente che è il giudice a dover ricercare l'interesse da tutelare, e ciò perché lo stesso non è già individuato da una norma di fattispecie, ma da altra norma¹⁰, quando non si ritenga addirittura di dover attingere ad indicatori non giuridici.

Non v'è dubbio che la «clausola generale» inneschi un fenomeno di «produzione» giurisprudenziale della norma, non contenendo la norma a fattispecie aperta indicazioni sufficienti in ordine agli effetti giuridici che discendono dal verificarsi del fatto ipotizzato, il quale a sua volta non è delineato nei suoi tratti essenziali. Sicché, con la clausola generale il giudizio sulla situazione di fatto, o secondo taluno anche di valore, viene sospeso dal legislatore e rimesso al momento dell'applicazione: e il giudizio attinge a standard interni o secondo taluno (anche) esterni al sistema giuridico, sicché si parla di integrazione o «introflessione» e di eterointegrazione o «estroflessione» della clausola generale¹¹. Non a caso, quando ci si sposta sul versante del danno non patrimoniale, la «tipizzazione» non risolve il problema della risarcibilità del danno, stante la sfuggente distinzione tra danno evento e danno conseguenza, tra lesione dell'interesse e sussistenza del danno: come è noto, la soglia di risarcibilità imposta dalle sezioni unite del 2008 è stata intesa in dottrina e in giurisprudenza come problema di

¹⁰ DI MAJO, *op. ult. cit.*, 716, nt. 26.

¹¹ F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 82, 89, 111.

ingiustizia del danno e talora invece come *de minimis rule* e cioè come zona di franchigia del non risarcibile, pur in presenza di un interesse leso¹².

Possono proporsi alcuni casi «clinici»:

i) La parabola del danno «tanatologico» – danno da perdita della «vita» avvenuta contestualmente al fatto illecito – è certamente emblematica, poiché essa è andata oltre l'interpretazione costituzionalmente orientata del sistema della responsabilità civile, includendo nell'area del «danno ingiusto» e del «danno risarcibile» conseguenze che «non si lasciano ricondurre a interessi giuridicamente tutelati». Se ciò è accaduto è perché la stessa fattispecie della responsabilità aquiliana risulta monca, non completa in tutti i suoi requisiti. La fase ascendente della parabola del danno «tanatologico» esibisce una certa forzatura ed è pertanto emblematica, potremmo dire, di una prospettiva rimediale «radicale», poiché la risarcibilità del danno «tanatologico» trova una qualche giustificazione esclusivamente nella prospettiva della soddisfazione di un «bisogno di tutela», e si colloca invece fuori dalla fattispecie¹³: si è ritenuto risarcibile e trasmissibile *iure hereditario* il danno da perdita della «vita», pur in assenza di un soggetto al quale riferire la perdita. La sentenza n. 1361/2014, quella che innesca la fase ascendente della parabola, è cristallina sul punto, quando afferma che «la perdita della vita non può lasciarsi, invero, priva di tutela (anche) civilistica», poiché «il diritto alla vita è altro e diverso dal diritto alla salute», sicché la sua risarcibilità «costituisce realtà ontologica ed imprescindibile eccezione al principio della risarcibilità dei soli danni conseguenza».

Non può sfuggire, allora, come questa «eccezione» stia, per definizione, fuori dalla fattispecie e che la tutela risarcitoria sia allora un rimedio chiamato a soddisfare un bisogno di tutela e ciò in quanto la regola di fattispecie – costruita sulla sequenza evento lesivo, *conseguenze* materiali e immateriali – non è in grado di comprendere e prevedere la risarcibilità di tale danno perché, come ci ha insegnato Luigi Mengoni con una storica sentenza¹⁴, essa è tributaria del termine (medio) della perdita¹⁵.

Nella nota decisione n. 372/1994 della Corte costituzionale redatta da Men-

¹² Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 c.c. e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009, spec. 599. Per una sintesi del dibattito sul senso da attribuire ai concetti di “gravità dell’offesa” e di “serietà del danno” vedi di recente V. CECCARELLI, *La soglia di risarcibilità del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali*, in *Danno e resp.*, 2015, 344, cui si rinvia anche per la letteratura citata.

¹³ Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, Est. Scarano, e Cass., ord. 4 marzo 2014, n. 5056, Est. Travaglino.

¹⁴ Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372.

¹⁵ DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, cit., 720.

goni, si erano esclusi profili di illegittimità costituzionale dell'art. 2043 c.c., proprio in relazione al c.d. «danno biologico da morte», «in dipendenza del limite *strutturale* della responsabilità civile, nella quale sia l'oggetto del risarcimento che la liquidazione del danno devono riferirsi non alla lesione per se stessa, ma alle *conseguenti perdite* a carico della persona offesa». In questo senso, la fase discendente della parabola del danno tanatologico¹⁶ segna un ritorno alla fattispecie, che predica la sussistenza di un danno conseguenza e, soprattutto, di un soggetto che ambisca alla compensazione dello stesso. È il ripudio di una logica rimediale spinta o radicale, che non si pone soltanto oltre la fattispecie, ma «contro» la fattispecie¹⁷.

ii) Una parabola, quella del danno tanatologico, che sembra replicare quella, pressoché coeva, del «danno da vita indesiderata»: tale figura di danno è reclamata dai genitori nei casi di malformazioni o patologie genetiche del feto, quando cioè non è possibile invocare una responsabilità medica per danno alla salute del concepito, in quanto la patologia non è conseguenza di un inadempimento, ma congenita, e tuttavia quest'ultima non è stata rilevata dal medico, sicché si apre la via della contestazione di tale circostanza come inadempimento dell'obbligo di perita diagnosi e del conseguente obbligo di informazione sull'esistenza della patologia o della malformazione. Anche in questa vicenda la giurisprudenza ha dapprima intrapreso un processo ascendente di riconoscimento del danno, salvo poi pervenire ad un fermo ripensamento.

In fase ascendente, nell'affermazione cioè della risarcibilità dello stesso, la giurisprudenza ha di fatto calpestato «gli elementi strutturali della responsabilità civile, addossando il risarcimento a quel soggetto alla cui condotta possa essere mossa una qualche censura solo perché risulta il più prossimo all'evento di cui ci si lamenta, anche se questi non l'abbia poi concretamente provocato e anche se sia, peraltro, ampiamente legittimo dubitare che tale evento sgradito integri gli estremi di un danno»¹⁸. Anche qui, dunque, si assiste al ripudio di una logica rimediale radicale, che pretende di rispondere ad un bisogno di tutela in

¹⁶ Delineata da Cass. s.u. 22 luglio 2015, n. 15350, Rel. Salmé, in *Dir. civ. cont.*, 16 settembre 2015, con nota di S. CAVASSA, *Le sezioni unite confermano la non risarcibilità del danno subito dalla vittima in conseguenza della morte: un ritorno al passato*.

¹⁷ Nello stesso senso mi pare si orientino E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale iure hereditario. Spunti per una riflessione critica*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, spec. 729 e E. NAVARRETTA, *La «vera» giustizia e il «giusto» responso delle sezioni unite sul danno tanatologico iure hereditario*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1423, la quale non condivide l'idea che possa porsi un'eccezione alla regola in ragione di un principio, poiché si tratterebbe di un'autentica disapplicazione della regola.

¹⁸ Così F. PIRAINO, «*Nomina sunt consequentia rerum*» anche nella controversia sul danno al concepito per malformazioni genetiche. Il punto dopo le Sezioni unite 22 dicembre 2015 n. 25767, in *Dir. civ. cont.*, 6 gennaio 2016, a commento di Cass. 23 febbraio 2015, n. 3569, che segna invece la fase discendente della parabola.

realtà «adespota», così ponendosi non soltanto «oltre» ma «contro» la fattispecie ed i suoi requisiti (condotta, nesso di causalità, elemento soggettivo, danno).

iii) Se negli esempi precedenti la giurisprudenza ha mostrato di voler andar oltre la fattispecie della responsabilità aquiliana, finendo per porsi arbitrariamente «contro» la stessa, una cifra diversa assume la questione della risarcibilità del danno in caso di violazione di opa obbligatoria: qui la vicenda è *già* oltre la fattispecie monca della responsabilità civile, poiché non attiene ai suoi requisiti (condotta, elemento soggettivo, nesso di causalità, danno), ma invece si annida interamente nello spazio lasciato aperto dalla clausola generale della «ingiustizia» del danno. Di talché qui la giurisprudenza non si pone «contro» la fattispecie, per la banale considerazione che si muove oltre la stessa, con la quale non può dunque scontrarsi. Comunque la si intenda, introflessa o estroflessa, la clausola generale («ingiustizia» del danno) è priva di fattispecie, sicché la questione è ontologicamente rimediale, quale che sia la soluzione che alla stessa si voglia dare. Attiene dunque alla sussistenza più o meno marcata di un'esigenza o bisogno di tutela che l'ordinamento sarebbe chiamato a soddisfare. Ma la soluzione rimediale, la risposta al bisogno di tutela, non mette in discussione alcuno dei requisiti della fattispecie della responsabilità civile.

Qui peraltro occorre segnalare che il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, forse non a caso se si pensa alla circostanza che ci spostiamo sul versante patrimoniale, sembra aver inteso l'ingiustizia del danno in termini di valvola di apertura ad elementi (esterni alla fattispecie ma comunque) interni all'ordinamento. Il punto è infatti se la norma che impone l'obbligo di opa tuteli anche gli azionisti di minoranza, che avrebbero dunque accesso alla tutela risarcitoria per l'alterazione subita dal valore delle partecipazioni possedute. Nell'ultimo ventennio la giurisprudenza di merito, in più occasioni, ha riconosciuto all'azionista la titolarità di un «diritto» alla proposizione dell'offerta, e dunque una responsabilità per inadempimento a carico di chi abbia acquistato la partecipazione senza poi procedere all'offerta. Un interesse talora declinato in termini di diritto correlato ad un'obbligazione che troverebbe la propria fonte in un fatto – l'acquisto del controllo – ritenuto idoneo dall'ordinamento *ex art. 1173 c.c.*¹⁹; altre volte in termini di interesse giuridicamente rilevante che, al più, può trovare tutela nel rimedio aquiliano²⁰. Nel dibattito degli interpreti sembra ormai prevalere l'idea che l'azionista di minoranza abbia un interesse giuridicamente rilevante che

¹⁹ L. ENRIQUES, *Mercato del controllo societario e tutela degli investitori (La disciplina dell'OPA obbligatoria)*, Bologna, 2002, 237; G. ROMAGNOLI, *Diritti dell'investitore e diritti dell'azionista nell'OPA obbligatoria*, Padova, 2005, 98; A. TUCCI, *La violazione dell'obbligo di offerta pubblica di acquisto. Rimedi e tutele*, Milano, 2008, 105.

²⁰ G. GUIZZI, *Noterelle in tema di OPA obbligatoria, violazione dell'obbligo di offerta e interessi protetti*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, 260.

aspira ad essere tutelato tutte le volte in cui lo scalatore viola l'obbligo di lanciare l'offerta pubblica di acquisto.

Questa tesi è stata accolta in giurisprudenza e sembra peraltro ormai accreditarsi l'idea che la responsabilità in questione origini dal «contatto sociale»: il superamento della soglia partecipativa del 30% costituisce cioè un fatto idoneo *ex art. 1173 c.c.* da cui scaturisce l'obbligazione nei confronti dei soci di minoranza di lanciare l'offerta pubblica di acquisto.

Si tratta dunque di una vicenda in cui, in un primo tempo, la giurisprudenza ha ritenuto che l'azionista non fosse titolare di alcun interesse tutelabile, in quanto la normativa sull'opa avrebbe avuto la funzione di tutelare il mercato e non singole posizioni individuali. Più di recente, invece, la giurisprudenza, accogliendo talune ricostruzioni proposte in dottrina, ha considerato giuridicamente rilevante l'interesse del singolo azionista, ritenendo peraltro che lo stesso possa trovare tutela non già *ex art. 2043 c.c.*, ma *ex art. 1218 c.c.*, in ragione di un «contatto sociale qualificato» generante affidamento nei singoli azionisti, e conseguentemente fonte di un obbligo di protezione per l'operatività della regola della buona fede. Inutile dire che, impostata in termini di responsabilità contrattuale per violazione di un obbligo, la questione della ingiustizia del danno cade, poiché *ex art. 1218 c.c.* è risarcibile anche il danno meramente patrimoniale.

La Suprema Corte, ancora di recente, ha ribadito che «essendo l'offerta pubblica di acquisto (...) finalizzata sia alla realizzazione di finalità pubblicistiche inerenti al buon funzionamento del mercato finanziario, sia – ed in via immediata e diretta – al soddisfacimento di un interesse facente capo ai soci di minoranza, è evidente che la sua finalizzazione alla realizzazione di interessi particolari di soggetti determinati, ne mette in luce la sua natura di vero e proprio obbligo giuridico»²¹. L'interesse del socio di minoranza è dunque giuridicamente rilevante e semmai la questione è se la sua lesione costituisca illecito aquiliano ovvero violazione di un'obbligazione²².

«Ebbene, è evidente che», continua la Suprema Corte, «presupponendo, in qualsiasi rapporto obbligatorio, l'imposizione di un obbligo la sussistenza di una contrapposta situazione soggettiva attiva dell'altro soggetto – qualora sia inadempito l'obbligo suindicato, ovvero sia di offerta pubblica di acquisto totalitaria, ai sensi dell'art. 106 del d.lgs. n. 58/1998, gravante a carico dell'acquirente del pacchetto azionario che superi la soglia del 30 per cento, viene ad essere leso il diritto degli azionisti di minoranza all'*exit* ed alla partecipazione al c.d. premio di controllo, cui l'offerta di acquisto avrebbe dovuto essere rivolta».

²¹ Cass. 13 ottobre 2015, n. 20560, in *Dir. civ. cont.*, 22 novembre 2015.

²² C. CASTRONOVO, *Patologie contrattuali invalidità e risarcimento*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. BELLAVISTA e A. PLAIA, Milano, 2011, 52.

Ancora: «A fronte della lesione di tale posizione soggettiva non può, pertanto, che insorgere – secondo le ordinarie regole civilistiche – l'ulteriore diritto soggettivo al risarcimento del danno patrimoniale “a titolo contrattuale” (o “ex lege”), ove i soci di minoranza dimostrino di avere perso una possibilità di guadagno a causa della mancata promozione dell'offerta».

«Orbene, quanto alla qualificazione giuridica della responsabilità dello scalatore, in caso di lesione di detto diritto soggettivo, deve rilevarsi che la giurisprudenza ammette ormai pacificamente che tra i fatti idonei a generare un'obbligazione vanno annoverate tutte le situazioni che, a vario titolo e in ragione dell'instaurarsi di un “contatto qualificato” tra più soggetti, creano un affidamento di uno di essi nell'altrui condotta (...) Ed è chiaro che l'instaurarsi, a monte dell'illecito, di una relazione tra i due soggetti, dalla quale consegue per uno di essi “l'obbligo di protezione” dell'interesse dell'altro, attrae la fattispecie risarcitoria, che insorge in conseguenza della lesione, nell'orbita della responsabilità contrattuale, e non certo di quella aquiliana (...). Il contesto sistematico e giurisprudenziale consente di affermare l'esistenza, in caso di scalata di una società, di un affidamento del socio di minoranza all'esercizio del diritto di *exit* e contestuale realizzo del c.d. premio di controllo, tramite l'adesione all'offerta pubblica obbligatoria che lo scalatore è tenuto a lanciare, al ricorrere dei presupposti dell'art. 106 del d.lgs. n. 58 del 1998. Ne consegue che il superamento della soglia partecipativa del 30% costituisce un fatto idoneo, rilevante *ex art.* 1173 c.c., da cui scaturisce l'obbligazione, a carico dello scalatore – nei confronti di soggetti determinati, appunto i soci di minoranza – di lanciare l'offerta pubblica di acquisto. L'eventuale sua condotta omissiva assume quindi rilevanza ai fini risarcitori *ex art.* 1218 c.c., con le conseguenti ricadute soprattutto sul piano dell'onere della prova (presunzione di responsabilità) e della prescrizione (decennale)»²³.

iv) Il problema del risarcimento in favore di chiunque subisca danno, e cioè del consumatore finale, in conseguenza della violazione della disciplina antitrust risolto positivamente in giurisprudenza a partire da una nota decisione delle Se-

²³ Nella prima decisione sul tema (Cass. 10 agosto 2012, n. 14400, Rel. Rodorf), la Suprema Corte aveva sostanzialmente accolto la tesi della responsabilità contrattuale da «contatto sociale», ma ciò al fine di affermare la natura contrattuale, e non invece precontrattuale, della responsabilità per violazione di opa (tesi quest'ultima sostenuta da una parte della dottrina e della giurisprudenza). Poiché però la responsabilità da «contatto sociale» altro non è che una generalizzazione della responsabilità precontrattuale *ex art.* 1337 c.c., ove si rinviene l'unico caso codicistico di «contatto sociale qualificato», la questione che si pone per il risarcimento da violazione di opa non dovrebbe impostarsi in termini di contrapposizione tra responsabilità contrattuale *ex art.* 1218 c.c. e responsabilità precontrattuale, ma semmai tra la prima e la responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c., tanto più che ormai la Cassazione riconosce la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale: Cass. 29 agosto 2011, n. 17716.

zioni Unite²⁴. Oggi la questione della rilevanza giuridica dell'interesse del consumatore finale, e dunque dell'ingiustizia del danno *ex art. 2043 c.c.*, sembra risolta e assorbita nella disciplina europea del risarcimento del danno antitrust²⁵, ma è nota la polemica che ha visto contrapporsi chi ritiene che «il pur indubbio rilevare di un costo aggiuntivo in capo al consumatore finale non può peraltro sottacere che la disciplina di cui è parola è dichiaratamente rivolta alla concorrenza, che come tale è categoria dell'impresa»²⁶. E chi invece ha sostenuto che le intese restrittive della concorrenza sono atti illeciti e costituiscono pertanto fatti produttivi di danno risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c., e che fra i titolari del diritto al risarcimento vi sono anche i consumatori finali²⁷.

A differenza di quanto accaduto nelle prime due vicende del danno tanatologico e del danno da vita indesiderata, in cui la giurisprudenza ha mostrato di voler andar oltre la fattispecie della responsabilità aquiliana, finendo per porsi arbitrariamente «contro» la stessa (e i suoi requisiti), qui, come nella ipotesi del danno da violazione dell'obbligo di opa, l'interprete si muove *già* oltre la fattispecie monca della responsabilità civile, poiché non si tratta di verificare la sussistenza di uno dei suoi requisiti (condotta, elemento soggettivo, nesso di causalità, danno), e siamo dunque nello spazio lasciato aperto dalla clausola generale della ingiustizia del danno: e può allora affermarsi che la questione è anche qui rimediale, attiene cioè alla sussistenza – più o meno evidente, segnalata da indicatori interni o esterni al sistema giuridico – di un'esigenza o bisogno di tutela che l'ordinamento sarebbe chiamato a soddisfare, ma non si pone con modalità radicali, tali cioè da scontrarsi con la fattispecie.

Nel caso dell'opa si trattava di verificare se la relativa disciplina tuteli anche l'azionista di minoranza, qui se la disciplina antitrust sia stata codificata anche a tutela del consumatore. Il problema è dunque se esista una norma che dia giuridica rilevanza alla posizione del socio di minoranza o del consumatore, il che implica che le opinioni che si confrontano concordano comunque sulla necessità che una norma vada comunque ricercata (salvo poi ritenere che la stessa esista o non esista): il giudice è chiamato dunque ad una selezione dell'interesse reso rilevante comunque da una norma, ancorché da una norma esterna alla fat-

²⁴ Cass. s.u. 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 435, con nota di C. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*; seguita da Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, Cass. 22 maggio 2013, n. 12551 e Cass. 28 maggio 2014, n. 11904, in *Foro it.*, 2014, 1729.

²⁵ G. VILLA, *La Direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, 301; R. RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità nazionale della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Società*, 2014, 784.

²⁶ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 178.

²⁷ M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno e resp.*, 2005, 237.

tispecie monca della responsabilità civile. Se i primi due casi clinici presentati (danno tanatologico e danno da vita indesiderata) ruotano intorno alla sussistenza di requisiti di fattispecie, e cioè alla sussistenza del danno o del nesso di causalità, gli ultimi due esempi (violazione di opa e danno antitrust), entrambi peraltro relativi ad un danno patrimoniale, pongono invece una questione che fuoriesce dalla fattispecie senza tuttavia porsi contro la stessa (e sembrano peraltro intendere l'ingiustizia del danno in termini di valvola di apertura ad elementi esterni alla fattispecie ma comunque interni all'ordinamento).

Come dimostrano questi esempi, la prospettiva del contratto e dell'autonomia privata, ove pure si registrano importanti mutamenti di paradigma per il civilista, non si rivela forse la più adatta per testare l'esistenza di una certa «prospettiva rimediale», che talora assume anche un'intensità radicale, poiché si spinge a ritenere l'esigenza della soddisfazione di un bisogno di tutela pur in presenza di un'indicazione normativa di fattispecie di segno contrario, in assenza cioè di un requisito di fattispecie richiesto dal sistema (nesso di causalità, danno).

Occorre infine intendersi su taluni passaggi un po' opachi della dottrina rimediale, almeno per come essa viene talvolta, anche autorevolmente, predicata: e cioè, ad esempio, su cosa significhi esattamente che la discrezionalità dell'interprete non può esercitarsi sul valore o sull'interesse da soddisfare ma sulla «comparazione tra gli interessi in conflitto» e «sul rimedio da applicare»²⁸. O ancora, assecondando alcune più recenti riflessioni, sul senso e sull'opportunità del sovrapporre due questioni, quella del bilanciamento degli interessi e quella del conflitto tra l'interesse del danneggiante e quello del danneggiato, ancorché si sia sostenuto che quest'ultima invero può concretamente porsi ove il conflitto aquiliano si presenti come «incompatibilità occasionale», sicché una situazione di ordinaria compatibilità tra la sfera dell'interferito e quella dell'interferente, oggetto di permessi diviene occasionalmente incompatibile.²⁹ Si tratta tuttavia di questioni e rilievi la cui incidenza su quanto sin qui detto in merito alla prospettiva rimediale appare dubbia e comunque non ancora adeguatamente esplorata.

²⁸ DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, cit., 705, ma anche VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, cit., 805, nt. 71; sembra utile però riflettere sulla effettiva fungibilità di taluni rimedi, anche dalla specola processuale: cfr. D. FREDA, *Il concorso di responsabilità contrattuale e aquiliana*, Padova, 2013.

²⁹ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 165; *contra* PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, 82, 89, 111 e N. RIZZO, *Giudizi di valore e «giudizi di ingiustizia»*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 296.

3. *Il perno critico su cui ruotano le due vicende della «prospettiva rimediale» e della «giurisprudenza per principi». Il problema dell'abuso del principio di effettività*

Occorre allora intendersi. Anche se, come si è notato, il risultato è un diritto civile sovente senza fattispecie, e un interprete che sempre meno ricorre alla sussunzione, e cioè un diritto «incalcolabile»³⁰ che sin qui risiedeva soltanto nelle clausole generali del codice del 1942, la tutela della situazione soggettiva attribuita è comunque un *posterius*, in questo senso la prospettiva rimane quella chiovendiana, e siamo ancora sul solco del «proprio quello e tutto quello», nonché sui binari della valenza «esornativa» della disciplina dell'azione, che rimane «generalizzata», specie se si guarda alla tutela di condanna e di accertamento³¹.

Certo, al contempo si assiste al venir meno di un «passaggio» e a decisioni giudiziarie che attingono direttamente alla Costituzione e ai suoi valori, senza il tramite della legge ordinaria e della sue categorie ma, appunto, dalla prospettiva delle forme e tecniche di tutela, l'appassimento, la perdita di turgore delle categorie normative civilistiche si coglie, essenzialmente, e si tratta di questione non trascurabile, nella vicenda del «principio di effettività», inteso non più nell'accezione tradizionale, come mera attuazione di tutti gli interessi giuridicamente rilevanti *ex art. 24 Cost.*, ma come garanzia di una tutela che, avendo come sfondo «valori assiologicamente primari», possa prescindere dalla mediazione dell'iniziativa legislativa.

Sembra questo, in definitiva, l'esito cui conduce una disinvolta applicazione diretta delle norme costituzionali, e probabilmente è proprio questo il perno critico su cui ruotano e si incontrano le due vicende: quella appena descritta della c.d. «prospettiva rimediale» e quella della c.d. «giurisprudenza per principi», se con tale espressione vogliamo indicare quanto accade quando il giudice applica il principio o valore costituzionale «senza la mediazioni di leggi ordinarie»³², quando la giurisdizione cioè si mette in «presa diretta» con la Costituzione e con le norme costituzionali, che sono, lo ribadiamo, «norme» senza fattispecie, con questo identificandosi con i principi.

Una giurisprudenza che diviene filtro tra il fatto e il valore costituzionale e ritiene di poter qualificare come «ingiusto» un danno, o come invalido un atto di autonomia privata, si tratti della singola clausola che prevede la caparra confir-

³⁰ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11.

³¹ Con talune eccezioni per la sola tutela costitutiva, almeno nel processo civile: cfr. art. 2377 c.c. e S. PAGLIANTINI, *Nuovi profili del diritto dei contratti*, Torino, 2014, 246.

³² Ma vedi VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, cit., 813, secondo il quale: «Occorre prendere atto della storicità del valore della certezza e affrontare i problemi di un diritto nuovo e diverso».

matoria³³; della qualificazione in termini di abusività dell'esercizio del diritto di recesso³⁴, del diritto alla risoluzione del contratto di locazione³⁵ o della vendita di comodo dell'azienda in frode ai creditori³⁶; o ancora, della possibilità che la clausola penale possa essere ridotta equitativamente dal giudice anche d'ufficio³⁷ o, infine, di valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti con un contratto atipico³⁸.

Come è noto, nel caso della caparra confirmatoria il giudice costituzionale ritiene la solidarietà "fonte" diretta di un'invalidità della clausola (peraltro) sino al limite ritenuto nel caso concreto dal giudice, con conseguente creazione di un nuovo parametro, quello di "valutazione di equità contrattuale", e di un'inedita forma di nullità rimediata rimessa all'apprezzamento del giudice³⁹. Nella vicenda dell'abuso del diritto, invece, la Suprema Corte perviene ad un giudizio di abusività dell'esercizio del diritto di recesso in ragione di una contrarietà a buona fede della condotta del contraente; e tuttavia il recesso è considerato abusivo per il semplice fatto di essere esercitato, sicché, come è stato autorevolmente notato, «il vero oggetto della valutazione di abusività è la clausola che prevede il recesso, non l'esercizio di esso»⁴⁰. D'altro canto, l'abuso del diritto è categoria dell'atto, fonte di invalidità dell'atto di autonomia privata, mentre la buona fede è categoria del rapporto e fonte di responsabilità⁴¹. La Cassazione non sceglie e sovrappone corrvamente le due categorie, pervenendo peraltro ad un giudizio di responsabilità, con ciò rendendo il ricorso alla categoria dell'abuso del diritto, oltre che improprio, anche superfluo.

³³ Corte cost. 24 ottobre 2013, n. 248 e 2 aprile 2014 n. 77, Rel. Morelli. E vedi, non a caso, già M. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 3.

³⁴ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, Rel. Urban.

³⁵ Cass. 31 maggio 2010, n. 13208, in *Giur. it.*, 2011, 795.

³⁶ Trib. Reggio Emilia 16 giugno 2015, in *Dir. civ. cont.*, 9 settembre 2015.

³⁷ Cass. s.u. 13 settembre 2005, n. 18128, Rel. Lo Piano; Cass. 24 settembre 1999, n. 10511, Rel. Morelli.

³⁸ Cass. 1 aprile 2011, n. 7557, in *Giur. it.*, 2012, 543, ma anche la giurisprudenza e, più in generale, il dibattito in tema di derivati, che oscilla tra causa lecita, ma non meritevole di effetto, assenza di causa, e causa sussistente, ma *in concreto* illecita: in questo senso almeno buona parte della giurisprudenza sui derivati, quella che sovente ricorre alla causa in concreto, è una giurisprudenza che decide per valori: osserva che, al netto dello sviante riferimento alla causa in concreto, questa giurisprudenza ha il pregio di togliere alla meritevolezza la patina di un pleonismo retorico S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 407, 412.

³⁹ R. PARDOLESI, *Un nuovo Super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, I, 2039.

⁴⁰ CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 108.

⁴¹ *Ibidem*.

Nel caso deciso qualche anno più tardi, si ritiene abusivo l'esercizio del diritto alla risoluzione per inadempimento di un contratto di locazione. La vicenda è meno nota e conviene sintetizzarla: un comune siciliano, locatore di un immobile con annessa zona termale, intimava lo sfratto per morosità alla società alberghiera conduttrice del complesso; la società eccepiva l'estinzione della pretesa per compensazione con il maggior credito ad essa spettante per lavori eseguiti sul bene. La Suprema Corte ritiene inoperante, sul terreno della compensazione, l'esistenza del credito, ma considera quest'ultima rilevante sul piano dei doveri di correttezza e di buona fede; e conclude nel senso che abusa della pretesa il locatore che si avvale dell'inadempimento del conduttore circa l'obbligazione di pagare i canoni e chiede la risoluzione del contratto facendo leva sulla gravità dell'inadempienza, mentre dispone di altri strumenti per realizzare agevolmente l'aspettativa creditoria. In sostanza, nell'ipotesi considerata, ben poteva il creditore imputare al credito insoddisfatto il debito che su lui gravava e che traeva origine da una diversa fonte (nella specie, il credito nato dal compimento di lavori eseguiti sulla base di un accordo autonomo e distinto dal rapporto locativo).

Si potrebbe continuare, ma ci si limita a ricordare cose ormai molto note, e cioè che anche la regola della riducibilità d'ufficio della clausola penale si alimenta di un richiamo alla solidarietà costituzionale, questa volta non applicata direttamente, ma alla stregua di una ermeneutica costituzionalmente orientata della legge ordinaria. E che alla stampella delle norme costituzionali si ricorre anche per testare l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali e valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti con un contratto atipico di locazione: e così, come si legge nella sentenza citata, lo «squilibrio contrattuale inaccettabile» viene ritenuto «contrastante con i parametri costituzionali». Nell'ottica della «causa in concreto», si dice, «il controllo del giudice non è più solo un controllo di conformità del negozio con lo schema legale ma è rivolto a verificare che l'autonomia negoziale delle parti non sia in contrasto con i principi dell'ordinamento».

L'esito è forse quello paventato dalla dottrina processualcivilistica che ha ritenuto pericoloso il principio chiovendiano del «tutto quello e proprio quello»⁴², ancorché altra dottrina ha considerato lo stesso rischio «inevitabile» e non ha mancato di sottolineare che «le disposizioni dalle quali si trae l'esistenza del diritto soggettivo saranno caratterizzate da un alto o bassissimo tasso di determinatezza», ma una volta «enucleata l'esistenza di un diritto soggettivo (...) la sua giustiziabilità costituisce un corollario necessario»⁴³.

Restituata una nuova e diversa dimensione alla questione dei “rimedi” e deli-

⁴² G. VERDE, *Profili del processo civile*, I, Parte generale, Napoli, 2002, 134.

⁴³ R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, 11.

neata una possibile zona di interferenza tra la stessa vicenda e quella della c.d. «giurisprudenza per principi», una prospettiva d'indagine circoscritta ai rapporti tra privati appare a questo punto asfittica e riduttiva e si impone un discorso più ampio. Si è visto infatti che il diritto privato oggi soffre di dinamiche innescate da un uso ambiguo delle norme costituzionali e sovranazionali – che, a rigore, avrebbero come destinatari il potere e la sua limitazione e non l'interesse o l'atto privato e la sua conformazione; e che, sul piano delle forme e tecniche di tutela, ciò si traduce in una sorta di rifugio nel “principio di effettività”⁴⁴; evidente il rischio di una giurificazione giudiziale degli interessi, a questo punto non soltanto sul versante del torto aquiliano, in ragione di una proliferazione di giudizi di invalidità per contrarietà a norme imperative con bassissimo tasso di determinatezza (norme costituzionali).

L'ambiguità esibita dal (ricorso al) principio di effettività spinge ad un'ulteriore considerazione. Non può infatti sfuggire che, al contempo, il diritto pubblico conosce un processo non dissimile, in cui il controllo del pubblico potere non transita più necessariamente (soltanto) per la caducazione dell'atto amministrativo, registrandosi un arretramento della tutela costitutiva (qui generalizzata) a tutto vantaggio di quella risarcitoria, ancora una volta in attuazione, si dice, del “principio di effettività” (ora tra l'altro codificato nel Codice del processo amministrativo, all'art. 1).

Una perdita di centralità nel processo amministrativo della tutela demolitoria e costitutiva (annullamento dell'atto illegittimo) a favore di una tutela tipicamente “privatistica” come quella risarcitoria⁴⁵: una tendenza che ha trovato il suo esito ultimo addirittura nel ricorso alla tutela satisfattiva e cioè nella possibilità che la pubblica amministrazione possa essere condannata all'adempimento, quasi che sulla stessa possa gravare, esaurito ogni momento di discrezionalità, un'autentica obbligazione civilistica avente ad oggetto l'emaneazione di un provvedimento favorevole per il soddisfacimento di un interesse legittimo di tipo pretensivo, possibilità prima ammessa dalla giurisprudenza amministrativa⁴⁶ e ora esplicitamente anche dal c.p.a. (art. 34)⁴⁷.

La sensazione è che si sia andati ben oltre la “costituzionalizzazione” del principio chiovendiano di atipicità dell'azione, la quale soltanto predicava che l'attribuzione al singolo di una situazione giuridica soggettiva reca con sé la possibilità di far valere in giudizio il diritto soggettivo o l'interesse legittimo, anche

⁴⁴ CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 54.

⁴⁵ Ma v. PAGLIANTINI, *Nuovi profili del diritto dei contratti*, cit., 243.

⁴⁶ Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.

⁴⁷ Solo per fare un esempio, si è ritenuto che la p.a. che abbia occupato “*sine titulo*” un fondo, trasformandolo in modo irreversibile, possa essere condannata all'adozione di un provvedimento di acquisizione sanante ex art. 42-bis TU sull'espropriazione: TAR Puglia 13 aprile 2012.

se le norme attributive «nulla dispongono (e il più delle volte nulla dispongono) sulla tutela giurisdizionale»⁴⁸.

In definitiva, atipicità dell'azione significa che le azioni esperibili non sono individuate sulla base delle disposizioni processuali che le disciplinano, la cui valenza è dunque esornativa, ma delle disposizioni di diritto sostanziale che attribuiscono rilevanza giuridica ad un interesse. Ma il principio di atipicità dell'azione (e la sua costituzionalizzazione) non implica che la discrezionalità del giudice che attinge ad una forma o tecnica di tutela, anche in assenza di una specifica indicazione della disciplina processuale, non incontri comunque un limite invalicabile nella consistenza stessa della situazione giuridica soggettiva posta a protezione dell'interesse sostanziale. Emerge, dunque, anche nel diritto pubblico, un'eccessiva enfattizzazione del principio di effettività – di cui si aveva sentore già con la discutibile importazione nel processo amministrativo della tecnica della reintegrazione in forma specifica – e un fraintendimento della stessa “atipicità” della tutela, da cui non dovrebbe poter scaturire un congegno rimediabile – come quello della condanna all'adempimento – che mal si acconcia alla situazione giuridica soggettiva da tutelare (interesse legittimo pretensivo).

In definitiva, la spiccata tensione verso l'effettività del codice del processo amministrativo si traduce nella previsione di forme e tecniche di tutela di importazione non adeguate alla piena soddisfazione dell'interesse sostanziale correlato all'interesse legittimo (pretensivo). Così facendo, tra l'altro, si offre al privato un inedito controllo conformativo dell'esercizio del pubblico potere, sino al limite di una tutela che, replicando la vaghezza del principio costituzionale da cui origina, si traduce, come è stato rilevato, seppur dalla prospettiva privatistica, in una tutela *sans façon* degli interessi⁴⁹. L'esito del processo sin qui descritto è paradossale quando si arriva a scomodare l'Adunanza Plenaria per mettere da parte l'idea che il giudice amministrativo – a tutela di posizioni ormai consolidate – possa d'ufficio decidere di non annullare un atto illegittimo, ripiegando su una tutela meramente risarcitoria⁵⁰.

⁴⁸ A. PROTO PISANI, *Introduzione sull'atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, 3.

⁴⁹ CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 54

⁵⁰ Cons. Stato, ad. plen., 15 aprile 2015 n. 4, Est. De Felice, che decide nel merito la controversia alla stessa rimessa con ordinanza 22 gennaio 2015, n. 284, Est. Rocco.

FORZA NORMATIVA DELLA DESCRIZIONE

di *Mauro Orlandi*

SOMMARIO: 1. Fatto e caso. – 2. *Segue*. Intorno alla rilevanza. – 3. Concetto analitico di fonte. – 4. Pre-scrivere e de-scrivere. – 5. *Segue*. Priorità logica della descrizione. – 6. Significato testuale e significato contestuale. – 7. Ontologia giuridica. Norme e principi. – 8. *Segue*. Rilevanza ermeneutica dei principi. Un caso.

1. *Fatto e caso*

La parola “fatto” rischia di apparire al giurista distratto come falso sinonimo di caso.

Lo studioso torna sempre e nuovamente sulla forza dei concetti elementari, capaci di toccare il fondamento primo senza salti logici. «Noi continuiamo (...) a supporre che tutti sappiano cosa fatto vuol dire; e tiriamo avanti. Anch'io mi sono comportato per lungo tempo così. Ad un tratto mi sono accorto come sia sorprendente questo modo di fare, che vuol dire, presso a poco, costruire la scienza sull'ignoranza; per combinazione, era proprio il concetto di fatto, del quale avevo bisogno»¹. Carnelutti offre questa definizione: «fare è l'espressione attiva del divenire, si dice fatto per denotare qualcosa che si fa e pertanto diviene. La nozione del fatto è, come quella dell'oggetto, relativa in quanto dipende dai limiti dell'osservazione: un fatto è, ad esempio, il nascere o il morire come la vita intera, il volo di una farfalla come il rotare della terra intorno al sole. Inoltre la nozione di fatto è arbitraria, in quanto dipende non solo dai limiti che l'osservatore deve, ma da quelli altresì che vuole imporre alla sua osservazione»².

Illusorio è sceverare accadimento naturale e accadimento pensato. «Il fatto trascelto è il fatto rilevante per l'umano interesse, che sospinge a conoscere il passato: in breve è il fatto storico. La storicità non è una nota obiettiva del fatto: “un fatto è storico in quanto è pensato”, cioè in quanto risponde ad un bisogno

¹ F. CARNELUTTI, *Introduzione allo studio del diritto*, Roma, 1943, 9.

² *Ibidem*, 23-24.

attuale e chiede di essere ricostruito e compreso»³. Non ha senso concepire la storicità come qualità intrinseca, giacché il fatto giuridico non è che un fatto rilevante, cioè un fatto elaborato dal pensiero: «i fatti non pensati non si collocano – come specie del medesimo genere – accanto ai fatti pensati: il fatto non pensato è un nulla. Il fatto è sempre fatto rilevante: rilevante per il pensiero che interpreta e sistema la realtà (...) Non vi sono due ordini di fatti (fatti rilevanti e fatti irrilevanti; fatti trascurabili e fatti non trascurabili), poiché il fatto non può uscire dal pensiero, se non a rischio di smarrirsi e di annullarsi»⁴.

“Caso” è un fatto guardato con gli occhi di una norma⁵. Esso si edifica a fatto rilevante, ossia pensato e scelto attraverso l’applicazione di uno schema ideale.

2. Segue. *Intorno alla rilevanza*

La condotta umana è descritta secondo un *modo*, sicché nel linguaggio corrente il debitore *deve* fare o dare alcunché. “Avere un obbligo” assume carattere metaforico (una immagine del possedere), convertendosi a rigore in un “essere nell’obbligo”⁶, ossia essere destinatari di uno schema, in forza del quale vagliare la condotta futura.

«Il legislatore – si avverte – non trae caratteri dalla natura o dalla storia, né si riferisce a canoni sociali, ma delinea il concetto di un possibile giuridico»⁷. Si

³ N. IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, 55 ss., ora in *Norme e fatti*, Milano, 1984, 4.

⁴ IRTI, *op. ult. cit.*, 5. Sia consentito di rammentare un luogo assai significativo dell’idealismo Crociano: «quanto lungi navighiamo nel gran mare dell’essere, non usciamo mai dal ben definito mare del pensiero», B. CROCE, *Teoria e storia della storiografia*⁷, Bari, 1954, 99-106 (*La scelta e il periodizzamento*), spec. 99. Croce risolve ed identifica il criterio con la scelta degli eventi. «Scelta, che è perciò condotta bensì con intelligenza, ma non già con l’applicare un filosofico criterio, e si giustifica solo in sé e da sé medesima» (100-101).

⁵ La relatività del reale, l’insignificanza delle cose in sé, sono concetti su cui confluisce l’attenzione degli studiosi più sensibili. Da meditare le parole tratte da un recente contributo: «La realtà non è data ma creata dalla nostra mente, la verità è irraggiungibile da noi umani ma la corrispondenza tra idea e realtà naturale ci offre la possibilità d’appropriarci di parte della realtà naturale ricreandola in un’isomorfia intellettuale; per noi uomini rimane realtà quello che noi nel nostro procedimento intellettuale abbiamo creato ad adeguamento del dato sensoriale, mentre la realtà naturale in sé rimane inaccessibile; ma la nostra idea parteciperà della stessa essenza della realtà sensibile»: così F. ROMEO, *Analogia, per un concetto relazionale di verità nel diritto*, Padova, 1990, 86-87. L’autore commenta e spiega, in questi termini, la lezione di Platone, recata dal *Fedone*, trad. it. di M. Valgimigli, Bari, 1966, 96a-102a.

⁶ «L’espressione “Tizio ha l’obbligo di consegnare a Caio la cosa venduta” si rivela ellittica e deviante; essa va risolta in ciò: che, in un dato tempo futuro, la consegna della cosa (...) sarà oggetto di una valutazione di conformità al diritto»: IRTI, *Sul concetto di titolarità (persona fisica ed obbligo giuridico)*, in *Norme e fatti*, cit., 81.

