

«SUL CONTRATTO»

Raccolta degli scritti di presentazione
del volume «Contratto»
della collana «I Tematici» dell'Enciclopedia del diritto
a cura di Alberto Marchese



MESSINA
UNIVERSITY
PRESS

«SUL CONTRATTO»

**Raccolta degli scritti di presentazione
del volume «*Contratto*»
della collana «*I Tematici*» dell'*Enciclopedia del diritto*
a cura di *Alberto Marchese***

Questa edizione digitale dell'opera è rilasciata con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY-NC-ND, il cui testo integrale è disponibile all'URL: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



ISBN 979-12-80899-05-7

DOI 10.13129/979-12-80899-05-7

© L'autore per il testo, 2023

© Messina University Press per la presente edizione

Pubblicato da:

Messina University Press

Piazza Pugliatti, 1 - 98121 Messina

Sito web: <https://messinaup.unime.it/>

Prima edizione: luglio 2023

Questo volume è stato sottoposto a un processo di revisione esterno sotto la responsabilità del Comitato editoriale e del Consiglio direttivo della casa editrice. Le opere pubblicate vengono approvate dal Consiglio direttivo sulla base della valutazione del Comitato editoriale e devono essere conformi al Codice etico della casa editrice.

Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access
su: <https://messinaup-pubblicazioni.unime.it/index.php/mup>

Presentazione

Sono qui raccolte, a cura del dott. Alberto Marchese per i tipi della Messina University Press, le relazioni tenute, rispettivamente a Messina il 19 novembre 2021 e a Venezia il 2 dicembre 2021, in occasione della presentazione del primo volume della nuova collana I tematici, con la quale l'Enciclopedia del diritto prosegue il suo insostituibile percorso scientifico attraverso la cultura giuridica italiana.

Si tratta di un percorso intrapreso molti decenni addietro su impulso di illustri studiosi messinesi, tra tutti i professori Salvatore Pugliatti ed Angelo Falzea, e grazie alla lungimiranza dell'editore, anch'Egli messinese, Antonino Giuffrè.

Il volume, diretto dal prof. Giovanni D'Amico, studioso formatosi alla Scuola giuridica messinese, è dedicato al contratto e sarà seguito da altri aventi ad oggetto vari temi della fenomenologia giuridica.

All'incontro messinese ed a quello veneziano hanno partecipato studiosi provenienti da più Università italiane, tutti accomunati, per una precisa scelta degli organizzatori, dalla circostanza di non essere Autori di alcuna delle voci che compongono il volume. I relatori hanno così potuto procedere, prendendo le mosse da diversi punti di vista, ad una ricostruzione critica e dialettica dell'importante progetto culturale realizzato.

Il seminario svolto a Messina presenta indubbiamente anche un forte valore simbolico.

E per vari motivi.

Intanto, perché si è svolto nell'Ateneo dove l'idea dell'Enciclopedia del diritto è stata concepita ed ha preso forma. Peraltro, questa circostanza potrebbe indurre a ravvisare nel cronotopo dell'originaria Enciclopedia un buon viatico per un identico successo della nuova modalità editoriale, seppur avviata in tempi che, anche sotto il profilo del diritto, appaiono molto distanti dal contesto originario.

La circostanza che l'incontro sia stato organizzato dal Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche dell'Università di Messina non può poi essere passata sotto silenzio. Basti pensare che il nome del mitico "Istituto" della "antica" Facoltà di Giurisprudenza di Messina, individuato ormai solo con l'aggettivo "giuridico", in realtà, era Istituto di Scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali. A testimonianza, se ce ne fosse bisogno, che il diritto e la scienza che ne fa oggetto di studio si pongono in se-

quenza, senza soluzione di continuità, con i fenomeni economici, politici e sociali. E molte voci del volume che è stato presentato di tale sequenza offrono una plastica immagine.

E infine, anche il nome dell'Aula dove questo incontro si è svolto assume un forte valore evocativo. L'Aula è, infatti, dedicata a Lorenzo Campagna, che della tradizione civilistica messinese è stato uno degli esponenti più prestigiosi e le cui ricerche hanno lasciato tracce indelebili.

Roberto Amagliani
Mario Pio Calogero
Angelo Federico

MESSINA

**UN VOLUME
DELL'ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO
DEDICATO AL CONTRATTO**

Salvatore Patti

Emerito della Sapienza Università di Roma

Sommario: 1. Un nuovo volume di enciclopedia nel paese delle enciclopedie. - 2. Le più importanti enciclopedie giuridiche pubblicate in Italia. - 3. L'opportunità della scelta di privilegiare volumi «tematici».

1. Mi sia consentito di ringraziare i colleghi della prestigiosa Scuola messinese di diritto civile, ai quali mi legano antichi sentimenti di amicizia, per avermi invitato a presentare il nuovo volume dell'Enciclopedia del diritto, dedicato al contratto.

Nella prefazione del primo volume della Enciclopedia, pubblicato nel lontano 1958, Francesco Calasso ha scritto che la finalità dell'opera era quella «di onorare la scienza e, a un tempo, servire alla vita quotidiana del giurista rispondendo equamente alle sue esigenze pratiche e ai suoi interessi culturali, senza mai dissociare l'una finalità dell'altra».

Il volume sul Contratto, curato da Giovanni D'Amico, soddisfa pienamente questa finalità e presenta alcune caratteristiche, sulle quali mi soffermerò più avanti, che lo rendono particolarmente utile sia sotto il profilo scientifico che sotto quello professionale.

Vediamo anzitutto come il nuovo volume si colloca nel quadro, direi nel programma culturale della Enciclopedia del diritto e, in generale, delle enciclopedie giuridiche.

L'Italia, è uno dei paesi in cui nell'ultimo secolo sono state pubblicate più enciclopedie giuridiche e, probabilmente, soprattutto se guardiamo alla Enciclopedia del diritto, alcune delle migliori.

Le enciclopedie si affiancano ad altre opere collettanee, come i trattati e i commentari, per il fatto di essere il frutto del lavoro – e a volte della collaborazione – di molti autori. Il panorama, peraltro, non è omogeneo nelle diverse esperienze giuridiche. Mi soffermerò unicamente su quella tedesca, e non soltanto per il personale interesse scientifico, ma anche per

ricordare la particolare attenzione che il Maestro Angelo Falzea ha sempre dimostrato per quella cultura giuridica. Basti rilevare che nella voce «Accertamento (teoria generale)» della Enciclopedia del diritto la bibliografia, che chiude il saggio, è divisa in due sezioni, la prima dedicata alle opere italiane, la seconda a quelle tedesche. Nella prima nota della stessa voce, il Falzea cita il *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, inquadrandolo esattamente tra le «enciclopedie giuridiche», ma già la traduzione letterale di *Handwörterbuch* fa pensare piuttosto ad un dizionario. Il riferimento alla «mano» potrebbe inoltre trarre in inganno, facendo pensare ad un manuale, mentre si tratta di un'opera in diversi volumi. Comunque, già per la estensione, il suddetto «dizionario», come altre opere tedesche più recenti dello stesso genere, non è paragonabile alla Enciclopedia del diritto né alle altre grandi enciclopedie giuridiche del nostro paese.

In realtà, come è noto, l'opera collettanea privilegiata dai giuristi tedeschi, non è l'enciclopedia e neanche il trattato, bensì il commentario: basti pensare al celebre Staudinger (del quale mi permetto di ricordare una mia ampia recensione pubblicata nella *Civile* del 1998) e al più recente *Münchener Kommentar*. Entrambe le opere soddisfano le esigenze della scienza e rispondono alle aspettative della pratica, offrendo un quadro sistematico ed aggiornato del diritto civile tedesco.

2. L'esperienza italiana appare quindi la più ricca e variegata per la presenza di tutti i generi letterari. Per quanto concerne le enciclopedie, un rapido cenno mi sembra sufficiente per ricordare la Enciclopedia giuridica italiana (1881) curata dal Mancini. In verità, un'opera di non eccezionale livello ma molto estesa, che attribuiva al diritto civile un ruolo centrale, con innumerevoli voci affidate soprattutto ad avvocati e magistrati (cfr. C. VANO, «Edificio della scienza nazionale». *La nascita dell'Enciclopedia giuridica italiana*, in *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, a cura di A. Mazzacane e P. Schiera, Bologna, 1990, p. 15 ss.).

La finalità dell'opera era quella di sviluppare una cultura giuridica nazionale, addirittura di costruire un «Edificio della scienza nazionale», ma la voce che più ci interessa, dedicata al contratto, come è stato osservato, rappresenta un esempio di «piattezza espositiva, inconsistenza critica, bibliografia vaga e in gran parte inutile» (I. BIROCCHI, *Enciclopedie giuridiche tra storia e valutazione scientifica*, in *Evoluzione e valutazione della ricerca scientifica*, a cura di G. Conte, Napoli, 2015, p. 218).

La situazione muta radicalmente con il Digesto italiano, che vede la luce nel 1884 e viene completato nel 1921, e soprattutto con il Nuovo digesto italiano, opera in tredici volumi pubblicati in un lasso temporale piuttosto breve, dal 1937 al 1940, sotto la direzione di Mariano D'Amelio, primo presidente della Corte di cassazione, con la collaborazione di un altro magistrato, Antonio Azara. In questo caso le voci provengono in gran parte dall'Accademia e si tratta di un'opera prevalentemente romana, scritta durante la dittatura fascista ma con la partecipazione di alcuni grandi giuristi non iscritti al partito, come Arturo Carlo Jemolo, Lorenzo Mossa e Edoardo Ruffini, che si era perfino rifiutato di prestare giuramento.

Si perviene quindi al Novissimo digesto italiano, venti volumi pubblicati tra il 1957 e il 1975, ad avviso di Pietro Rescigno, impropriamente presentato come terza edizione.

Soltanto un anno dopo, nel 1958 vede la luce il primo volume dell'Enciclopedia del diritto, che contiene numerose voci di grande spessore e originali: si pensi alla già citata voce «Accertamento» di Angelo Falzea, il quale precisa che un'analogha voce non era contemplata in alcun'altra enciclopedia.

I primi otto volumi dell'opera vengono recensiti nella Civile da Pietro Rescigno nel 1961. Alle parole di elogio e di apprezzamento si accompagnano rilievi critici, ad esempio per quanto concerne l'apparato bibliografico, giudicato non uniforme, poiché a voci ricche di indicazioni (ad esempio, Accertamento, Apparenza, Capacità) si affiancano voci del tutto prive di citazioni (ad esempio, Colpa) e soprattutto per quanto riguarda la presenza di voci come Animus o Amministrazione di beni altrui – a suo avviso – da non inserire. Rescigno aggiunge che per completare l'opera sarebbero occorsi altri dieci anni e che nel frattempo le voci dei primi volumi sarebbero invecchiate, ma era stato ottimista.

L'ultimo volume dell'Enciclopedia – il 46° – è stato pubblicato nel 1993 e dopo un intervallo di circa quattro anni sono apparsi, per merito di Angelo Falzea, volumi di Aggiornamento, che hanno ripreso alcune delle voci esistenti e ne hanno aggiunte nuove.

Ai volumi di Aggiornamento sono seguiti gli «Annali», il primo pubblicato nel 2007, con lo scopo – tra l'altro – di mettere in luce i processi di globalizzazione ed i maggiori contatti tra gli ordinamenti di civil law e quelli di common law.

Negli ultimi decenni del secolo scorso è stata altresì pubblicata la Enciclopedia giuridica Treccani, che si distingue per l'originale composizione

«a fogli mobili», e il Digesto diretto da Rodolfo Sacco che si caratterizza soprattutto per la grande attenzione rivolta agli ordinamenti stranieri e al diritto comparato ma altresì per la presenza di voci assenti nelle altre enciclopedie. Anche queste opere conoscono preziosi «Aggiornamenti» e offrono una esposizione della storia del diritto e del diritto vigente che – come ricordato all’inizio – non conosce equivalenti nelle altre esperienze giuridiche.

Non posso, infine, dimenticare la sintetica enciclopedia giuridica del Sole 24 ore, «Il diritto», da me curata, pubblicata in tempi assai ristretti tra il 2007 e il 2008, e rivolta soprattutto ai c.d. operatori pratici.

3. Prima di dedicare alcune brevi considerazioni al nuovo volume della Enciclopedia del diritto, appare utile ricordare la definizione di enciclopedia offerta dal De Mauro: «opera che raccoglie ed espone organicamente tutto il sapere o specifici ambiti di esso». È evidente che il volume dedicato al contratto deve essere ricondotto alla seconda parte della definizione.

Ancora, può distinguersi un’enciclopedia alfabetica, la più diffusa, organizzata secondo l’ordine alfabetico, ed una enciclopedia sistematica, concepita secondo un ordine logico. Come esempio di quest’ultima può farsi riferimento alla prestigiosa *International Encyclopedia of Comparative Law*.

Per il nuovo volume sul contratto sarebbe stato possibile pensare al modello dell’enciclopedia sistematica, ma il volume – a mio avviso – avrebbe finito per somigliare ad un trattato. Condivido pertanto la scelta di seguire una ripartizione della materia mediante voci, ordinate secondo l’alfabeto.

I contributi presenti nel volume – se ricordo bene, cinquanta – mi sembrano di altissimo livello scientifico e presentano sicura utilità anche per magistrati e avvocati. Ovviamente, possono sorgere dubbi su alcune assenze, come ad esempio «Causa concreta» e, posto che per molti temi si riscontra un tacito rinvio ai volumi dell’Enciclopedia, anche su alcune presenze, come ad esempio «Risoluzione», tema brillantemente trattato in precedenza nella stessa Enciclopedia. Ma nell’insieme, il piano dell’opera appare ben riuscito e offre al lettore un quadro attuale e completo della materia.

Un’ultima considerazione riguarda la decisione di pubblicare un volume «tematico», a cui altri seguiranno. Scelta intelligente e opportuna

perché tiene conto delle difficoltà del mercato e della crescente specializzazione.

Il numero delle persone disposte ad acquistare un volume dedicato ad una materia è certamente molto più elevato di quello di coloro pronti all'acquisto di un'intera enciclopedia. Peraltro, non rileva soltanto l'aspetto economico: indubbiamente è più comodo consultare le voci relative al contratto se raccolte in un unico volume piuttosto che sparse in decine di volumi.

Si potrebbe peraltro dubitare dell'utilità di un volume di carattere enciclopedico – o del genere letterario enciclopedia – in un'epoca storica che assiste al trionfo delle banche dati digitali ed al tramonto delle tradizionali biblioteche. A me sembra, tuttavia, che il suddetto fenomeno, sul quale non è possibile soffermarsi in questa sede, debba essere non tanto «combattuto» ma affiancato da prodotti di qualità, di altissima qualità. Il volume di cui oggi discutiamo presenta queste caratteristiche e – sono certo – riceverà il meritato apprezzamento da parte del mondo degli studiosi e di quello dei professionisti.

I TEMATICI E UNA NUOVA STAGIONE DEL CONTRATTO E DELLE OBBLIGAZIONI*

Laura Moscati

Ordinaria della Sapienza Università di Roma

Sommario: 1. Premessa – 2. Contratti e obbligazioni nel primo Novecento tra tentativi e riforme – 3. Novità in materia contrattuale.

1. Con il volume sul contratto si apre la nuova serie dell'Enciclopedia del Diritto dell'Editore Giuffrè dal titolo significativo *I Tematici*. Come è noto, il progetto originario dell'opera - ideato fin dal 1953 da Antonino Giuffrè e da Francesco Calasso - trova concreta realizzazione con il primo volume nel 1958. Il piano editoriale si sviluppa in tre differenti fasi: la prima dal 1958 al 1995, sotto la guida di Francesco Calasso; la seconda dal 1997 al 2002, sotto quella di Angelo Falzea, con gli aggiornamenti in sei volumi; la terza dal 2007, diretta da un comitato composto dallo stesso Falzea, da Paolo Grossi ed Enzo Cheli, con la pubblicazione degli *Annali*, raccolta di voci sugli argomenti più significativi nel mondo del diritto e della coeva società europea e internazionale.

Oggi, con *I Tematici*, si apre una nuova fase che vuole dare risalto ai temi emergenti che risultano centrali nell'ottica giuridica, con una diversa impostazione e una rivisitazione problematica, frutto del contributo della più autorevole dottrina e punto di riferimento primario per sostenere il lavoro dell'interprete.

Il primo volume dedicato al contratto rispecchia pienamente questa centralità, come mette efficacemente in luce il curatore Giovanni D'Amico¹, nei confronti di quanto avviene in Europa dall'inizio del secolo, in Germania con la riforma dello *Schuldrecht* del 2002, in Francia con l'*Ordonnance* sulla riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti del 2016 per la revisione del libro III del *Code civil*, in Italia con il disegno di

*Ringrazio Roberto Amagliani e Gianni D'Amico, colleghi e amici carissimi fin dai tempi catanzaresi, insieme ad Angelo Federico, per avermi rivolto il gradito invito.

¹ Cfr. *Presentazione*, in *Enciclopedia del Diritto. I Tematici. I. Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, pp. IX-XI.

legge del 2019 per la riforma Libro IV del nostro Codice civile.

Il titolo del mio intervento «Una nuova stagione del contratto e delle obbligazioni» sottolinea l'interesse per un preciso periodo storico, quello a cavallo tra Ottocento e Novecento, in cui ai codici nazionali generali si affiancano, e in alcuni casi si sostituiscono, codici specifici, direi tematici.

Infatti, si può constatare nel periodo considerato, la presenza di una fertile stagione dei contratti e delle obbligazioni². Mi soffermerò, pertanto, su alcune novità relative ai codici nazionali, ai tentativi di riforma, al Progetto italo-francese e all'unificazione delle obbligazioni civili e commerciali. Infine, qualche riflessione meritano i mutamenti e le novità introdotti in materia di responsabilità precontrattuale da parte della scuola civilistica romana insofferente alla rigidità del Codice civile del 1865.

Sul piano nazionale mi riferisco al Codice svizzero delle obbligazioni del 1883, poi novellato nel 1911, e a quelli dei Paesi del Maghreb a partire dal tunisino del 1906 e marocchino del 1913, che raccoglievano in forma autonoma e unitaria il diritto delle obbligazioni e dei contratti. Tali iniziative culminano con il Codice polacco delle obbligazioni del 1933.

Sull'armonizzazione tra codici nazionali, invece, lo sguardo è rivolto al Progetto italo-francese delle obbligazioni e dei contratti del 1927, iniziato nel 1916 e ristampato in Italia nel 2006³, insieme a una cospicua serie di lavori relativi alla sua preparazione e alle riflessioni dei maggiori protagonisti. Più di recente nel 2015 è apparsa la ristampa francese tra *Les In-trouvables* dell'Università di Paris Panthéon Assas⁴, in concomitanza non casuale con la promulgazione dell'*Ordonnance* del 2016, due momenti basilari per la revisione del libro III del *Code civil* finora mai modificato.

Alcuni dei ricordati codici delle obbligazioni e dei contratti hanno suscitato un rinnovato interesse della dottrina, come il ben riuscito esperimento svizzero di enucleare la materia per unificare il diritto degli scambi cantonali⁵. Inoltre, quelli dei Paesi del Maghreb sono stati definiti, *The*

² Utilizzo un fortunato titolo di Guido Alpa (*Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012) adattato alla trattazione storica effettuata.

³ *Il Progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, a cura di G. Alpa e G. Chioldi, Milano, 2006.

⁴ *Le projet de Code des obligation franco-italien (1927). Il progetto del Codice delle obbligazioni franco-italiano*, Préf. G. Leyte, Avant-propos G. Alpa, Paris, 2015.

⁵ Cfr. in particolare i lavori di P. PICHONNAZ, *Le centenaire du Code des obligations. Un code toujours hors du code*, in *Revue de droit suisse*, 130 (2011), pp. 117-226. Si veda anche ID., *La modification des circonstances et l'adaptation du contrat*, in *La pratique contractuelle. 2. Symposium en droit des contrats*, édité par P. Pichonnaz, F. Werro, Genève-

*Santillana Codes*⁶ dal nome del giurista, Davide Santillana, autore del *Projet préliminaire* e dell'*Avant-projet* del Codice delle obbligazioni e dei contratti tunisino del 1899, fonte e ispirazione del Codice tunisino del 1906 e di quelli del Maghreb. Un'iniziativa d'avanguardia che porta la codificazione al di là del Mediterraneo.

2. Mi vorrei soffermare proprio sul Codice tunisino e soprattutto sui progetti che presentano una scelta specifica, quella di unificare le obbligazioni civili e commerciali, come auspicava in quel periodo una parte della dottrina. Primo fra tutti Vivante che, nella celebre prolusione bolognese del 1888⁷, aveva proposto l'unificazione delle obbligazioni civili e commerciali, suscitando un'accesa discussione, rispetto alla consolidata separazione tra Codice civile e Codice di commercio⁸ che «minacciava la purezza formale del primo confondendolo e inquinandolo con le materialità economiche del secondo»⁹.

Santillana, convinto assertore di un diritto privato comune ai popoli dell'Europa, ritiene che «les législations particulières sortent de leur isolement, se font des emprunts de plus en plus nombreux». Egli considera «impossible de ne pas tenir compte de ce grand mouvement d'idées qui entraîne l'Europe vers l'unité du droit», che il Codice Napoleone abbia ormai esaurito la funzione di unico modello di codificazione e sia diventato il maggiore anche se non l'unico punto di riferimento, come mostrano i codici della seconda metà dell'Ottocento.

Egli pensa che i principi comuni dei popoli europei debbano essere importati anche nei paesi al di là del Mediterraneo ed è spinto da una forte impronta comparativa che connota tutta la sua opera. Per quanto attiene al diritto mussulmano, «serait chimérique, d'essayer une concilia-

Zurich-Bâle, 2011 e in generale ID., *Impossibilité et exorbitance. Étude analytique à l'exécution des obstacles en droit suisse*, Fribourg, 1997.

⁶ Mi riferisco al lavoro dello storico americano D.E. STIGALL, *The Santillana Codes. The Civil Codes of Tunisia, Morocco, and Mauritania*, Lanhan-Boulder-New York-London, 2017.

⁷ C. VIVANTE, *Per un codice unico delle obbligazioni*, in *Monitore dei Tribunali*, 29 (1888), pp. 169-176.

⁸ M. CARAVALE, «Perché mai il diritto privato è ancora diviso in due campi, il civile e il commerciale?». *La polemica sul Codice di commercio nell'Italia liberale*, in C. Angelici, M. Caravale, L. Moscati, U. Petronio, P. Spada, *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milano, 2008, pp. 81-116.

⁹ Secondo Paolo Grossi: *La «Scienza del diritto privato». Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo (1893-1896)*, Milano, 1988, p. 53.

tion entre notre droit et les doctrines de l'Islam» che «reste irréductible à nos formules, hostile à nos idées, absolument incapable de transformations et des progrès par sa nature propre, qui est d'être une Loi religieuse»¹⁰.

Sono state, quindi, inserite nei progetti tunisini quelle norme del diritto mussulmano, estranee alle più recenti concezioni del diritto civile e commerciale europeo, che si plasmano più facilmente in vista della formazione di regole comuni di diritto europeo. Santillana si dichiara sorpreso nel constatare profonde analogie tra le idee dei grandi giuristi arabi e di quelli europei che trovano le loro radici comuni nel diritto romano, insinuato e poi incorporato nella civilizzazione mussulmana, e che, in alcune parti del diritto arabo, presenta segni evidenti di assimilazione. Il suo compito è quello di sottolineare queste analogie e di segnalarle nelle annotazioni ai singoli articoli che non hanno solo valenza storica ma che servono soprattutto di base per un successivo lavoro di revisione e di studio per un'impresa di alta civilizzazione¹¹.

Santillana dimostra un particolare interesse per la tutela dell'equilibrio contrattuale. Infatti, l'*Avant-projet tunisien* prevede che il creditore in caso di inadempimento possa domandare al giudice la risoluzione del contratto o l'esecuzione anche parziale della prestazione da parte del debitore, fermo restando in ambedue i casi il diritto al risarcimento del danno. L'articolo ispira la corrispondente disposizione del Codice tunisino del 1906¹², in cui risulta evidente la volontà di bilanciare le avverse posizioni contrattuali permettendo in sostanza al creditore di chiedere la risoluzione del contratto solo in caso di impossibilità di esecuzione della prestazione¹³.

Santillana opera nella Facoltà giuridica romana che dagli inizi del Novecento presenta un notevole incremento degli studi sul diritto delle ob-

¹⁰ *Code civil et commercial tunisien. Avant-projet discuté et adopté au rapport de M. D. Santillana membre de la Commission*, Tunis, 1899, p. II.

¹¹ *Ivi*, pp. XI-XII.

¹² *Avant-projet tunisien*, 1899, art. 300; *Code tunisien des obligations et des contrats*, 1906, art. 273, su cui cfr. L. MOSCATI, *Al di là del Mediterraneo. Comparazione, modelli europei e diritti orientali nell'Istituto di Diritto romano della Sapienza*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"*, 8, (112 dell'int. collez.) (2018), pp. 90 ss.

¹³ Per le riflessioni sull'art. 273 del *Code tunisien* si veda M. ZINE, *De l'esprit et de l'effectivité de certaines dispositions du C.O.C.*, in *Le Centenaire du Code des obligations et des contrats (1906-2006)*, sous la direction de M. K. Charfeddine, Tunis, 2006, pp. 439-440.

bligazioni e dei contratti, in particolare sull'inadempimento, sulle promesse contrattuali, sui contratti preliminari e soprattutto sulla responsabilità precontrattuale¹⁴.

L'attenzione di Santillana per garantire una sorta di 'giustizia' e di tutela dell'equilibrio contrattuale tra le parti si colloca nel solco di una linea di pensiero, sostenuta da autorevoli giuristi e da una parte della giurisprudenza, che già sul finire dell'Ottocento lamenta alcune lacune presenti nel Codice del 1865, la necessità di modifiche e soprattutto di fronteggiare gli effetti dei mutamenti economico-sociali sui rapporti contrattuali¹⁵.

Per salvaguardare la parte contraente debole, la giurisprudenza aveva cominciato a recuperare il principio di buona fede e la clausola *rebus sic stantibus*¹⁶, evidenziando in che modo quest'ultima potesse essere utilizzata come strumento di disciplina degli eventi imprevedibili e inevitabili che incidono negativamente sull'esecuzione dei contratti e che, pur non essendo contenuta nel Codice del 1865, era da considerare principio implicito nel nostro ordinamento¹⁷.

In tale contesto la materia delle obbligazioni e dei contratti è quella in cui più tangibilmente emergono i contrasti con la realtà sottostante e che si presta meglio a una loro evidenziazione. Ritroviamo anche varie pronunce giurisprudenziali in cui, rimodulando l'assetto contrattuale in gioco tra le parti, si sottolinea come *in contractibus servanda est aequalitas*¹⁸.

¹⁴ Cfr. L. MOSCATI, *La scuola civilistica romana del primo Novecento*, in *Diritto civile del Novecento. Scuole, luoghi, figure di giuristi*, a cura di G. Alpa, F. Macario, Roma, 2019, pp. 184-194.

¹⁵ Sulle riflessioni della scienza giuridica di fine Ottocento relative alla riforma della disciplina contrattualistica del Codice del 1865 si veda G. ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, pp. 99 ss.; L. MOSCATI, *La stagione delle obbligazioni e dei contratti*, in *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, a cura di G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zencovich, Roma, 2018, pp. 379 ss.

¹⁶ Cfr. più ampiamente L. MOSCATI, *Crisi economiche e diritto dei contratti nel XIX secolo*, in *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, a cura di G. Alpa, E. Navarretta, Milano, 2015, pp. 44 ss.

¹⁷ Il riferimento è in particolare al pensiero di De Ruggiero, Grisostomi, Carrara e soprattutto Faggella, su cui cfr. L. MOSCATI, *Aspetti del diritto contrattuale nella civilistica romana del primo Novecento*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, a cura di E. Astone, A. Barba, A. Barenghi, E. Caggia, D. Carusi, A. Zoppini, II, Napoli, 2018, pp. 1394-1395.

¹⁸ Sulle pronunce giurisprudenziali del periodo *pre* e *post* unitario si veda più ampiamen-

Va tenuto presente che in quel periodo si intensificano le iniziative legislative volte a riformare il Codice civile del 1865, tra cui possiamo evidenziare la preparazione dei codici per la Colonia eritrea e soprattutto i lavori della Commissione per la riforma generale della legislazione di diritto privato¹⁹. La Commissione preposta alla preparazione dei progetti di codici eritrei e in particolare di quello civile opera nel tentativo di conciliare i principi contenuti nel codice con quelli consuetudinari delle popolazioni indigene. Dal 1905 essa viene integrata con alcuni professori della Facoltà romana come Scialoja, Vivante e lo stesso Santillana al termine della missione tunisina.

Il Codice civile eritreo presenta qualche innovazione rispetto al Codice patrio tra cui la significativa aggiunta di un nuovo articolo in materia contrattuale, inserito nella rubrica degli effetti dei contratti e relativo all'affermazione del principio generale che impedisce gli abusi «usurarii» dei più deboli e indifesi²⁰. Da questo punto di vista, l'applicazione del principio rappresenta una novità legislativa all'avanguardia in rapporto alla disciplina contenuta nel Codice del 1865, che risponde alle ricordate richieste di riforma e intervento su alcuni istituti di diritto privato ritenuti anacronistici rispetto ai tempi.

Nella motivazione sono richiamate le condizioni delle colonie più facili alle contraffazioni, con la necessità di una maggiore attenzione all'equilibrio tra le parti nelle obbligazioni contrattuali²¹. In realtà, sulla base del Codice svizzero del 1883²² e di un allontanamento dal modello francese, nel Codice eritreo si riconosce la possibilità di ricorrere al giudice per la revisione del contratto qualora si verifichi una sproporzione gravosa che possa far presumere una contrattazione delle parti non sufficientemente libera, intaccando l'inamovibilità del principio *pacta sunt servanda*.

La Commissione per la riforma dei codici italiani è nominata dal

te: L. MOSCATI, *Crisi economiche e diritto dei contratti*, cit., pp. 52 ss.

¹⁹ Si tratta della legge 24 maggio 1903, n. 205, art. 1. In particolare, per il Codice civile cfr. *Allegati alla relazione sulla colonia eritrea...*, III, Roma, 1913, Allegato n. 27: *Disegno di Codice civile da pubblicarsi nella Colonia eritrea. Relazione sommaria della Commissione*, pp. 475 e ss.

²⁰ *Codice civile per la Colonia Eritrea*, Roma, 1909, art. 1133, su cui cfr. V. Scialoja, *Relazione sul codice civile per la colonia eritrea*, Roma, 1909, p. 4 ss.; ID., *Ancora sul codice civile per la Colonia Eritrea*, in *Rivista di diritto civile*, 1 (1909), p. 733 ss.

²¹ V. SCIALOJA, *Relazione sul codice civile*, cit., p. 24.

²² *Code fédéral des obligations*, 1883, art. 182.

Guardasigilli Gallo nel 1906²³, sono chiamati a farne parte giuristi insigni tra cui Vivante e in particolare Scialoja, già presenti in quella coloniale. Insieme alla legislazione di guerra, è in questo contesto, oltretutto nel Codice eritreo, che la materia delle obbligazioni e dei contratti è messa maggiormente in discussione ed è oggetto di specifica riflessione.

È interessante sottolineare che la Commissione Gallo viene nominata poco dopo le manifestazioni per il centenario del *Code Napoléon*²⁴ in cui era stata sottolineata l'importanza della riforma del Codice francese per adattarlo alla modificata realtà sociale ed economica. Anche la spinta alla riforma dei codici del 1865 è dovuta alla loro lontananza dalle esigenze che avevano trasformato la società italiana alla fine dell'Ottocento. Il Guardasigilli sottolinea che, sulla base dell'esempio delle altre Nazioni, anche i codici italiani non possono "sottrarsi alla corrente di riforma"²⁵, perché troppo spesso distanti dal mondo circostante.

Tra le materie che maggiormente necessitano una revisione, il Guardasigilli indica la proprietà, la posizione della donna e soprattutto la materia dei contratti, in cui l'autonomia della volontà individuale deve necessariamente essere limitata nel nome della solidarietà sociale. Emerge anche il vivo interesse nei riguardi del rapporto tra codice civile e codice di commercio e di assimilazione del secondo al primo. È chiara l'eco delle discussioni emerse alla fine del secolo precedente, che privilegiavano un'autonomia dei due codici, ma con l'unificazione delle norme di valenza generale. D'altronde il Codice di commercio, poco dopo la sua nuova veste del 1882, era stato oggetto di richieste di riforme a cui aveva partecipato il giovane Vivante²⁶.

Inoltre, la scelta di una Commissione unica è dovuta al necessario lavoro di integrazione tra i vari codici che, pur mantenendo la loro autonomia, devono essere parte di una riforma comune, diversamente da quanto avverrà per le commissioni nominate negli anni Venti che presentano composizioni diverse per le singole codificazioni.

²³ *Istituzione di una Commissione per la riforma generale legislativa del diritto privato*, in *Supplemento al N. 37 del Bollettino ufficiale del Ministero di Grazie e Giustizie e dei culti*, Roma 15 settembre 1906, pp. 319-322.

²⁴ *Code civil, 1804-1904. Le Livre du Centenaire*. Présentation de Jean-Louis Halpérin, Paris, 2004.

²⁵ *Istituzione di una Commissione per la riforma generale legislativa del diritto privato*, cit., p. 319.

²⁶ Su cui cfr. da ultimo F. MAZZARELLA, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 100 (2020), s.v.

L'improvvisa scomparsa del Guardasigilli Gallo porta all'interruzione dei lavori.

Ma, nonostante i tentativi del legislatore e l'impegno di una parte della dottrina e della giurisprudenza per una rinnovata costruzione dell'inadempimento delle obbligazioni, è ancora viva all'inizio del XX secolo la volontà di seguire le tesi tradizionali fedeli al principio *pacta sunt servanda*, secondo cui il contraente deve sopportare il peso delle condizioni del mercato, anche se modificate rispetto al momento in cui ha contratto l'obbligazione.

Per questi motivi, la guerra diventa un terreno di elezione per far emergere i limiti della codificazione soprattutto in materia di obbligazioni e delle riforme che non si erano riuscite a realizzare. In particolare, il decreto del 27 maggio 1915 n. 739 richiama, come è noto, l'attenzione dei giuristi²⁷. Esso prevede che la guerra debba considerarsi come caso di forza maggiore, non solo quando rende impossibile la prestazione, ma anche quando la rende eccessivamente onerosa; l'attribuzione al giudice della facoltà di concedere una proroga dei termini resa necessaria dalle condizioni belliche; una dilazione dei pagamenti a commercianti e società commerciali che a causa della guerra fossero impediti ad ottemperarli.

