2
2018

Fondazione Italiana del Notariato

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - Aut.MBPA/LO-NO/095/Abb.Postale/2016 Periodico ROC-LO/VA

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

Rivista semestrale

ISSN 2611-4313

CRISI DELLA LEGGE E PRODUZIONE PRIVATA DEL DIRITTO

A CURA DI GIUSEPPE CONTE E MASSIMO PALAZZO

Giuffrè Francis Lefebvre

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

2018

2

CRISI DELLA LEGGE
E PRODUZIONE
PRIVATA DEL DIRITTO

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Direttore responsabile
Antonio Delfino

Consiglio di Amministrazione

Presidente
Massimo Palazzo

Vice Presidente
Alessandro Corsi

Componenti
Roberto Barone
Lorenza Bullo
Brunella Carriero
Michele Labriola
Roberto Martino

Il Comitato scientifico della rivista coincide con quello della Fondazione

Coordinamento Editoriale
Emanuela Paolucci

Segreteria di redazione
Vally Cappelli

Proprietario
Fondazione Italiana del Notariato
Via Flaminia 160
00196 Roma

Stampa
Galli Edizioni S.r.l. - Varese

2

2018

Fondazione
Italiana
del Notariato

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

CRISI DELLA LEGGE E PRODUZIONE PRIVATA DEL DIRITTO

A CURA DI GIUSEPPE CONTE E MASSIMO PALAZZO

GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Prefazione

Giuseppe Conte
Ordinario di Diritto privato, Università di Firenze

Massimo Palazzo
Presidente Fondazione italiana del Notariato

La legge notarile del 1913, sulla scorta dell'art. 1 della legge francese del 25 Ventoso e del T.U. 4900 del 1879, individua nel notaio l'organo fondamentale per la cura e la documentazione dell'autonomia negoziale. In coerenza, con tale impostazione, propria dello statalismo e legalismo della modernità giuridica, il codice civile del 1942 colloca l'atto notarile nel quadro della normativa sulla prova documentale: il notaio è un formatore di documenti (artt. 2375, 2699 e ss., 2657 c.c.).

Nell'esperienza giuridica contemporanea si moltiplicano riflessioni e dibattiti sulla fine del diritto (P. Rossi), sul tramonto della professione del giurista (R. Susskind); la funzione notarile viene ritenuta superata (E. Luttwak) o fungibile da parte di altre professioni (d.d.l. concorrenza 2015) se non da *software* tipo "*e-discovery*" in grado di leggere ed analizzare documenti di contenuto giuridico.

In effetti la concezione del diritto come sistema di norme poste dal Parlamento ed applicate dal notaio o dal giudice, attraverso un processo logico deduttivo, appare in declino. Ma occorre domandarsi se davvero siamo al crepuscolo del diritto, oppure se la "crisi" riguardi piuttosto quella concezione moderna del diritto nota come dottrina del positivismo giuridico, nella quale hanno creduto, per ragioni storiche e dogmatiche, parecchie generazioni di giuristi.

Ogni metodo trova le proprie ragioni in un certo contesto storico.

A partire dalla seconda metà del Novecento, con un massiccio crescendo negli ultimi lustri, vi sono stati parecchi mutamenti e movimenti (profondi i primi, rapidi i secondi) che rendono la nostra contemporaneità postmoderna un tempo davvero nuovo anche per il diritto e la funzione notarile. Nel saggio su *La condizione postmoderna* del 1979, Lyotard riconduce questo capovolgimento di valori al venir meno delle metanarrazioni, cioè delle prospettive ideologiche (illuminismo, idealismo, marxismo) che avevano ispirato le credenze ed i valori della cultura occidentale dalla fine del Settecento agli anni Settanta del Novecento. Alla universalità del sapere la postmodernità sostituisce un pensiero frammentario ed instabile. Sul piano giuridico progressivamente è stata abbandonata la visione rigidamente potestativa del diritto, cui ci aveva abituato