⁷ IRTI, voce *Rilevanza*, cit., 36. Egli distingue tra rilevanza interna ed esterna: la prima, come

distingue secondo l'angolo di osservazione. Nella fase di costruzione del contenuto normativo (giudizio nomologico), vengono in rilievo non già concreti accadimenti ma definizioni di concetti, desumibili dalle fonti materiali vigenti (torneremo sul concetto di fonte materiale)⁸. Giuridico è il fatto previsto da una norma, cioè descritto indipendentemente dal verificarsi di un conforme evento storico e dal prodursi degli effetti previsti⁹. Nella fase di applicazione (c.d. "giudizio crinologico"), lo schema normativo serve come canone di selezione dei fatti storici e come criterio per il vigore degli effetti.

La dinamica della rilevanza esterna¹⁰ presuppone la comprensione della fat-

descrizione normativa del fatto; la seconda, come riduzione del fatto storico alla corrispondente fattispecie («la rappresentazione di un esistente rientra in un predicato normativo»: 56). Sotto questa luce si chiarisce come l'effetto sia sempre – per definizione – un concetto normativo puro: «Così, il dovere di risarcire il danno – che la norma (art. 2043 c.c.) ricollega all'atto illecito – è una pura entità ideale. Non si disconosce che il dovere implica un soggetto e si riferisce ad un comportamento dovuto: ma altro è il soggetto obbligato; altro il comportamento dovuto; altro, infine, la necessità giuridica che il soggetto tenga il comportamento. L'effetto consiste, per l'appunto, in questa necessità» (37). V. J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles-Paris, 1935, ove si distingue tra "concepts représentatifs des choses" e "concepts représentatifs des idées juridiques"; L. CAMPAGNA, *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, 65 ss.; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*², rist., Padova, 1947, I, 4; A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, già in *Annali dell'Università di Macerata*, 1929, ora in *Formalismo e sapere giuridico, Studi*, Milano, 1963, 267-272, il quale risolve l'effetto giuridico nel sorgere o l'estinguersi di una figura di qualificazione giuridica, che ha come oggetto la condotta umana.

⁸ V. *infra*, § 3. E. PARESCE, *La genesi ideale del diritto (Saggio sull'attuazione spontanea del diritto e la sua creatività)*, rist., Milano, 1956, distingue tra posizione statica dell'ordinamento in sé considerato, in cui il mondo delle norme e quello delle azioni appaiono incomunicanti; e posizione dinamica, ove la norma si rende suscettibile di applicazione.

⁹ «La giuridicità del fatto non dipende dalla produzione degli effetti»: IRTI, voce *Rilevanza*, cit., 12. Cfr. L. MENGONI, *L'acquisto a non domino*, Milano, 1949, 14: «il fatto è giuridico nel momento in cui si perfeziona in conformità al tipo normativo, indipendentemente dalla congiunzione attuale di conseguenze giuridiche». Su questa linea, l'irrilevante è il giuridicamente impensabile (non previsto dalla norma), non già l'inefficace. Di "rappresentazione normativa del fatto" scrive A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 926 ss., 940; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1991, 56 ss., 62, sottolinea come fattispecie ed effetto costituiscano rappresentazione del medesimo fenomeno in relazione a due sistemi di valori. CAMMARATA, *Il significato e la funzione*, cit., 264 ss. sottolinea l'irriducibilità di fatti ed effetti giuridici e l'impensabilità di un nesso causale tra gli uni e gli altri.

¹⁰ «Si delinea» avverte IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, cit., 23 «una duplice nozione di rilevanza: a) rilevanza dei dati che sono descritti dalla norma e posti nella protasi e nell'apodosi; b) rilevanza dei dati che vengono pensati secondo i criteri normativi». «Nel primo senso, il termine "rilevanza" indica la posizione dei due membri della norma: la posizione di A come condizione; la posizione di B come condizionato (...) L'interprete, guadagnando il significato della norma, ricostruisce il concetto della fattispecie ed il concetto della conseguenza giuridica». «Nel secondo senso» prosegue Irti, 25 «il termine "rilevanza" esprime una relazione logica fra concetti normativi e dati esterni». Il primo fenomeno è designato come "rilevanza interna" (rilevante in quanto descritto da una fattispecie); il secondo, come "rilevanza esterna".

tispecie, e si svolge con l'applicazione ai dati del reale della conoscenza conseguita nell'analisi della fonte. I fatti vengono pensati¹¹ secondo un criterio normativo: constatata la conformità tra fatto storico e schema, il determinarsi dell'effetto, e così il costituirsi giuridico di un obbligo, si risolve nella predicazione di un contegno (tu devi tenere la condotta x). Tale predicazione implica a sua volta l'alternativa adempimento/inadempimento, ossia conformità o non conformità rispetto alla condotta prevista.

Non altro l'obbligo e ogni predicato soggettivo esprimono che un modo della condotta. Un comportamento è descritto come dovuto; e così posto a schema (in questo senso, esso si costituisce a canone di raffronto)¹² di conformità o difformità di futuri contegni rispetto a quello previsto. A seconda di tale conformità o difformità, il diritto potrà apprestare altri effetti: per modo d'esempio, ove ad un dover consegnare (una *res* all'acquirente) corrisponda l'effettiva consegna, la condotta sarà conforme all'obbligo e implicherà il legittimo possesso del creditore; ove manchi la consegna, nelle previste modalità spaziali e temporali, allora il contegno difforme produrrà nella sfera del debitore il nuovo obbligo di risarcire il danno. E così di seguito.

Se dovessimo ridurre in una parola l'essenza del diritto dovremmo dire: "fonte". La fonte è costitutiva del gioco: i fatti rilevanti della partita sono sempre ragguagliati ai modelli, che costituiscono *logos* originario e griglia di senso, e ci dicono che le nostre azioni valgono e sono il gioco; e non un nulla opaco. "Regolarità" e "normalità" sono termini essenziali al linguaggio giuridico. Regolare è il fatto conforme alla regola; normale il fatto adeguato allo schema normativo. Si tratta di giudizi intorno a fatti della storia e a condotte degli uomini, enunciati alla stregua di criteri astratti rispetto alla posizione del fatto o della azione individuale. Altrettanto semplice osservare come *in rerum natura* non si diano fatti regolari o normali, poiché tali predicati procedono necessariamente da un criterio artificialmente presupposto dal giudicante. Non si dà regolarità

¹¹ IRTI, *op. ult. cit.*, 56 «La giuridicità non è attributo intrinseco, ma una *posizione logica del fatto*; essa procede da una nostra maniera di pensare la realtà esterna». Sul delicato problema del nesso tra fatto concreto e schema di fatto, Irti precisa: «*il caso particolare non è il fatto concreto*, che rimane fatto di natura o storico: esso è appunto uno schema, un concetto che rientra nell'estensione del predicato. La giuridicità del fatto si risolve in questa predicazione, *in questo comprendere una figura mentale in un'altra figura mentale*». Irti richiama G. CALOGERO, voce *Susunzione*, in *Enc. it.*, XXIII, Roma, 1936, 23.

¹² V. PERASSI, *Introduzione allo studio delle scienze giuridiche*, Padova, 1990 (rist. inalt.), 31 ss.; A. PEKELIS, *Il diritto come volontà costante*, Padova, 1931, 70 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, I, 350; C. ESPOSITO, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, in *Annali Un. Camerino*, IV, 1930, 5 ss.; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi del diritto*, I, Milano, 1957, 14-18; R. AGO, *Scienza giuridica e diritto internazionale*, Milano, 1950, 67-75.

senza regola né normalità senza norma: norma e regola sono logicamente antecedenti a ogni predicazione¹³. Il fatto è un accidente della storia chiuso nella propria singolare irripetibilità e per ciò stesso insuscettibile d'iterazione nel tempo; esso si rende "normale" agli occhi di una coscienza razionale e alla luce di un'idea che lo trascenda e lo domini. Siccome priva di concretezza storica, la norma trascende la realtà. Essa è appunto *irreale* e può distendersi sul futuro e pre-vedere fatti del domani proprio in virtù della propria astrattezza, dai caratteri individuali e irripetibili del singolo accadimento¹⁴.

Sul piano dommatico, la norma predicante viene in rilievo non quale prodotto di una sovranità storicamente data (statale o metastatale), ma quale puro criterio predicativo, *prius* logico del fatto predicato (*antecedens*). Modello, da ricostruire mediante l'interpretazione di disposizioni, di volta in volta e di epoca in epoca dotate di tasso di vaghezza minore o maggiore: dalla disciplina precisa alla clausola generale¹⁵. Potrà darsi dubbio – in taluni casi – circa il grado di difformità tra modello e fatto; e tuttavia tale comparazione sarà sempre verticale e postererà sempre l'applicazione di un modello astratto.

Normalità o regolarità appaiono coesenziali alla predicazione giuridica, e prescindono – se possiamo dire – dall'autore del criterio predicativo e dalle modalità di posizione del criterio. Si direbbe che ogni giudizio giuridico è intrinsecamente normativo, poiché implica una valutazione del fatto alla stregua di un preesistente criterio¹⁶.

¹³ N. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 8-11; ove un perspicuo luogo di S. COTTA, *Diritto e tempo. Linee di un'interpretazione fenomenologica*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1981, 187: «l'azione che si conforma alla regola, facendosi azione regolare, acquista durata».

¹⁴ Lucide notazioni in M. ASCOLI, *La interpretazione delle leggi*, Roma, 1928, 72-73: «senza l'astrazione, il mondo umano sarebbe un universo di infinite monadi senza contatto, forma e movimento».

¹⁵ Sul concetto di vaghezza v. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1992, spec. 89 ss.; ID. *Le metafore della vaghezza*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI, *Analisi e diritto*, Torino, 1999, 117-130; V. VELLUZZI, *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in *Etica & Politica*, 2006, 1 ss., ove si sottopone ad analisi il fenomeno della integrazione valutativa delle clausole priva di riferimento preciso; P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Torino, 1989, 311-344 e G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *Iure Praesentia*, 1989, 426-461; E. DICHIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 360; J. EVANS, *Statutory Interpretation. Problems of Communication*, Oxford, 1988, 117 ss.; T.A.O. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, 2000, *passim*; G. WILLIAMS, *Language and the Law*, in *Law Quarterly Review*, 61, 1945, 71-86, 179-195, 293-303, 384-406.

¹⁶ «Attraverso la capacità unitiva dello schema» avverte IRTI, *Teoria generale*, cit., 4 «*si fatti, riducendosi a casi di un tipo, escono dalla loro irripetibile solitudine, e si riconoscono, e insieme formano un ordine di azioni. La normalità dell'agire, non meno della normalità del parlare, riposa su una costanza del tipo, che appunto risolve la ripetizione in un adeguarsi alla norma*» (corsivo nel testo).

Preme fuggire un equivoco assai spesso insidioso. Altro è il problema della fonte materiale, ossia del modo di costruzione dello schema normativo; altro il problema della normalità o regolarità, ossia del giudizio di adeguatezza del fatto allo schema normativo. Il primo attiene alla tecnica di posizione del modello; il secondo al nesso tra fatto e norma. Anche la consuetudine è considerata fonte normativa, la quale implica criteri di qualificazione del fatto; sicché potrà dirsi normale o regolare anche il fatto conforme a una norma consuetudinaria (potrebbe ad esempio considerarsi “normale” una mancia, o una stretta di mano, o la modalità di consegna di una partita di merce o il tempo di un pagamento, e così via)¹⁷.

Il giudizio di normalità non è qualitativamente diverso secondo che sia compiuto alla stregua di norme consuetudinarie, statali, comunitarie o morali: sempre esso si svolge nel confronto tra schema astratto e fatto concreto. Il dualismo elementare di questa dinamica risiede nella coppia astrattezza – concretezza, generalità – singolarità. I fatti della natura e della storia sono sempre e solo concreti e singolari; essi assumono giuridica rilevanza in virtù di un criterio trascendentale (appunto) astratto e generale: astratto, perché privo di ogni riferimento storico; generale, perché applicabile a una indefinita generalità di fatti futuri. Più volte segnalato dal teorico generale l'ufficio predittivo del diritto, che, attraverso un'astratta e generale regolazione, consente di precalcolare il futuro e di suscitare l'affidamento nella altrui condotta. La regolarità determina l'ordine delle azioni interumane¹⁸, ossia la loro preventiva collocazione in uno schema del pensiero¹⁹. Ogni prevedibilità del futuro passa attraverso codesta dinamica conformativa.

Diversa appare la dinamica del giudizio valutativo. La valutazione rifugge dalla relazione verticale fatto-modello, e fa appello a sensibilità individuali. Essa non accerta un grado di conformità o difformità, e dunque non attinge ad una qualifica formale del fatto; essa esprime una valutazione soggettiva degli eventi alla luce delle circostanze, ed ha carattere intrinsecamente soggettivo e mutevo-

¹⁷ Ineludibile N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, 1942, spec. 55 ss.; IRTI, *op. ult. cit.*, 9, con chiarezza: «anche la norma consuetudinaria nasce, non dal bruto reiterarsi di fatti identici, ma dall'*opinio iuris ac necessitatis*, ossia dalla postulazione di una norma e di un vincolo di necessità».

¹⁸ Il dibattito è ravvivato dagli scritti di IRTI, ora raccolti in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; v. anche F. BATTAGLIA, *Corso di filosofia del diritto*³, II, *Sul concetto del diritto*, Roma, 1950, 127: «anziché riguardare gli eventi umani nella loro individualità ineffabile la norma li riguarda come normali o capaci di normalizzarsi, costituendo appunto uno schema in cui singolarmente rientrano o possano rientrare».

¹⁹ Sarebbe da biasimare la più o meno consapevole assimilazione tra statalismo e normativismo. Alla luce dei contributi analitici della seconda metà del novecento, la norma è pura entità logica, semplice criterio di predicazione. Essa è soltanto storicamente statale; ma la storia ha visto e potrebbe vedere il succedersi ed il prevalere di fonti diverse.

le. Oggetto della valutazione non è la conformità – ossia la coerenza formale tra modello e fatto storico – bensì la valutazione soggettiva delle circostanze, che induce un'opinione sul merito di esse. Valutare significa qui saggiare la convenienza o il contenuto economico o morale delle clausole o dei fatti. Il giudizio valutativo esce dalla dinamica della conformità e postula un falso confronto verticale. La valutazione esige un'irripetibile e provvisoria concretezza, un ripercorrere un tratto di storia individuale, una congiunturale serie di eventi singolari per fingersi scelte di merito diverse da quelle ormai compiute. Il giudizio valutativo della convenienza o della equità o della ragionevolezza o della proporzionalità implica una sorta di rinnovazione del fare o del negoziare, e dunque non già una difformità da un modello, ma la ripetizione di una diversa scelta concreta.

3. Concetto analitico di fonte

Esaminiamo le fonti come testi descrittivi.

Il realizzarsi dell'ipotesi normativa «rompe la neutralità della storia futura», poiché il diritto «attende che, in un istante o periodo di tempo avvenire, il soggetto indicato dal fatto adegui il proprio contegno ad una descrizione normativa»²⁰. Dalla configurazione dei predicati giuridici – e così del diritto soggettivo e dell'obbligo – come modelli descrittivi, parrebbe derivare la *coessenzialità della fonte*. Nessuna *descrizione*²¹ è pensabile fuori dalla propria fonte, cioè dalla propria oggettiva posizione²²; in tanto posso affermare che Tizio deve a Caio la somma x entro il termine y, in quanto apprendo la descrizione di queste qualifiche dalla fonte del rapporto (ad esempio, dal documento contrattuale)²³.

Esercitare un diritto o adempiere un obbligo si spiega nel circuito della *conformità al modello*: il titolare ha tenuto un comportamento conforme a quello previsto come diritto o come obbligo. E tale conformità genera effetti giuridici, i

²⁰ N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*², Padova, 1990, 24.

²¹ Da riflettere sul prefisso intensivo “de”, preposto a “*scribere*”. Il quale parrebbe denotare un rafforzamento del verbo, come a esprimere l'energia creativa e perdurante del narrare per simboli grafici e tracce permanenti. V. *infra*, § 5.

²² «È giuridico quel fatto che non è definibile per sé, ma solo osservato in rapporto di logica subordinazione al criterio che lo individua e lo qualifica come giuridico. (...) La scienza non conosce il fatto in sé, ma solo il fatto relativo ad un sistema teorico»: B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, 25; l'IRTI della voce *Rilevanza*, cit., 45, avverte un «*principio di relatività dei fatti giuridici*, che sono appunto tali secondo l'ordinamento dal cui punto di vista ci si pone» (corsivi nel testo).

²³ Non la percezione sensoriale dello scritto (o, allo stesso modo, del parlato), ma il momento logicamente successivo dell'interpretazione del messaggio (il quale si varrà congiuntamente delle fonti negoziale e legale: che, appunto, sarà un apprendere il contenuto – o “programma” – del rapporto).

quali non altro configurano che ulteriori modelli di condotta destinati al circuito della rilevanza giuridica. In una dinamica senza limiti intrinseci. Sembra emergere la debolezza delle metafore dell'appartenenza e della causalità, secondo cui l'obbligo "ha" una fonte, o "discende" da una fonte²⁴; mentre si direbbe, a rigore, come l'obbligo – e così il diritto, ed ogni altra situazione che reputi rilevante – *sia la propria fonte*, ed interamente si risolva nella propria disciplina, nelle concrete e singolari modalità del contegno descritte dalla fonte²⁵.

Qui sarebbe da precisare il concetto di fonte, introducendo una (vecchia, ma non ancor appieno ragionata) dicotomia:

- fonte *materiale* (o f. di produzione), come tecnica di posizione dei significanti, ossia dei modi percettivi da cui ricavare significati giuridicamente fruibili;
- fonte *immateriale* (o f. di qualificazione o di cognizione), ossia il significato (qui) inteso come modello di condotta applicabile al soggetto. Il passaggio dal materiale all'immateriale occupa tutto lo spazio dell'ermeneutica, dal *minimum* della decodificazione (ossia della conversione del testo nel significato codificato)²⁶; al *maximum* dell'illazione (ossia della associazione *a posteriori* di un significato congiunturale ed estrinseco al contesto).

Sarebbero anche da distinguere sotto questa luce le parole *fonte* e *titolo*, istituendo una sinonimia tra titolo e fonte immateriale (di qualificazione). Titolo esprime, non già un dato bruto della natura e della storia (il fatto illecito materiale, la stretta di mano di un accordo tacito, il documento di un contratto); bensì gli schemi ideali, ossia i modelli di condotta (il lemma antico e sempreverde è: fattispecie), con cui osservo e vaglio i fatti e stabilisco gli effetti giuridici.

Il titolo appartiene al mondo dei significati e si colloca sempre e solo entro un *giudizio ipotetico* (se x allora y), il quale descrive una condotta e appresta le

²⁴ Metafora della causalità, cui pure si ricorre per descrivere il nesso tra fattispecie ed effetto. Una serrata critica leggiamo in CAMMARATA, *Il significato e la funzione*, cit., 267: «è assurdo parlare di connessione causale tra un fatto e una serie di fatti e qualcosa che, nella relazione in esame, ben lungi dall'atteggiarsi come fatto, si pone in un ordine di valutazioni, o qualificazioni che si dica, dell'attività umana. La causalità è ammissibile tra due fatti, cioè tra due elementi appartenenti ad un medesimo ordine di fenomeni, non tra due entità che risultano *prima facie* irriducibili ad un unico *genus proximus*»; v. pure DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, cit., 137 ss.; CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, cit., 926 ss.

²⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, L'obbligazione*, Milano, 1993, 13 ss. scrive d'integrazione necessaria tra disciplina dell'obbligazione e della fonte.

²⁶ Sulle fasi della significazione imprescindibile N. IRTI, *Testo e contesto (una lettura dell'art. 1362 cod. civ.)*, Padova, 1996, spec. 41 ss. Da ultimo A. GENTILI, *Senso e consenso*, Torino, I, 2015, 179 ss.; M. ONORATO, *L'accordo d'interpretazione*, Milano, 2009, 68 ss. Interessanti e lucide notazioni in M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, 433 ss.

conseguenze pre-viste o pre-scritte²⁷. Il *dovere* si svela sul piano analitico un *modo dell'essere*; e segnatamente esprime il darsi vigore (ossia applicarsi a Tizio) di un nuovo modello foriero di un nuovo giudizio ipotetico, in un *progressus ad infinitum*. A rigore dovremmo ammettere che quello giuridico è linguaggio non già deontico, bensì *ontico*, ossia descrittivo di schemi, posti a modello delle condotte o dei fatti²⁸. Il concetto di rilevanza nasconde una verità semplice e profonda: *non darsi giudizi se non descrittivi*, ossia comparazioni tra modello di condotta descritto dalla fonte e condotta effettiva del titolare. “Essere nell’obbligo di fare X” si traduce sotto questa luce nel confronto tra modello e fatto. Diritto e obbligo si riducono e risolvono a modelli di condotta, descritti dalla o dalle fonti applicabili.

4. *Pre-scrivere e de-scrivere*

«La scienza giuridica è essenzialmente una scienza ermeneutica come tale dominata dal primato del testo»²⁹. Muoverei dalla solenne proposizione men-goniana.

Si suole denotare come il linguaggio giuridico appartenga al mondo prescrittivo o deontico. Io affermo invece che *il dover essere è un modo dell'essere*; e riduco l’intera dinamica della giuridicità a un giudizio di conformità tra ipotesi e fatto storico (fattispecie astratta e fattispecie concreta, per dirla con parole consuete).

Il dovere (e così pure il potere, e le relative declinazioni) si converte e risolve in una *relazione giuridica di necessità*.

²⁷ Il titolo, in altre parole, non sta nel fatto in sé, ma nel modello applicabile al futuro (che, per i normativisti, non sarà altro dalla fattispecie), ossia nel significato tratto dalle fonti materiali. Di qui tale sorta di elasticità, la quale ben può ammettersi come mutamento della rilevanza, cioè del valore che il fatto assume per l’ordinamento. Idea confortata da A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1965, 455 ss. Per il nesso tra fatto ed effetto, CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto*, cit., 279; DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, cit., 25. Da altra angolatura H. VAHINGER, *Die philosophie des Als Ob*, Hamburg, 1922, tra it. di F. Voltaggio, *La filosofia del come se (sistema delle finzioni scientifiche, etico pratiche e religiose del genere umano)*, Roma, 1967, 29 ss. (82: «se si vuol parlare in genere della realtà, allora la si deve indicare con una categoria, altrimenti non solo è impensabile, ma è addirittura anche inespri-mibile»).

²⁸ L. FERRAJOLI, *Principia Juris*, Bari, 2007, 259 ss., rileva la fallacia del termine fattispecie, giacché il diritto disciplina soltanto atti umani e mai fatti. Tutte le norme sui fatti (egli fa l’esempio dell’*insula in flumine nata*) si convertirebbero in frammenti destinati a regolare atti umani. Propone così il lemma “fattispecie”. Che si tratti di fatti in generale o di atti in particolare non muta la logica qui svolta.

²⁹ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, 1976, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 47.

Il neustico – scoperto da Hare³⁰ e perfezionato da Scarpelli³¹ – ossia il modo del dovere, volto a designare la funzione prescrittiva di una rappresentazione indicativa (componente “frastica”³² di ogni comando) – mette capo alla categoria della *necessità*: necessità giuridica di un modello descrittivo e del correlativo giudizio ipotetico. Tutta la dinamica giuridica si lascia ragionare come un nesso condizionale (di dipendenza: un se > allora) tra fattispecie³³.

Non si può ignorare come la letteratura, specie quella analitica, rifiuti pressoché integralmente di gettare un ponte tra frastico e neustico; o, in parole più semplici, tra descrizione e prescrizione. Quella rappresentando dati della realtà; questa, manifestando un comando diretto alla volontà altrui. E così si ripete come l'essere non possa trarsi dal dover essere; e come il linguaggio prescrittivo si sottragga all'alternativa falso/vero, sicché a rigore esso non potrebbe dirsi dotato di *senso* nel modo in cui si dice per le proposizioni enunciative o descrittive³⁴.

E tuttavia sfugge il *quid* che precluderebbe in radice l'assimilazione tra proposizioni (enunciati?)³⁵ descrittive e norme. Tale impossibilità concettuale sembra rifugiarsi nelle vedute meramente e ingenuamente imperativistiche della norma, la quale implicherebbe per propria natura una funzione o scopo performativi, segnati dalle volontà (riluttanti o condiscendenti) dei destinatari e dal successo o insuccesso del comando. Le norme sarebbero così consegnate a un

³⁰ Com'è noto, R.M. HARE, *The Language of Morals*, Oxford, 1952, trad. it., *Il linguaggio della morale*, Roma, 1968, 18, distingue frastico (modo indicativo) e neustico (modo prescrittivo), che sarebbe alla radice del linguaggio giuridico. Distinzione ripresa da LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 436, per dimostrare il carattere cognitivo e verificabile della ermeneutica giuridica. “Chiudi la porta!” e “Tizio chiude la porta” condividono il medesimo frastico “chiudere la porta”.

³¹ U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, 1962, 52.

³² *Supra*, nt. 30.

³³ Sempre essenziale l'analisi di IRTI, voce *Rilevanza giuridica*, cit., 45 ss.

³⁴ Su questa linea, G. FREGE, *Ricerche logiche*, Milano, 1988, 47, distingue tra senso degli enunciati assertivi delle scienze e senso degli enunciati ottativi (preghiere e comandi). «A giudizio di Frege» – riferisce F. POGGI, *Cercando un frastico. La teoria pragmaticamente orientata e l'analisi compositiva del significato*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2013, 210-211 – «solo il senso degli enunciati assertivi delle scienze è vero o falso e, pertanto, costituisce quello che, nel suo lessico, si chiama un pensiero; le altre enunciazioni hanno certo un senso, ma questo non è né vero né falso e non costituisce dunque un pensiero. Insomma, già per Frege, gli usi assertivi si distinguono dagli altri anche per il senso». La POGGI, *op. ult. cit.*, 224 ss., esclude invece che il frastico sia un criterio generale di rilevanza. Ella reputa che il significato sia sempre contestuale e dinamico. V. ora GENTILI, *Senso e consenso*, cit., 316 ss. La funzione prescrittiva sarebbe essenziale per l'ermeneusi della norma, giacché il destinatario deve capire prima di obbedire.

³⁵ V. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 437 ss. Di linguaggio enunciativo si legge in G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi: studi di storie e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, 169 ss.

giudizio di effettività sconosciuto al mero frastico, che si restringe a semplice descrizione del dato reale³⁶. Non ha senso, in parole povere, chiedere se il comando “chiudi la porta!” sia vero; bensì solo sapere se esso sia obbedito.

Ora, se possiamo tutti convenire che il diritto riposi sullo scopo pratico di orientare condotte, dobbiamo parimenti tenere separati i modi con cui tale finalità può conseguirsi. Il diritto moderno perde l'immagine antropomorfa e la connotazione volontaristica del comando, sicché la volontà di un uomo si erga e imponga alla volontà di altro uomo. Il diritto moderno è diritto legale o formale, ossia posto da fonti materiali stipulative (*in primis*, legge e sentenza), le quali non comandano se non nel senso sopra indicato, ossia di descrivere protasi (Se A) e apodosi (allora B) di giudizi ipotetici.

5. Segue. *Priorità logica della descrizione*

Parrebbe qui di dover sciogliere due possibili equivoci: da un lato, una insidiosa assimilazione tra descrizione e rappresentazione; dall'altro, una altrettanto pericolosa (e diffusa) confusione tra interpretazione e applicazione.

Descrivere non è un sinonimo di rappresentare. Rappresentare è un riportare al presente un fatto del passato: o attraverso la narrazione (appunto il descrivere) del fatto (un testo); o attraverso un altro mezzo, che non si valga di parole (il film del fatto; la registrazione fonografica del fatto)³⁷. Un documento può rappresentare senza manifestare un pensiero (un'immagine); può manifestare un pensiero senza rappresentare: «ecco un foglio di carta sul quale è scritto: “io compro un vallo”; ecco la cartolina illustrata la quale non porta se non queste parole: “cordiali saluti”»³⁸.

Il criterio rappresentativo di un fatto assente può essere duplice: un criterio logico-linguistico, secondo cui l'idea del fatto è ricavata da un *testo descrittivo*; un criterio logico-illativo, secondo cui tale idea è ricavata mediante applicazione

³⁶ «Se, infatti» – osserva POGGI, *op. ult. cit.*, 213-214 – «si accolgono simultaneamente (i) la tesi secondo cui le disposizioni giuridiche sono enunciati, (ii) la tesi secondo cui a livello degli enunciati la comunicazione espressa si esaurisce nel frastico (*i.e.* in un contenuto semantico neutro), e (iii) la tesi secondo cui il frastico coincide con la fattispecie astratta, allora ne segue che le disposizioni giuridiche esprimono solo fattispecie astratte. Ciò, però, è semplicemente falso, almeno se l'espressione “fattispecie astratta” viene assunta nel suo comune senso giuridico. Così, ad esempio, l'art. 575 c.p. non esprime (o, meglio, non determina) solo la fattispecie astratta dell'omicidio (identificandola con il comportamento che consiste nel cagionare la morte di un uomo), ma prescrive altresì che chi dà luogo a (realizza) tale fattispecie sia punito (con la reclusione non inferiore ad anni 21): si può sostenere che tale prescrizione non ponga particolari problemi interpretativi, ma non che non sia espressa dall'articolo in questione».

³⁷ F. CARNELUTTI, *La prova civile*², Roma, 1947, 187-188.

³⁸ *Ibidem*, 189.

di una regola di esperienza (dall'impronta digitale si risale alla persona, applicando la regola che esclude la possibilità di due impronte digitali identiche³⁹).

Il frastico normativo sempre descrive non già un accaduto, bensì un possibile; esso guarda al futuro, non al passato. Qui potremmo forse soffermarci sulla funzione rappresentativa del linguaggio descrittivo, e così sottilmente dividere le descrizioni rappresentative da quelle non rappresentative. E tuttavia parrebbe questa una moltiplicazione inutile per l'intelligenza del fenomeno normativo, ove si tratta di *convertire il comando in previsione*.

La riduzione della norma a giudizio ipotetico implica il passaggio dal comando alla combinazione di fattispecie; dal neustico al frastico; dal performativo all'enunciativo. La norma descrive un possibile A; all'accadere del quale descrive un possibile B. Il dovere (e ogni altro predicato soggettivo) esprime codesto nesso di dipendenza (o condizionalità) tra i due frastici, ossia l'applicarsi a Tizio o a Caio del modello descritto dalla norma. In un tempo x del futuro, la condotta o la situazione di Tizio saranno giudicati rispetto al modello B.

La prescrizione normativa si lascia per questa via ridurre alla descrizione di possibili. E si rende così propriamente verificabile, ossia predicabile di verità o di falsità. Possiamo intuire a questo punto il sussulto repulsivo del lettore, educato alla concretezza degli interessi e alla giustizia del diritto vivente. Qualsiasi idea di verificabilità giuridica, ossia di verità o falsità di enunciati normativi, appare al romantico velleitaria e insensata; dacché il giurista non cerca verità formali o astratte bensì solo la intenzione delle parti e del legislatore; e, con essa, una soluzione ragionevole e adeguata alla vera intenzione della legge o delle parti.

Si tratta solo di errori linguistici.

Denunciamo un equivoco tanto grave quanto diffuso: il viaggio oltre il mare dei segni descrittivi verso la terra delle vere intenzioni è impossibile. Aurelio

³⁹ ID., *Teoria del falso*, Padova, 1933, 10, Carnelutti distingue tra rappresentazione ed indicazione: «il fatto rappresentativo costituisce un equivalente del fatto rappresentato e così lo fa presente in quanto determina sensazioni analoghe mentre il fatto semplicemente indicativo si ricollega al fatto indicato attraverso il raziocinio: se io mostro il ritratto di una persona la rappresento, se ne pronunzio il nome la indico; invero le sensazioni suscitate dal nome non equivalgono punto a quelle determinate dalla persona ma servono, per le vie dell'esperienza e così dell'intelligenza, a richiamarle».

Distinzione che parrebbe metter capo all'altra, tra prova diretta (basata sulla semplice percezione del fatto) e prova indiretta (basata sulla percezione di un altro fatto, che lascia inferire il fatto da provare: CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 67. V. pure L. CARRARO, *Il diritto sul documento*, Padova, 1941, 7-8. Cfr., inoltre, V. ANDRIOLI, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, 268. Sotto altro profilo, la "prova diretta" implicherebbe una memoria del fatto, indipendente da quella dell'uomo; mentre la "prova indiretta", una memoria umana: da ultimo, C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, II, Torino, 1995, 66; I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, Padova, 1995, 11-12. V. anche G. UBERTIS, *Documento e oralità nel nuovo processo penale*, in *Studi Vassalli*, II, Milano, 1991, 875, nt. 17.

Gentili scrive qui pagine nitide e indiscutibili: «L'interpretazione non è dunque mai, non può essere, veramente secondo l'intenzione; nel senso di essere basata sulla reale diretta percezione dell'intenzione intesa come fatto mentale. L'intenzione è inafferrabile. L'interpretazione – anche dell'intenzione – è sempre basata sui segni»⁴⁰. Gli uomini credono di scorgere realtà oltre i segni; ma – proprio perché uomini – percepiscono soltanto altri segni. Nulla sfugge alla prigione ermeneutica dei segni e dei significati. Tutto ciò che conosciamo è l'esito di un calcolo ermeneutico, attraverso l'ordinata e razionale elaborazione di dati e di senso.

La questione della verità giuridica si converte nella definizione del processo di elaborazione delle fonti materiali (variamente significanti); criteri di calcolo, attraverso i quali stabilire le fonti immateriali, ossia le fattispecie (significati) normative applicabili.

6. *Significato testuale e significato contestuale*

A questo punto il problema diviene ermeneutico: governare con sufficiente precisione la parola “significato”.

Con sacrificio di sfumature e articolazioni, ordinerei il discorso secondo tre direttrici. In primo luogo, il letteralismo, o convenzionalismo enunciativo.

Secondo questa veduta, l'esprimere implica la categoria della *codificazione*⁴¹: non c'è altro modo di esprimere che far percepire ad altri, attraverso gesti, segni, suoni, i quali suscitano nell'interlocutore l'idea, concepita dall'esprimente. Il segno in sé, quale mera alterazione del reale, ha «*l'opaca impenetrabilità della materia*»⁴²; esso è in grado di suscitare nel percipiente una idea secondo una duplice modalità: attraverso l'*applicazione di un codice linguistico*, che consenta di decodificare i segni percepiti, e di isolarne il significato prestabilito; attraverso l'*applicazione di una massima di esperienza*, sicché la posizione contingente

⁴⁰ GENTILI, *Senso e consenso*, cit., 215. Si ricorda un luogo di R. CARNAP, *La costruzione logica del mondo. Pseudoproblemi nella filosofia*, Torino, 1997, 456: «Quando possiedo una conoscenza attorno a qualcosa di concreto del campo psichico altrui, ossia intorno a determinati processi consapevoli (o anche inconsapevoli) di un altro soggetto A, posso aver ottenuto questa conoscenza in modi diversi. In un primo modo, io sperimento lo psichico altrui quando A mi comunica i suoi processi consapevoli (...); ma un'esperienza dell'altro io ottengo anche senza comunicazione, quando cioè percepisco dei movimenti espressivi (espressione, gesti) o delle azioni di A (...). Talvolta posso anche pervenire (per congettura) ad una conoscenza dei processi della coscienza di A, quando conosco il suo carattere e so inoltre a quali condizionamenti esterni esso è ora sottoposto (...). Non esistono altre strade per la conoscenza della dimensione psichica altrui».

⁴¹ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, 1955, 105 ss.

⁴² N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, 93.

del fatto (l'essere avvenuto in determinate circostanze di tempo e di spazio) lasci inferire *ex post* un qualche significato⁴³.

Emerge il concetto di *codice linguistico*⁴⁴, come convenzione sul significato dei (ossia sull'idea associata ai) segni⁴⁵. Donde la distinzione, ormai largamente penetrata nel pensiero moderno, tra *segno*, come dato percepibile non regolato da un codice; e *simbolo*, cioè segno espresso secondo una regola codificata⁴⁶. Sul piano della teoria generale, queste categorie giustificano l'istituzionale dicotomia dichiarazione espressa – fatto concludente: la dichiarazione si vale di sim-

⁴³ ID., *Testo e contesto*, cit., 10 ss.

⁴⁴ R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1971, 587, scrive di "autosufficienza della dichiarazione", avvertendo che «l'autosufficienza assoluta della dichiarazione (la situazione, cioè, per cui la dichiarazione contenga in sé tutto ciò che occorre per intenderla) è un non senso. La dichiarazione è sempre resa in codice: codice linguistico, codice alfabetico, codice legale, codice cronologico». Per autosufficienza, precisa l'a., deve intendersi «la dichiarazione che può essere intesa da un giudice il quale conosca per lo meno la lingua italiana (compreso l'alfabeto latino), il sistema metrico decimale, il calendario ed il contenuto della gazzetta ufficiale». Su questi concetti v. IRTI, *Testo e contesto*, cit., 5 ss. Da ultimo, GENTILI, *Senso e consenso*, cit., 190 ss.

⁴⁵ Si tratta di fenomeni ampiamente studiati sul piano linguistico. Sembra opportuno rammentare alcune nozioni, utili anche per la comprensione giuridica. «Dal punto di vista semiotico» – leggiamo in R. SIMONE, *Fondamenti di linguistica*², Bari, 1992, 31 – «le lingue sono codici (un termine equivalente a sistemi di segni, ma molto più comodo nell'uso), cioè sistemi di corrispondenze tra l'ordine dell'espressione e l'ordine del contenuto, destinati alla trasmissione di informazione tra un emittente e un ricevente, attraverso la produzione e la diffusione di messaggi». Egli spiega che «l'operazione di formazione di un messaggio da parte di un emittente mediante le risorse offerte da un codice si dice codifica» (*ivi*, 32). «l'uomo» – soggiunge il S. – «non è soltanto UTENTE DI CODICI ma anche FORMATORE DI CODICI (dispone, potremmo dire, di illimitata SEMIOPOESI)» (*ivi*; maiuscole nel testo). Per il giurista, il mero segno costituisce un fatto concludente, il quale non esprime un significato secondo un codice linguistico, ma ne lascia inferire uno secondo una regola d'esperienza. Oltre, nel testo.

⁴⁶ La nozione di simbolo risulta specifica rispetto a quella di segno. Mentre il segno è qualsiasi grafema linguistico, il simbolo è soltanto un grafema significante, cioè un c.d. morfema (il morfema è un grafema, che ubbidisce ad un codice linguistico). Come vedremo più oltre, la linguistica procede dall'elementare al complesso, muovendo dal concetto di fonema (o grafema), attraverso quello di morfema, di sintagma, fino al testo. Sulla fenomenologia dei simboli v., in particolare, B. RUSSELL, *Logic and Knowledge*, trad. it., Milano, 1961, 192 ss.; W.V.O. QUINE, *Methods of Logic*, trad. it. *Manuale di logica*, Milano, 1961, 265 ss.; A.J. AYER, *Language, Truth and Logic*, London, 1960, 59 ss.; C.W. MORRIS, *Foundations of the Theory of Signs*, Chicago, 1938, trad. it., *Lineamenti di una teoria generale dei segni*, Torino, 1954, 31 ss.; ID., *Signs, Language, Behaviour*, New York, 1946, trad. it., Milano, 1949, 55 ss.; E. GELLNER, *Words and Things*, trad. it., Milano, 1961, 79. Da noi, A. PASQUINELLI, *Linguaggio, scienza e filosofia*, Bologna, 1961, 137 ss.; L. GEYMONAT, *I problemi del nulla e delle tenebre*, ora in *Saggi di filosofia neorazionalistica*, Torino, 1953, 101. V. pure F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche ed analisi del linguaggio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, I, Milano, 1969, 241 ss., ora in veste monografica, Padova, 1989, 79 (in tema di simbolo incompleto, incapace cioè di descrivere oggetti della realtà): «si direbbe che simboli siffatti vengano meno a quella che è per definizione la funzione di un simbolo – ossia di rappresentare o simboleggiare qualche cosa – si degradino perciò a meri segni: serie di suoni, o di caratteri tipografici o altro, privi di significato».

boli, che *esprimono* significati secondo un codice linguistico (diremo che il significato preesiste al simbolo); il fatto concludente si vale di segni⁴⁷, che *lasciano inferire* per illazione un senso dalle circostanze, secondo una massima d'esperienza (non già un codice linguistico: diremo che il significato non preesiste al segno)⁴⁸.

Rappresentare non coincide con esprimere. Esprimere è affidare un messaggio del proprio pensiero a un insieme di simboli e *presuppone un codice linguistico*. Tra i due concetti può stabilirsi un nesso di interferenza (con un'immagine, sarebbe da pensare a due cerchi che si intersecano): si può rappresentare un fatto esprimendo un racconto; allo stesso modo, si può esprimere senza rappresentare. Secondo questa logica, *ogni testo esprime un significato immanente e decodificabile*. Tale significato precede il con-testo, ossia il complesso dei fatti circostanti; e procede direttamente e unicamente dalla combinazione sintattica testuale (e co-testuale)⁴⁹.

⁴⁷ Meri segni: *supra*, nt. prec. Adde BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., 105 ss.; A. PAGLIARO, *Il segno vivente. Saggi sulla lingua ed altri simboli*, Napoli, 1952, 265 ss.; T. DE MAURO, *Introduzione e commento all'ed. italiana di Saussure* (1916), Bari, 1967, 13; C. HAGEGE, *L'homme de paroles. Contribution linguistique aux sciences humaines*, trad. it. *L'uomo di parole*, Torino, 1989, 55 ss.

⁴⁸ BETTI, *op. ult. cit.*, 138: «Il contegno si qualifica *concludente* in quanto impone una conclusione, una *illazione* logica fondata (...) sullo spirito di coerenza cui, secondo le comuni vedute, deve informarsi ogni comportamento tra consociati». La ricerca della concludenza non mira a stabilire la volontà interna del soggetto, bensì il «significato oggettivo del negozio giuridico, che non è esplicito, ma pur sempre riconoscibile in modo implicito od indiretto» (139). V. pure IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, cit., 16-17; ID., *Testo e contesto*, cit., 10-12, ove si segnala l'applicazione della disciplina ermeneutica dell'art. 1362 anche ai contratti conclusi per *facta concludentia*; G. CASTIGLIA, voce *Dichiarazione*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, 1; ID., voce *Manifestazione*, *ivi*, XIX, Roma, 1990, 2; A. FALZEA, voce *Manifestazione (Teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, spec. 471; ID., voce *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 686-687; M. CASELLA, voce *Negozio giuridico (interpretazione del)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 19. V. pure PAGLIARO, *Il segno vivente*, cit., 23; R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 119-120. Annota A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 22, che «i segni che figurano nelle manifestazioni sono segni inferenziali di realtà più o meno probabili: sono dunque illativi, ossia segnali; nelle dichiarazioni figurano invece segni evocativi, quali sono soltanto i segni del linguaggio, cioè simboli veri e propri».