La maggiore novità è rappresentata dall'equiparazione dell'impossibilità oggettiva della prestazione all'eccessiva onerosità sopravvenuta generata dalle condizioni della guerra, un principio di diritto nuovo che, se applicato, avrebbe destabilizzato la rigidità del codice e che non trovava l'unanime consenso della dottrina.

In tale contesto di vivace dibattito dottrinario in materia di contratti e obbligazioni, si può inserire l'iniziativa del Progetto italo-francese promosso e sostenuto da Vittorio Scialoja insieme a molti esponenti della civilistica romana.

Il Progetto costituisce un punto di riferimento primario, una delle maggiori novità successive al primo conflitto mondiale, con antecedenti importanti nei codici nazionali ricordati, che già raccoglievano in forma

²⁷ Sulla legislazione di guerra c'è un'ampia e recente letteratura, tra cui si veda, oltre a quanto citato in L. MOSCATI, *La legislazione di guerra e il contributo della civilistica romana*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 7 (2016), pp. 349 ss., A. SOMMA, *Verso la grande trasformazione. Il primo conflitto mondiale e la disciplina dell'ordine economico nell'esperienza italiana*, in *Historia et ius*, 15 (2019), paper 2; F. ROGGERO, *Uno strumento molto delicato di difesa nazionale. Legislazione bellica e diritti dei privati nella prima guerra mondiale*, Roma, 2020; *Il diritto al fronte. Trasformazioni giuridiche e sociali in Italia nella Grande Guerra*, a cura di F. Roggero, Soveria Mannelli, 2020.

autonoma e unitaria il diritto dei contratti e delle obbligazioni. Inoltre, dall'analisi del Progetto risulta che le istanze della dottrina coeva trovano riscontro al suo interno; che il fenomeno del socialismo giuridico ha un ruolo nel temperare il principio della libertà contrattuale e nel proteggere gli interessi di tutti i contraenti anche i più deboli, rispondendo alle reiterate richieste di una parte della giurisprudenza; che al giudice viene attribuita una maggiore autonomia rispetto al passato.

Al fine di contrastare i fenomeni *latu sensu* usurari, anche nel Progetto italo-francese, sul modello di quello eritreo, è inserito un articolo in cui si attribuisce al giudice la possibilità di intervenire sull'assetto dell'accordo in caso di eccessiva sproporzione tra le prestazioni oggetto di contrattazione²⁸. In tal modo si riconosce una tutela per garantire l'equilibrio contrattuale, attraverso il potere conferito al giudice di «annullare il contratto o ridurre le obbligazioni» rimodulando l'assetto contrattuale come inizialmente voluto dalle parti, per ovviare ai limiti insiti nell'applicazione del principio *pacta sunt servanda*.

L'assonanza con l'art. 1133 del Codice civile eritreo risulta evidente in quanto, anche quest'ultimo consentiva al giudice di negare o ridurre l'efficacia ai patti contrattuali sproporzionatamente gravosi, volendo colpire l'usura nelle sue forme più varie²⁹. Sulla base della formulazione dell'art. 22 del Progetto italo-francese, infatti, la parte lesa da una contrattazione eccessivamente gravosa poteva ottenere la revisione giudiziale del contratto. Inoltre, il concetto di lesione era inquadrato fra i vizi del consenso la cui portata era estesa a qualunque negozio giuridico, nel caso di stipula di contratti eccessivamente onerosi, sulla base di due presupposti: uno oggettivo dato dalla sproporzione tra le obbligazioni e uno soggettivo rappresentato dalla mancanza di un consenso sufficientemente libero alla contrattazione³⁰.

²⁸ *Progetto italo-francese delle obbligazioni. Testo definitivo approvato a Parigi nell'Ottobre 1927 – Anno VI*, Roma, 1928, art. 22.

²⁹ *Il Progetto italo francese delle obbligazioni (1927)*, cit., p. 208.

³⁰ Cfr. A. PARRELLA, *Il progetto italo-francese sulle obbligazioni*, in *Il Foro Italiano*, 60 (1935), pp. 279-288 che, delineando i «maggiori tratti architettonici del progetto», evidenzia che il potere attribuito al giudice di disconoscere o ridurre gli effetti dei patti eccessivamente onerosi aveva destato numerose preoccupazioni, tra cui quelle di Mariano D'Amelio che la riteneva una «facoltà tremenda» accordata a un magistrato: cfr. *Un Codice unico delle obbligazioni per l'Italia e la Francia*, in *Nuova Antologia*, 255 (1927), pp. 77-89. Va sottolineato che anche Vassalli nei lavori preparatori del Libro IV (cfr. G.B. FERRI, *Le annotazioni di Filippo Vassalli in margine a taluni progetti del libro delle*

Purtroppo, i lavori del Progetto italo-francese furono interrotti nel 1936 per le stesse ragioni politiche che portarono alla creazione nel 1938 del Comitato giuridico italo-germanico per la riforma del diritto delle obbligazioni.

Nonostante ciò, l'influenza esercitata dal Progetto su molti codici, quello albanese del 1928 che ne ricalca un gran numero di articoli, quello polacco del 1933, e quelli della Romania, della Grecia, del Libano, nonché il Codice italiano del 1942 e soprattutto il reiterato tentativo della sua revisione e promulgazione fino agli anni Cinquanta, ne dimostrano l'intrinseca validità e ora la sua rinnovata attualità. Infatti, il convegno del 1953, appositamente dedicato all'argomento dall'*Association Henri Capitant*, vedeva nel Progetto una forma embrionale del futuro diritto dei contratti e delle obbligazioni unificato per i popoli dell'Europa³¹. Non si può escludere, infine, che nella recente riforma del libro III vi sia un'idea latente della sua utilizzazione anche come modello al di fuori della Francia³².

Un intento di politica legislativa che riprende quello che, con toni vibranti, aleggiava nel *Code Napoléon* e ne ha determinato a lungo la fortuna fino all'ingresso di nuovi modelli con cui il Codice francese ha dovuto coabitare. Infatti, come risulta dal *Rapport au Président de la République* che accompagna l'*Ordonnance* del 2016, si vuole tener conto del processo di adeguamento all'evoluzione sociale ed economica e di modernizzazione tecnologica e semplificazione del diritto e delle procedure, attuato in due secoli dalla giurisprudenza e mai applicato nel Codice³³. Per realizzare tali obiettivi è stata prevista una codificazione che possa riecheggiare «l'esprit du Code civil» che circolava nel mondo di *civil law* incuneandosi anche in quello di *common law*, sottolineando l'importanza del ruolo politico della riforma attuata nella Francia napoleonica.

obbligazioni, Padova, 1990, pp. 95, 180-181) che, come è noto, introduce l'istituto dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, non tace le sue preoccupazioni per la sua applicazione ed evidenzia il sottile legame con l'azione generale di rescissione per lesione, pur nelle loro origini e fondamenti diversi.

³¹ M. ROTONDI, *Rapport général*, in *L'intérêt d'actualité du projet de Code franco-italien des obligations (Journées de Pavie et de Milan)*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, VIII, 1953, Paris, 1955, pp. 58 ss.

³² Cfr. *Rapport au Président de la République relatif à l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 11 février 2016.

³³ *Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans le domaine de la justice et des affaires intérieures*, in *Légifrance. Gouv. fr.* (19 mai 2014), art. 3, § 6 ; *Exposé des motifs*, art. 3.

Sono pertanto presenti alcune materie, come l'*imprévision*, che rappresenta «une véritable révolution contractuelle»³⁴, anche in ragione del contesto europeo e internazionale che rischiava di lasciare la Francia in una posizione di isolamento, non rispondendo alle esigenze di equilibrio e di revisione del contratto.

3. Quanto alle novità introdotte in materia contrattuale nel periodo esaminato, mi riferisco in particolare alla responsabilità precontrattuale assente dal Codice civile del 1865. La scienza giuridica tedesca, come è noto, aveva elaborato la teoria della *culpa in contrahendo*³⁵, recepita in Italia da Leonardo Coviello che pubblica all'inizio del secolo un lavoro specifico³⁶ e l'importante contributo nell'Enciclopedia giuridica sul *Contratto preliminare* e sviluppa la tesi secondo la quale la sfera dei contratti preliminari deve considerarsi «ampia quanto quella del contratto obbligatorio»³⁷. Attraverso un'analisi storica e comparata, egli contribuisce a diffondere in Italia le elaborazioni della dottrina tedesca sul *Vorvertrag* e lo studio dell'autonoma configurazione dei contratti preliminari (per cui preferisce utilizzare il plurale date le loro molteplici articolazioni) rispetto alle trattative e al contratto definitivo.

Gabriele Faggella formula la teoria della responsabilità delle parti nel periodo delle trattative contrattuali³⁸, teoria che trova apprezzamento

³⁴ D. MAZEAUD, *Présentation de la réforme du droit des contrats*, in *Gazette du Palais*, 136, 8 (23 février 2016), p. 18

³⁵ Mi riferisco al noto e fondamentale saggio di Rudolf von Jhering, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 4 (1861), pp. 1-112 sul rilievo giuridico del comportamento colposo tenuto dalle parti nel corso delle trattative contrattuali, senza legarlo alla rottura ingiustificata delle trattative.

³⁶ L. COVIELLO, *Della cosiddetta culpa in contrahendo*, in *Filangieri*, 25 (1900), pp. 721-746. Si veda A. VARANESE, *Leonardo Coviello, Gabriele Faggella e la culpa in contrahendo*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino. Studi*, 10 (2021), pp. 1-19.

³⁷ L. COVIELLO, *Contratto preliminare*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, diretta da P.S. Mancini, III/3, Milano, 1902, p. 73. Sull'opera di Coviello e più in generale sulla civilistica che si occupa di tali problemi tra Ottocento e Novecento, cfr. M. MUSTARI, *Il lungo viaggio verso la 'realtà'. Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile*, Milano, 2007, p. 160 ss.

³⁸ G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, III, Napoli, 1906, p. 271 ss. (ed. separata Napoli, 1906). Sul pensiero di Faggella cfr. più ampiamente L. MOSCATI, *Aspetti del diritto contrattuale nella civilistica romana del primo Novecento*,

nella dottrina francese. Come è noto, secondo tale teoria, strettamente connessa con le riflessioni sul contratto preliminare, egli individua tre fasi nella formazione del contratto, una di trattative preliminari, una relativa all'offerta definitiva e la terza all'emissione dell'offerta, tutte e tre produttrici di effetti giuridici, con una responsabilità più marcata secondo lo svolgersi delle singole fasi. Più specificamente, Faggella sottolinea che, sebbene ciascuna delle parti resti libera di recedere dalle trattative fino al momento della conclusione del contratto, tale recesso non costituisce più un legittimo esercizio «del potere della propria volontà», qualora una delle parti abbia conferito all'altra un'«autorizzazione anche tacita a trattare», poiché in tal caso viene frustrata la legittima aspettativa a una conclusione delle trattative.

Ne discende, quindi, una riconosciuta importanza giuridica del 'periodo' di responsabilità precontrattuale, che Faggella ricava dai principi generali del diritto. La regolamentazione di tale responsabilità, come responsabilità speciale o nuova, è la maggiore originalità del lavoro di Faggella che è il primo a riconoscere un fondamento giuridico della responsabilità per recesso arbitrario, con un risarcimento delle perdite causate all'altra parte impegnata nelle trattative. Egli prende, così, le distanze da quegli autori che ritenevano applicabile alla fase delle trattative esclusivamente la responsabilità aquiliana, disciplinata dall'art. 1151 del Codice civile del 1865.

L'opera di Faggella è diffusa e apprezzata in Francia attraverso un articolo di Saleilles che presenta al pubblico francese la «*théorie nouvelle*» e la «*solution nouvelle*» del giurista italiano con espressioni di alta considerazione³⁹. Il giudizio, ribadito subito dopo da André Morel⁴⁰, è significativo se si pensa che Faggella ha avuto più fortuna all'estero che in patria.

Infatti, in Italia, la teoria di Faggella, a parte qualche eccezione, trova ostacoli nella maggior parte della dottrina e della manualistica coeva che, pur considerando di gran livello i suoi studi, si mostra contraria alle sue tesi⁴¹. Rispetto alla dottrina, la giurisprudenza di merito e di legittimità è favorevole all'innovativa teoria di Faggella che avrà un'eco importante

cit.; A. VARANESE, *Leonardo Coviello, Gabriele Faggella e la culpa in contrahendo*, cit.

³⁹ R. SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle à propos d'une étude nouvelle sur la matière*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 6 (1907), pp. 697-751.

⁴⁰ A. MOREL, *Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles*, *ivi*, 7 (1908), pp. 289-311.

⁴¹ Per un'analisi più specifica cfr. L. MOSCATI, *Aspetti del diritto contrattuale nella civilistica romana del primo Novecento*, cit.

nella formazione dell'art. 1337 del Codice civile del 1942, con una definitiva consacrazione sistematica da parte del legislatore dei principi e dei criteri, già operativi sotto la vigenza del codice del 1865.

In realtà, già dai lavori preparatori del progetto del 1940 risulta che è stato introdotto un nuovo articolo relativo alla responsabilità delle parti nella fase delle trattative. Il riferimento alla giurisprudenza in materia dimostra una forte continuità con le decisioni delle Corti che fin dall'inizio del secolo avevano seguito le tesi innovatrici di Faggella. L'articolo è promulgato secondo la formula proposta fin dal progetto del 1940. Sia nella *Relazione* del Ministro Guardasigilli al progetto ministeriale al libro delle obbligazioni del 1941⁴², sia nella *Relazione* del Ministro Guardasigilli al Codice civile del 1942⁴³, la dottrina ha individuato la novità del dettato normativo rispetto al codice previgente, sulla base dello sviluppo e della maturazione del pensiero del civilista romano.

Ma la centralità del pensiero di Faggella nella materia della responsabilità precontrattuale è evidenziata dalla dottrina attuale che vi è tornata a più riprese per affermare l'importanza dell'intervento di Faggella che, come sostiene Giovanni D'Amico, rappresenta a tutt'oggi «una originale riflessione dottrinale»⁴⁴ e che è ancora ricordato nel volume che presentiamo⁴⁵.

Per concludere, vorrei sottolineare che ho proposto per il giurista di oggi solo qualche esempio relativo alla tradizione storico-giuridica dell'importanza e della centralità dell'opera che presentiamo, in un momento di grande fermento giuridico e sociale per la pandemia mondiale che stiamo attraversando.

⁴² Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del Codice Civile (anni 1939-1941). Progetti preliminari del libro delle obbligazioni*, I. Prefazione e relazione al Duce del Guardasigilli Dino Grandi al Progetto del libro delle obbligazioni, Roma, 1942, p. 83.

⁴³ *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*. Riproduzione anastatica della G.U. del 4 aprile 1942, a cura del Consiglio Nazionale Forense, Roma, 2010, p. 132; cfr. G. BUFFONE, E. BIESUZ, *La responsabilità precontrattuale*, in *Il danno ingiusto, responsabilità precontrattuale e responsabilità speciali*, a cura di L. Viola, Matelica, 2007, pp. 68-70.

⁴⁴ G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Rimedi*, V, 2, *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, Milano, 2006, p. 1093.

⁴⁵ G. ORLANDI, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enciclopedia del Diritto. I Tematici. I. Contratto*, cit., s.v.

**LO SVILUPPO DELL'ORDINAMENTO
ATTRAVERSO LA GIURISPRUDENZA PRATICA,
NEL NUOVO VOLUME
DELL'ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO¹**

Federico Roselli

Già Presidente di Sezione della Suprema Corte di Cassazione

Sommario: 1. Spirito dell'enciclopedia – 2. Giurisprudenza creativa e valori (condivisi?) – 3. La dottrina – 4. Iperattività e inerzia del legislatore – 5. Vocazione del nostro tempo per il diritto extralegale – 6. Giustizia contrattuale – 7. Realismo nel diritto civile.

RIASSUNTO: I più recenti contributi dei nostri civilisti sul tema del contratto mostrano: maggiore considerazione della pluralità delle fonti del diritto e in particolare maggiore attenzione verso l'esperienza, soprattutto giurisprudenziale; valorizzazione della dottrina soprattutto per il suo diretto influsso sulle sentenze; configurazione di nuove situazioni giuridiche (si pensi solo alla responsabilità da contatto sociale); realizzazione della “giustizia contrattuale” anche in modi vivacemente controversi.

1. Chi iniziò a studiare il diritto alla fine degli anni cinquanta del Novecento, ossia quando era nata da poco l'*Enciclopedia del diritto*, si trovò a dover conoscere ed assimilare oggetti e metodi di studio in buona parte diversi da quelli di oggi. Già nel tempo immediatamente successivo, si può dire a metà degli anni sessanta, era percepibile il cambiamento: maggiore attenzione verso la casistica, specialmente da parte dei professori che, esercitando l'avvocatura, avvertivano meglio le nuove esigenze della società; freddezza verso il diritto romano, se considerato come modello

¹ Lo scritto ripropone fedelmente il contenuto della relazione tenuta in occasione della presentazione del volume cui è dedicata la presente raccolta ed è stato a sua volta già pubblicato, col medesimo titolo ma differente apparato di note, in *Giustizia civile*, 4, 2021. Le opere citate senza indicazione di luogo e di anno di stampa sono le voci del volume dell'Enciclopedia.

atemporale, e valorizzazione della storia del diritto moderno; più attenzione ai valori morali e politici che permeano l'esperienza giuridica, e quindi ai nuovi assetti della società; attenuata difesa, in nome essenzialmente della solidarietà sociale, di un'autonomia privata "non attaccabile, salvo le debite eccezioni, da qualsiasi autorità costituita" (P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, 1960, p. 2); di conseguenza, maggiore importanza attribuita al mutamento costituzionale del 1948. Cambiavano, come avvertito anche dagli studenti, i modelli culturali e quindi anche i metodi di interpretazione del diritto e con ciò si faceva strada un nuovo modo – per riprendere le parole premesse al nuovo volume dell'*Enciclopedia* dal professore D'Amico – di pensare e di interpretare il ruolo del giurista.

La grande diversità delle figure professionali comprese sotto la parola "giurista" induce anche un magistrato a dire qualche impressione su questo volume, primo di una nuova serie, che, come da tradizione, è opera quasi soltanto di accademici.

La vecchia espressione "spirito dell'enciclopedia" significa la volontà di trasmettere il sapere dallo specialista ad un pubblico il più vasto possibile. In una scienza eminentemente applicativa come il diritto questa volontà è meglio realizzabile quando nella catena di trasmissione del sapere vengano inseriti i pratici, come anelli intermedi. D'Alembert parlava dell'enciclopedia come di "philosophie pratique" (F. VENTURI, *Le origini dell'Enciclopedia*, Torino, 1963, p., 87)

Non solo filosofia e teoria, dunque, ma anche esperienza del diritto; non solo letteratura ma anche sentenze e possibilmente atti amministrativi e contratti, se vogliamo essere vivificati dallo spirito dell'enciclopedia.

Un rilievo esortativo. I grandi Maestri, autori delle prime voci, vengono ricordati anche per la limpidezza della loro prosa, per l'essenzialità della frase ossia per un linguaggio "che voleva essere anzitutto *compreso*: ciò di cui sovente i nostri accademici si disinteressano" (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Paolo Grossi: una storia accademica e un percorso scientifico*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 396). Fra le tante cose cambiate dal tempo della prima *Enciclopedia* sta anche il modo d'esprimersi, ovviamente non solo nella prosa giuridica. Come antico ed affezionato lettore di quest'Opera mi permetterei di chiedere ai giovani accademici di imitare quei maestri il più possibile, specialmente al fine di raggiungere meglio il pubblico degli operatori e degli studenti.

In ogni caso mi limito a segnalare qui di seguito, tra i numerosi temi del volume attuale, quelli che appaiono di immediata attualità a chi pratica (o, come me, ha praticato a lungo) il diritto.

2. Nella nuova serie dell'*Enciclopedia* L'Editore e il Comitato scientifico intendono presentare quanto continua ad essere prodotto dalla scienza giuridica italiana "come pure dall'incessante processo di sviluppo dell'ordinamento attraverso l'elaborazione della giurisprudenza pratica" (*Presentazione*, p. 8).

Dichiarando questa intenzione, essi danno evidenza ad un fenomeno già ben chiaro nell'esperienza degli ultimi decenni: la rivalutazione della giurisprudenza in ogni branca del diritto. Giurisprudenza come fonte non formale e dottrina del diritto vivente sono temi ricorrenti anche nella manualistica. Perfino in Francia si parla ormai di *rôle normatif de la Cour de cassation* (E. CALZOLAI, *La Corte di cassazione francese abbandona gli attendus que: verso un nuovo stile delle sentenze*, in *Foro it.*, 2021, V, 320).

Editore e Comitato scientifico manifestano così il desiderio di parziale distacco dall'ispirazione originaria dell'opera. Considerata la sfumata linea di distinzione tra teoria e pratica, è forse bene ricordare che alla "grande *Enciclopedia*", pensata negli anni cinquanta, avrebbe dovuto costituire "degno preludio" un "*Dizionario giuridico* rivolto alla massa dei cultori di diritto pratici...redatto da pratici e con mentalità pratica, col controllo di una mentalità scientifica". Così Francesco Calasso ad Antonino Giuffrè in due lettere del 1953 citate da M.T. GIUFFRÈ, *Antonino Giuffrè editore. Itinerario documentato di un'avventura umana*, Milano, 1981, p.150 e 153. Ancorché il modello di giurista attento, insieme, ai concetti ed all'adattamento di essi alle specifiche questioni venisse proposto già nel primo decennio del secolo ventesimo (G. FURGIUELE, *La "Rivista di diritto civile" dal 1909 al 1931*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1987, p.537), ancora cinquant'anni dopo sopravviveva il convincimento dei sapienti tedeschi dell'età romantica: la teoria e la tradizione del sapere appartengono all'Università; il tirocinio pratico alle scuole (così N. IRTI, *La formazione del giurista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 648).

Diversa, dunque, l'ispirazione ed i destinatari di un *Dizionario*, da una parte, e dell'*Enciclopedia*, dall'altra.

Oggi l'atteggiamento vuole essere diverso, come s'è detto.

Anche nelle singole voci dell'*Enciclopedia* si trovano espliciti riferimen-

ti: “il crollo del mito del legislatore quale unico artefice del diritto come sistema puro e astratto di precetti che si legano in quanto siano riconducibili alla volontà popolare espressa nel Parlamento”. “La riconquista alla produzione del diritto della stessa fattualità” (C. CACCAVALE, *Prassi contrattuale*, p.798) nonché il “formante giurisprudenziale al quale si devono, soprattutto sul terreno dei diritti fondamentali, le più importanti operazioni di integrazione e di adattamento dello *ius positum*” (G. RESTA, *Contratto e diritti fondamentali*, p.292, e ancora M. PALAZZO, *Testo del contratto*, p.1154 e 1166).

Si è ultimamente notato come tutto ciò sia valutato in modi diversi quando non opposti: “prevalgono i verdetti indifferenziati di approvazione e di condanna” (M. PALAZZO, *La recuperata consapevolezza della complessità del processo di formazione del diritto. A margine del volume di Paolo Grossi Oltre la legalità*, in *Giust. civ.*, 2020, 810). Ad es. per la regolamentazione del rapporto di coppia, non solo matrimoniale, il professore R. Amagliani (*Patti prematrimoniali*, p.797), propende per l’opera del legislatore poiché teme interventi giurisprudenziali “non lineari ed adeguatamente contestualizzati”.

Scopo dell’esposizione che segue vorrebbe però essere descrittivo e non valutativo o prescrittivo.

Essa si sostanzia anzitutto nella constatazione che la “legge”, a cui secondo il capoverso dell’art.101 Cost. sono soggetti i giudici, è l’insieme del diritto oggettivo, formato progressivamente non solo dal Parlamento nazionale ma anche da organi, spesso giudiziari, sovranazionali e integrato dagli stessi giudici nazionali. Specialmente questi ultimi lavorano per lo più sulla base di sollecitazioni dottrinali. Non desidero, ripeto, apprezzare tutto ciò in modo positivo o negativo ma soltanto osservare e possibilmente comprendere il significato dei fatti.

La giurisprudenza opera non attraverso comandi immotivati (art.111, sesto comma, Cost.) bensì formulando ipotesi e valutazioni “in chiave di verosimiglianza e persuasione” (N. LIPARI, *Contratto e principio di ragionevolezza*, p.378). I contributi dati dai giudici alla formazione dell’ordinamento richiedono discorsi giustificativi tanto più complessi quanto più la loro decisione non possa essere tratta, secondo i canoni della logica formale, dalla chiara lettera e dalla inequivocabile (nonché costituzionalmente non illegittima) disposizione di legge; ma una motivazione necessariamente più argomentata ed affidata ad una topica eterogenea, ossia più costruttiva (creativa? inventiva?), rientra nella normale esplica-

zione della giurisdizione. Così osserva ultimamente anche A. PROTO PISANI, in *Brevi note sul danno morale*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 567.

L'aumento attuale del diritto giurisprudenziale è conclamato ma forse è inferiore a quanto comunemente si dice. Già nel tempo della vigenza dello Statuto albertino, ed anche dopo il mutamento della costituzione materiale prodotto dal fascismo, i giudici piegavano talvolta la legge alle norme ed ai principi statutari con più o meno ardite operazioni ermeneutiche: quando la legge sembrasse in contrasto con questi principi, mancava bensì il potere di disapplicarla ma rimaneva quello di intenderla secondo lo *ius naturale* o la *ratio* o la *consuetudo approbata*, trasformando così la *quaestio potestatis* (il legislatore non può) in *quaestio voluntatis* (il legislatore non può aver voluto) (rinvio al mio *Giudici e limiti al potere del legislatore, vigente lo Statuto albertino*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 476).

Ma è possibile trovare diversi esempi di “sentenze creative” anche in tempi meno remoti eppure ancora lontani dalle tesi attuali sulle fonti del diritto. I caratteri dell'azione revocatoria erano tratteggiati sommariamente negli art.1235 del codice civile del 1865 e 708-712 del codice di commercio e fu la Cassazione che, con la sent. 22 dicembre 1930 (Sez. un., pres. ed est. D'Amelio, in *Foro it.*1931, I,1) a delinearne gli elementi e gli effetti, così come furono poi recepiti nell'art.2901 del codice civile del 1942.

I Francesi dicono: *La monnaie est un drapeau*. Da qui la solennità del principio nominalistico enunciato da noi nell'art.1277 cod. civ., il quale tuttavia non ha impedito alla nostra Cassazione, in periodi di forte svilimento della moneta, di pervenire alla rivalutazione dei crediti pecuniari riportandoli alla specie del risarcimento del maggior danno (presunto e pari grosso modo alla svalutazione) da ritardo nell'adempimento (art.1224 cpv. cod. civ.) (Cass. Sez. un. 25 ottobre 1979 n.5572, sulla base di R. NICOLÒ, *Gli effetti della svalutazione monetaria nei rapporti d'obbligazione*, in *Foro it.*, 1944-1946, c.41). È come se riaffiorasse sempre nella giurisprudenza, teorica e pratica, l'avversità al nominalismo del sovrano ossia la difesa dello *ius* contro l'imposizione politica (istruttive su ciò le già citate *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie* di P. Grossi, cap. I).

È naturale che le singole soluzioni possano talvolta o spesso apparire non persuasive e possano perciò essere contrastate. Che in un contratto un giudice ravvisi uno squilibrio delle prestazioni dovuto a “diseguglianze sostanziali” e da correggere in attuazione dell'art. 3, secondo

comma, Cost. è un'eventualità che può essere censurabile in diritto o in fatto ma che non è di per sé eversiva (si è parlato di "giudice stregone"). Su ciò si è pronunciata Corte cost. n.334 del 2009: la sentenza errata non invade il potere del legislatore poiché ha efficacia limitata al caso di specie e non modifica il sistema legislativo vigente. Perciò sono forse eccessive le preoccupazioni del professor D'Amico (*Giustizia contrattuale*, p.606), il quale in ogni caso e giustamente osserva come sia importante "non smarrire del tutto la razionalità del sistema e non lasciar prevalere soluzioni estemporanee e poco meditate, che rischiano oltre tutto di non eliminare le 'ingiustizie' ravvisate nel contratto ma di aggiungerne (o di alimentarne) delle nuove, con esito palesemente controfunzionale" (p. 607).

In conclusione, non mi sembra potersi, ad un tempo, riconoscere l'essenza nomotetica dell'attività giurisdizionale e censurare in radice le sentenze "creative" o l'interpretazione che, volendo adeguare la legge alla Costituzione, ne violerebbe in realtà il capoverso dell'art.101. Così come sembra in contraddizione, da una parte, il timore dell'eccessivo intervento del giudice nel contratto attraverso l'interpretazione e, d'altra parte, l'approvazione delle sempre maggiore diffusione del controllo dell'autonomia privata contrattuale attraverso l'integrazione, ossia la conservazione invece che la caducazione dell'atto. I contributi dei professori F. MACARIO, *Contratti di durata*, e A. D'ADDA, *Integrazione del contratto*, mi sembrano, in proposito, imprescindibili.

Non c'è dubbio che ogni pericolo d'instabilità, incertezza, imprevedibilità, e in definitiva ogni pericolo di ingiustizia venga accresciuto quando nella società civile si riduce il "novero dei valori condivisi" (G. D'Amico cit., p.606 ed anche in *Foro it.*, 2021, V, 175). Ma non sarei certo che questo novero sia più ristretto nell'epoca attuale che in altre di solito rappresentate come quelle del tranquillo dominio "borghese" (pensiamo ai bei tempi dei fatti di Mentana, dei fasci siciliani, delle cannonate nella Milano del 1898, delle dichiarazioni di guerra non precedute dal voto parlamentare, ecc.). Il dissenso sui valori spesso non può esprimersi, o può esprimersi poco, e in questi casi la sensibilità dell'interprete, ossia la sua capacità di comprensione della fattispecie, è maggiormente messa alla prova. La certezza del diritto, in questi casi, può coprire un più grave sacrificio di interessi concreti.

3. Il professore D'Amico (cit., p.604) parla del “nuovo rapporto che si è venuto ad instaurare tra legislazione e giurisdizione e che induce sempre più spesso a parlare di una ‘giurisdizionalizzazione’ del diritto, e in particolare del diritto privato”.

Il diritto giurisprudenziale concorre oggi a rendere evidente la crisi del cosiddetto assolutismo legislativo ma, all'opposto e certamente, non deprime la funzione della dottrina, che con la vocazione al sistema e alle sue categorie, nuove o più spesso ammodernate, conserva la propria funzione di guida. Con la diversità dei luoghi e dei tempi può variare la prevalenza di questa o quella fonte, ma sempre la dottrina condiziona la formazione del diritto, sia menzionata o no tra le fonti (R. SACCO, *Dottrina [fonte del diritto]*, in *Dig. disc. priv.*, VII, 1991, p. 235). Vale ancor oggi la professione di fede, espressa da Savigny nella conclusione del *Beruf*, in “una scienza giuridica in progresso organico”. È da aggiungere che una giurisdizionalizzazione del diritto sollecita oggi una teoria sensibile alle richieste più umili di una pratica quotidiana (parole premesse da Pietro Rescigno all'*Appendice del Novissimo Dig. it.*, 1980, p. IX).

Ai professori di diritto commerciale dei primi anni del secolo ventesimo è stato attribuito il merito di aver differenziato il loro metodo da quello dei civilisti e così di avere avviato “il superamento dell'antico dogmatismo, poi continuato dopo la metà del secolo dalla stessa civilistica” (F. GALGANO, in *Dir. romano attuale*, 2002, fasc.7, p. 154). Fra quei professori Cesare Vivante (*L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, p. 572) diceva: “La Magistratura non può compiere la sua funzione sociale, se non raggiunge l'equilibrio degli interessi, riavvicinando i nuovi che incalzano a quelli già consolidati del diritto civile”. Per l'individuazione di questi interessi i magistrati non potevano, in quel tempo, che rivolgersi alla dottrina, la quale anche negli anni successivi alla guerra mantenne la propria funzione.

Si è rilevato ultimamente come l'*iter* argomentativo che sorregge l'interpretazione giudiziale richieda “previamente i tempi lunghi della riflessione dottrinale, salvo rare eccezioni in cui la complessa opera ricostruttiva viene svolta dal solo giudice” (E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa, diritto privato*, Torino, 2017, p. 178-179).

Basta solo pensare, nella materia contrattuale, al rimedio della presupposizione, ignoto alla legislazione ma risultante dall' “attività creatrice dei giudici, supportata dall'elaborazione di un pensiero scientifico imponente” (A.M. BENEDETTI, *Presupposizione*, p. 874 e 892).

Né si sarebbe arrivati, nel 1942, all'art.2059 cod. civ., ossia a quella risarcibilità del danno non patrimoniale che gran parte della giurisprudenza anteriore negava e la dottrina propugnava basandosi (la topica di allora era più semplice di quella odierna) sul "buon senso" (B. BRUGI, *Presunzione di danno morale, che è causa di danno economico*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, p. 573, e *Ancora del danno morale, ibidem*, 1923, II, p. 385). La lunga e ben nota vicenda prosegue anche con iniziative volte allo *ius coudendum* (A. PROTO PISANI cit., p. 202).

Oggi si aggiunge realisticamente che l'autorevolezza scientifica può produrre la graduale formazione di principi accettati nella pratica. Secondo la visione formalistica la dottrina non ha il potere di porre norme ma solo la funzione di riassumere e sistemare il materiale normativo; in realtà la distinzione tra questa funzione descrittiva e l'intervento attivo sui testi da interpretare non è netta. Così ad es. M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, in *Saggi di metagiurisprudenza*, Milano, 1985, p. 327, il quale dice altresì che (p.323): "può accadere che un principio venga innovativamente proposto, e che le stesse [relative] polemiche finiscano con il renderlo a un certo punto familiare e quindi accettabile".

4. Quanto alla legislazione, la denuncia dei suoi mali, causati non dall'inerzia ma dall'iperattività del legislatore, non è certo di oggi.

All'indomani dell'entrata in vigore del *Code civil*, che avrebbe dovuto definitivamente ordinare e sistemare, Benjamin Constant, nei suoi *Principes de politique applicables à tous les gouvernements* (1815), in *Ouvres*, NRF Parigi, 1957, p.1091, biasimava la tendenza delle assemblee a moltiplicare all'infinito il numero delle leggi (*inconvénient sans remède*); esse erano prese dal bisogno di agire e dal piacere di credersi necessarie. Poco tempo dopo, il protagonista del romanzo di Stendhal *Lucien Leuwen* (1833) come capo di gabinetto del ministro dell'interno si trova a far fronte, col solo buon senso e con l'onestà invece che con la conoscenza, alle quarantaquattromila leggi, atti amministrativi generali e regolamenti vigenti.