la dottrina del positivismo normativistico, dall'illuminismo a Kelsen e Bobbio, in favore di una visione ordinamentale, nella prospettiva di Santi Romano e Giuseppe Capograssi, cioè del diritto come ordinamento del sociale che nasce in basso e dal basso, per adeguare le forme giuridiche ai fatti nuovi.
Nel secondo Novecento si verificano eventi storici di grande portata:
– la Costituzione repubblicana (un breviario di valori letti nella storia di un popolo e quindi portatrice di un autentico pluralismo giuridico);
– il progressivo inserimento dello Stato italiano nelle organizzazioni europee;
– la rivoluzione informatica;
– la globalizzazione giuridica;
– la crisi del monopolio statuale sulla giurisdizione ed il prender campo delle procedure Adr.
In seguito a tali mutamenti vengono meno i caposaldi sui quali poggiava l'ammirevole edificio eretto dalla scienza giuridica otto/novecentesca: il monopolio statuale della produzione del diritto (statualismo) e la risoluzione di tutto il diritto nella legge (legalismo). Caposaldi che un illustre storico del diritto, Paolo Grossi, ha incisivamente indicato come «mitologie giuridiche della modernità».

Il ripensamento del diritto nella prospettiva ordinamentale ha prodotto una rivoluzione copernicana sulla funzione dell'interpretazione della legge, concepita non come spiegazione di un testo chiuso ed indisponibile, ma, per dirla con il realismo epistemologico di John R. Searle, come uno «spazio di possibilità» entro il quale identificare, grazie all'interpretazione, la norma. L'interpretazione viene, in definitiva, concepita non come appendice esterna al procedimento di formazione della norma, ma come momento interno e risolutivo.
Se la funzione "inventiva", nel senso latino di trovare, del giudice risulta oggi molto nota, lo stesso vale per il notaio contemporaneo che, dismessi i panni del pratico che compila l'atto con chiarezza e precisione, si è visto attribuito da una severa giurisprudenza in materia di responsabilità civile il compito di colmare i vuoti sempre più rilevanti lasciati dal legislatore: al suo sapere tecnico va la responsabilità della corrispondenza dell'ordinamento formale (che egli concorre a costruire) all'ordine sostanziale che la società identifica con il diritto. Il divenire dell'ordinamento e il suo plastico conformarsi ai mutamenti sono in buona parte nelle sue mani, attraverso accorte soluzioni contrattuali.
L'attuale tempo postmoderno non offre al notaio i tranquillizzanti ripari del passato. Se, nel mondo di ieri, egli poteva contentarsi di esercizi sillogistici sotto l'ombrello protettivo di un testo legislativo autorevole, oggi gli si pongono di

fronte – ineludibili – precise responsabilità, conseguenza di quel ruolo *inventivo* cui si accennava più sopra.
La centralità dell'interpretazione-applicazione nell'attività del giurista richiama il tema delle fonti del diritto, cioè di quei testi, assunti dagli interpreti, in quanto idonei a esprimere norme giuridiche attraverso l'attività interpretativa. L'odierna crisi del monismo legislativo, la svolta ermeneutica, il mutamento stesso della concezione del diritto hanno disarticolato la piramide gerarchica, cui fa riferimento l'art. 1 preleggi. Oggi si è in presenza non più di un centro unitario di produzione giuridica, ma di una pluralità di soggetti che a livello nazionale, sopranazionale, internazionale producono regole. Emergono fenomeni di privatizzazione delle forme di produzione giuridica (*lex mercatoria*, prassi negoziale, lodi arbitrali, procedure Adr, orientamenti notarili etc.). Nell'ordinamento confluiscono molte fonti diverse, non raramente tra loro concorrenti (policentrismo normativo).
Senza pretesa di fornire risposte assolute o definitive ai molteplici nodi problematici sommariamente evocati, ma solo allo scopo di offrire qualche minimo contributo a una migliore consapevolezza del ruolo del notaio nella complessa postmodernità, la Fondazione italiana del Notariato a partire dal 2015 ha promosso alcuni progetti di ricerca con un filo conduttore unitario: ripensare la funzione notarile oggi.
In collaborazione con il Laboratorio di ontologia della Università di Torino e la *Maison des sciences de l'homme* di Parigi, è stato varato il progetto "Documenta", volto a promuovere una riflessione allargata sul valore del documento notarile. Se il diritto nasce sempre meno attraverso atti di posizione (legge, sentenza) e sempre più nei luoghi in cui i conflitti sociali trovano composizione (contratto), quale è il valore della consulenza qualificata di un giurista terzo?
La imparzialità si pone come condizione di possibilità e pensabilità dell'attività notarile e di quella giudiziaria. Essa esprime la collocazione istituzionale del notaio, esterna alle parti ed ai loro interessi, declinandosi nei tre profili riflessi nel documento notarile: *terzietà* (estraneità ai loro interessi); *indipendenza* (estraneità ad ogni sistema di poteri); *neutralità* (estraneità a scelte successive alla stipulazione del contratto). La ricerca svilupperà altresì una plausibile indicazione sulla opportunità, nei casi più complessi, di una motivazione dell'atto notarile, che renda palese il procedimento argomentativo che giustifica e dà ragionevolezza alle scelte interpretative adottate.
In questo quadro unitario si inserisce il progetto denominato "Crisi della legge e produzione privata del diritto". Con la collaborazione di autorevoli accademici, magistrati, avvocati, notai, esso è volto ad indagare la destrutturazione e lo