Lo scritto presuppone un significato intrinseco, cioè il carattere simbolico dei segni; questi sono scelti e combinati secondo le regole proprie di un codice: è appunto l'originaria significanza dei simboli che permette la scomposizione del testo nelle unità elementari di significato, cioè nei morfemi. In linea generale, anche il fatto concludente è un insieme di gesti percepibili e valutabili alla stregua di un qualche criterio, mediante il quale essi divengono capaci di esprimere un'idea. Se, in termini latini, anche il fatto concludente conduce ad un significato, diversa è l'associazione tra sostanza fisica percepibile e messaggio: il fatto concludente consente un'illazione *ex post*; mentre il testo risponde ad un codice semiotico *prestabilito*.

⁴⁹ Si dice *con-testo* il novero di circostanze materiali non simboliche; si dice *co-testo*, il novero

Un testo senza significato letterale (o espresso) è un ossimoro.

Da questa veduta si separa il c.d. “contestualismo moderato”. I fautori non negano la codificazione dei simboli, ossia l’associazione stipulativa in virtù della quale ogni significato è associato al simbolo *prima e a prescindere* dall’atto dell’interpretare. Essi tuttavia reputano *utile o indispensabile* il contesto (ciò che è fuori, intorno al testo), come criterio di selezione tra più significati letterali. Utile, per coloro che concepiscono la possibilità logica di testi monosemici, sicché il ricorso chiarificatore al contesto si rivela a rigore meramente eventuale, necessario per i soli testi polisemici⁵⁰; indispensabile, chi rifiuta ogni cittadinanza alla monosemia letterale e sempre reputa necessario il ricorso chiarificatore al contesto (situazionale)⁵¹.

Per questa via si giunge al contestualismo radicale⁵², il quale parrebbe negare la rilevanza del codice linguistico come criterio di significazione simbolica. Ogni significato nasce e muore congiunturalmente, attraverso il valore evocativo e intuitivo (in un breviluquo, ermeneutico) delle concrete circostanze⁵³.

Farei mia la critica al contestualismo radicale e alla svalutazione del significato simbolico o codificato. Qui dobbiamo restringerci al mondo del diritto e riflettere come esso non faccia mai a meno di enunciati qualificati, ossia formati secondo codici compositivi e discipline di competenza esclusiva. Si pensi non solo alla legge, bensì anche alla sentenza, la quale risponde a criteri che restringono il campo dei testi rilevanti ed escludono scritture non provenienti da soggetti qualificati e non composte secondo un *minimum* strutturale predeterminato.

La forma dell’espressione si presenta come forma di un gruppo di simboli, modalità del comunicare secondo un determinato codice compositivo. Espressione è non qualsiasi comportamento percepibile; bensì dato materiale che, ubbidendo al codice, ossia alle norme di formazione e di riconoscibilità intersoggettiva, esprime un significato attraverso corrispondenti frasi e parole. Ogni

di testi (parole dette o scritte) connessi a quello considerato. Da ultimo GENTILI, *Senso e consenso*, cit., 191 ss.

⁵⁰ IRTI, *Testo e contesto*, cit., 22 ss.; GENTILI, *Senso e consenso*, cit., 189; CANALE, *Legal Interpretation and the Objectivity of Values*, in *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, Torino, 2008, 244; M. ONORATO, *L'accordo d'interpretazione*, Milano, 2003, *passim*.

⁵¹ V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, 2012, 129.

⁵² F. POGGI, *Semantics, Pragmatics, and Interpretation. A Critical Reading of Some of Marmor's Theses*, in *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2007, 159-178, spec. 175. V. anche ID., *Contesto e significato letterale*, in *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2006, 169-213.

⁵³ POGGI, *Cercando un frastico*, cit., 226-228.

soggetto esprime si immette nel comune circuito della significazione⁵⁴ e compone l'insieme dei segni, ai quali affida il messaggio del proprio pensiero: questo insieme va sotto il nome di *testo*⁵⁵. Ogni lingua ha una interna disciplina dell'esprimere, che ammette il giudizio di verità o di falsità della decodificazione⁵⁶.

Per il giurista non tanto è vero che i significati debbano estrarsi esclusivamente per via simbolica (codificazione-decodificazione); quanto piuttosto che debba (sia necessario) stabilirsi un *ordine giuridico dei significanti*, ossia delle fonti materiali capaci di restituire la fattispecie applicabile al caso. E così avremo – nella semplificazione di queste pagine – da un lato il testo simbolico e il correlativo plesso dei significati espressi; dall'altro, il contesto situazionale⁵⁷ con il corrispondente novero dei significati inespressi. La relazione tra tali fonti materiali suscita appunto il problema della disciplina e dell'ordine di priorità.

La volontà – qualsiasi volontà – si trasfonde e risolve nei simboli dell'esprimere. «Criteri direttamente riferibili alla credenza o all'intenzione infatti non ve ne sono. L'interprete, che non legge le menti, non può constatarle; può solo supporle usando il criterio riferibile all'espressione, perché – come detto – percepisce solo i segni, ma le interne opinioni o intenzioni». All'interprete «che deve scegliere un senso (a maggior ragione se deve imporre la sua scelta ad altri che ne chiedono fondamento e giustificazione: un giudice, per esempio) resta solo *la correttezza sulla base dell'espressione: cosa giustificatamente si poteva o doveva capire sulla base di una considerazione coerente di tutti i segni rilevanti*. Checché l'emittente creda, e checché intendesse dire, in base ai segni questa è quel che ha detto così come lo si poteva e doveva capire secondo i codici e lessici comunicativi che ha usato»⁵⁸.

La decodificazione e interpretazione testuali e co-testuali della fonte materiale precedono il contesto, perché i generatori della fonte (legislatore, in senso stretto; giudice; parti del contratto) hanno affidato il senso all'espressione simbolica.

⁵⁴ *Infra*, § 8.

⁵⁵ V. IRTI, *Testo e contesto*, cit., 6 ss. Ogni testo scritto non può non implicare un fenomeno formale, poiché intanto può dirsi "scritto", in quanto i segni percepibili ubbidiscano ad una regola della forma, criterio compositivo della grafia: perciò la scrittura non è qualsiasi segno grafico, ma soltanto il segno grafico conforme al modello.

⁵⁶ Si tratta di una verità debole, o giustezza, secondo la veduta di GENTILI, *Senso e consenso*, cit., 208. «Resta allora» – avverte G. – «solo la possibilità di un'interpretazione *giusta*. Non in assoluto (giustizia), si possono dire anche cose inique: ma in rapporto al vincolo che le regole della grammatica, della sintassi, della semantica, della logica, applicate al testo e al contesto che lo inquadra. Argomenti tratti dalla semantica del testo e (poiché le ragioni della comunicazione come visto contano) dal contesto che lo inquadra (...). Non c'è una verità, ma c'è una giustificazione. Questa "verità" debole può lasciarci insoddisfatti. Ma non abbiamo di meglio».

⁵⁷ IRTI, *Testo e contesto*, cit., 23 ss.

⁵⁸ GENTILI, *Senso e consenso*, cit., 210-211.

7. *Ontologia giuridica. Norme e principi*

Linee di pensiero che parrebbero coniugarsi con le ricerche intorno alla c.d. ontologia giuridica. Già sull'epilogo del secolo scorso, la letteratura lascia emergere una dicotomia tra oggetti *reali* e oggetti *ideali*⁵⁹: i primi, come enti capaci di esistenza empirica (le cose)⁶⁰; i secondi, che «quand'anche si dovesse in un certo qual modo asserirli, per loro natura tuttavia non si potrebbero mai a rigore definire esistenti»⁶¹. Viene elaborata un'ontologia degli oggetti giuridici, approfondendone l'irriducibilità ad entità fisiche o psichiche⁶², e studiando come figure paradigmatiche l'obbligo e la pretesa. Si giunge a isolarne un duplice carattere: temporalità, quale suscettibilità di durare un dato tempo e di estinguersi⁶³; necessità di un portatore (*Träger*) e di un destinatario (*Gegner*)⁶⁴. Pretesa ed obbligo risultano inseparabili dalla propria fonte materiale, ed insuscettibili di

⁵⁹ A. MEINONG, *Über Gegenstände höherer Ordnung und deren Verhältnis zur inneren Wahrnehmung*, in *Zeitschrift für Psychologie und Physiologie der Sinnesorgane*, 21, 1899, 181 ss., ora in *Alexius Meinong Gesamtausgabe*, B. II (*Abhandlungen zur Erkenntnistheorie und Gegenstandstheorie*), Graz, 1971, 377 ss.; trad. it. di E. Melandri, *Gli oggetti di ordine superiore in rapporto alla percezione interna*, Faenza, 1979, spec. 42 ss., considerato il fondatore della *Gegenstände Theorie* (teoria degli oggetti: v. G. LORINI, *Una fenomenologia analitica della promessa*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1999, 295). Dello stesso A. MEINONG, da vedere *Über Gegenstandstheorie*, Leipzig, 1904, ora in *Alexius Meinong Gesamtausgabe*, B. II, cit., 481-530; *Über die Stellung der Gegenstandstheorie im System der Wissenschaften*, in *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 129, 1906, 48-94; e la seconda parte *ivi*, 130, 1907, 1-46, ora in *Alexius Meinong Gesamtausgabe*, B.V (*Über philosophische Wissenschaft und ihre Propädeutik*, ecc.), Graz, 1973, 205-365.

⁶⁰ MEINONG, *Über Gegenstände höherer Ordnung*, cit., 42 (trad. it.): ad esempio «una casa, un cronometro, un libro ..., e, naturalmente, anche colore, suono, elettricità».

⁶¹ Sicché «oggetti reali ed oggetti ideali si distinguono sotto il profilo della *modalità d'essere*: gli oggetti reali *esistono* (*existieren*), gli oggetti ideali *sussistono* (*bestehen*)»: MEINONG, *op. loc. ult. cit.* (corsivi nel testo).

⁶² C.d. "*rechtliche Gebilde*", studiati da A. REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, in *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologische Forschung*, 1, 1913, 706; nuova ed. *Zur Phänomenologie des Rechts*, München, 1953, trad. it. di D. Falcioni, *I fondamenti a priori del diritto civile*, Milano, 1990, 7. La non fisicità non implica per R. l'irrealità: pur essendo non spaziali, gli "oggetti giuridici" sarebbero temporali, ed assumerebbero sotto questo profilo carattere di realtà. V. a riguardo le notazioni di LORINI, *Una fenomenologia analitica*, cit., 297, il quale risale alla teoria del tempo come categoria del reale (rispetto allo spazio) elaborata da N. HARTMANN, *Das Problem des geistigen Seins*, Berlin, 1931 (II ed., 1949), 97; trad. it. di A. Marini, *Il problema dell'essere spirituale*, Firenze, 1971, 128. V. pure J. LLAMBIAS DE AZEVEDO, *Eidética y aporerética del derecho*, Buenos Aires, 1958, 93-101.

⁶³ REINACH, *op. ult. cit.*, 12 (trad. it.): temporalità che, a rigore, distinguerebbe quelli giuridici dagli oggetti propriamente ideali (nt. prec.).

⁶⁴ A. REINACH, *Nichtsoziale und soziale Akte*, 1911, in *Sämtliche Werke. Kritische Ausgabe und Kommentar*, München, 1989, 358.

derivazione causale; secondo un principio c.d. d'“*imperceptibilità diretta*”⁶⁵, essi non si lasciano constatare mercè un impulso sensoriale, bensì soltanto ricavare attraverso l'atto che li prevede e descrive⁶⁶. Qui la percezione dell'oggetto si traduce in decodificazione della fonte, cioè nel riconoscere i segni del testo⁶⁷ ed estrarne i significati⁶⁸, così da ricostruire i modelli di comportamento, che designiamo ellitticamente con i termini pretesa e obbligo⁶⁹.

⁶⁵ Muovendo dall'asserita “imperceptibilità diretta”, la temporalità, che REINACH, *op. loc. ult. cit.*, denota negli oggetti giuridici e che lo spinge a distinguerli dagli oggetti ideali o “irreali”, dovrebbe allora convertirsi in successione di fonti: non una vicenda intrinseca al rapporto (che tradisce anche qui una metafora della fisicità), ma la posizione di una nuova e prevalente descrizione predicativa (del contegno umano).

⁶⁶ «Se voglio persuadermi» – scrive REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, cit., 23 (trad. it.) – «dell'esistenza del movimento devo solo aprire gli occhi. Nel caso di pretesa ed obbligo, invece, è indispensabile ritornare al loro fondamento (Grund). Solo mediante la rinnovata constatazione dell'esistenza della promessa posso stabilire l'esistenza di ciò che ad essa consegue».

⁶⁷ La relazione tra significato e segno può essere propria od impropria: nel primo caso avremo un vero e proprio simbolo, il quale è socialmente eretto ad esprimere quel significato; nel secondo, un mero segno, dal quale, attraverso le circostanze concrete, può risalirsi ad una qualche intenzione del segnante (cfr. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche ed analisi del linguaggio*, cit., 77-79, in tema di simbolo incompleto, incapace cioè di descrivere oggetti della realtà).

⁶⁸ Nella sua *Teoría del objeto puro*, Madrid, 1990, 35 ss., A. MILLÁN PUELLES distingue oggetto “irreale sensibile” ed oggetto “irreale intellegibile”: se non m'inganno, le situazioni giuridiche cadrebbero in tale seconda categoria. P. DI LUCIA, *L'universale della promessa*, Milano, 1997, 35 ss., avverte il carattere “thetico” (secondo il concetto elaborato da A.G. CONTE, voce *Performativi*, in *Dig.*, IV, 13, Torino, 1996, 361 ss.: «la performatività “thetica” – o “theticità” – è quella di colui che con le parole altera il mondo») dell'atto del promettere, come «atto di linguaggio avente senso di produzione di uno stato di cose». Egli critica la teoria di J. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, London, 1995, trad. it. di A. Bosco, *La costruzione della realtà sociale*, Milano, 1996, 37 ss., secondo il quale la promessa non si colloca tra i “dichiarativi” (atti costitutivi di uno stato di cose), ma tra i “commissivi” (atti che impegnano il parlante a compiere una certa azione).

⁶⁹ Già D. HUME, *An Enquiry Concerning the Principle of Morals*, London, 1751, trad. it. di M. Dal Pra, *Ricerca sui principi della morale*, Bari, 1997, 51, aveva intuito l'afisicità ed artificialità degli enti giuridici, con riguardo al concetto di proprietà. «Che cos'è la proprietà? Qualche cosa il cui uso è conforme alla legge per quella persona e soltanto per quella persona. Ma quale regola abbiamo noi, per distinguere questi oggetti?». Commentando il luogo di Hume, LORINI, *Una fenomenologia analitica*, cit., 302 acutamente coglie il passaggio dall'intrinseco all'estrinseco, sicché la proprietà non è qualità di un oggetto, ma disciplina contenuta in un atto: «l'unico modo per percepire la proprietà è percepire l'atto che l'ha prodotta». V. ora M. FERRARIS, *Documentalità: ontologia del mondo sociale*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2007, IX, 2, 240-329, spec. 283-284. Egli fa proprio il noto aforisma ontologico di J. DERRIDA (*De la grammatologie*, Paris, trad. it. di AA.VV., *Della grammatologia*, Milano, 1969, 25 ss.) «nulla esiste al di fuori del testo»; mutandolo in «nulla di sociale esiste al di fuori del testo». Si tratta di un corollario della teoria dell'oggetto sociale, la quale – spiega Ferraris – «evolve naturalmente in una teoria del documento, intesa come la ricerca e la definizione di ciò che chiamo “documentalità”, ossia delle proprietà che costituiscono, in differenti casi, le condizioni necessarie e sufficienti (partendo dalle

Il carattere intrinsecamente descrittivo dei modelli giuridici implica due corollari. In primo luogo, la capacità predittiva o calcolante del diritto, il quale descrivendo rende rappresentabili alla intelligenza dei destinatari fatti possibili. Al superamento del volontarismo imperativistico corrisponde la opponibilità *a priori* degli statuti giuridici, attraverso la posizione di fonti materiali formali e permanenti. In secondo luogo, la relazione lineare o diretta tra precisione della lingua e determinatezza del titolo, ossia della fonte immateriale cui ragguagliare i fatti storici.

Sarebbe qui da introdurre il concetto di prossimità semantica (o enunciativa), come capacità determinativa della fonte materiale e del titolo. Tanto più la fonte è precisa nel *descrivere* il fatto regolato, tanto più alta risulta la calcolabilità giuridica⁷⁰, ossia la possibilità logica di prevedere la disciplina di un fatto. Qui la nozione di frastico parrebbe implicare un *continuum* tra un massimo e un minimo, oltre il quale la lingua perde efficacia indicativa e cessa di descrivere il mondo. Si potrebbe pensare a gradi di prossimità, secondo che il testo esprima con maggiore o minore determinatezza il fatto regolato.

La concezione ontica o descrittiva del linguaggio normativo implica corollari ermeneutici. Includeremo nel concetto di “norma” solo significati dotati di fattispecie, e così suscettibili di applicazione in senso tecnico, ossia di giudizio conformativo tra fattispecie e fatto. Questa linea logica conduce una correlativa definizione negativa di principio: la parola “principio” esprime un a-frastico, ossia un concetto privo di capacità enunciativa (di un fatto possibile).

I principi si lasciano ordinare in due specie: i principi normativi, i quali si ricavano per astrazione da una o più norme ed esprimono il nucleo essenziale (appunto *astratto*) comune ad esse (si direbbe trattarsi di una estrazione e astrazione analogiche del significato); i principi valutativi, i quali si riferiscono o implicano valori morali o sociali (quale che sia l'area valutativa preferibile). In entrambi i casi, la parola principio evoca un difetto del frastico, ossia della componente enunciativa o descrittiva di fatti storici⁷¹.

due condizioni molto generali: essere un'iscrizione ed essere un documento o qualcosa di “documentale”) per essere un oggetto sociale. In definitiva, non c'è società se non ci sono documenti, e i documenti appaiono come delle registrazioni dotate di particolare valore sociale» (*op. loc. ult. cit.*).

⁷⁰ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*.

⁷¹ Cfr. N. IRTI, *I cancelli delle parole*, ora in *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*. In letteratura si distingue tra clausole generali e principi. La quale portando a sintesi l'essenza nascosta in varie e diverse sfumature di pensiero mi pare in ciò: che la clausola generale ha una fattispecie vaga (paradigmatico il caso della buona fede o del buon costume). Il principio manca del tutto di una fattispecie, la quale non è descritta dalla fonte. Secondo G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*, 2009, 131-15, il principio sarebbe una norma generica e indeterminata, ossia mancante di un preciso effetto. Sul tema ora VELLUZZI, *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, cit., 9 ss.

L'assenza di una proposizione descrittiva (più o meno precisa, più o meno vaga)⁷² rende il principio tecnicamente insuscettibile di applicazione, giacché applicare è collocare fatti storici entro fattispecie. In mancanza della fattispecie, la valutazione di un fatto rispetto a un principio si svolgerà in modi diversi, e inassimilabili all'applicazione giuridica.

8. Segue. *Rilevanza ermeneutica dei principi. Un caso*

L'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale prevede com'è noto un metodo induttivo di applicazione, anche analogica⁷³. Metodo, che postula il ricorso ai principi come residuale e dunque come ultima *ratio*, in assenza del *strictum ius* (in difetto di fattispecie applicabili). Emanata la costituzione repubblicana rigida e introdotto il giudizio di legittimità costituzionale, la fruizione dei principi costituzionali parrebbe a rigore non più eventuale e residuale ma necessaria e ineludibile. Dacché l'applicazione di qualsiasi norma deve passare per definizione alla preventiva delibazione di costituzionalità.

Come conciliare la delibazione necessaria di costituzionalità e la residualità del ricorso ai principi postulata dal vecchio art. 12? Sarà appena da rammentare come la dottrina più sensibile al tema della costituzionalizzazione teorizzi la disapplicazione o addirittura la implicita abrogazione dell'art. 12 all'indomani della nuova costituzione rigida, la quale non più potrebbe tollerare il metodo analogico induttivo. Su questa linea, la letteratura concepisce i principi (e segnatamente i principi costituzionali) come norme sulla produzione normativa diffusa. I principi di "nuova generazione"⁷⁴ sarebbero non giudizi ipotetici, bensì prescrizioni (diremo qui) sulla produzione di norme, le quali imporrebbero ad ogni giudice (e più generalmente ad ogni operatore giuridico) di generare fattispecie assiologicamente conformi al principio sovraordinato⁷⁵.

⁷² Per il concetto di vaghezza v. *supra*, nt. 15.

⁷³ LOMBADI VALLAURI riferisce di aver scoperto che l'analogia *legis* finisce per coincidere con l'interpretazione, giacché svolgere l'*argumentum a simili* non altro implicherebbe che postulare una norma con un fattispecie più larga dell'originaria. E dunque l'analogia finirebbe per coincidere con una interpretazione estensiva. Sì e no. No ove si nega una disgiungibilità logica (a priori) tra i concetti di interpretazione e applicazione, i quali appaiono invero separabili con razionale nettezza. Sì, se il corollario vuole essere la preclusione dell'interpretazione estensiva per le norme penali ed eccezionali.

⁷⁴ Cfr. F. ADDIS, *Sulla contrapposizione tra norme e principi*, in questo volume, 219 ss.

⁷⁵ «Una volta chiarito» – scrive Addis, *ibidem*, 240 – «che i processi formativi della legge non dipendono più solo da quest'ultimo, perché devono confrontarsi con un sistema di fonti che assegna al legislatore nazionale un ruolo solo concorrente nella determinazione del diritto applicabile, il sistema valoriale insito nel richiamo dei principi reagisce al rischio dell'incoerenza

A mio modo di vedere occorre – ancora una volta, come sempre, – trovarsi intorno alla forza delle parole. Principi e norme condividono una medesima natura: sono significati di testi normativi. Sicché delle due l'una; o entrambi ubbidiscono alla disciplina generale dei testi, e così entrano nell'ordine giuridico dell'interpretazione, e allora ogni interprete sarà stretto dalla prigione ermeneutica delle parole vigenti e delle relazioni sintattiche; o i principi sono sciolti da ogni disciplina ermeneutica e allora essi saranno elevati a sovrani assoluti, in una tirannia assiologica che non tollera la coniugazione con altri testi vigenti e non riconosce la forza ermeneutica della legge prossima (fattispecie precisa) e della lingua normativa.

La teoria della (conierei il sintagma) “sovranità assiologica” parrebbe oscillare tra due estremi, logicamente eccentrici. Da un lato, una relazione di continuità tra principio e norma, sicché quello orienta l'interpretazione (costituzionalmente coerente) di questa; dall'altro, un nesso di incompatibilità, dal quale discenderebbe la disapplicazione della norma (precisa o prossima) e l'applicazione diretta del principio. Il principio costituzionale risulterebbe sempre direttamente *applicabile* ai fatti a prescindere dalla sintassi dei testi vigenti, mercé disapplicazione della norma prossima e nomogenesi giudiziale di una diversa norma singolare (del caso concreto).

Tornerei alla dicotomia sopra evocata: altro è interpretare; altro, applicare.

La legalità costituzionale, fondata sul primato gerarchico della fonte materiale di produzione, non appare logicamente incompatibile con la prigione ermeneutica testuale. La forza epistemologica delle parole sta oltre e sopra, nel senso di abbracciare l'intero arco dell'esperienza umana e così pure il più limitato orizzonte del diritto. Se il principio perde la connotazione mistica di valore e scende nel mondo delle norme, allora esso è calato nella cerchia dei testi normativi; esso finisce connotato (diremo per intuizione immediata) non già da una sovranità totipotente⁷⁶ bensì semmai da una ordinata e razionale superiorità gerarchica. Che non è eccentrica; ma concentrica e coerente con l'ordine sistematico.

La Carta ha introdotto il giudizio di legittimità costituzionale, fondato sul nesso verticale norma ordinaria – norma costituzionale. Il caso è delibato preli-

imponendo anche a soggetti diversi dal legislatore il compito di enucleare quello che il legislatore medesimo non riesce più a fare in via esclusiva, cioè predisporre la norma giuridica».

«E poiché l'applicazione di quest'ultima passa inevitabilmente dall'enucleazione della fattispecie, posto che, altrimenti, riuscirebbe impossibile individuare in quale caso imporre la regola di condotta da essa fissata, il risultato finale al quale mira l'applicazione dei principi non è affatto diverso da quello che connota le norme sostantive e s'identifica proprio nella costruzione di una fattispecie quale condizione necessaria per la determinazione della norma applicabile».

⁷⁶ Mi permetto di rinviare al mio *Autonomia e sovranità*, in *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2007, 187 ss.

minarmente da ciascun giudice, il quale nell'applicare una norma deve vagliarne preventivamente il grado di conformità costituzionale. E qui si danno due possibilità: che la norma risulti compatibile con il principio costituzionale; che la norma risulti non compatibile. Che significa dunque codesta compatibilità?

Si tratta a mio avviso di un fenomeno ermeneutico. Il principio costituzionale viene convertito in un significato comparabile a quello della norma ordinaria, in modo da porre a confronto le due fonti immateriali. La comparazione avviene isolando *ratio* della norma ordinaria e *ratio* della norma costituzionale⁷⁷. La coerenza razionale delle due fonti si svolge e risolve allora nel giudizio di compatibilità tra *rationes legum*.

Se la disposizione esprimesse una pluralità di sensi codificati, allora la *ratio* della fonte costituzionale fungerebbe da criterio selettivo, espungendo dal circuito giuridico i significati incompatibili. La rimessione alla Corte seguirà nel caso di incompatibilità totale dello spettro di senso, ossia nel caso in cui nessuno dei significati testuali ricavabili appaia conforme alla *ratio* costituzionalmente giustificata. Il giudizio di costituzionalità riposa sulla fondativa disciplina della divisione dei poteri, e in particolare sulla *vigenza* (*vigor* è forza) della fonte ordinaria, la quale non è nella disponibilità dell'organo giudiziario chiamato ad applicarla (questo il senso semplice e profondo della soggezione esclusiva del giudice alla legge, stagliata dall'art. 101 della Costituzione).

Discendono da questa linea i seguenti corollari. I principi sono concetti di secondo grado, e costituiscono *rationes* di riferimento per il giudizio di legittimità costituzionale; i principi non sono norme, nel senso che mancano di fattispecie applicabili; i principi costituzionali sono per propria natura destinati alla mediazione ermeneutica, ossia fungono da criteri selettivi dei significati normativi ordinari; l'incompatibilità ermeneutica implica sempre e solo la rimessione al giudice costituzionale; la disapplicazione delle norme incompatibili è preclusa al giudice ordinario⁷⁸.

Mettiamo in azione tali corollari.

Le parti di un contratto preliminare convengono una caparra confirmatoria; l'*accipiens* inadempiente, tenuto a restituire il doppio in ragione dell'art. 1385, co. 2, c.c., chiede la riduzione della caparra manifestamente eccessiva. Il Tribunale solleva questione di legittimità costituzionale, sotto il profilo dell'irragionevolezza, «“intrinseca incoerenza, contraddittorietà od illogicità” dell'art. 1385, secondo comma, del codice civile, nella parte in cui non dispone che “nelle ipotesi in cui la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere

⁷⁷ A ben vedere ogni *ratio* si converte al postutto un'enunciazione di senso, con riguardo alle scelte di politica del diritto (si potrebbe qui introdurre pericolosamente il concetto di interesse) e di razionalità sistematica suscettibili di argomentazione razionale.

⁷⁸ V. ora LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 57 ss.

dal contratto, ritenendo la caparra e nella ipotesi in cui, se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra – il giudice possa equamente ridurre la somma da ritenere o il doppio da restituire, in ipotesi di manifesta sproporzione o ove sussistano giustificati motivi”, tenendo conto della natura dell'affare e delle prassi commerciali». «L'automatismo della disciplina recata dalla disposizione denunciata non lascerebbe spazio al giudice per alcun rimedio ripristinatorio dell'equità oggettiva e del complessivo equilibrio contrattuale in fattispecie – come quella al suo esame – in cui sussista una “evidente sproporzione che porterebbe ad una restituzione complessiva di somme, addirittura superiori al valore stesso dell'affare”»⁷⁹.

Con ordinanza n. 77/2014, la Corte costituzionale ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile per difetto di motivazione. Non avrebbe il Tribunale «tenuto conto dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come da sua prospettazione) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte». «E ciò in ragione della rilevabilità *ex officio* della nullità (totale o parziale), *ex art.* 1418 c.c., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa, “funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato” (Corte di cassazione n. 10511 del 1999; ma già n. 3775 del 1994 e, in prosieguo, a Sezioni unite, n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009)»⁸⁰.

Chissà se, sollevando la questione di costituzionalità dell'art. 1385 c.c., il giudice tirolese avrebbe mai immaginato il vespaio polemico, suscitato di convegno in convegno intorno al caso della caparra eccessiva. Io credo che l'ordinanza della Corte costituzionale scelga una via inutile ed epistemologicamente eversiva. La pseudo-applicazione del principio è non un giudicare ma un decidere: rozzamente valutativo, che ignora brutalmente i canoni ermeneutici dell'interpretazione sistematica e dell'analogia. Decisione *per saltum*, la quale omette verificare la sintassi delle fattispecie prossime (artt. 1384 e 1385 c.c.), le relazioni di genere a specie, le lacune rilevanti, i sensi letterali del testo e la sistematica del co-testo⁸¹.

⁷⁹ Ord. 26 marzo-2 aprile 2014, n. 77, in *G.U., I Serie Speciale – Corte Costituzionale*, 9 aprile 2014, n. 16.

⁸⁰ Corte cost., ord. 77/2014, cit.

⁸¹ L'ordinanza sembra ricevere il plauso di F. ADDIS in questo volume, il quale ne propone una salvifica lettura, connettendola con l'art. 7 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231: alla luce dell'art. 2 Cost., tale ultima norma perderebbe carattere eccezionale per lasciare emergere un generale

Il pensiero analogico e calcolante – prigione ermeneutica del giurista e dello stesso legislatore – mostra in tale esito segni di crescente declino⁸². Nella suggestione dell'ètimo, ana-logia evoca un *logos* al di sopra delle singole norme, e la possibilità di ritrovare un nesso di somiglianza tra fatti regolati e fatti non regolati entro lo stretto e rigoroso binario di una comune logica, entro una medesima *ratio* positiva⁸³. Lo scrupolo ricostruttivo e sistematico, e con esso la fatica di coniugare i testi per stabilirne nessi sintattici e analogici, sono insidiati dalla pressione dei principi generali e dall'urgenza della concretezza⁸⁴.

Il discorso ci porterebbe lontano. Qui basterà dire che l'applicazione del diritto, in che si svolge e risolve l'attività del giurista-giudice, è una forma di pote-

principio di "nullità per grave iniquità", direttamente e immediatamente applicabile – attraverso la via della solidarietà costituzionale – al caso della caparra eccessiva. Non posso nascondere il dissenso dal caro amico, il quale, pretermettendo le fattispecie prossime al caso, finisce per cadere in una *ignoratio elenchi*.

A tacere di ogni altro argomento, una clausola generale come quella di "grave iniquità" (la quale è priva di senso indicativo o referenziale, e rinvia a un vago criterio valutativo) non può non andare congiunta al vaglio determinativo delle fattispecie applicabili. Anche a voler adottare un criterio equitativo, occorre stabilire se possa – attraverso il calcolo ermeneutico testuale, co-testuale e contestuale (quando ammesso) – estrarsi un significato dalle norme prossime (al caso: artt. 1384, 1385, 1218, 1223 c.c.) compatibile con il concetto valutativo e indeterminato di "grave iniquità". Ragionando così si potrebbe giungere a stabilire che le clausole di determinazione convenzionale del danno non possano prevedere un risarcimento "eccedente" la misura del danno effettivo (v. sul punto il bel volume di F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, spec. 170 ss.). Ma occorre passare attraverso l'ermeneusi delle norme prossime, vagliando connessioni sistematiche e nessi analogici. Il ricorso al principio vago o indeterminato è risorsa remota e ultima; sempre essa incontra il limite invalicabile del testo, ossia della sistematica delle fonti prossime.

Credo di poter invocare dalla mia l'autorità del L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, 1976, in *Diritto e valori*, cit., 1985, 46-47, certo non sospettabile di neopositivismo logico: «la scienza giuridica non è una scienza pratica nello stesso senso in cui lo sono la politica, l'economia o l'etica (quando non sia fondata su basi teologiche). Essa fa riferimento a comportamenti umani, ma il suo compito non è di spiegare o elaborare criteri di agire corretto (...) bensì di comprendere il significato di testi normativi autoritativamente predisposti per dettare regola ai rapporti sociali. *La scienza giuridica è essenzialmente una scienza ermeneutica come tale dominata dal primato del testo*» (corsivi aggiunti). ID., *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, cit., 10, ove chiaramente «il tenore letterale segna il limite estremo delle variabili di senso ascrivibili al testo».

⁸² Segnalerei due letture: in teoria generale, G. CARCATERRA, voce *Analogia*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988; le pagine di A. STRUMIA, *Scienza, analogia, astrazione. Tommaso d'Aquino e le scienze della complessità*, Padova, 1999.

⁸³ «La storia dell'analogia coincide con la stessa storia del pensiero umano». Così ancora VELLUZZI, *Analogia giuridica e interpretazione estensiva*, cit., 1 del datt. Da leggere le pagine di E. MELANDRI, *La teoria e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Bologna, 1968.

⁸⁴ Sembra calzante il paragrafo irtiano "crisi della sistematicità e empirismo della dottrina", in *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, 87 ss. Da un ventennio IRTI denuncia il «quieto empirismo, sempre insidiato dall'incoerenza o dall'incompatibilità delle singole tecniche di ricerca».

re e non di potenza. Il giurista non “decide”, nel senso brutale e totale di tagliare il tempo e svolgere la propria volontà di potenza. Ogni sovrana volontà (ancorché assiologica) di potenza, finisce per trovarsi contro la *normalità calcolante del diritto*, nella quale si svolge per intero la moralità del trovarsi insieme. La misura dei fatti e delle azioni appare essenza stessa del *ius*; vincolo intersoggettivo e obiettivo, il quale non tollera decisioni arbitrarie o anche semplicemente valutative, ma postula e svolge la forza del testo e la fatica dell’interpretare e definire.

Ogni fonte immateriale, statuto giuridico applicabile al caso, appare l’esito di un calcolo ermeneutico, che muove dal basso delle norme prossime verso l’alto dei principi. Consegnato per intero alle forze della volontà, sciolto dall’umile fatica della coerenza sistematica e dei nessi sintattici e normativi, dissolto nella valutazione del caso concreto, il diritto smarrisce la propria normale calcolabilità⁸⁵.

Il diritto perde lo statuto di scienza; destinato a sopravvivere come tecnica della decisione concreta.

⁸⁵ Falsificabilità logica, per quanto debole voglia concepirsi: *supra*, nt. 56.

SEZIONE V

L'AUTONOMIA CONTRATTUALE
TRA DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

PRINCIPI GENERALI E STRATEGIE NEOSISTEMATICHE NEL DIBATTITO SULL'AUTONOMIA CONTRATTUALE

di *Raffaele Caterina*

SOMMARIO: 1. I problemi. – 2. La crisi della fattispecie e il dibattito sulle clausole generali. – 3. La partizione dei contratti asimmetrici. – 4. Le clausole generali e il ruolo dell'interprete. – 5. Spunti minimi sul divieto di abuso di dipendenza economica.

1. *I problemi*

Negli ultimi venti anni, la teoria generale del contratto ha dovuto fare i conti con tre fenomeni vistosi.

Il primo è naturalmente il diritto dei consumatori, che ha sottratto alla disciplina generale del contratto una fetta importantissima del suo ambito di applicazione.

Il secondo è costituito da una eterogenea serie di interventi nel campo dei contratti di impresa, tutti comunque volti alla difesa di un imprenditore “debole” attraverso più o meno significativi limiti posti all'autonomia delle parti. Il riferimento è alle norme sulla subfornitura, sull'affiliazione commerciale, sui ritardi di pagamenti nelle transazioni commerciali, sulla cessione di prodotti agricoli ed alimentari.

Il terzo è un inedito attivismo giudiziale, che ha dimostrato una crescente convinzione da parte dei giudici della propria legittimazione ad operare interventi di ortopedia del regolamento contrattuale, al di fuori di qualunque specifica previsione da parte del legislatore.

L'idea di un diritto comune dei contratti, capace di sopravvivere sostanzialmente immutato nonostante il moltiplicarsi degli interventi settoriali, ne è uscita ridimensionata. Insieme ad essa, sembra essere tramontata una visione tradizionale, che enfatizzava il ruolo dell'autonomia contrattuale come principio fondamentale del diritto dei contratti, configurandone i limiti come il risultato di norme eccezionali.

In questo senso si può considerare emblematico il dibattito che ha avuto ad oggetto l'art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192. Come è noto, la legge riguarda la subfornitura, e l'art. 9 vieta l'abuso dello stato di dipendenza economica nel quale un'impresa si trova nei confronti di un'altra. La possibilità di estendere il campo di applicazione dell'art. 9 al di là dei confini dei contratti di subfornitura è stata oggetto di un intenso dibattito nella giurisprudenza di merito.

In senso contrario alla possibilità di estendere l'applicazione dell'art. 9 oltre i contratti di subfornitura, si è richiamato «il principio di libertà di contrarre, di cui agli artt. 41 Cost., 1322, 1326 c.c., il quale è derogato solo da norme espresse che, in quanto facenti eccezione a detto principio, sono di stretta interpretazione», ritenendo il potere conferito al giudice dall'art. 9 «senz'altro eccezionale, perché l'intero sistema dei contratti è ispirato al principio della libertà di contrattare»¹. E, nello stesso senso, si è affermato che poiché «il microsistema normativo delineato dalla legge n. 192/1998 implica una serie di limitazioni al potere contrattuale dell'impresa committente al fine di garantire un adeguato livello di tutela giuridica al subfornitore», «l'estensione delle sue disposizioni a rapporti negoziali e settori differenti da quelli esplicitamente ivi indicati, come quello della distribuzione, provocherebbe un implicito soffocamento del principio generale di cui all'art. 1322 c.c., che, proprio per la sua natura generale, costituisce una regola fondamentale dell'ordinamento giuridico civilistico, le cui eccezioni necessitano di un'espressa previsione di legge, e non possono essere ricavate da un'opera di interpretazione analogica da parte dei giudici»².

Un altrettanto consistente filone della giurisprudenza di merito ha però ritenuto che «l'art. 9 l. n. 192/98 abbia portata generale, ossia non limitata ai soli contratti "di subfornitura" (...) in quanto espressione del principio di buona fede e correttezza contrattuale»³. Sulla scia delle posizioni assunte da una parte della dottrina, l'abuso di dipendenza economica è stato esplicitamente ricondotto all'abuso del diritto, e ricostruito come «clausola generale di abuso di potere contrattuale delle regolazioni negoziali tra imprese»⁴, di applicazione generalizzata a tutti i rapporti contrattuali tra imprese aventi natura commerciale. Tale ultima posizione è poi stata accolta dalla Corte di cassazione, la quale ha ritenu-

¹ Trib. Bari 2 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3208.

² Trib. Roma 17 marzo 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 255.

³ Trib. Torino 11 marzo 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 271.

⁴ Trib. Catania 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, 262. La formula è ripresa da R. PARDOLESI-R. CASO, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 712 ss. L'abuso di dipendenza economica è ricostruito come «abuso di diritti nell'esercizio dell'autonomia privata di un contraente verso l'altro» anche in M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, 88.

to che l'abuso di dipendenza economica configuri «una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura»⁵.

Emergono così i temi di un più generale dibattito, che saranno esaminati nelle prossime pagine. Da un lato, se la capacità di espansione dei nuovi limiti posti all'autonomia contrattuale al di fuori dei “microsistemi normativi” nel cui ambito sono stati elaborati sembra ormai largamente condivisa, gli interpreti si dividono sulle strategie ricostruttive volte a governare questa espansione. Dall'altro, il crescente ricorso alle clausole generali solleva il problema del rapporto tra regole puntuali e principi, ed insieme del ruolo da riconoscere ai giudici nel controllo dell'autonomia contrattuale.

Il prossimo paragrafo sarà dedicato appunto a delineare due approcci fondamentalmente diversi nell'affrontare il tema dei limiti all'autonomia contrattuale. Da un lato, c'è chi esalta il ruolo delle clausole generali, ed attraverso di esse dell'applicazione diretta dei principi da parte del giudice, in relazione alle circostanze del singolo fatto concreto; dall'altro, c'è chi sottolinea la necessità di sorvegliare l'estensione interpretativa delle singole previsioni concrete attraverso una analisi attenta delle loro *rationes* ed eventualmente attraverso la costruzione di nuove categorie concettuali.

Il paragrafo successivo si concentrerà invece su un altro fronte di divisione, tutto interno all'approccio che potremmo chiamare analitico all'estensione delle regole che pongono dei limiti all'autonomia contrattuale. Infatti la dottrina si è divisa tra chi enfatizza una *ratio* comune nelle norme dedicate al c.d. contratto asimmetrico, che vede una parte (sia essa consumatore o professionista) in posizione di debolezza rispetto all'altra; e chi invece sottolinea la sostanziale discontinuità, nei presupposti e negli strumenti di tutela, delle regole destinate a tutelare il professionista debole rispetto a quelle che tutelano il consumatore (così delineando una figura di “terzo contratto” diverso sia da quello del codice civile che da quello del codice del consumo).

I due dibattiti, così sommariamente ricostruiti nel secondo e nel terzo paragrafo, saranno poi oggetto di alcune riflessioni critiche nel penultimo paragrafo, mentre l'ultimo paragrafo sarà dedicato a qualche spunto ricostruttivo in tema di divieto di abuso di dipendenza economica.

2. La crisi della fattispecie e il dibattito sulle clausole generali

Il nostro tema ha costituito uno dei principali punti di emersione, nella letteratura civilistica italiana, di un dibattito metodologico che ha potenzialmente

⁵ Cass. s.u., ord., 25 novembre 2011, n. 24906, in *Foro it.*, 2012, I, 805.

una rilevanza più ampia, e che chiama in causa anche diverse concezioni del ruolo della giurisprudenza.