Ancora nella nostra *Enciclopedia* si parla di "schizofrenia legislativa" e di "norme emanate e subito abrogate, corrette, modificate, riformulate, integrate, ridimensionate e in ogni caso ben lontane dal perseguimento del bene comune. Laddove dovrebbe essere chiaro che alle discipline legali occorre dare l'opportunità di adeguarsi, espandersi, contrarsi, sistemarsi insomma, per dare alla realtà l'assetto più congruo, grazie alla sapiente

opera della dottrina, della giurisprudenza e degli operatori giuridici che a vario titolo le maneggiano” (C. CACCAVALE, p. 816 e 818).

Al giudice di oggi, come al personaggio stendhaliano, rimane così assegnato “il compito di individuare i valori morali condivisi in una società complessa come la nostra” (D. CANALE, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Roma-Bari 2017, p. 160).

Tutti sappiamo come, malgrado la detta inflazione legislativa, sia sempre viva la richiesta di nuove leggi da parte degli ambienti politici o dei mezzi di comunicazione di massa o ancora di associazioni economiche o professionali.

Tuttavia, esistono materie (ad es. quella dei rapporti di lavoro o dei contratti agrari) nelle quali l'intervento del legislatore rimane per più o meno lunghi periodi sporadico o comunque misurato, sembrando opportuno che la soluzione dei singoli problemi sia lasciata all'elaborazione dottrinale o giurisprudenziale. Si tratta di materie dominate più dai fatti economici o naturali (il diritto che viene su dalle cose, come diceva Cesare Vivante) che dalla volontà degli uomini. “Lo studio dei giuristi, le decisioni delle Corti colmano le lacune del codice, ne smussano gli angoli, ne rivelano il pensiero talvolta latente” ed accostano in tal modo il diritto alla vita. Gli agraristi si mostrano così ostili ad una nuova codificazione, che potrebbe essere giustificata solo da “una grande necessità, una ragione storica” (A. ARCANGELI, *Verso la nuova codificazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, 34).

Altre volte il legislatore è inibito dalle insufficienti conoscenze scientifiche e dalle conseguenti difficoltà di scelte morali o politiche.

L. Moscati (*Napoleone e la proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. civ.* 2006, I, 184 e 194) ricorda come la materia del diritto d'autore fosse rimasta fuori del *Code civil* poiché i giuristi napoleonici consideravano ancora troppo fluida la configurazione dell'istituto: giurisprudenza e dottrina avrebbero colmato la lacuna (iniziando col riportare la proprietà letteraria al dominio sulle cose mobili).

In queste materie l'inerzia del legislatore è dovuta non a “insufficienza” ma forse a saggezza. La disciplina astratta non può coprire la complessità dei fatti così che non tutti gli interessi sono ponderabili in anticipo. Nel tempo si sono alternati periodi in cui è prevalso il peso dei principi astratti, quello che si dice lo spirito del sistema, ed altri in cui si è stati più consapevoli dell'inadeguatezza di una giustizia astratta e poco aderente alle necessità molteplici della vita giuridica, alla varietà di aspetti

del reale (V. PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium nei Glossatori*, in *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, 1976, p.352-355).

Nel diritto del lavoro alcuni ritengono i contratti collettivi strumenti più idonei ad una duttile e funzionale disciplina, anche per ridurre l'uso delle clausole generali legislative (per es. quelle di “giusta causa” o di “giustificato motivo” di licenziamento: art.1 l. n.604 del 1966), considerate con sfavore specie nel tempo del dominante logicismo giudiziale. Uno studio recente ha dato conto del movimento sindacale che negli anni sessanta del Novecento mostrò ostilità verso la formazione dello statuto dei lavoratori e maggior favore verso i contratti collettivi quali strumenti di garanzia delle posizioni soggettive individuali (F. LISO, *Una pagina di storia del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, I, 3).

In altri campi si sostiene addirittura che “del legislatore non c'è bisogno; anzi conviene non invocare il suo intervento perché, qualsiasi scelta venga compiuta, essa finisce per essere ingabbiata in una disciplina e in un sistema rigido che rischiano di entrare in conflitto, oltre che con il naturale mutamento legato all'innovazione tecnologica e scientifica, anche con la pluralità delle attitudini e delle concezioni di vita presenti nel corpo sociale” (Vedi G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, Milano, 1981, p. 181, nonché Pietro Rescigno in P. RESCIGNO, G. RESTA, A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, p. 86-87).

Di “intenzionali omissioni del legislatore, sotto la pressione di centri di potere interessati o per la difficoltà di trovare una soluzione che superi il contrasto tra le posizioni in campo” dice A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano 2008, p. 254.

Più di recente si è parlato di “elasticità ignara alla legge ma necessaria a garantire coerenza fra forme giuridiche e realtà sociale” (P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno*, Milano 2021, p. IX).

Quest'ordine di idee ha portato innovazioni di metodo anche nelle pronunce della Corte costituzionale: invece che alla sentenza additiva ed alla sentenza-monito, entrambe intese ad evitare lacune normative conseguenti alla caducazione di una disposizione di legge, si è talvolta preferito di affidare alla discrezionalità dei giudici comuni il riempimento della lacuna (da ult. sent. n.185 del 2021).

Altre volte l'intervento del legislatore, pur espressamente sollecitato dalla Corte (vedi ord. n. 207 del 2018 e sent. n.242 del 2019), può mancare non necessariamente per impossibilità di un accordo politico ma

anche per la convinzione che, almeno per il momento, sia meglio lasciar decidere i giudici secondo le minute particolarità dei casi.

5. S'è detto della diffidenza, ispirata in alcuni autori delle voci dell'*Enciclopedia*, da alcune novità della giurisprudenza nella materia della cosiddetta giustizia contrattuale ossia degli interventi giudiziali caducatori o correttivi del regolamento negoziale, indirizzati alla realizzazione della "giustizia sociale" (G. D'AMICO, cit., 586).

Va anche osservato che gli interventi giudiziali si accompagnano, in alcuni settori come ad es. quello dei contratti del consumatore, ad una normativa (si parla di "nuovo diritto dei contratti") che introduce un sindacato sull'equilibrio dell'atto di autonomia privata "affatto estraneo al paradigma del contratto di diritto comune e tale da costituire senz'altro la novità più eversiva rispetto al modello consegnatoci dalla tradizione", specie quanto al potere di "rimodellamento del rapporto" negoziale (A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008, p.145 e 185).

Non sempre e comunque, si aggiunge, il giudice è autorizzato ad effettuare un bilanciamento tra il principio di autonomia contrattuale e un principio opposto che consenta interventi fondati sulla solidarietà sociale (art.2 Cost.) o sulla buona fede (artt.1337, 1366, 1375 cod. civ.) (G. D'AMICO cit., p.600).

Né il giudice potrebbe correggere clausole vessatorie al di fuori dei casi di invalidità ammessi dalla legge: egli farebbe danni al vessato perché impedirebbe la caducazione totale per invalidità del contratto nocivo, ed al vessatore quando questi "vessa iure suo utens" (A. GENTILI, *Interpretazione del contratto*, p.654). Rimane da stabilire fino a che punto lo *ius* permetta di vessare il prossimo, vale a dire "la linea di confine tra il diritto, che non può certo essere disconosciuto, di ciascuna parte a realizzare i propri interessi e il dovere di salvaguardare gli interessi della controparte" (L. BALESTRA, *E' possibile un elogio della giustizia? [a proposito di un recente volume]*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2021, p. 718)

Uno dei maggiori strumenti di controllo dell'autonomia privata concerne la fase di esecuzione del contratto e più precisamente l'esercizio di diritti potestativi da parte di uno dei contraenti. Dopo l'entrata del codice civile attuale alcune leggi speciali, sottoponendo a determinati presupposti il potere del contraente, ritenuto più forte, di sciogliersi dal vincolo, hanno trasformato la situazione della controparte da mera soggezione in

interesse legittimo di diritto privato. Si pensi al potere di licenziamento del lavoratore subordinato (art. 2118 cod. civ.), assoggettato al requisito della giusta causa o del giustificato motivo dall'art.1 l. n. 604 del 1966; oppure al recesso del locatore, limitato dall'art. 29 l. n. 392 del 1978.

Si è posto così il problema del controllo giudiziale di questi poteri. Controllo che, per non ledere il principio dell'autonomia privata, di solito ricondotto al primo comma dell'art. 41 Cost., dovrebbe essere limitato alla legittimità dell'atto ossia non estendersi al merito delle scelte del titolare.

Sempre con riguardo all'esecuzione del contratto, la discrezionalità giudiziale può esplicarsi maggiormente nella valutazione del comportamento delle parti in pendenza della condizione (art. 1358 cod. civ.) e nel caso di finzione di avveramento (art. 1359) (A. FEDERICO, *Contratto condizionale*).

Il tema si è poi esteso quando si sono identificate situazioni potestative, e non di assoluta libertà, anche al di fuori del rapporto che lega le parti del contratto.

Il passaggio, graduale nel tempo, dalla situazione di piena libertà delle persone impegnate nelle trattative contrattuali a posizioni soggettive di vincolo è stato benissimo illustrato da M. Orlandi, *Responsabilità precontrattuale* (p. 996-1031), il quale ricorda come ancor oggi, quanto alle tesi dottrinali, la materia della responsabilità da trattative intese alla conclusione del contratto sia collocata in una "terra di nessuno" o in una "zona di turbolenza".

La nozione di responsabilità precontrattuale è basata sul principio di buona fede, e più precisamente sull'affidamento di ciascuno dei soggetti (una volta si diceva "paciscenti") nella correttezza dell'altro. A questa costruzione poco ha contribuito il legislatore con gli artt.1337 e 1338 cod. civ., mentre lo sviluppo della giurisprudenza ha tenuto dietro ad una dottrina che, da un iniziale "modesto sviluppo" (così P. VITUCCI, *Profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968, p. 2), ha dato poi contributi ampi, fino alla configurazione di un terzo genere di responsabilità.

Nella prima metà del secolo ventesimo una concezione "particolare ed arcaica" (P. VITUCCI, cit., p. 3 nt. 3) della libertà negoziale, caratterizzata dal disfavore per il contratto, era ispirata ad una risalente dottrina, che vedeva nella fase delle trattative null'altro che manifestazioni di proposito, di desiderio, di opinione, giuridicamente irrilevanti (G. SEGRÈ, *Sulla responsabilità contrattuale e sui punti riservati*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II,

963). Non era ancora entrato nella mentalità dei civilisti il solidarismo di Emilio Betti (vedi *ex multis* G. CIANFEROTTI, *Permanenza e mutamenti del regime pandettistico nella civilistica italiana dalla Grande Guerra al secondo Novecento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p.760), che richiede di proteggere l'affidamento riposto dal destinatario nelle parole di chi dichiara pur senza avere ancora definitivamente maturato l'intenzione di impegnarsi. Vedi su tutto ciò la voce di E. SCODITTI, p. 426-427.

Può considerarsi come attuale punto d'approdo la nozione – generale in quanto non limitata alla materia delle trattative contrattuali – di *responsabilità da contatto sociale*.

Nelle contingenze della società e dell'economia può avvenire che si stabiliscano rapporti giuridicamente rilevanti in quanto diversi dalle semplici e generali relazioni di convivenza (si parla di sfere giuridiche personali giuridicamente indifferenti) ma neppure classificabili come rapporti d'obbligazione, nei quali si contrappongono le persone del creditore, titolare della pretesa, e del debitore, tenuto alla prestazione. Una via di mezzo, insomma: la varietà delle relazioni umane, quanto a intensità e forme, non permette il tracciamento di una netta linea divisoria.

Circa il rischio che nel corso di questi rapporti il comportamento, attivo od omissivo, di uno dei soggetti possa danneggiare l'altro, parte della dottrina ritiene non sufficiente la sussunzione della fattispecie sotto l'art. 2043 cod. civ.

Si sono evocati in proposito i principi della correttezza e della buona fede, che imporrebbero particolari doveri ai soggetti di una relazione la quale, pur non potendo ancora essere qualificata come rapporto d'obbligazione, sollecita una tutela simile a quella degli artt. 1173 e segg. cod. civ.

Si è in definitiva generalizzata, come ho già detto, l'efficacia dell'art.1337 cit. e si è così esteso il dovere di comportarsi secondo buona fede ai rapporti non obbligatori e tuttavia caratterizzati da una propria rilevanza sociale e giuridica, per lo più in base allo *status* o alla qualifica professionale delle persone titolari. Tutto ciò, ancora una volta, in base alla c.d. costituzionalizzazione del diritto privato e in particolare all'estensione del dovere di solidarietà tra consociati (S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, p.15)

Si è altresì dato spazio a domande risarcitorie per violazione del dovere di buona fede nelle trattative poi chiuse con la conclusione del contratto, anche nelle ipotesi in cui la parte, vittima dell'altrui condotta sleale, non

abbia ritenuto di esperire nei termini prescritti, o non possa esperire, le impugnative previste dalla disciplina generale dei contratti ovvero da quella del singolo tipo negoziale (C. SCOGNAMIGLIO, *Vizi del consenso*, p. 1200).

Circa l'uscita della responsabilità precontrattuale dalla terra di nessuno, ossia sulla possibilità di portarla sotto l'art.1218 oppure sotto l'art. 2043 cod. civ., la Cassazione sembra ora avviarsi a superare l'antico orientamento e ad attestarsi sulla prima delle due posizioni, specie in materia di c.d. contatto amministrativo qualificato (Sez. I, 27 ottobre 2016 n. 14188 e 27 ottobre 2017 n. 25644). La questione è anche all'attenzione dell'Ufficio del massimario, che ne ha trattato nella relazione n. 56 del 28 giugno 2021.

La dottrina più recente mantiene i propri dubbi nelle materie delle prove e della prescrizione (M. ORLANDI cit., p. 1023 e 1030). Circa l'onere, a carico del danneggiato, di provare la violazione dei canoni di buona fede e di correttezza, vedi Cass. 3 ottobre 2019 n. 24738.

6. Il tema - qualificato “difficile” da Fabrizio Di Marzio, *Contratto e impresa*, p. 327 – della giustizia nei contratti e del ruolo spettante al giudice nella gestione dei conflitti è ricorrente nelle voci dell'*Enciclopedia*.

Già nel diritto comune si riteneva valido il contratto solo se si fossero incontrate volontà di pari peso e intensità: premeva una volontà libera, consapevole e sorretta da buona fede. *Singularis et mirabilis* era definita la facoltà giudiziale di ridurre il contratto ad equità, in caso di squilibrio sopravvenuto (P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie* cit., p.133, 158, 160, 298).

Che la convenzione possa comportare ingiustizia a danno di una delle parti (si è tipizzata questa ipotesi parlando di contratti asimmetrici) non significa necessariamente che, quando l'ipotesi si verifichi, il giudice debba privarlo di efficacia. Anzi sta a lui di valorizzare e tutelare l'interesse alla conservazione attraverso l'invito alla “rinegoziazione” (F. MACARIO cit., p. 116; A.U. SALANITRO, *Rischio contrattuale*, p.1072-1075) oppure di adeguarlo d'ufficio.

La nostra dottrina s'ispira largamente, come da tradizione, all'ordinamento tedesco e oggi in particolare al par. 313 del BGB modernizzato, quando si tratti di ingiustizia sopravvenuta per “alterazione della base negoziale” (A.M. BENEDETTI, cit., p. 878-879; F. MACARIO cit., p. 128).

Quanto al nostro codice civile, basta pensare all'art.2103, che, nel testo originario e ancor più dopo le modificazioni apportate dall'art.3, comma 1, d. lgs. n. 81 del 2015, allontana l'idea secondo cui l'esecuzione del contratto possa essere disciplinata in ogni tempo con le regole fissate dai contraenti al momento della stipulazione. Spetta alla dottrina, prima che alla giurisprudenza, di indicare strumenti attraverso i quali possa essere assicurata la soddisfazione dell'interesse in funzione del quale il negozio è stato concluso (F. MACARIO, cit., p. 121-122).

Si tratta poi di completare il contenuto negoziale mediante regole più o meno duttilmente formate dal giudice. Si pensi alla giurisprudenza che sessant'anni or sono ritenne di poter adeguare la retribuzione del lavoratore subordinato, ritenuta non proporzionata o comunque insufficiente (art. 36, primo comma, Cost.) nella misura fissata nel contratto individuale. C. Camardi (*Rescissione [squilibrio contrattuale]*, p.974) segnala il problema della valutazione del giudice in ordine ad un contratto in cui le prestazioni risultino squilibrate ma che non sia stato concluso in stato di bisogno (art. 1448 cod. civ.).

Il giudice avrà comunque cura di rispettare al massimo la causa del negozio come concepita originariamente dai contraenti. Alla conservazione dell'atto sarà preferibile la caducazione quando l'opera integrativa rischi di imporre effetti lontani dall'intenzione delle parti ossia di incorrere nell'ultra o extrapetizione. Il divieto di ultrapetizione impedisce qui al giudice di fare la parte di donna Prassede, alla quale accadeva di "credere che chi fa più del suo dovere possa far più di quel che avrebbe diritto". E così egli potrà solo in casi limite ravvisare nel contratto lacune non solo logiche ma anche assiologiche (o deontologiche o *de iure condendo*), come definite ad es. da M. Corsale, nella voce dell'*Enc. Lacune dell'ordinamento*, XXIII, p. 259.

L'art. 2087 cod. civ. mostra il dato naturalistico della possibile implicazione della persona nel rapporto di scambio. "I diritti della persona costituiscono fonte di obblighi integrativi atti ad arricchire in maniera eteronoma il programma contrattuale stabilito dalle parti" (G. RESTA cit., p. 295). In parte la legislazione antinfortunistica e in parte la giurisprudenza, sulla base di regole d'esperienza, configurano gli obblighi accessori.

La questione della validità del contratto preliminare di preliminare – considerata "stucchevole" da A. CHIANALE, *Contratto preliminare*, p. 467 - è stata com'è noto risolta dalla giurisprudenza nel senso della validità sulla base del concreto interesse delle parti e col limite della non eseguibilità in

forma specifica. Con ciò sopravvivono alcune questioni: ad es. se il preliminare di preliminare possa soddisfare il detto interesse in misura tale da potersi considerare concluso un “affare” nel senso dell’art. 1754, primo comma. cod. civ. e, così, possa ritenersi dovuta la provvigione al mediatore (in senso negativo Cass. 24 marzo 2020 n. 7781, in *Contratti* 2021, p. 36).

Nel campo della rappresentanza senza potere si imputa alla giurisprudenza di “avere risolto il dato normativo... senza alcuna mediazione legislativa” (G. DI ROSA, *Rappresentanza*, p. 963 e 964) ossia di attribuirsi un ruolo creativo, quando essa ritiene l’efficacia vincolante del contratto a carico del falso rappresentato, il quale abbia determinato una situazione di apparenza tale da giustificare l’affidamento del terzo contraente. Questi va tutelato a causa dell’inescusabilità del comportamento del soggetto presuntivamente rappresentato e malgrado che l’art. 1393 cod. civ. lo facoltizzi “sempre” ad esigere dal rappresentante la giustificazione dei poteri.

7. Il professor Lipari (*Il diritto civile tra passato e futuro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2021, p. 323) dice che la scienza giuridica si misura oggi con la realtà di una scienza pratica costantemente condizionata dallo svolgimento di una prassi.

Al di là, o se si vuole al di sotto, di un diritto oggettivo come definito sopra, nel par. 2, ossia costituito dai precetti formali e dalle relative interpretazioni, possono esistere comportamenti o prassi difformi ma talvolta forzate dai fatti.

Delle prassi deve tener conto il legislatore. Investiture formali di diritti soggettivi e rapporti imperfetti “recuperati alla dimensione della giuridicità” (P. GROSSI, *Enrico Finzi: un innovatore solitario. Introduzione a Enrico Finzi: “L’officina delle cose”. Scritti minori*, Milano, 2013, p. XXV) caratterizzano la vita del diritto *ab immemorabili*. L’istituto del possesso è stato definito come “vittoria legalizzata del *non ius* (cioè, della mancanza di titolo) sullo *ius* (cioè, sull’esistenza del titolo)”, e ciò per esigenza di ordine pubblico relativa al mantenimento della pace sociale (U. NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992, p.7 e 9). Il recupero avviene talvolta con norme che possono perfino ricorrere nel tempo. Si pensi al fenomeno dell’edilizia cosiddetta spontanea, legato alla veloce espansione delle città ed alle limitate disponibilità economiche degli abitanti. In uno dei suoi romanzi il premio Nobel Orhan Pamuk (*La stranezza che ho nella testa*, 2014) dice di quartieri di Istanbul costruiti senza autorizzazione da privati su

terreni demaniali dopo gli anni sessanta del novecento e sanati periodicamente, ossia nell'imminenza delle elezioni politiche, con leggi sempre bene accolte dai destinatari ma deplorate dai giornali scritti per i lettori di altre classi sociali. Nell'attesa della sanatoria la circolazione degli immobili avveniva secondo regole di un ordinamento che si sovrapponeva di fatto a quello statale ma di cui lo Stato non poteva disinteressarsi.

Di fronte ad imperiose esigenze della società e dell'economia le leggi talvolta tacciono (*iura silent*) e talvolta contrastano. Ma col passare del tempo la forza delle cose s'impone: si pensi alle vicende del mutuo feneratizio e più in generale della nascita del diritto commerciale come *ius honorarium*; oppure allo sciopero, che da comportamento illecito diviene poi oggetto di un diritto costituzionalmente garantito.

Questi fenomeni ben noti sono assai complessi nelle cause, che tuttavia debbono essere cercate dai giuristi, teorici e pratici, intenzionati a rendersi conto del grado e dei modi con cui le norme formali vivono effettivamente.

A volte il legislatore subordina la precisa attuazione delle norme ad altre esigenze, ritenute prevalenti, come avviene per es. con gli artt. 2058, secondo comma, e 2933, secondo comma, cod. civ.; il concreto funzionamento di queste previsioni è affidato all'ampia discrezionalità del giudice. Altre volte la soluzione giurisprudenziale richiede la conoscenza di particolari realtà di fatto. Così è nelle ipotesi di cosiddetta doppia decorrenza del termine processuale di decadenza da un potere: la notifica degli atti processuali è effettuata tempestivamente, ossia senza incorrere nella decadenza, con la sola consegna dell'atto all'ufficio competente per il recapito al destinatario, non rilevando il momento di quest'ultimo atto. È difficile credere che questa soluzione della giurisprudenza costituzionale (sentt. n. 477 del 2002 e 28 del 2004) non abbia origine dalla conoscenza dell'imperfetto funzionamento dei detti uffici.

Si può ancora considerare l'istituto (giurisprudenziale, almeno in un primo tempo) della cosiddetta occupazione acquisitiva, o accessione invertita, essenzialmente fondato su cronici ritardi degli uffici competenti per il procedimento d'espropriazione per pubblica utilità e durato per circa trent'anni nonostante le censure della Corte europea dei diritti dell'uomo. Furono le Sezioni unite della Cassazione a porvi fine con la sent. n.735 del 2015.

Per quanto riguarda i contratti, si può ricordare che la legge n. 756 del 1964 (art. 3) escluse che quelli di mezzadria realizzassero interessi merite-

voli di tutela secondo l'ordinamento giuridico e tuttavia, dopo averli vietati, prorogò l'efficacia di quelli in corso. Dopo quasi vent'anni gli stessi perduravano né dovevano estinguersi subito: l'art. 25 l. n. 203 del 1982 dava infatti facoltà (non imponeva) di convertirli in affitto. Verosimilmente molti concedenti e mezzadri non dividevano la valutazione espressa dal legislatore del 1964.

Nell'*Enciclopedia* si pone in luce come “la contrarietà di una clausola contrattuale alla legge non ne impedisca in assoluto una generalizzata diffusione”, determinata da mentalità e dai connessi usi consuetudinari, che influiscono sul reale funzionamento dell'ordinamento legale. Quando questo produca norme di non immediata rilevanza etica ossia più o meno lontane dai valori della coscienza comune, il giurista saprà tenere conto di quelle mentalità e di quegli usi “per l'attuazione stessa dei principi e dei valori fondamentali” (C. CACCAVALE cit., p. 801-805). Si aggiunge, sulla base di pronunce giurisprudenziali, che clausole contrattuali invalide possono valere nell'indagine ermeneutica per il loro rilievo di mero fatto significativo un contenuto negoziale, ancorché non per l'idoneità a produrre effetti giuridici negoziali. D'onde la necessità che esse siano utilizzate, a mente dell'art. 1363 cod. civ., per la ricostruzione dell'esatto contenuto di altre clausole non affette da nullità (M. PALAZZO, cit., p. 1151 e 1156). Neppure in questo caso, dunque, la contrarietà alla legge impedisce alla volontà dei singoli di influire sul regolamento dei loro rapporti.

La prevalenza di visioni realistiche nella teoria dei contratti si manifesta anche nella proposta di nozioni nuove, come quella di “operazione economica”, che permette di attribuire rilevanza costitutiva agli avvenimenti precedenti o seguenti la conclusione del negozio così come alle caratteristiche soggettive dei suoi autori ed al loro rapporto con i terzi nonché al contesto esterno (E. GABRIELLI, *Operazione economica*, p. 730). Si valorizzano così e si oltrepassano gli artt. 1368 e 1369 cod. civ., richiedendosi all'interprete del contratto conoscenze ed attitudini che superano di molto quanto appreso nelle (e quanto richiesto dalle) facoltà universitarie.

L'EUROPA E LA DISCIPLINA GENERALE DEL CONTRATTO

Rosalba Alessi

Emerita dell'Università di Palermo

Siamo chiamati oggi ad una discussione sul Contratto a ridosso di un nuovo volume, il primo dei volumi *Tematici* dell'Enciclopedia del diritto, curato da Giovanni D'Amico, cui hanno partecipato molti Colleghi ed anche gli amici messinesi Amagliani e Federico, dedicato appunto al Contratto. Un'opera importante e direi coraggiosa, come spiegherò tra poco.

Il titolo del mio intervento, scelto insieme ai Colleghi amici messinesi, che ringrazio per l'invito, rimanda ad un tema, se così può dirsi, "in presa diretta" con quel volume, intendendo segnalare come non si possa parlare oggi di Contratto se non a partire dall'intervento delle fonti di diritto europeo.

E tuttavia il contratto di cui oggi discorriamo, nella nostra esperienza giuridica attuale, non è solo il prodotto di cambiamenti direttamente o indirettamente introdotti dal c.d. diritto europeo dei contratti. Ad accompagnare e segnare in modo decisivo le "trasformazioni" del nostro diritto dei contratti è stata, insieme agli "innesti" delle fonti europee, una stagione quanto mai intensa di elaborazione specie giurisprudenziale, solo in parte sollecitata da quegli innesti.

Una trattazione sul contratto oggi deve comunque fare i conti con una stagione di cambiamenti, con la complessità e una certa "fluidità" del tema: ed è per questo che ho parlato di opera coraggiosa.

Il volume di cui discutiamo è specchio abbastanza fedele di questa stagione; opera densa che palesa un che di "esperimento" perché si allontana (credo programmaticamente) dall'ordine proprio dell'esposizione classica, generalmente a ridosso delle regole e istituti della "disciplina generale del contratto"; compendia una selezione di "voci" che non rispettano un unico criterio – i profili di disciplina più incisi dal diritto di fonte europea, piuttosto che quelli più nuovi o più controversi, ovvero, pur classici ma bisognevoli di riconsiderazione. Semmai li mescola, lasciando intuire quale filo conduttore proprio l'intento di compendiare i pur differenti profili di una lettura aggiornata, attualizzata, del contratto. Una organizzazione, una sequenza, dunque, inconsueta, ma sicuramente originale. Eviden-

te la premessa, implicita, dell'intenzionale allontanamento dalla sistematica tradizionale, ma non perché contestata in sé; semmai con il proposito di rivisitarla in modo da assecondare le novità ma soprattutto corroborarle, mettere un sigillo sulla conquistata o vicina solidità sistematica di tali novità. Direi un obiettivo di "messa a punto" della materia del contratto su cui oggi i giusprivatisti riflettono.

Volgendo l'attenzione ai contenuti dei diversi contributi si trova conferma di quella scelta – o forse di quella scommessa – che ha ispirato la selezione delle singole voci. Qui il lettore non può attendersi omogeneità – poiché le differenze anche di metodo sono reclamate dall'oggetto di indagine ma anche dall'approccio dell'Autore; va ricercata e qui si rintraccia piuttosto la coerenza. Una coerenza che si regge appunto sulla completezza delle singole indagini, tutte sempre corroborate dall'attenzione alla "storia", alle fonti sovranazionali, alla giurisprudenza divenuta formante decisivo in questi anni e in questi ambiti di disciplina.

Il metodo ovviamente cambia, si adegua in ragione delle variabili sopra indicate: il tema del contratto condizionale, affrontato nella bella voce di Angelo Federico non può avere trattazione "sovrapponibile" a quella sulla giustizia contrattuale che Gianni D'Amico tratta assai efficacemente con la consueta sensibilità e lucidità. Voci come quella di apertura di Alpa, che ci consegnano un bellissimo affresco, trattazione di ampio respiro come sempre colta e raffinata hanno, debbono avere, di certo andamento diverso da quello più classico richiesto da un tema come quello dei patti prematrimoniali dove Amagliani dà al lettore una sintesi efficace del tema, degli sviluppi, delle tensioni applicative e del dibattito dottrinale, premessa per una proposta ricostruttiva adeguata. Mi fermo qui ma gli esempi potrebbero continuare. E altre citazioni avrò occasione di fare nel prosieguo di questo intervento.

Il lettore in tutti i diversi casi ne risulta interessato e lo studioso del contratto ne esce direi appagato, coglie la serietà, profondità, completezza dell'approccio, lo sforzo di preservare la sintonia tra metodo di esposizione dell'argomento e sfaccettature attuali di questo.

Sullo sfondo dell'Opera e a partire dalle singole voci sta questa stagione di "scomposizione/ricomposizione" nella quale il civilista odierno è immesso quando si misura con il tema del contratto.

È qui allora che emerge ciò che costituisce premessa fondamentale neppure tanto implicita di queste mie considerazioni: il titolo del mio intervento sottintende una domanda, centrale e nient'affatto semplice, che

riguarda il *se* e il *come* possa discorrersi di una disciplina generale – nel solco della sistematica del nostro codice civile- di fronte al modello o ai modelli di contratto che il quadro normativo “europeizzato” e in generale in qualche misura fluido ci rimanda. E questo a mio avviso è un nodo sistematico centrale, che qualsivoglia approccio al tema del contratto non può oggi bypassare.

Con la cornice della disciplina generale del Contratto – pure rifiutata nell'impostazione – il Volume, ovviamente, non può fare a meno di dialogare. Anche nella scelta delle voci. La voce “meritevolezza degli interessi” non sigella il declino della causa negoziale, ma al contrario è figlia della storia dell'elaborazione sulla causa del contratto, del lavoro giurisprudenziale in tema di “causa in concreto”, dell'attenzione delle fonti europee verso l'equilibrio contrattuale. Come del resto, e vi tornerò, le voci sulla giustizia contrattuale di Gianni D'Amico e quella sulla rescissione per lesione di Carmelita Camardi.

È utile ed attuale focalizzare l'attenzione sulla nullità di protezione ma di essa non potrà cogliersi l'essenza fuori da ogni considerazione dell'istituto della nullità in generale: ce lo insegnano, pur con qualche *de-faillance* su cui tornerò, le nostre Sezioni Unite della Corte di Cassazione; se ne ricorda, un po' meno a dire il vero, la voce che leggiamo nel volume. Più diretto ovviamente il nesso con il quadro normativo generale quando si passi a voci “classiche” ad esempio in tema di rappresentanza, di Gianni Di Rosa.

Questo dialogo, dunque, seppure più o meno intenso o fecondo, non può mancare. Aleggia però, inevitabilmente, dietro l'impostazione del volume, un nodo sistematico che forse si è voluto consegnare, intatto, al lettore: se nel quadro attuale esca quantomeno ridimensionata la funzione della disciplina generale, appunto di cornice regolatoria generale; o comunque come le tante novità si rapportino ad essa. E questo è un dubbio che si è alimentato soprattutto dell'incontro tra diritto interno e diritto europeo; sul quale vorrei appunto soffermarmi, dicendo subito che alcuni dei contributi presenti nel Volume non si sottraggono a questo interrogativo e forniscono risposte interessanti.

Il rapporto diritto europeo/disciplina generale del contratto si può declinare e si è declinato come sappiamo in diverso modo. Nella prospettiva un po' datata, e auspicabilmente superata o comunque desueta, secondo cui dovrebbe ormai discorrersi di “secondo” e “terzo” contratto, la disciplina generale perde centralità, si ridimensiona per “sottrazione”,

in quanto rimarrebbe a governare il “primo” contratto, ma non quei segmenti di fonte europea entro cui emerge e si consolida, rispettivamente, il regime dei contratti di consumo e quello dei contratti dell’impresa debole, se non irriducibili di sicuro meno tributari delle regole generali di cui ai nostri artt.1321-1469 c.c. Tripartizione tanto suggestiva quanto azzardata e soprattutto fragile, su cui non occorre mi soffermi, essendo note le critiche che anche io ho avanzato.

In un’ottica in parte diversa, di sicuro più cauta, che opportunamente assume come punto di riferimento l’intero panorama di fonte europea e dunque soprattutto le direttive consumeristiche, il contratto odierno vivrebbe entro una dialettica tra diritto dell’Unione e diritto interno non sempre ricomponibile, sicché all’interprete non rimarrebbe che assecondare la “specialità” di regole, istituti, rimedi introdotti dal primo, accettandone per così dire e di volta in volta segnalandone la distanza con la disciplina generale su cui si regge il secondo, cioè il sistema di diritto nazionale. Si profila una sorta di convivenza, solo fino ad un certo punto pacifica, che ha implicita la rinuncia ad un’opera di sistemazione, alla ricerca di una ricomposizione, seppure una nuova ricomposizione, che non mortifichi le novità, ma non porti con sé necessariamente l’obsolescenza o almeno il deperimento del diritto comune.

Una “terza via”, convintamente praticata da alcuni di noi, e presente in alcune delle Voci del volume, ritiene invece possibile ed anzi necessario di volta in volta riannodare i fili che legano regole speciali e disciplina generale, ineliminabile cornice per una compiuta applicazione proprio delle regole speciali.

E ciò non certo per una sorta di pregiudizio dogmatico o un approccio un po’ retrò che rende difficile abbandonare l’impostazione classica.