sbriciolamento del sistema delle fonti, il progressivo spostamento dell'asse intorno al quale ruota l'odierno ordinamento giuridico, dal primato della legge a quello della prassi (giudiziaria, forense, notarile, amministrativa), l'atteggiarsi del diritto come prassi sociale.

Quotidianamente negli studi notarili si ha la conferma della necessità di ricomporre il divario tra realtà legislativa e mondo degli affari, relazioni familiari, vicende successorie, utilizzando un diritto scritto per una realtà superata, adattando a nuovi compiti antichi istituti. Gli esempi di una prassi notarile che ha "rimodellato" il diritto sono noti e numerosi: la permuta di cosa presente con cosa futura; le servitù reciproche; i diritti edificatori; le clausole limitative della circolazione di partecipazioni sociali; la rinunzia anticipata alla azione di restituzione. Ulteriore esempio di una prassi negoziale sorta negli studi notarili, che ha dato luogo ad un processo di provvisoria consolidazione come modello negoziale avente portata generale, è rappresentato dalla locazione in vista di una futura vendita, oggi recepito anche dal legislatore. A tal riguardo è stata pubblicata nei *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2, 2016, una articolata ricerca sul *rent to buy* di azienda.

Un fenomeno esemplare di come il diritto notarile faccia parte dell'ordinamento ed entri nel processo di positivizzazione, quale singolare e postmoderna forma di normatività, è costituito da una fonte *extra ordinem*, non disciplinata da disposizioni sulla produzione giuridica, ma operante sulla base del principio di effettività: le massime notarili in materia societaria. Questi orientamenti rappresentano infatti qualcosa di più di una semplice giuda offerta ai singoli notai. Costituiscono, in altre parole, una *soft law*, cioè un canale privato che si affianca a quelli ufficiali, dando luogo ad una prassi uniforme. Si tratta, inoltre, di un diritto creato, attraverso la mediazione del notaio, dai destinatari stessi delle regole, che sono pertanto portati più facilmente ad osservarle spontaneamente.

Come il lettore avrà capito, ad avviso di chi scrive, la metamorfosi del diritto non va nel senso della sua fine, bensì nella direzione opposta, purché si abbia la consapevolezza che la fine della legolatria dei moderni e l'ingresso nella postmodernità non rappresentano una perdita cui reagire con nevrosi, ma un evento storico che restituisce al notaio un ruolo da protagonista nella costruzione del diritto vivente, un fatto di cui cogliere tutte le opportunità di emancipazione da pesanti ipoteche culturali, ancora pressoché intatte nella mente e nel cuore di parecchi giuristi.

I temi e i problemi posti al centro del progetto di ricerca "Crisi della legge e produzione privata del diritto" formano oggetto dei contributi di studio che sono pubblicati nel presente volume.