I due orientamenti che si contrappongono condividono tuttavia, sul piano della descrizione del reale, la constatazione di un fenomeno, che è stato a suo tempo efficacemente indicato come quello della «perdita della fattispecie», caratterizzato dal proliferare di norme imperative «caratterizzate da una intenzionale indeterminazione quanto all'ambito di applicazione»⁶.

Se questo è il comune sfondo descrittivo dei due orientamenti, completamente diversa è la valutazione che si dà del fenomeno.

Da un lato, vi è chi rifiuta qualsiasi “nostalgia” della fattispecie, sostenendo invece la necessità di adottare una prospettiva metodologica e un approccio ermeneutico che «anziché far leva sulle nozioni di fattispecie e di ‘tipo’, valorizzino il profilo della centralità dei principi e della loro attuazione mediante il ricorso ad una interpretazione assiologica e sistematica dell'ordinamento in relazione al caso concreto»⁷. Oggi si imporrebbe, dunque, «un ridimensionamento della teoria generale della fattispecie mediante la valorizzazione del ruolo dei principi normativi vigenti»⁸.

Da un lato, ciò conduce a classificare come «sterili esercitazioni concettualistiche» i tentativi di individuare particolari categorie di contratti che possano guidare l'interprete nell'applicazione e nell'estensione delle soluzioni normative. «Abbandonata ogni prospettiva generalizzante, occorre individuare la soluzione più adeguata, interpretando e, al contempo, qualificando quel contratto e quella contrattazione nel sistema complessivamente considerato e nel contesto dei valori che lo caratterizzano»⁹.

Dall'altra parte, ciò implica ovviamente la necessità di incrementare, «senza timore, le prerogative dei giudici», «trasfondendo loro la cultura adeguata per poter realizzare, nella quotidianità dei processi, interventi integrativi, correttivi, sostitutivi»¹⁰.

Piuttosto che auspicare un recupero della fattispecie, si tratta di prendere atto che «solo ricorrendo ai principi si possono trovare le risposte efficienti in una società evoluta e complessa». Ciò deve condurre ad accettare la “centralità del giudice”: «centrale è la consapevolezza che le norme costituzionali sono direttamente applicabili anche se prive di una fattispecie ed emerge con chiarezza

⁶ G. DE NOVA, *I singoli contratti. Dal titolo terzo del libro quarto del codice civile alla disciplina attuale*, già in *I cinquant'anni del Codice Civile*, Milano, 1993, e ora in ID., *Il contratto. Dal contratto alieno al contratto atipici*, Padova, 2011, 338.

⁷ P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, 323-324.

⁸ *Ibidem*, 335.

⁹ *Ibidem*, 330-331.

¹⁰ *Ibidem*, 336.

che il potere del giudice non è un'anomalia se fonda la sua decisione su un principio, ma riflette anzi la profonda trasformazione della forma democratica dovuta all'affermarsi dei valori costituzionali»¹¹. In questo quadro, la "centralità della *iurisdictio*" e il rinnovato ruolo della figura generale dell'abuso del diritto non sono «affatto un'anomalia, ma un sintomo di una trasformazione culturale di cui occorre acquisire piena consapevolezza»¹².

Nel quadro di un simile orientamento, i nuovi, singoli interventi normativi, invece di essere analizzati nel tentativo di precisarne l'ambito di applicazione, finiscono con l'essere letti come espressioni delle clausole generali già presenti nel sistema, come tali suscettibili di una generalizzata applicazione. Così, con riguardo al divieto di abuso di dipendenza economica, si è scritto che se si concorda nel considerarlo «espressione della clausola generale di buona fede che traduce operativamente il dovere di solidarietà di matrice costituzionale, si deve necessariamente concludere per la sua applicazione generalizzata a tutti i contratti, risultando altrimenti tradito il principio di eguaglianza»¹³. Si è così sostenuto che il divieto di abuso di dipendenza economica dovrebbe essere inteso, in senso ampio, come «divieto di approfittare della condizione di debolezza in cui versa, per qualunque ragione, l'altro contraente per conseguire vantaggi del tutto esorbitanti rispetto alla natura del contratto»¹⁴ (fra l'altro, così travolgendo «il rimedio per la sproporzione *ultra dimidium* delle prestazioni contrattuali»¹⁵).

Sul fronte opposto, vi è chi ha denunciato i rischi di una «fuga nei principi generali», come esito di un «sempre più evidente smarrimento della capacità di analizzare e distinguere, e con ciò di 'differenziare' le singole specifiche previsioni (...) e le *rationes* che ne stanno alla base»; affermando l'esigenza ineludibile di un «recupero della fattispecie» da parte dell'interprete, come condizione indispensabile «per restituire al discorso del giurista il requisito minimo della *ragionevolezza* e della possibilità di *comunicazione intersoggettiva*»¹⁶.

Ciò può chiamare l'interprete al compito di costruire «categorie concettuali nuove, coerenti non solo con il dato positivo, ma anche con la realtà concreta che quel dato è volto a disciplinare»; e ciò nel tentativo di «restituire non certo

¹¹ G. VETTORI, *I contratti per l'impresa fra tipi e clausole generali*, in *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI, Bologna, 2013, 107.

¹² *Ibidem*, 109.

¹³ F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 678.

¹⁴ *Ibidem*, 680.

¹⁵ *Ibidem*, 684.

¹⁶ G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI e G. VILLA, Bologna, 2008, 82.

l'architettura chiusa, ma quanto meno la razionalità, propria di un sistema (...), a una realtà normativa di frammentata complessità»¹⁷. E, per altro verso, può chiamarlo a un recupero della tecnica dell'analogia, che, senza fughe nei principi generali, richiede di «ricostruire con precisione la specifica *ratio* della regola di cui si afferma la capacità espansiva e la idoneità a porsi come norma anche nel caso non previsto»¹⁸.

Sullo sfondo sta la consapevolezza che se «le previsioni del legislatore sono annegate nel generale e indistinto criterio di proporzionalità, giustizia, buona fede, abuso», in pratica si «rimette la decisione al libero apprezzamento del giudice»¹⁹. La «ribellione quasi ossessiva all'onusto lavoro di una razionale e verificabile costruzione» finisce per condurre nelle braccia «di un'evocata arcana impenetrabile sapienza quotidiana, di un male illuminato caso per caso, del feticismo giurisprudenziale che vede in ogni sentenza una rivelazione»²⁰.

Da un lato vi è, dunque, un'impostazione analitica, che ammette l'estensione delle nuove disposizioni normative, ma solo sulla base di una ricostruzione interpretativa che muova da un'attenta analisi delle specifiche *rationes* che ne sono alla base e dalla elaborazione di categorie idealtipiche capaci di cogliere continuità significative nel reale. Dall'altro, vi è un'impostazione che predilige il richiamo diretto ai principi generali e valorizza la giustizia del caso concreto.

Questa seconda impostazione è inequivocabilmente sottesa a due recenti e note ordinanze della Corte costituzionale in tema di caparra confirmatoria. Investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385 c.c., nella parte in cui non dispone, a differenza dell'art. 1384 c.c. in materia di clausola penale, una possibilità di riduzione da parte del giudice, la Corte ha ritenuto irrilevante la questione «in ragione della rilevabilità, *ex officio*, della nullità (totale o parziale) ex articolo 1418 cod. civ. della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis normativa*».

Si noti che la Corte avrebbe potuto: attribuire esplicitamente al giudice un potere di riduzione, attraverso una sentenza additiva; dichiarare, con una sentenza interpretativa di rigetto, applicabile analogicamente la regola prevista per la clausola penale. Ma ha preferito non intervenire sul disposto legislativo né misurarsi con la specifica *ratio* dell'art. 1384 c.c., bensì affermare un generale potere del giudice di rilevare la nullità del contratto «a fronte di una clausola

¹⁷ ID, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. GITTI e G. VILLA, cit., 30.

¹⁸ ID., *La formazione del contratto*, cit., 82.

¹⁹ A. ZOPPINI, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in *Il terzo contratto*, cit., 235.

²⁰ M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto*, cit., 171.

negoziale che rifletta (come, nella specie, egli prospetta) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte».

Questo stesso orientamento è del resto sostenuto, almeno a parole, anche dalla giurisprudenza di legittimità. Nella famosa sentenza Renault²¹, ad esempio, sia pur nel contesto di un'argomentazione che non distingue chiaramente tra interpretazione secondo buona fede, esecuzione secondo buona fede e vera propria riscrittura del regolamento contrattuale, la Corte di cassazione è giunta ad affermare espressamente che il criterio della buona fede costituisce, «uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo – anche anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemporamento degli opposti interessi».

3. La partizione dei contratti asimmetrici

Nell'ambito di quello che potremmo chiamare un approccio analitico, ha richiamato una certa attenzione la contrapposizione tra due diverse impostazioni.

L'una muove dall'idea che al diritto del consumatore e agli interventi normativi a tutela di professionisti che si trovano in posizione di debolezza rispetto alla controparte «sia sottesa una *ratio* in larga misura comune, da identificarsi nell'esistenza di significative asimmetrie di mercato che collocano una parte in posizione di debolezza rispetto all'altra». Si tratterebbe allora di riconoscere l'esistenza di «un diritto contrattuale dei fallimenti del mercato, come corpo normativo apprezzabilmente unitario costruibile (...) intorno alla categoria del contratto asimmetrico»²². Il riconoscimento della sostanziale omogeneità delle *rationes* sottese agli interventi orientati a proteggere la parte contrattuale debole apre a sua volta ampi spazi all'estensione analogica da un ambito ad un altro.

Si deve registrare che all'interno dell'ampio campo dei contratti asimmetrici questa impostazione dedica una particolare attenzione a quegli interventi normativi che segnalano uno sviluppo «dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente»²³. Discipline come quelle dei contratti bancari, dei contratti di assicurazione, dei contratti del mercato finanziario, dei contratti per la fornitura di servizi della società dell'informazione ecc. dimostrerebbero la tendenza

²¹ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106.

²² V. ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, a cura di G. ROJAS ELGUETA e N. VARDI, Roma, 2014, 33.

²³ Cfr. V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in ID., *Il contratto del duemila*³, Torino, 2011, 131 ss.

ad estendere la protezione dal consumatore al cliente, e così anche a superare, in presenza di una posizione di strutturale debolezza, la distinzione tra professionista e consumatore. Di fronte al professionista qualificato dall'operare sul mercato come fornitore di beni e di servizi, il cliente che acquista beni o servizi, sia esso un consumatore e un professionista, si trova infatti comunque in una posizione di debolezza, che deriva dall'essere «outsider rispetto alla prestazione caratteristica, e come tale non in grado di dominarla organizzativamente o tecnicamente»²⁴.

In questo modo si vengono dunque ad individuare tre “regioni” in cui si articola il «diritto dei fallimenti del mercato»: quella dei contratti tra consumatore e professionista, quella dei contratti tra professionista debole e professionista forte (in cui, peraltro, la posizione di debolezza può derivare da una pluralità di fattori eterogenei), quella dei contratti tra fornitori e clienti²⁵.

La ricostruzione alternativa muove dal sospetto che la formula della «asimmetria di potere contrattuale» «finisca per rivelarsi meramente descrittiva»: ciò nel senso che l'idea di una «generica disuguaglianza» tra le parti «cela in realtà, nei due ambiti di riferimento (la contrattazione del consumatore e quella tra imprese), sostanza, presupposti e indici di riconoscimento del tutto diversi»²⁶.

Le nuove norme in tema di subfornitura, ritardi di pagamento, affiliazione commerciale profilano un'immagine «che coniuga al ruolo necessariamente imprenditoriale dei contraenti, lo svolgersi della contrattazione in contesti di (almeno potenziale) dipendenza economica di una delle parti»²⁷. Emerge così un nuovo paradigma, di contratto tra professionista forte e professionista debole (l'imprenditore economicamente dipendente), il cui accostamento al contratto tra professionista e consumatore nell'ambito di una generale categoria di contratto asimmetrico rischierebbe di annacquare le specificità. Meglio sarebbe allora lavorare, almeno problematicamente, sulla figura di un “terzo contratto”, irriducibile al contratto negoziato tra soggetti su piano di parità ma anche al contratto dei consumatori, distante dal primo ma anche profondamente diverso dal secondo: e ciò sia perché diversa è la reale sostanza dello squilibrio (l'inferiorità cognitiva del consumatore in un caso, la dipendenza economica del professionista debole nell'altro), sia perché profondamente diverse sono le strategie di intervento delineate dal legislatore, da cui pure si deve partire. Pur con la cautela che accompagna quella che è, di solito, indicata come una semplice ipotesi di lavoro, è all'interno di quest'area più ristretta che si potrebbe lavorare

²⁴ ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore*, cit., 31.

²⁵ *Ibidem*, 28 ss.

²⁶ AMADIO, *Il terzo contratto*, cit., 16.

²⁷ *Ibidem*, 14.

per evidenziare i tratti comuni delle diverse disposizioni e valutare la possibilità di una circolazione di soluzioni normative.

Quanto alla giurisprudenza, al netto del riconoscimento del criterio della buona fede e del divieto di abuso del diritto come strumenti generali di controllo dell'autonomia dei privati, non sembra che, per ora, si assista a un significativo fenomeno di *cross-fertilization* tra i campi della tutela del consumatore e della disciplina delle relazioni asimmetriche tra imprenditori.

Come è noto, la giurisprudenza italiana (sulla scia di quella della Corte Europea di Giustizia) adotta una nozione assai ristretta di consumatore. È consumatore solo la persona fisica che concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio delle attività imprenditoriali o professionali eventualmente svolte, e dunque perché ricorra la figura del professionista «non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente (...) che esso venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale»²⁸. D'altra parte la Corte costituzionale ha sostenuto la non irragionevolezza della scelta di accordare particolare protezione a coloro che agiscono in modo occasionale, saltuario e non professionale, «allorché si consideri che la finalità della norma è proprio quella di tutelare i soggetti che secondo l'*id quod plerumque accidit* sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare; onde la logica conseguenza dell'esclusione dalla disciplina in esame di categorie di soggetti – quali quelle dei professionisti, dei piccoli imprenditori, degli artigiani – che proprio per l'attività abitualmente svolta hanno cognizioni idonee per contrattare su un piano di parità»²⁹.

Dunque un allargamento in via diretta dell'ambito di applicazione della disciplina di tutela del consumatore sembra completamente escluso dagli orientamenti della giurisprudenza; né constano particolari tentativi di estensione in via analogica ai contratti tra professionisti di singole regole dettate per i contratti dei consumatori³⁰. Incidentalmente, si può notare che è stato invece il legisla-

²⁸ Cass. 8 giugno 2007, n. 13377.

²⁹ Corte cost. 22 novembre 2002, n. 469.

³⁰ Del resto, la strada di un'applicazione analogica delle regole dettate a tutela del consumatore ai contratti tra fornitore e cliente non consumatore è tanto attraente quanto metodologicamente problematica. È evidente, infatti, che l'esclusione di questi contratti dal campo di applicazione diretta del diritto dei consumatori discende in larga parte dalla nozione restrittiva di consumatore, di cui si è detto. Non è mancato in Italia il tentativo (che ha avuto maggiore fortuna in qualche altro paese: per la Francia, si veda, ad esempio Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 1987, n. 85-13.674, *Bull. civ.*, I, n. 134, e poi, con più prudenza, Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, n. 92-18.227, *Bull. civ.*, I, n. 54) di estendere l'applicazione del diritto dei consumatori a tutti quei casi in cui la conclusione del contratto non è «atto della professione di chi acquista il bene o il servizio, come lo è per la sua controparte» (così Trib. Roma 20 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 645). Ed in realtà, con buona pace del compatto orientamento giurisprudenziale in senso contrario, continua a

tore a realizzare una significativa apertura all'applicazione del diritto dei consumatori a rapporti tra professionisti, estendendo la tutela contro le pratiche commerciali scorrette alle "microimprese", come definite dall'art. 18, lett. *d-bis*), c. cons. Questa novità è sembrata ad alcuni «scritta nella lingua» del contratto asimmetrico, «assimilando le posizioni di consumatori e professionisti deboli»³¹. Eppure, è difficile non rilevare che interventi di questo tipo da parte del legislatore portano un messaggio ambivalente, potendo essere letti come segnali di una tendenza evolutiva ma anche (secondo i più tradizionali canoni d'interpretazione) come conferme che, al di là degli angusti limiti segnati dalla legge, un'estensione del campo applicativo delle regole dettate a tutela dei consumatori non è possibile.

D'altra parte, la giurisprudenza che ha riconosciuto il divieto di abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 l. 192/1998 come norma di applicazione generale, non limitata ai rapporti di subfornitura, si è pur sempre mossa nell'ambito di contratti scaturenti da rapporti di integrazione verticale tra imprese, come tali chiaramente riconducibili alla figura del "terzo contratto". Dunque non solo essa non è mai stata applicata a contratti tra professionista e consumatore, ma neppure a contratti caratterizzati da altri profili di asimmetria tra due professionisti³².

sembrare ragionevole l'osservazione che «non si vede come possa essere differente la posizione del rappresentante di commercio che acquista un'automobile per il suo lavoro e quella di altra persona (se non lui stesso) che l'acquista per la sua famiglia» (Trib. Roma 20 ottobre 1999, cit.). Se si condivide questo punto di vista, parrebbe quasi automatico ravvisare, nei contratti tra fornitore e cliente non consumatore, da un lato una lacuna di tutela, dall'altro una sufficiente somiglianza con i contratti del consumatore da giustificare un'applicazione analogica. Tuttavia, sembrerebbe più coerente affrontare la questione a partire dalla nozione di consumatore. Infatti: o non si vede un fondamento razionale della differenza di trattamento tra consumatore e professionista che conclude occasionalmente un contratto che non è atto proprio della sua professione, ed allora è più lineare proporre un ampliamento della nozione di consumatore; oppure si individuano elementi di differenza capaci di giustificare razionalmente la differenza di trattamento, ed allora è a partire da questa analisi che si potrà semmai valutare l'estensione analogica di singole regole di tutela del consumatore, per le quali questi particolari elementi non appaiono decisivi.

³¹ ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore*, cit., 35.

³² In modo esplicito, Trib. Roma 5 febbraio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2326, secondo cui il legislatore «non ha inteso prendere in considerazione tutte le situazioni di dipendenza economica tra imprese ma solo quelle che, come la subfornitura, si collocano in un contesto nel quale diverse imprese si coordinano per la realizzazione di un unico processo economico, dando luogo ad una integrazione 'verticale' delle rispettive attività; sicché estrapolarla da quel contesto normativo per farla assurgere a norma di generale applicazione a rapporti contrattuali caratterizzati da squilibrio tra posizioni contrattuali costituisce opera interpretativa non condivisibile», ricavandone che i contratti bancari rimangono estranei all'ambito di applicazione dell'art. 9.

4. *Le clausole generali e il ruolo dell'interprete*

La presenza di norme (esplicite o ricavabili dal sistema) che prevedono un'ampia discrezionalità del giudice nel controllo dell'autonomia privata non è certamente una peculiarità del sistema giuridico italiano, e non può, di per sé, spaventare nessuno. Ciò che va approfondito è quale atteggiamento debbano tenere gli interpreti di fronte a tali norme, non solo per ridurre i rischi di arbitrio, ma anche per evitare che esse siano destinate a restare largamente sulla carta.

Luigi Mengoni ha scritto che la «precisazione teoretica» delle clausole generali «non può esaurirsi nell'analisi delle rispettive funzioni e dei valori al cui servizio si pongono, ma deve includere anche la costruzione degli strumenti concettuali di fondazione sistematica delle decisioni che le concretizzano». Si devono dunque elaborare «strutture dogmatiche» che «non esauriscono il contenuto delle clausole generali, costantemente aperte alla possibilità di nuove applicazioni, ma consolidano, integrandole nel sistema con la tecnica della fattispecie, una serie di ipotesi applicative già verificate dall'esperienza».

Queste strutture dogmatiche servono da un lato a garantire il «controllo di intersoggettività della decisione»; dall'altra, a facilitare «il compito del giudice in ordine ai casi futuri sussumibili sotto le medesime ipotesi apprestandogli un modello di decisione che lo esonera dalla responsabilità di ripetere ogni volta le valutazioni e i bilanciamenti degli interessi in gioco»³³.

Il sospetto è che almeno una parte della dottrina preferisca appunto dedicarsi all'analisi dei valori al cui servizio le clausole generali si pongono (o piuttosto, alla loro apologia), piuttosto che tentare di tradurle in strutture dogmatiche capaci di concretizzarle, o quanto meno di tracciarne con sufficiente precisione una serie di ipotesi applicative. Il ruolo della dottrina, rispetto alle clausole generali, è proprio quello di ricostruire, a partire da esse, fattispecie e modelli di decisione che ne guidino l'applicazione, senza pretesa di esaurirne il contenuto.

Del resto, nella nostra materia la rinuncia a dettare contorni concreti (almeno esemplificativi) per le regole applicabili significa anche rinuncia ad interagire con la prassi contrattuale, per orientarla.

Da questo punto di vista, la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori si può considerare un modello, se non esemplare, almeno accettabile. Vi è una clausola generale che si declina in un elenco non tassativo d'ipotesi applicative, e si torna peraltro ad una valutazione discrezionale del giudice nell'ammettere la possibilità che, valutato l'insieme del contratto, le clausole non siano da ritenere vessatorie. Si realizza così un buon compromesso tra l'esigenza di dare indicazioni concrete agli operatori e quella di lasciare ampio spazio alla valutazione del singolo caso concreto. Se l'art. 33 c. cons. si fosse

³³ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 18-19.

fermato al primo comma, senza la c.d. lista grigia, la sua capacità concreta di influenzare la prassi contrattuale sarebbe stata di gran lunga inferiore. Dove non provveda il legislatore, spetta agli interpreti uno sforzo di articolazione delle ipotesi applicative della clausola generale, che non può che passare attraverso la ricostruzione di (alcune delle) fattispecie a cui essa può utilmente applicarsi.

Il compito degli interpreti, dunque, è da un lato quello della declinazione delle (vecchie e nuove) clausole generali in strutture dogmatiche che, senza pretese di esaustività, ne consolidino le principali ipotesi applicative; dall'altro, quello di valutare la possibilità di estensione analogica delle singole regole limitative dell'autonomia contrattuale, in un contesto culturale che ha definitivamente superato l'idea della loro eccezionalità, sulla base però di una sorvegliata operazione di analisi della loro *ratio* e verifica degli effettivi elementi di similitudine tra caso previsto e caso non previsto.

Non è detto che le due operazioni non abbiano importanti punti di contatto.

Di recente, si sono richiamati gli interpreti a «cercare di prestare attenzione alle risposte che il legislatore, in taluni ambiti, ha offerto proprio a quelle esigenze di “equità” o “efficienza” che avallano l'uso delle clausole generali»³⁴. Una simile attenzione alle soluzioni legislative esistenti può, da un lato, condurre a prospettare applicazioni analogiche; dall'altro, laddove una vera e propria applicazione per analogia non è possibile, fornire utili spunti per delineare ipotesi applicative delle clausole generali esistenti nell'ordinamento.

Per quanto riguarda le strategie interpretative da utilizzare in tale compito, si può tuttavia dubitare che, in prima battuta, esse debbano passare attraverso l'edificazione di macrocategorie di contratti. Sembra più interessante, infatti, un approccio che muova dalle singole soluzioni, per misurarne l'ambito di utile applicazione, piuttosto che muovere dalla individuazione di macrocategorie di cui è allo stato fortemente dubbio che portino con sé un organico e autonomo statuto normativo. Infatti, è ben possibile che per regole diverse la sfera di utile estensione sia diversa.

D'altra parte, la riflessione dovrebbe muoversi innanzitutto a livello di singole regole, senza dare per scontato che gli stessi microsistemi normativi posti in essere dal legislatore siano realtà compatte ed omogenee. Essi possono invece ben contenere disposizioni che hanno *rationes* (e dunque potenziali ambiti di espansione) diverse.

Per fare un esempio estremo, che non sarà oggetto di specifica analisi in questo saggio: perfino la concessione di un diritto di recesso nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali non hanno *rationes* interamente sovrapponibili (giocando, nel primo caso, meno l'effetto sorpresa e più l'impossibilità di esaminare anticipatamente il bene).

³⁴ G. GITTI-M. MAUGERI-M. NOTARI, *Introduzione*, in ID., *I contratti per l'impresa*, cit., 18.

Allo stesso modo, se si guarda, ad esempio, alla l. 6 maggio 2004, n. 129 sull'affiliazione commerciale, è facile notare che alcune disposizioni si spiegano alla luce dell'almeno probabile situazione di dipendenza economica che può crearsi tra affiliante e affiliato (la durata minima «sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni» di cui all'art. 3), altre alla luce della naturale asimmetria informativa e dal normale dislivello di competenza tra le parti (l'obbligo di consegnare, almeno trenta giorni prima della sottoscrizione del contratto, copia completa del contratto da sottoscrivere, corredato da un complesso di documenti informativi, di cui all'art. 4). Queste differenti *rationes* possono portare anche a diversi ambiti di espansione (ad esempio la situazione di asimmetria informativa caratterizza l'affiliazione commerciale ma non necessariamente altri rapporti riconducibili al paradigma del terzo contratto).

Nelle prossime pagine proveremo a fornire qualche esempio di ragionamento condotto a partire da singole soluzioni legislative, per indagarne l'utilità al fine di riempire di contenuto la clausola generale dell'abuso di dipendenza economica.

5. Spunti minimi sul divieto di abuso di dipendenza economica

Fin dagli albori del dibattito sul terzo contratto si è osservato che «il perno intorno al quale ruota il terzo contratto, la *new emperor's clause*, è rappresentata dall'abuso di dipendenza economica»³⁵.

Ora, non si può negare che la nozione di dipendenza economica abbia contorni vaghi; è altrettanto vero, però, che il compito degli interpreti è proprio quello di delineare le principali fattispecie in cui essa può concretarsi. Si potrà così individuare una c.d. dipendenza da rapporti commerciali, nei casi in cui «un'impresa più piccola abbia adattato per lungo tempo la propria attività a quella di un'impresa più grande», operando come impresa “monocliente” (o quasi), così che «la possibilità di riconversione produttiva», pur non potendo negarsi in assoluto, «certamente richiede un processo relativamente lungo e non facile»; ed accanto ad essa un c.d. dipendenza da assortimento, legata alla «necessità di certe imprese di distribuzione di disporre di alcuni marchi celebri nel proprio assortimento, per non perdere reputazione commerciale presso la clientela»³⁶. Ciò non precluderà di individuare nuove ipotesi applicative; ma resta ferma l'esigenza di tener conto di tutti gli interessi potenzialmente in conflitto,

³⁵ R. PARDOLESI, *Prefazione*, in G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, XIV.

³⁶ In questi termini, M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contr. e impr.*, 2013, 1 ss.

che non può far debordare la nozione di dipendenza economica fino a coprire qualunque situazione in cui una impresa sia un cliente importante di un'altra; e comunque di non sfumare i confini della nozione di dipendenza economica fino a farla coincidere con qualsiasi situazione di debolezza, magari da ritenere dimostrata *in re ipsa* dal fatto stesso di accettare condizioni svantaggiose.

Se così è, è chiaro che anche le disposizioni più spesso invocate a comporre l'ideale statuto normativo del terzo contratto non sempre presuppongono una situazione di dipendenza economica.

Ad esempio, le norme del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, e in particolare quelle dell'art. 7, relative alla nullità delle clausole gravemente inique, si applicano a tutte le transazioni commerciali così come definite dalla legge. Dunque non è affatto richiesto che vi sia un rapporto di dipendenza economica³⁷. D'altra parte, si deve notare che in questo caso non si pone neppure un problema di estensione analogica della disciplina, che ha già un ampio ambito di applicazione diretta.

Diverso ragionamento vale per le disposizioni sull'affiliazione commerciale, contenute nella l. 129/2004. Indubbiamente, le previsioni della legge si applicano ai contratti di affiliazione commerciale, così come definiti dal suo art. 1, senza bisogno che sia provata l'esistenza di un rapporto di dipendenza economica. D'altra parte, il contratto di *franchising* è per così dire un candidato naturale a realizzare situazioni di dipendenza economica (richiedendo investimenti da parte del *franchisee*, in termini economici e di conoscenza, specifici e non suscettibili di rapida riconversione a modalità di sfruttamento alternative). Proprio in questa luce, si possono individuare all'interno della legge alcune disposizioni che certamente si spiegano alla luce della normale situazione di dipendenza economica tra affiliato e affiliante, e che dunque possono fornire qualche indicazione utile rispetto al divieto di cui all'art. 9 l. 192/1998.

³⁷ L'autonomia degli ambiti di applicazione della disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e del divieto di abuso di dipendenza economica è stata indirettamente confermata dal legislatore, che ha aggiunto all'art. 9 l. n. 192/1998, un comma *3-bis*, secondo il quale «in caso di violazione diffusa e reiterata della disciplina di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, posta in essere ai danni delle imprese, con particolare riferimento a quelle piccole e medie, l'abuso si configura a prescindere dall'accertamento della dipendenza economica». L'interpretazione più ragionevole della norma sembra quella che il legislatore abbia semplicemente equiparato all'abuso di dipendenza economica una fattispecie diversa, che dall'esistenza di una situazione di dipendenza economica prescinde. Un'interpretazione alternativa (certamente compatibile con la lettera della legge) è che in questi casi lo stato di dipendenza economica si presuma, salva la possibilità di una prova contraria (ma la prova contraria sembra in ogni caso alquanto problematica). In ogni caso, lo stesso legislatore sembra muovere implicitamente dalla consapevolezza che l'applicazione della disciplina di cui al d.lgs. 231/2002 (e dunque la sua possibile violazione, che non sempre sarà "diffusa e reiterata") non presuppone l'esistenza di rapporti di dipendenza economica.

Svolta qualche riflessione intorno alla nozione di dipendenza economica, si tratta ora di esemplificare cosa ne può costituire abuso.

La legge fornisce qualche indicazione: il rifiuto di vendere o comprare, la imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, la interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

Dall'esame della giurisprudenza, emerge in modo chiaro che l'interruzione delle relazioni commerciali è l'ipotesi di applicazione più frequente. Da questo punto di vista, indicazioni importanti si possono trarre, da un lato, dalla l. 129/2004; dall'altro, dall'art. 1750 c.c., in tema di agenzia.

Secondo l'art. 3 della l. 129/2004, il contratto a tempo determinato deve «garantire all'affiliato una durata minima sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni». Da tale disposizione si è giustamente ricavato anche il divieto di recesso dai contratti di affiliazione commerciale a tempo indeterminato, per la stessa durata minima³⁸.

Tale disposizione fornisce un'indicazione utile (almeno nella parte che indica il principio generale, giacché il termine puntuale di tre anni non necessariamente sarà adatto a rapporti di natura diversa). Infatti, laddove vi siano stati investimenti, specializzati e difficilmente recuperabili in usi alternativi, da parte dell'impresa dipendente (come di norma avviene nel *franchising*), non basta imporre un adeguato preavviso, ma è necessario, invece, proteggere l'aspettativa dell'impresa dipendente al recupero dell'investimento (considerando abusivo il recesso ed eventualmente nulla una predeterminazione di durata eccessivamente breve). In assenza di investimenti specializzati, invece, l'impresa dipendente dovrà essere ugualmente tutelata, ma soltanto attraverso l'imposizione di un congruo termine di preavviso, rispetto al quale si potrebbero trarre indicazioni di massima dall'art. 1750 c.c.³⁹.

Con riguardo, invece, al divieto di imporre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, qualche indicazione utile può effettivamente ricavarsi dal codice del consumo. Tuttavia, l'idea che possa al riguardo utilizzarsi l'elenco di cui all'art. 33 c. cons.⁴⁰ desta qualche perplessità.

Innanzitutto, si tratta di chiarire se si vuol sostenere che le clausole di cui all'art. 33 c. cons. si presumono ingiustificatamente gravose se contenute in condizioni generali di contratto predisposte dall'imprenditore dominante, salvo prova della specifica trattativa; oppure che la stessa trattativa individuale, essen-

³⁸ Cfr., ad esempio, M. CIAN, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, 1166.

³⁹ Nello stesso senso, ad esempio, P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/abuso-di-dipendenza-economica_\(Diritto_on_line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/abuso-di-dipendenza-economica_(Diritto_on_line)/).

⁴⁰ Cfr., ad es., FABBIO, *op. ult. cit.*, *passim*.

do viziata dalla condizione di dipendenza economica, non è in questo caso rilevante.

La seconda lettura sembra tuttavia alterare significativamente l'impianto costruito dagli artt. 33 ss. c. cons., che trova nella rilevanza della trattativa il contrappeso all'ampiezza dell'elenco contenuto nell'art. 33. D'altra parte, nella lista grigia figurano clausole che sarebbe assurdo (le «restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi») o comunque eccessivo (le clausole compromissorie) mettere al bando nell'ambito di contratti tra imprenditori, per quanto caratterizzati da situazioni di dipendenza economica. Certo, si potrebbe considerare applicabile nel suo insieme l'art. 33 ma ritenere che per determinate clausole la vessatorietà è esclusa *in re ipsa* dalla natura del contratto. Ma allora, non è meglio condurre un discorso analitico sulle singole clausole vietate dal legislatore?

Del resto, è stato giustamente sottolineato che, per una sottoclasse delle clausole elencate nella c.d. lista grigia dell'art. 33, è lo stesso legislatore a prevedere una disciplina diversa, includendole nella c.d. lista nera di cui all'art. 36 c. cons., e considerandole nulle «quantunque oggetto di trattativa»⁴¹. La irrilevanza della trattativa rivela sicuramente una diversa *ratio* del divieto rispetto a quello dell'art. 33. Comunque si voglia precisare la *ratio* del generale divieto di clausole vessatorie di cui all'art. 33, la rilevanza delle trattative sembra dimostrare che il legislatore non ha inteso escludere l'autonomia delle parti, ma piuttosto esprimere l'esigenza che questa autonomia si esprima in maniera particolarmente consapevole ed effettiva. Le clausole della lista nera sono evidentemente viste come connotate da un più grave profilo di disvalore. Dal momento che «la nullità non discende dal difetto di negoziazione ma dal contenuto indisponibile della clausola», si è ipotizzata una estensibilità analogica del divieto, o, se si vuole, di configurare sulla base di esso anche «uno statuto minimo dei diritti indisponibili dell'imprenditore "debole"»⁴².

In particolare, le lett. *b*) e *c*) del comma 2 dell'art. 36 pongono limiti più rigorosi di quelli già discendenti, in generale, dall'art. 1229 c.c. e dal requisito della determinabilità dell'oggetto del contratto. Sembra plausibile ritenere che l'imposizione di simili clausole nell'ambito di un rapporto contrassegnato da una situazione di dipendenza economica costituisca, di norma, un abuso, con conseguente nullità (salvo verificare, come del resto avviene anche nel caso del contratto tra professionista e consumatore, se esse si giustificano nell'ambito complessivo del regolamento contrattuale). Incidentalmente, si può avanzare l'ipotesi che il divieto delle clausole della lista nera sia applicabile analogicamen-

⁴¹ ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, cit., 151 ss.

⁴² *Ibidem*, 153.

te anche a contratti tra professionisti caratterizzati da altri fattori di squilibrio, diversi dalla dipendenza economica.

Figurano invece nella lista grigia (lett. *m*) le clausole che attribuiscono al professionista il potere di modificare unilateralmente le clausole del contratto, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso. Tuttavia esistono altri indici del sospetto del legislatore verso clausole che attribuiscono un potere di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, sia pure attraverso discipline in parte diverse (ad esempio, l'art. 118 TUB, e l'art. 6 della stessa l. 192/1998, che pure è considerato direttamente applicabile solo ai contratti di subfornitura). Un'altra clausola la cui imposizione potrebbe essere considerata abusiva è quella attributiva di uno *ius variandi* non opportunamente limitato quanto alle condizioni del suo esercizio (mentre non basterebbe, ovviamente, la semplice previsione di un diritto di recesso a seguito della modificazione, che l'imprenditore dipendente non sarebbe, in molti casi, in grado di esercitare). Sulla base dello stesso ragionamento, si dovrebbero considerare abusive altre clausole che finirebbero col produrre risultati sostanzialmente equivalenti (ad esempio quella che preveda il diritto esclusivo «d'interpretare una clausola qualsiasi del contratto», di cui alla lett. *p*) dell'art. 33 c. cons.).

SULLA CONTRAPPOSIZIONE TRA NORME E PRINCIPI

di *Fabio Addis*

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. I principi «classici». – 3. Il superamento dell'art. 12, comma 2, preleggi. – 4. La funzione nomogenetica dei principi «di nuova generazione». – 5. Il principio di sussidiarietà e il ruolo dell'interprete.

1. *Il problema*

Il compito affidatomi dagli organizzatori di questa giornata di studi è stato reso meno agevole dalla brillante relazione di Raffaele Caterina, rispetto alla quale sono chiamato a svolgere qualche riflessione critica in veste di «*discussant*»¹.

Poc'anzi è stata abilmente delineata la conseguenza più significativa dell'attuale valenza dei principi nella determinazione dell'ambito di operatività dell'autonomia privata. Prendiamo dunque atto del radicale e definitivo superamento dell'idea secondo la quale la libertà di determinazione del contenuto del contratto incontri solo limiti eccezionali ed analiticamente predeterminati dall'intervento del legislatore².

¹ Cfr. R. CATERINA, *Principi generali e strategie neosistematiche nel dibattito sull'autonomia contrattuale*, in questo volume, 201 ss.

² Cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 1 ss.; ID., *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Scritti in onore di Pietro Rescigno*, III, Milano, 1998, 535 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Scritti*, a cura di C. CASTRONOVO, A. ALBANESE e A. NICOLUSSI, I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, 101 ss. e 343 ss.); G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 753 ss.; in *Contratto e Costituzione in Europa*, Convegno di studi in onore del prof. Giuseppe Benedetti, Firenze, 26 novembre 2004, a cura di G. VETTORI, Padova, 2005, 231 ss. e in ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 98 ss.; ID., *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Persona e mercato*, 2014, 101 ss.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, *ivi*, 2015, I, 5 ss. e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 787 ss. (da cui la successiva citazione); V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Atti del Convegno di Pisa, 25-26 maggio 2007, a cura di E. NAVARRETTA, Milano, 2007,

A questa tradizionale posizione si è ormai sostituito un approccio più articolato e complesso, per il quale il valore dell'autonomia privata è superabile e limitabile dall'intervento di altri principi, a loro volta correlati alla fondamentale ed irrinunciabile esigenza di offrire adeguata protezione al dovere di solidarietà costituzionale e alla buona fede che di esso è attuazione.

Sarebbe inutile ripercorrere i passaggi argomentativi che Caterina ha posto a fondamento di tale conclusione: essi investono una pluralità di situazioni controverse, che, essendo state ricondotte ad unità sistematica proprio attraverso l'enucleazione dell'esito appena sintetizzato, richiederebbero una nuova analisi decostruttiva, inopportuna per la sua ripetitività; d'altra parte, il tentativo di un'analisi critica – che pure dovrebbe garantire il soddisfacimento delle mie funzioni – non potrebbe trarre ispirazione da reali ragioni di dissenso.

Conviene piuttosto provare a collocare tali passaggi su un piano ermeneutico più elevato, muovendo dalle conclusioni alle quali approdano per sottoporre a rimediazione critica il presupposto che esse rivelano e che investe il senso e la portata della stessa distinzione tra norme e principi.

Nei casi affrontati da Caterina, i principi sono stati evocati per disapplicare un dato normativo considerato inidoneo ad offrire adeguata protezione al precetto costituzionale.

La negazione della possibilità di estendere il potere correttivo del giudice *ex art. 1384 c.c.* alla caparra confirmatoria manifestamente iniqua, ad esempio, può leggersi appunto in questa prospettiva e, in chiave rimediale, esprime la manifestazione giurisprudenziale dell'idea secondo cui la nullità si rivela più efficace di una generalizzazione incontrollata del potere correttivo di adattamento³.

253 ss. e in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 337 ss.; A. SPADAFORA, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, Torino, 2007, 254 ss.; R. CALVO, *L'equità nel diritto privato*, in *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, I, *Fondamenti etici e processo*, a cura di A. DONATI e A. SASSI, Torino, 2009, 109 ss.; G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011, 37 ss.; R. SACCO, voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, I, Torino, 2012, 534 ss.; G. GITTI, voce *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, 134 ss.; ID., voce *Autonomia assistita (profili generali)*, *ivi*, VII, Milano, 2014, 114 ss.; M. SPINOZZI, *Equilibrio contrattuale eterodeterminato*, Napoli, 2013, spec. 95 ss.; S. PATTI, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, in *Contr. e impr.*, 2013, 633 ss. e in ID., *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, 97 ss.; ID., *Il contratto tra «autonomie de la volonté» e moderno «zwingendes Vertragsrecht»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 369 ss. e in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, a cura di G. GITTI, F. DELFINI e D. MAFFEIS, III, Milano, 2015, 2349 ss.; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 547 ss.; ID., *L'evoluzione dell'autonomia privata tra regole e principi*, in *Quad. fior.*, 2014, 589 ss.; P. POLLICE, *Il contratto (appunti per un corso di diritto civile)*, Torino, 2015, 213 ss.; R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015, 388 ss. e 524 ss.; G. DORIA, *Il contratto tra post-modernità e tradizione*, in *Giust. civ.*, 2015, 485 ss.

³ Cfr. Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Giur. cost.*, 2013, 3767 ss., con nota di F. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di*

Il confronto tra norme e principi è stato condotto muovendo dalla riaffermazione di un radicato convincimento che, proprio per la sua notorietà, non ha neppure richiesto di essere adeguatamente esplicitato: norme e principi rappresentano concetti tra loro diversi e, in quanto tali, possono entrare in conflitto, così da porre la necessità di chiarire che cosa debba prevalere nell'enucleazione del precetto con cui risolvere la controversia.

Non stupisce dunque che Caterina non abbia avvertito la necessità di completare la sua indagine attraverso l'analisi del caso in cui l'interpretazione letterale di una specifica disposizione normativa legittimi esiti applicativi identici a quelli sottesi al richiamo dei principi.

La convergenza tra norma e principio che contraddistingue questa ipotesi sembrerebbe attenuare o escludere l'utilità della distinzione tra i due concetti perché impone il ristabilimento di un metodo di individuazione del precetto giuridico conforme all'impiego dell'ordinario criterio della sussunzione ed induce conseguentemente a degradare il richiamo del principio a mero orpello argomentativo, tutt'al più idoneo a rafforzare un esito già ineludibilmente assicurato dal nudo tecnicismo della norma, sicché il caso in esame sembrerebbe non apportare alcun elemento utile all'individuazione del significato di quella «giurisprudenza per principi» sulla quale siamo oggi chiamati a riflettere.