Prescegliere una lettura dei nuovi dati normativi che senza mortificarne le peculiarità non ne recida tout court e talora a priori il legame con la cornice generale, non è solo o principalmente una questione di “tenuta del sistema”, questione pur in sé non trascurabile. È in realtà scelta di metodo obbligata per “gestire” se così può dirsi l’interazione diritto dell’Unione/diritto interno in coerenza con il disegno dei Trattati e con i principi fondamentali che vi stanno alla base.

Lo richiedono i dati normativi innanzitutto. Per quanto intenso, pervasivo, retto da tecniche e principi ormai consolidati, l’intervento europeo è sempre programmaticamente “parziale”: incidendo su *taluni* aspetti di singoli contratti (spesso comuni a più tipi contrattuali), o su ta-

luni *momenti* della vicenda contrattuale (primo fra tutti quello della formazione/conclusione). È un quadro normativo -sottolinearlo è persino scontato- che *reclama* non solo un completamento ma un inquadramento coerente entro gli ordinamenti interni.

Lo chiede, insistentemente, la Corte di Giustizia, che, fuori dai casi di armonizzazione piena, continua a richiamare il giudice interno ad una applicazione delle Direttive che tenga conto “del complesso delle norme interne”¹.

Il pericolo di una riflessione incline a “parcellizzare” l’oggetto di analisi e comunque a recidere o indebolire il legame con una cornice generale non è tanto o soltanto quello di far circolare nel diritto interno altrettante “monadi” più o meno eversive: anche questo in verità è un prezzo che andrebbe evitato.

Interrompere il dialogo tra regole speciali e diritto comune dei contratti reca con sé ben altro rischio, che a me pare nient’affatto remoto: quello di non cogliere o non cogliere appieno gli elementi più interessanti di quella *contaminazione* che sola può realizzare appieno l’obiettivo dell’armonizzazione. Una contaminazione che si alimenta di un moto pervasivo reciproco, discendente e ascendente: così come la cornice generale delle regole comuni rimane supporto indispensabile per completare le discipline parziali di fonte europea ed altresì guidare l’interpretazione idonea a garantire una piena ed efficace applicazione, allo stesso modo le regole speciali apportano talora nuova linfa alla disciplina generale e i principi ispiratori possono farsi veicolo potentissimo di arricchimento.

Fuori da questa opzione di metodo non c’è solo confusione, talora il travisamento della *ratio* di tecniche e istituti; ma anche *impasse* in sede applicativa e l’idea che la trasformazione del diritto dei contratti, nell’impatto con il pluralismo delle fonti e i cambiamenti delle dinamiche socio-economiche, non possa che compiersi a tratti, a singhiozzo, per strappi successivi, suggerendo all’interprete di assecondarne il percorso, step by step, e rinunciare alla sintesi.

D’altra parte, è proprio quella diversa opzione di metodo a garantire che in nome delle spinte o delle suggestioni provenienti dalle fonti europee non si compiano fughe in avanti, facendo dire alle regole e ai principi

¹ Così fra le tante, da ultimo, Banca B, causa C.-269/19, del 25 novembre 2020 a proposito di clausole vessatorie.

che governano il nostro regime del contratto ciò che mai avrebbero voluto dire e possono dire.

Alcuni esempi chiariscono il senso di quanto detto.

Il riferimento è d'obbligo, innanzitutto, al tema forse più indagato del rapporto diritto dell'Unione/diritto interno, quello del regime della nullità di protezione. Del quale sembrerebbe non esservi ormai più nulla da dire, stante la compiuta fisionomia acquisita grazie al costante lavoro di elaborazione compiuto dalla Corte di Giustizia europea. In quella sede nasce il rimedio c.d. a gestione asimmetrica, destinato ad operare a beneficio del consumatore ma affidato al giudice, perché rimedio rilevabile d'ufficio.

La Corte di Lussemburgo ha compiuto uno dei percorsi di elaborazione più interessanti e soprattutto più raffinati per delineare un modello coerente con la ratio della disciplina europea e tuttavia "compatibile" con le tradizioni dei diritti interni: sicché la "non vincolatività" della clausola abusiva, unico vero risultato voluto dall'intervento sul contenuto del contratto, ha potuto tradursi in un rimedio caducatorio (non sempre demolitorio dell'intero contratto), destinato a tutelare il consumatore ma non lasciato alla sua iniziativa. Un modello certamente particolare, nel quale tutela di una sola parte del contratto e rilevabilità d'ufficio possono coniugarsi solo a patto di valorizzare la natura *generale* dell'interesse protetto, che è interesse di una parte ma a rilevanza generale. Le ragioni di questa rilevanza sono quelle efficacemente elencate, in chiave costituzionale, dalle nostre Sezioni Unite del 2014 (sentenza n.26242); dove, certo non *pour cause*, generalità dell'interesse protetto e presidio della rilevabilità d'ufficio costituiscono il binomio, l'unico possibile, nel quale rintracciare e su cui fondare l'unità dell'istituto della nullità, ivi comprese quelle c.d. speciali².

Il ragionamento limpido della Corte si inceppa però a mio avviso su un punto, quello della compatibilità tra potere officioso del giudice e interesse del consumatore contrario alla declaratoria di nullità, rispetto al quale abbastanza sbrigativamente le Sezioni Unite, nel solco del resto di quanto ripetono i giudici di Lussemburgo, tornano a parlare di "opposizione" della parte, idonea a impedire che il giudice passi dalla rilevazione alla dichiarazione della nullità. Non v'è chi non colga la sommarietà della solu-

² Su cui sia consentito rinviare all'analisi e alle considerazioni critiche svolte in R. ALESSI, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Europa e diritto privato*, 2014, 1141, ss.

zione, della quale forse avrebbe dovuto essere meglio indagata, proprio nel corpo della sentenza, la coerenza con l'appena conclamata indispensabilità del rilievo officioso a presidio dell'interesse generale tutelato dal rimedio. È una *defaillance* tutta interna al dialogo tra le Corti, che trae origine dal precedente di *Pannon* (sentenza 4 giugno 2009, causa C-243/08), quello che io definirei uno sciagurato precedente, dove si palesa per la prima volta un potere di opposizione da parte del consumatore idoneo a bloccare l'iniziativa officiosa del giudice. Di lì a poco *Banif Plus* (sentenza 21 febbraio 2013, causa C-462/11) avrebbe cercato di correggere il tiro, restituendo la questione alla dinamica endoprocessuale del contraddittorio, e dunque chiamando il giudice interno a valutare se, dalla posizione della parte tutelata, non emergano nel processo elementi ostativi alla caducazione della clausola. Ostativi in ragione di una sorta di convalida successiva del contenuto contrattuale abusivo o piuttosto ostativi perché probanti un assetto di interessi nel quale si ridimensiona l'effetto squilibrante della clausola? ³.

Quale che sia la lettura che si intenda trarre dalle due pronunce in sequenza, non pare possa dubitarsi della circostanza che la presunta dialettica endoprocessuale in esito alla quale possa ritenersi, a seconda dei punti di vista, "paralizzato" il potere officioso del giudice o più semplicemente contestata con successo la causa di invalidità, prende corpo nel pensiero della Corte all'interno della nullità di protezione parziale, della o delle clausole sospette di vessatorietà, unica fattispecie entro la quale è emersa.

La domanda è allora: ai percorsi argomentativi della Corte di Giustizia, necessariamente e palesemente tributari delle questioni pregiudiziali di volta in volta esaminate, pur se, forse maldestramente, riproposti dalle nostre Corti, va riservata una acritica adesione o di esse va vagliata la compatibilità e coerenza con il sistema interno? Ponendosi intanto alcuni interrogativi: ad esempio se sia coerente una ricostruzione del rimedio che, una volta restituito alla disponibilità del consumatore fino al punto da attribuire a quest'ultimo un potere di convalida, possa poi limitare l'esercizio di tale potere alla sede processuale e perché; e quali conseguen-

³ La "convalida", si è osservato, opererebbe solo «nei casi in cui essa sarebbe assolutamente inutile in quanto, avendo ad oggetto un contratto che in ipotesi non pregiudica il consumatore protetto, appare destinata a sanare una nullità che, nella situazione concreta, non potrebbe neppure operare»: A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 551.

ze comporterebbe ammetterne invece anche un esercizio extraprocessuale. La posizione della Corte di Giustizia potrebbe in modo “più ortodosso” voler chiedere alle Corti interne di riasseverare nel contraddittorio processuale l’effetto squilibrante in danno del consumatore della clausola e, alla luce delle puntualizzazioni della parte protetta, escluderlo, così salvando quel contenuto contrattuale. Machinery ben diversa da una convalida endoprocessuale della clausola abusiva.

La proposta ricostruttiva che ravvisa quale ulteriore elemento di specialità della nullità di protezione l’ammissibilità di una convalida, o come si preferisce dire una “sanatoria”, può essere condivisa o meno; ci si attende però che non si snodi entro una sorta di autoreferenzialità e si misuri con le coordinate di sistema, magari anche “testandola” fuori dal regime delle clausole vessatorie, allorché si discorra di vizi strutturali del contratto come la nullità di protezione per vizio di forma dei contratti di credito o per la prestazione dei servizi d’investimento; o interrogandosi sulla breccia che una nullità convalidabile da parte del consumatore apre proprio sull’obiettivo di tutela di questi, entro un regime che invece in generale si regge proprio sulla non derogabilità. Accolto il richiamo, questo sì solido e convincente, al recupero dell’unità concettuale e di regime della nostra nullità, proveniente dalle Sezioni Unite, non credo manchino i margini per preservarla anche a costo di ridimensionare il messaggio un po’ equivoco proveniente dalla Corte di Giustizia.

Sempre a proposito di nullità di protezione e di ricerca di coerenza tra suggerimenti della giurisprudenza comunitaria e sistema interno, si dovrebbe fermare l’attenzione su un aspetto che mi pare stia emergendo con forza nelle ultime decisioni della Corte di Giustizia: quello delle *lacune* determinate nel contenuto contrattuale dalla caducazione delle clausole vessatorie.

Veniamo così al secondo esempio. La questione, che si profila attraverso una sequenza abbastanza articolata di decisioni della Corte di Giustizia rivelando tutta la sua complessità, è quella delle lacune determinate nel contratto dalla caducazione delle clausole vessatorie e delle possibili vie che, consentendo di colmarle, lascino sopravvivere il contratto. Questione di non poco momento, sotto il profilo sistematico e applicativo, che si diparte dall’art.6 della Direttiva 93/13, a cui è possibile qui dedicare solo alcune considerazioni, rinviando ai contenuti delle più recenti decisioni che significativamente segnalano incertezze ed ambiguità con cui sembrano muoversi i giudici di Lussemburgo.

Soprattutto le significative aperture della giurisprudenza comunitaria verso la rigorosa delimitazione dei cosiddetti *core terms* del contratto, sottratti alla verifica di vessatorietà se espressi in modo trasparente, hanno reso molto meno probabile lo scenario per così dire “semplificato” che verosimilmente ha ispirato l’art.6 della Direttiva 93/13: una sorta di operazione di microchirurgia che, eliminata la clausola o le clausole censurate, lascia di regola sopravvivere il contratto che di esse “può fare a meno”, entro una sorta di automatismo del quale il giudice sarebbe quasi spettatore e non attore, di cui potrebbe e dovrebbe solo prendere atto.

Attraverso un percorso abbastanza lineare, l’erosione dello spazio *off limits* in principio garantito al contenuto economico del contratto si compie lungo due direttrici convergenti: l’una che, con operazione di interpretazione estensiva e teleologica, assegna alla redazione “in forma chiara e comprensibile” il più ambizioso obiettivo di assicurare una trasparenza *sostanziale* e dunque l’effettiva comprensibilità del contenuto della clausola; l’altra, che invece valorizzando la generale *ratio legis*, dà solido fondamento ad una lettura restrittiva della deroga, cioè della regola di esclusione di cui all’art.4 par.2, così limitando le parti dell’accordo sottratte al controllo di vessatorietà (se trasparenti).

Si deve soprattutto a *Kásler*, come è noto, una solida messa a punto in merito a contenuti e limiti del giudizio di vessatorietà su clausole che riguardano il contenuto essenziale del contratto e i termini economici (causa C-26/13 – *Kásler-OTP*, sentenza del 30 aprile 2014), ma anche dei principi che devono guidare il giudice nell’alternativa tra conservazione e caducazione dell’intero contratto attraverso la soluzione al problema delle lacune contrattuali.

Qui la Corte di Lussemburgo ribadisce intanto la lettura “sostanzialista” del principio di trasparenza di cui all’art.4 par.2 della Direttiva per cui una clausola di contenuto economico potrà dirsi trasparente quando «il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi e intellegibili, le conseguenze economiche che gliene derivano». Più netto rispetto ai precedenti il guadagno interpretativo in merito al contenuto del contratto da considerare *off limits* (purché trasparente), ai sensi della medesima norma, cioè quello che contiene la “definizione dell’oggetto del contratto” ovvero “la perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall’altro”. Ribadito l’obbligo di interpretazione restrittiva della norma, dato il suo carattere derogatorio, la Corte indica precisi confini di

quelli che il giudice nazionale potrà considerare *core terms* del contratto. Clausole relative all'oggetto principale del contratto dovranno considerarsi (solo) quelle che fissano le prestazioni essenziali e che dunque lo caratterizzano, ma non quelle che rivestono un carattere accessorio. Spetta pertanto al giudice nazionale valutare, dati la natura, l'economia generale e la stipulazione del contratto di mutuo, nonché il suo contesto giuridico e fattuale, se la clausola che determina il tasso di cambio delle rate mensili costituisca un elemento essenziale della prestazione del debitore di restituzione dell'importo prestato. In generale poi - e qui sta il principio guida di maggiore interesse - l'esclusione dal giudizio di vessatorietà si fonda (trovandovi il suo limite) sulla impossibilità di rintracciare un tariffario o un criterio giuridico in base al quale controllare il rapporto qualità/prezzo di una fornitura o di una prestazione come previsto nella clausola in esame. Rapporto che non è in sé implicato nelle clausole che fissano i parametri di determinazione dei tassi d'interesse e, in particolare, le variazioni nella determinazione del corso di conversione della valuta estera prescelta dalle parti per il calcolo dei rimborsi o degli interessi di un mutuo, dove non è rintracciabile un servizio e una "remunerazione".

Invero, ridefiniti in modo puntuale e rigoroso ambito e finalità della regola di cui all'art. 4 par. 2 della Direttiva, è del tutto evidente che ne risulta significativamente ristretto il segmento contrattuale, e in particolare quello di contenuto economico, sottratto almeno in prima battuta al giudizio di vessatorietà, con la conseguenza di una prevedibile moltiplicazione di casi in cui il giudice nazionale si troverà di fronte ad accordi amputati di parti significative che ne renderanno dubbia la capacità di sopravvivenza.

Lo scenario, in parte nuovo, così delineato, non può non accompagnarsi allora in *Kásler* alla definitiva consacrazione del principio già annunciato in diversi precedenti, che, proprio in conformità all'obiettivo di cui all'art.6 par.1 della Direttiva, ammette il ricorso a disposizioni nazionali *anche* di natura suppletiva per colmare la lacuna determinata dalla caducazione della clausola vessatoria, chiarendo una volta per tutte che in ciò non può certo ravvisarsi un intervento manipolativo della clausola censurata o in qualche modo creativo da parte del giudice nazionale.

La portata di queste aperture, sancite in *Kásler*, si rivelerà ben presto nel prosieguo. Ad esempio in pronunce come quella di *Abanca Corporación Bancaria* (cause riunite C-70/17 e C-179/17, sentenza 26 marzo 2019), in cui l'alternativa tra caducazione della clausola (e dell'intero

contratto) e sua sostituzione, in nome dell'interesse del consumatore, viene messa alla prova nel contesto della successione di norme di diritto interno: onde non privare il consumatore (moroso per più rate di mutuo) della più favorevole procedura esecutiva prevista da norme speciali ma in relazione a quel contratto, cioè il mutuo immobiliare (e dunque onde evitare la caducazione dell'intero contratto), la Corte di Lussemburgo suggerisce al giudice interno, una volta caducata una clausola di risoluzione del contratto per morosità di una sola rata, giudicata vessatoria, di applicare in via suppletiva una norma *emanata successivamente alla stipula del contratto*, in forza della quale è da ritenersi valida la clausola contrattuale che consente la risoluzione anticipata del contratto ma in caso di mancato pagamento di almeno tre rate di mutuo, così giungendo a “salvare” il contratto e la relativa procedura esecutiva di sfratto che ne discende, meno sfavorevole al consumatore di quella ordinaria: «gli articoli 6 e 7 della Direttiva», sancisce la Corte, «non ostano a che il giudice nazionale sani la nullità della clausola abusiva sostituendola con il nuovo testo della disposizione legislativa che ha ispirato detta clausola, applicabile in caso di accordo tra le parti contraenti, sempreché il contratto di mutuo ipotecario in questione non possa sopravvivere in caso di eliminazione della clausola abusiva e l'annullamento in toto del contratto esponga il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli».

E del resto poco prima in *Banco Santander SA e Rafael Ramón Escobedo Cortes* (sentenza 7 agosto 2018, cause riunite C-96/16 e C-94/17), la Cortés ha ritenuto “salvabile” il contratto di mutuo, amputato della clausola vessatoria che ne fissava la misura degli interessi moratori, mediante la determinazione di interessi moratori nella misura fissata per quelli corrispettivi, e ciò quale conseguenza della diversa regola convenzionale presente nel contratto e “sopravvissuta” nella versione del contratto corretta. Il giudice nazionale, si afferma qui, può operare tale correzione. Malgrado la Corte, in una sorta di equilibrismo argomentativo, si affretti a ribadire che ciò va fatto «senza poter sostituire alla clausola ... disposizioni legislative suppletive, né rivedere la clausola in questione», in realtà, in un allontanamento a cascata dalle prime interpretazioni “ortodosse” della regola di cui all'art. 6 della UCTD, i giudici di Lussemburgo sorvolano sulla circostanza che l'eliminazione di una parte della clausola pattizia equivale ad una sua riscrittura.

A questa decisione come sappiamo si ispireranno le nostre Sezioni Unite quando, a proposito di interessi moratori usurari, nella contestata

decisione n.19597 del 2020, prospetteranno una operazione di salvataggio (peraltro non necessaria visto che il contratto, ove si applicasse la norma interna, art.1815, comma 2 c.c., sopravviverebbe quale mutuo gratuito), operazione che presuppone, insieme, la parziale applicazione di una norma imperativa (la nullità comminata dall'art.1815, comma 2 codice civile, ma qui limitata al segmento usurario dell'interesse moratorio rispetto al tasso di interesse corrispettivo) e l'applicazione di una norma suppletiva, quale l'art.1224 comma 1 c.c.

Insomma, mi pare siamo lontani dalla asettica constatazione delle possibilità di sopravvivenza del contratto a seguito della mera individuazione di una o più regole suppletive direttamente applicabili in sostituzione di quelle pattizie vessatorie dichiarate nulle.

Ebbene, in questo percorso abbastanza lineare e molto promettente per ricostruire il rapporto autonomia privata/legge secondo la ratio della Direttiva 93/13, irrompe l'inatteso quanto approssimativo *revirement* che la Corte di Lussemburgo ci riserva in *Dziubak* (sentenza 3 ottobre 2019, causa C-260/18), dove la Corte – malamente indirizzata dalle Conclusioni dell'Avvocato Generale, va detto – esclude che la lacuna contrattuale (sempre a proposito di indicizzazione del mutuo e relativo tasso di interesse corrispettivo) possa essere colmata mediante l'applicazione di disposizioni nazionali di carattere generale che prevedano una integrazione tramite gli usi, poiché esse non risulterebbero «essere state oggetto di una valutazione specifica del legislatore al fine di stabilire» se consentano l'equilibrio tra diritti ed obblighi delle parti». La risposta è in realtà per così dire “fuorviata”, o comunque orientata dalla considerazione che l'applicazione di tale diverso parametro porterebbe a condizioni di scambio diverse da quelle prefigurate in sede di conclusione del contratto; e dunque secondo la Corte verrebbe in gioco il principio secondo cui il contratto non può essere mantenuto se il giudice nazionale, alla stregua del diritto interno, ritenga che l'eliminazione delle clausole comporti «la modifica della natura dell'oggetto principale del contratto». Ma *Kásler* insegna che le clausole sui parametri di determinazione dei tassi di cambio degli interessi non sono da considerare sempre e comunque “oggetto” del contratto; qui invece la Corte ravvisa nella sostituzione della clausola pattizia una *modificazione* dell'oggetto; che risiederebbe però proprio (e solo) nell'allontanamento dai contenuti ed esiti economici dell'originaria determinazione convenzionale (abusiva).

Molte altre sfaccettature di questa decisione andrebbero considerate, specie quando si traducono in un travisamento o vera e propria negazione di principi consolidati ben sanciti in *Kásler*. Rimanendo nei limiti di ciò che qui interessa, non può farsi a meno di segnalare come entro un certo bailamme argomentativo, che dalle conclusioni dell'Avvocato generale approda al *decisum*, a scomparire è l'unico dato certo che avrebbe potuto guidare la decisione della Corte in linea con l'*acquis* consacrato in *Kásler*: la rintracciabilità, nel diritto interno implicato, di una norma suppletiva sulla integrazione del contratto, quale l'art. 56 del codice civile polacco, di tenore analogo al nostro art.1374 c.c., secondo cui «Un atto giuridico produce non solo gli effetti che sono in esso espressi, ma anche quelli che derivano dalla legge, dalle norme di convivenza sociale e dagli usi». Norma peraltro invocata proprio dalla Banca per salvare il contratto e idonea a realizzare l'unico obiettivo della UCTD, cioè, come tante volte non hanno mancato di sottolineare proprio i giudici di Lussemburgo, ripristinare «per il consumatore, la situazione di diritto e di fatto in cui egli si sarebbe trovato in mancanza di tale clausola».

Dziubak è ben più che una decisione sbagliata⁴.

È una mina vagante. Negato il ricorso alle disposizioni e ai principi generali dell'ordinamento interno si stravolge, sostanzialmente negandolo, il principio ormai acquisito che ammette il ricorso alle norme suppletive, così lasciando il giudice disarmato. Le dottrine *Dziubak* cacciano la Corte in un vicolo cieco i cui esiti non tardano a emergere. Di lì a poco, in *Banca B SA* (sentenza 25 novembre 2020, causa C-269-19), ribadita, sull'onda del suo precedente, l'impraticabilità di correzioni ispirate al quadro normativo generale e ai suoi principi, la Corte troverà ora più accettabile la via, pure esplorata dai giudici interni ma prospettata dubitativamente da quello del rinvio, della rinegoziazione. E dunque si profila il paradosso di una soluzione che intende tutelare il consumatore semplicemente restituendolo a quello scambio impari che il controllo sulle clausole abusive dovrebbe correggere; uno scambio in esito al quale gli si prospetterà verosimilmente solo la possibilità di accettare un contratto *diversamente* squilibrato quale unica alternativa ad un fallimento della trattativa che lo esporrebbe alle medesime conseguenze della caducazione del contratto originario. A meno di immaginare una improbabile rinegozia-

⁴ F. ESPOSITO, *Dziubak is a fundamental wrong decision: superficial reasoning, disrespectful of National Courts, lowers the level of consumer protection*, in *European review of Contract Law*, 2020

zione eterodiretta dal giudice, di cui stentiamo a trovare il fondamento nel nostro come negli altri ordinamenti degli Stati membri.

Dietro questa *impasse*, che rischia di allontanare il regime della nullità di protezione dai suoi obiettivi, vi è una scarsa ponderazione delle conseguenze che ha sul piano sistematico l'abbandono del modello classico di "gestione" delle clausole vessatorie, cioè quello della integrazione cogente; abbandono che si compie quando la Corte di Giustizia ammette il ricorso alle norme suppletive. Abbandonato il modello di una operazione "notarile" che registra l'innesto di contenuti imperativi in luogo di quelli pattizi censurati, il compito del giudice andrebbe forse ricollocato entro i più ampi poteri d'interpretazione, operazione per cui egli ha dunque a disposizione – e non potrebbe essere diversamente – tutti gli strumenti della propria funzione ermeneutica, sia quando si tratti di scandagliare i contenuti anche impliciti della clausola pattizia sospetta di abusività nel contesto del complessivo assetto di interessi delineato dalle parti, *l'overall assessment* richiesto dalla Direttiva, sia quando si tratti di saggiare la realizzabilità del programma contrattuale così corretto nel contesto normativo considerato nel suo complesso, compresa l'integrazione suppletiva, al quale l'accordo, ricondotto alla sua fisiologia, deve essere restituito.

Una *impasse* su cui di sicuro occorre riflettere; e che comunque chiama in causa la capacità della dottrina, prima che della giurisprudenza, di porvi rimedio "mettendo in contatto" il percorso talora accidentato ma carico di conquiste rintracciabile nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (prima di *Dziubak*) con il quadro normativo interno.

La Corte di Giustizia non manca di ricordare proprio nell'ultima decisione Banca B, del 2020, che la Direttiva 93/13 - «non mira a raccomandare soluzioni uniformi per quanto concerne le conseguenze da trarre dalla dichiarazione del carattere abusivo di una clausola contrattuale».

E che per questo il giudice interno deve riferirsi, nell'applicazione, al complesso del diritto interno.

Privilegiato l'obiettivo di conservazione del contratto, che emerge dall'art.6 della Direttiva e *dall'acquis comunitario*, e ammesso il ricorso a norme suppletive, la via per restituire il contratto alla situazione di fatto e di diritto che si sarebbe determinata senza le deroghe squilibranti imposte dal professionista, così come chiede la stessa Corte di Giustizia, «va cercata nella cornice del diritto comune dei contratti e dei principi che lo ispirano nei singoli ordinamenti». Dal cortocircuito tra *Kásler* e *Dziubak*,

si esce solo con un'opera di elaborazione che valorizzi il dialogo diritto europeo/diritto interno fuori da una acritica e talora infruttuosa adesione ai dicta della Corte di Giustizia.

Questione non marginale se, stando almeno a talune proposte di revisione del codice civile, i nostri giudici potrebbero essere chiamati a “gestire” la questione delle lacune del contratto nella prospettiva della sopravvivenza di questo, ben oltre l'ambito delineato a livello europeo, e, per tutti i contratti, a proposito di «clausole, patti o accordi che risultino in contrasto con la tutela dei diritti della persona aventi rango costituzionale», clausole che andrebbero colpite da invalidità operante soltanto a vantaggio del titolare dei predetti diritti, ma «con salvezza quando possibile delle altre clausole del contratto». Questa una delle modifiche al codice civile indicate all'art.1, lettera h, del disegno di legge delega per la revisione del codice civile presentato nel marzo 2019 dal Governo Conte.

Il richiamo alla delega per la riforma del codice civile - a prescindere dalla sorte che la proposta avrà dopo la fine della legislatura - consente di spendere qualche parola su quello che ho chiamato moto ascendente del rapporto diritto europeo/diritto interno e che dunque sollecita a interrogarci sul *se* e sul *quanto* di novità proveniente dal diritto europeo, quando solidamente retto da nuovi principi e strumenti, possa approdare o sia già approdato ad un tale livello di generalità da smentire, sostituendoli, principi, regole, istituti del nostro diritto comune, o anche solo da favorirne una rilettura in chiave evolutiva. Siamo giunti così al terzo degli esempi.

Il processo in atto va nella seconda piuttosto che nella prima delle direzioni ora menzionate; ma non è certo un processo di poco momento, se è vero che sull'onda di queste spinte innovative si è ritenuto addirittura di mettere mano in Europa alla riforma delle principali codificazioni civili di fine Ottocento e del secolo scorso.

Un appuntamento del quale si discute da tempo ormai anche da noi; che è sembrato avere una accelerazione proprio con il ricordato disegno di legge delega n.1151 del marzo 2019; e che comunque rimane decisamente attuale. Impossibile prevedere la sorte di questa proposta normativa, come si è detto; i suoi contenuti però ripropongono nodi sistematici oggetto di dibattito e meritano dunque qualche considerazione.

La prima è che il modello di novella cui si pensa sembra non essere quello della “cooptazione” entro il codice di discipline speciali, destinate a rimanere tali seppure entro una cornice che ne segnala l'acquisita stabilità. La riforma proposta da noi dovrebbe riguardare diversi aspetti della

disciplina dei rapporti privati, si tratti ora di risolvere dubbi interpretativi o lacune emerse nella prassi ora di intercettare nuove esigenze o di porre rimedio alla obsolescenza di talune soluzioni. Nel caso dei contratti è scontata la spinta costituita dalle novità introdotte dalle Direttive consumeristiche ed ormai sufficientemente consolidate nel diritto interno. Si profila pertanto non il modello della riforma del diritto delle obbligazioni tedesco, per intenderci, ma semmai il modello della riforma del 2016 del *Code civil*.

La seconda considerazione è che talune direzioni di riforma in materia di contratto confermano la fecondità delle scelte europee. Una direzione l'abbiamo già vista ed è l'estensione della nullità di protezione quale rimedio a contenuti non propriamente vessatori (nel senso europeo) di tutti i contratti, a protezione dei diritti della persona. Non mi soffermo su questo aspetto se non per osservare che l'inserimento di una tale estensione del controllo di vessatorietà sulle clausole di tutti i contratti innesterebbe un doppio cortocircuito: con la disciplina delle clausole vessatorie nelle condizioni generali di contratto di cui agli artt.1341 ss. affidate sempre per tutti i contratti non di consumo ad un rimedio diverso e assai meno incisivo della nullità di protezione; con il regime della nullità, entro il quale si innesterebbe *ex abrupto* una nullità "speciale" quale quella di protezione, lasciata a mo' di corpo estraneo perché fuori da ogni raccordo sistematico.

L'altra direzione della novella in materia di contratto, *ca va sans dire*, è quella che prospetta l'introduzione di un obbligo di informazione, chiedendo al legislatore delegato (lettera f) di «prevedere, nel corso delle trattative per la conclusione del contratto, che la parte che sia a conoscenza di un'informazione di rilievo determinante per il consenso sia inderogabilmente tenuta a comunicarla all'altra parte quando questa la ignori e abbia fatto necessario affidamento sulla lealtà della controparte; sono escluse le informazioni concernenti il valore dell'oggetto del contratto».

Obiettivo dichiarato, nella relazione di accompagnamento al disegno di legge delega, è quello di sopperire ad una lacuna che le aperture giurisprudenziali in tema di buona fede nelle trattative non avrebbero compiutamente colmato. La proposta è quella di "positivizzare" se non un elenco dettagliato di informazioni da fornire all'altra parte, secondo la scelta prevalente a livello europeo, almeno l'obbligo di informazione – per gli elementi "di rilievo". Scelta che può condividersi, ma con una riserva. O meglio a patto che non si abbandoni la cornice che, grazie proprio al

dettato dell'art.1337 c.c., ma soprattutto alla lettura che ne ha dato la nostra giurisprudenza, "consegna" l'obbligo di informazione alla clausola generale di buona fede, peraltro richiamata sotto forma di "lealtà" nella formula sopra ricordata. Clausola di buona fede che francamente appare ancora l'unica che potrà consentire all'obbligo di informazione "positivizzato" di reagire alle mille variabili delle manifestazioni dell'autonomia privata entro cui si delinea il "rilievo" in concreto delle informazioni dovute e si specifica e individualizza il livello di "affidamento" della singola controparte, unico parametro idoneo a misurare l'adeguatezza dell'informazione.

Quello degli obblighi di informazione precontrattuale è senza dubbio un esempio "virtuoso" di contaminazione tra diritto interno e diritto europeo. Altri lo sarebbero assai meno, anzi non sarebbero affatto percorsi di contaminazione. Questo è un terreno in cui occorre andare molto cauti, senza far dire al sistema ciò che mai potrebbe dire.

Occorre un approccio rigoroso, come quello che guida la voce di Gianni D'Amico che ci mette in guardia dalle "sirene" della giustizia contrattuale; o quello che meritoriamente chiarisce, nella rigorosa analisi di Carmelita Camardi, perché alla "vecchia" rescissione non possa attribuirsi alcuna valenza di carattere regolatorio di taluni mercati sensibilmente asimmetrici, e all'interno della normativa a tutela dei consumatori, e come la "nostra" rescissione per lesione di stampo codicistico non possa essere o diventare veicolo di controllo della liceità o meritevolezza del contratto, come di essa non vada travisata l'ottica tipicamente individualistica entro la quale rimane.

«Il diritto comune dei contratti proietta un referente sul piano strutturale costituito appunto dallo schema unitario astratto, che si risolve nella categoria generale di contratto», categoria «costruita in modo da consentire le diversità di discipline al suo interno senza che ciò comprometta l'unità del nucleo comune caratterizzante». Così Giuseppe Benedetti nella sua riflessione sull' art.1323 c.c.⁵ assunta quale norma chiave, che vale a fondare l'unità della categoria nel momento in cui individua nelle norme generali *un diritto comune dei contratti*. E quella riflessione, è bene ricordarlo, nasceva proprio a ridosso delle prime analisi sull'emergente diritto europeo dei contratti. «La ricostruzione unitaria del contratto – Egli aggiungeva – «non costituisce opzione dogmatica o lusso concettuale ma necessità applicativa».

⁵ *La categoria generale del contratto*, nella *Rivista di diritto civile* del 1991, 660

Il volume di cui oggi discorriamo ha, tra gli altri, anche il merito di rilanciare questo nodo sistematico e di offrire ulteriori spunti al giusprivatista chiamato a riflettervi.

VENEZIA

PAROLE INTRODUTTIVE. MOLTE VOCI PER UNA VOCE

Carmelita Camardi

Ordinaria dell'Università di Venezia

Credo possa essere interessante in questa sede interrogarsi sul genere di operazione culturale che sta dietro alla progettazione di una Enciclopedia per “voci”. Dove, come è evidente, il tema dell'ordine da conferire ai problemi evocati da ciascuna nel contesto di una sequenza alfabetica può risultare antagonista –via via che l'opera prende corpo- con il tema dell'ordine da dare all'importanza storica e istituzionale dei medesimi. A ciò si aggiunge quella forse inevitabile *astrattezza* con la quale ciascuna voce si costruisce, per poter durare quel tempo che l'ambizione di un'opera enciclopedica pretende, e che nasconde forse l'idea di voler ipotecare l'attualità della prima (con aspirazione alla perennità) rispetto alle altre (le successive e poi l'ultima). Insomma, un gioco con il tempo che scorre e una sfida per lo studioso.