Questi lavori sono stati discussi in vari incontri – svolti tra gennaio 2016 e novembre 2017 – tra i partecipanti alla ricerca ed i coordinatori della stessa (Giuseppe Conte e Massimo Palazzo) e sono stati presentati nel corso del convegno "La funzione notarile oggi e domani" che si è tenuto a Roma, presso la residenza di Ripetta, il 9 novembre 2017, alla presenza del Presidente della Corte Costituzionale il Prof. Paolo Grossi che ha tenuto in tale occasione una *Lectio Magistralis* dal titolo "*Sull'esperienza giuridica pos-moderna*".
L'auspicio sincero è che questi materiali potranno irrobustire la nostra azione intellettuale in un momento sicuramente difficile e potranno renderla provvidamente incisiva. Spetterà particolarmente ai giovani valorizzare la fertilità di questo momento storico.

Presentazione

L'evoluzione dell'*ars notaria* nel quadro dell'attuale ordinamento giuridico

Giuseppe Conte
Ordinario di Diritto privato, Università di Firenze

Sommario: 1. Una indagine sul ruolo e sulle funzioni notarili non può essere sviluppata secondo una logica autoreferenziale. – 2. Un rinnovato modo di essere giuristi, che coinvolge anche i notai. – 3. Il volto odierno e le attuali caratteristiche dell'*ars notaria*. – 4. Il contributo offerto dai notai all'*inventio* del diritto. – 5. Sulla riforma della professione notarile e sulla natura e sulla funzione delle norme deontologiche. – 6. L'impatto sulla professione notarile delle regole sulla concorrenza e della libertà di circolazione dei servizi. – 7. Il ruolo dei notai nella diffusione dei sistemi di *Adr*. – 8. Una notazione finale sulla responsabilità del notaio.

1. Una indagine sul ruolo e sulle funzioni notarili non può essere sviluppata secondo una logica autoreferenziale

Una riflessione che si riprometta di essere ampia e approfondita sul ruolo e sulle funzioni svolte dal notaio al tempo odierno non può rimanere affidata esclusivamente ai medesimi custodi di questa categoria professionale, che, soprattutto nella versione *latina*, vanta un'antichissima tradizione. Una indagine "introspettiva" è assolutamente necessaria, ma è dietro l'angolo il rischio che una indagine così impostata sia condizionata da una logica autoreferenziale e, per questa ragione, non si riveli adeguatamente critica.
È pertanto un bene che la riflessione coinvolga anche esperti ed esponenti di altre categorie di operatori giuridici in modo da pervenire a un confronto che possa aprirsi all'intero ceto dei "giuristi".
Questo progetto di ricerca, sin nella sua iniziale impostazione, è stato pensato in forma di dialogo, un dialogo *dei notai e per i notai*, ma non solo *tra notai*: è stato esteso anche a esponenti della magistratura, dell'accademia, dell'avvocatura[1].

[1] Il clima culturale e la sensibilità che i notai avvertono per i problemi legati alla propria professione sono, evidentemente, completamente mutati nel corso del tempo, ove si tenga a mente che, mentre ai nostri giorni la Fondazione italiana del Notariato ha patrocinato questo progetto di ricerca

Non è pensabile, invero, pervenire a una meditata riflessione sul ruolo e sul contributo che i notai offrono all' "*invenzione*" del diritto, a voler evocare il titolo dell'ultimo, prezioso volume di Paolo Grossi[2], senza acquisire anche la prospettiva di valutazione, il contributo critico dei vari professionisti che lavorano a stretto fianco del notaio o comunque incrociano, a vario titolo, la sua attività professionale.

2. Un rinnovato modo di essere giuristi, che coinvolge anche i notai

A dispetto di quel che opinano alcuni osservatori non viviamo un tempo di crisi del diritto[3]. Ci siamo volti alle spalle, piuttosto, il crepuscolo di un vecchio "paradigma", che ha dominato a lungo le ricerche giuridiche e tutte le collegate attività applicative, un paradigma infarcito – come ci ha segnalato Grossi – di varie mitologie e caratterizzato, perlopiù, da un legalismo acritico e per certi versi "ingenuo". Il vero è che viviamo l'aurora di una prospettiva particolarmente feconda dell'esperienza giuridica.