È sufficiente tuttavia analizzare alcuni passaggi argomentativi del più recente intervento delle Sezioni unite in tema di rilevabilità d'ufficio della nullità per accorgersi che – almeno agli occhi dei giudici – la conclusione è profondamente diversa.

La Cassazione, infatti, non ha dedicato alcuna attenzione alla formulazione letterale dell'art. 1421 c.c. e ha prospettato un contrasto tra un'interpretazione alternativa della previsione – dedotta da elementi non corrispondenti al dato letterale – e i «principi-cardine» dell'ordinamento civilistico, così da fondare la *ratio decidendi* del riconoscimento generalizzato del rilievo officioso solo sulla necessità di applicare questi ultimi⁴.

«penale» e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede; in *Foro it.*, 2014, I, 382 ss. e in *Contr.*, 2014, 926 ss., con nota di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria «eccessiva»* [questo scritto può altresì leggersi in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, II, cit., 877 ss. (da cui le successive citazioni)]; Corte cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, 2035 ss., con note di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*; R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria* e G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*; in *Giur. cost.*, 2014, 149 ss. e in *Contr.*, 2014, 854 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di giustizia e Corte costituzionale: il «mondo di ieri» o un trompe l'oeil concettuale?* (questo scritto può altresì leggersi in ID., *Nuovi profili del diritto dei contratti*, Torino, 2014, 132 ss.). Sul tema, cfr. anche F.P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 685 ss.

⁴ «L'obiezione secondo cui non sarebbe corretto attribuire *in toto* al rilievo officioso della

Netta è la distinzione con quanto, nel 1971, Natalino Irti rilevava per legittimare il medesimo esito applicativo: anziché rileggere l'art. 1421 c.c. alla luce di

nullità “la funzione di elidere il disvalore regolamentare espresso dal contratto nullo”, per la non pertinenza di tale aspetto funzionale rispetto alle ipotesi di c.d. nullità strutturali, non è del tutto convincente. Si assume, infatti, che tali ipotesi di nullità presuppongono il difetto di un elemento essenziale del contratto, come la forma o l'accordo, mentre altre sono poste a tutela di un interesse privato, o si connotano come meramente prescrittive di un onere che resta inadempito: rispetto ad esse – si afferma – l'ordinamento non manifesta un giudizio di disvalore o di immeritevolezza, quanto, piuttosto, di inutilità. A tale argomento sembra potersi replicare (...) che, in tali ipotesi, insieme con il particolare, si tutela comunque un interesse generale, seppur in via indiretta: l'interesse “proprio dell'ordinamento giuridico a che l'esercizio dell'autonomia privata sia corretto, ordinato e ragionevole”. In altri termini, è come se il legislatore, predisposta una struttura normativa “significante”, destinata espressamente alla tutela del singolo soggetto, abbia poi voluto sottintendere a quella medesima struttura un ulteriore e diverso “significato”, non espresso (ma non per questo meno manifesto), costituito, appunto, dall'interesse dell'ordinamento a che certi suoi principi-cardine (tra gli altri, la buona fede, la tutela del contraente debole, la parità di condizioni quantomeno formale nelle asimmetrie economiche sostanziali) non siano comunque violati»: così Cass. s.u., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, in *Giur. it.*, 2015, 70 ss. (s.m.), con nota di I. PAGNI, *Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le Sezioni unite*; in *Corr. giur.*, 2015, 88 ss. (s.m.), con nota di V. CARBONE, «Porte aperte» delle Sezioni unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto; in *Giur. comm.*, 2015, II, 970 ss., con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione, contraente «debole» e tutela del mercato*; in *Contr.*, 2015, 113 ss. (s.m.), con nota di S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolvibilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca* e in *Giusto proc. civ.*, 2015, 137 ss. (s.m.), con nota dello stesso S. PAGLIANTINI, «Parigi val bene una messa»? le Sezioni unite su rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito. La prima sentenza può altresì leggersi in *Foro it.*, 2015, I, 862 ss., con note di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*; F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le Sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*; S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: «quid iuris»? e S. MENCHINI, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 299 ss., con nota di N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*; in *Danno e resp.*, 2015, 592 ss., con note di R. FORNASARI, *Il rilievo officioso della nullità: un presidio a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento*; e P. LAGHEZZA, *Declaratoria officiosa della nullità del contratto e Sezioni unite 2.0: il giudicato implicito*; e in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1560 ss., con nota di A. GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni unite*. La seconda sentenza, invece, è altresì edita in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, II, 113 ss. Al tema hanno dedicato attenzione anche G. FILANTI, *La rilevabilità d'ufficio della nullità e la mancanza degli elementi costitutivi del contratto*, in *Persona e mercato*, 2014, 107 ss.; M. BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *Giur. it.*, 2015, 1387 ss.; C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, 225 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni unite ed il rilievo officioso della nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 197 ss. e in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, IV, cit., 2775 ss.; A. CATAUDELLA, *Il giudice e le nullità*, in *Giust. civ.*, 2015, 667 ss.; L. GALANTI, *Nullità contrattuale tra giudicato esterno e giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1359 ss.; nonché lo stesso S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass., 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Persona e mercato*, 2014, 213 ss. e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 185 ss.*

principi superiori che condizionerebbero l'enucleazione del suo reale significato precettivo, di cui si assume l'ambiguità, egli si limitava, in modo puntuale e preciso, a respingere quest'ultima, cioè a denunciare che la lettera della norma – in sé chiarissima – non autorizza indebite limitazioni del suo ambito di operatività legate alla causa di nullità, all'avanzamento processuale della controversia o alla formulazione delle domande delle parti, perché «il “rilevare d'ufficio” si contrappone al “far valere da chiunque”» e le due formule «indicano soltanto i *modi con cui la questione di nullità diviene tema di giudizio*», sicché la previsione codicistica non avrebbe potuto trovare alcuna limitazione nel principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, che, riguardando «i fatti impeditivi, modificativi o estintivi», non può estendersi «al caso della nullità, dove propriamente vi è *assenza di un atto giuridico* (cioè di un evento umano adeguato al modello normativo)»: «l'art. 1421 c.c. non si iscrive nella cornice dell'art. 112 c.p.c., ma piuttosto in quella dell'art. 2907, co. 1, c.c., che assegna al giudice l'obbligo di pronunciare – nei casi tassativamente previsti dalla legge – senza l'impulso di parte e al di là dei limiti della domanda»⁵.

Dedurre l'incondizionata rilevanza d'ufficio della nullità dall'affermazione del principio, invero, comporta una notevole riduzione della portata precettiva del dato normativo, il quale continua ad essere considerato valido solo a misura che rispecchi fedelmente la concretizzazione offerta al principio stesso dall'apparato argomentativo della pronuncia.

Il richiamo alla «giurisprudenza per principi» acquista dunque rilevanza giuridica quando sintetizza un preciso esito argomentativo, incentrato sull'attribuzione di una marginale utilità ricostruttiva al dato positivo, che è conservato quale riflesso tecnico della riconosciuta operatività del principio, al quale si riconosce un valore condizionante nell'applicazione della norma.

Tale conclusione mira a ridurre – o forse addirittura ad escludere – il ricorso alla tecnica della sussunzione, la cui utilità sembrerebbe messa in crisi dalla preventiva necessità di accertare se il precetto normativo della cui applicabilità si discute risulti realmente conforme al principio sulla cui base la controversia deve essere decisa.

Non è dunque difficile evidenziare che, anche nel caso appena analizzato, si delinea un conflitto tra norme e principi che presuppone un'insanabile diversità tra i due enunciati e che giustifica il ricorso a tecniche ricostruttive del principio che poco o nulla abbiano a che fare con quelle caratterizzanti l'interpretazione del precetto normativo.

Il presente scritto intende sottoporre a rimediazione critica questo rilievo, nella consapevolezza che, ove fosse possibile assicurare un più deciso ravvicini-

⁵ Così N. IRTI, *Risoluzione di contratto nullo?*, in *Foro pad.*, 1971, I, 743 s. e in ID., *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 288 s.

namento tra norme e principi, muterebbe sensibilmente il ruolo che dottrina e giurisprudenza debbono continuare ad assumere nell'individuazione della *regula iuris* applicabile.

2. I principi «classici»

Se Friedrich Nietzsche, all'atto di definire l'essenza del sentimento amoroso e dei criteri di distinzione tra lo stesso, l'amicizia e la bramosia, inizia la sua riflessione chiedendosi «quante cose son chiamate amore?», si potrebbe avviare l'indagine che intendo compiere domandandosi «quante cose son chiamate (*rectius*: sono state chiamate) principi?»⁶.

È appena il caso di precisare che, limitatamente al tema oggetto di questa riflessione, non entrano in gioco quelli che sono stati definiti «principi problematici o dialettici», i quali «forniscono premesse verosimili, punti di partenza accettabili di argomentazioni di tipo dialettico, che concludono con un giudizio di preferenza tra più ipotesi possibili di soluzione di un caso concreto»⁷: essi presuppongono una o più norme di cui costituirebbero la ragione giustificatrice e, operando come linee-guida della loro interpretazione, conducono a giudizi di valore condizionati dalla presenza del dato positivo e dunque per definizione inidonei a superare quest'ultimo, prevalendo su di esso in conformità a quanto rilevato per i principi posti a fondamento delle decisioni qui esaminate.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al principio dell'affidamento o alla c.d. clausola *rebus sic stantibus*, comunemente impiegati per giustificare una o più previsioni espresse e dunque per rafforzare o avviare l'analisi ermeneutica delle stesse, senza intervenire – se non all'esito di un procedimento interpretativo che continua ad operare con l'ordinario metodo sillogistico – nella determinazione del precetto giuridico⁸.

I principi qui esaminati, al contrario, sono quelli «dogmatici o assiologici», che, operando come «*principia demonstrandi* (...) non hanno bisogno di alcuna giustificazione sostanziale» e possono essere «espressi, cioè formulati dallo stes-

⁶ Cfr. F. NIETZSCHE, *La gaia scienza*, trad. it. di F. Ricci, Roma, 1996, 74 s.

⁷ Così L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, Atti del Convegno linceo, Roma, 27-29 maggio 1991, Roma, 1992, 317 ss., spec. 324 s. e in ID., *Scritti*, I, cit., 239 ss., spec. 244 s. (da cui le successive citazioni), sul quale cfr. la puntuale analisi di L. NIVARRA, *Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 411 ss. e in *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, a cura di L. NOGLER e A. NICOLUSSI, Padova, 2007, 159 ss. (da cui le successive citazioni).

⁸ Per una più ampia valutazione dell'incidenza di questi principi nella determinazione dell'ambito di operatività dei rimedi sinallagmatici, sia consentito il rinvio a F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, 14 ss. e 214 ss.

so legislatore nella veste di norme-principio, oppure inespressi (...) cioè indotti da un insieme di norme particolari e condensati in formule dottrinali, dette dai giuristi romani *regulae iuris*», così da poter derivare, in quest'ultimo caso, anche da un «principio dialettico», che però richiederà – proprio perché disancorato dal dato positivo – di essere «convalidato mediante controllo della sua coerenza sistematica»⁹.

Così accade per i principi costituzionali o per quelli ricavati da alcuni trattati internazionali (come la CEDU), nonché soprattutto per la stessa autonomia privata, che, per quanto deducibile da precise disposizioni normative (come l'art. 1322 c.c.) attiene, in realtà, all'essenza stessa del contratto e al ruolo che esso assume nell'economia dell'ordinamento giuridico italiano e, in quanto tale, è condizionata dalla complessiva regolamentazione dei rapporti tra privati.

L'esatta definizione della portata precettiva del principio «dogmatico», dunque, dipende dalle tecniche di apprendimento ed individuazione del diritto positivo e rappresenta un corollario dei cambiamenti indotti nel sistema delle fonti del diritto italiano dall'introduzione di un modello costituzionale e dalla partecipazione al processo di uniformazione europeo.

I primi studi di diritto privato che ho condotto mi hanno permesso di assumere una percezione del principio abbastanza chiara e direi monolitica, sia in relazione alla fonte istitutivo-regolativa sia in relazione soprattutto alla funzione alla quale esso avrebbe dovuto assolvere e che si compendia in una sola espressione: auto-integrazione del sistema.

In una fase storica neppure troppo lontana nel tempo e che può essere agevolmente identificata nel periodo antecedente alla nascita e alla diffusione del diritto privato comunitario, il principio serviva esclusivamente a soddisfare un'elementare esigenza di evoluzione del sistema, che si orienta verso l'obiettivo del completamento in relazione ad un'auspicata ma consapevolmente non raggiungibile completezza¹⁰.

⁹ Così MENGONI, *I principi generali*, cit., 242 e 245.

¹⁰ Cfr. G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, 23 ss.; ID., *I principi generali comuni alle nazioni civili e l'art. 12 delle disposizioni preliminari al c.c. italiano*, in *Foro it.*, 1992, V, 90 s. e in *I principi generali del diritto*, cit., 257 s.; R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947, 85 s.; N. BOBBIO, voce *Principi generali di diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 889 s. (su cui cfr. anche N. IRTI, *Norberto Bobbio e la «filosofia dei giuristi italiani»*, in *Riv. soc.*, 2006, 122 ss.); V. PANUCCIO, *Concetti e principi nella scienza del diritto*, in *Annali Fac. Economia Univ. Messina*, V, 1967, 103 ss.; in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, III, Padova, 1970, 252 ss. e in ID., *Saggi di metodologia giuridica*, Milano, 1995, 3 ss.; F. MODUGNO, voce *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 4 s.; L. GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 324 s.; G. CARCATERRA, voce *Analogia*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1988, 4 s.; A. FALZEA, *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 462 s.; in *I principi generali del diritto*, cit., 17 s. e in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 351 s. (da cui le suc-

A fondamento del principio, era riscontrabile l'esigenza di una ricerca continua, il che evoca direttamente il concetto giuridico volto a delimitare l'ambito di operatività del suo richiamo: la lacuna normativa.

L'emersione positiva di questa esigenza si riscontra nell'art. 12, co. 2, preleggi: l'infruttuosità della ricerca di una «precisa disposizione» volta a regolare la controversia e l'incapacità di enucleazione dei criteri di applicabilità in via analogica di altre disposizioni che, pur non essendo direttamente riferibili al caso in esame, «regolano casi simili o materie analoghe» legittimano l'interprete a decidere, «se il caso rimane ancora dubbio», «secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

Un'approfondita disamina storica delle ragioni che hanno condotto a modificare la formulazione letterale del previgente art. 3 disp. prel. c.c. del 1865, che menzionava, più genericamente, i «principi generali del diritto», ha già dimostrato che l'esigenza di assicurare piena adesione ai postulati del positivismo giuridico escludendo ogni richiamo al diritto naturale non rappresenta una novità della codificazione del 1942 ma è il coerente approdo di un più articolato processo, che, attraverso il riconoscimento di un fondamento positivo ai principi, ha comportato la riconduzione degli stessi entro i rigidi confini del sistema normativo statale e la conseguente riduzione del ruolo creativo della giurisprudenza nella loro enucleazione¹¹.

La formulazione della previsione, del resto, ha rappresentato un compromesso tra le istanze avanzate da alcuni giuristi maggiormente vicini al regime dell'epoca, che avevano proposto di limitare l'operatività dell'*analogia iuris* ai «principi dell'ordinamento giuridico fascista»¹², e i tentativi dei più strenui difensori del positivismo che, allo scopo di imporre una valutazione preliminare sull'effettiva corrispondenza del principio al dato normativo esistente, avevano

cessive citazioni); G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, trad. it. di A. Febbrajo e C. Pennisi, Milano, 1996, 85 ss.; P. SCHLESINGER, *L'interpretazione della legge per i casi «dubbi» od «omessi»*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 491 s.; G. LEVI, *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2006, 35 ss. e 65 ss.; G. ALPA, *I principi generali*², in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2006, 262 ss.; A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium iuris*, 2008, 425 s.; A. GENTILI, *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, in *Pol. dir.*, 2011, 183 s.; in *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, Atti del V Convegno nazionale S.I.S.Di.C., Capri, Grand Hotel Quisisana, 25-26-27 marzo 2010, Napoli, 2011, 15 s. e in ID., *Il diritto come discorso*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2013, 99 s.; C. IRTI, *Gli ordinamenti europei e l'«horror vacui»*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 151 s.

¹¹ Cfr. A. SCIUMÉ, *I principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, 2002, 200 ss.

¹² Cfr. G. COSTAMAGNA, *I cosiddetti «principi generali» del diritto fascista*, in *Lo Stato*, 1940, 100 ss.; C.A. BIGGINI, *Sui principi generali dell'ordinamento costituzionale fascista*, in *Arch. studi corp.*, 1941, 149 ss. e in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Atti del Convegno del 18-19 maggio 1940 a cura della Facoltà di Giurisprudenza e della scuola di perfezionamento nelle discipline corporative, Pisa, 1943, 390 ss.

sostenuto l'opportunità di precisare che i principi stessi avrebbero dovuto riferirsi all'«ordinamento giuridico vigente»¹³, con esiti applicativi in entrambi i casi difficilmente accettabili, posto che, se il riferimento ai principi fascisti avrebbe inevitabilmente comportato l'esigenza di chiarire quale rilevanza giuridica riconoscere ai principi ispirati ad un sistema valoriale preesistente a quello proprio del regime e con esso non necessariamente incompatibile, la necessità di appurare preliminarmente l'effettiva «vigenza» del principio avrebbe comportato l'instaurazione di un legame eccessivamente forte con lo *ius positum*, mettendo in crisi la stessa portata della distinzione con l'*analogia legis* ed impedendo un tempestivo adattamento dell'ordinamento giuridico ai cambiamenti della società.

Non si deve peraltro sottovalutare l'importanza sistematica del mantenimento della collocazione topografica della previsione: anziché essere disposta in apertura del codice civile, così da lasciare intendere che i principi siano qualcosa da ricercare fuori da esso, la codificazione del 1942 ha lasciato la previsione in una legge speciale già indipendente dal codice, così da confermare che solo a quest'ultimo s'intendeva assegnare, al momento della sua formazione, un valore costituzionale sufficiente a garantire la possibilità di individuare i principi già al suo interno, sia pure attraverso un estremo sforzo di astrazione e generalizzazione¹⁴.

È proprio in questa prospettiva che deve essere colto il riferimento all'auto-integrazione del sistema: i principi generali evocati dall'art. 12, co. 2, preleggi possono risolvere una controversia perché esprimono il fondamento giustificativo delle norme assunte nella loro complessità sistematica e si rivelano capaci di completare l'ordinamento stesso, superando lacune così marginali da non essere state prese in considerazione né da una puntuale regolamentazione positiva, né

¹³ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Il diritto civile nell'ora presente e le idee di Vittorio Polacco*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1933, 59 s. e in *Le prolusioni dei civilisti*, II, Napoli, 2012, 2067 s.; ID., *Riflessioni sulla formulazione legislativa dei principi generali di diritto (dopo il Convegno di Pisa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, 270 ss.; in *Memorie dell'Accademia di Scienze, Lettere e Arti di Padova*, 1940, 343 ss. e in *Studi sui principi generali*, cit., 333 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 42 s. e 103 ss.); e sull'importanza che il riferimento al solo diritto «scritto» e alla sua relatività temporale assume nell'opera di questo autore, G. BENEDETTI, *Elogio di un civilista convinto: una testimonianza del sistema scientifico di Francesco Santoro-Passarelli*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, 497 ss. e in ID., *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, 151 ss.

¹⁴ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Preleggi*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 627; ID., *Dai codici preunitari al codice civile del 1865*, in *Studi per il centenario dell'unificazione legislativa italiana. 1865-1965: Codice civile, Codice di commercio, Codice di procedura civile, Codice della navigazione*, Firenze, 1968, 95 s.; in *Studi in memoria di Andrea Torrente*, II, Milano, 1968, 1041 s. e in ID., *Libertà e autorità nel diritto civile. Altri saggi*, Padova, 1977, 24 s.; G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. preliminari del c.c. del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, 115 ss.; in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1973, 1873 ss. e in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, 443 ss.

dagli elevati spazi di operatività dell'*analogia legis*, già ispirata ad identica esigenza.

Nell'impianto teorico-concettuale della previsione, in altri termini, norme e principi non avrebbero mai potuto entrare in collisione, perché, da un lato, di principi si sarebbe dovuto parlare solo in assenza di norme e dopo il riconosciuto fallimento di ogni attività ermeneutica finalizzata alla comprensione di una specifica previsione e, dall'altro lato, i principi avrebbero dovuto essere ricavati dalle norme stesse e dunque esprimere quanto è posto a fondamento del dato positivo, rivelandone una capacità sistematica probabilmente ignota e potenzialmente imprevedibile al momento della sua formazione.

Ciò non significa che i giuristi non si siano interrogati sulla possibilità di confrontare principi e norme e, segnatamente, sulla necessità di qualificare anche i principi stessi come norme, a misura che essi fissino regole di condotta suscettibili di assicurare un'effettiva soluzione alla controversia¹⁵.

La questione, tuttavia, ha assunto un'importanza marginale perché, una volta chiarito che è solo il fondamento giustificativo dei principi a far loro assumere

¹⁵ Cfr. S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, I, 1, Milano, 1943, 32 e 36 e in ID., *Scritti giuridici*, II, 1937-1947, Milano, 2010, 760 e 767: «la norma giuridica o il principio giuridico sono (...) regole della condotta o dell'attività umana aventi carattere imperativo: cioè munite della garanzia pratica di attuazione apprestata dall'ordinamento giuridico al quale appartengono (...) La differenza fondamentale tra principi e norme sta nella rispettiva *posizione*: quelli, si direbbe, formano il sottostrato del sistema; queste, invece, stanno alla superficie: ma gli uni e le altre sono destinate alla disciplina della convivenza dei singoli in società. Soltanto, è da tenere presente che, di regola, le norme hanno applicazione *diretta*, mentre i principi si applicano *indirettamente*, insieme colle norme o attraverso le norme: vale a dire, non trovano applicazione autonoma, ma adempiono alla loro funzione operando come motivi ispiratori e vivificatori delle norme giuridiche. Quando però non si rinvencono le norme applicabili al caso concreto e invano si ricercano norme regolanti casi simili o materie analoghe, (...) si tende a mettere in luce quei principi che avrebbero potuto ispirare e tuttavia non hanno ispirato norme concrete applicabili al caso in questione e i principi trovano applicazione *diretta*, alla stessa guisa delle norme». Limitatamente alle posizioni antecedenti alla codificazione del 1942, meritano attenzione anche G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, in *Arch. giur.*, 1921, 128 s. e, come volume autonomo, Milano, 1958, 25 ss.; ID., *Riforma del codice civile e principi generali del diritto*, *ivi*, 67 ss.; G. SCADUTO, *Sull'identificazione dei principi generali di diritto*, in *Annali Univ. Perugia*, (VII-VIII) 1923-1924, 85 s.; M. ROTONDI, *L'equità e i principi generali di diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1924, 271 s. e in ID., *Scritti giuridici*, II, *Studi di diritto comparato e teoria generale*, Padova, 1972, 27 s.; P. COGLIOLO, *I principi generali del diritto*, in *Dir. comm.*, 1924, I, 161 ss.; G. PACCHIONI, *I principi generali di diritto*, in *Arch. giur.*, 1924, 137 s. (su cui cfr. G. TUCCI, *Giovanni Pacchioni e la giurisprudenza come fonte sociale del diritto*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, IV, cit., 3049 ss.); T. ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. nel diritto privato*, in *Arch. giur.*, 1925, 235 ss. e in ID., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 227 ss.; V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali sull'interpretazione e sull'applicazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, 678 ss.; ID., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 41 ss. e in *Studi sui principi generali*, cit., 176 ss.

natura normativa, in ragione del fatto che essi vengono dedotti dal dato positivo complessivamente inteso, è stato facile sottolineare l'impossibilità tecnica di usarli attraverso l'ordinario metodo della sussunzione, stante la loro genericità, che impedisce una riconduzione al binomio «fattispecie-effetti giuridici» della loro modalità di funzionamento¹⁶.

A fronte di un siffatto impianto teorico-concettuale, parlare di una prevalenza dei principi sulle norme sarebbe stato metodologicamente errato.

La portata precettiva dell'art. 12, co. 2, preleggi, infatti, non può essere individuata nel riconoscimento dell'impiego dell'analogia, la quale, in realtà, costituisce ineliminabile componente della stessa attività ermeneutica, non appena si riconosca che essa non può limitarsi al dato letterale e deve aprirsi al sistema complessivamente inteso.

La norma conserva utilità esclusivamente nella parte in cui fissa un rigoroso e gerarchicamente ordinato criterio di successione nell'impiego delle tecniche analogiche, lasciando al richiamo dei principi un ruolo residuale perché, in questo modo, la previsione chiarisce che il principio mira a ribadire l'intrinseca coerenza organica dell'ordinamento, che l'interprete deve con la sua opera rafforzare.

I principi, in altri termini, servono a completare quanto è per definizione lacunoso perché, evidenziando lo stato di coerenza del sistema, si rivelano capaci di superare un dubbio ermeneutico che s'innesta su quello che preesiste alla formazione della norma, in ciò rivelando la loro «eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico, che dir si voglia)» rispetto alla norma stessa: «non si tratta di un dubbio logico – giacché è da apprezzare, in ipotesi, “se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione” – si tratta, piuttosto, di un dubbio diagnostico, attinente all'incertezza della diagnosi e della valutazione giuridica del caso: dubbio, in questo senso, non logico, ma assiologico», a sua volta collegato all'insufficienza dell'*argumentum a contrario*, che potrebbe altri-

¹⁶ Cfr. BOBBIO, voce *Principi*, cit., 891; E. PARESCHE, voce *Interpretazione*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 202; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, 100 s.; R. GUASTINI, *Sui principi di diritto*, in *Pol. dir.*, 1986, 615; ID., voce *Principi di diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 344 s.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 7 s. e in *Il principio di buona fede*, Giornata di studio, Pisa, 14 giugno 1985, Milano, 1987, 9 s. (da cui le successive citazioni); ID., *Note sul rapporto tra diritto e morale*, in *Iustitia*, 1998, 306 s. e in ID., *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, a cura di M. NAPOLI, Milano, 2004, 69 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Scritti*, I, cit., 169 s. e 24 s.); P.G. MONATERI, voce *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 391; L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 24 s. e 31 s.; ALPA, *I principi generali*, cit., 31 ss.; N. LIPARI, *Spunti in tema di lacune dell'ordinamento giuridico*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di F. RUSCELLO, I, Napoli, 2008, 537 s.; ID., *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 216 ss.; ID., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 37 ss.; D'AMICO, *Applicazione*, cit., 890 s.

menti servire all'interprete per far discendere dall'assenza della regolamentazione specifica «una valutazione giurisdizionale negativa del caso non disciplinato»¹⁷.

3. *Il superamento dell'art. 12, comma 2, preleggi*

Proprio una più attenta valutazione del fondamento valoriale del principio, evidenziata dall'inciso appena riportato, riesce a dar conto del cambiamento sul quale oggi siamo chiamati a riflettere.

Anche i principi «di nuova generazione» evocati e posti a fondamento delle decisioni analizzate in questa giornata di studi continuano ad assicurare all'ordinamento giuridico la possibilità di adattarsi ai mutamenti della società, ma vengono chiamati a farlo in modo nettamente diverso rispetto al passato perché l'evoluzione non è assicurata dal completamento, bensì dall'affermazione e dal superamento di un conflitto.

Il conflitto evoca un altro concetto di sintesi che si sostituisce alla lacuna per identificare il nuovo ambito di operatività dei principi: l'antinomia.

Ad essere mutato è lo scenario finalistico nel quale i principi sono chiamati ad intervenire.

Anziché operare solo quando la lacuna induca a chiedersi se la coerenza interna del sistema autorizzi il superamento dell'argomento *a contrario*, i principi concorrono a dimostrare l'inadeguatezza del dato positivo ordinario e sono chiamati ad impedire che la diretta ed esclusiva applicazione di quest'ultimo determini esiti incompatibili con i valori fondamentali del sistema, per la cui salvaguardia si assicura, in ogni caso, la possibilità di compiere una verifica preliminare di legittimità.

Ciò costituisce un corollario di un più ampio mutamento, che ha investito la determinazione del valore della coerenza del sistema normativo.

L'art. 12, co. 2, preleggi esprime un'idea di coerenza incentrata sull'affermazione del rilievo costituzionale del diritto codicistico e sulla conseguente possibilità di ricavare essenzialmente da esso i valori fondanti il sistema giuridico nazionale.

La previsione, in altri termini, muove dall'idea secondo cui il dato positivo esistente è perciò stesso coerente e, non necessitando di alcuna verifica di con-

¹⁷ Così E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*², a cura di G. CRIFÒ, Milano, 1971, 163 ss. e 305 ss., spec. 307 s. e 316, che riprende e sviluppa quanto già rilevato in ID., *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, 217 ss. e in *Studi sui principi generali*, cit., 321 ss., e alle cui conclusioni aderisce R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1974, 230 ss. e 251 ss., spec. 239, 253 s. e 282 s.

formità, è suscettibile di essere sottoposto ad un processo di astrazione e generalizzazione volto alla definizione dei principi solo in presenza di una lacuna.

Tale conclusione deve essere collegata ad un sistema delle fonti del diritto (art. 1 preleggi) che attribuisce alla legge ordinaria – e dunque appunto al codice civile – un ruolo preminente nell'individuazione delle norme applicabili.

Il superamento di questo sistema di fonti ha imposto una riformulazione dell'idea di coerenza, portando gli interpreti a constatare che la gerarchia designata dall'art. 12, co. 2, preleggi non è più idonea ad assicurare il perseguimento di questo valore e deve essere superata da un utilizzo pervasivo dei principi¹⁸.

L'entrata in vigore del dettato costituzionale, tuttavia, ha solo rappresentato il punto di partenza di questa evoluzione.

A quella che è stata efficacemente definita «dottrina del diritto civil-costituzionale» non deve essere attribuito solo il merito di aver avviato uno studio sistematico dell'incidenza della Costituzione nei rapporti privatistici, portando a coerente compimento il riconoscimento di un ruolo gerarchicamente sovraordi-

¹⁸ Cfr. V. CRISAFULLI, *Le norme «programmatiche» della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, I, Milano, 1952, 62 ss. e in ID., *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, 125 ss.; R. NANIA, *Principi costituzionali e ordine pubblico internazionale*, in *Dir. soc.*, 1979, 435 s.; ID., *Il valore della Costituzione*, Milano, 1986, 38 ss.; S. BARTOLE, voce *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 513 s.; ID., *I principi generali tra due convegni (1940-1991): dall'ordinamento statutario fascista all'ordinamento repubblicano ed alle sue aperture sovra-nazionali*, in *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma, 14-15 novembre 2014, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, 3 ss.; MENGONI, *Spunti*, cit., 11 s.; ID., voce *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1988, 5 s. e in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 43 ss.; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 658 ss.; PALADIN, *Costituzione*, cit., 21 s. e 29 s.; C. SALVI, *Norme costituzionali e diritto privato. Attualità di un insegnamento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 235 ss.; ID., *Codice civile e Costituzione*, *ivi*, 2012, 31 ss. e in *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, Atti del Convegno dell'Unione dei Privatisti, Roma, 15-16 novembre 2011, Torino, 2014, 193 ss.; F.D. BUSNELLI, *La danza dei principi: diritto naturale, diritto positivo, bioetica*, in *Il diritto privato nella società moderna. Seminario di studio in onore di Stefano Rodotà*, a cura di G. ALPA e V. ROPPO, Napoli, 2005, 203 ss.; ID., *Idee-forza costituzionali e nuovi principi: sussidiarietà, autodeterminazione, ragionevolezza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 9 ss.; ALPA, *I principi generali*, cit., 373 ss.; LEVI, *L'interpretazione*, cit., 50 s.; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 147 ss.; ID., *Assiologia e teoria del diritto (rileggendo Rodolfo De Stefano)*, *ivi*, 2010, I, 1 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della post-modernità*, Milano, 2012, 5 ss. e 227 ss.); G. VETTORI, *Diritti, principi e tecniche rimediali nel dialogo fra le Corti*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 237 ss.; ID., *Contratto giusto*, cit., 787 ss.; ID., *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, 71 s.; N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, in *Liber amicorum per Dieter Henrich*, a cura di G. GABRIELLI, I, Torino, 2012, 36 ss.; L. NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 163 ss.; A. JANNARELLI, *I «principi nel diritto privato» tra dogmatica, storia e postmoderno*, in *Roma e America*, 2013, 115 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 15 ss.

nato del testo costituzionale nel sistema delle fonti e della conseguente necessità di disapplicare – attraverso l'intervento dell'organo a ciò deputato – il dato normativo ordinario con esso incompatibile, in piena uniformità a quanto è accaduto non appena la Corte costituzionale ha iniziato ad operare¹⁹.

A questa dottrina, piuttosto, si deve riconoscere di aver per prima teorizzato un controllo diffuso di legittimità, cioè di aver attribuito a tutti i giudici – indipendentemente dai rigidi meccanismi di proposizione di una questione di legittimità costituzionale – il compito di verificare la conformità della previsione normativa ordinaria al dettato costituzionale e di adattare la decisione del caso concreto all'irrinunciabile attuazione dei principi deducibili dal medesimo dettato²⁰.

Tale intuizione, infatti, ha costituito la premessa logica per una rivoluzionaria ricostruzione in termini totalizzanti dell'ermeneutica, in forza della quale essa è stata chiamata a superare ogni distinzione tra fasi diverse dell'interpretazione nella consapevolezza che una reale attuazione dei principi costituzionali avrebbe dovuto coinvolgere tutto il dato positivo preesistente senza poter incorrere nel rigido schematismo indicato dall'art. 12 preleggi.

La necessità di interpretare e applicare quest'ultima previsione in un modo costituzionalmente orientato, in altri termini, ha imposto di escludere ogni rilevanza all'attribuzione all'*analogia iuris* di contorni di residualità e di evidenziare

¹⁹ Cfr. M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 840 ss., spec. 841 e in *Novecento giuridico: i civilisti*, a cura di P. PERLINGIERI e A. TARTAGLIA POLCINI, Napoli, 2013, 247 ss., spec. 248, il quale usa il termine «dottrina del diritto civil-costituzionale» per indicare, «per mera comodità espositiva e con qualche comprensibile approssimazione, (...) l'insieme dei protagonisti della stagione di “costituzionalizzazione” della nostra disciplina», con particolare riferimento, «pur tra i molteplici contributi che, a vario titolo, hanno messo a punto una strategia di conformazione degli istituti civilistici alla Costituzione, agli scritti di Pietro Perlingieri» e, in particolare, a quella che può essere considerata la più efficace sintesi del suo pensiero, rappresentata dal volume *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006 e dal saggio riassuntivo *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 497 ss. e in ID., *Interpretazione e legalità costituzionale. Appunti per una didattica progredita*, Napoli, 2012, 157 ss.

²⁰ Cfr. P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 95 ss.; in ID., *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1989, 111 ss. e in *Le prolusioni*, III, cit., 3211 ss.; ID., *Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, 807 ss.; ID., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. FEMIA, Napoli, 2006, 1 ss. (tutti questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Interpretazione*, cit., 173 ss., 407 ss. e 199 ss.; gli ultimi due scritti, inoltre, sono consultabili anche in ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, 297 ss. e 373 ss.); ID., *Per un'ermeneutica rinnovata*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, Milano, 2008, 2231 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 307 ss. e in ID., *Interpretazione*, cit., 309 ss.; ID., *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 409 s.

che l'individuazione dei principi costituzionali e la verifica preventiva della conformità agli stessi del dato positivo costituiscono premessa della stessa applicazione del metodo di sussunzione, destinato ad operare solo dopo che la norma riveli la sua intrinseca compatibilità con il dettato costituzionale²¹.

Così argomentando, la posizione in esame non rimette in discussione il valore della coerenza del sistema normativo, ma anzi ne ribadisce la centralità, precisando che il medesimo sistema deve continuare ad essere considerato unitario, ancorché sia stato reso maggiormente complesso dalla pluralità gerarchicamente ordinata delle sue fonti²².

È tuttavia difficile credere che questo rilievo possa essere ribadito anche a fronte della diffusione del diritto comunitario.

La formazione di quest'ultimo è infatti affidata a processi decisionali che, non avendo nulla a che vedere con il sistema italiano, sono incondizionatamente liberi di predisporre regole del tutto incoerenti rispetto a quelle caratterizzanti l'ordinamento nel quale esse dovranno essere applicate e le finalità uniformatrici

²¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 990 ss. e in ID., *Scuole*, cit., 275 ss.; ID., *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 787 ss. e in ID., *L'ordinamento*, cit., 329 ss.; ID., *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 159 ss. (tutti questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Interpretazione*, cit., 129 ss., 273 ss. e 115 ss.); A. GIULIANI, *Delle disposizioni sulla legge in generale*², in *Tratt. Rescigno*, I, 1, Torino, 1999, 252 ss.; M.R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 3 ss.; V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della post-modernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 287 s.; in *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, Atti del Convegno di Telese Terme, 16-18 dicembre 2004, Napoli, 2005, 641 s.; in ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al post-moderno*, Milano, 2005, 50 s.; in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, Napoli, 2008, 1867 s. e in ID., *Fonti*, cit., 64 s.; P. STANZIONE-B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011, 3 s.; M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, 1 ss.; R. SENIGAGLIA, *Riflessioni intorno al rapporto tra diritto statale e diritto dell'Unione europea nella teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 581 s.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 29 ss., spec. nt. 64 e, in posizione critica, N. IRTI, *Quattro giuristi del nostro tempo*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 765 s.; in ID., *Scuole e figure del diritto civile*², Milano, 2002, 434 ss. e, con il titolo *Pietro Perlingieri, o dei valori* e in ID., *Occasioni novecentesche sul cammino del diritto*, Napoli, 2012, 143 ss.

²² Cfr. P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 188 ss.; in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, I, Milano, 2005, 635 ss.; in ID., *L'ordinamento*, cit., 1 ss. e in ID., *Interpretazione*, cit., 25 ss. e, per un'essenziale precisazione metodologica, P. FEMIA, *Nota di lettura. Voltare le spalle al destino: sistema aperto o aperture sistematiche*, in C.W. CANARIS, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, trad. it. di G. Varanese, Napoli, 2009, 185 ss., il quale non esita ad attribuire all'idea dell'unità dell'ordinamento il valore logico del postulato, in quanto tale non suscettibile di alcuna giustificazione ulteriore ma mero presupposto di ogni successivo sviluppo argomentativo.

che animano gli interventi del legislatore comunitario debbono essere perseguite attraverso la predisposizione di una regolamentazione che, dovendo prescindere dalle esperienze particolaristiche, si affida a tecniche definitorie di matrice anglo-sassone incentrate sul conferimento all'autorità giudiziaria del compito di procedere all'enucleazione della fattispecie attraverso il richiamo ai principi²³.

Ciò si rivela funzionale all'esigenza di conferire alla Corte di giustizia un ruolo di supervisione e coordinamento nella verifica della legittimità del precetto normativo interno fatalmente destinato ad entrare in conflitto con il compito della Corte costituzionale italiana e a risolversi in una prevalenza del dettato comunitario, così come interpretato «autenticamente» – non a caso attraverso il frequente impiego dei principi – dai giudici di Bruxelles²⁴.

²³ Cfr. N. IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 700 ss.; ALPA, *I principi generali*, cit., 209 ss.; ID., *I «Principi fondamentali» e l'armonizzazione del diritto contrattuale europeo*, in *Contr. e impr.*, 2013, 825 ss.; ID., *I «Principi direttivi» nei Progetti di armonizzazione del diritto privato europeo*, in *Vita not.*, 2013, 1119 ss.; ID., *CESL, diritti fondamentali, principi generali, disciplina del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 147 ss.; ID., *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, in *I principi nell'esperienza giuridica*, cit., 77 ss.; ID., *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati membri*, in *Contr. e impr.*, 2015, 245 ss.; L. CARLASSARE, voce *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 2, Milano, 2008, 536 ss.; A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 761 ss.; in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del IV Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Capri, Grand Hotel Quisisana, 16-17-18 aprile 2009, Napoli, 2010, 163 ss. e in ID., *Il diritto*, cit., 227 ss.; C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 855 ss.; ID., *Sulla proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, *ivi*, 2012, 289 ss.; ID., *Codice civile e diritto europeo*, *ivi*, 687 ss. e in *I valori della convivenza civile*, cit., 221 ss.; ID., *Armonizzazione senza codificazione: la penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 905 s. e in *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, a cura di E. NAVARRETTA, Torino, 2015, 105 ss.; F. MUNARI, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti*, in *Dir. un. eur.*, 2013, 725 ss. e in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, II, Napoli, 2014, 980 ss.; A. PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato europeo e diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 743 ss.

²⁴ Cfr. R. SACCO, voce *Fonti non scritte del diritto italiano*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.**, I, Torino, 2000, 401; N. IRTI, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1243 ss.; E. CALZOLAIO, *Il valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 41 ss.; R. CALVO, *La giurisprudenza come fonte del diritto comune moderno?*, in *Contr. impr. Eur.*, 2009, 1 ss.; ID., *Giurisprudenza territoriale e universalità del diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 303 ss.; M. GIORGIANNI, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milano, 2009, 51 ss.; N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 635 ss.; N. TROCKER, *L'Europa delle Corti sovranazionali: una sorta di judicial activism tra tutela dei singoli e integrazione degli ordinamenti giuridici*, in *Ann. dir. comp.*, 2011, 95 ss.; G. ALPA, *I «Principi generali del diritto civile» nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Giust. civ.*, 2014, 325 ss.; ID., voce *Principi generali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.******, Torino, 2014, 493 ss.; G. TOSATO, *I principi generali di diritto e l'integrazione europea. Brevi riflessioni sistemiche*, in *I principi nell'esperienza giuridica*, cit., 401 ss.; S. PAGLIANTINI, *Contratto «b2c» e*

La somiglianza o la totale identità di taluni principi del diritto comunitario con quelli ricavati dal dettato costituzionale italiano non possono essere considerati sufficienti per ribadire la coerenza del sistema o per sostenere che il valore supremo della Costituzione debba in ogni caso prevalere sul diritto di matrice comunitaria²⁵: «il legislatore comunitario – almeno sin qui – non ha manifestato lo scopo precipuo di svelare le assonanze tra i sistemi rilanciandole come cardine del diritto europeo *in fieri*; piuttosto, ha preso di mira precisi obiettivi di riaggiustamento delle regole del mercato. È un legislatore pragmatico che poco si cura delle architetture concettuali e dei raccordi con i diversi sistemi giuridici che procede ad armonizzare» e proprio per questo «sposa la tecnica dei rimedi più che quella astrattizzante dei diritti, proprio al fine di raggiungere obiettivi più circoscritti ancorché a volte maggiormente sofisticati»²⁶.