Ma il progetto culturale dei TEMATICI sfida i rischi (e forse gli inconvenienti) di questa tradizione editoriale e culturale, rinnovandola. Una sola voce, e quella di cui oggi ci occupiamo in particolare, rende possibili una serie di opzioni scientifiche e culturali.

La prima è quella di costruire una più agile analisi per specifiche “voci” (per singoli problemi), ma senza compromettere la profondità del risultato scientifico, quale resa possibile dall'insieme coordinato delle singole parti.

La seconda è quella di aprire al fruttuoso pluralismo delle opzioni interpretative e di metodo, senza quei condizionamenti e appesantimenti che sono tipici di un altro genere letterario al quale un volume tematico può (correre il rischio di) essere ricondotto, e cioè il “trattato”.

La terza, ma non ultima, è quella di consentire di indagare -come in questo caso- anche il pluralismo delle fonti normative. Circostanza che nella materia contrattuale è stata ed è determinante: anzi è una condizione e un presupposto per la comprensione della materia stessa.

Insomma, un *Tematico* restituisce tanti suoni, ma non (necessariamente) un coro. E questo fa bene all'ascolto.

Detto questo in linea generale, non resta che indagare e cimentarsi nello svelare il progetto costruttivo specifico voluto per questo Tematico da Gianni D'Amico, attraverso le singole voci che ha inserito, e attraverso quelle che non ha inserito. Naturalmente, l'ordine alfabetico cela e confonde l'ordine logico e problematico attribuito alla trattazione, ma qualche rapida osservazione sul punto può farsi ugualmente.

Una prima scelta salta agli occhi. Mancano le voci corrispondenti agli "elementi" del contratto, sia quelli essenziali che quelli accidentali. Troviamo titoli come *vizi della volontà, operazione economica, meritevolezza, contratto condizionale*, ma null'altro che evochi l'art.1325 e le altre norme collegate, ovvero: la sagoma della *fattispecie* contrattuale.

Sono presenti invece titoli dedicati all'aspetto procedimentale e dinamico, anche se non a carattere astratto: *formazione del contratto e tecnologie digitali, esecuzione del contratto, risoluzione per inadempimento*.

Non sono presenti, inoltre, voci organiche sulle patologie contrattuali, ma singoli richiami che vorrei definire "spot": *nullità di protezione, sanatoria, ordine pubblico, rescissione (squilibrio contrattuale)*.

Insomma, voglio dire che se cerchiamo la consueta sistematica contrattuale dei trattati o della manualistica, allora quella non c'è, se non per singoli aspetti problematici appositamente selezionati (aggiungo a quelle or ora menzionate le parti su *rimedi contrattuali e responsabilità precontrattuale*).

Ciò che invece mi colpisce sono almeno altri due gruppi di frasi e parole.

Il primo è il gruppo organizzato intorno alla formula "contratto e...", dove la congiunzione unisce al termine *contratto* altre variegata espressioni che evocano temi o figure o circostanze non necessariamente contrattuali, e ciò avviene per ben nove volte (contratto e: *concorrenza, Autorità indipendenti, economia comportamentale, processo, ragionevolezza*, etc.). Direi che queste espressioni chiamano in campo un fenomeno fortemente presente nei sistemi sociali evoluti, e che voglio definire "interferenza". Esso investe anche le discipline giuridiche, sfidando la tendenza alla settorialità; e queste ultime nel rapporto con le altre scienze sociali.

Non si può non notare, poi, la sottile astuzia con la quale attraverso l'uso della stessa espressione di apertura (*contratto e...*) si neutralizza – almeno in parte – l'effetto di casualità generato dall'ordine alfabetico utilizzando ... il medesimo ordine, e si propone così una sequenza combinata di problemi e riflessioni.

Il secondo gruppo di voci è un microinsieme piccolo ma importante: *contrattualità successoria*, e *patti prematrimoniali*, che pure - ma da tutt'altro punto di vista - evocano temi non necessariamente contrattualistici, almeno secondo la tradizione.

Cosa emerge allora da questo aspetto così apparentemente variegato e non sempre dichiaratamente sistematico di pensieri?

A parte la scelta negativa di non voler offrire un volume a taglio trattatistico, qual è la scelta positiva e di metodo prospettata in questo *discorso* sul Contratto? Provo a formulare un'ipotesi, personale ovviamente, i cui limiti fra l'altro derivano dal non aver letto tutte le voci, ma soltanto alcune.

E l'ipotesi è che Gianni abbia voluto delineare la *complessità* del fenomeno contrattuale, quale effetto combinato di tutte le contrastanti dinamiche che ruotano intorno al principio dell'autonomia negoziale. E se la complessità si origina e si dipana attraverso la continua interferenza di piani problematici e degli interessi sociali connessi, e prende poi forma in "soluzioni" che non sempre procedono per eliminazione delle precedenti, ma più spesso per accumulazione o affiancamento, allora in questa chiave - che per comodità chiamo *pluralistica* - il disegno concettuale acquisisce le sue linee fisionomiche.

Per un verso, si vogliono cogliere le espansioni dello strumento contrattuale, una sorta di *pancontrattualismo* che esalta la logica dell'accordarsi e vi attribuisce fiducia anche nei confronti di istituti e istituzioni che si volevano tenere lontani da questo strumento, come le vicende matrimoniali o le successioni.

Per altro verso, emerge quella complessità che vede la contestuale espansione di un diritto *altro*, eteronomo se non anche antagonista, sul contrattualismo dilagante. Ed ecco le voci *contratto e...*, alle quali aggiungo adesso i contributi dedicati a taluni aspetti del diritto europeo.

E questo può bastare, molto più e molto meglio che operazioni culturali o editoriali costruite sulla replica di sterile e astratta dogmatica, ovvero sulla riproposizione di schemi classificatori a base meramente quantitativa (il primo, il secondo, il terzo contratto), che non fanno né vogliono cogliere quelle interferenze concettuali e problematiche che questo volume invece vuole offrire al lettore.

**IL DIRITTO CONTRATTUALE,
OVVERO IL DIRITTO DELLA FIDUCIA.
PREMESSE PER UNA DISCUSSIONE**

Mauro Grondona

Ordinario dell'Università di Genova

Sommario: 1. Premessa – 2. Contratto e fiducia – 3. Il contratto tra ontologia e fenomenologia – 4. Contratto e contesto – 5. Contratto e autonomia privata

1. Se dovessi dare un titolo a questo mio intervento, che si sofferma (ma a una distanza di avvistamento, per dir così, non discutendo né le specifiche impostazioni, né le specifiche proposte ricostruttive), o meglio, prende le mosse da tre voci («Contratto e Costituzione», di Giuseppe Vettori, «Contratto e diritti fondamentali», di Giorgio Resta; «Divieto di discriminazione», di Pasquale Femia) del volume dedicato al diritto contrattuale della nuova serie de 'I tematici', che oggi qui a Venezia presentiamo, potrei proporre il seguente: 'il diritto contrattuale, ovvero il diritto della fiducia'.

Poi, però, si tratterebbe subito di decidere se occorra, o no, porre al finale di frase un punto interrogativo (il che significa, con assai scarsa fantasia, riflettere, e individuare l'opzione preferibile, tra una visione antagonista e una visione cooperativa del contratto). A questa domanda cercherò di dare una breve risposta al termine di questo mio altrettanto breve intervento. Ma fin d'ora si può anticipare che quella che ben possiamo chiamare democratizzazione delle fonti del diritto (che non è un male, ma è la risposta, quand'anche non voluta, delle società aperte al primato dell'individuo e della sovranità individuale, andando ovviamente a incidere sulla percezione e sulle caratteristiche della collettività, oggi assai mobile) favorisce un approccio cooperativo alla giuridicità, e prima ancora al senso di appartenenza civica. Del resto, cooperazione e fiducia reciproca vanno di pari passo.

Ora, a proposito di fiducia, proprio Pasquale Femia¹ richiama il detto

¹ P. FEMIA, *Discriminazione (divieto di)*, in *Enc. dir., I tematici, I, Contratto*, diretto da

di Durkheim “nel contratto non tutto è contrattuale”, e così commenta: «[C]’è un’intuizione geniale e c’è del veleno. Il lato geniale è che non si capisce nulla del contratto se non lo si comprende entro l’ambiente sociale di contrattazione, se non si guarda al contratto come la funzione di una rete di relazioni di fiducia e cooperazione senza le quali l’interazione binaria sarebbe impossibile. Il lato tossico è invece alimentare l’illusione che per capire giuridicamente il contratto non occorre portare lo sguardo sugli elementi non contrattuali del contratto. La comprensione profonda supera l’antitesi».

Quanto scritto da Femia, da un lato, potrebbe essere utilizzato come materiale la cui esegesi consentirebbe di esaurire il tempo e la sostanza del mio intervento, ma dall’altro lato potrebbe essere utilizzato (cosa che appunto vorrei provare a fare) come criterio di giudizio più generale, nonché come prospettiva filosofico-politica di sintesi, per analizzare, prendendo anche posizione, quanto hanno scritto Vettori, Resta e lo stesso Femia.

Naturalmente, all’interno di questa traiettoria, non bisogna dimenticare il quadro culturale dell’intero volume, perché ovviamente si candida a essere il punto di riferimento, in materia di contratto, per almeno i prossimi 10 anni; forse potremmo dire, con un sorriso a fior di labbro, è il Messineo dell’Enciclopedia del diritto² della prima metà degli anni 2000.

È dunque ovvio che, fatta questa premessa, non sarebbe sensato che proponessi mie considerazioni in tema di contratto; molto più semplicemente, e prudentemente, vorrei mettere in relazione il tema del contratto con il tema della fiducia, facendo emergere qualche aspetto genericamente riconducibile all’orizzonte filosofico-politico di una contemporanea società aperta, peraltro non poco aiutato da una brillante presa di posizione di Tommaso Greco³.

2. Orbene, contratto e fiducia.

Da un lato abbiamo il contratto; dall’altro lato la fiducia (individuale e sociale: tornerò sul punto).

Possiamo dire che la forza e la debolezza del contratto, la vita del contratto, le stagioni del contratto (come direbbe Guido Alpa), il rapporto

G. D’Amico, Milano, 2021, p. 499 ss., qui p. 515, nota 77.

² Alludo ovviamente a F. MESSINEO, *Contratto. Voci estratte dall’Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961.

³ T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, 2021.

tra contratto e società, e dunque, e più in generale, il rapporto tra ciò che sta dentro il contratto, tra ciò che le parti hanno voluto delimitare, hanno voluto circoscrivere e quindi anche proteggere, e ciò che sta fuori del contratto (il mondo esterno, nella sua più ampia estensione e accezione, anche in senso ostile al perimetro contrattuale: sotto questo profilo, una concezione ontologica dell'ordinamento è in sé potenzialmente oppositiva al contratto; e questa opposizione si accentua se anche del contratto si condivide una visione ontologica, come certamente accaduto nel passato), insomma tutti questi rapporti, tutte queste relazioni si muovono all'interno di una siffatta connessione (più o meno intensa) tra contratto, quale fonte di reciproca fiducia tra le parti, e fiducia collettiva, tanto nella stabilità del vincolo, quanto nella sua giustizia (dove la stabilità: un contratto percepito, prima ancora che dalle parti, dalla collettività, come ingiusto, non solo avrà vita breve, ma rappresenta un pericolo per la collettiva fiducia nel contratto)⁴, quanto nella sua forza trasformativa. Sotto questo profilo non c'è dubbio che la forza del contratto stia soprattutto nella sua capacità di incidere in senso trasformativo, tanto sulla dimensione individuale, quanto su quella sociale, tanto sulla dimensione economica, quanto su quella esistenziale.

Naturalmente, quando dico 'fiducia', intendo sia la fiducia individuale rispetto a ciò che la controparte farà (o non farà – e qui, oggi, il tema potrebbe essere anche quello di un apparato rimediale costruito *ad hoc*, e quindi individualizzato sulla base dei dati che quelle stesse parti contrattuali, in quanto esseri umani, hanno rilasciato, consapevolmente o meno;

⁴ Da questo punto di vista, si potrebbe aggiungere che un giurista non certo sospettoso della dogmatica e della sistematica civilistica, quale appunto Messineo, in una garbata discussione con Gorla, avente specifico oggetto l'empirismo inglese (ad avviso di Messineo, troppo lodato da Gorla, a dispetto del diritto positivo), non esita a dire (e la cosa può forse sorprendere) che il giudice italiano deve prendere esempio dal giudice inglese «nell'essere sensibile alle istanze della "giustizia del dato caso", secondo una locuzione, che correntemente si adopera presso di noi, quando si vuol definire l'equità»; e subito aggiunge (esprimendo una posizione, mi pare, di prudenziale apertura al ruolo trasformativo dell'interpretazione, che, *grosso modo*, era poi anche quella di Ascarelli): «Il monito che può ricavarsi dallo studio del metodo dei giuristi inglesi, risiede, pertanto, in un arricchimento delle nostre conoscenze e, in particolare, nel considerare la *regula iuris*, come qualcosa sempre suscettibile di adattamento al caso da decidere; quindi, in perenne, seppure lenta, trasformazione, così da preparare il diritto nuovo: non regola inerte, ma vivificata dal contatto con l'esperienza e che mostra il suo vero volto, soltanto nell'applicazione; e tuttavia (aggiungo) pur sempre regola, canone, principio»: F. MESSINEO, *Contratto (dir. civ.)*, in ID., *Contratto*, cit., p. 3 ss., a p. 12, nota 26.

dati a partire dai quali il giudice potrà individuare una regola che attribuisca rilevanza a un contesto che non è più, o comunque non è più solo, oggettivizzabile, tanto rispetto al contratto, quanto rispetto a ciò che al contratto è esterno, ma è primariamente soggettivizzabile, nel senso di riferibile ai soggetti contrattualmente coinvolti, all'insegna, se si può dir così, di un metodo tipologico algoritmizzato, che utilizza l'enorme massa di dati raccolti per elaborare modelli e probabilità di condotta da cui poi attingere in sede di giudizio), sia la fiducia sociale: da un lato, allora, fiducia individuale nel contratto, quale strumento tanto di efficienza, quanto di giustizia, individuale e collettiva; dall'altro lato, fiducia sociale nel contratto, quale fondamento istituzionale dell'ordine sociale, che è l'ordine dello scambio e quindi della competizione, nonché strumento di trasformazione sociale, per conseguire un miglioramento a beneficio delle n parti che al contratto ricorrono.

Ecco che, allora, mettendo insieme contratto e fiducia, intanto emerge un primo dato che, direi, oggi deve essere presupposto, quando si voglia lavorare sulla teoria generale del contratto: il contratto è produttore di giuridicità in quanto produttore di fiducia, e in questo senso è la stessa fiducia a essere come tale giuridicamente rilevante. La fiducia nel vincolo, prima di essere tale quale effetto riflesso della forza di legge del contratto, è tale quale effetto diretto della fiducia in una parola data che è elemento civico e istituzionale; fiducia nelle reciproche aspettative e quindi, complessivamente, nel contratto quale strumento di stabilità sociale, ma non di immobilismo. Ci si affida al contratto e alla sua forza trasformativa, perché affidarsi al contratto significa affidarsi a sé stessi e, al contempo, affidarsi a un ordine giuridico che si rispecchia nel contratto, perché, a sua volta, nel contratto troviamo l'immagine di quell'ordine sociale che della contrattualità, nonché del contrattualismo, è il presupposto.

3. Teoria generale del contratto, dicevo: non c'è dubbio che questo volume miri a una rifondazione della teoria generale del contratto (non tutte le voci hanno questa vocazione teoretica, ma molte sì).

E allora, avendo fatto questo cenno, aggiungerei che di alcune voci si sente la mancanza: quella sull'analisi economica del contratto; quella sui rapporti tra teoria generale del contratto e teoria generale del diritto; quella su contratto e sociologia (*at large*); quella su contratto e antropologia (sempre *at large*); forse, anche quella su contratto e filosofia politica (ma sono ben consapevole del fatto che, per più d'uno, magari a partire

dallo stesso Gianni D'Amico, queste voci sarebbero state, e sarebbero, un fuor d'opera).

Ora, dato che ci troviamo di fronte a un volume ambizioso, per costruire una nuova teoria generale del contratto bisogna partire da un aspetto che, non a caso, è presente nel volume, ma è presente *e contrario*, quindi è presente proprio perché è assente (che non è un gioco di parole un po' stucchevole, ma tocca una questione centrale, non solo per il tema del rapporto tra contratto e dimensione istituzionale, che poi è il rapporto tra contratto e ordinamento, ma centrale, appunto, anche per l'intera teoria generale del contratto): alludo a un termine, o meglio, a un'espressione che (almeno nelle tre voci di cui mi occupo io) non compare, anche come implicita assunzione.

L'espressione è 'ontologia contrattuale'.

Nessuno degli autori di queste tre voci si muove in chiave di ontologia contrattuale, definendosi ontologico appunto l'approccio al contratto per cui si dà un contratto in sé, che legittima il discorso sull'essere contrattuale, donde una doverosità, e quindi una normatività, che discende dall'essenza contrattuale, che conforma di sé l'istituto.

L'ontologismo adotta un'attitudine oppositiva.

L'ontologismo è assolutistico.

Proprio Pasquale Femia, nel convegno linceo pensato e organizzato da Marisaria Maugeri nel 2021⁵, ha detto, con molta nettezza: dobbiamo abbandonare ogni tentazione ontologica: il contratto non è una ontologia; il contratto è un problema.

Dunque, possiamo subito glossare: il contratto è un problema economico, sociale, ordinamentale, e quindi assiologico, normativo, etico, ma è sempre un problema (problema, non nel senso di ostacolo da superare, ma nel senso di dimensione che richiede una costante riflessione critica, sul piano teoretico, e un altrettanto costante agire pratico, che consenta una risoluzione del problema contrattuale attraverso lo stesso svolgimento di quelle potenzialità che, prima o dopo l'azione, il pensiero critico mette a fuoco).

⁵ *Il contratto o i contratti?*, Roma, 29 novembre 2021-1° dicembre 2021, Accademia Nazionale dei Lincei, può ascoltarsi al seguente *link*: <https://www.youtube.com/watch?v=RXylj8bbmYI&list=PLoF5R4ZXgpzCUIZps42engcuI68BQhtTt&index=1>. Ora disponiamo del volume degli atti: *Contratto, contratti e mercato*, a cura di M. Maugeri e G. Grasso, Scuola Superiore della Magistratura-Poligrafico e Zecca dello Stato, 2022 (il volume è disponibile in pdf – Quaderno n. 24).

Se il contratto non è una ontologia ma è un problema, è evidente che i tre profili di cui si sono occupati Vettori, Resta e Femia sono profili fondamentali proprio in chiave 'fenomenologica'.

In questo senso, la fenomenologia è un dover essere che si nutre dell'essere, è, nell'ambito del giuridico, il segno della democratizzazione delle fonti, il testimone, potremmo anche dire, del passaggio dalle fonti alle pratiche; un dover essere depotenziato nella sua autoreferenzialità e dunque nel suo autoritarismo assiologico; un dover essere, infatti, che non muove da un essenzialismo contrattuale assunto a dover essere, e dunque a normatività, ma da una prasseologia e da una sociologia dell'essere umano che diviene forza trasformativa, e come tale normativa in ragione non di un'essenza, ma di una esigenza.

Il che porta a una delle questioni sempre attuali perché sempre dibattute (e si tratta di un dibattito assai fecondo, per costantemente superare, se non gli approdi teorici cui si è pervenuti, i quali, a volte, seguono del resto una strada autonoma rispetto a quella giusfenomenologia di cui sono, a ben vedere, tributarie, gli stessi esiti prasseologici, che in questo modo possono acquistare una propria forza teorica in ragione delle conseguenze, e quindi dei risultati socialmente rilevanti ottenuti), ovvero il rapporto tra struttura e funzione degli istituti giuridici: non c'è dubbio che il diritto della contemporaneità privilegi la funzione sulla struttura.

Ma aggiungerei subito che il sorpasso, se posso dire così, della funzione sulla struttura si è manifestato nella chiave della continuità, ovvero: se c'è stata una rottura, si è trattata di una rottura non traumatica. A ben vedere, allora, più che rottura, trasformazione, cambiamento, del tutto fisiologico all'interno di una società aperta: anzi, il compito della filosofia politica (ecco allora, a mio avviso, l'importanza di una voce dedicata al contratto e alla filosofia politica) consiste nel fornire quelle coordinate di teoria politico-istituzionale che consentano di collocare il contratto-fattispecie all'interno di un contesto politico orientato in una certa direzione.

Orbene, se, sul versante giuridico, il diritto della modernità privilegia la dimensione funzionale su quella strutturale, sul versante filosofico, la dimensione fenomenologica prevale su quella ontologica.

In effetti, tutto si tiene. La fenomenologia prevale sull'ontologia perché la fenomenologia guarda al mondo dell'essere, laddove l'ontologia guarda al mondo del dover essere, e il diritto (non solo contrattuale) del nostro tempo è un diritto estremamente aperto alla dimensione materia-

le, nel senso di pragmatica, empirica, fattuale: un diritto contrattuale pienamente aperto (con fiducia, appunto) agli sviluppi dell'azione umana, a ciò che l'essere umano materialmente fa; e si tratta di un fare molto esteso, che va ben al di là della dimensione strettamente economica, un mezzo rispetto a un fine. Tutto ciò, naturalmente, consente a quella stessa dimensione fattuale, apparentemente contrapposta alla dimensione della doverosità, di assumere una diretta rilevanza normativa, alla luce di quelle esigenze fenomenologicamente espresse da un contesto che richiama l'attenzione sulla funzione degli istituti giuridici, a partire dagli scopi, e quindi dagli ideali, che ciascun individuo assegna a sé stesso, nei vari campi del vivere umano, e che dal piano individuale trascorrono in quello sociale.

4. A questo punto del discorso abbiamo alcuni minimi elementi di raccordo, e vengo così alle tre voci richiamate in apertura.

Vediamo di schematizzare, per brevità, alcuni punti:

i) il rapporto tra contratto e Costituzione⁶ (e cioè la dimensione costituzionale del contratto);

ii) il rapporto tra contratto e diritti fondamentali⁷ dell'essere umano (e cioè la rilevanza contrattuale dei diritti fondamentali della persona) – tema che, come infatti osserva Giorgio Resta⁸, non può essere ridotto ai limiti gravanti sul contratto lesivo di diritti fondamentali, come se ci fosse, cioè, una extraterritorialità contrattuale dei diritti fondamentali della persona: se il contratto è la proiezione giuridica dell'agire individuale, è evidente che le interferenze tra contratto e diritti fondamentali non possono essere unilateralmente assunte come pregiudizievoli di questi ultimi; al contrario, spesso si tratta di una interferenza destinata a sfociare in una trasformazione, che è potenziamento, dei diritti fondamentali. Si tratta di un tema difficile perché politicamente e culturalmente delicato. A mio avviso (e la mia posizione non è perfettamente sovrapponibile a quella di Resta), è socialmente opportuno (e anche qui, all'interno di quel 'paradigma fiduciario' difeso a spada tratta da Tommaso Greco) considerare il contratto: come un mezzo di produzione di nuovi diritti fondamentali; come un mezzo di regolazione dei diritti fondamentali; come un mezzo di trasformazione ordinamentale attraverso i diritti fondamentali;

⁶ G. VETTORI, *Contratto e Costituzione*, in *Enc. dir.*, cit., p. 266 ss.

⁷ G. RESTA, *Contratto e diritti fondamentali*, *ibidem*, p. 291 ss.

⁸ *Ibidem*, pp. 292-293.

iii) il rapporto tra contratto e discriminazione (e cioè la discriminazione attuata attraverso il contratto, e dunque la tutela del contratto contro la discriminazione; e perciò il contratto come strumento di contrasto alla discriminazione).

Tutti e tre questi rapporti vanno ricondotti alla dimensione della fiducia individuale e sociale nel contratto, nonché al contratto come pratica sociale, e direi anche alla autonomia privata intesa come pratica sociale.

E se volessimo, non dico allargare lo sguardo, perché guardare al contratto nella prospettiva costituzionale e nella prospettiva dei diritti fondamentali offre già una panoramica molto ampia, ma utilizzare queste tre diverse, ma complementari, prospettive, per tratteggiare la fenomenologia del contratto oggi, io sarei portato a dire che la percezione sociale del contratto (e dunque, quale conseguenza, la disciplina del contratto, il trattamento giuridico di esso, rispetti ai vari momenti della vita contrattuale) è la principale fonte di rinnovamento, e quindi di trasformazione, del contratto stesso.

Se il nostro è il tempo della espansione dei diritti fondamentali, l'ambito del contratto si rafforza e la fiducia sociale nel contratto aumenta, sia perché io so che, grazie al contratto, posso conseguire molti obiettivi, sia perché io so che l'ordinamento giuridico protegge il contratto in quanto istituzione sociale, mai depotenziandolo, in quanto strumento di emancipazione individuale.

Si tratta di un'espansione dei diritti fondamentali (e dunque dello stesso diritto fondamentale al contratto, diritto che, come tale, pone un problema di accessibilità al mercato, strumento di emancipazione), che inevitabilmente si fonda sull'idea di una costituzione vivente, da intendersi quale proiezione ordinamentale dell'intero vivere aggregato. In questo senso le costituzioni, oggi, non sono rilevanti in quanto contenitori di specifici punti d'appoggio, come la tutela espressa dei diritti fondamentali (quando effettivamente vi sia, beninteso), ma lo sono in quanto rappresentano la dimensione dinamica di un assetto sociale che si fa giuridico proprio perché è solo in una costituzione vivente che può riflettersi la vita sociale. Del resto, se il contratto non è una ontologia ma una fenomenologia, è evidente che ogni discorso sul contratto, da quello più tecnico a quello più politico, non può non avere il suo punto di partenza in ciò che socialmente accade. In questo senso può anche dirsi che il contratto è un mezzo di collegamento tra società e costituzione, donde la intrinseca costituzionalizzazione del contratto, al di là della tutela diretta o indiretta

della libertà contrattuale, che è fenomenologicamente costituzionalizzata, appunto perché il contratto è una delle voci sociali, e la costituzione vivente è la destinataria di quelle voci, che, costituzionalizzate, assumono un assetto ordinamentale.

Ciò che socialmente accade fa sì che il fenomeno contrattuale sia sempre la risultante di un fenomeno sociale, con la conseguenza che il senso sociale del contratto incide profondamente (anzi, non può non incidere) sull'intera costruzione, se non strettamente legislativa, diciamo normativa, del contratto.

5. Se allora leggiamo in parallelo contratto e costituzione, contratto e tutela dei diritti fondamentali, contratto e dovere di non discriminazione, emerge bene, secondo me, il senso della lettura di Femia dell'affermazione di Durkheim, per cui 'non è tutto contrattuale ciò che sta dentro al contratto'.

Proprio il terreno dei diritti fondamentali può portare a una lettura di questa frase che consenta di superare quella persistente tensione tra una trasformazione giuridica che passa per la giurisprudenza e una che passa per la legislazione.

Voglio cioè dire che il successo della costituzionalizzazione del diritto privato ha prodotto almeno due conseguenze rilevanti, nella nostra prospettiva: da un lato, i rapporti tra contratto e ordinamento giuridico sono cambiati perché, nel passato, costituzionalizzare il diritto privato voleva dire immettere nel contratto qualcosa che in origine nel contratto non c'era: questa è la fase della costituzionalizzazione oppositiva dell'autonomia privata.

Ma direi che questa fase in larga misura è alle nostre spalle, e qui vengo alla seconda conseguenza, proprio perché la percezione individuale e sociale della centralità politica del soggetto è così forte che, allora, parlare di costituzionalizzazione del diritto privato, e in particolare del contratto, oggi dovrebbe anche voler dire ammettere che il contratto divenga strumento di realizzazione della dimensione soggettiva delle persone, economica nonché esistenziale.

Qui basta pensare al campo della nascita e della morte, e a me pare ovvio che un contratto pienamente costituzionalizzato serva proprio per potenziare la tutela di determinati diritti fondamentali della persona, e serva anche per pensare al contratto in una dimensione che non è più solo quella dell'operazione economica, appunto perché la dimensione del contratto, insisto: fenomenologicamente, è anche dimensione esistenziale.

In altre parole, oggi possiamo usare il riferimento costituzionale e i diversi ambiti costituzionali nei quali l'autonomia privata assume rilevanza per pensare non già a una compressione dell'autonomia privata (senza dubbio, almeno su questo punto, esprimo una sensibilità un po' diversa rispetto ai tre autori), ma a una sua espansione, che va esattamente nella direzione di un aumento, intanto quantitativo, dei diritti fondamentali della persona: un'espansione che serve appunto a recepire, e quindi a ricondurre al contratto, quella sensibilità sociale che grazie al contratto può pienamente attuarsi.

Torno allora alla citazione di Durkheim, che del resto esprime il classico problema dell'autonomia del contratto rispetto all'ordinamento, e quindi rispetto alla società.

Avanzo due considerazioni, che recepiscono molto di ciò che Vettori, Resta e Femia hanno scritto nelle loro voci, cercando al limite di estremizzarlo: che non sia contrattuale tutto ciò che sta dentro il contratto è indiscutibile, nel senso che nel contratto entra sempre, per forza di cose, la dimensione culturale, economica, esistenziale delle parti. Indipendentemente dalla circostanza che le parti siano persone fisiche o imprese, non c'è dubbio che la dimensione contrattuale è sempre il prodotto delle caratteristiche delle parti e del contesto in cui le parti vivono e operano.

La tendenziale opposizione tra contratto e costituzione può diventare piena cooperazione, sempreché si accetti l'idea che la costituzionalizzazione del diritto privato comporta, oggi, non un arretramento dell'autonomia privata, ma una sua espansione in ambiti dai quali nel passato era esclusa in base all'idea (che Giorgio Resta critica) che ciò che è economico e ciò che è patrimoniale è in tendenziale tensione con i diritti della persona e con il contesto costituzionale (così valorizzando quest'ultimo pressoché esclusivamente sul versante dei limiti all'autonomia privata).

Ecco che il contesto sociale trasforma il contratto, ma lo trasforma a condizione che si abbandoni l'approccio ontologico al contratto. E si tratta di un'acquisizione fondamentale di questo volume nel suo complesso.

La seconda considerazione, sulla quale poi chiudo il mio discorso, attiene alla lettura in negativo che Femia offre di questo passaggio, e cioè la tentazione di dire che il contratto basta a sé stesso.

Non paradossalmente, direi che oggi, proprio per circostanze di contesto, possiamo ammettere che il contratto sia legittimato a circoscrivere con nettezza il proprio perimetro di rilevanza giuridica. Ma non in senso anti-contestuale, al contrario: è la recezione del contesto all'interno del

contratto a legittimare un assetto contrattuale che solo formalmente è autonomo, ma che, in realtà, dal contesto ha tratto la propria ragione giustificatrice.

In altre parole, nel momento in cui il contesto culturale e sociale (si può aggiungere, anzi si deve aggiungere: delle società aperte – ecco perché all'inizio avevo detto: forse manca una voce dedicata a contratto e filosofia politica) è sufficientemente orientato sul versante dei diritti fondamentali della persona avviene quella che possiamo chiamare, con linguaggio un po' sociologizzante, che non a tutti piacerà, riappropriazione del sé: il che significa che, agendo in un contesto liberal-democratico, ciascun soggetto produce diritto, o meglio, compie un'azione che ha spesso buone probabilità di incidere sul piano della normatività.

Ora, poiché questa riappropriazione del sé si è già verificata (e secondo alcuni, anzi, è andata ben al di là di quanto non sarebbe stato desiderabile), la conseguenza è che l'autonomia privata assume essa stessa una funzione promozionale dell'essere umano, così inevitabilmente cambiando il punto di osservazione rispetto alla dimensione costituzionale del contratto, che in questo senso svolge un ruolo di fisiologica armonizzazione tra la libertà individuale e le pratiche sociali della comunità, da assumersi bensì come dimensione oggettivizzata, ma costantemente incisa da ciò cui la libertà individuale dà vita.

Si tratta di un'armonizzazione, e cioè di una spinta alla convergenza, che può intendersi solo a partire dal richiamato 'paradigma fiduciario'.

È allora chiaro che 'il diritto contrattuale, ovvero il diritto della fiducia', non è un interrogativo, ma una constatazione che ben descrive l'attuale stato della giuridicità.

Il volume diretto da Gianni D'Amico consolida convincentemente questa prospettiva.

IL CONTRATTO, KANT E L'ORNITORINCO

Lara Modica

Ordinaria dell'Università di Palermo

Siamo oggi a “presentare”¹ un volume prestigioso quanto ambizioso. Non è un compito per niente facile, anche perché se ne è già ampiamente discusso e il dibattito ha registrato interventi autorevoli, molte cose sono state dette.

Ma vi è una seconda difficoltà, assai più rilevante, legata a ciò che questo libro è. Un volume dell'Enciclopedia del diritto dedicato al contratto costruito intorno a una precisa premessa: che il contratto sia oggi diverso da come è stato pensato e concettualizzato fino a qualche tempo fa. Laddove però la diversità non si misura in chiave di evoluzione di singoli segmenti di disciplina, giacché a questo genere di sollecitazioni si può ben provvedere con la tecnica dell'aggiornamento. Un volume tematico sul contratto sottintende viceversa una trasformazione a tal punto significativa da mettere capo ad una nuova fisionomia.

La domanda dalla quale muovere è allora: cosa è oggi il contratto.

Rispetto a questo interrogativo - cos'è oggi il contratto - c'è un primo dato da registrare, e cioè che nel volume, e non certo per caso, non figura una voce “contratto in generale”. L'andamento è per così dire ellittico della nuova identità del contratto, un po' come in quel gioco della Settimana enigmistica nel quale solo unendo tutti i singoli punti appare infine una immagine compiuta.

Ora, al netto della circostanza che la considerazione di una molteplicità di tratti come ente unitario molto dipende dalle categorie classificatorie che abbiamo in testa (e quindi è pure possibile che unendo i punti non tutti vedano la stessa immagine) quale che sia l'immagine che ciascuno scorge, il timore è di trovarsi nella stessa posizione di Kant con l'ornitorinco, di fronte a qualcosa che non si riconosce, che non si sa collocare, a un grattacapo tassonomico.

¹ Il contributo ripropone, con la sola aggiunta di alcune essenziali note, il testo della Presentazione del Volume “Contratto” della serie “I tematici” della Enciclopedia del diritto, a cura di G. D'Amico, tenutasi presso l'Università Ca' Foscari di Venezia il 2 dicembre 2021.

Qui però è lo stesso Gianni d'Amico a venire in soccorso con la raffinata citazione che chiude il suo contributo, la quale, adattata, recita più o meno: il diritto non è una scienza facile, perché studia un oggetto infinitamente complesso, di cui si può cogliere l'unità solo con una lunga e scrupolosa osservazione del dettaglio. Per un giorno di sintesi mille giorni di analisi.

