

**LA TRASFIGURAZIONE DEL CONTRATTO
NELL'ORDINAMENTO RETICOLARE
NOTE SU UN LIBRO DI MASSIMO PALAZZO**

“Contract is dead – but who knows what unlikely resurrection the Easter-tide may bring?”.

È trascorso quasi mezzo secolo da quando Grant Gilmore scriveva queste parole nella chiusa del suo celebre “The Death of Contract”. Da allora, la crisi del paradigma classico del contratto e della funzione tipica da esso giocata nella società liberale, brillantemente tratteggiate da Gilmore, si sono ulteriormente accentuate e nessuno oggi parlerebbe di una teoria generale del contratto nei termini utilizzati fino a qualche decennio fa.

Eppure, a dispetto dello scetticismo di Gilmore, il contratto sembra oggi tutt'altro che morto. E non perché sia risorto – come non può risorgere la società liberale ottocentesca – ma perché si è trasfigurato, assumendo nuove forme e inaspettatamente riacquistando un ruolo centrale nel processo di regolazione della società complessa.

L'ampio e meditato volume di Massimo Palazzo “Il contratto nella pluralità degli ordinamenti giuridici” aiuta a individuare i tratti di un tale processo di trasfigurazione, le svariate forme che assume il contratto e la funzione che esso svolge in un mondo degli affari ormai deterritorializzato. E così dimostra come il contratto non solo sia vivo, ma rappresenti una chiave per comprendere i processi di produzione del diritto contemporaneo, i nuovi equilibri tra pubblico e privato, tra autoregolazione ed eteroregolazione nonché, con riferimento all'esperienza dei paesi di diritto codificato, le ragioni della crisi del modello costruito sulla fattispecie, con tutto ciò che esso rappresentava. Di fronte al disagio vissuto da una parte della scienza giuridica per il venire meno delle certezze del mondo di ieri, il volume, attraverso una riflessione “critica e metodologica sul contemporaneo diritto dei contratti” vuole fungere da “pungolo gentile” affinché il giurista possa liberarsi dalle residue incrostazioni ideologiche che ancora velano il suo sguardo.

L'orizzonte nel quale si iscrive la riflessione di Palazzo è quello di un diritto che da qualche tempo ha assunto un nuovo volto, non solo

all'interno dei confini dell'ordinamento nazionale, a partire dall'entrata in vigore della Costituzione, ma soprattutto al di fuori di questi, grazie all'espandersi degli affari in una dimensione globale. L'attenzione dell'autore non a caso si concentra sul contratto, la cui storia rappresenta "lo specchio dei valori di una società nel suo divenire storico, nella dinamica pubblica e privata dei rapporti" (157). E in una società globale il cui diritto non è più solo emanazione della volontà del legislatore, ma nasce anche dalla prassi, il contratto è proprio lo strumento grazie al quale gli attori privati contribuiscono al farsi di questo diritto 'nuovo'.

La lettura delle stagioni del contratto – in dialogo con preziosi contributi di dottrina (Alpa, Zoppini, ecc.) - fornisce all'autore l'occasione per discutere il significativo cambiamento determinatosi nei rapporti tra il contratto e la legge e, più in generale, nel ruolo che il diritto gioca tra politica ed economia. Il diritto degli affari dell'epoca precedente la codificazione napoleonica, com'è noto, nasceva anzitutto come spontaneo ordinamento dei rapporti economici. Fu la Rivoluzione francese a sancire il primato del politico: è vero che il *code civil* ruotava intorno al soggetto di diritto e ai modi di esercizio dell'autonomia privata, ma per effetto della codificazione poteva essere diritto "solo ciò che lo Stato voleva fosse diritto: le forme che i giuristi chiamano 'fonti' erano immobilizzate in una sorta di piramide, cioè in una scala gerarchica dove una funzione attiva era riservata unicamente alla fonte superiore, la legge, restando le fonti subalterne (per esempio, le vecchie matrici dell'ordine pre-rivoluzionario, la consuetudine e il contratto) relegate in una posizione ancillare". Con la conseguenza che "gli effetti del contratto non possono derivare che dall'ordinamento statale" (161).