Anche laddove fosse possibile ammettere che, in passato, il valore della coerenza potesse davvero preesistere all'intervento specifico del legislatore ed essere da quest'ultimo incondizionatamente rispettato, tanto da non formare oggetto di una verifica dell'interprete²⁷, è un dato incontrovertibile che oggi esso può

concorso di tutele: variazioni su diritto primo e diritti secondi a margine di «Van Hove e Matei», in *Contr.*, 2015, 762 ss.; ID., *Il «Restatement» della Corte di giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 423 ss.; IRTI, *Gli ordinamenti*, cit., 170 ss.; VETTORI, *Il contratto europeo*, cit., 61 ss.; CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., 227 ss.

²⁵ Cfr. N. IRTI, *Tramonto della sovranità e diffusione dei poteri*, in *Dir. soc.*, 2009, 465 ss.; M. ORLANDI, *Primaute del diritto comunitario?*, in *Diritto comunitario*, cit., 207 ss.; CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., 265 ss., il quale, riprendendo e sviluppando il pensiero di L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 523 ss.; in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, I, Milano, 1998, 357 ss. e in ID., *Scritti*, I, cit., 333 ss., torna a ribadire l'imprescindibile esigenza di diversificare le competenze degli organi interni e comunitari, anche a costo di sacrificare l'unità dell'ordinamento. *Contra* P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, 80 ss.; ID., *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, 27 ss.; ID., *Diritto comunitario e identità nazionali*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 530 ss. e in *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, a cura di M. PENNASILICO, Napoli, 2012, 1139 ss.; ID., *L'interpretazione giuridica*, cit., 410 s.; A. TARTAGLIA POLCINI, *Integrazione sistematica e assiologia dirimente nel dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Interpretazione a fini applicativi*, cit., 421 ss.

²⁶ Così S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*², Torino, 2015, 14, che riprende e sviluppa quanto già rilevato in ID., *Il contratto europeo al tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 601 ss.; ID., *Il diritto europeo e la sfida del codice civile unitario*, in *Contr. impr. Eur.*, 2012, 98 ss. Per una puntuale indicazione delle ragioni che consentono di sostituire il riferimento all'approccio «rimediale» con una tecnica argomentativa incentrata sull'applicazione dei principi, anche a scapito delle regole normativamente imposte, è sufficiente rinviare a L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 583 ss. e A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, *ivi*, 703 ss.

²⁷ Così lascia intendere L. MENGONI, *I problemi di metodo nella ricerca civilistica oggi in Italia*,

solo rappresentare un obiettivo, che l'interprete stesso è chiamato faticosamente a raggiungere senza potersi più limitare ad assumere lo *ius positum* come un dato immutabile e suscettibile di mera riproduzione attraverso l'attività ermeneutica volta alla ricostruzione del suo significato specifico, ma dovendo volta a volta metterlo a confronto con i valori del sistema normativo, avendo cura di verificarne l'adeguatezza ai mutamenti del sistema stesso indotti dal costante lavoro delle molteplici fonti di produzione del diritto²⁸.

in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 10 s. e in ID., *Scritti*, I, cit., 180 s., secondo cui «il blocco di valori in cui la società si riconosceva era tradotto e cristallizzato nelle strutture dogmatiche del sistema del diritto privato, così che i procedimenti logico-inferenziali di decisione dei casi concreti assicuravano in pari tempo anche il controllo assiologico. Era questo il senso più profondo del positivismo giuridico (o, più esattamente, legislativo) allora dominante e della pretesa di legittimare il diritto positivo esclusivamente in virtù della sua razionalità formale», ma una visione più articolata dell'attività ermeneutica è già delineata da BETTI, *Interpretazione*, cit., 310 ss., la cui importanza, nell'agevolare quello che è stato efficacemente descritto come «risveglio dal sonno dogmatico», è sottolineata da G. BENEDETTI, *Appunti storiografici sul metodo dei privatisti e figure di giuristi*, in *Prelazione e retratto*, Seminario coordinato da G. BENEDETTI e L.V. MOSCARINI, Milano, 1988, 3 ss., spec. 9 s. e in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, a cura di B. CARPINO, Napoli, 1989, 241 ss., spec. 245 s.; ID., *Una testimonianza sulla teoria ermeneutica di Emilio Betti*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 777 ss. e con il titolo *Eticità dell'atto ermeneutico. Una testimonianza sulla teoria di Emilio Betti*, in *Emilio Betti e l'interpretazione*, a cura di V. RIZZO, Napoli, 1991, 127 ss.; ID., *L'interpretazione dell'atto di autonomia privata tra teoria generale e dogmatica nel pensiero di Emilio Betti. Un paradosso*, in *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, a cura di V. FROSINI e F. RICCOBONO, Milano, 1994, 7 ss. e in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, *Diritto civile*, Milano, 1995, 19 ss. [tutti questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Oggettività*, cit., 5 ss., spec. 9 s., 105 ss. e 87 ss. (e su questo volume cfr. la lucida analisi di V. SCALISI, *Per una ermeneutica giuridica «veritativa» orientata a giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1249 ss.); P. PERLINGIERI, *Emilio Betti e l'interpretazione*, in *Emilio Betti*, cit., 119 ss.; ID., *Ratio iuris e ragionevolezza nell'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, in *Corti march.*, 2005, 3 ss. e in ID., *Interpretazione*, cit., 469 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *L'ordinamento*, cit., 439 ss. e 447 ss.).

²⁸ Cfr. G. BENEDETTI, *Quale ermeneutica per il diritto europeo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1 ss. e in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Atti del Convegno internazionale di studi, Messina, 28-30 settembre 2005, a cura di V. SCALISI, Milano, 2007, 187 ss.; ID., *L'elogio dell'interpretazione traducente nell'orizzonte del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 413 ss.; in *Attività transazionali, sapere giuridico e scienza della traduzione*, a cura di P. SANDULLI e M. FAIOLI, Roma, 2011, 41 ss. e in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, I, Napoli, 2012, 21 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Oggettività*, cit., 225 ss. e 189 ss.); G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, 25 s.; V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 413 ss. e in *Diritto comunitario*, cit., 87 ss.; ID., *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 145 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Fonti*, cit., 349 ss. e 387 ss.); P. GROSSI, *Sulla odierna «incertezza» del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 935 s.; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1115 ss.; S. PAGLIANTINI, *Art. 61 – Consegna*, in *La riforma del codice del consumo*, a cura di G. D'AMICO, Padova, 2015, 295 s.

4. La funzione nomogenetica dei principi «di nuova generazione»

Quanto appena rilevato condiziona la definizione dei rapporti tra norme e principi.

Se questi ultimi, proprio per continuare ad esprimere i valori fondanti il sistema giuridico, sono chiamati ad operare assumendo un ruolo prioritario nella dinamica determinativa del diritto applicabile, si deve necessariamente immaginare che debbano a loro volta produrre qualcosa di confrontabile con lo *ius positum*, sicché la loro rilevanza giuridica può essere apprezzata solo presupponendo che essi affermino ed impongano un particolare procedimento nomogenetico, volto ad assicurare la creazione di norme giuridiche destinate ad affiancarsi o a sostituirsi a quelle già poste dal legislatore²⁹.

Ho già rilevato che ad esiti non dissimili si era pervenuti analizzando l'art. 12, co. 2, preleggi, ma nella consapevolezza, in quella fase storica, che il profilo avesse una marginale rilevanza applicativa, proprio in ragione dell'impossibilità

²⁹ Cfr. A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 247 s. e in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, I, cit., 643 s. (da cui le successive citazioni); E. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di Cassazione e stare decisis*, in *Giust. civ.*, 2015, 696 s. Ancorché senza pervenire ad una piena identificazione di norme e principi, anche L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Jus*, 1988, 479 s. e in ID., *Ermeneutica*, cit., 75, aveva rilevato che per assicurare piena portata precettiva ai valori, è necessario ricorrere allo schema formale della norma, che «al livello più alto di generalizzazione (...) traduce i valori in regole di preferenza impartite agli organi di formazione e applicazione del diritto (norme costituzionali, strutturate come clausole generali o come diritti fondamentali); a un livello meno elevato, controllato dal primo (norme di legge ordinaria definite con la tecnica della fattispecie casistica), (...) opera una scelta tra le molteplici possibilità di soluzione di un problema pratico rappresentate dai valori». Il passaggio è ripreso e approfondito da NIVARRA, *Clausole*, cit., 181, secondo cui nel pensiero di Mengoni «l'opzione cognitivista (...) va di pari passo con una rinnovata fedeltà a quello che può dirsi il nucleo inscalfibile del positivismo giuridico e cioè con l'idea che, affinché qualcosa valga per il diritto, come diritto e nello specifico modo di valere del diritto, è necessario che esso venga appropriato dal diritto nelle forme proprie di quest'ultimo»; nonché da G. BENEDETTI, *Ermeneutica e dogmatica in Luigi Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 103 ss., spec. 111 s. e in ID., *Oggettività*, cit., 137 ss., spec. 146 s., il quale conclude: «l'ermeneutica giuridica appresta ipotesi razionalmente fondate e socialmente plausibili, ma non è procedimento di verifica della loro giustizia. Superata la visione della comprensione come "ripensare il già pensato", va precisato che l'ermeneutica giuridica è anche attività *inventiva*, che adempie la funzione mediatrice fra il senso originario del testo e le domande del presente (...) L'interpretazione appresta soluzioni ragionevoli, che la dogmatica controlla (...) Il contesto della giustificazione di una decisione giuridica per Mengoni non può essere altro da un *sistema dogmatico*, che ne garantisce la coerenza con la *razionalità totale dell'ordinamento*. Così la dogmatica giuridica assume la funzione politica di assicurare un controllo alla recezione delle valutazioni sociali, trasformando queste in categorie sistematiche». Cfr. anche S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra clausole generali e valori*, in *Giur. it.*, 2011, 1697 ss.; P. GROSSI, *Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 15 ss., spec. 29 ss.; G. ZACCARIA, *L'apporto di Luigi Mengoni alla metodologia del Novecento*, *ivi*, 63 ss.

di mettere a confronto norme e principi, indotta dalla necessità di limitare l'operatività di questi ultimi alla presenza di una lacuna normativa.

I principi «di nuova generazione» impongono semplicemente di estendere questo rilievo ad un sistema gerarchico di fonti radicalmente mutato, così da pervenire a quell'esito applicativo – il confronto con le norme preesistenti – che i principi «classici» non erano ancora chiamati ad operare.

Sostenere che anche quando si parla di principi si debba fare riferimento a norme giuridiche, tuttavia, continua ad incontrare una netta opposizione in chi ritiene che il richiamo delle norme dovrebbe essere limitato ai soli casi in cui il dettato positivo indichi una preventiva e verificabile descrizione di un fatto ricorrendo ad essa altrettanto puntuali conseguenze giuridiche³⁰.

Anche oggi abbiamo avuto modo di sentire dall'attenta analisi di Mauro Orlando che i principi non possono essere norme perché sono privi di una fattispecie e non presentano una formulazione letterale sufficiente a garantire all'interprete una puntuale descrizione delle loro conseguenze giuridiche³¹.

La conclusione è ulteriormente rafforzata dalla descrizione – in termini a tratti catastrofici – degli esiti applicativi di un utilizzo incontrollato dei principi, che favorirebbe la nascita di una giurisprudenza «creativa» del tutto arbitraria, l'impossibilità per l'interprete di prevedere e controllare l'andamento del conflitto, la stessa inutilità dell'analisi del caso, che, stante l'impossibilità di procedere all'applicazione del metodo sillogistico superato dalla necessità di realizzare il valore insito nel principio, non dovrebbe essere più attentamente e preven-

³⁰ Cfr. D. FARIAS, *Idealità e indeterminazione dei principi costituzionali*, Milano, 1981, 161 ss.; FALZEA, *I principi*, cit., 339 ss.; G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 25 ss.; ID., *Principi e argomentazione giuridica*, in *Ars int.*, 2009, 131 ss.; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2771 ss.; F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, 256 ss.; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 346 ss.; F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, *ivi*, 379 ss.; G. TERRANOVA, *I principi e il diritto commerciale*, in *I principi nell'esperienza giuridica*, cit., 355 ss., spec. 363 ss. e in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, 183 ss., spec. 195 ss.; G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 2011, 1709 s.; ID., *Applicazione, cit.*, 888 ss., spec. 893 ss., nt. 32; ID., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, 255 ss. e in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*², Torino, 2015, 1 ss.; A. JANNARELLI, *Dall'età delle regole all'età dei principi ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno*, in *Giust. civ.*, 2014, 991 ss.; ID., *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico*, in *I principi nell'esperienza giuridica*, cit., 38 ss. e, sia pure entro una linea ricostruttiva volta a sostenere la prevalenza dei valori rappresentati dai principi sulle norme, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. di F. Oriana, Bologna, 1982, 90 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 148 ss.; G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Persona e mercato*, 2015, I, 69 e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1107.

³¹ Cfr. M. ORLANDI, *Forza normativa della descrizione*, in questo volume, 173 ss.

tivamente valutato nei suoi risvolti giuridici, essendo ormai divenuto mera «situazione di vita da approvare o disapprovare» e dunque da presentare al giudice nella sua nudità, degradandolo a pura occasione per l'applicazione del principio³².

Le critiche, invero, muovono da un postulato indiscusso, ossia dall'idea secondo la quale l'ambiguità insita nel richiamo ai principi non potrebbe estendersi alle norme, le quali evocherebbero un unico fenomeno, caratterizzato appunto dalla presenza della fattispecie.

Non è casuale che la posizione in esame individui l'origine storica del superamento della fattispecie indotto dall'applicazione dei principi proprio nell'introduzione delle norme costituzionali e nel riconoscimento della loro incondizionata operatività in ambito privatistico nonostante l'impossibilità di ricostruirne la portata precettiva con gli schemi formali dell'interpretazione di una norma ordinaria, rilevando che tali circostanze avrebbero dato avvio ad un processo degenerativo, culminato nel superamento dello schema della norma stessa nella determinazione della *regula iuris*.

A tale conclusione è possibile replicare che la prevalenza della norma costituzionale su quella ordinaria costituisce corollario di un sistema gerarchico di fonti normativamente fissato, cioè un esito argomentativo coerentemente ed ineludibilmente correlato all'impiego di quegli stessi schemi formalistici che si vorrebbero in tal modo superati³³.

Non vi sono dunque ragioni per identificare la norma esclusivamente con una previsione avente natura sostantiva, incentrata sulla puntuale enucleazione di un risultato finale utile alla soluzione di un caso concreto perché caratterizzata dalla descrizione in termini astratti di un conflitto di interessi tra uomini.

In realtà, la norma alla quale intendo riferirmi in relazione ai principi «di seconda generazione» istituisce un procedimento nomogenetico, vincolando il soggetto che ne è investito a realizzare un'argomentazione che condurrà infine ad un risultato in forza del quale risolvere il caso controverso.

³² Cfr. FALZEA, *I principi*, cit., 344 s.; N. IRTI, «Verità effettuale» e politeismo giuridico, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, 647 ss.; ID., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss.; ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, 801 ss.; ID., *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 17 ss.

³³ Cfr. L. NOGLER, *L'itinerario metodologico di Luigi Mengoni*, in *Luigi Mengoni*, cit., 273 ss.; U. BRECCIA, voce *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, 398 ss.; ID., *Principi: luci e ombre nel diritto contemporaneo*, in *I principi nell'esperienza giuridica*, cit., 125 s. e in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, I, cit., 451 s.; E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 643 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., 16 ss., spec. 20, nt. 43; CATAUDELLA, *Nota*, cit., 642 s.; A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di regole e principi*, in *Persona e mercato*, 2015, I, 73 s.

La norma sostantiva, invero, ignora questo procedimento perché assume che lo stesso sia già stato compiuto in sede legislativa – prima della sua formazione – e si presenta come l'esito di quest'ultima, l'approdo di un processo determinativo perfezionatosi nell'unico organo a ciò deputato, cioè il Parlamento italiano.

Ma una volta chiarito che i processi formativi della legge non dipendono più solo da quest'ultimo, perché devono confrontarsi con un sistema di fonti che assegna al legislatore nazionale un ruolo solo concorrente nella determinazione del diritto applicabile, il sistema valoriale insito nel richiamo dei principi reagisce al rischio dell'incoerenza imponendo anche a soggetti diversi dal legislatore il compito di enucleare quello che il legislatore medesimo non riesce più a fare in via esclusiva, cioè predisporre la norma giuridica.

E poiché l'applicazione di quest'ultima passa inevitabilmente dall'enucleazione della fattispecie, posto che, altrimenti, riuscirebbe impossibile individuare in quale caso imporre la regola di condotta da essa fissata, il risultato finale al quale mira l'applicazione dei principi non è affatto diverso da quello che connota le norme sostantive e s'identifica proprio nella costruzione di una fattispecie quale condizione necessaria per la determinazione della norma applicabile³⁴.

³⁴ Cfr. L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in ID., *Ermeneutica*, cit., 128 ss., il quale, riprendendo quanto già rilevato in ID., *Spunti*, cit., 9 s. e 14; ID., *I principi generali*, cit., 249 s., conclude: «le regole stabiliscono un programma condizionale, che si attua interamente ogni volta che la regola riceve applicazione. I principi delineano un programma di scopo, che deve essere attuato nella misura massima compatibile con le possibilità di diritto e di fatto esistenti *hic et nunc*. ... Non perciò si può dire in assoluto che gli enunciati di principio non hanno fattispecie. Questa caratterizzazione è accettabile solo come formula ellittica, nel senso (relativo) che i principi non hanno una fattispecie dotata di valore deduttivo: il loro modo di applicazione non è la sussunzione. La fattispecie delle norme-regole ha la duplice funzione di delimitare l'ambito normativo della regola e di decidere definitivamente tutti i casi riconducibili in tale ambito. ... La fattispecie delle norme-principio, invece, è delimitata esclusivamente dal contenuto del diritto o del bene garantito e ha la funzione di esprimere la potenziale portata precettiva, la cui attualità nel caso considerato dovrà essere argomentata con la tecnica logico-pratica del bilanciamento con altri interessi o beni costituzionalmente tutelati. Tutti gli enunciati costituzionali sui diritti fondamentali sono convertibili nella forma condizionale della fattispecie, ma in una forma che – non implicando la vigenza della norma la sua applicabilità in ogni circostanza – è priva della forza costringente della decisione. Da essa è possibile soltanto una deduzione provvisoria, un giudizio di applicabilità *prima facie*, che sarà poi confermato o disatteso in esito alla comparazione con altri diritti o interessi antagonisti». Similmente, CATAUDELLA, *Nota*, cit., 644 s.: «il "valore" calato nell'ordinamento giuridico va espresso nei termini consueti di posizioni di diritto e di dovere o concorre comunque a creare queste posizioni. Il riferimento ad esse ed alla necessità di tutelarle consente di individuare una molteplicità di vicende, non determinabili *a priori*, che attengono all'esercizio di questi diritti e di questi doveri ed alle quali sono riconducibili concreti effetti giuridici». Con più ampio riferimento all'incidenza che l'argomentazione assume nella creazione della norma giuridica, cfr. anche A. GENTILI, *L'argomentazione nel sistema delle fonti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 471 ss. e in ID., *Il diritto*, cit., 1 ss.; ID., *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, I, *Storia e tecnica*, Torino, 2015, 3 ss.

Ad una ricostruzione di tal genere, del resto, l'interprete non si è mai sottratto, neppure prima dell'emersione della «giurisprudenza per principi».

La necessità di garantire un costante adeguamento del dettato codicistico ai valori della società era già stata ampiamente avvertita dal legislatore del 1942, il quale non aveva mancato di predisporre norme a struttura variabile, quali le c.d. clausole generali.

Anche in esse la fattispecie non è adeguatamente predefinita e la stessa determinazione delle conseguenze giuridiche può essere sottoposta a mutamenti significativi – come insegna la vicenda della buona fede – ma non è mai cambiato il modo con cui l'interprete concretizza il precetto: sapiente opera di astrazione e generalizzazione che ponendo a confronto il dato positivo e i valori fondativi del sistema perviene all'enucleazione di criteri di valutazione variabili in quanto socialmente diffusi e, sulla loro base, estende il giudizio di invalidità o di responsabilità anche a casi in cui l'atto di autonomia privata o la condotta tenuta non contrastano con puntuali ed analiticamente predefiniti divieti³⁵.

Non si può dire che la tecnica della sussunzione sia realmente inapplicabile: si assiste, più esattamente, ad un differimento del suo impiego, che rimane necessario ma che è appunto preceduto dal compimento di un'opera di concretizzazione affidata all'adeguatezza dell'apparato argomentativo che la sorregge.

La conclusione trova piena conferma nell'analisi dei casi giurisprudenziali dai quali la presente indagine ha preso le mosse.

Limitatamente alla caparra confirmatoria iniqua, la Corte costituzionale, ribadendo lo stretto legame tra principio e clausola generale, ha stabilito che il contrasto con il principio di solidarietà insito in questa pattuizione non deve essere necessariamente superato attraverso la dichiarazione di illegittimità dell'art. 1385 c.c., ma richiede all'interprete di procedere – attraverso i canoni dell'interpretazione sistematica – ad una più ampia valutazione dell'ambito di operatività della nullità per violazione di norma imperativa, individuando quest'ultima attraverso un serrato confronto con il principio di buona fede, a sua volta attuativo della regola costituzionale.

Non è difficile scorgere la fattispecie creata dalla concretizzazione del principio e finalizzata al superamento dell'argomento *a contrario* volto ad escludere il sindacato giudiziario sulla caparra per la sola assenza di una previsione corrispondente all'art. 1384 c.c.: il giudice ha prospettato l'estensione e la generalizzazione ad ogni relazione contrattuale della nullità «per grave iniquità» testualmente prevista solo nell'ambito delle c.d. «transazioni commerciali», così da pervenire all'affermazione del rimedio invalidante ogni qual volta l'esecuzione della pattuizione si riveli contraria ai doveri costituzionali in quanto finalizzata

³⁵ Una puntuale analisi del tema è ora offerta da F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, spec. 65 ss.

ad assicurare ad uno dei contraenti un vantaggio ingiustificato, perché causalmente riconducibile ad un impiego della clausola non corrispondente agli scopi in vista dei quali essa è stata considerata legittima.

Eguale è l'individuazione dell'obiezione che permette di non accettare tale esito argomentativo.

Preso atto che l'argomento formalistico incentrato sul preteso carattere eccezionale dell'art. 7 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, non può superare la riconosciuta prevalenza del dovere costituzionale di solidarietà e la conseguente necessità di ancorare la valutazione della liceità della pattuizione ad una più articolata verifica della corrispondenza della stessa agli scopi presi in esame dal legislatore all'atto della sua regolamentazione³⁶, l'interprete che intenda opporsi all'esito prospettato dalla Corte deve anzitutto chiedersi se la fattispecie evocata dal principio – cioè la pattuizione «iniqua» e perciò solo nulla – possa incondizionatamente riferirsi alla caparra confirmatoria o se, al contrario, proprio l'iniquità dei suoi contenuti indotta dall'ammontare sproporzionato della cifra in essa indicata non consenta di ritenere inesistente la caparra stessa e di qualificare diversamente la pattuizione, riconducendola, ad esempio, entro i confini della penale o, più genericamente, inducendo a dubitare della stessa meritevolezza dell'interesse da essa tutelato, così da farle assumere contorni di atipicità che aprirebbero la strada ad un giudizio negativo *ex art. 1322, co. 2, c.c.*

Per quanto attiene, invece, alla rilevabilità d'ufficio della nullità, le Sezioni unite non hanno fondato la loro decisione sull'univoca formulazione dell'art. 1421 c.c. perché hanno mostrato piena consapevolezza del fatto che la moltiplicazione delle ipotesi di nullità indotta anche dalla legislazione di origine comunitaria ha rimesso in discussione il presupposto dal quale traeva legittimazione l'interpretazione letterale della norma, cioè l'idea della sua portata autenticamente «generale» e della conseguente sua applicabilità a tutti i casi di nullità esistenti.

Il richiamo dei principi è dunque servito a ribadire che – ferma restando la netta diversità degli interessi presi in esame dalle singole cause d'invalidità – il rimedio deve comunque conservare una struttura unitaria, che attribuisce al giudice il potere della rilevabilità d'ufficio quale componente necessaria di una generale funzione protettiva che esso è comunque chiamato a garantire.

A tal stregua, l'applicazione dei principi ha permesso di delineare una fattispecie di invalidità con funzione esclusivamente sanzionatoria in quanto univer-

³⁶ Ma, per una più ampia indicazione delle ragioni che inducono ad escludere che la nullità prevista da questa disposizione possa essere ricondotta allo schema dell'art. 1418, co. 1, c.c., nonostante il richiamo degli artt. 1419 e 1339 c.c. operato nella nuova formulazione della norma, sia consentito il rinvio a F. ADDIS, *La sostituzione automatica della clausola «gravemente iniqua» nella disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015, 23 ss. e in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, I, cit., 1 ss.

salmente protettiva di interessi generali, ma, anche in questo caso, l'esito non appare scevro da valutazioni critiche, perché rende oltremodo difficile la determinazione delle ragioni che permettono di collegare la legittimazione relativa – imposta, ad esempio, dall'art. 36 c. cons. – al perseguimento di finalità egualmente protettive e inducono persino a dubitare del reale mantenimento di queste ultime, ove si ponga mente al fatto che le Sezioni unite hanno incondizionatamente ammesso la possibilità che il giudice rilevi d'ufficio anche ipotesi di invalidità diverse da quelle poste a fondamento della pretesa delle parti, a nulla rilevando che la loro regolamentazione giuridica sia contenuta in plessi normativi che sembrerebbero sottrarsi alla valenza «generale» del codice civile.

In entrambi i casi, non muta la tecnica determinativa del diritto applicabile sottesa all'impiego dei principi: questi, proprio in ragione della loro genericità, non fissano subito ed automaticamente una regola di condotta, né vengono appresi attraverso la pura analisi testuale del dettato positivo, ma la presenza di quest'ultimo e la prevalenza gerarchica nel sistema delle fonti ne rendono per l'interprete vincolante il richiamo e ciò costituisce la premessa logica per uno sviluppo argomentativo diretto all'enucleazione di una fattispecie entro la quale si prova a sussumere il caso controverso.

L'effetto giuridico del principio, dunque, si traduce in una regola di vincolatività del procedimento nomogenetico e la fattispecie – anziché essere data una volta per tutte prima dell'indicazione del precetto – diviene esito argomentativo della ricostruzione del principio, pur continuando a rimanere condizione necessaria per l'applicazione della regola precettiva e dunque elemento sul quale può appuntarsi la valutazione critica dell'interprete, legittimato – ove dissenta dall'esito argomentativo volta a volta prescelto – a lamentare l'erroneità o l'inadeguatezza della fattispecie indicata, provando ad individuare argomenti divergenti volti ad assicurare una ricostruzione differente e una conseguente *regula iuris* distinta³⁷.

Una volta chiarito che la ricostruzione della fattispecie costituisce condizione necessaria per l'applicazione del principio, le critiche decostruttive volte a negare contorni di giuridicità al principio stesso o al valore di cui esso è attuazione esprimono, in larga parte, il fastidio dell'interprete – facilmente collegabile alla sua formazione tradizionale – nei confronti di un precetto giuridico ricostruibile solo *a posteriori*, cioè all'esito di una valutazione contrapposta che vede il giudice come protagonista indiscusso.

³⁷ Cfr. NIVARRA, *Clausole*, cit., 163 s., testo e nt. 7; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2011, 173 ss.; S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1033 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili*, cit., 40 s.; G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Atti del Convegno per i 30 anni di NGCC (Padova, maggio 2015), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, 126 s.

Trattasi di un fastidio comprensibile, ma che deve essere superato a fronte di un legislatore – specie comunitario – che ritiene spesso preferibile abdicare al suo ruolo e lasciare al giudice il compito della creazione della regola, così da legittimare un sistema normativo che ha mutato la propria logica giustificatrice e che permette la nascita di regole che possono essere ipotizzate ma con certezza non possono essere più predette.

5. *Il principio di sussidiarietà e il ruolo dell'interprete*

I detrattori dei principi, tuttavia, non hanno mancato di elaborare un ulteriore argomento critico, incentrato su una valutazione politica del diritto e sulla necessità di ribadire lo stretto legame tra quest'ultimo e il sistema capitalistico che contraddistingue le democrazie occidentali.

Si è rilevato, in particolare, che l'impiego dei principi, determinando un ingiustificabile sacrificio del valore di prevedibilità della *regula iuris*, provocherebbe la nascita di un sistema normativo «incalcolabile», in netto contrasto con le esigenze del capitalismo, il quale, dopo aver degradato la norma a mera manifestazione di una «volontà di potenza» non preventivamente limitabile attraverso il richiamo dei valori, conserverebbe interesse a conoscere anticipatamente e su basi razionali la disciplina dei rapporti tra gli imprenditori e gli altri soggetti che variamente concorrono all'esercizio dell'attività economica organizzata.

Questo interesse sarebbe ingiustificatamente frustrato dall'attribuzione ai giudici di un potere determinativo della regola di condotta, perché questa scelta agevolerebbe una dissociazione tra decisione legislativa e applicazione del diritto fatalmente destinata a rendere imprevedibile l'esito di ogni controversia.

«Un diritto calcolabile – ossia fondato su fattispecie normative, giudizio di sussunzione e metodologia ermeneutica – è in grado di offrire soltanto la (relativa) precisione del proprio fondamento (...) La calcolabilità non esclude il nichilismo giuridico – l'assenza di vincoli religiosi o metafisici, il venire le norme dal nulla e tornare nel nulla – ma lo rinserra in vincoli procedurali e in coerenze argomentative: appunto, *il salvagente della forma* (...) La scelta è fra un *volere creativo di calcolabile oggettività* e un *volere immerso nell'immediato soggettivismo*» e l'imprenditore non potrebbe che prediligere il primo, perché, altrimenti, dovrebbe cercare altrove una garanzia di calcolabilità: «un "altrove" che può pur vedersi nella *lex mercatoria*, ma che non scioglie l'imprenditore dal rapporto con il superstite diritto formale degli Stati e con il pubblico monopolio della forza coercitiva. Un "altrove" disarmato, che dura finché dura, ossia fino a che le volontà delle parti vogliono che duri», così da legittimare «un capitalismo, insomma, che, moderno per razionalità tecno-economica, non calcola più il futuro

giuridico, ma mette in conto scorribande finanziarie e pirateria mercantile»³⁸.

Il lucido argomentare appena riportato muove, invero, da una totale sovrapposizione tra certezza e calcolabilità preventiva del diritto e si sostanzia nella riproposizione di un ruolo del giurista totalmente avulso dalla ricerca del fondamento giustificativo della previsione normativa perché tutto concentrato sull'esercizio di una tecnica ricostruttiva volta all'enucleazione del significato precettivo di una norma che si assume già completamente data e che, proprio per questo, non potrebbe formarsi attraverso l'intervento determinativo dell'interprete.

Non si può tuttavia fare a meno di rilevare che la stessa idea di una giurisprudenza «creativa» e perciò solo arbitraria è parsa insostenibile a chiunque abbia avviato – su basi metodologiche razionali e certe – lo studio della prassi giurisprudenziale³⁹ e non è casuale che ordinamenti giuridici senza dubbio a

³⁸ Così N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss., spec. 18 s. e 21 s. e in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, III, cit., 1759 ss., spec. 1770 s. e 1774 s., che riprende e sviluppa quanto già rilevato in ID., *Fenomenologia del diritto debole*, in N. IRTI-E. SEVERINO, *Le domande del giurista e le risposte del filosofo (un dialogo tra diritto e tecnica)*, in *Contr. e impr.*, 2000, 665 ss.; come volume autonomo e con il titolo *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, 45 ss. e in *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi tra giustizia e verità*, a cura di P. BARCELLONA, Bari, 2001, 35 ss.; ID., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 625 ss.; ID., *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1159 ss.; ID., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, 25 ss.; ID., *In dialogo su «Nichilismo giuridico»*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2006, 169 ss.; ID., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, 32 ss.; ID., *Nichilismo e concetti giuridici (intorno all'aforisma 459 di «Umano, troppo umano»)*, in *Il diritto civile tra principi e regole. Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, II, Milano, 2008, 3 ss.; ID., *Un incompiuto dialogo con Luigi Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 197 ss. e in ID., *Occasioni*, cit., 85 ss.; ID., *La crisi*, cit., 37 ss.; ID., *Calcolabilità*, cit., 987 ss.; ID., *Capitalismo*, cit., 801 ss., e alle cui posizioni hanno variamente replicato L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1 ss. e in ID., *Il lavoro*, cit., 95 ss.; ID., *Una lettera*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1155 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Scritti*, I, cit., 41 ss. e 51 s. e su di essi si soffermano anche A. FALZEA, *La scienza giuridica e la morale nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Jus*, 2002, 100 ss.; A. NICOLUSSI, *Luigi Mengoni e il diritto privato* e M. NICOLETTI, *Diritto e morale in Luigi Mengoni*, in *Luigi Mengoni*, cit., 39 ss. e 239 ss.; C. CASTRONOVO, *Il significato vivente di Luigi Mengoni nei suoi scritti*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 227 ss.); P. PERLINGIERI, *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 1 ss.; ID., *La «grande dicotomia» diritto positivo-diritto naturale*, in *Oltre il «positivismo giuridico» in onore di Angelo Falzea*, a cura di P. SIRENA, Napoli, 2011, 87 ss. e in ID., *Interpretazione*, cit., 13 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *L'ordinamento*, cit., 231 ss. e 555 ss.); ID., *«Dittatura del relativismo» e «tirannia dei valori»*, in *Iustitia*, 2011, 225 ss.; M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006, 1 ss.; ID., *Il nichilismo giuridico, la forma del diritto moderno e il nuovo sovrano*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 769 ss.; G. ALPA, *Incertezza ermeneutica e il nichilismo giuridico*, in *Vita not.*, 2006, 579 ss.; F. GALLO, *Una critica del nichilismo giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 19 ss.; N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza in un'interessante esperienza applicativa*, in *Giust. civ.*, 2012, 195 s.; ID., *Il diritto quale crocevia fra le culture*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, III, cit., 1843 ss.

³⁹ Cfr. per tutti G. GORLA, *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente*

vocazione capitalistica – quali, primi tra tutti, i sistemi di *common law* – non abbiano mai incontrato alcuna difficoltà nell’esprimere i loro valori economici attraverso la creazione giurisprudenziale del diritto, la quale, invero, certifica – in modo più semplice e diretto di quanto non sia accaduto nei sistemi di *civil law* – quello che, in realtà, è accaduto anche dopo il fenomeno delle codificazioni: il riconoscimento della possibilità di piegare, attraverso l’interpretazione, il dato normativo al perseguimento di istanze diametralmente opposte a quelle tutelate al momento della sua emanazione e per questo stesso motivo oggettivamente imprevedibili⁴⁰.

A tal stregua, l’obiezione sull’incalcolabilità manifesta, anzitutto, il disagio avvertito da chiunque sia chiamato a mutare i propri strumenti conoscitivi e, in particolare, ad affiancare allo studio dello *ius positum* l’analisi giurisprudenziale, che, invero, non può essere degradata a mera casistica, priva di alcun fondamento razionale, a misura che sia ricostruita attraverso una puntuale verifica dell’apparato argomentativo delle singole pronunce e della loro corrispondenza alla vicenda fattuale analizzata, nella consapevolezza che un diritto di matrice sempre più giurisprudenziale non manca di elaborare regole di vincolatività del precedente capaci di incardinare entro confini di prevedibilità la singola decisione⁴¹.

giudiziale in Italia, in *Quad. Foro it.*, 1966, 1 ss.; F. GALGANO, *Funzione creativa di diritto della giurisprudenza?*, in *Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, a cura di L. CABELLA PISU e L. NANNI, Padova, 1998, 3 ss.; G. ALPA, *L’interpretazione creativa e il giudice di merito*, in *Corr. merito*, 2005, 377 s.; ID., *La dialettica tra legislatore e interprete: dai codici francesi ai codici dell’Italia unita: riflessioni in prospettiva storica nella recente letteratura*, in *Contr. e impr.*, 2015, 646 ss.

⁴⁰ Cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, 58 ss.; ID., *La formazione del giurista e l’esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quad. fior.*, 2003, 40 ss.; ID., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 103 ss.; ID., *Società, diritto storia. Un recupero per il diritto*, Milano, 2007, spec. 52 ss.; ID., *L’identità del giurista, oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1089 ss., sul cui pensiero cfr. G.B. FERRI, *Diritto e legge in una recente opera di Paolo Grossi*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 1 ss.; G. BENEDETTI, *Nell’interpretazione si «incarna» il diritto (Riflessioni sulla Prima lezione di Paolo Grossi)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 655 ss. e in ID., *Oggettività*, cit., 71 ss.; G. CONTE, *L’eredità della «modernità giuridica». In margine ad un recente volume di Paolo Grossi sulla storia giuridica europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 371 ss.; N. LIPARI, *Paolo Grossi, ovvero del diritto come storia*, *ivi*, 2011, 762 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Paolo Grossi: una storia accademica e un percorso scientifico*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 389 ss.; N. IRTI, *Su «Prima lezione di diritto» di Paolo Grossi*, in ID., *Occasioni*, cit., 137 ss.

⁴¹ Cfr. A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 632 ss.; M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *L’analisi del ragionamento giuridico: materiali ad uso degli studenti*, a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, Torino, 1989, 313 ss.; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, 302 ss.; MENGONI, *I principi generali*, cit., 252 s.; G. BENEDETTI, *Precedente giudiziale e tematizzazione del caso. Per una teoria della prassi*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, I, Milano, 1994, 173 ss. e in ID., *Oggettività*, cit., 35 ss.; NIVARRA, *Clausole*, cit., 166 ss., 171 s. e 178 s., testo e nt. 51; U. BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lav. dir.*, 2007, 443 ss.; in *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice*

Occorre dunque precisare che il riconoscimento della funzione nomogenetica dei principi non deve necessariamente ed esclusivamente tradursi nell'elaborazione di un'idea di vincolatività rivolta solo al legislatore, così da reiterare una concezione meramente programmatica del principio che, per lungo tempo, ha indotto parte della nostra dottrina a rifiutare l'applicazione diretta della Costituzione nei rapporti privatistici.

Tale funzione, piuttosto, si rivolge a tutti gli operatori del diritto, ivi compresi i giudici, perché esprime una delle infinite sfaccettature del mega-concetto di sussidiarietà⁴².

Riconoscere funzione nomogenetica ai principi, in altri termini, significa riscontrare l'esistenza in essi dell'attribuzione di potere normativo e ciò determina l'esigenza che, ad esito dell'esercizio di tale potere, sia possibile verificare il corretto espletamento della procedura, la quale si realizza attraverso la costruzione di argomenti – consentitemi di usare un'espressione che risale a Luhmann e come sapete è stata poi ripresa da Esser – corrispondenti a quegli «orizzonti delle attese collettive» che rendono democratico ciò che, altrimenti, dovremmo di per sé ritenere privo di legittimazione⁴³.

del lavoro, a cura di S. MAZZOTTA, Torino, 2008, 5 ss. e in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, 193 ss.; ID., voce *Clausole generali*, in *Dizionari del diritto privato*, diretti da N. IRTI, *Diritto civile*, a cura di V. PESCATORE e S. MARTUCELLI, Milano, 2011, 249 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, 193 ss. e 211 ss.); M. BARCELLONA, *Sul senso delle «clausole generali»*, in *Dem. dir.*, 2009, 260 ss.; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 45 ss.; S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in *Riv. not.*, 2010, 303 ss.; ID., *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 263 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Ragionevolezza*, cit., 88 ss. e 33 ss.); F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e «l'attesa della povera gente», oggi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 413 ss.; F. FORCELLINI-A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 395 ss.; F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giust. civ.*, 2014, 339 ss.; SCODITTI, *Concretizzare*, cit., 688 s. e 694 ss. Scettici in ordine alla verificabilità della regola desumibile dai precedenti giurisprudenziali si mostrano, tuttavia, G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989, 438 ss. e in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, I, Milano, 1991, 455 ss.; FALZEA, *I principi generali*, cit., 351 s.; P. PERLINGIERI, *Fonti normative e interpretazione*, in *Il diritto privato futuro*, Napoli, 1993, 73 ss. e, con il titolo *Il futuro «ius civile» ed il ruolo della dottrina*, in *La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio. Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, a cura di P. CENDON, II, Milano, 1994, 861 ss. e in ID., *L'ordinamento*, cit., 43 ss.; ID., *Il diritto giurisprudenziale e il ruolo della dottrina*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 16.

⁴² Cfr. D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008, 9 ss.; SCODITTI, *op. ult. cit.*, 700 ss.; nonché, con specifico riferimento ai rapporti con l'autonomia privata, E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 259 ss.; ID., *Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2014, 381 ss.

⁴³ Cfr. N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechtssystems*, in *Rechtstheorie*, (7) 1976, 152 ss. e in ID., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt

La sussidiarietà così ricostruita, dunque, si traduce nel superamento di un'idea – invero alquanto superficiale – di democrazia meramente partecipativa, che induce semplicisticamente a ritenere che la legittimazione dipenda solo dal voto popolare e dalla conseguente elezione di rappresentanti chiamati ad elaborare regole dotate di una predittività anticipata e, in quanto tali, sufficienti a trasmettere quella rassicurante certezza che, in realtà, non è mai esistita⁴⁴.

In questa prospettiva, i principi di nuova generazione sono norme giuridiche in un duplice senso.