Ecco allora che la direzione sembra indicata, siamo ancora dentro il momento della analisi, ma probabilmente ad uno stadio sufficientemente avanzato, tale da consentire un tentativo di sintesi, per quanto necessariamente parziale, senza pretese di definitività. A questo mira dichiaratamente il volume, comporre il quadro dell'attuale stato della scienza giuridica in un settore fondamentale del diritto privato, anche in vista di un auspicato ammodernamento della disciplina generale del contratto.

Al cospetto di questioni così impegnative, conviene cominciare nel modo più elementare, cioè dalla osservazione della struttura per così dire editoriale del volume. In questa ottica, possiamo dire che nella prima uscita della serie I tematici c'è tutto quello che deve esservi in un volume sul contratto che non è un tomo della enciclopedia e non è neanche un mero aggiornamento ma appunto vuole rappresentare una riflessione organica su una categoria ordinante del diritto civile attenta alla contemporaneità.

In effetti, a comporre la riflessione collettiva stanno in primo luogo, e soprattutto, la rilettura di istituti o categorie classici con rinnovata sensibilità analitica; poi c'è l'attenzione alle cose nuove, siano esse nuove realtà normative o nuove manifestazioni della prassi; c'è infine, in alcune voci, una prospettiva più o meno dichiaratamente neo-sistematica.

Mi soffermerò molto brevemente su alcuni contributi rappresentativi di ciascuno di tali diversi piani di indagine, tentando poi, anche qui molto brevemente, e da un punto di vista del tutto parziale, di dire quali sollecitazioni vengano da una lettura di insieme.

L'area, coperta dalla rilettura di temi classici, è rappresentata per esempio dalle voci su rescissione e su giustizia contrattuale. Accomunate, oltre che dalla contiguità dei temi, dall'intento di fare una certa pulizia concettuale, a partire dalla rigorosa fissazione delle nozioni e passando per il ridimensionamento dei tentativi non sempre adeguatamente controllati di dilatare oltre i confini che sono loro propri il perimetro dei temi indagati.

La voce dedicata alla rescissione riscopre e valorizza un istituto negletto, al quale viene riconosciuta una indole anticipatrice di istanze attualis-

sime appena lo si guardi attraverso strumenti ermeneutici meno polverosi, come quelli legati alle dinamiche di formazione dei prezzi. Istanze non legate, per una volta, alla retorica del contraente debole ma provenienti da una isolata irrazionale allocazione delle risorse, neutra rispetto alla posizione socio-economica dei contraenti. Con alcune centrali precisazioni: che non può farsi questione di squilibrio contrattuale fuori dai presupposti soggettivi di cui all'art. 1448 c.c.; che qui la logica del codice non è solidale ma essenzialmente economico/quantitativa; che per la rescissione è venuto forse il tempo di un *restyling*, di un riposizionamento strategico in grado di rendere effettiva la forza propulsiva del principio di inclusione.

Nel medesimo orizzonte si colloca la voce sulla giustizia contrattuale. Che forse Gianni D'Amico avrebbe voluto intitolare "*contro* la giustizia contrattuale", contro un certo modo di intenderla almeno, perché le sue riflessioni sono tutte nel segno di un riordino e di una messa a punto di un dibattito che ha perso un po' il centro. Anche qui alcune notazioni essenziali, vado veramente per tratti: la giustizia contrattuale di cui ha senso parlare è la giustizia commutativa; i problemi di giustizia distributiva, di giustizia sociale, sono problemi che si risolvono dall'alto, prima e fuori del contratto; è il mercato - quale luogo artificiale prodotto delle regolamentazioni pubbliche - a garantire la corretta allocazione delle risorse, non il singolo contratto.

Emerge da queste due voci, ma è un *trend* comune a molti contributi, la centralità, anche in chiave ermeneutica, del mercato, della sua struttura e del suo funzionamento; una prospettiva secondo cui l'evoluzione del diritto dei contratti impone di accostarsi al dato strettamente giuridico calandolo nel *milieu* entro cui la relazione contrattuale si colloca.

Con riferimento alle cose nuove, la più esotica è certo rappresentata dagli *Smart Contracts*. Il lettore è proiettato in una dimensione quasi straniante, nella quale deperiscono i consueti interrogativi che ci si pone di fronte al contratto, sembra scomparire per esempio il problema dell'inadempimento, essendo il *proprium* di questi contratti il cosiddetto *self enforcement*. Non è un caso che si sia affermato che gli *Smarts Contracts* non hanno bisogno del diritto perché rappresenterebbero essi stessi una alternativa al diritto dei contratti. Così non è naturalmente e anzi la sfida, per il civilista, sta proprio in una faticosa opera di adattamento di categorie e rimedi che rimanga in sintonia con il sistema di interessi che ha storicamente giustificato e continua a giustificare il diritto dei contratti.

Al di là della soluzione concreta ai molti problemi di qualificazione e trattamento, porsi questi interrogativi e tentare di risolverli significa dover considerare i profili tecnologici del fenomeno. Anche solo per capire gli *Smart Contract* bisogna fare i conti con la tecnologia. Una frontiera da varcare necessariamente appena ci si misuri con i mille problemi giuridici, strettamente “contrattuali”, implicati dalla rivoluzione digitale, che esige l’emancipazione da approcci monoculari e chiama in causa un lavoro comune fra competenze diversificate, essenziale per comprendere il nuovo e governarlo.

Pure il tema dei rimedi individuali attivabili a valle di una pratica commerciale scorretta esibisce profili di novità, specie se considerato alla luce della disciplina comunitaria non ancora attuata recata dalla Direttiva omnibus². Qui a mio avviso uno dei problemi più interessanti, sempre nel segno di una apertura al dialogo - non più stavolta tra discipline ma fra luoghi della decisione - è quello dei margini di esportabilità nel giudizio civile dei provvedimenti dell’Agcm.

Io ritengo che questa esportabilità ci debba essere e declinata nel modo più incisivo.

Il tema è molto delicato e molto divisivo come si usa dire. C’è qualcosa d’inquietante, si sostiene da più parti, nell’affidarsi al potere inquisitorio dell’Autorità anche solo ai fini dell’accertamento di illiceità della condotta delle imprese; e certo rimane la questione dello scollamento fra idoneità in astratto e idoneità in concreto della condotta illecita a incidere la scelta negoziale. D’altra parte, la regola posta *ad hoc* per le violazioni del diritto della concorrenza³ (che fa della decisione che accerta la violazione il perno di un apparato di disposizioni derogatorie delle regole generali, dalla presunzione di esistenza del danno alla traslazione a valle del corrispettivo), per il suo tenore del tutto circostanziato, non è *telle quelle* trapiantabile nel terreno delle pratiche commerciali scorrette.

Mi sembra però che la direzione da imboccare sia quella indicata adesso dalla Corte di Cassazione, con una sentenza dello scorso 31 agosto⁴ (in tema di clausole vessatorie ma con argomentazioni di piglio generale), che non ha dubbi nell’attribuire al provvedimento del Garante una elevata attitudine probatoria con riferimento all’accertamento della violazione, delineando per questa via una presunzione legale desunta dal sistema e in

² Direttiva (UE) 2019/2161 del 27 novembre 2019

³ Art. 7, d.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3.

⁴ Cass. 31 agosto 2021, n. 23655.

particolare dalla funzione che il nostro ordinamento assegna agli strumenti di *public enforcement*, analoga nella sua matrice a quella ravvisata dalla più recente giurisprudenza in tema di nesso causale fra inadempimento informativo dell'intermediario finanziario e pregiudizio subito dall'investitore⁵.

Il discorso potrebbe allargarsi, facendosi, mi rendo conto, più scivoloso. Ma perché non riflettere anche sul ruolo delle decisioni rese per esempio da ACF e ABF, che spesso hanno il pregio dell'adesione al caso concreto anche perché i collegi giudicanti sono costituiti da componenti portatori di competenze diversificate. Certo non si potrà ragionare qui in chiave di prova privilegiata. C'è lo spunto significativo, sebbene su altro versante, che viene da qualche decisione di merito che condanna per lite temeraria l'intermediario, soccombente innanzi all'organismo ADR, che abbia egualmente avviato il giudizio civile sulla base dei medesimi presupposti di fatto e di diritto⁶.

In ogni caso, al di là del merito della questione, rimane il tema centrale della tutela processuale del contraente debole, che potrebbe trovare nella comunicabilità, variamente articolata, fra organi giudicanti una strada per diventare più effettiva.

Infine, dicevamo, c'è la prospettiva neosistemica. Di questa partecipa per esempio la voce in materia di divieto di discriminazione. Sullo sfondo una precisa idea di libertà contrattuale: non il diritto a vincolarsi e vincolare gli altri nel contratto senza interferenze esterne ma il diritto a partecipare alla comunità mediante il contratto. Si tratta di un diverso modo di pensare giuridicamente le relazioni sociali, di interpretare la complessità del mondo contemporaneo, dal quale emerge la vulnerabilità come tratto essenziale della persona e si allarga lo sguardo al *non contrattuale* del contratto – secondo la formula coniata da Durkheim – e, insieme, al “contrattuale di là del contratto”, nella suggestiva immagine di Pasquale Femia. E in questo orizzonte di senso si può allora porre a presupposto della operatività di congegni squisitamente contrattuali (come un diritto potestativo di prelazione a favore del soggetto discriminato concesso ex art. 700 c.p.c.) la valenza simbolica della dichiarazione e l'insorgenza di un conflitto locale seguito a quella dichiarazione.

La medesima attenzione al “contesto”, sebbene entro uno scenario e con implicazioni del tutto diversi, si rintraccia nella voce operazione eco-

⁵ Cass. 28 luglio 2020, n. 16126.

⁶ Trib. Napoli, 9 gennaio 2015.

nomica. L'inquadramento dell'operazione economica tra le categorie ordinanti degli atti di autonomia privata consente sul piano interpretativo di dare risalto appunto al contesto in cui l'affare si realizza, alle circostanze di fatto e di diritto che accompagnano lo svolgimento dell'affare, alle caratteristiche soggettive dei contraenti, ai rapporti tra le parti e i terzi.

Si tratta di uno strumento in grado di spiegare grande utilità per la soluzione di problemi concretissimi, dal wrapping alla commercializzazione abbinata. A fronte di ipotesi di "collegamento di impresa", quando l'operazione sia pensata e confezionata unilateralmente e rappresentata all'esterno come fortemente unitaria, il ricorso allo schema concettuale della operazione economica consente la individuazione di un nesso rilevante fra contratti che a fatica potrebbero dirsi collegati in senso tecnico.

Andando anche qui al di là dei contenuti specifici, si coglie la esigenza di mantenere un costante adeguamento della realtà giuridica al dato sostanziale, superando un modello di indagine fondato su premesse astratte e adottando invece strumenti logici capaci di cogliere la varietà e la complessità dell'esperienza giuridica, che è fatta di attività oltre che di atti, di accadimenti che precedono o seguono la formale nascita dell'atto.

Insomma, il segnale che talvolta la cifra ermeneutica degli elementi strutturali di un fatto giuridico non può essere (o può non essere) dedotta dalla norma ma indotta dalla valutazione del contesto entro cui agente e atto si collocano. Già Vincenzo Scalisi avvertiva del resto che il regolamento negoziale deve essere guardato dal "punto di vista esterno" al contratto, ossia la 'situazione complessiva', della quale il singolo contratto è diretta esplicazione, o nel cui contesto lo stesso è destinato a interagire", poiché tale situazione "ha valore 'costitutivo', non soltanto ermeneutico, dell'assetto regolamentare del contratto"⁷.

La manifestazione più intrigante di una dogmatica attenta ai tempi è nella voce su contratto ed economia comportamentale. Se il discorso sulla operazione economica ci dice qualcosa della crisi dell'atto/fattispecie, il discorso di Zoppini ci dice qualcosa sulla crisi del soggetto. Nell'un caso come nell'altro, comunque, per comprendere e regolare, occorre muovere dal dato materiale e dai comportamenti.

Qui il giurista è di fronte alla consapevolezza che la norma non può avere come punto di riferimento un destinatario stilizzato astrattamente; essa deve piuttosto considerare un soggetto con tutte le manifestazioni

⁷ *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 853.

del suo essere; deve incidere sulla realtà così come è fatta e non come si immagina possa presumibilmente manifestarsi secondo modelli precostituiti o pensieri desideranti.

Scrutinare con la lente dell'economista le conseguenze delle scelte normative sugli individui significa selezionare una interpretazione sulla base della preferibilità sotto il profilo della efficienza, tenendo conto di come anche profili non giuridici possano incidere sul contratto.

Naturalmente la presa d'atto dello sgretolamento dell'*homo oeconomicus* e dell'uguaglianza formale del soggetto di diritto non è una novità. Da anni ormai la letteratura ne dà variamente conto. L'analisi economica del diritto dei contratti e gli studi di economia comportamentale sono al centro di un dibattito ormai ampio, che ha condizionato anche la produzione normativa. Ma darne atto in volume enciclopedico ha un senso diverso e ben preciso. Vi conferisce il crisma della solidità, della compiuta maturazione di una idea, forse anche della essenzialità nel catalogo delle categorie con cui deve cimentarsi il civilista.

Per questa ragione probabilmente non figurano nel volume altri argomenti pure interessati da profonde trasformazioni. Per esempio, rispetto alla voce *alea* di Rosario Nicolò che compare nel primo volume e risale al 1958 molta strada è stata percorsa, fino alla recente pronuncia delle Sezioni unite⁸ che legittima la rilevanza degli scenari probabilistici nel discorso giuridico e decreta la necessaria misurabilità qualitativa e quantitativa dell'*alea* ai fini della validità di uno swap.

Evidentemente le divisioni che ancora permangono in dottrina la difformità fin qui degli orientamenti della giurisprudenza non hanno consentito alla idea di scommessa razionale di attingere la soglia di una sufficiente stabilità.

Invece, può ritenersi un dato pacificamente acquisito, almeno stando all'assetto del nostro volume, quello della crisi della prospettiva assiologica, e poi ermeneutica, propria del codice, fondata sulla razionalità comportamentale dell'attore economico. E l'ulteriore idea che la razionalità del soggetto non è limitata o non solo dai fallimenti del mercato ma dai meccanismi della psiche. Ed anche – soprattutto – che il diritto è una scienza pratica e, in quanto scienza pratica, può certamente giovare di analisi empiriche o rilevazioni statistiche.

Ecco, a me pare, che nonostante la diversità dei temi indagati e della sensibilità di ciascun autore, la sollecitazione, che viene da queste voci e

⁸ Cass. 12 maggio 2020, n. 8770.

che merita di essere accolta, stia soprattutto nella necessità per il civilista, oggi, di fare un “bagno di realtà”.

Un bagno di realtà che si può declinare in molti modi.

Intanto, discorrere di *bias* cognitivi, di blockchain, di valenza simbolica della dichiarazione, di scenari probabilistici, di rapporti fra public e private enforcement, significa aprirsi alle altre discipline, necessariamente. Non solo il civilista deve dialogare con gli altri giuristi, e penso anzitutto a quanto sia proficuo, per esempio, lo scambio con i processualcivili, come dimostra ancora una volta il nostro volume scegliendo di dedicare a “contratto e processo” una trattazione *ad hoc*.

Sempre più è necessario tenere in considerazione lo scenario tecnologico, economico, sociale nel quale opera la norma; il che presuppone la conoscenza di quello scenario.

Quanto è utile l’apporto della psicologia cognitiva per la comprensione e la regolazione del sovraindebitamento e del credito al consumo, due facce della stessa medaglia; quanta matematica finanziaria ci vuole per studiare sul serio il mondo dei derivati; quante e quali cognizioni di ordine sociologico per indagare il tema della contrattualità nel diritto di famiglia.

Quanto è importante, insomma, per riprendere una espressione di Vincenzo Buonocore, fare riferimento alla *ambientazione*.

E siccome ci sono i dottorandi ad ascoltarci, segnalo due volumi di non giuristi, quello di un sociologo dell’economia⁹ e di un filosofo teoretico¹⁰, ricchi di spunti assai utili per il civilista che studi il contratto, le sue funzioni e i suoi requisiti.

E sui temi della interdisciplinarietà, osservata stavolta dall’angolo del giurista, il denso saggio di Francesco Vella apparso sull’ultimo numero di *Orizzonti del diritto commerciale* che avverte del “pericolo di un’unica storia”¹¹.

Non si tratta di perdere il senso della propria identità divagando in altri giardini; piuttosto, cercare anche presso altri mondi elementi per una gestione appropriata dei canoni propri dell’interpretazione giuridica. Il rischio, altrimenti, è quello di una precomprensione civilistica dei fenomeni complessi che può rivelarsi fuorviante.

⁹ P. PERULLI, *Il dio Contratto. Origine e istituzione della società contemporanea*, Torino, 2012.

¹⁰ M. FERRARIS, *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Bari, 2014.

¹¹ F. VELLA, *Il pericolo di un’unica storia: il diritto (commerciale) e le nuove frontiere dell’interdisciplinarietà*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, p. 723 ss.

Bagno di realtà è anche arrendersi alla spinta settorialità di alcuni nuclei normativi che hanno una propria logica interna rispondente a specifici tipi di problemi e di attori. Sicché per esempio il mercato energetico ha esigenze e quindi regole diverse dal settore delle comunicazioni elettroniche o dal settore bancario, e a loro volta però questi microsistemi esibiscono linee di tendenza comuni, compendiabili nella formula del contratto asimmetrico; l'esistenza di una cornice unitaria si rivela naturalmente ricca di implicazioni, per esempio legittima la interpretazione analogica della regola settoriale, ove ne ricorrano i presupposti.

D'altro canto, la parte generale del contratto, quando chiamata a governare la settorialità, dovrà specificarsi e modellarsi proprio a ridosso di quella settorialità. Certo, come scriveva Napoleone nei suoi diari, se Waterloo cancellerà le quaranta battaglie vinte, niente cancellerà il codice civile. Ma le regole del codice civile dovranno essere applicate guardando all'ambientazione, alle funzioni, e, non ultime, alle conseguenze.

Ciò soprattutto ove il contratto sia strumento di programmazione e realizzazione di una attività economica, a ciò preordinato per il tramite di condizioni generali; quando il rapporto si incardini su un prodotto contrattuale concepito, assemblato, immesso nel mercato dall'impresa e offerto a una platea di soggetti che rimangono essenzialmente estranei al suo confezionamento. In una ottica che ambisce ad emanciparsi da un approccio formale alla fattispecie e a mettere le mani nella realtà quale essa è, questa *appartenenza* del contratto alla impresa non può non emergere, di nuovo imponendo una rilettura delle regole generali.

Sembra un dato acquisito ma forse non lo è abbastanza. Basti considerare le resistenze opposte dalla dottrina alla validità del contratto cosiddetto monofirma. E il piglio pragmatico invece della soluzione poi assunta dalle Sezioni unite, che, con approccio esplicitamente funzionale, infrange il nesso fra sottoscrizione e documento affermando l'idea per cui quando si debbano identificare imprese e non persone la rilevanza della firma autografa deperisce a vantaggio di altri congegni che consentano di individuare la provenienza dell'offerta in modo inequivoco¹².

Per rimanere al Tuf, il regime delle restituzioni, la struttura del contratto quadro, la natura dei singoli ordini, la qualificazione del benchmark, sono tutti problemi di disciplina generale del contratto ma che possono risolversi sensatamente solo avendo riguardo alla specificità del contesto, alle peculiari esigenze che la trasparenza assicura nel mercato finanziario, aprendo a contaminazioni virtuose.

¹² Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898

Non so se serva un diritto comune dei contratti di impresa, dei contratti del mercato. Se ne discute molto, se ne è parlato anche al convegno dei Lincei nei giorni scorsi. Certo ci vorrà molto tempo per elaborarla, non si tratta di un traguardo di breve termine; nel frattempo, la disciplina generale del contratto può rimanere un serbatoio prezioso di regole, purché debitamente adattate.

Poi c'è il mondo a parte delle grandi transazioni, dei contratti alieni, che sono autoconclusivi, vocati alla onnicomprensività, avversi al rischio giudice, una *enclave* insomma, di fronte alla quale discutere di nuove discipline generali perde di senso. Il diritto dispositivo non li tocca, perché i contratti alieni vogliono essere completi e rifiutano l'integrazione; la norma imperativa specifica, a fattispecie determinata, può rivelarsi un'arma spuntata. Come ci dice Giorgio De Nova nella voce a sua firma, occorre qui piuttosto fare ricorso a norme che guardino non alla fattispecie ma all'effetto, alle norme imperative di principio, alle norme materiali. Anche questo è, a suo modo, un invito a un bagno di realtà.

Molte altre cose ci sarebbero da dire ma vi ho rubato fin troppo tempo. Dunque, concludo, non senza avere sottolineato che il senso, il pregio, la scommessa di questo volume stanno proprio nello sforzo di sperimentare un approccio che asseconi e valorizzi la odierna multidimensionalità del contratto, in tutte le direzioni in cui queste molte dimensioni possono manifestarsi.

LA “GIUSTIZIA CONTRATTUALE”

Chiara Tenella Sillani

Ordinaria dell’Università di Milano “Statale”

Carmelita Camardi, nella sua bella introduzione, ha già tratteggiato gli aspetti più rilevanti del volume che oggi viene presentato, il quale raccoglie tanti ed importanti contributi intorno al tema del “Contratto”, tra cui la sua voce: “*Rescissione (squilibrio contrattuale)*”. Si tratta, come è noto, della prima attuazione di una innovativa formula editoriale destinata ad offrire ai lettori, per usare le parole di Giovanni D’Amico (che ha condotto con grande competenza la direzione dell’opera, oltre ad essere anch’esso l’Autore di una importante voce) “*un quadro dell’attuale stato della scienza giuridica italiana relativa ad un fondamentale settore del diritto privato*”¹.

Già dall’intitolazione delle voci tematiche traspare come le questioni che involgono il “Contratto” si possono rappresentare sia ricorrendo a formule che riproducono le definizioni codicistiche (quali, ad es.: “*autonomia privata*”, “*esecuzione del contratto*”, “*vizi del consenso*”), sia ad espressioni totalmente nuove ed inusuali (così la voce “*Smart Contracts*”). È evidente che le classiche articolazioni rinvenibili anche nei vecchi manuali di diritto privato contengono gli ultimi approdi del faticoso fervore ricostruttivo della riflessione giuridica; d’altra parte, gli scenari incisi dalle innovazioni tecnologiche, che sempre più irrompono nella contrattazione, affidando ad algoritmi sia la fase preliminare sia quella esecutiva dell’accordo negoziale, sono letti e valutati anche alla luce delle categorie che ci ha consegnato il diritto civile. Nel mezzo, tra formule ereditate dal passato e termini importati dal futuro, si collocano quei contributi la cui intitolazione manifesta sia la ricchezza di un complesso presente, segnato da un solco profondo rispetto al modello offerto dal codice civile (“*Contratti del consumatore*”; “*Contrattualità successoria*”; “*Patti prematrimoniali*”, ecc.), sia gli aspetti più rilevanti di un dibattito tuttora aperto (“*Contratto e principio di ragionevolezza*”; “*Contratto e Costituzione*”; “*Giustizia contrattuale*”).

¹ G. D’AMICO, *Introduzione al “Contratto”*, in *Enc.dir., I tematici*, I, 2021, p. XI.

La lettura delle voci tematiche consente, inoltre, di individuare i differenti paradigmi culturali degli Autori ovvero le diverse impostazioni ideologiche - posto che la scienza giuridica non è e non può essere mai politicamente neutra - paradigmi e impostazioni che ne guidano la trama. Nella trattazione degli argomenti, di là dalla ragionata ricognizione dello stato dell'arte, le tesi coltivate, gli interrogativi offerti, le soluzioni proposte appaiono in ogni caso equilibrati, mantenendo in genere (talune eccezioni sono infatti presenti) una tendenziale equidistanza dagli orientamenti più estremi presenti nella letteratura giuridica.

In tale prospettiva, l'opera fornisce un rilevante apporto al dibattito scientifico; essa può inoltre offrire utili spunti per possibili ammodernamenti di alcune disposizioni contenute nel libro IV del Codice Civile, come anche evidenziato dal curatore. Sotto quest'ultimo profilo, è peraltro opportuno sottolineare la necessità di far precedere eventuali interventi riformatori da seri ed approfonditi lavori preparatori in grado di esprimere obiettivi specifici e condivisi, analogamente a quanto si è verificato in Germania nel 2001 per il BGB, e in Francia nel 2016 per il Code Civil, con riguardo alla riforma della parte dedicata ai contratti e alle obbligazioni. In questo senso, lontano per metodi e per fini appare il disegno di legge delega al Governo per la revisione del codice civile (presentato al Senato il 19 marzo 2019), pure evocato da Giovanni D'Amico. Come giustamente rilevato dal mio Maestro Francesco Benatti, esso, sotto la veste di un limitato tentativo di aggiornamento del codice civile, *“in realtà è volto ad incidere nel nostro tessuto economico-sociale”*, toccando in maniera rilevante il diritto di famiglia e delle successioni, nonché il diritto dei contratti e della responsabilità. Tale ambizioso proposito non è, peraltro, supportato da una solida dottrina capace di trovare un punto di comune condivisione; *“la relazione al progetto sembra [d'altra parte] una ripetizione scolastica di nozioni con vocazione manualistica che lascia troppa libertà ai compilatori oppure la restringe in modo non giustificato...”*².

Ma veniamo allo specifico oggetto del mio intervento, da correlarsi, ovviamente, ai contenuti del volume dedicato al *“Contratto”*. Ho pensato di proporre, soprattutto nell'intento di sollecitare lo spirito critico dei dottorandi presenti, cui questa mattinata di riflessioni è rivolta, alcune ulteriori considerazioni di carattere generalissimo in ordine ad un tema che è già coinvolto, direttamente o indirettamente, da voci tematiche:

² F. BENATTI, *Note sul disegno di legge delega al Governo per la revisione del Codice Civile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, p. 938 ss.

quella di Giovanni D'Amico intitolata “*Giustizia contrattuale*” e quella redatta, come già segnalato, da Carmelita Camardi in tema di “*Rescissione*” e, quindi, di “*squilibrio contrattuale*”³.

Il problema riguarda, evidentemente, i contenuti del contratto così come determinati dalle parti, nell'ottica sia dell'equilibrio normativo sia dell'adeguatezza economica dello scambio. Non è pertanto ricompresa la categoria dei cd. contratti regolamentati, attinenti specialmente ai servizi pubblici, caratterizzati da eterointegrazione dei contenuti e dalla procedimentalizzazione dell'agire (rinvio, in proposito, alla voce “*Contratto e Autorità indipendenti*”, redatta da Gregorio Gitti)⁴.

La questione, nei confini sopra segnati, involge profili molteplici e differenti, riferiti alla fase di formazione dell'accordo negoziale oppure ad alterazioni successive all'originaria ragione dello scambio. Data l'ampiezza del tema ed il tempo concessomi, restringo l'indagine condensandola in un sintetico interrogativo: può la mancanza di equivalenza tra le prestazioni rilevare in sé, legittimando l'impugnazione del contratto squilibrato o di singole sue clausole? Detto altrimenti, lo scambio deve essere necessariamente improntato ad intrinseca “giustizia”, a prescindere dalle modalità con cui esso è stato posto in essere o dal quadro esterno in cui la decisione è stata assunta?

In proposito si possono richiamare i risultati estremi di due opposti orientamenti, quelli che ho detto non ritrovarsi - tendenzialmente - nel volume la cui pubblicazione oggi festeggiamo. L'uno considera l'“equilibrio contrattuale” ovvero la “proporzionalità” dello scambio un “principio” di valenza assiologica la cui applicazione generalizzata rappresenterebbe una curvatura naturale del moderno diritto dei contratti; un principio alla luce del quale sarebbe sempre concesso al giudice, su istanza di parte ma spesso anche d'ufficio, sindacare il contenuto del contratto e la tenuta della sua causa concreta. L'altro, di impronta strettamente positivista, ritiene invece che un controllo sulla “congruità” dei contenuti negoziali sia possibile solo in presenza di precise premesse delineate dal legislatore e che quindi sia circoscritto a singoli settori o a determinate fattispecie, la cui disciplina, in quanto caratterizzata da eccezionalità, dovrebbe essere, per ciò stesso, considerata insuscettibile di interpretazione estensiva.

Questi discordi atteggiamenti rispecchiano concezioni differenti

³ Contenute, rispettivamente, a p. 583 ss. e a p. 969 ss. del volume.

⁴ Voce di cui a p. 225 ss. dell'opera.

dell'autonomia contrattuale: per gli uni, da conformare ai valori supremi del nostro ordinamento espressi dalla Carta Costituzionale che assegna preminenza allo sviluppo della persona e che quindi, per la sua piena tutela, impone di realizzare un obiettivo equilibrio dello scambio; per gli altri, espressione e linfa vitale della libertà dei privati, la cui manifestazione di volontà, se correttamente formata, rende ogni impegno conforme a giustizia.

La giurisprudenza, anche Costituzionale, nelle decisioni che la dottrina ha maggiormente omaggiato di commenti positivi o critici, sembra aderire al primo indirizzo il quale, affidando ai giudici il compito di valutare, correggere ed eventualmente privare di effetti singole clausole o l'intero contenuto contrattuale alla luce dei principi costituzionali, ne esalta chiaramente il ruolo.

Benché la questione, nei termini sopra superficialmente riassunti, possa apparire un prodotto della contemporaneità, la circostanza che essa inevitabilmente si correli all'atteggiarsi dei rapporti economici, politici e sociali ed alle scelte di sistema degli ordinamenti, ne segnala le ascendenze risalenti, il cui richiamo può consentire di trovare le radici comuni di regole e rimedi. Esempio, l'origine dell'azione di rescissione introdotta in diritto giustiniano - in un periodo di crisi economica - a protezione del venditore di beni immobili ovvero a tutela dei proprietari di terre e quindi dei ceti tradizionalmente detentori del potere.

La prospettiva storica permette altresì di meglio delineare la portata di alcune scelte, apprezzandole in considerazione del contesto nel quale sono ambientate. Si pensi alla misura del corrispettivo nello scambio di beni, danaro, energie lavorative, attitudini o talenti personali: il modo di determinarne l'entità - frutto di decisioni private o imposto da interventi di imperio - ha infatti, nel corso dei secoli, contribuito a condizionare le opportunità di arricchimento dei singoli e a sviluppare oppure a deprimere la produzione e i commerci, favorendo la conservazione oppure il mutamento degli assetti socio-economici.

Un esempio, in tal senso, è offerto dal formale solidarismo dell'età medievale (talora nostalgicamente richiamato quale illustre precedente di quello oggi caldeggiato da molti), solidarismo in realtà specchio e custode di una società statica e chiusa che condannava perché immorale, come si può anche leggere nelle opere di S. Tommaso, ogni profitto conseguibile attraverso lo scambio. La "giusta remunerazione" da corrispondere al lavoratore subordinato, al commerciante, all'artigiano, doveva pertanto

limitarsi a quanto necessario alla sopravvivenza, in considerazione delle esigenze del rispettivo *status*, il che portò però, di fatto, al perpetuarsi dell’immobilismo sociale e quindi delle diseguaglianze anche formali. Solo la successiva rinascita economica e lo sviluppo dei traffici favorì qualche significativa modifica a vantaggio della classe mercantile, suggerita e avvalorata da una intelligente interpretazione delle regole e della consuetudine, finché nel XVIII secolo venne a delinearsi e a imporsi un diverso modello - l’individualismo liberistico - poi formalizzato nei codici civili ottocenteschi⁵, il quale, sancendo il passaggio “*from status to contract*”, riconobbe a tutti, senza distinzioni di ceti sociali, la capacità di autoregolamentare i propri interessi, sia pure nei limiti consentiti dalle possibilità materiali di ciascuno⁶.

Attraverso lo sguardo ancora rivolto al passato, sia pure meno remoto, si può altresì ricordare che istanze di “giustizia” nei rapporti contrattuali erano già emerse dalla fine dell’800, nelle pagine di alcuni illustri civilisti, come Emanuele Gianturco⁷, Nicola Coviello⁸, Vittorio Scialoja⁹. Nessuno di questi Autori riteneva rilevante la sproporzione di una prestazione rispetto all’altra di per sé, ma solo laddove esito dell’abuso, dell’inesperienza, delle passioni o della posizione di dipendenza del debitore¹⁰, un’impostazione che anticipa in modo sorprendente quanto verrà proposto, un secolo più tardi, nei modelli di diritto europeo dei contratti, o ciò che oggi dispone il riformato art. 1143 del *Code Civil*, il quale equipara al-

⁵ Per una approfondita ricostruzione storica, R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003, *passim*.

⁶ H. SUMNER MAINE, *Ancient Law. Its Connection with the early History of Society and its Relation to modern Ideas*, London, 1912, p. 173 s.

⁷ E. GIANTURCO, *L’individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, in *Opere giuridiche*, II, *Teoria generale. Scritti vari-Successioni-Obbligazioni*, Roma, 1947, III, p. 262 ss.

⁸ N. COVIELLO, *Dell’equità né contratti*, estr. da *Studi Napoletani* del 15 e 31 dicembre 1895, Napoli, 1896.

⁹ V. SCIALOJA, *Ancora sul codice civile per la colonia eritrea*, in *Studi giuridici*, IV, II, Roma, 1933, p. 188 (il quale aveva, tra l’altro, proposto l’introduzione dell’art. 1133 nel codice civile dell’Eritrea del 1909, il quale prevedeva che “*Il giudice può negare o ridurre l’efficacia ai patti contrattuali che siano sproporzionatamente gravosi in modo da far presumere che non furono consentiti con sufficiente libertà*”).

¹⁰ Così, in particolare, E. Gianturco, il quale presentò, nel 1900, un progetto di legge in cui si stabiliva “*la nullità dei patti... coi quali taluno, abusando dell’inesperienza, delle passioni, o della posizione di dipendenza del debitore faccia promettere a sé o agli altri profitti che, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso, sono in evidente sproporzione con la prestazione*”, attribuendosi al giudice poteri correttivi.

la violenza classica la situazione del contraente che, versando in uno stato di dipendenza dalla controparte, per timore di esporre la sua persona, il patrimonio proprio o dei suoi famigliari ad un male considerevole, assume un impegno che non avrebbe altrimenti sottoscritto e che concede all'altra parte un vantaggio manifestamente eccessivo. E' peraltro evidente, in tali riflessioni, il tradizionale ruolo fondante assegnato alla volontà e alla sua libera e corretta formazione, in una visione ancora racchiusa entro il perimetro del singolo, isolato contratto¹¹.