Il paradigma appena evocato, infatti, si è nutrito di una versione del formalismo positivistico particolarmente rigida, connotata da un marcato imperativismo di impronta statualistica, che ha tratto con sé alcuni corollari che hanno prodotto l'effetto di imbrigliare le attività e di ottundere la consapevolezza dei giuristi sulle caratteristiche e sui contenuti della propria attività: a) la *coattività*,

affidando la direzione del medesimo, oltreché al suo Presidente, il notaio Massimo Palazzo, anche al sottoscritto, che notaio non è, anni addietro, nel corso del terzo convegno notarile, tenutosi a Roma nei giorni 4 e 5 dicembre 1976, fu sonoramente fischiato l'intervento di un giovane notaio che, al fine di adeguare la funzione notarile «alle istanze della società attuale», propose di estendere il dialogo agli avvocati, ai giudici e a vari rappresentanti delle istituzioni. L'episodio e, in particolare, la veemente reazione che provocò tale proposta sono ricordati da G. VIGNERI, *Alcune considerazioni sulla evoluzione della funzione notarile in occasione del disegno di legge sulla concorrenza*, in *Notariato*, 2015, 356.

[2] P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017.

[3] P. GROSSI, *Crisi del diritto, oggi?* (2011), ora in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, II ed., Bari-Roma, 2015, 67 ss., rimarca l'ambiguità del concetto di "crisi" ove applicato, come correntemente accade da parte di molti, al diritto: la crisi non afferisce tanto al diritto in sé, inteso come complesso di regole e valori che allignano nel profondo di una società, quanto piuttosto ai mutamenti e movimenti che costituiscono le trasformazioni fisiologiche e il naturale riflesso della storicità intrinseca alla natura stessa del diritto. Se crisi vi è, questa riguarda, in particolare, la concezione "moderna" del diritto caratterizzata da un riduzionismo statalistico/legalistico dell'esperienza giuridica; v. anche ID., *Ritorno al diritto (a mo' d'introduzione)*, in ID., *Ritorno al diritto*, III ed., Bari-Roma, 2018, VII ss.

con riguardo alla definizione del diritto; b) la *imperatività*, con riguardo alla definizione della norma giuridica; c) la *supremazia della legge*, con riguardo alle varie fonti del diritto; d) la considerazione dell'insieme delle norme, come un *sistema rigidamente orientato in via gerarchica*, con riguardo all'ordinamento giuridico nel suo complesso; e) la *validità*, come unico criterio di valutazione, meramente formale, della norma, ottundendo integralmente il criterio – sostanziale – della effettività; f) la considerazione dell'attività del giurista come *attività essenzialmente logica*, con riguardo al metodo della scienza giuridica e all'interpretazione[4].

Tutti questi corollari appaiono oggi irrimediabilmente incrinati, essendo stati, uno ad uno, sottoposti a un processo di lenta e progressiva erosione.

Questa nuova realtà apre scenari, per buona parte, inusitati: coinvolge direttamente un rinnovato modo di essere *giuristi*, che non riguarda solo il piano delle ricerche teoriche, della speculazione scientifica – dove pure siamo nel guado di un significativo e diffuso rinnovamento metodologico –, ma si estende anche al ruolo e alle attività pratiche svolte da tutti i protagonisti dell'esperienza giuridica: giudici, avvocati, notai.

In particolare, i notai contribuiscono a imprimere una svolta significativa alla dimensione applicata di quel complesso universo che racchiude l'esperienza giuridica.

Quest'ultima si prospetta, al tempo odierno, come una realtà molto più complessa e articolata rispetto al passato. Il paesaggio giuridico appare profondamente mutato e questo induce nei medesimi giuristi una diffusa percezione di incertezza, che può generare segni di nostalgia verso un «sistema perduto»[5].