In primo luogo, attribuendo un potere argomentativo diretto a far sì che l'orizzonte delle attese collettive incontri la massima possibilità di condivisione, senza assicurare ovviamente a quest'ultima alcun connotato totalitaristico, esse vincolano l'attività del giudice, costringendolo all'elaborazione di un apparato argomentativo verificabile già all'interno dello stesso ordinamento giudiziario che è intrinsecamente e per fortuna conflittuale, e che quindi esercita un potere di auto-controllo attraverso la diversità delle opinioni che si confrontano nel proprio seno⁴⁵.

am Main, 1981, 47 ss. (e, con il titolo *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, trad. it. di R. De Giorgi, Bologna, 1990, 35 ss.); ID., *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. it. di A. Febbrajo, Bologna, 1978, 35 ss.; ID., *Juristische Argumentation*, in *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, herausgegeben von G. Teubner, Baden-Baden, 1995, 31 ss.; J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. di G. Zaccaria e S. Patti, Napoli, 1983, 138 ss. e 201 ss.; nonché U. DIEDERICHSEN, *Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht*, Karlsruhe, 1974, 25 ss.; R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, 1978, 252 ss. (e, con il titolo *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, trad. it. di M. La Torre, presentazione di L. Mengoni, Milano, 1998, 185 ss.); ID., *La natura del diritto. Per una teoria non positivista*, trad. it. di P. Chiarella e M. Stamile, Napoli, 2015, 15 ss. Per la dottrina italiana, fondamentale resta L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1 ss. e in ID., *Ermeneutica*, cit., 91 ss.

⁴⁴ Cfr. A. SIMONCINI, *Cos'è il diritto? Una domanda «persistente»*, in F. VENTORINO-P. BARCELLONA-A. SIMONCINI, *La lotta tra diritto e giustizia*, Genova-Milano, 2008, 205 s.

⁴⁵ Cfr. F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, 180 ss.; E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003, 52 ss.; ID., voce *Clausola generale*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, 247 s.; G. D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, Atti del II Convegno nazionale S.I.S.Di.C., Capri, 18-20 aprile 2006, I, Napoli, 2007, 459 ss.; N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 479 ss.; ID., *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, *ivi*, 2013, 1213 ss. e in *La metafora*, cit., 149 ss.; S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Persona e mercato*, 2015, I, 112 ss.; VETTORI, *Regole e principi*, cit., 128; ma, per una puntuale denuncia dei rischi insiti nella mancata o inesatta consultazione delle posizioni dottrinali, cfr. anche C. CASTRONOVO, *Scienza giuridica e prassi nella moltiplicazione dei poteri*, in *Eur.*

In secondo luogo, proprio in ragione della natura procedimentale del vincolo da essi creato, i principi non fissano qualcosa che deve essere isolatamente considerato, ma acquistano rilevanza solo in ragione dell'esito al quale il loro richiamo conduce: vale a dire dalla costruzione di una fattispecie, in quanto tale valutabile anche e soprattutto dalla dottrina, chiamata non solo a conoscere la giurisprudenza, ma anche a prevenirne gli esiti, precostituendo percorsi argomentativi che potrebbero anticiparne i mutamenti e servire comunque ad una verifica della razionalità intrinseca di quel ragionamento⁴⁶.

Quest'estate, leggendo a mio figlio le pagine di un fortunato romanzo di Christian Jacq, ho avuto modo di riflettere sul significato più profondo della regola di Maat, la dea della giustizia e dell'ordine cosmico presso gli Egiziani: «grazie al rispetto della regola divina, il sole avrebbe accettato di risplendere, il grano di spuntare, il debole sarebbe stato protetto dal forte, reciprocità e solidarietà sarebbero state le leggi quotidiane dell'Egitto»⁴⁷.

Mentre mi dedicavo a queste amene letture ero altresì impegnato nello studio dell'ennesima riforma del codice del consumo, che ha ulteriormente rafforzato l'estensione – questa volta nella fase esecutiva del contratto – di un diritto diseguale, che parte dalla presunzione assoluta di una debolezza che ormai non va neanche più dimostrata perché si trae dai termini in cui ha soggettivamente luogo un certo tipo di scambio che definiamo «atto di consumo», sicché – come giustamente ha appena rilevato Raffaele Caterina – non vi è motivo di proiettare questo tipo di debolezza su chi operi professionalmente, essendo in tal caso necessario dimostrare *a posteriori* l'esistenza di una situazione che, anziché con-

dir. priv., 2010, 483 ss. e in *Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale. Studi in onore di Tiziano Treu*, I, Napoli, 2011, 127 ss.

⁴⁶ Cfr. MENGONI, *Spunti*, cit., 15 ss.; NIVARRA, *Clausole*, cit., 185 ss.; A. GENTILI, *Scienza giuridica e prassi forense*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 203 ss. e in ID., *Il diritto*, cit., 139 ss.; ID., *L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina*, in *Giust. civ.*, 2014, 47 ss. e in *La metafora*, cit., 173 ss.; F. BENATTI, *Norme aperte e limiti ai poteri del giudice*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 19 ss. e, con il titolo *Note a margine di un convegno su "norme aperte e limiti al potere del giudice"*, in *Contratto e mercato. Liber amicorum per Angelo Luminoso*, I, Milano, 2013, 3 ss.; G. DORIA, *Pluralismo e verità della legge*, in *Giust. civ.*, 2014, 393 ss.; SCODITTI, *Concretizzare*, cit., 686 s. e 696 s.; S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Persona e mercato*, 2015, I, 24 ss. e in *Eur. dir. priv.*, 2015, 383 ss.

⁴⁷ Ch. JACQ, *Il romanzo di Ramses. Il figlio della luce*, trad. it. di F. Saba Sardi, Milano, 1997, 395 e v. ancora: «Sin dalla nascita della civiltà faraonica, la regola di Maat, fragile dea della giustizia e della verità, esigevo che ogni bambino della terra benedetta dagli dei non mancasse di nulla. Come celebrare una festa, se anche solo uno stomaco pativa la fame?»: così ID., *Il romanzo di Ramses. La dimora millenaria*, trad. it. di M.P. Tosti Croce, Milano, 1997, 40, che aggiunge: «Ai vertici dello Stato, il Faraone era al contempo il timoniere che indicava la rotta e il capitano della nave che garantiva l'affiatamento dell'equipaggio. Spettava a lui gettare le basi di quell'indispensabile solidarietà senza la quale una società si sarebbe dilaniata e sarebbe rimasta vittima dei propri conflitti interni».

centrarsi sull'asimmetria informativa, è anzitutto e in via esclusiva qualificata dalla forza economica dei contraenti.

Il rapporto tra principi e capitalismo non può essere impostato ignorando che la diffusione di un diritto diseguale – quale quello consumeristico – costituisce l'esito applicativo più significativo della legislazione comunitaria, a sua volta derivante dall'esigenza di proteggere il corretto funzionamento del mercato concorrenziale⁴⁸.

Siamo di fronte ad una «diseguaglianza» che non ha nulla a che vedere con il tentativo – invero rapidamente abbandonato – di estendere agli studi giuridici alcune posizioni del materialismo storico-dialettico in ordine alla funzione del diritto⁴⁹.

Qui è il mercato ad imporre una diseguaglianza avente finalità protettiva e il diritto consumeristico rappresenta l'esito di una fase involutiva del capitalismo moderno occidentale, che preserva le sue strutture di mercato proprio attraverso l'elaborazione di una concorrenza «corretta e leale» che è resa possibile dalla limitazione della corsa, da un'autonomia «controllata» dall'operare congiunto di norme e di principi, come ci diceva questa mattina, con una relazione veramente apprezzabile per profondità e lucidità, Pasquale Femia⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. S. MAZZAMUTO, *L'autonomia privata e la tutela del consumatore in Europa tra codice e Costituzione*, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di M.A. SANDULLI e L. CARBONE, Milano, 2005, 40 ss.; ID., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Contratto e Costituzione in Europa*, cit., 96 ss.; ID., *Il contratto*, cit., 62 ss.; M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 329 ss.; NIVARRA, *Al di là del particolarismo*, cit., 170 ss.; nonché, con specifico riferimento all'incidenza applicativa della rivalutazione del principio di autonomia privata alla luce dei valori del mercato concorrenziale, G. GITTI, *Gli accordi con le Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 173 ss. e in *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, 891 ss. Per una più ampia valutazione della «debolezza» che connota il consumatore e l'imprenditore, sia altresì consentito il rinvio a F. ADDIS, *L'ambito di applicazione della normativa*, in *Contratto e responsabilità*, a cura di G. VETTORI, *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, II, Padova, 2013, 1105 ss.; ID., «Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole, in *Obbl. e contr.*, 2012, 6 ss.; in *Contratti tra imprese e tutela dell'imprenditore debole*, Atti del Convegno di Verona, 16-17 settembre 2011, a cura di F. RUSCELLO, Roma, 2012, 27 ss. e in *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, cit., 1 ss.

⁴⁹ Sulle ragioni dello scarso successo di questo tentativo, cfr. da ultimi PALADIN, *Costituzione*, cit., 33 s.; N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, in *Contr. e impr.*, 2011, 1299; e in *Novecento*, cit., 338; nonché il volume collettaneo *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di L. NIVARRA, Milano, 2008.

⁵⁰ Cfr. P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione*, in questo volume, 11 ss. Ma è appena il caso di precisare che identica esigenza è già stata avvertita da L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Persona e mercato*, Lezioni a cura di G. VETTORI, Padova, 1996, 34 s. e, soprattutto, da G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione tra imprese*, Milano, 1983, spec. 61 ss.; ID., *Diritti*, cit., 237 ss.; ID., *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione*

Il richiamo dei principi, dunque, non manifesta alcun contrasto con il capitalismo, perché rappresenta l'esito di una percezione intrinsecamente correlata allo stesso sviluppo storico del capitalismo: un'autonomia privata illimitata fatalmente distrugge se stessa e il capitalismo non vuole fare la stessa fine e preferisce preservarsi, sia pure a costo di limitare e controllare l'esercizio del potere imprenditoriale e tutto sommato – almeno per come la vedo io – fa bene, perché le alternative sono di molto peggiori, come la storia ha insegnato.

tra due crisi, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 625 ss.; ID., *Diritti e coesione sociale*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, 303 ss.; ID., *Il contratto europeo*, cit., spec. 8 s. e 81 ss.; ID., *Contratto giusto*, cit., 796 ss.; ID., *Regole e principi*, cit., 125 ss.; nonché L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, 77 ss.; ID., *Al di là del particolarismo*, cit., 175 ss., il quale contrappone il «diritto ortopedico» dell'epoca delle Costituzioni – caratterizzato proprio dall'esigenza di apprestare le condizioni di ricevibilità dell'atto di autonomia privata e ad incardinarne l'ammissibilità entro una scala di valori che relegavano il mercato a mero presupposto dell'intervento determinativo – al diritto «omeopatico» di matrice comunitaria, stante la sua idoneità a preservazione degli schemi capitalistici attraverso la regolazione preventiva del mercato entro i quali ammetterne l'operatività.

SEZIONE VI

IL GIUDICE, IL *FORUM SHOPPING*
E LA *LEX MERCATORIA*

GIUDICE, *FORUM SHOPPING*, *LEX MERCATORIA*

di *Stefano Delle Monache*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Giudici e arbitri. – 3. La natura del giudizio arbitrale. – 4. Giurisprudenza arbitrale e controversie sul metodo. La dogmatica giuridica nella riflessione di Gino Gorla. – 5. Scelta della legge applicabile al contratto (*pactum de lege utenda*) e *lex mercatoria*. – 6. Validità ed effetti del richiamo alla *lex mercatoria*. – 7. *Lex mercatoria*, giurisprudenza per principi e contratto “autosufficiente”.

1. *Introduzione*

Siamo invitati a riflettere, nell’ambito di questo convegno, sulla “giurisprudenza per principi” in rapporto all’autonomia privata.

Se per giurisprudenza intendiamo – lo ha accennato anche Pietro Rescigno nel suo intervento – la giurisprudenza “pratica”, mi sembra che si possa muovere dalla seguente considerazione. La giurisprudenza di legittimità e quella di merito offrono un materiale disomogeneo se rivisto alla luce del criterio segnalato dal titolo del convegno: il criterio, cioè, di uno *ius dicere* “per principi”, ovvero ispirato ad una logica opposta rispetto a quella tradizionale della fattispecie e del procedimento di sussunzione degli accadimenti concreti nelle previsioni di legge generali ed astratte.

Si consideri che la giurisprudenza di legittimità pare svolgersi, oggigiorno, secondo due linee di tendenza diverse.

Per un verso, essa si dimostra attenta ai valori su cui l’ordinamento è fondato desumendoli anche dai trattati e dalle convenzioni internazionali cui il nostro Paese aderisce, fa ampio uso dei principi costituzionali traendone la *ratio decidendi* delle questioni affrontate, attribuisce rilevanza sempre maggiore alle clausole generali¹.

Per altro verso, la giurisprudenza di legittimità ambisce a svolgere compiti di ricostruzione sistematica, mostrandosi sempre più impegnata, soprattutto nelle

¹ Sul rilievo che la Costituzione, soprattutto, è venuta assumendo in seno all’esercizio della funzione giurisdizionale, si veda, ora, l’analisi critica di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 15 ss.

pronunce a sezioni unite (e se ne ha un chiaro esempio nel “trattatello” sulla responsabilità civile contenuto nelle c.d. sentenze di San Martino)², in quell’opera di elaborazione del dettato normativo in un discorso unitario e coerente di cui essa sembra ritenere la dottrina non più capace³.

La giurisprudenza di merito, per quanto è dato constatare, si muove secondo indirizzi profondamente diversi.

Essa ben difficilmente indulge, com’è ovvio e naturale, ad ampie ricostruzioni di sistema.

Ma soprattutto la giurisprudenza di merito mostra di essere saldamente legata, per quanto riguarda, almeno, i rapporti patrimoniali, all’idea che la causa vada decisa secondo ciò che la legge o il contratto espressamente prevedono⁴.

Non sono ovviamente in grado di offrire alcun dato statistico a conferma della fondatezza di questa affermazione, ed è chiaro che chiunque sarebbe capace di addurre esempi che vanno in senso contrario. Ma se mi si consente, in questa sede, di procedere sulla base di una semplificante visione d’insieme, allora mi sentirei di dire che, appunto, la giurisprudenza di merito offre un’immagine di sé che va ancora nella direzione di uno spiccato formalismo. La qual cosa significa, come dicevo, che il dato letterale (desunto dalla legge o dal contratto) assume assai spesso il valore di un criterio dirimente ai fini del decidere.

2. Giudici e arbitri

L’autonomia privata si può esprimere anche in direzione della scelta del giudice chiamato a decidere una determinata controversia, giudice che può essere quello statale oppure un giudice arbitrale.

² Si tratta delle note sentenze con cui il Supremo Collegio aveva inteso mettere ordine sulla questione del c.d. danno esistenziale (Cass. s.u. 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975). Del resto, come è stato notato, «l’intero statuto normativo della responsabilità civile appare fondamentalmente di creazione pretoria, quale esito di un lento ma inarrestabile processo evolutivo, a seguito del quale il formante giurisprudenziale ha preso progressivamente e decisamente il sopravvento» (V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 283 ss. ed *ivi* 286).

³ La notazione non è nuova. Osserva, ad es., F.D. BUSNELLI, *Azioni risarcitorie e “principi giurisprudenziali”*, in *Contr. e impr.*, 2014, 8 ss. ed *ivi* 9, che «proprio nel momento in cui si afferma definitivamente una dottrina “dialogante” – o, se si vuole, una “dottrina giurisprudenziale” – si comincia ad avvertire la sensazione di un’inversione di rotta, l’avvento di una giurisprudenza “che si fa dottrina” (o, se si vuole, di una “giurisprudenza dottrinale”) e che, attraverso sentenze “dotte” della Corte di cassazione, elabora sistematicamente e impone i propri principi».

⁴ Indubitabile è invece l’apporto costantemente “creativo” della giurisprudenza di merito in altri settori, come ad es. quello delle misure di protezione degli incapaci, con l’ampio e talvolta disinvolto ricorso, in particolare, all’amministrazione di sostegno (sia consentito il rinvio, sul tema, a S. DELLE MONACHE, *Dell’amministrazione di sostegno*, in *Comm. del Codice Civile*, Torino, 2009, 167 ss.).

Da questo punto di vista la prospettiva aperta dal nostro convegno (come ricordava Luca Nivarra nella sua bella introduzione) si inverte: non la “giurisprudenza per principi” come *modus iudicandi* rispetto alla validità ed efficacia di un atto di autonomia, ma l'autonomia privata come strumento per accedere ad un giudizio alternativo a quello ordinario, e perciò ad una giurisprudenza eventualmente diversa, quale potrebbe essere quella arbitrale.

È in questa direzione che, assieme a Fabio Padovini, abbiamo pensato di sviluppare il nostro discorso: il quale dunque verterà sull'arbitrato, interno ed internazionale, come luogo di possibile applicazione della *lex mercatoria*, intesa quest'ultima come insieme di regole – ma lo si vedrà meglio in seguito – formate in larga parte per principi.

3. *La natura del giudizio arbitrale*

Mette conto di precisare, anzitutto, quale sia la natura dell'attività degli arbitri e come vada qualificato il lodo nell'arbitrato rituale.

Su questo punto la giurisprudenza, in tempi recenti, ha compiuto un nuovo cambiamento di direzione. Mi riferisco a quanto statuito dalle Sezioni Unite con l'ordinanza n. 24153/2013⁵: un provvedimento interessante anche perché ripercorre puntualmente l'evoluzione del pensiero giurisprudenziale in materia di arbitrato.

Precisa invero la Corte che, secondo il proprio originario orientamento, era riconosciuta la «natura giurisdizionale (e sostitutiva della funzione del giudice ordinario) dell'attività degli arbitri rituali»: sicché lo stabilire se una data controversia appartenesse alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri costituiva una questione di competenza, laddove lo stabilire invece se una controversia appartenesse alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario, e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo costituiva una questione di giurisdizione.

Questo orientamento era stato in seguito sovvertito con la ben nota sentenza n. 527/2000, mediante la quale le Sezioni Unite avevano riconosciuto alla pronuncia arbitrale la natura di un atto di autonomia privata: di tal che il deferimento agli arbitri di una controversia devoluta, per legge, alla giurisdizione del giudice amministrativo aprirebbe una questione di merito, in quanto inerente alla validità del compromesso o della clausola compromissoria⁶.

⁵ Cass. s.u. ord. 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.*, 2014, 84 ss., con nota di G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*.

⁶ Cass. s.u. 3 agosto 2000, n. 527.

Sennonché, con il *revirement* di cui s'è detto, le Sezioni Unite segnano un ritorno al passato, non ritenendo più sostenibile, alla luce del rinnovato volto assunto dall'arbitrato con le riforme di cui è stato fatto oggetto, fino alla più recente del 2006, che il *dictum* arbitrale possa prestarsi ad una ricostruzione in chiave esclusivamente privatistica.

Occorre piuttosto riconoscere, secondo la Corte, che «gli arbitri esercitano una funzione giurisdizionale», e dunque sostitutiva della funzione svolta dal giudice. Con la conseguenza segnatamente che, in presenza di una clausola compromissoria per arbitrato estero, la relativa eccezione darà luogo ad una questione di giurisdizione, e non di merito (come si affermava a partire dalla citata sentenza n. 527/2000), rendendo dunque ammissibile il regolamento preventivo *ex art. 41 c.p.c.*

Più di recente poi la Corte (con sentenza n. 6909/2015) ha inteso segnalare un'ulteriore implicazione derivante dal principio secondo cui al lodo deve riconoscersi lo stesso valore di una sentenza pronunciata dal giudice dello Stato: questa implicazione consiste nel fatto che, qualora il patto compromissorio sia di dubbio significato, risultando incerto se le parti abbiano inteso riferirsi ad un arbitrato rituale o irrituale, un tale dubbio andrà risolto in favore dell'arbitrato rituale, secondo un esito la cui fondatezza risulta comprovata anche dal dettato dell'art. 808-*ter* c.p.c.⁷.

4. *Giurisprudenza arbitrale e controversie sul metodo. La dogmatica giuridica nella riflessione di Gino Gorla*

Posto quanto sopra, vale la pena di riflettere sul possibile modo di atteggiarsi – diciamo così – della giurisprudenza arbitrale.

Non è un mistero che i collegi arbitrali, nella prassi italiana, siano sovente formati attraverso la designazione di professori universitari. È questo un campo dunque in cui la dottrina si fa giurisprudenza, e il teorico è chiamato a svolgere il ruolo di giudice rispetto ad una determinata controversia.

Potrebbe sorgere allora una domanda: che giudice ci si trova davanti quando la cognizione di una lite è devoluta a un arbitro scelto nei ranghi dei professori universitari?

Qualcuno dice, cogliendo una parte di vero, che la dottrina non esiste e che semmai esistono tante dottrine per quanti sono coloro che si occupano dello studio teorico del diritto. Nondimeno l'interrogativo posto riveste un certo interesse, se si considera l'evidente e grave controversia sul metodo da cui è percor-

⁷ In tal senso Cass. 7 aprile 2015, n. 6909, che trovasi commentata da V. BERTOLDI, *Il favor per l'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale quale eccezionale deroga all'art. 824-bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2015, 1467 ss.

sa la dottrina italiana: una controversia capace di tradursi, e che di fatto si è tradotta, in una vera e propria crisi di identità e di consapevolezza del proprio ruolo da parte della dottrina stessa⁸.

Nel tentativo di una semplificazione estrema, ma non per questo banalizzante, potrebbe dirsi che concettualismo ed empirismo costituiscono da sempre i lati opposti del campo entro cui si svolge questa controversia sul metodo. In termini solo parzialmente diversi, è stato anzi osservato che la «divergenza di fondo è sul come intendere il rapporto tra il dato giuridico-formale e quello sostanziale»⁹.

Non è possibile offrire, qui, se non qualche suggestione. Ma la storia della civilistica italiana, ripercorsa anche in opere recenti¹⁰, conosce uno sviluppo in cui si riscontra il passaggio graduale proprio da una dottrina saldamente imposta sull'idea che il compito del giurista consista nel ricostruire un sistema inteso quale insieme ordinato di concetti, secondo una logica, dunque, di tipo formale¹¹, ad una visione molto più attenta al dato empirico e all'esigenza che le questioni concrete ricevano una soluzione in linea con i valori che l'ordinamento esprime¹². Con ovvie conseguenze sul dibattito intorno al modo stesso d'essere della scienza giuridica, nell'alternativa se essa sia «puramente formale, priva di tensione ai contenuti» e solo orientata «a conoscere le norme di un determinato diritto positivo e a ordinarle secondo le loro connessioni sistematiche» o sia invece «una scienza che include anche un'attività valutativa»¹³.

Questa evoluzione, che è stata descritta, in generale, proponendo un'immagine del '900 come secolo di transito verso una concezione «pos-moderna del diritto»¹⁴, un arco temporale attraversato, è stato detto, da una graduale «risco-

⁸ Al tema sono dedicate le stimolanti riflessioni di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006, spec. 83 ss. Si veda, inoltre, l'ampio e articolato affresco di G. ALPA, *Il metodo nel diritto civile*, in *Contr. e impr.*, 2000, 357 ss.

⁹ PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 108.

¹⁰ F. MACARIO-M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova, 2010.

¹¹ PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 90: «Le diverse tendenze del formalismo o negano che la prassi, nelle più variegate accezioni, possa costituire un problema per il giurista o assumono verso di essa un completo agnosticismo».

¹² Si veda, ancora, PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 77 s.: «L'antidoto al concettualismo e al formalismo, che ne rappresenta l'espressione teorica, è il controllo dell'effettivo funzionamento della giustizia concreta». Va dunque riaffermata la centralità del caso, la soluzione del quale è affidata all'*interpretatio*, che ne «esprime principi giuridici, *rationes* logiche e assiologiche».

¹³ L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 321 ss.

¹⁴ In tal senso, P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Bari, 2012, 10 ss., il quale osserva, comunque, che è stato soprattutto il diritto civile «a deporre la veste candida della purezza» che gli era considerata connaturale.

perta della fattualità»¹⁵, trova un suo momento assai rilevante, come ha notato Rodolfo Sacco, in un libro di Gino Gorla dedicato all'interpretazione del diritto, un libro che vedeva la luce nel 1941.

Scrivendo Sacco nella presentazione dell'opera – riedita da Giuffrè all'inizio del nuovo millennio¹⁶ – che nella civilistica italiana si consumò dopo la seconda guerra mondiale una vera e propria rivoluzione con cui venne operato il progressivo distacco da quel metodo «concettuale, dogmatico, sistematico» che, dopo aver trionfato in Germania ai tempi di Puchta¹⁷, di lì si era diffuso in buona parte d'Europa¹⁸.

Ebbene, tale rifiuto del metodo dogmatico, secondo Sacco, sarebbe stato «formulato e proclamato per la prima volta, in Italia, [proprio] nel saggio di Gino Gorla».

Quel libro, annota ancora Rodolfo Sacco, si rivelò «una profezia», e segnò in pochi anni il passaggio da un mondo dominato, per dirne alcuni, da Messineo, Pugliatti, Santoro-Passarelli, Allara, Betti, ad una nuova epoca in cui giuristi come Mengoni, Rescigno e Dejana, distaccandosi – sono parole di Sacco – «alla chetichella dalle orme dei maestri», «si muovono alla ricerca ricorrendo all'analisi del problema».

Il Gorla del libro sull'interpretazione non ha ancora vissuto l'esperienza americana che lo condurrà alla sua «memorabile opera sul Contratto». È un Gorla però pronto a troncarsi con il passato, rinnegando la propria opera precedente¹⁹.

Il discorso affidato alla prefazione del libro è addirittura drammatico: «Rividi (...) criticamente tutto il mio lavoro di giurista (...) e mi accorsi che le difficoltà, in cui mi aggiravo, dipendevano dal metodo (...) ero rimasto affascinato vittima del concettualismo. Avevo creduto, cioè, di poter comprendere o spiegare il nostro diritto positivo *sub specie* dei concetti creati dalla scienza del diritto».

¹⁵ GROSSI, *op. ult. cit.*, 72.

¹⁶ G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 2003.

¹⁷ Si vedano G. WESENER, *Storia del diritto privato in Europa*, a cura di P. CAPPELLINI e M.C. DALBOSCO, Padova, 1999, 227 ss.

¹⁸ Si tratta di un metodo così descritto, icasticamente, da PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 91: «Tramontata la scuola dell'esegesi, l'attenzione è rivolta in prevalenza alla costruzione e alla perfezione del sistema, mediante un processo di generalizzazione e di sintesi nel quale l'individuazione del concetto sembra costituire la maggiore aspirazione (...) La scienza del diritto elaborata sul generale diventa astratta; il giurista non si immerge più nel particolare della vita e dell'esperienza e i suoi libri nascono prevalentemente dalla riflessione su altri libri».

¹⁹ È questo un percorso che lo porterà a dar vita ad una vera e propria «reazione al concettualismo», come scrive PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 97, inaugurando una tendenza che «ha sottolineato il valore del precedente giurisprudenziale e ha introdotto il metodo del "caso" concreto tradizionalmente estraneo alla formazione del giurista italiano».

Divenuto cosciente di tutto ciò – continua ancora Gorla – «mi convinsi che la conoscenza di un dato diritto per concetti scientifici» costituisce un distinto modo di conoscenza rispetto alla «interpretazione del diritto stesso». Ed è questo uno spunto che trova poi i necessari chiarimenti nello svolgimento dell'opera. In particolare, «l'oggetto proprio della scienza del diritto (...) può essere solo l'atto normativo»²⁰, mentre la «realtà sociale non si pone se non di fronte al legislatore o all'interprete»²¹. La conseguenza, allora, è così tratteggiata: «L'interpretazione (...) pensa il diritto (...) come *individuum* storico, dal di dentro; la scienza studia (...) il diritto (...) come fenomeno (...) posto fuori di essa»²². Sicché, in definitiva, «un abisso le separa»²³.

Non è possibile, evidentemente, soffermarsi qui sullo sviluppo del pensiero di Gorla affidato al libro in parola; e tuttavia su una delle sue conclusioni è interessante porre l'attenzione. Gorla non ripudia affatto la dogmatica, ma soltanto un certo tipo di essa: «la dogmatica, per un dato diritto, non può essere che lo sviluppo dei concetti costituenti parte integrante e inscindibile delle varie norme (...) e non, invece, la ricostruzione di un dato diritto positivo secondo schemi concettuali predisposti», e cioè assunti *a priori*²⁴.

La dogmatica così intesa è dunque pur sempre una «sistemazione», ma «per norme, non per concetti (posti dallo scienziato)»²⁵. Sennonché proprio questa idea dello studio del diritto come ricerca di una «sistemazione», e quindi di un ordine, è un'idea in cui molti sembrano oggi non credere.

Il distacco dal concettualismo ha condotto, ben al di là degli auspici di Gorla, non alla fondazione di una nuova dogmatica²⁶, ma al dilagare di un approccio allo studio del diritto improntato ad un marcato empirismo²⁷. Nelle prese di posizione sul metodo di molta parte della dottrina, oggi, sembra risuonare l'avvertimento di Zygmunt Bauman: «Nella moltitudine di compiti impossibili

²⁰ GORLA, *L'interpretazione del diritto*, cit., 41.

²¹ *Ibidem*, 44.

²² *Ibidem*, 46.

²³ *Ibidem*, 48.

²⁴ Così, ancora, *ibidem*, 62, secondo cui pertanto la dogmatica «non può essere che dogmatica interna: interpretazione (di dogmi posti) e non posizione di dogmi».

²⁵ *Ibidem*, 65.

²⁶ Si veda MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, cit., 338: «Nel campo della dogmatica occorre adeguare le strutture concettuali del sistema ai valori ancorati nella legge fondamentale, e ciò postula un sistema aperto all'integrazione di nuove premesse di decisione».

²⁷ Pone l'accento sullo «spirito antisistemico del post-moderno» ancora CASTRONOVO, *Eclissi*, cit., 25, riferendosi a «quella predilezione per il molteplice non coordinato, ove l'immediatezza di visione del reale si accontenta di sé e non riesce o non vuole ascendere a cogliere i nessi di simiglianza che consentono l'opera sistematica».

che la modernità si è prefissata e che l'hanno resa ciò che è, il compito dell'ordine (...) spicca come il meno possibile tra gli impossibili»²⁸.

Ora, non è questo evidentemente il luogo per approfondire il discorso, ma credo sia importante aver evidenziato quanto segue: la controversia sul metodo ha gradatamente condotto, nell'epoca attuale, alla perdita di qualsiasi omogeneità all'interno della dottrina, la quale si presenta oggi frastagliata e al suo interno contraddittoria e divisa anche e proprio nella fissazione dei propri obiettivi e nella ricerca della sua identità. Ed è in questo contesto che effettua la scelta la parte che designa il proprio arbitro²⁹.

Importa solo aggiungere che l'empirismo di cui s'è detto assume, nel discorso dei giuristi, le più nobili vesti di un metodo che, nel moderno susseguirsi di una produzione normativa caotica, con contestuale perdita della centralità del codice a vantaggio delle leggi speciali, è tutto inteso ad affermare il primato del ragionamento per principi e la necessità del ricorso ai valori come criterio di soluzione delle controversie, con conseguente declino della tecnica della sussunzione, fondata su fattispecie astratte³⁰, e venir meno della "calcolabilità giuridica" che quelle fattispecie sono tendenzialmente in grado di garantire³¹.

Il fenomeno dell'autonomia privata, com'è noto, si rivela particolarmente sensibile a questo mutamento di prospettiva, poiché, in un quadro di riferimento, sul piano del metodo, a forte impronta assiologica, è l'autonomia stessa ad essere intesa come strumento di attuazione dei valori fondamentali dell'ordinamento, sotto il controllo del giudice. Ne segue così la proposta, ad es., di considerare il principio di proporzionalità, in quanto manifestazione (*inter alia*) del valore della solidarietà sociale, come criterio generale di verifica della meritevolezza del contratto, anche se tipico³². Ciò, laddove di recente è stato tuttavia opposto, in aperta polemica con questo orientamento di pensiero, che l'autonomia, se certo «non può essere esercitata a danno di interessi costituzionalmente tutelati», nel contempo, però, «non può essere vista, essa stessa, come mezzo per realizzarli», e con l'ulteriore conseguenza per cui, quindi, non pare «esservi spazio per autonomi interventi di giudici ispirati a principi di dubbia valenza»³³.

²⁸ Z. BAUMANN, *Modernità e ambivalenza*, Torino, 2010, 14.

²⁹ È da condividere, peraltro, quanto annota PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 116 s., a proposito del fatto che molte dispute in questa materia appaiono oziose, giacché la scienza giuridica si regge, per sua natura, su di una «pluralità di metodi, spesso concorrenti e complementari».

³⁰ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.

³¹ N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss.

³² P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 545 ss.; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, *ivi*, 2001, 335 ss.

³³ A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 747 ss. ed *ivi* 757.

5. Scelta della legge applicabile al contratto (pactum de lege utenda) e lex mercatoria

La controversia sul metodo si innesta, ovviamente, nel quadro degli sconvolgimenti da cui è contrassegnata l'esperienza moderna (o, che dir si voglia, post-moderna) del diritto, soprattutto nella seconda metà del secolo ormai trascorso. Essa trova la sua ragione più visibile nella crisi del positivismo giuridico. Una crisi segnata dalla reazione al suo postulato consistente nella «neutralità assiologica» della scienza giuridica³⁴, ma anche dall'affermarsi di concezioni che riconoscono al diritto un'essenziale connotazione di socialità, quale fenomeno che, nel nascere (anche) dal basso, si estende ben oltre le proprie epifanie legislative³⁵.

Ora, limitando il discorso a ciò che qui interessa, è stato osservato come la *lex mercatoria* costituisca, a sua volta, un fenomeno che si giustifica per il suo fondamento razionale, anziché autoritativo, essa prestandosi così a quell'applicazione spontanea e diffusa nel commercio internazionale che la rende idonea a porsi come una sorta di diritto universale del mercato globale³⁶.

Ma procediamo con ordine.

Nei contratti internazionali è dato alle parti il potere, riconducibile all'autonomia privata, di individuare la legge nazionale chiamata a disciplinare la fattispecie e i suoi effetti³⁷. Il richiamo potrebbe avere anche per oggetto, tuttavia, quella serie di regole a-nazionali e delocalizzate relative al commercio internazionale che prendono comunemente il nome di *lex mercatoria*³⁸.

La *lex mercatoria* offre una risposta alle insufficienze riscontrabili nei singoli diritti statuali, quando essi si pretendano a regolamentare rapporti che per un verso sono transnazionali, mentre per altro verso richiedono, in ragione del loro stretto legame con l'evolversi delle dinamiche economiche, una disciplina flessibile e capace di ammodernarsi con pari velocità³⁹.

Siamo di fronte, è stato detto, «a un diritto immerso nella fattualità economi-

³⁴ L'espressione è di MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, cit., 322.

³⁵ GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., 71: «Lo Stato è, ormai, incapace di conservare il paesaggio giuridico così come era stato ridotto dal legalismo formalistico della modernità».

³⁶ Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 1993, 283.

³⁷ F. SBORDONE, *La «scelta» della legge applicabile al contratto*, Napoli, 2003.

³⁸ L'espressione, notano F. GALGANO-F. MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, 2004, 227, «ha origine colta: vuole alludere alla rinascita, in epoca moderna, di un diritto altrettanto universale quanto fu universale il diritto dei mercanti medievali».

³⁹ Cfr. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 244, secondo cui, appunto, la crisi delle leggi nazionali dipende dall'essere l'economia contemporanea una «economia globale (...) in continua trasformazione».

ca e di questa fedelmente espressivo»⁴⁰. Il carattere meta-nazionale dell'economia e il suo processo di costante trasformazione sono i «motori» che generano il prodursi della *lex mercatoria*, intesa come esperienza di *soft law*, e perciò come un insieme di *rules of conduct not formally binding*, benché dotate di una sorta di «cogenza di fatto»⁴¹, o comunque come un'esperienza fondata su regole affidate all'osservanza spontanea⁴², le quali tendono a superare la discontinuità giuridica determinata dall'esistenza di una pluralità di ordinamenti nazionali⁴³.

Si tratta tuttavia di un fenomeno estremamente frammentario tanto sotto il profilo dei contenuti quanto in relazione ai soggetti produttori delle regole⁴⁴.

La *lex mercatoria*, infatti, è formata: da modelli di contratti internazionali e da clausole-tipo (ad es. Incoterms); da raccolte di usi e pratiche internazionali; dai principi applicati negli arbitrati internazionali; dai principi considerati comuni agli ordinamenti delle economie avanzate, elaborati e raccolti ad opera di istituzioni quali l'Unidroit, l'Uncitral, la Camera di Commercio Internazionali (ICC), ovvero ad opera di commissioni o gruppi di studio per l'uniformazione dei diritti nazionali (Principi Lando, *Draft Common Frame of Reference*)⁴⁵.

Un insieme di regole, dunque, magmatico ed eterogeneo, ma sullo sfondo delle quali è individuabile almeno un profilo unificante (al di là degli oggetti specifici di tali regole che, come accade ad es. nel *Draft*, possono essere anche molto variegati), questo profilo potendo cogliersi in relazione alla centralità, nell'economia globale della società post-industriale, assunta dal contratto quale «strumento della innovazione giuridica», tanto che – è stato detto – «se continuassimo a concepire il contratto come mera applicazione del diritto, e non come fonte di diritto nuovo, ci precluderemmo la possibilità di comprendere in qual modo muta il diritto del nostro tempo»⁴⁶.

⁴⁰ GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., 38.

⁴¹ V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, a cura di M. LOBUONO, Bari, 2009, 47 ss. ed *ivi* 76.

⁴² In particolare, nel senso che gli usi del commercio internazionale, quale fattore che contribuisce a formare la *lex mercatoria*, costituiscano usi normativi, e perciò «vere e proprie fonti di diritto oggettivo», GALGANO-MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., 229; si veda, inoltre, F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 56 ss.

⁴³ GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 248 s.; ID., *La globalizzazione*, cit., 57.

⁴⁴ F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, 2008, 67. Sottolinea la rilevanza del ruolo delle società multinazionali, GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 14, che in esse individua «un potente fattore di propagazione nel mondo di pratiche e di modelli contrattuali uniformi».

⁴⁵ Sulla primaria rilevanza, in particolare, dei Principi Unidroit, quale «fonte di cognizione della *lex mercatoria*», ma «non esaustiva», GALGANO-MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., 231.

⁴⁶ F. GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 243.

6. Validità ed effetti del richiamo alla lex mercatoria

Gli effetti del richiamo alla *lex mercatoria* saranno diversi a seconda del giudice competente a decidere la controversia, dovendosi in proposito distinguere tra il caso in cui questa sia devoluta alla cognizione di un giudice interno, statale o arbitrale, e il caso di funzionamento invece di un arbitrato internazionale.

Se competente a decidere la controversia è il giudice statale o se è previsto un arbitrato interno, il richiamo alla *lex mercatoria* non potrà operare come scelta della legge applicabile, bensì assumerà il significato di una mera determinazione *per relationem* del contenuto del contratto (art. 1322, co. 1, c.c.). E sarà questa una determinazione valida purché non del tutto generica (art. 1346 c.c.), quale potrebbe giudicarsi il rinvio puro e semplice alla *lex mercatoria*⁴⁷. Con la conseguenza, in ogni caso, che il giudice sarà tenuto ad individuare la legge sostanziale applicabile in virtù delle norme di conflitto proprie dell'ordinamento a cui appartiene⁴⁸.

Il richiamo assume qui rilevanza, in altre parole, nei termini di una *materiell-rechtliche Verweisung*, e cioè di una recezione negoziale, non di una *kollisionsrechtliche Verweisung*⁴⁹.

Va sottolineato, in proposito, che nel vigore della Convenzione di Roma del 1980 (sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali) l'interpretazione maggioritaria del suo art. 3.1 era nel senso che per «legge scelta dalle parti» fosse da intendere unicamente una legge nazionale, senza possibilità che il rinvio potesse operare in direzione della *lex mercatoria* o di uno specifico sistema di *soft law*⁵⁰.

Quando si trattò di trasformare in strumento comunitario la Convenzione di Roma, attraverso il Regolamento c.d. Roma I (n. 593/2008), venne inizialmente proposto, attraverso un'apposita previsione (art. 3.2), che la scelta delle parti potesse anche indirizzarsi, come legge applicabile al contratto, ai principi e alle norme sostanziali riconosciuti in ambito internazionale o comunitario (ad es., i PECL o i Principi Unidroit).

Senonché questa previsione, pur ritenuta tale da non consentire un puro rinvio alla *lex mercatoria*, in quanto fenomeno dai contenuti generici e imprecisi, non è stata conservata nel testo definitivo⁵¹.

⁴⁷ Anche se un tale rinvio, secondo il Preambolo ai Principi Unidroit, rileva ai fini dell'applicazione dei Principi stessi.

⁴⁸ SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, cit., 64, 123 e 170 s.

⁴⁹ GALGANO-MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., 235.

⁵⁰ A. ZANOBETTI, *Convenzione di Roma sulle legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale*², a cura di F. FERRARI, Milano, 2002, 187 ss. ed *ivi* 194.

⁵¹ Cfr. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, cit., 78 e 94 s., secondo cui l'e-

Quando è però previsto il funzionamento di un arbitrato internazionale, il rinvio a regole a-nazionali e delocalizzate, come sono quelle costitutive della *lex mercatoria*, tenderà proprio a operare, in effetti, alla stregua di una scelta della legge regolatrice del contratto⁵².

Invero, la *lex mercatoria* si atteggerà, in tal caso, come un insieme di *rules of law* applicabili al rapporto contrattuale.

Ciò è da taluni giustificato, in una prospettiva che, nella nostra letteratura giuridica, si ricongiunge a elaborazioni teoriche di sicuro lignaggio⁵³, in base all'idea che la *lex mercatoria* abbia la natura di un autonomo ordinamento giuridico, distinto dai singoli ordinamenti statuali.

Essa costituirebbe, cioè, «*an independent, supra-national legal system*»⁵⁴, facilmente riconoscibile – si dice – se solo si abbandona il dogma giuspositivistico che assegna al monopolio del diritto statale la produzione delle regole normative.

Saremmo al cospetto, in altri termini, di un ordinamento dei rapporti commerciali internazionali ascrivibile ad un particolare corpo sociale (la *societas mercatorum*) e vigente tra i suoi membri⁵⁵, un ordinamento l'effettività delle cui regole sarebbe affidata all'osservanza spontanea degli appartenenti a tale corpo sociale, ma anche garantita dall'applicazione delle regole stesse in sede di arbitrato⁵⁶.

Senonché, rispetto a tale concezione, sembra avere buon gioco chi sottolinea che la *lex mercatoria*, anziché esprimere un sistema unitario di regole, concreti soltanto, in realtà, «una somma di frammenti regolativi inidonea ad essere rappresentata in termini ordinamentali»⁵⁷.