Il primato del politico, e il culto della legge che coerentemente lo accompagna, già incrinati negli ordinamenti novecenteschi in cui entrano in vigore di costituzioni rigide, vedono il proprio tramonto nell'epoca della globalizzazione. Qui, rileva Palazzo, si riattiva il canale di comunicazione tra diritto ed economia: la regola non è più solo traduzione in forma legale del comando dell'autorità politica, che costruisce l'ordine del mercato secondo un astratto disegno, ma nasce dagli stessi rapporti economici e dal modo spontaneo con cui essi assumono la forma giuridica. Di qui il ritorno in auge di un sintagma – *lex mercatoria* – fino a quel momento riservato al diritto precedente la modernità.

In un tale contesto, il contratto riacquista un ruolo centrale ma in una forma nuova: non è più solo il contratto tipico disegnato dalla legge, ma un contratto spesso atipico, uno strumento duttile inventato dagli operatori economici e dai loro consulenti legali sulla falsariga di standard internazionali e comunque in funzione di esigenze pratiche. La dimensione del contratto, come sottolineato da Pagliantini, diviene così il polimorfismo: e figure come il *leasing*, il *factoring*, il *franchising*, le *joint ventures*, gli *swap*, i *futures*, si fanno diritto senza dover attendere la graziosa concessione di un legislatore.

Un simile ‘ritorno al futuro’ del diritto *pos-moderno* – per riprendere la dizione cara al compianto Maestro Paolo Grossi – spiega i suoi effetti sulla stessa idea di ordinamento giuridico e sulla posizione che in esso occupa il diritto privato. Anche la società complessa, infatti, ha un suo ordine, solo che è più difficile da decifrare ed è soggetto a continui mutamenti. Il che non significa che il diritto rinunci alla sua funzione ordinatrice: si tratta, però, di un diverso modo di ordinare, che non viene istituito dall’alto – fosse anche in nome del popolo sovrano –, che non si traduce in fattispecie astratte, complete e immutabili, che non si lascia conformare all’architettura dello *Stufenbau* disegnato da Kelsen. Il vero è che, rispetto al normativismo del giurista praghese – che persino nel denunciare la crisi della sovranità statale tenne ferma l’idea della costituzione piramidale dell’ordinamento giuridico – maggiori spunti per comprendere il diritto contemporaneo sono offerti dalla teoria istituzionale di Santi Romano, della cui rivalutazione nel dibattito contemporaneo proprio Paolo Grossi è stato uno dei protagonisti. Beninteso, il riferimento ai due grandi giuspubblicisti della prima metà del ’900 non è fatto per esprimere una preferenza per l’una o l’altra teoria del diritto. Si tratta piuttosto di riconoscere che, a dispetto del successo che a lungo ha sorriso al modello kelseniano (e dei severi giudizi riservati al pensiero di Romano, Bobbio e Tarello su tutti), è stata la coraggiosa meditazione del giurista siciliano ad aprire gli occhi della scienza giuridica sulla genesi fattuale del diritto e a porre le premesse per un radicale ripensamento del rapporto tra diritto privato e diritto pubblico.

Non sorprende, in tal senso, che la sua teoria istituzionale abbia dato frutti copiosi nel diritto privato. Di più: che abbia portato alla luce quella dimensione del diritto dei privati del tutto sconosciuta al normativismo kelseniano. Ed ecco, sulla scia di Romano, “Il diritto dei

privati” di Cesarini Sforza, le tesi di Filippo Vassalli sulla estrastatualità del diritto civile, le indagini di Betti sull’autonomia privata e di Giuseppe Capograssi sull’esperienza giuridica, per approdare agli ordinamenti giuridici privati di Salvatore Romano. Emblematica, in tal senso, la divaricazione profetizzata da Cesarini sforza tra diritto privato e diritto dei privati, che “non è un complesso di volontà statuali miranti a regolare rapporti tra persone private” e che “pur regolando rapporti tra persone private” “non emana dallo Stato né immediatamente né mediamente”.