Una semplice ricognizione della esperienza giuridica contemporanea rende evidente l'esistenza, già da tempo, di statuti plurimi; una estensione sempre più diffusa delle "clausole generali" in luogo della tecnica di descrizione della fattispecie; l'irruzione al vertice della gerarchia delle fonti di "principi" sia di rango costituzionale sia di matrice sovranazionale.

Accanto a questi fenomeni assistiamo ad un allargamento del ruolo della *soft law*, cioè un diritto scritto non obbligatorio che, nelle sue molteplici e diversificate manifestazioni, entra nella prassi ed incide sul piano della effettività degli assetti

[4] Anni addietro, nelle opere e nei trattati di filosofia del diritto, era corrente la distinzione tra giudizi di *fatto* e giudizi di *valore*, e in modo fuorviante si riconosceva al giudice la esclusiva funzione di esprimere giudizi di fatto, non giudizi di valore.

[5] L'espressione è riferita, da U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. dir.*, 2006, 366, al quadro delle fonti del diritto indicato nell'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale.

giuridici; al formarsi di una *lex mercatoria* che ha costruito modelli contrattuali prodotti dai grandi studi legali anglosassoni, strumenti che, non previsti o tardivamente recepiti dagli ordinamenti statali, regolano in modo uniforme i mercati nazionali e in larga misura anche i mercati interni.
In un quadro di tal genere, la certezza, che un tempo il notaio, al comodo riparo dell'ombrello legislativo, poteva offrire oggi "scade" in ragionevole prevedibilità degli effetti dell'attività negoziale dei privati.

3. Il volto odierno e le attuali caratteristiche dell'*ars notaria*

Ma proviamo ad analizzare più in dettaglio l'evoluzione che caratterizza l'*ars notaria* in corrispondenza con il descritto mutamento del paesaggio giuridico.
Una radicata tradizione di pensiero attribuisce ai notai una funzione sostanzialmente passiva, in ragione della natura "tecnica" del loro intervento: essi sarebbero dei meri recettori della volontà delle parti; ad essi spetterebbe attribuire una veste giuridica al programma di interessi perseguito dalle parti e tradurre il loro intento empirico in forme giuridiche congrue e adeguate[6].
Questa concezione si è sviluppata in coincidenza con la convinzione che il ragionamento giuridico si risolvesse in una concatenazione di premesse da cui trarre una conclusione secondo la logica propria di una sequela sillogistica impostata *more geometrico*.
Nella sua versione più antica questa concezione ha prodotto l'effetto di ridurre il notaio a una sorta di funzionario, chiamato a espletare un ruolo meramente "documentario"[7].
Questa concezione, pur quando si è spogliata degli aspetti più rigidi del

[6] Sulla concezione riduttiva della funzione del notaio cfr., ad esempio, F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 921 ss. e anche N. LIPARI, *Rinnovamento del diritto privato e funzione del notaio*, in *Riv. not.*, 1973, 1033.
Riporta alcune citazioni che riassumono queste tradizionali "immagini" della funzione notarile F.D. BUSNELLI, *Dignità della professione e libertà di concorrenza: nuove frontiere della deontologia professionale notarile*, in *Notariato*, 2016, 205 (che richiama, in particolare, pensieri di Carnelutti, di D'Orazi Flavoni e di Satta); del medesimo autore vedi anche ID., Ars notaria *e diritto vivente*, in *Riv. not.*, 1991, I, 1 ss. M. PALAZZO, *Il ruolo del notaio nel tempo della postverità*, in ID., *La funzione del notaio al tempo di Internet*, Milano, 2017, 176, assume questa concezione tradizionale – che vedeva il notaio distaccato dalle parti e chiamato a operare una mera traduzione della loro volontà in una forma giuridica conforme alla legge – come direttamente collegata allo statalismo e al legalismo.
[7] Ben nota è la posizione del ministro della pubblica istruzione Ermini, riportate in *Vita not.*, 1965, 755.

formalismo giuspositivista, appare fortemente riduttiva, poiché anche il notaio è pienamente partecipe di quell'articolato "progetto ermeneutico" che, ponendo a confronto i dati di realtà con le disposizioni legislative, contribuisce a "produrre" il diritto, secondo la logica propria di un circuito interpretativo che si alimenta continuamente in base alle cognizioni e alla sensibilità del singolo protagonista, alla prassi elaborata dall'intera categoria di appartenenza, ma anche agli indirizzi e ai suggerimenti che sono veicolati dagli appartenenti alle altre categorie di professionisti e dagli studiosi che costituiscono, tradizionalmente, gli interlocutori privilegiati dai notai: giudici e accademici.