Il richiamo alla *lex mercatoria*, dunque, non potrà dirsi senz'altro “esaustivo”, data l'incompletezza, frammentarietà e settorialità da cui essa è connotata. Né la *lex mercatoria* è dotata di propri caratteri di *self-enforcement*: piuttosto, la “delocalizzazione” attuata anche sul piano della scelta del giudice, mediante il ricorso all'arbitrato internazionale, lascia intatto il problema dell'*exequatur* del lodo nell'ordinamento di destinazione (si veda l'art. V della Convenzione di New York del 1958)⁵⁸.

mendamento, sul punto, trova la sua giustificazione nel «timore che la formulazione dell'art. 3 contenuta nella proposta avrebbe comunque riproposto il tema della scelta della *lex mercatoria* dinanzi al giudice statale».

⁵² Cfr. GALGANO-MARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, cit., 243 ss.

⁵³ Ci si riferisce, ovviamente, a S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*², Firenze, 1945.

⁵⁴ In tal senso K.P. BERGER, richiamandosi a C. SCHMITHOFF, entrambi citati da SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, cit., 96.

⁵⁵ Si veda anche GALGANO, *Lex mercatoria*, cit., 14, che parla di un «originario e sovranazionale ordinamento giuridico (...) della *business community*».

⁵⁶ Sul fondamento consuetudinario della *lex mercatoria*, ancora, GALGANO, *op. ult. cit.*, 284 ss.

⁵⁷ SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, cit., 103.

⁵⁸ *Ibidem*, 108, 110 e 117.

In definitiva, è corretto osservare che la *lex mercatoria*, sia pure nelle ipotesi di «più ampia delocalizzazione del contratto internazionale», nelle quali essa rileva «come *rule of law* per la soluzione arbitrare della controversia», «non è mai realmente alternativa al diritto degli Stati»⁵⁹.

7. Lex mercatoria, giurisprudenza per principi e contratto “autosufficiente”

Nonostante le “codificazioni” in cui si esprime, che certo non ne esauriscono la portata, in realtà molto più vasta, la *lex mercatoria* sembra rispondere all’idea di un complesso di regole formulate per principi, come già si accennava.

L’esigenza da cui essa nasce, in riferimento ai rapporti cui mal si attaglia l’applicazione dei singoli diritti nazionali, è un’esigenza che non potrebbe essere soddisfatta mediante regole che richiedano rigorosi procedimenti di sussunzione, regole dunque formate secondo la tecnica della fattispecie.

Non stupisce dunque che la *lex mercatoria* sia stata descritta come una «*legal mass of rules and principles without any internal consistency or systematic quality*»⁶⁰. Né stupisce che si sia potuto notare che, entro la *lex mercatoria*, «si dissolvono ... le differenze fra il *civil law* e il *common law*»⁶¹.

Ciò posto, occorre peraltro considerare come, proprio per questo suo modo d’essere, la *lex mercatoria* si presenti antitetica rispetto alla prassi – di matrice anglosassone, com’è noto – con cui vengono redatti i contratti internazionali, se è vero che questi sono assai spesso costituiti da una fittissima intelaiatura di clausole, tendenti a realizzare un regolamento negoziale il più possibile dettagliato e perciò autosufficiente.

Com’è stato osservato, la circolazione internazionale dei modelli contrattuali uniformi domina l’esperienza del nostro tempo, la funzione di tali modelli consistendo nel «realizzare l’unità del diritto entro l’unità dei mercati»⁶². Si tratta di un fenomeno ben noto anche agli studi civilistici, nei quali esso è stato riportato alla figura del “contratto alieno” descritta da Giorgio De Nova⁶³.

La tecnica utilizzata dalle parti (attraverso questi c.d. *self-regulatory contracts*) ha la finalità di neutralizzare l’intervento eteronomo statale, fatte salve le norme imperative della legge competente a disciplinare il contratto secondo i

⁵⁹ *Ibidem*, 122.

⁶⁰ In tal senso K.P. BERGER, *The creeping Codification of the Lex Mercatoria*, L’Aja, 1999, citato da SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, cit., 88.

⁶¹ GALGANO, *La globalizzazione*, cit., 57.

⁶² *Ibidem*, 245.

⁶³ DE NOVA, *Il contratto “alieno”*², Torino, 2010.

criteri di conflitto adoperati, nonché fatte salve le norme c.d. di applicazione necessaria⁶⁴.

Essa risponde tuttavia anche ad un'esigenza di certezza delle parti contraenti, le quali mirano a dotarsi di un regolamento del loro rapporto che non lasci spazio a lacune e che sia tendenzialmente dotato della capacità di esprimere criteri di soluzione univoci e precisi rispetto ad ogni possibile controversia relativa alla validità, interpretazione ed esecuzione del contratto.

Siamo perciò di fronte ad un fenomeno opposto a quello che consiste nel devolvere la cognizione delle controversie connesse al contratto ad un giudice arbitrale chiamato ad assumere la propria decisione mediante il riferimento ad un quadro regolatorio impostato per principi, com'è, in larga parte, il quadro composto dalla *lex mercatoria*.

Emerge dunque un ulteriore limite della *lex mercatoria*, la quale è messa, per così dire, fuori campo dal c.d. contratto "alieno", con quel suo rifuggire dal "diritto fluido", costruito per principi e clausole generali, nel tentativo di fondare su di un testo sufficientemente vasto e articolato la certezza delle regole da applicare al rapporto. E ciò laddove la *lex mercatoria*, quando è richiamata dai contraenti, non riesce invece a porre, a sua volta, del tutto fuori campo i diritti nazionali, come s'è visto in precedenza.

⁶⁴ SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, cit., 127.

ARBITRATO E *LEX MERCATORIA*

di *Fabio Padovini*

SOMMARIO: 1. Giudici e formalismo decisionale. – 2. Arbitrato (interno): e clausole di incontestabilità del lodo arbitrale (rituale). – 3. *Segue*. ... e fuga dalla giurisdizione ordinaria. – 4. *Segue*. Tendenziale estraneità della *lex mercatoria* – 5. Arbitrato internazionale: e rifiuto della giurisdizione nazionale. – 6. *Segue*. Tendenziale centralità della *lex mercatoria*. – 7. *Forum shopping* e *lex mercatoria*: dalla giurisdizione ordinaria all'arbitrato.

1. *Giudici e formalismo decisionale*

La relazione che mi ha preceduto, ricca di spunti e sollecitazioni, merita di essere condivisa per più profili.

In primo luogo, è corretto il rilievo di un singolare dato empirico: i giudici di merito, solitamente più vicini agli studi universitari, sono sensibili alle sirene del formalismo, da cui talvolta, invece, si distaccano i giudici di legittimità.

Conferma viene da molte esperienze concrete: l'esiguità numerica delle sentenze che accolgono domande di annullamento del contratto per vizi della volontà o di decisioni che pronunciano la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta; la perdurante ritrosia a riconoscere rilievo giuridico allo iato fra prezzo e valore nelle vendite, anche là dove il primo rappresenta una frazione minima del secondo, magari superiore a un centesimo.

Del resto, corrisponde a valutazione condivisa che il canone dell'interpretazione letterale resta il criterio ermeneutico privilegiato dalla giurisprudenza, la quale tuttora proclama la insuperabilità della lettera nel contratto, condannando gli ulteriori criteri alla residualità e, comunque, invocandone un'applicazione nel rispetto della gradualità progressiva¹.

Anche se probabilmente occorre distinguere fra settore e settore e prendere

¹ Basti rinviare a: Cass. 8 novembre 2013, n. 25243, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 296 ss., con nota di M. FOGLIA, *Interpretazione negoziale e principio di gerarchia*, 301 ss.; Cass. 11 marzo 2014, n. 5595, *ivi*, 2014, I, 616 ss., con nota di S. CORALLO, *Criteri ermeneutici e sindacato di legittimità nell'interpretazione del contratto*, 619 ss.

atto che forse la divaricazione segnalata è più forte in territori diversi da quello strettamente contrattuale.

2. *Arbitrato (interno): e clausole di incontestabilità del lodo arbitrale (rituale)*

Un secondo profilo che merita condividere è quello del rilievo che – nell’ambito del tema assegnato – ha il procedimento arbitrale.

Qui credo che convenga sottolineare alcuni elementi, centrali anzitutto sul piano interno, dove le clausole compromissorie sono diffuse principalmente nei contratti commerciali e nei rapporti societari: le clausole compromissorie per arbitrato rituale oggi non si avvalgono, se non di rado, della facoltà di prevedere l’impugnazione per errore di diritto, preferendo il regime legale, che confina questo motivo di gravame a fattispecie assai marginali, come insegna l’odierno art. 829, co. 3 e 4, c.p.c.; le clausole compromissorie, anzi, contengono assai spesso clausole cosiddette di incontestabilità, che proclamano la non impugnabilità del lodo².

Proprio le clausole di incontestabilità rendono, così, evidente la volontà di segnare la separatezza fra arbitrato e giurisdizione ordinaria, alla quale sottraggono, fin dove possibile, ogni potere di intervento.

Anzi, talvolta le parti di un contratto fanno di questa soluzione – cioè la non impugnabilità del lodo arbitrale per errore di diritto – il cardine del rapporto, tanto da rifiutare la conclusione del contratto a condizioni diverse.

Paradigmatica è la vicenda del regime giuridico da assegnare alle garanzie convenzionali nella circolazione delle partecipazioni sociali (*warranties and indemnities*), dove per anni la giurisprudenza italiana ha preteso di applicare le regole – in particolare, i termini di decadenza nella denuncia dei vizi e di prescrizione nell’esercizio dell’azione – dedicate alla garanzia per vizi nella vendita, contrastando la opposta valutazione operata dall’esperienza arbitrale. Esempio è proprio la vicenda approdata di recente alla Suprema Corte, dove la Corte d’Appello di Milano aveva preteso di annullare, per errore di diritto, un lodo arbitrale che aveva proclamato una radicale disomogeneità delle garanzie convenzionali nella vendita di azioni rispetto alla garanzia legale per vizi di cose materiali³.

² Sia consentito di rinviare a F. PADOVINI, *Clausole limitative delle impugnazioni e lodi arbitrali (rituali e irrituali)*, in *L'autonomia negoziale nella giustizia arbitrale* (atti del 10° Convegno Internazionale, 14-15-16 maggio 2015 – Napoli), Napoli, 2016, 239 ss.; per riferimenti ad ordinamenti stranieri cfr. ad es. A. FABBRI, *La prova nell'arbitrato internazionale. Limiti all'autonomia della volontà nella disciplina dell'istruzione e modelli di case management della prassi del commercio internazionale*, Torino, 2014, 37 ss.

³ Il riferimento alla vicenda decisa da Cass. 24 luglio 2014, n. 16963, in *Giur. it.*, 2014, 1406

3. Segue. ... e fuga dalla giurisdizione ordinaria

Queste constatazioni insegnano, allora, che le parti di un contratto accettano di attribuire al giudice privato spazi di autonomia maggiori rispetto ai poteri solitamente riconosciuti al giudice ordinario: donde la ragione intima delle clausole di incontestabilità.

Il fondamento di questa scelta, volontaria, sta probabilmente in due circostanze intrinsecamente combinate: la tendenziale possibilità per ogni parte di concorrere alla nomina degli arbitri; l'opportunità, così, di scegliere (o di far scegliere) persone esperte e capaci di dare una risposta coerente rispetto alle esigenze delle parti.

Ma allora, occorre prendere atto della circostanza che l'arbitrato interno rappresenta, in effetti, una epifania singolare di *forum shopping*, dove le parti affidano al giudice convenzionalmente individuato – meglio, agli arbitri – grandi poteri, pur se accettano – o forse, perché accettano – una frequente non sindacabilità della decisione.

Si verifica, insomma, una sorta di ossimoro: si sfugge al giudice, le cui sentenze si temono, pur se suscettibili di impugnazione, per affidarsi all'arbitro, al quale si riconosce maggiore autorità pratica, ma i cui lodi non sono aggredibili.

Il cardine della svolta sta nelle garanzie che il metodo di selezione degli arbitri pur sempre offre, là dove consente, di solito, a ciascuna parte di incidere sulla nomina del collegio chiamato a decidere la controversia.

Sicché ha ragione Delle Monache quando dice che nell'arbitrato la dottrina si fa giurisprudenza, ma con la sottolineatura che è una dottrina attenta alle esigenze della realtà empirica.

4. Segue. *Tendenziale estraneità della lex mercatoria*

Per questo profilo merita, però, sottolineare che la *lex mercatoria* pare estranea all'arbitrato interno: la *lex mercatoria* non registra una effettiva rilevanza domestica, come insegna la constatazione che mancano pronunce su di essa fondate.

Questa circostanza mostra, anzi, che non può postularsi alcuna endiadi fra arbitrato e *lex mercatoria*.

Del resto, e su un piano assai diverso, non può trascurarsi di rilevare che pure in altri ambiti – ben diversi e non giurisdizionali – parti e legislatore attribuiscono grandi poteri a un privato, senza il necessario intervento dell'autorità giudiziale. Così è, ad esempio, per l'arbitraggio, oggi tanto diffuso nei contratti

ss.: per una ricostruzione degli orientamenti sul tema v. G. Buset, *Vendita di partecipazioni sociali di «controllo» e garanzie patrimoniali: rassegna critica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 355 ss.

commerciali, da essere stato declinato quale strumento destinato a risolvere i conflitti di interesse nella liquidazione del valore delle partecipazioni al socio uscito da una società di capitali, come testimoniano le norme dell'art. 2437-ter c.c. sul recesso nelle società per azioni – richiamate dalla disciplina sulle clausole che fissano limiti alla circolazione delle azioni (art. 2345-bis, co. 2, c.c.) e dalla disciplina sulle azioni riscattabili (art. 2437-sexies c.c.) – nonché la norma dell'art. 2473, co. 3, c.c. sul recesso nelle società a responsabilità limitata, richiamata dalla disciplina sull'intrasferibilità delle quote (art. 2465 c.c.).

5. Arbitrato internazionale: e rifiuto della giurisdizione nazionale

Diverso è il fenomeno dell'arbitrato internazionale, come giustamente sottolinea Delle Monache: occorre, invero, riconoscere che l'arbitrato internazionale muove dalla volontà delle parti di uscire dalle giurisdizioni nazionali.

Evidenza empirica di ciò viene dalla constatazione che solitamente gli arbitri sono estranei ai paesi d'origine delle parti in conflitto e non conoscono personalmente il diritto applicabile in modo stretto al rapporto: ben spesso lontani dalla realtà normativa immediata, gli arbitri sono piuttosto portatori di esperienze ricche proprio per la loro intrinseca diversità.

Del resto, è vero che l'arbitrato ha pur sempre una sede, la quale individua la legge processuale applicabile e ne governa, ad esempio, le regole minime di procedura e, così, le cause di nullità del lodo. Ma è anche vero che il lodo arbitrale internazionale circola secondo i principi della Convenzione di New York del 1958, sicché esso sarà solitamente riconosciuto con il solo limite, in concreto marginale nei rapporti economici, solitamente fra imprese, dell'ordine pubblico⁴.

6. Segue. Tendentiale centralità della *lex mercatoria*

In questa prospettiva assume, allora, rilievo la *lex mercatoria*, che – pur nella ellitticità della nozione – diventa parametro per la misura delle condotte.

In altre parole, alla rarefazione delle cause di invalidità del lodo si accompagna l'aumento dei poteri del giudice – anzi, dell'arbitro – con la emersione della *lex mercatoria*, frutto dell'estraneità degli arbitri rispetto all'ordinamento nel cui ambito la controversia è maturata⁵.

⁴ Per questo rilievo v. già P. BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000, 221 ss., spec. 235, nonché A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero. Il sistema delle convenzioni internazionali*, Padova, 1999, 228 ss.

⁵ Sul nesso, forte, tra arbitrato internazionale e *lex mercatoria* basti rinviare a F. VISMARA, *Le norme applicabili al merito della controversia nell'arbitrato internazionale*, Milano, 2001, 229 ss.

D'altro canto, la complessità dei temi solitamente affrontati dagli arbitri internazionali non consente strade alternative.

Si pensi, per fare un esempio, agli arbitrati in materia di *price review*, dove si tratta di costruire un insieme di regole operazionali su contratti solitamente di durata, spesso assai estesa nel tempo, combinata a regimi di pagamento del prezzo riassunti nelle clausole cosiddette *take or pay*. Qui talvolta gli arbitri costruiscono un vero e proprio procedimento capace di condurre alla revisione e che va dall'individuazione dei fatti capaci di alterare il mercato, all'accertamento del rapporto fra prezzo e mercato, all'individuazione dei correttivi, per giungere alla liquidazione del nuovo prezzo.

Ora, è innegabile che questi accertamenti sarebbero inimmaginabili davanti al giudice ordinario, che non dispone né di conoscenze economiche e tecniche né di strumenti istruttori adeguati per affrontare e governare temi tanto complessi sul piano materiale quali sono le revisioni prezzi⁶. Ed è innegabile che questi accertamenti sono direttamente sensibili alla realtà del mercato: gli arbitri, in effetti, ricostruiscono l'insieme di regole applicabili al caso concreto e, poi, vi danno diretta attuazione.

7. Forum shopping e *lex mercatoria*: dalla giurisdizione ordinaria all'arbitrato

Mi pare, insomma, che l'esperienza dell'arbitrato, soprattutto ove declinata in chiave internazionale, comporti il superamento, almeno parziale, del diritto nazionale positivo, cui è ancorata la decisione dell'autorità giudiziaria ordinaria, con l'emersione dei principi di mercato sensibili alla *lex mercatoria*, praticata, in modo dichiarato o con condotte concludenti, dagli arbitri.

Sicché la fuga dal giudice per il timore dell'arbitrio comporta l'attribuzione di poteri ancora maggiori all'arbitro, che si appoggia sulla *lex mercatoria* e si fa scudo, spesso, delle clausole di non contestabilità del lodo.

Forum shopping e *lex mercatoria* diventano, allora, facce dello stesso fenomeno, ove declinato come fuga dal giudice verso l'arbitro.

⁶ Per tutti v. FABBRI, *La prova nell'arbitrato internazionale*, cit., 55 ss., 117 ss.

GIURISPRUDENZA PER PRINCIPI E AUTONOMIA PRIVATA

di *Salvatore Mazzamuto*

Nel tentativo di un abbozzo di conclusioni, provo a declinare il tema di questo nostro convegno così ben riuscito a seconda dei soggetti chiamati a dare attuazione al binomio principi-autonomia privata.

La prima prospettiva è quella della giurisprudenza del giudice delle leggi e qui l'autonomia privata è un principio al pari di altri e, dunque, è suscettibile di bilanciamento. Non sempre però la Consulta tiene fede al suo ruolo, come è accaduto per esempio con le ordinanze sulla caparra confirmatoria, dove piuttosto che scendere sul corretto terreno del bilanciamento tra principi, la Corte costituzionale si è limitata a fare propria la giurisprudenza della Corte di cassazione sulla riducibilità officiosa della penale manifestamente eccessiva¹. Inoltre, e in tutt'altra prospettiva, il bilanciamento dei principi oggi include anche la prospettiva economicistica della sostenibilità finanziaria dei diritti, facendo emergere la tensione tra la logica del diritto e quella dell'economia.

La seconda prospettiva è quella del legislatore che, con maggiore frequenza e ampiezza rispetto al passato, ricorre a costrutti normativi indeterminati, ora riconducibili alla categoria del principio ora a quella delle clausole generali. Questa strategia di politica del diritto apparentemente esalta l'autonomia privata perché non persegue la via dei limiti imperativi o dei controlli preventivi; ma, a ben vedere, finisce per comprimerla, o per lo meno per condizionarla in misura maggiore, specie quando, tramite la giurisprudenza per principi, i giudici sindacano le scelte di merito delle parti, facendo leva, di volta in volta, su principi quali l'efficienza, la ragionevolezza e anche la solidarietà. La cosa tragica è che

¹ Corte cost. ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Contr.*, 2014, 926 s., con commento di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Foro it.*, 2014, I, 382 s., con nota di F.P. PATTI e Corte cost. ord. 2 aprile 2014, n. 77, *ivi*, 2014, I, 2042 s., con nota di G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?* Sul punto v. F.P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 685 s.

tali principi non sono posti in una *Rangordnung* né, in quella sede, sono oggetto di bilanciamento, ma finiscono per essere sottoposti ad un giudizio di prevalenza affidato alle valutazioni soggettive del giudice. A queste ultime, a volte, non sono estranee considerazioni ispirate da obiettivi di *policy* del mercato e qui il discorso diventa ancora più delicato perché investe la supplenza giudiziaria della politica. Fintantoché si tratta della solidarietà, una qualche indicazione oggettiva al giudice proviene, sotto forma di attenuazione delle spinte individualistiche così da tenere conto delle esigenze dei terzi, se non addirittura della comunità; ma quando i principi invocati sono quelli di efficienza, di ragionevolezza o di buona fede, le indicazioni di valore scolorano e prevalgono i convincimenti contingenti del giudice.

Il legislatore europeo oscilla tra il ricorso ai principi e alle clausole generali e l'individuazione di specifici obiettivi di politica del mercato, approntando a tal fine congegni rimediali appositi. Quando il giudice si colloca nella posizione di garante di un determinato assetto del mercato, come fa a districarsi? Qual è il modello di mercato che egli assume come parametro?

Il legislatore europeo si muove comunque in un orizzonte concettuale neoliberista: i paradigmi sono quelli del ricorso al libero mercato inteso in senso costruttivistico e in ossequio ai dettami delle correnti di pensiero riconducibili all'economia sociale di mercato. Uno degli assunti è costituito dall'assioma secondo cui l'individuo è un massimizzatore intenzionale del proprio utile. La conseguenza sul piano giuridico è che vanno garantite all'individuo le condizioni per poter operare scelte negoziali libere e consapevoli. Giusta questa premessa, sarebbe logico attendersi che le forme di tutela contro le compressioni dell'autonomia privata siano quelle che conducono all'annullamento del contratto. Ma così non è. Il tema della c.d. giustizia contrattuale è estremamente variegato ma negli ultimi decenni si è manifestato prevalentemente sotto forma di controllo giudiziale del contenuto del contratto tramite strumenti invalidatori, riconducibili alla categoria, sebbene profondamente rinnovata, della nullità².

La reazione alle compressioni o al perturbamento dell'autonomia privata affidata alla nullità offre due indicazioni di sistema. La prima è che il diritto contrattuale europeo si intesta la difesa della libertà individuale di scelta ma poi di tale libertà ha una comprensione più astratta che concreta, giacché il rimedio non scaturisce da una valutazione particolareggiata dell'attitudine decettiva o determinativa del vizio del consenso, tipica dell'annullamento (salvo, con ogni probabilità, il caso delle clausole abusive, dove è riconosciuto al consumatore il potere di interdizione della declaratoria di nullità); ma da una valutazione ipotetica di conformità o meno ad un modello astratto, tipica della nullità. La secon-

² Sul punto cfr. F. PIRAINO, *Il diritto europeo e «la giustizia contrattuale»*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 233 s., in part. 237 s.

da indicazione riguarda il paradosso di regole che, a monte, sono sovente indeterminate o comunque affidate a termini che esigono un'integrazione valutativa da parte del giudice (significativo squilibrio; iniquità delle condizioni, abuso, ecc.) e che, a valle, sono presidiate da rimedi governati da automatismi abbastanza secchi quali la nullità o l'inibitoria.

In un orizzonte ordinamentale del genere, gli obiettivi di politica del diritto paiono ridursi sensibilmente rispetto specialmente all'esperienza della seconda metà del XX secolo e la dialettica – se tale la si vuole considerare piuttosto che parlare, come forse è più opportuno, di concorso – tra eteronomia e autonomia sembra esaurirsi nella correzione ad opera della prima dei fattori disfunzionali della seconda, che sono sovente di contesto (l'asimmetria informativa del consumatore o la sudditanza economica dell'impresa debole).

La ricaduta sul piano tecnico-categoriale assume la forma del ricorso meno frequente a tradizionali strumenti di controllo dell'autonomia privata, anche in funzione di contrasto di esiti negoziali giudicati eccessivi e, dunque, ispirati dall'obiettivo che oggi verrebbe indicato come "giustizia contrattuale". Si pensi alla causa del contratto, che sin dalla concettualizzazione di Domat e di Pothier – come ha spiegato di recente in un libro assai significativo Mario Barcellona – assolve a una duplice funzione di vaglio dell'autonomia privata: la verifica della corrispondenza dell'atto negoziale ad un modello di razionalità condiviso (la c.d. causa oggettiva) e l'accertamento della concreta attuabilità di un tale modello organizzativo astratto ossia dell'attitudine a produrre gli effetti programmati (la c.d. causa soggettiva)³. In entrambe queste due funzioni la causa si presta, e in passato si è prestata, a valutazioni incentrate anche su esigenze di giustizia del contratto, come ha sottolineato da ultima Emanuela Navarretta, nel quadro del dibattito sul presunto declino del requisito causale nell'orizzonte del diritto privato europeo⁴.

Barcellona spiega l'apparente regressione della *causa negotii* muovendo dalla convinzione che il mercato fornisca il criterio di razionalità che la causa è deputata a saggiare nel singolo atto di autonomia e che tale paradigma vada identifi-

³ M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, 26, su cui cfr. la mia riflessione di commento: S. MAZZAMUTO, *A proposito del libro di Mario Barcellona "Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 469 s.

⁴ E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 411 s., spec. 431 s., ove, tra le altre cose, l'a. osserva che: «La causa previene l'accettazione del rischio insito nell'atto "nudo" o in quello "vestito" ma inidoneo in concreto a funzionare; impedisce la validità e l'efficacia del contratto, se non è realizzabile il funzionamento che giustifica l'accordo; supporta e arricchisce l'interpretazione dell'atto di autonomia privata; semplifica l'accertamento della liceità; offre una garanzia minima di serietà del vincolo e, indirettamente, predispone un termine di paragone che consente di verificare più agevolmente se il contratto abbia funzionato o sia in condizione di funzionare nella fase del rapporto».

cato nello spostamento reciproco di ricchezza⁵. L'espansione del mercato, che vede quest'ultimo insediarsi in spazi in passato preclusigli, ha per Barcellona ridotto in maniera considerevole l'ambito della fattispecie della mancanza di causa. Al di là della condivisione o meno dell'impostazione di Barcellona, a me pare che il ridimensionamento della causa, in chiave tanto di garanzia di razionalità dell'accordo quanto di verifica dell'attuabilità in concreto del programma negoziale in esso consacrato, dipenda anche dalle scelte di politica del diritto dell'Unione europea in precedenza segnalate. Il principale obiettivo ordinamentale, ossia la funzionalizzazione del contratto all'instaurazione e alla preservazione dell'assetto concorrenziale del mercato, non si presta ad interventi mediati dalla causa per ragioni che andrebbero da qualcuno indagate in maniera specifica ma che, di primo acchito, mi sembra risiedano nella particolare natura dell'intervento eteronomo e nella predilezione di altri strumenti da parte del legislatore.

Per quanto concerne la natura dell'eteronomia, ci si trova al cospetto di un fine politico che sostanzialmente è interno alla teoria del soggetto e al conseguente concetto di autonomia presupposto dalla legislazione di matrice liberista: il potere autoregolamentare dei privati poggia sulla loro razionalità, la quale esige taluni presupposti, di cui l'ordinamento garantisce il recupero o il ripristino qualora un qualche elemento perturbatore esterno li abbia inficiati, mediante interventi eteronomi di carattere sostanzialmente riflessivo.

Per quanto concerne gli strumenti privilegiati, il legislatore europeo preferisce ricorrere, piuttosto che a strumenti generali di controllo come la causa, alla regolazione minuta di fonte legale che si presenta costellata di correttivi, rimedi, inedite gerarchie e mezzi di tutela, attenuazioni della forza vincolante del contratto, espansione delle tutele invalidatorie in funzione protettiva, ecc.

Non si può, dunque, non convenire con Luca Nivarra quando nella relazione introduttiva sottolinea che «la disciplina del contratto, oggi, è un segmento della più generale *policy* proconcorrenziale», ma l'interrogativo da porci è se a una tale ispirazione di fondo della politica del diritto europea concorra anche l'esaltazione del ruolo dei principi e la preferenza accordata agli argomenti su di essi fondati rispetto all'argomentare per regole.

La risposta che sembra dare Nivarra è positiva: anche l'interventismo giudiziale che la giurisprudenza per principi consente di realizzare cospira all'obiettivo proconcorrenziale: «il dispositivo funzionale alla correzione dello squilibrio persegue un obiettivo molto diverso e molto più pragmatico, che è quello di bonificare le transazioni individuali dal rischio di opportunismi potenzialmente anticompetitivi: ne discende che la "giustizia" prenderà qui la forma di un effetto collaterale dell'applicazione di quel dispositivo, ovvero si atteggerà a strumento attuativo di quel disegno, sicché di essa, del suo nome, potrà farsi un uso

⁵ BARCELONA, *Della causa*, cit., 197-198.

puramente descrittivo». Qui Nivarra o nel profondo è più positivista di quanto sia disposto a riconoscere o è profondamente pessimista: perché mai il corpo dei giudici, che peraltro non è per nulla culturalmente omogeneo, dovrebbe rendersi compartecipe della strategia regolativa dell'Unione europea? Perché mai i molteplici principi offerti dalle Carte costituzionali nazionali, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dagli altri Trattati, che, peraltro, sono per lo più di matrice personalista, dovrebbero essere intesi e applicati in maniera coerente con le strategie neo-liberiste? Perché mai l'esaltazione dei principi alla quale oggi si assiste, che porta con sé, sul terreno delle pratiche argomentative, l'attenuazione del vincolo del testo, dovrebbe poi rimanere condizionata dall'argomento teleologico, che è pur sempre un precipitato dell'interpretazione fondata sull'enunciato normativo? Se il frastico è leggero e il neustico è pesante, nulla più può essere dato per scontato, la visuale prospettica dell'interprete, specie teorico, si indebolisce e il controllo intersoggettivo si allenta.

Il punto cruciale della riflessione sulla c.d. giurisprudenza per principi, tanto nella prospettiva del diritto nazionale⁶ quanto in quella del diritto privato europeo⁷, va individuato nell'applicabilità immediata o meno dei principi consacrati nel testo costituzionale e nei trattati dell'Unione europea, prima tra tutti la Carta dei diritti fondamentali. Il tema è risalente ed è stato ampiamente indagato in Germania, dove l'alternativa tra *unmittelbare Drittwirkung* e *mittelbare Drittwirkung* è stata in prevalenza sciolta a favore della seconda⁸. La questione è tornata prepotentemente alla ribalta negli ultimi anni e non solo a seguito della sempre più ampia presa di coscienza della c.d. costituzionalizzazione del diritto privato, o, come pure si afferma, del ruolo centrale della legalità costituzionale⁹, ma soprattutto a seguito di due fenomeni correlati: per un verso, l'inadeguatezza della politica nazionale, che rende meno puntuali e tempestivi gli interventi legislativi, e il burocratismo della politica europea, la quale invece è solerte ma chiusa nei suoi orizzonti limitati; e, per altro verso, la supplenza giudiziale sollecitata dai ritardi e dalla balbuzie del legislatore, la quale si incarica di offrire quelle risposte alle richieste sociali di una soluzione giuridica che la legislazione ignora, provvedendovi non di rado mediante ardite scalate dei vertici dell'ordinamento che culminano con il ricorso senza filtri ai principi e ai diritti fondamentali.

⁶ Cfr. G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, 247 s.; G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e mercato*, 2015, 51 s.

⁷ Cfr. E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 878 s.

⁸ Sul punto si è soffermato di recente C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 37 s., pronunciandosi con chiarezza a favore della *mittelbare Drittwirkung*.

⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006, *passim*, spec. 535 s.

Non si può escludere che quella attuale sia, dal punto di vista dell'evoluzione sociale, l'epoca della giurisdizione. Vi sono molteplici segnali in tal senso: la velocizzazione delle dinamiche sociali, l'appannamento del ruolo dello Stato legislatore, la mondializzazione dei fenomeni, la frammentazione della compagine sociale, ecc. E, tuttavia, il giurista teorico non può abdicare al proprio ruolo di coscienza critica e alla funzione di controllo sul diritto applicato. Per questa ragione, l'acquisizione indiscussa dell'influenza delle disposizioni costituzionali, o comunque apicali, sul diritto civile e il collegato ripudio della tradizionale concezione dei precetti delle carte fondamentali come norme programmatiche non implicano anche l'adesione alla metodologia della *unmittelbare Drittwirkung*.

L'influenza diretta delle disposizioni che per comodità designeremo come costituzionali non comporta per necessità logica, e meno che mai sistematica, la loro applicazione immediata¹⁰ da parte del giudice ordinario. Al di là dei precetti costituzionali concepiti secondo gli schemi della fattispecie analitica e, dunque, verosimilmente applicabili in via immediata, si estende il campo dei principi e dei diritti fondamentali enunciati in forma indeterminata. Non solo per la tecnica normativa che li sorregge ma specialmente per il loro valore di fini ultimi e, quindi, di congegni di ottimizzazione, principi e diritti fondamentali si presentano a rivestire il ruolo di strumenti eminentemente ermeneutici, finalizzati a realizzare sulle proposizioni normative di rango inferiore operazioni interpretative dotate di una forte carica evolutiva. Soltanto veicolando l'influenza dei principi e dei diritti fondamentali attraverso le disposizioni ordinarie il giurista resta fedele al vincolo del testo – che è poi uno dei presupposti del giuspositivismo – il quale viene inevitabilmente sovvertito dall'applicazione diretta dei precetti costituzionali, la cui *vis* efficiente irrompe senza le mediazioni tipiche delle valutazioni sottese alle norme ordinarie, sostanzialmente prevalendo su quest'ultimo livello della giuridicità.

Due casi emblematici in due ambiti distinti: la reinterpretazione dell'art. 2059 c.c. alla luce dei diritti inviolabili della persona di rango costituzionale¹¹; l'applicazione diretta del principio di solidarietà in materia di autonomia privata, specie in tema di controllo contenutistico del contratto, come è accaduto nella giurisprudenza sulla riducibilità d'ufficio della clausola penale manifestamente eccessiva¹².

¹⁰ D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., 247 s.

¹¹ Cass. s.u., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, in *Foro it.*, 2009, I, 120 s. su cui v. S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009, 589 s. e *ivi* gli ulteriori riferimenti bibliografici.

¹² Cass. s.u., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Corr. giur.*, 2005, 1534 s., con nota di A. DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*, e in *Eur. dir. priv.*, 2006, 353 s., con nota di G. SPOTO, *La clausola penale eccessiva tra riducibilità di ufficio ed eccezione di usura*.

Un discorso a parte va fatto per il principio di effettività della tutela, che esalta la prospettiva dei rimedi a discapito dell'apprezzamento della configurazione formale delle posizioni soggettive: si tratta della c.d. prospettiva rimediabile che in sé non è certo un male ed ha anzi consentito di conseguire progressi non indifferenti sul terreno della concettualizzazione delle situazioni giuridiche soggettive, grazie all'attenzione riservata al profilo delle tutele, troppo a lungo negletto.

Sul punto si è soffermata la relazione di Armando Plaia, con considerazioni condivisibili, non ultima la segnalata ambiguità del ricorso giurisprudenziale al principio di effettività.

Nelle sue più recenti invocazioni, l'effettività ha rappresentato il principio sotto il quale nascondere operazioni assai ardite di creazione giudiziale della regola senza alcuna mediazione del testo scritto.

Si sta andando, quindi, ben al di là dell'affermazione dell'atipicità dell'azione per la quale ci siamo tanto spesi Andrea Proto Pisani, Adolfo di Majo, io stesso e diversi altri colleghi, a partire dagli anni '70 del secolo scorso.

Meno convincente mi pare, invece, l'approccio di Plaia allo strumento del rimedio, quando, proprio sulla scia dell'ultimo di Majo, afferma che grazie alla tecnica normativa rimediabile il giudice è autorizzato ad esercitare la propria discrezionalità sulla «comparazione tra gli interessi in conflitto» e «sul rimedio da applicare».

In primo luogo l'interesse è categoria del fatto e diviene anche categoria del diritto solo ove protetto sulla base di un qualche indice di diritto positivo; e, in secondo luogo, non sono poi così sicuro che il riconoscimento al giudice della possibilità di ricorrere alla forma di giudizio del bilanciamento – come da tempo auspicato da Emanuela Navarretta¹³ – conduca ad operazioni meno discrezionali rispetto a quelle fondate direttamente sui principi costituzionali che, proprio a causa di un questo alto tasso di valutatività, Plaia paventa.

L'assolutizzazione del punto di vista a partire dai rimedi, che proprio il principio di effettività suggerisce, ha accentuato tuttavia il soggettivismo dei giudici, come emblematicamente è accaduto nel noto caso CIR vs Fininvest¹⁴. Il ricorso al principio di effettività determina nei meccanismi argomentativi che presiedono all'applicazione del diritto la centralità del bisogno di tutela: una volta definiti i contorni di tale bisogno, il giudice individua il rimedio più opportuno a offrire una risposta adeguata e attinge all'intero suo potenziale, senza curarsi di

¹³ NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E.*, cit., 878 s.

¹⁴ Cass. 17 settembre 2013, n. 21255, in *Danno e resp.*, 2014, 123 s. su cui cfr. i commenti critici di CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile* cit., 193 s. e di F. PIRAINO, *Intorno alla responsabilità precontrattuale, al dolo incidente e a una recente sentenza giusta ma erroneamente motivata*, *ivi*, 1118 s. e quello più favorevole di A. DI MAJO, *La "via di fuga" nel torto aquiliano*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 1098 s.

verificare se vi sia e in quale misura la formalizzazione dell'interesse la cui lesione o mancata realizzazione ha generato il bisogno di tutela (o come un tempo si diceva, la domanda di giustizia).

Il principio di effettività si collega – com'è noto – alla centralità del momento della violazione già in sede di disciplina della fattispecie e, dunque, all'esaltazione del ruolo dei rimedi. E non di rado la predisposizione di adeguati mezzi di tutela ha fatto segnare anche un processo di allargamento dell'area di rilevanza all'interno del contratto di valori e di interessi ulteriori rispetto a quelli squisitamente mercatistici: ci si riferisce alla persona e alla sua implicazione nelle operazioni economiche.

Il punto è delicato, anche perché potrebbe preludere a un'ulteriore espansione della discrezionalità giudiziale nella riscrittura del contenuto del regolamento negoziale. Per quanto il diritto contrattuale non si esaurisca, senza alcun dubbio, nella disciplina dei rapporti economici, è indiscutibile che nell'epoca attuale il mercato, pur nella sua multiformità, abbia assunto il ruolo di principale dispositivo di fissazione dei modelli di razionalità sociale, sicché qualunque forma di regolazione per via contrattuale di valori e di interessi non economici deve fare i conti, per lo meno in termini di compatibilità, con tale paradigma per così dire generale.

Al riguardo è sicuramente emblematica la vicenda del danno non patrimoniale da inadempimento, la cui rilevanza deve essere affidata ad un filtro sufficientemente significativo, che non può consistere – come si è già chiarito – né nella *Drittwirkung* né nella sola buona fede oggettiva, la quale presidia soltanto l'area degli obblighi di protezione. Che spetti alla causa in una sua accezione multiforme il compito di assicurare un tale filtro?

La giurisprudenza per principi pone non solo il problema della certezza del diritto e, dunque, della calcolabilità delle decisioni correttamente segnalata da Natalino Irti¹⁵, ma soprattutto la questione della ripartizione di competenza tra legislatore e giudice. I principi enunciano fini politici e, se la loro definizione compiuta è affidata interamente alla giurisprudenza, la conseguenza è che essi si applicheranno alla comunità non per condivisione ma per imposizione autoritativa: l'autorità del giudice che scavalca il dibattito pubblico. Il rischio che si corre è che i principi divengano strumenti di lotta tra forze contrapposte. Ci sarà una lotta per il diritto nella quale i principi si affrontano in un *ring*, ma in realtà sono azionati da poteri, ora istituzionalizzati (i giudizi nazionali e quelli sovranazionali) ora non istituzionalizzati (i grandi investitori internazionali, le agenzie di *rating*, ecc.). Chi si rende auspice dell'esaltazione dei principi e dell'adozione

¹⁵ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 36 s.; ID., «Calcolabilità» *weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 s.; ID., *Un diritto incalcolabile*, *ivi*, 11 s.; ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 3.

dei moduli argomentativi su di essi incentrati come principale tecnica di organizzazione del diritto e di sua applicazione deve essere consapevole di rendersi in questo modo partecipe di un mutamento dell'assetto ordinamentale. E invocare a sostegno di una tale scelta di fondo la ragione della presunta inevitabilità di tutto ciò si rivela un modo per sottrarsi alle proprie responsabilità di intellettuale e trovare rifugio dietro l'irresistibile efficienza dei rapporti di forza.

INDICE DEGLI AUTORI

FABIO ADDIS

Prof. Ord. di Istituzioni di Diritto privato nell'Università di Brescia

RAFFAELE CATERINA

Prof. Ord. di Diritto privato nell'Università di Torino

STEFANO DELLE MONACHE

Prof. Ord. di Istituzioni di Diritto civile nell'Università di Padova

PASQUALE FEMIA

Prof. Ord. di Istituzioni di Diritto privato nella Seconda Università di Napoli

FRANCESCO MACARIO

Prof. Ord. di Diritto privato comparato nell'Università "Roma Tre"

SALVATORE MAZZAMUTO

Prof. Emerito di Diritto civile nell'Università "Roma Tre"

Presidente dell'Unione dei Privatisti

EMANUELA NAVARRETTA

Prof. Ord. di Istituzioni di Diritto privato nell'Università di Pisa

ANDREA NICOLUSSI

Prof. Ord. di Diritto Civile nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

LUCA NIVARRA

Prof. Ord. di Diritto civile nell'Università di Palermo

MAURO ORLANDI

Prof. Ord. di Diritto Civile nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

FABIO PADOVINI

Prof. Ord. di Diritto Civile nell'Università di Trieste

STEFANO PAGLIANTINI

Prof. Ord. di Diritto civile nell'Università di Siena

ARMANDO PLAIA

Prof. Ord. di Istituzioni di Diritto privato nell'Università di Palermo

PIETRO RESCIGNO

*Prof. Emerito di Diritto civile nell'Università di Roma "La Sapienza"
Accademico dei Lincei – Presidente onorario dell'Unione dei Privatisti*

Finito di stampare nel mese di dicembre 2016
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

COLLANA DELL'UNIONE DEI PRIVATISTI

1. PIETRO RESCIGNO - SALVATORE MAZZAMUTO (a cura di), *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, 2014, pp. XVI-424
2. SALVATORE MAZZAMUTO - LUCA NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, 2016, pp. XVI-288