Ritornando all'oggi ovvero al moderno diritto dei contratti e alla questione della giustizia dello scambio, si può affermare che il significativo ravvivarsi nella dottrina civilistica del dibattito sul tema dell'equilibrio contrattuale è diretta conseguenza del mutamento di prospettiva o, se si vuole, di paradigma (così lo chiama Giovanni D'Amico) indotto dal legislatore europeo.

Come è noto, già il Trattato di Roma manifesta una chiara opzione verso un nuovo ordine pubblico economico, in cui la tutela della concorrenzialità dei mercati è stata eletta a regola cardine del sistema. Si tratta di una scelta maturata sulle ceneri di guerre costate milioni e milioni di morti - costantemente ribadita fino al più recente TFUE -, scelta non solo economica, ma soprattutto politica, strettamente connessa con l'obiet-

¹¹ Impostazione che ugualmente si può rinvenire nell'art. 22 del Progetto italo-francese di un Codice delle obbligazioni e dei contratti del 1927, in cui si stabiliva che "Se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto o alle prestazioni dell'altro in maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre le obbligazioni". In materia, si segnala il commento adesivo di F. DEGNI, *La solidarietà umana nella rinnovazione del diritto civile (a proposito del Progetto italo-francese di un Codice delle obbligazioni e dei contratti)*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 159; paventava, invece, che l'aumento dei poteri del giudice potesse portare ad una "perniciossissima incertezza del diritto", G. SCADUTO, *Osservazioni sul Progetto di codice civile delle obbligazioni per l'Italia e per la Francia*, in *Il Circolo giuridico*, 1930, p. 11 ss. (ora anche in *Dritto civile*, a cura di A. Palazzo, Perugia, 2002, II, p. 1221 ss.). In proposito, G. CHIODI, "Innovare senza distruggere": il Progetto Italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti (1927), in *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, a cura di G. Alpa e G. Chiodi, Milano, 2007, p. 110 ss.; dello stesso, si veda anche *La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto*, in *romatrepres.uniroma3.it.*, p. 151 ss. Per ulteriori indicazioni, cfr. A. D'ANGELO, *Buona fede e giustizia contrattuale nel dibattito sulla codificazione del diritto civile italiano*, in *Korporativismus in den südeuropäischen Diktaturen - Il corporativismo nelle dittature sudeuropee*, a cura di A. Mazzacane, A. Somma, M. Stolleis, ed. V. Klostermann, Frankfurt am Main, 2005, p. 311 ss.

tivo di favorire la crescita di una impostazione liberal-democratica dei paesi membri ed il progressivo benessere - materiale e spirituale - dei cittadini europei, chiamati a condividere i comuni valori dell’uguaglianza, della libertà, della tolleranza, per la costruzione di quella “società aperta” ipotizzata da Karl Popper¹² in cui siamo cresciuti, godendo del più lungo periodo di “pace” che l’antica storia dell’Europa abbia mai conosciuto (nonostante crisi economiche, nuovi e pericolosi sovranismi, mancanza di una uniforme politica estera e tanti altri problemi).

Questa visione ridisegna anche il ruolo dello Stato nell’economia, il cui agire non deve essere più di diretto attore (nelle forme del dirigismo e dell’interventismo), ma di costruttore di un quadro giuridico in cui possa correttamente operare l’economia di mercato¹³, controllando altresì, anche tramite le autorità indipendenti quali l’antitrust, il rispetto delle “regole del gioco”. Quale matrice di tali obiettivi, D’Amico evoca la dottrina “ordoliberal” sviluppata dalla scuola economica di Friburgo; aggiungerei anche quella austriaca, sia pure caratterizzata da caratteri suoi propri, rappresentata soprattutto da Ludwig Von Mises e poi da Friedrich Von Hayek.

La conservazione del carattere competitivo del mercato viene, pertanto, ritenuto un interesse giuridicamente rilevante, di cui sono portatori i suoi protagonisti e cioè le imprese concorrenti e i consumatori, soggetti cui è stata riconosciuta la legittimazione ad agire per la dichiarazione di nullità, con eventuale risarcimento del danno, di intese restrittive della concorrenza (vietate dalla legge n. 287 del 1990, “*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*”), come è stato ribadito sia dalla Corte di Giustizia (nelle famose sentenze *Courage* e *Manfredi*)¹⁴, sia dalla nostra Corte di Cassazione (nel 2005 a Sezioni Unite)¹⁵. Il D.lgs. 2017, n. 3, in attuazione

¹² K.R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici* (edizione più recente, Armando Editore, 2018).

¹³ S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2021; N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2016. Sul modello dello Stato regolatore, v. A. ZOPPINI, *Il diritto privato ed i suoi confini*, Bologna, 2020, p. 244 ss.

¹⁴ Corte di Giustizia 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage e Crehan*, Racc., 2001, I, 6297; Corte di Giustizia 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi c Lloyd Adriatico*.

¹⁵ Cass. S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207 (pubblicata, con relativi commenti, in numerose riviste, tra cui *Corr.giur.*, 2005, p. 1093, con nota di M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*), in cui si afferma che la legge *antitrust* non sia legge dei soli imprenditori ma più in generale “*dei soggetti di mercato, ovvero di chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo,*

della direttiva 2014/104, del resto, oggi espressamente prevede il diritto di chiunque al risarcimento del danno derivante da comportamenti delle imprese che, violando le regole poste a tutela della concorrenza, compromettano il buon funzionamento del mercato.

Correlativamente viene offerta una nuova disciplina in materia contrattuale (rispetto a quella contenuta nel codice civile), dal momento che, insieme alla proprietà privata, gli scambi rappresentano il fondamento portante dell'economia di mercato, il suo aspetto ontologico¹⁶. Il fenomeno è stato ampiamente studiato dalla dottrina e, pertanto, a quella rimando. Voglio soltanto qui ricordare, in estrema sintesi, i profili più rilevanti per l'argomento che ci occupa.

Nelle nuove regole di derivazione comunitaria, ma anche in quelle più recenti di matrice domestica, ascrivibili alla medesima prospettiva, il contratto - stipulato tra imprese e tra queste e i consumatori - non appare più racchiuso nella logica individualista e formalmente paritaria accolta nel codice civile, ma è riguardato quale dispensatore di effetti aggregati sulle dinamiche del mercato e sul suo corretto funzionamento. Da qui, la possibilità di vagliare il contenuto del programma negoziale per evitare che una parte, tramite l'inserimento di clausole a sé troppo favorevoli o l'attuazione di condotte opportunistiche e sleali, attraverso la riduzione dei costi o l'aumento dei guadagni, lucri un indebito vantaggio a scapito dell'altro contraente (comunque attore del mercato, in qualità di impresa, utente, consumatore, cui deve essere garantita la piena libertà del consenso - che compone l'indistinta domanda - e la tutela del proprio patrimonio, della propria capacità di spesa, dei propri investimenti), ma anche a danno, in prospettiva più ampia, dei concorrenti che agiscono nel

al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere". Nello stesso senso, Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, pubblicata, tra l'altro, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1097-1106, con commento di A. PALMIERI e di R. PARDOLESI.

¹⁵ Cass., sez. III, 10 marzo 2008, n. 6297, in *www.personaedanno.it*.

¹⁶ P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, Napoli, 2008, p. 1348. Afferma "l'esistenza di una connessione funzionale tra contratto, libertà contrattuale e libertà di concorrenza", G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in ID., *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padova, 1994, p. 284; cfr., inoltre, R. SACCO, voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig.disc.priv., sez.civ., Agg.*, Torino, 2012, p. 540 ss.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, cit., p. 194 ss.; ID., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust*, a cura di G. Olivieri e A. Zoppini, Roma-Bari, 2008, p. 16 ss.

rispetto delle regole che segnano l'ordine giuridico dei mercati¹⁷. Il più delle volte assume formale rilievo il diverso potere negoziale delle parti; talora si prescinde dall'espresso riferimento a situazioni di debolezza del soggetto svantaggiato ovvero di abuso della differente posizione di forza, risultando sufficiente il ricorrere di elementi oggettivi in contrasto con i parametri imposti dal mercato (si pensi, ad esempio, alle regole in materia di durata del contratto di *franchising*)¹⁸.

Si tratta, in definitiva, di un sistema che vuole contribuire ad assicurare (insieme a moltissimi altri interventi regolatori) la struttura concorrenziale dei mercati e che, pertanto, impone agli operatori - non un determinato ed aprioristico assetto dei loro interessi ma - il rispetto delle regole necessarie per il funzionamento di tale sistema, a garanzia dell'effettiva libertà contrattuale, con i conseguenti benefici per la collettività¹⁹.

¹⁷ Formula coniata da N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit. In proposito, cfr., tra gli altri, G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 114 ss., con specifico riguardo alla contrattazione tra imprese; si veda inoltre G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2^o ed., 2011, p. 52, per il quale “l'acquisizione di vantaggi ingiustificati a danno dei consumatori e degli utenti può anche comportare una diminuzione di costi lesiva degli interessi dei concorrenti leali, come l'abuso di dipendenza economica da parte di una impresa a danno dell'altra può incidere sulla tutela della concorrenza e del mercato (ovvero sulla sua struttura)”; ID., *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913, n. 89*, in *Rass.dir.civ.*, 2006, p. 835. Nell'ottica della generale tutela del mercato concorrenziale, non importa quindi che l'invalidità della singola clausola abusiva prescinda dall'effettiva esistenza di un vantaggio anticompetitivo, così come, per dichiarare l'illiceità di un'intesa (art. 2, l. 287/1990), non rileva che essa abbia già pregiudicato il gioco della concorrenza, ma soltanto che risulti avere come oggetto o come effetto un tale epilogo.

¹⁸ In particolare, sulla base dell'art. 3, comma 3 della legge sul *franchising* (l. n. 129/2004), pur in mancanza di una testuale previsione in tal senso, si considera ammissibile una rideterminazione ad opera del giudice del termine convenzionale di durata del contratto, qualora sia a tempo determinato, nel caso in cui esso non risulti in concreto sufficiente all'ammortamento dell'investimento operato dal *franchisee* ovvero non sia adeguato a rendere l'operazione negoziale utile per entrambi i contraenti. Cfr. G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 2004, p. 763, per il quale l'integrazione giudiziale ai sensi dell'art. 1374 c.c. può operare anche nel caso in cui il termine convenzionale sia superiore ai tre anni previsti come soglia minima dalla legge, ma risulti nella specie non adeguato a consentire il recupero dei capitali investiti.

¹⁹ Afferma N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 101, che “la giustizia del prezzo è nella legalità della sua formazione”, cioè nel fatto che i contraenti abbiano rispettato le regole del gioco; nello stesso senso, P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, I, 231. 23. Era questa, del resto, anche l'impostazione coltivata da J.

Questi sono riassumibili - se si vuole - nella formula costituzionale dell'“utilità sociale” di cui all'art. 41, posto che, come afferma Rodolfo Sacco, “*La funzione sociale del contratto è innanzitutto il mercato*”²⁰.

Esito di tale rinnovamento è, nei fatti, l'apertura a un controllo sull'equilibrio delle prestazioni negoziali, sul piano sia economico sia normativo, assumendo a modello la “*giusta*” composizione degli interessi dei contraenti, intendendosi per “*giusta*” quella che viene a determinarsi nei singoli mercati di riferimento dall'incontro della domanda e dell'offerta, oppure che risulta già trasfusa nelle norme dispositive custodi di un assetto mediano delle rispettive esigenze.

Correlativamente, viene esteso il ruolo attribuito al giudice chiamato a valutare, nei casi concreti, il carattere vessatorio o meno delle clausole negoziali ovvero “*il significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*” (come recita il primo comma dell'art. 33 del Codice del Consumo); la grave iniquità in ordine ai termini di pagamento, nonché “*al saggio degli interessi moratori o al risarcimento per i costi di recupero*” (art. 7 del d.lgs. n. 192/2012, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali); le “*condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose e discriminatorie*” (art. 9, l. n. 192/1998), ecc.

Il rilievo assegnato dalle nuove disposizioni normative allo squilibrio tra le prestazioni o all'iniquità di singole clausole, nonché il richiamo alle norme codicistiche che variamente disciplinano accordi non improntati a proporzionalità (esemplare, la riduzione d'ufficio della penale manifestamente eccessiva), ha favorito lo sviluppo di tesi inclini a ritenere ammissibile un controllo generalizzato sul contenuto di qualunque intesa, “*sul presupposto che non vi sia accordo capace in quanto tale di garantire la giustizia*”²¹, un'impostazione che, oltre a poggiare su ragioni differenti da quelle che hanno giustificato l'intervento del legislatore europeo, è chia-

Locke ad avviso del quale ad essere giusto o ingiusto non è il risultato dell'accordo, ma il modo in cui è attuata la concorrenza: lo ricorda F. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata* (1994), Milano, 2000, p. 276.

²⁰ R. SACCO, *Obbligazioni e contratti*, II, in *Trattato di Diritto Privato*, dir. da P. Rescigno, 10, II, IV ed., Torino, 2018, p. 345. Sul benessere della collettività veicolato dal sistema del libero scambio, in cui il contratto è lo strumento, v. altresì W.H. BALEKJIAN, *Legal Reasoning and Economic Reasoning*, in *Rechtstheorie, Beiheft 10, Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart*, 1986, p. 375-377.

²¹ E. NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in *Riv.dir.civ.*, 2016, 5, p. 1263, la quale correttamente critica l'idea di una oggettiva “*giustizia contrattuale*” dal carattere “*puramente materiale*”.

ramente in contrasto con l’essenza stessa dell’autonomia privata, la quale implica che siano le parti stesse a valutare la convenienza dello scambio²².

Tale orientamento si colloca all’interno del modello interpretativo che privilegia il ricorso ai principi rispetto all’applicazione delle norme, aprendo la strada a quella che viene chiamata la “*giurisprudenza creativa*”.

Tra i protagonisti di questa tendenza (chiamata la “*dottrina dei valori*”) meritano uno specifico cenno Paolo Grossi e Nicolò Lipari, entrambi accomunati da una sostanziale sfiducia verso il legislatore. Il primo, storico insigne e presidente emerito della Corte Costituzionale, manifestando una particolare affezione verso le età di mezzo che hanno preceduto la Rivoluzione Francese e i predicati dell’Illuminismo, sostiene che è “*giunta l’ora di deporre dal suo trono intangibile il legislatore, sovrano ormai sterile e ci si deve avviare verso un diritto che sia espressione dei principi della costituzione...*”²³. Il secondo, civilista altrettanto illustre, ugualmente afferma che siamo passati dalla stagione delle fonti a quella dei principi che svolgono una funzione ordinante ed unificante²⁴, principi da rinvenirsi nella Costituzione e rispetto ai quali il criterio della ragionevolezza funge da mezzo per consentire che il procedimento interpretativo del testo (legislativo o contrattuale) sia adattato al contesto ovvero si basi su indici socialmente condivisi²⁵. Precisa quindi (proprio nelle conclusioni della voce “*Contratto e principio di ragionevolezza*”, contenuta nel volume oggi presentato, che “*nell’ottica di una rilevanza giuridica della prassi ben può accadere che il giudice, valutando l’incidenza degli effetti potenzialmente riconducibili all’atto di autonomia, ritenga - nella chiave di una ragione condivisa - quegli effetti ingiustamente sperequati a danno di una parte*”; se così non facesse “*l’impianto costituzionale ne risulterebbe inesorabilmente compromesso*”²⁶.

Se Lipari auspica un controllo sempre più incisivo sul contenuto del contratto in base al principio di ragionevolezza, inteso come conformità ai valori costituzionali condivisi, per altri (giudici compresi) lo strumento

²² Cfr. A. NICOLUSSI, *Limiti del pacta sunt servanda*, in *Jus*, 2021, p. 384.

²³ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2019, p. 78; dello stesso, tra i tanti contributi in tal senso, si veda altresì, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust.civ.com*, 2014, 4. Chiara è la premessa anti-illuminista dell’Autore in *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, 3° ed., Milano, 2007, p. 23.

²⁴ N. LIPARI, *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2018, p. 5 ss.

²⁵ N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Bologna, 2021, p. 59 ss.

²⁶ N. LIPARI, voce *Contratto e principio di ragionevolezza*, in *Contratto*, cit. p. 381.

privilegiato per realizzare un contratto “giusto” è rappresentato dalla clausola generale di buona fede (cui talora la stessa ragionevolezza viene ricondotta).

In proposito una premessa si impone. E' certo indubitabile che la più recente legislazione, soprattutto di matrice comunitaria, anche per l'influenza del diritto tedesco, ha assegnato un importante rilievo alla buona fede. Occorre, peraltro, rilevare che il suo richiamo assume il più delle volte un significato meramente retorico: nel suo evocare un generale modello di contrattazione corretta, essa non fa che sintetizzare regole di comportamento già implicitamente contenute e specificate nelle norme imperative che stigmatizzano condotte abusive e ne vanificano l'esito. In tal senso, affermare la contrarietà a buona fede dell'inserimento di clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, oppure dell'approfittarsi dell'altrui stato di dipendenza economica, nulla aggiunge ai contenuti normativi già enunciati nelle disposizioni legali (se non l'eventuale aggiunta di ulteriori elementi valutativi dei singoli casi concreti affidati alla saggezza dell'organo giudicante)²⁷.

I riferimenti alla buona fede contenuti nei testi legislativi si sono riversati, amplificati, nelle pagine della dottrina, la quale, in linea generale, non sembra discostarsi da una ricognizione valutativa del ruolo della buona fede circoscritta alle nuove disposizioni²⁸, pur rilevando Enzo Roppo come le discipline di matrice comunitaria abbiano dato luogo a un trascinarsi della clausola dal suo usuale campo di applicazione a quello relativo al giudizio di validità del contratto²⁹ (scardinando il tradizionale precetto per il quale, come ci ricorda Luigi Mengoni, “*in nessun caso, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità*”)³⁰.

²⁷ Così, 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*, Torino, 2015, pp. 259-260; inoltre A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp.civ.prev.*, 2010, p. 355.

²⁸ In questo senso, A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, vol. IV, Torino, 2004, p. 270 ss., con riguardo ai contratti dei consumatori, e pp. 281-282, relativamente all'abuso di dipendenza economica.

²⁹ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, p. 65 ss.

³⁰ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit.cred.*, 1997, p. 9.

Diversa e assai meno innocua valenza assume il richiamo alla buona fede quando alla stessa si attribuisce l'inusuale ruolo di generale limite all'autonomia privata (così sosteneva, tra gli altri, Francesco Galgano) ovvero di criterio, per valutare, tra l'altro, l'equilibrio sotto il profilo economico e/o normativo delle pattuizioni, e sul quale fondare l'eventuale invalidità dell'accordo o di singole sue parti³¹. Sostiene così la Suprema Corte a Sezioni Unite, sia pure in un *obiter dictum*, che la “buona fede serve a mantenere il contratto nei binari dell'equilibrio e della proporzione”³².

È possibile assegnare ad una clausola generale, dal carattere per ciò stesso indeterminato, contenuti dotati di valenza assiologica, al cui mancato rispetto poter derivare la nullità del contratto o di una singola clausola? Come aveva anche rilevato la Corte Costituzionale in una pronuncia del 1990, il ricorso alla buona fede non costituisce di per sé “un argine sufficiente alla libertà di scelta del contraente e di determinazione del contenuto del contratto che nel vigente ordinamento caratterizzano l'autonomia contrattuale e non <è> perciò idonea a sopperire all'alterazione dell'equilibrio tra le parti che consegue all'essere una di esse in posizione di supremazia”³³.

Per superare tale ostacolo, la buona fede viene evocata in collegamento con il precetto costituzionale della “solidarietà economica e sociale” di cui all'art. 2 della Costituzione, il quale, per suo tramite, può modellare

³¹ F. GALGANO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr.impr.*, 1999, p. 21, secondo cui “la clausola generale di buona fede tende ormai ad essere intesa non solo come fonte di integrazione del contratto, ma anche e soprattutto quale limite generale all'autonomia privata, quale strumento di controllo del contenuto, dell'equilibrio e della congruità causale del contratto”; dello stesso si v. altresì, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, ivi, 2000, p. 924 ss.; *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, ivi, 1997, p. 423; *Sull'equitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr.impr.*, 1993, p. 419 ss. Cfr., inoltre, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, in *Rass.dir.civ.*, 2001, p. 347; ID., *Nuovi profili del contratto*, ivi, 2000, p. 347; nonché F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 186 ss.; R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 145 ss.; ID., *Le attuali prospettive di “oggettivazione dello scambio”: verso la rilevanza della “congruità dello scambio contrattuale”*, in *Contr.impr.*, 2001, p. 621. Più in generale, 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, p. 801 ss.

³² Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85 ss., con note di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Frazionabilità del credito e buona fede inflessibile*; su tale pronuncia si veda anche S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, passim, dove a p. 81 ss. si segnala il commento di E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e contratti asimmetrici d'impresa*.

³³ Corte Cost., 15 maggio 1990, n. 241, in *Giur.cost.*, 1990, p. 1467 ss.

l'esercizio della libertà contrattuale in funzione della sua concreta attuazione. È questo, ad esempio, il percorso logico adottato nelle famose ordinanze della Corte costituzionale in tema di nullità della clausola relativa a una caparra confirmatoria gravemente sbilanciata in danno di una parte³⁴. Tale legame lo ritroviamo altresì ripetuto in varie voci tematiche presenti nel volume in esame (si veda, tra gli altri, il contributo di Giuseppe Vettori, su "*Contratto e Costituzione*"). Un incentivarsi delle posizioni dottrinali inclini a valorizzare, per il tramite del dovere di buona fede, la "solidarietà sociale", si è inoltre registrato in conseguenza degli squilibri che la pandemia ha determinato sui contenuti negoziali e, quindi, sugli obblighi in capo alle parti³⁵.

³⁴ Corte Cost., ord. 21 ottobre 2013, n. 248, in I *Contratti*, 2014, pp. 926-927, con nota critica di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*; in *Foro it.*, 2014, 2039 s., con commento ugualmente negativo di R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, e in *Giust.cost.*, 2013, p. 3767, con nota viceversa adesiva di F. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e buona fede*; su tali pronunce, si veda altresì F. P. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv.dir.civ.*, 2014, p. 685 ss. All'ord. del 2013 è seguita l'ord. 26 marzo 2014, n. 77, dai contenuti sostanzialmente identici alla precedente. Il relatore delle due ordinanze, M.R. MORELLI, nel contributo *Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust.civ.*, 1999, p. 3 ss., aveva già tratteggiato i fondamenti teorici dell'impostazione adottata nei provvedimenti in esame; dello stesso si v. altresì, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust.civ.*, 1994, p. 2173 ss.

³⁵ In questa prospettiva, si è proposto di modificare in senso solidaristico la tradizionale nozione di impossibilità sopravvenuta della prestazione, non ritenendosi più necessario il requisito della sua oggettività ai fini della liberazione del debitore, ma attribuendosi rilevanza, tramite la clausola generale di buona fede, alle difficoltà personali in cui si trovi il debitore: cfr., in particolare, A. DE MAURO, *Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*, in *Giustizia civile.com*, editoriale del 27 marzo 2020, pp. 4-6; nello stesso senso, A.M. BENEDETTI - R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in *dirittobancario.it*, marzo 2020, pp. 2-4, i quali desumono dai principi costituzionali e dalla clausola generale di buona fede un obbligo di rinegoziare le condizioni negoziali alterate dall'emergenza pandemica, al fine di evitare una ingiusta redistribuzione di ricchezza a vantaggio di alcuni contraenti e in danno di altri. Critica tale impostazione, A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa ai tempi del Coronavirus*, in *Giustizia civile.com*, approfondimento del 29 aprile 2020; analogamente, A. ALBANESE, *Pandemia e responsabilità del debitore: il ruolo dell'interprete*, in attesa di pubblicazione nel volume *Valori dell'ordinamento vs. esigenze dell'emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, a cura di

Molteplici sono le ragioni che impediscono di accogliere le tesi sopra sinteticamente riassunte, alcune di portata più generale, altre specificamente connesse ai caratteri della materia contrattuale. Proverò ad elencarle, anche se la rilevanza dei problemi sollevati dalla “*spensierata retorica dell’antipositivismo*”, come la definisce Natalino Irti³⁶, richiederebbe un ben maggiore approfondimento.

Primo aspetto. Il ricorso ai principi, quali strumenti affidati al giudice per trarre il diritto al di là dell’universo normativo, presuppone una uniformità di valori condivisi non facilmente reperibile nella nostra società caratterizzata, al contrario, da un “politeismo di valori”³⁷. Anche la nostra Carta costituzionale, pur nella centralità che riveste l’art. 2 (contenendo il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo), non offre un contributo risolutivo, risultando il prodotto di tre diverse ideologie che variamente hanno inciso sulla formulazione dei suoi precetti, non di rado espressione di valori antinomici³⁸. Quanto ai profili economico-sociali (quelli che maggiormente involgono la materia contrattuale), essa non disegna un quadro di ampio respiro destinato a valere nel tempo, preoccupata, da un lato, di stabilire principi che fossero in opposizione alla dittatura appena abbattuta e, dall’altro, condizionata da modelli ideologici dirigisti di cui la storia ha poi decretato il totale fallimento.

In questo panorama, valutare la tenuta di un accordo negoziale sulla base di “valori” o di generali “principi” (esemplare, la “solidarietà”) significa affidarsi a parametri necessariamente generici la cui concretizzazione, pur nascente da una attenta analisi del caso, è comunque lasciata alle personali scelte del singolo giudice ovvero alle valutazioni che lo stesso reputa accolte nella collettività, per ciò stesso variabili e imprevedibili.

R. Sacchi, Milano (che raccoglie gli Atti del Convegno dall’omonimo titolo svoltosi all’Università Statale di Milano nei giorni 20/21 settembre 2021) (manoscritto consultato grazie alla cortesia dell’Autore).

³⁶ N. IRTI, *La fatica di pensare e il facile conformismo*, in “Il Sole 24 ore”, 7 novembre 2021.

³⁷ Per usare la nota categoria concettuale coniata da Max Weber, *Il politeismo dei valori*, Morcelliana, 2010.

³⁸ Cfr. F. BENATTI, *Tra dottrina e giurisprudenza. L’interpretazione delle norme di legge*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 381, il quale si richiama a L. MENGONI, *L’argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 120.

li³⁹, nonché talora offuscate da aneliti di “giustizia distributiva”⁴⁰ che portano a limitare l’autonomia privata, modificando autoritativamente i caratteri dell’accordo oppure a distruggerne l’essenza, a prescindere dalla ricorrenza di precisi presupposti come individuati dal legislatore.

Secondo aspetto. L’esaltazione di una giurisprudenza che, svincolata dall’applicazione delle norme, si rifà ai valori e, quindi, prescinde dalla mediazione razionalizzatrice della legge⁴¹ apre la via ad un pericoloso sovvertimento dei rapporti tra i poteri dello Stato, portando ad una inammissibile riconfigurazione degli stessi in contrasto con i dettami della Carta Costituzionale (art. 1 collegato con l’art. 101)⁴². L’accreditarsi di tale forma di generalizzato controllo sugli atti di autonomia dei privati (la Cassazione in una decisione del 2005 parla, sostanzialmente, di “governo della discrezionalità contrattuale”)⁴³ finisce infatti per attribuire all’organo giudicante un potere di intervento autoritativo che solo il legislatore, in quanto legittimato dagli stessi consociati, può e deve esercitare⁴⁴.

³⁹ “*Il decidere secondo valori*”, afferma criticamente N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica*, in *Riv. Soc.*, 2015, p. 806, “*non ha dietro o dentro di sé né applicazioni di norme, né giudizi in base a criteri ‘riconoscibili’, ma pura intuizione di ‘essenze’ o di ‘principi’ assoluti, che trovano fonte nella volontà autoritativa del magistrato*”. Su questa linea cfr., tra gli altri, F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv.dir.civ.*, 2011, p. 839 ss.

⁴⁰ Sul tema si vedano, ad esempio, AA.VV., *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 99 ss.; H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, ivi, 2003, p. 659 ss.

⁴¹ Cfr., C. CASTRONOVO, *L’aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Eur.dir.priv.*, 2016, p. 999; si veda anche F. BENATTI, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, in *Banca, borsa, tit.cred.*, 2021, p. 3 ss.

⁴² Avverte M. LUCIANI, *Certeza del diritto e clausole generali*, in *Questione giustizia*, 2020, p. 72, che, seguendo la c.d. teoria creazionistica, potremmo avviarci verso una “*crisi dello Stato democratico di diritto per come l’abbiamo riconosciuto fino ad oggi, alla cui fine, volenti o nolenti, c’è la sua sostituzione con uno Stato aristocratico di giurisdizione*”. Sul pericolo di una degenerazione verso il “*dispotismo giudiziario*”, L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, p. 24 s. Evidenza come non si debba confondere, utilizzando la clausola generale di buona fede, il ruolo di chi è chiamato ad interpretare la legge e di chi invece è preposto a controllarne la conformità alla Costituzione, anche A. ALBANESE, *Buona fede contratto legge*, in *Eur.dir.priv.*, 2021, pp. 73-74. Sostiene, invece, P. GROSSI, nel volumetto *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, *passim*, che si debbano rivedere i due pilastri fondamentali del moderno ‘Stato di diritto’: la separazione dei poteri e il principio di legalità.

⁴³ Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Contr.impr.*, 2005, p. 501, con nota di M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*.

⁴⁴ Come avverte B. LEONI, *La libertà e la legge* (trad.it. di *Freedom and the Law*, 1961),

Terzo aspetto. La teoria c.d. “creazionistica” ha effetti destabilizzanti per la materia contrattuale, in quanto il sindacato sugli atti di esercizio dell’autonomia privata si fonda su parametri che, per quanto sopra detto, non possono che essere generici e, quindi, imprevedibili. Ritenere la ragionevole soglia di prevedibilità dei verdetti⁴⁵ un’esigenza di poco peso a fronte dello straordinario modificarsi delle fonti del diritto e della rilevanza applicativa dei principi costituzionali, omette di considerare - molto banalmente - che ciò non favorisce l’agire delle imprese, ma al contrario si traduce in costi per gli operatori economici, trasferibili o trasferiti sui contraenti finali (i consumatori). Come si dovrebbe redigere, ad esempio, un testo negoziale, affinché si possa ritenere che l’accordo regga in quanto anche rispondente al criterio di ragionevolezza del contesto (come predicato da Nicolò Lipari)? I modelli di *common law* circa le modalità di redazione dei contratti, specie tra imprese, risulterebbero, in tale ottica, assai poco utilizzabili. Senza dimenticare che tali vaghezze regolamentari, unite alla cronica lentezza dell’operare della nostra magistratura, si riflettono negativamente sulla scelta del nostro Paese quale mercato su cui effettuare investimenti nella ineliminabile concorrenza tra gli ordinamenti.

Si può altresì segnalare come l’uso disinvolto dei principi e delle clausole generali porti ad attribuire loro un senso che non trova nel contesto di riferimento un reale consenso (per usare lo stesso *iter* concettuale dei fautori delle tesi criticate). La tanto evocata “solidarietà” di cui all’art. 2 della Costituzione, fatta transitare attraverso la clausola di buona fede, è, infatti, nozione estranea alla logica dei rapporti negoziali tra privati che sono caratterizzati dall’esigenza di ciascuna delle parti di realizzare il proprio interesse in un quadro di comportamenti onesti e leali, senza che altro possa essere loro richiesto⁴⁶.

Macerata, 1994, p. 147, peraltro assoluto fautore del diritto di origine giudiziaria, “*il potere giudiziario dovrebbe indirizzarsi molto di più a scoprire qual è la legge piuttosto che imporre alle parti in causa ciò che il giudice pensa*”. Altra questione, è il segnalare l’indebolimento della legislazione, dovuta a molteplici fattori, quali, in particolare, l’arretramento delle forme democratiche della politica e la crisi della qualità delle leggi. Sul punto, tra gli altri, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Liber Amicorum*, in onore di Carlo Amirante, in *Riv.dir.cost.*, 2012, p. 162 ss. e in www.rivistaaic.it, 2012.

⁴⁵ È d’obbligo il riferimento a N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv.dir.civ.*, 2015, p. 11 ss. ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, *ivi.*, 2014, p. 987 ss. In prospettiva più generale, C. CASTRONOVO, *L’eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

⁴⁶ F. BENATTI, *Norme aperte e limiti al potere del giudice*, in *Eur.dir.priv.*, 2013, p. 19; dello stesso si v. anche *La clausola generale di buona fede*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009,

Quanto alla buona fede, essa non può essere utilizzata per riscrivere o correggere contratti ritenuti squilibrati ovvero non improntati a “giustizia”, proteggendo parti assunte deboli o inventando asimmetrie, magari al fine di rimediare ai fallimenti del mercato⁴⁷: il suo ruolo deve essere infatti solo quello di garantire l’assetto voluto dalle parti (se, ovviamente, esso risulti correttamente formato ed esente da vizi). La buona fede impone, infatti, canoni di condotta improntati a lealtà, probità, onestà, correttezza reciproca, da tradursi in regole appropriate al caso concreto, nell’ottica della tutela degli interessi degli stessi contraenti. Tale prospettiva, racchiusa entro i confini segnati dalle esigenze delle parti, prescinde dalla considerazione di valori diversi, superiori e generali, da tutelare tramite le disposizioni imperative di legge⁴⁸ o il ricorso ai principi di ordine pubblico⁴⁹.

In definitiva, assodato che nella legislazione speciale ed anche in alcune disposizioni contenute nel codice civile si rende o si può rendere necessario un controllo circa la proporzionalità delle reciproche prestazioni e un eventuale riequilibrio delle stesse, si ritiene che ciò non possa e non debba significare che sia ormai consentito ai giudici sindacare e correggere i contenuti di qualsiasi programma negoziale al fine di rincorrere un ideale modello di “giustizia contrattuale”. Tale intervento “equilibratore” non può essere infatti avulso dai filtri rappresentati, nella fitta - e non di rado confusa - trama delle disposizioni normative di antico o nuovo

p. 252, Sia consentito il rinvio altresì a C. TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell’equità nella moderna disciplina dei contratti: proporzionalità dello scambio e concorrenzialità dei mercati*, in *Studi in onore di G. De Nova, Prospettive e limiti dell’autonomia privata*, Tomo IV, Milano, 2015, p. 2949 ss.

⁴⁷ Critico F. DENOZZA, *Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di “parte debole”*, in *Orizzonti dir.comm.*, 2013.