Il suo ruolo di promotore delle soluzioni negoziali più affidabili sul piano della conformità ai principi e alle regole dell'ordinamento giuridico, il suo intervento volto a suggerire le soluzioni negoziali più idonee a soddisfare gli interessi dei clienti, la sua funzione di terzo garante della validità ed efficacia degli atti e, quindi, di tutore delle posizioni di tutte le parti coinvolte, sono tutti elementi che contribuiscono a valorizzare questa professione anche al tempo odierno.

È proprio questa funzione di garanzia di tutte le parti contraenti e non solo della parte che ha sollecitato il suo intervento che consente di attribuire al notaio un ruolo di terzietà e di riconoscergli la tutela di un interesse collettivo, che finisce per giustificare la convergenza in capo al suo intervento di posizioni che potrebbero apparire inconciliabili: la funzione libero-professionale, che appare privatisticamente orientata a tutelare l'interesse di una parte e la pubblica funzione, che invece appare orientata a tutelare un pubblico interesse[8].

Soprattutto per alcune tipologie di atti il notaio rimane ancora oggi, rispetto ad altre categorie professionali, il professionista di riferimento, un libero professionista che assomma in sé competenze adeguate, ma anche un pubblico ufficiale che offre garanzie elevate di indipendenza e serietà professionale[9].

Questo duplice profilo induce a preferire il notaio a molte altre figure professionali, pure qualificate, ogniqualvolta alle parti prema l'acquisizione di documenti accreditati della "pubblica fede", di autenticazioni di firma, di atti da annotare in pubblici registri o allorché alle parti prema la realizzazione di operazioni negoziali con piena avvedutezza anche per le loro implicazioni di ordine fiscale.

---

[8] Cfr. G. CASU, *Sub art. 1*, in CASU - SICCHIERO (a cura di), *La legge notarile commentata*, Torino, 2010, 5.

[9] Sul duplice profilo del notaio di pubblico ufficiale e di libero professionista e, in particolare, sulle riforme legislative che hanno contribuito, nel corso degli anni, a valorizzare quest'ultimo profilo cfr., *ex multis*, G. CASU, *Sub art. 1*, in CASU - SICCHIERO (a cura di), *La legge notarile commentata*, cit., 4 ss.

Né la rivoluzione innescata dalle tecnologie digitali ha scalfito la rilevanza della funzione notarile. L'utilizzo degli strumenti info-telematici, la diffusione di archivi informatici – di sicuro più facilmente accessibili degli archivi cartacei anche ai non addetti ai lavori –, il crescente ricorso a documenti digitalizzati non lasciano affatto presagire il venir meno delle istanze di certezza e le garanzie di sicurezza che sollecitano l'intervento notarile[10].

Va peraltro rilevato che anche la professione notarile non si è rivelata immune rispetto a quel processo di standardizzazione delle attività di erogazione dei servizi che, negli ultimi anni, ha caratterizzato un po' tutte le professioni intellettuali e che pure ha consentito agli studi professionali di raggiungere punti di maggiore equilibrio in ordine al rapporto tra costi delle prestazioni e ricavi economici.

Alcuni studi notarili hanno risolutamente abbracciato questa tendenza alla serializzazione delle prestazioni dei servizi, operando al proprio interno una ripartizione di compiti che contempla, soprattutto per alcune tipologie di rogiti, una procedura standardizzata, che affida al personale ausiliario e ai coadiutori del notaio il compito di svolgere tutte le operazioni propedeutiche e finanche di redigere materialmente la bozza dell'atto, delegando al titolare dello studio il mero coordinamento di tali attività, oltreché la lettura dell'atto nella sua versione definitiva.