Lo sforzo, profuso da questi autori nei decenni centrali del XX secolo, per pensare la genesi spontanea ed extrastatuale del diritto offre, in anticipo sui tempi, un apparato categoriale idoneo a comprendere i modi di produzione del diritto della globalizzazione ed il ruolo tra di essi giocato proprio dal contratto. “La complessa realtà odierna presenta questa singolare disarticolazione: da un lato una società senza Stato. La *business community* retta da regole di origine contrattuale, che consolida le sue dimensioni planetarie, accentrando in sé la funzione di normazione e, attraverso le camere arbitrali, le funzioni di giurisdizione; dall’altro la moltitudine degli Stati portatori di interessi interni che non trovano rappresentanza nella *societas mercatoria*, ma progressivamente esautorati da funzioni normative e di giurisdizione” (93).

Un simile rovesciamento dei ruoli tra politica ed economia induce però Palazzo ad interrogarsi sui pericoli di uno strisciante dominio dell’economico: il fenomeno dell’autoregolazione, del diritto che nasce spontaneamente dal fatto, non rischia di mascherare la pretesa del mercato, e dei grandi potentati economico-finanziari, di scrivere le proprie regole al solo fine di rimuovere ogni ostacolo all’espansione della propria potenza? L’autore non sottovaluta tale pericolo (“il rischio per il diritto è di attuare la sua liberazione dall’autoritarismo politico per consegnarsi all’abbraccio dell’autoritarismo economico”, 96), ma più che pronunciarsi a favore o contro le sirene dell’iperliberismo che vuole farsi ordinamento planetario, riporta l’indagine sul concetto di ordinamento, sulle sue figure e sui suoi complessi meccanismi di riproduzione. Se la kelseniana costruzione a gradi ha perso la sua capacità euristica, d’altronde il modello *bottom-up* non sostituisce quello *top-down*, ma vi si affianca e vi si intreccia. Non a caso, quello stesso Stato che, per dirla con Teubner, registra lo spostamento verso un diritto “periferico, spontaneo e sociale”, condivide la funzione regolatoria con

autorità indipendenti e ordini professionali (162) e tale funzione si svolge appieno la sua funzione in quanto si muove all'interno e in attuazione di un quadro di principi nazionali e sovranazionali che danno al nuovo ordine globale un'impronta assiologicamente orientata. "La conseguenza è il superamento di quell'idea di mercato da intendersi quale luogo destinato alla realizzazione del profitto, divenendo il mercato lo spazio normativo nel quale assumono rilevanza principi, regole, valori personalistici e solidaristici. In tal senso, la funzione del contratto finisce per spogliarsi progressivamente della sua matrice individualistica per arricchirsi di un plusvalore di carattere pubblicistico in grado di condizionare, con sempre maggiore intensità e pregnanza, il piano delle attività dei privati, conformandone i contenuti, le patologie, i rimedi". Significativo, in tal senso, appare il ruolo giocato oggi dalle clausole generali, che non è solo l'indice delle crescenti difficoltà del legislatore di racchiudere in fattispecie conchiusse una realtà in celere trasformazione, ma è anche il veicolo che consente di ristabilire il giusto equilibrio tra le posizioni dei contraenti.

Il nuovo ordine contrattuale privato, dunque, non dà luogo solo all'espansione planetaria dei mercati e al trionfo della logica del profitto, ma apre anche lo spazio a nuove situazioni giuridiche soggettive relative alle condizioni di lavoro, alla protezione dei dati, alla dignità dell'uomo, alla sua identità (181).

Come mostrato nel bel libro di Palazzo, dunque, il contratto non solo è vivo come veicolo privilegiato dello spontaneo ordinarsi dell'azione dei privati nelle forme del diritto, ma gioca un ruolo ineliminabile nella tensione dell'uomo verso la giustizia.