⁴⁸ Disposizioni imperative che possono avere anche concretizzato la clausola generale in modo inderogabile, prescrivendo ad esempio specifici e non modificabili doveri di informazione. In tal senso, F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, cit., p. 844; analogamente, F. BENATTI, *sub art. 1175*, in *Comm. Cendon*, Torino, 1991; A. D’ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 230 ss. Sul tema della solidarietà, v. più in generale le ricche riflessioni offerte da P. RESCIGNO, nel saggio *Solidarietà e diritto*, Napoli, 2006. ⁴⁹ Osserva in proposito R. SACCO, in R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, in Tratt. Sacco, III ed., Torino, 2004, pp. 434-435, che “i limiti all’autonomia privata possono essere giustificati solo dall’interesse collettivo, o dall’abuso di un contraente sull’altro. E, per quanto attiene a tali valori, la loro protezione mediante criteri extralegali ha già un veicolo: che si chiama rilevanza dell’ordine pubblico e del buon costume” veicolo che “non conviene chiamarlo buona fede, o correttezza o equità”.

conio, dalla ricorrenza di precisi presupposti attinenti alla formazione del contratto o da definite circostanze, originarie o sopravvenute, che ne delineino il contesto di riferimento, o, comunque, dai caratteri e dalla funzione assoluta da quella o da quell'altra clausola da valutarsi all'interno del complessivo contenuto negoziale.

Il peso assegnato dalle disposizioni normative all'equilibrio dei rapporti negoziali non può essere, dunque, generalizzato estendendolo ad ogni contratto, snaturandone il senso e piegandolo a esiti contrastanti con il favore per l'economia di mercato e la libertà di autodeterminarsi, trattandosi di “principi” (che troppo spesso la “*dottrina dei valori*” dimentica) chiaramente espressi nei Trattati Europei e finalizzati alla creazione e al mantenimento di una società libera e democratica, per ciò stesso custode dei diritti fondamentali delle persone, così come declamati nella nostra Carta Costituzionale e nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Il contratto, d'altra parte, quale principale strumento operativo del mercato, non può essere funzionalizzato al perseguimento di obiettivi di uguaglianza sostanziale e di giustizia sociale: come afferma Giovanni d'Amico, nella parte conclusiva del suo contributo, “*un contratto sul quale venga fatto gravare il peso delle “diseguaglianze sostanziali” e a cui si attribuisca la funzione di superale (in nome della “giustizia”), è un istituto che viene caricato di un compito che esso non può assolvere*”⁵⁰, pena il suo stravolgimento, con effetti nefasti per gli stessi obiettivi sociali che si volevano perseguire (la vecchia legge sull’“equo canone” ne costituisce un significativo esempio).

Se non si possono condividere le impostazioni “solidaristiche” che alla libertà dei privati contrappongono la difesa di una supposta giustizia contrattuale affidata alla creatività delle Corti, neppure è peraltro più consentito propugnare un'applicazione delle disposizioni di legge rigida-

⁵⁰ G. D'AMICO, voce “*Giustizia contrattuale*”, in *Contratti*, cit., p. 606. Analogamente E. NAVARETTA, *Il contratto “democratico e la giustizia contrattuale*, cit., in particolare p. 1267, secondo cui “*risulta illusorio affidare alla giustizia contrattuale l'onere di risolvere il principale problema della ‘giustizia sociale’*”, problema la cui soluzione l'Autrice affida all'intervento pubblico. Per l'opposta opinione, A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2005, p. 78 ss. Sulla questione, si veda, inoltre, tra gli altri, S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Enc.dir.priv.*, 2010, p. 610 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 298 ss.

mente limitata da un presunto loro carattere di eccezionalità, nel tardivo riproporsi dell'assoluta intangibilità dell'autonomia negoziale. Definitivamente tramontata l'età del positivismo, in un sistema di certo assai più complesso, articolato e incerto di quello ereditato dal passato, il problema dell'equilibrio contrattuale può essere affrontato attraverso una lettura attenta e aggiornata delle singole disposizioni - sia quelle che rappresentano il nuovo ordine di regole, sia quelle contenute nel codice civile - nelle quali si assegni rilievo al rapporto di proporzionalità, individuando quelle caratterizzate da insuperabili diversità sul piano funzionale o strutturale e quelle invece accomunate da caratteri simili o dal medesimo principio ispiratore. Un esempio per tutti è offerto dall'interpretazione assegnabile all'art. 1384 c.c. in tema di riduzione della penale, tradizionalmente collocato tra le norme eccezionali in quanto regola limitativa dell'autonomia privata. Nel caso si ravvisi una eccessiva sproporzione tra la prestazione convenuta e l'interesse perseguito, la disposizione può, infatti, risultare estensibile per applicazione analogica a clausole tipiche (come la caparra penitenziale o confirmatoria)⁵¹ o atipiche (quali gli accordi sulla determinazione dei danni, o quelle che configurano pene private contenute negli statuti delle associazioni non riconosciute)⁵². Merita, inoltre, di essere menzionata la giurisprudenza dell'Arbitro Bancario che assimila alla penale la clausola con cui si determina convenzionalmente la misura degli interessi moratori, in quanto dotati di funzione liquidativa dei danni conseguenti all'inadempimento e al ritardo nell'adempimento⁵³.

⁵¹ In tal senso, A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 277 ss., il quale ne ammette un'estensione a tutte quelle ipotesi caratterizzate da lineamenti strutturali e funzionali simili e rispetto ai quali emerga un problema di proporzione tra il sacrificio imposto e l'interesse tutelato (la regola sarebbe pertanto applicabile analogicamente, ad esempio, alle c.d. "disposizioni testamentarie a titolo di pena"); dello stesso si veda anche *La clausola penale e la caparra*, in *Tratt. dei contratti*, dir. da P. Rescigno e E. Gabrielli, I, 2, *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1025 ss. Per l'interpretazione analogica è anche P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 451; così anche E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, cit., p. 1266 ss. Si cfr., inoltre, 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 d'oeil concettuale?* in *I contratti*, 2014, p. 853 ss.; M. DELLA CASA, *Inadempimento e affidamento del contraente deluso: una riflessione su risarcimento e caparra*, in *Riv.dir.priv.*, 2013, p. 240 ss.

⁵² Così, P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, p. 451.

⁵³ Orientamento inaugurato da due decisioni del Collegio di Coordinamento 18 marzo

Esigenze di chiarezza impediscono di limitarsi a evocare astratte esigenze di proporzionalità e giustizia (come ha fatto sbrigativamente la Corte Costituzionale nelle criticabili ordinanze più sopra ricordate) e impongono di evidenziare la similitudine strutturale e funzionale tra l’una e l’altra figura; allo stesso modo, chi contesta una lettura estensiva dell’art. 1384 c.c. non può semplicemente arroccarsi sul carattere eccezionale della norma o del potere attribuito al giudice di riduzione ad equità (come talora fa la stessa giurisprudenza con riguardo alla caparra confirmatoria), ma sarà tenuto a spiegare le differenze di struttura e funzione tra un istituto e l’altro⁵⁴.

Per l’argomento che ci occupa, riveste altresì particolare interesse il nuovo articolo 1168 del Code Civil (introdotto con la riforma del 2016), il quale stabilisce che “*nei contratti sinallagmatici, il difetto di equivalenza delle prestazioni non è causa di nullità dei contratti, a meno che la legge non disponga diversamente*”. A parte il problema dell’estensione della norma ai generici contratti commutativi o anche a quelli aleatori (questione che da subito ha interessato la dottrina d’oltralpe)⁵⁵, la disposizione sembra ribadire la regola tradizionale per la quale non è richiesto che i contratti esprimano un equilibrio oggettivo, essendo le parti libere di apprezzare l’equivalenza delle rispettive prestazioni. A sua volta l’art. 1169 sancisce che un contratto a titolo oneroso è nullo qualora, al momento della sua conclusione, la controprestazione convenuta sia “*illusoire ou dérisoire*”, il che corrisponde alla regola operativa sviluppata dalla giurisprudenza francese - e pure nostrana - della nullità per mancanza di causa (requisito che è stato, quantomeno formalmente, eliminato dal legislatore della ri-

2014, n. 1875 e 23 maggio 2014 n. 3412 (estensore di entrambe è Antonio Gambaro). Si veda, inoltre, Cass., 25 gennaio 2011, n. 1739, dove si afferma che l’eccessiva onerosità della penale è “*ravvisabile anche nella disposizione pattizia che preveda una maggiorazione degli interessi in caso di ritardato pagamento di somme dovute*”.

⁵⁴ Sui più recenti indirizzi interpretativi della Corte di Giustizia, sul dialogo tra le Corti Supreme e, quindi, sugli amplissimi spazi di cui può comunque godere l’interprete, senza dover ricorrere alle “*invenzioni del diritto*” (P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, *passim*), si veda S. PAGLIANTINI, *L’effettività della tutela consumeristica in stile rococò: massimo e minimo di deterrenza rimediale tra una Corte di giustizia epigona di Dedalo e delle sez. II n. 19597/20 sotto scacco di un rinvio pregiudiziale*, in *Foro it.*, 2021, parte quinta, p. 275 ss. (allo stesso si deve anche la voce “*Contratto (diritto europeo)*” contenuta nel volume oggi in esame).

⁵⁵ Come ricorda L. PONTIROLI, *Morte e trasfigurazione della causa (ed altre catastrofi) nel code civil*, in A. FUSARO - E. GABRIELLI (a cura di), *La riforma dei contratti in Francia*, in *Giur.it.*, 2018, p. 1254.

forma). Tale soluzione non sembra troppo distante dall'idea, sottesa alla nozione di “*consideration*” del Common Law che - fatta eccezione per il rivestimento di forma pubblica (“*under seal*”) - solo lo scambio o comunque la formale corrispettività sia il fondamento della vincolatività della promessa. In definitiva, nel formalizzare le soluzioni adottate dalla *Court de Cassation*, la norma sembrerebbe implicitamente riconfermare la preminenza della legge sulla giurisprudenza fonte del diritto; in ogni caso, alla luce di essa grandemente si riducono gli spazi operativi della teoria sulla generale congruità-proporzionalità delle prestazioni negoziali⁵⁶.

Nell'avviarmi alle conclusioni, vorrei aggiungere un ulteriore elemento di riflessione, a conferma dell'insostituibile ruolo della giurisprudenza nel processo di evoluzione del diritto, pur nel rispetto del sistema dei rapporti tra giurisdizione e legislazione come delineati dalla nostra Costituzione.

Ho l'onore di essere componente (quale membro laico) del Consiglio Direttivo della Cassazione il quale ha, tra le sue funzioni, anche quello di approvare (prima della trasmissione al CSM) il Documento organizzativo generale (detto DOG) predisposto dal Primo Presidente e destinato a regolare le scelte operative della Suprema Corte. Dalle illustrazioni offerte in quel testo circa il ruolo della Cassazione nella sua funzione nomofilattica traspare una chiara visione del rapporto tra legislazione e giurisprudenza, in applicazione dei principi propri di uno Stato di diritto e di un sistema di democrazia rappresentativa. I costanti riferimenti alla legge, quale *jus positum* avente carattere generale, uguale per tutti e stabilito in precedenza, riconfermano i compiti assegnati all'attività giurisdizionale della Suprema Corte, chiamata ad interpretare le norme e da queste trarre i principi di diritto in esse espressi. In tale ottica, viene, tra l'altro, significativamente affermato che l'art. 111 della Costituzione “*attribuisce alla Corte di cassazione il ruolo di supremo organo regolatore della giurisdizione e di raccordo tra potere legislativo e potere giudiziario al fine di garantire il primato della legge*” (p. 59 Dog). Si precisa, ancora, con specifico riferimento al ruolo delle Sezioni Unite civili e penali, che “*il principio di diritto è la generalizzazione dell'interpretazione e applicazione della norma ad una fattispecie concreta..., suscettibile di costituire la regola di giudizio per la decisione di altre fattispecie uguali e analoghe*”; principio di diritto, tuttavia, che, “*in quanto esterno al sistema delle fonti, non è vincolante, come si*

⁵⁶ L. PONTIROLI, *Morte e trasfigurazione della causa (ed altre catastrofi) nel code civil*, cit., pp. 1254-1255, ritiene invece che la norma “*fornisca al giudice maggiori occasioni d'intervento sul contenuto del contratto*”.

desume dall'art. 101, secondo comma, Cost. in base al quale i giudici sono soggetti soltanto alla legge”⁵⁷, ma che assume “una valenza meramente persuasiva nei confronti dei soggetti diversi dai protagonisti del processo in cui esso è enunciato” (pp. 56-57 Dog).

Importanti sono i corollari che da tali premesse conseguono, taluni esplicitati, altri presupposti. Si evidenzia, in particolare, l'articolato sistema organizzativo, anche alla luce dei recenti provvedimenti normativi, per assicurare l'uniformità della giurisprudenza, “valore fondamentale per l'ordinamento”, ovvero, come recita l'art. 65, 1° comma dell'Ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12), “l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, al fine di garantire la certezza del diritto e, quindi, la parità di trattamento dei cittadini dinanzi alla legge (p. 59 Dog). Tale obiettivo si sostanzia, verso l'esterno, nella prevedibilità delle decisioni: si sostiene, infatti, che “il precedente giurisprudenziale contenente il principio di diritto funge da parametro probabilistico circa la futura statuzione del giudice”, con la conseguenza che “un indirizzo interpretativo consolidato che fissa la vita di una norma così come contestualizzata dai principi di diritto che ad essa afferiscono crea... un affidamento circa la stabilità del quadro di riferimento e nella certezza dei rapporti giuridici”. Evidentemente il richiamato “affidamento dei cittadini in ordine alla portata delle ‘regole del gioco” (p. 57 Dog), poggia, a priori, sull'affidamento che in loro si determina in ordine al significato o ai significati correnti del dettato normativo (il c.d. “affidamento semantico”) che i giudici devono accertare ed applicare nelle proprie decisioni partendo dal dato letterale, senza indulgere in eccessivi soggettivismi interpretativi per scoprire sensi inusuali o creare regole diverse od ulteriori rispetto a quelle custodite nel testo legislativo - non solo di diritto sostanziale, ma anche di diritto processuale -, dovendo soggiacere al “principio di legalità”- secondo le regole della nostra Costituzione, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e della CEDU -. In tale quadro, di estrema rilevanza appare altresì quanto viene affermato con riguardo alla “motivazione dei provvedimenti” (strumento primario di comunicazione all'esterno dell'azione dei magistrati e di cui all'art. 111, 6° comma della Costituzione) e del relativo “lingua-

⁵⁷ Ricordo, in tal senso, l'importante pronunzia delle S.U. della Cassazione, 11 luglio 2011, n. 15144, che ha negato alle pronunce giudiziali la natura di “fonte” (argomentando dalla previsione, di cui all'art. 101 Cost. della soggezione del giudice alla sola legge) e ha offerto ampie considerazioni sui rapporti tra pronunce c.d. *overruling* ed affidamento dei consociati.

gio”, aspetti cui è dedicato l’intero par. 13. Si pone in luce, in particolare, come tramite “*l’autorevolezza e la persuasività del discorso giustificativo*”, caratteri precipui delle decisioni della Suprema Corte nella sua funzione nomofilattica, si può assicurare l’uniformità della giurisprudenza e garantire, quindi, la certezza del diritto.

Trattandosi di affermazioni che provengono dai più alti vertici della Cassazione, credo che si possa ancora confidare nella saggezza e nel senso delle istituzioni di molta parte della Magistratura contro le pericolose derive conseguenti alla retorica del “*postmodernismo*”⁵⁸ ed alla teoria della giurisprudenza “*creativa*”, con la sua fuorviante ricerca del “*contratto giusto*”.

⁵⁸ Non manca, peraltro, chi avverte che siamo comunque ormai avviati verso l’età del “*post-postmodernismo*”: così A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell’epoca del post-postmodernismo*, in *Riv.dir.civ.*, 2020, p. 1 ss.

POSTFAZIONE

Giovanni D'Amico

Ordinario dell'Università di Reggio Calabria "Mediterranea"

Questo breve Intervento vuole essere, anzitutto, un ringraziamento: in primo luogo ai colleghi ed amici che – negli ultimi mesi del 2021 – hanno voluto organizzare presso le proprie sedi universitarie¹ la serie di Incontri-Seminari (i cui *Atti* sono raccolti nelle pagine che precedono), volti a presentare e a discutere l'uscita del primo volume – dedicato alla materia del *Contratto* – della Nuova Serie ("*I Tematici*") dell'Enciclopedia del diritto; ma, poi e non meno sentitamente, ai numerosi studiosi, che hanno accolto l'invito di partecipare a detti Incontri.

Vorrei però, al tempo stesso, raccogliere – nelle pur rapide notazioni che seguono – alcune delle numerosissime suggestioni che sono emerse in quelle intense giornate di studio, e, al contempo, offrire qualche "risposta" (o – se si preferisce – qualche "interpretazione autentica", in qualità di curatore del volume dell'Enciclopedia) rispetto ad osservazioni e rilievi che hanno contribuito a rendere ancor più stimolante l'occasione di dibattito che si è realizzata. Prenderò in considerazione, in particolare, alcuni profili, selezionati anche in relazione alla loro ricorrenza nei vari Interventi raccolti nel volume.

Lo stile "enciclopedico" e il format ideato per la nuova serie dell'Enciclopedia del diritto.

Il "genere enciclopedico" (nel campo giuridico) è stato acutamente analizzato (anche nel suo sviluppo storico, e con interessanti confronti tra le diverse iniziative enciclopediche che hanno visto vita nel nostro paese a partire dall'ultimo ventennio del XIX secolo) da Salvatore Patti, che si è

¹ Gli Incontri si sono svolti: il 23 ottobre 2021, presso l'Università di Siena, su iniziativa del prof. Stefano Pagliantini e con la partecipazione di V. Roppo, R. Pardolesi, P. Cappellini, G. Villa, R. Sabato; il 19 novembre 2021, presso l'Università di Messina, su iniziativa dei prof.ri R. Amagliani, M. Calogero e Angelo Federico, e con la partecipazione di S. Patti, R. Alessi, L. Moscati, F. Roselli; il 2 dicembre 2021 presso l'Università di Venezia, su iniziativa della prof.ssa C. Camardi, con la partecipazione dei prof.ri C. Tenna Sillani, Lara Modica e M. Grondona.

in particolare soffermato sulle caratteristiche dell'*Enciclopedia del diritto* (della casa editrice Giuffr ), che inizia la pubblicazione dei propri volumi nel 1958 per concluderla 35 anni dopo, con l'uscita del 46° volume, cui seguiranno (a partire dal 1997) la serie di volumi di *Aggiornamento*, e, tra il 2007 e il 2017, l'iniziativa degli *Annali*.

La lunghissima gestazione dell'opera-base – dovuta al dilatarsi (inizialmente, con tutta probabilit , non previsto) degli esiti del suo progressivo sviluppo –, se da un lato testimonia di per s  della imponenza dell'opera, dall'altro ha creato alcuni inevitabili inconvenienti. Basti dire – come in altra occasione ho gi  osservato – che, per limitarsi al campo del diritto civile, tra la voce *Alea* (di Rosario Nicol ) apparsa nel vol. I (1958) e la voce *Volont  (diritto privato)*, firmata da Giorgianni nel vol. XLVI (1993), volume conclusivo dell'opera, intercorreranno – come gi  ricordato – ben 35 anni, un arco temporale che appare (specialmente oggi) enorme, e nel corso del quale   radicalmente cambiato non solo il contesto normativo, ma anche (e, forse, soprattutto) il modo in cui la giurisprudenza² e la dottrina hanno cominciato ad interpretare il proprio ruolo (si pensi – per fare solo un esempio – al fenomeno della c.d. “costituzionalizzazione del diritto privato”, fenomeno del quale il Maestro poc'anzi citato, e cio  Rosario Nicol ,   stato certamente un antesignano – come testimoniano, ancora, due “voci” degli anni '60 del secolo scorso, da lui firmate sempre per l'Enciclopedia del diritto: la voce “*Codice civile*” e la voce “*Diritto civile*” – ma che, con il trascorrere degli anni, ha avuto sviluppi che erano, a quell'epoca, affatto impensabili).

Un secondo inconveniente della (tradizionale) formula “enciclopedica” (quando questa venga realizzata in un arco temporale alquanto ampio, e non in un contesto temporale “concentrato” in pochi anni)   rappresentato dal “vincolo” della successione alfabetico-cronologica delle “voci”, che – per restare all'esempio dell'*Enciclopedia del diritto* – ha fatto s  (per fornire un solo esempio) che la voce *Famiglia* (inserita nel volo XVI dell'opera-base) sia apparsa nel 1967, ben dieci anni prima della riforma del diritto di famiglia del 1975, e quindi senza la possibilit  di registrare le profonde novit  che quella riforma (all'epoca ancora di l  da venire) avrebbe introdotto.

² All'importanza del “formante” giurisprudenziale ha dedicato profonde considerazioni – nel suo contributo nel volume che vede oggi la luce – Federico Roselli, evidenziando come la consapevolezza di questa importanza emerga in molte delle “voci” che compongono l'opera sul “Contratto”.

Anche gli *Aggiornamenti* e gli *Annali* risultano strutturati sul modello dell'opera-base (or ora succintamente richiamato), e dunque avendo riguardo all'intero ambito dell'esperienza giuridica, nelle sue diverse articolazioni (diritto civile, diritto penale, diritto amministrativo, diritto internazionale, diritto costituzionale, etc.), e, naturalmente, mantenendo l'"ordine" *alfabetico* (tipico del genere enciclopedico). Il sommarsi di questi due elementi ha comportato, da un lato, che anche gli *Aggiornamenti* abbiano richiesto la messa in opera di diversi volumi, per varie ragioni pubblicati non contestualmente bensì in un certo numero di anni (con il rischio di una rapida "obsolescenza" delle stesse voci pubblicate come "aggiornamenti"); e, inoltre - caratteristica, questa seconda, che ha coinvolto anche la, pur diversa (almeno parzialmente), formula degli *Annali* - che ciascuno di questi volumi apparisse come una silloge di "voci" alquanto eterogenee, dal punto di vista degli argomenti in ciascuno trattati.

Il *format* previsto per la nuova serie de "*I Tematici*" - *format* che, come in altre occasioni mi è capitato di evidenziare, era stato già "intuito" da Falzea (che era stato Direttore della serie degli "*Aggiornamenti*") sin dal 2004 anche se poi si "ripiegò" (per dare continuità all'opera) sul progetto degli *Annali* - intende "rimediare" ad entrambi gli inconvenienti sopra segnalati, pur mantenendo l'ambizione (che caratterizza l'opera-base, a differenza di altre opere enciclopediche - si pensi alla IV edizione del *Digesto* che appare divisa in Sezioni: privatistica, penalistica, etc.) di offrire un panorama che abbracci l'intera materia del diritto. Obiettivo, questo, che viene ora realizzato non in forma *sincronica* - con volumi che accolgano, ognuno, voci di varie discipline -, bensì in forma *diacronica* - con volumi successivi, ciascuno dei quali si occupa di un (solo) settore del diritto [il diritto privato, il diritto penale, il diritto amministrativo, etc.], scegliendo, di volta in volta, un "tema" da approfondire: il *Contratto*, la *Famiglia*, la *Colpa penale*, le *Funzioni amministrative*, etc. etc.).

S. Patti si domanda - e la domanda consente di lumeggiare un ulteriore aspetto, tutt'altro che secondario - se non sarebbe stato possibile immaginare di adottare, per i volumi de "*I tematici*" (a partire da quello dedicato al "*Contratto*"), il modello dell'"enciclopedia sistematica", e risponde alla domanda nel senso che è preferibile la scelta che è stata concretamente attuata (ossia quella di "una ripartizione della materia mediante voci, ordinate secondo l'alfabeto"), perché altrimenti "*il volume avrebbe finito per somigliare ad un trattato*".

La risposta coglie – a mio avviso – perfettamente nel segno, per almeno due ragioni, che può essere utile esplicitare. La prima ragione è che non era affatto nelle intenzioni del curatore del volume offrire una trattazione organica (e, appunto, sistematica) della materia contrattuale, tale da ricomprendere tutti gli istituti che appartengono a questa materia (e quindi, ad es. – per restare alla c.d. “Parte generale del contratto”, della quale soltanto si occupa il volume in questione -: la simulazione, la clausola penale, la caparra, la risoluzione per impossibilità sopravvenuta, etc. etc.). L'intento è stato piuttosto quello di offrire – attraverso le quasi cinquanta “voci” che compongono il volume (alcune delle quali assolutamente “nuove”, e generalmente assenti in analoghe opere “enciclopediche” : si pensi a : “*Contratto e Costituzione*”, “*Contratto ed economia comportamentale*”, “*Contratto e principio di ragionevolezza*”, “*Smart contracts*”, “*Testo contrattuale*”, “*Contratto e concorrenza*”, “*Prassi contrattuale*”, “*Contratto e processo*”, “*Contratto e divieto di discriminazioni*”, etc.) – una “fotografia” della trasformazioni che ha subito negli ultimi anni l'istituto contrattuale e il modo in cui esso viene affrontato nella pratica giurisprudenziale e nell'elaborazione dottrinale. In questa prospettiva, non tanto interessava la “completezza” e l'esaustività dei temi trattati, quanto piuttosto l'idoneità di ciascuno di essi (per l'intrinseca novità del tema, ovvero per il modo nuovo in cui un tema – pur appartenendo alla “tradizionale” disciplina dell'istituto – ha cominciato ad essere elaborato da dottori e giudici) a comporre il quadro “problematico” e “complesso”, nel quale vive oggi l'istituto contrattuale (al pari – del resto – di buona parte degli istituti del diritto civile).

La seconda ragione è – se si vuole – più banale: la serie de “*I Tematici*” si pone in continuità non soltanto con l'opera-base, ma anche con le sue successive “integrazioni”, rappresentate – come già ricordato – dai più recenti volumi degli “*Aggiornamenti*” e degli “*Annali*”. In queste ultime “propaggini” dell'*Enciclopedia del diritto* avevano già trovato spazio argomenti – quali *Contratto asimmetrico*, *Trasparenza contrattuale*, *Neoformalismo contrattuale*, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, *Postcontratto* – che non avrebbe avuto senso (a così breve distanza di tempo) riproporre anche nel volume dedicato al Contratto nella nuova serie.

Le “assenze”.

Spiegata (come si appena fatto) per alcune “voci” la ragione della loro mancata previsione all’interno del volume di cui parliamo, resta tuttavia da giustificare l’assenza di altre “voci”, segnalata variamente dai diversi autori che sono intervenuti nel dibattito che si è svolto.

Confesso che condivido la consapevolezza di alcune “assenze”, ma aggiungo subito che alcune tra quelle che sono state indicate³ non sono “lacune volontarie”. Nel progetto originario del volume avevo previsto che fossero ricomprese “voci” come “*Causa del contratto*” (la “voce” corrispondente nell’opera-base – dovuta alla magistrale trattazione di Michele Giorgianni – pur conservando integra la sua utilità, era, a distanza di quasi 60 anni, sicuramente meritevole di essere affiancata da una nuova trattazione che tenesse conto degli approfondimenti importanti cui, in questo lungo lasso di tempo, il concetto di causa è stato fatto oggetto, sia nell’elaborazione dottrinale, che nell’uso giurisprudenziale, che nell’evoluzione normativa, come dimostra l’esempio francese della recente *Ordonnance* che nel 2016 ha riformato il diritto dei contratti in quell’ordinamento); oppure “*Buona fede*”, per dar conto dello straordinario (e, talora, esorbitante) sviluppo che questa clausola generale ha conosciuto negli ultimi decenni, ben lontano dal ruolo marginalissimo che ad essa era attribuito ancora agli inizi degli anni ’60 del secolo scorso, a cui risaliva anche qui la corrispondente voce dell’*Enciclopedia del diritto*; o, ancora, la voce “*Contratto e analisi economica del diritto*”, per dar conto dell’importanza acquisita (anche nella materia contrattuale) da un “metodo” di analisi del fenomeno giuridico che – pur non essendo mai entrato nella “cassetta degli attrezzi” (*toolbox*) della generalità dei giuristi, ha comunque ricevuto, anche nella letteratura giuridica italiana, importanti ed originali contributi (basti citare, per il settore della responsabilità civile, il nome di P. Trimarchi), ed è comunque ormai “legittimato” (se così può dirsi) quale strumento, sia pure ausiliario, di interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche. Aggiungo che le “voci” or ora ricordate (e qualche altra ancora: era prevista, ad es., una voce intitolata “*Correzione del contratto*”) erano state anche “assegnate” ad altrettanti autori,

³ Ad es., Patti ha osservato che si sarebbe aspettato di trovare una voce intitolata “*Causa concreta*”, e Grondona (sia pure da una prospettiva particolare), ha detto di avvertire la mancanza di voci come “*Analisi economica del contratto*”, “*Contratto e sociologia*”, “*Contratto e antropologia*”, “*Contratto e filosofia politica*”.

che avevano accettato di redigerle, ma che poi – sia pure per motivi di varia natura – non hanno potuto adempiere all'impegno. Mi sia consentito, al riguardo, ricordare (anche per rendere un commosso omaggio al Maestro scomparso qualche anno fa) il caso del prof. C.M. Bianca, il quale aveva accettato di scrivere la voce “*Buona fede*”, ma è stato poi costretto dalla malattia a comunicarmi (con sincero rammarico), qualche mese prima della scadenza del termine per la consegna, che non avrebbe potuto completare il proprio contributo.

Dunque: sì, esistono delle “assenze”, e anche importanti. Ma vorrei aggiungere che, per fortuna (e proprio perché si tratta di temi centrali, tanto che avrebbero meritato certamente una trattazione autonoma), queste assenze sono – almeno in parte – “attenuate” dalla considerazione che gli argomenti in questione hanno trovato (e non poteva essere diversamente) in altre voci presenti nel volume: e, così, ad es., le problematiche che ruotano attualmente intorno al concetto di “causa” trovano ampia eco nella voce “*Meritevolezza del contratto*”, e, dal canto suo, la considerazione del ruolo della clausola di buona fede (magari per differenziarne l'ambito di applicazione rispetto ad altri concetti e istituti) trova spazio in una pluralità di altre “voci” (per citarne soltanto alcune: “*Contratto e Costituzione*”, “*Contratto e principio di ragionevolezza*”, “*Esecuzione del contratto*”, “*Giustizia contrattuale*”).

Ed è, forse, questo uno dei pregi del volume, che il Curatore – a conclusione di queste brevi pagine di ringraziamento – si permette di evidenziare solo perché si tratta di un apprezzamento rivolto non a sé stesso, ma semmai al risultato “collettivo” che emerge dall'insieme dei contributi raccolti nel volume, e degli autori che hanno contribuito all'opera: il pregio, cioè, di restituire (attraverso l'insieme delle “voci”) l'immagine di una complessità, che deriva dall'ormai acquisita consapevolezza dell'intrecciarsi continuo e ineludibile, nel lavoro del giurista, di una molteplicità di piani e di prospettive, ormai imposta dalla *pluralità delle fonti* (nazionali e sovranazionali), dalla *pluralità delle norme* (regole e principi), dalla *pluralità dei metodi*; in una parola, la complessità che avvolge – abbandonate ormai le tranquillizzanti (ma anche, semplificanti) sicurezze di un “positivismo” che ormai appartiene al passato – qualsiasi operazione di interpretazione ed applicazione del diritto.

NOTA SUGLI AUTORI DEI CONTRIBUTI

Presentazione:

Roberto Amagliani, Ordinario di Diritto privato nel Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche dell'Università di Messina.

Mario Pio Calogero, Ordinario di Diritto privato nel Dipartimento di Scienze politiche e giuridiche dell'Università di Messina.

Angelo Federico, Ordinario di Diritto privato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina.

Relazioni:

Salvatore Patti, Emerito di Diritto civile nell'Università di Roma "La Sapienza".

Laura Moscati, Ordinaria di Storia del diritto italiano medievale e moderno nel Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Roma "La Sapienza".

Federico Roselli, già Presidente di Sezione della Suprema Corte di Cassazione.

Rosalba Alessi, Emerita di Diritto civile dell'Università di Palermo.

Carmelita Camardi, Ordinaria di Diritto privato nel Dipartimento di Economia dell'Università di Venezia "Ca' Foscari".

Mauro Grondona, Ordinario di Diritto privato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova.

Lara Modica, Ordinaria di Diritto privato nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo.

Chiara Tenella Sillani, Ordinaria di Diritto civile nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Milano "Statale".

Postfazione:

Giovanni D'Amico, Ordinario di Diritto civile nel Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Scienze umane dell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria.

INDICE DEI CONTRIBUTI RACCOLTI

Presentazione	
R. AMAGLIANI, M.P. CALOGERO, A. FEDERICO	Pag. 3
MESSINA	
Un volume dell'Enciclopedia del diritto dedicato al contratto	
S. PATTI	“ 7
I Tematici e una nuova stagione del contratto e delle obbligazioni	
L. MOSCATI	“ 13
Lo sviluppo dell'ordinamento attraverso la giurisprudenza pratica, nel nuovo volume dell'enciclopedia del diritto	
F. ROSELLI	“ 27
L'Europa e la disciplina generale del contratto	
R. ALESSI	“ 45
VENEZIA	
Parole introduttive. Molte voci per una voce	
C. CAMARDI	Pag. 65
Il diritto contrattuale, ovvero il diritto della fiducia. Premesse per una discussione	
M. GRONDONA	“ 69
Presentazione del volume “contratto”	
L. MODICA	“ 81
La “giustizia contrattuale”	
C. TENELLA SILLANI	“ 91
Postfazione	
G. D'AMICO	Pag. 115
Nota sugli autori dei contributi	Pag. 121

Il presente contributo raccoglie le relazioni tenute, rispettivamente a Messina il 19 novembre 2021 e a Venezia il 2 dicembre 2021, in occasione della presentazione del primo volume della nuova collana I tematici dell'Enciclopedia del diritto dedicato al contratto e che, nel solco della tradizione, attraverso una riflessione organica e collettiva, intende offrire al lettore - studioso od operatore pratico del diritto - un quadro dell'attuale stato della scienza giuridica italiana relativamente a una categoria ordinante e fondamentale del diritto civile specie in un momento storico, qual è quello attuale, nel quale si comincia a discorrere della revisione di alcune parti del codice civile e della disciplina in esso contenuta.

Alberto Marchese è ricercatore *senior* di Istituzioni di diritto privato nel Dipartimento di Scienze Politiche e Giuridiche (SciPoG) dell'Università degli Studi di Messina, abilitato alle funzioni di professore di seconda fascia. Docente di «Istituzioni di diritto privato» e «Diritto privato e nuove tecnologie», è autore di saggi, commenti e contributi monografici, anche in lingua straniera, dedicati a diverse e rilevanti tematiche del diritto civile.