Ma questa dimensione seriale non esaurisce le complesse caratteristiche della *ars notaria* e, comunque, non sembra avere compromesso la percezione e la valutazione positiva che il mercato dei servizi esprime nei confronti delle prestazioni notarili.

Negli ultimi anni, peraltro, la professione notarile appare investita di più specifici compiti, in linea con l'evoluzione dell'ordinamento giuridico verso forme di giustizia orientate ad accordare più intensa protezione ai soggetti che, in ragione di asimmetrie informative o di deficiente potere contrattuale, risultano maggiormente vulnerabili nell'ambito dei rapporti contrattuali.

---

[10] M. PALAZZO, *Introduzione*, in ID., *La funzione del notaio al tempo di internet*, XVI, valuta che la «dematerializzazione dei documenti non può che aumentare il primato dell'atto pubblico notarile rispetto alle scritture private, poiché essa richiede certezze documentali ancora maggiori di quelle richieste nelle passate stagioni dalla società industriale». Anche G. PASCUZZI, *Verso l'avvocatura e il Notariato*, in PASCIUTA - LOSCHIAVO (a cura di), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma, 2018, 86, conviene che: «La figura del notaio è destinata ad assumere funzioni nuove, ad esempio in ragione delle nuove esigenze connesse alle certezze dei traffici telematici (si pensi alle tematiche connesse al documento elettronico e alla firma digitale)»; v. anche M. FERRARIS, *L'avvenire della memoria*, in *Notariato*, 2010, 3, 239 ss.; M. FERRARIS - A. CONDELLO, *L'ermeneutica giuridica come tecnica*, in *Riv. di estetica*, 2018, 1, n. 67, 218 ss.

Questa funzione grava il notaio non solo di compiti ulteriori, ma anche di maggiori responsabilità. In questa prospettiva, l'imparzialità, che sempre deve connotare l'espletamento delle sue funzioni, può rivelarsi un requisito non sufficiente[11].

A fronte di parti che sono in posizione di chiara asimmetria informativa e che risultano destinatarie di una ripartizione di poteri contrattuali che già in partenza si presenta fortemente squilibrata, il notaio ha l'obbligo di compiere tutti gli sforzi necessari a proteggere la parte meno avveduta o potenzialmente più esposta a eventuali abusi di potere[12]. Sul notaio graveranno, pertanto, obblighi informativi ben stringenti: egli dovrà offrire una più compiuta rappresentazione del significato dell'operazione negoziale che le parti stanno per compiere; dovrà soffermarsi a indicare eventuali strumenti negoziali alternativi che pure sono in grado di soddisfare gli interessi in gioco; dovrà spingersi, pur con le cautele del caso, a suggerire una più avanzata definizione negoziale dell'assetto di interessi delle parti, in modo da prevenire, quanto più possibile, squilibri e sperequazioni nella ripartizione dei diritti e degli obblighi tra le parti stesse.

È stato osservato che, al contrario, queste maggiori responsabilità del notaio vengono meno quando gli atti di autonomia privata sono conclusi tra persone che non appaiono poste su di un piano asimmetrico.

È stata segnalata, a questo riguardo, una «transizione epocale dal dogma codicistico della *validità del negozio giuridico* all'obiettivo consumeristico della *giustizia contrattuale*»; da ultimo si segnala il «*dirompente mito della efficienza del mercato*»[13].

4. Sul contributo offerto dai notai all'*inventio* del diritto

Occorre però che i notai medesimi siano consapevoli di questa loro funzione e del fatto che il loro ruolo non viene adeguatamente rifratto dall'immagine corrente, che offre una rappresentazione molto tradizionale del loro ruolo e della loro funzione.

---

[11] Osserva R. LENZI, *La metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 797, che la giurisprudenza, quando è in gioco la tutela del contraente più debole, tende ad «ampliare i confini delle tradizionali responsabilità notarili».

[12] Sugli obblighi informativi del notaio già G. PETRELLI, *Art. 28 della legge notarile. Espresso divieto di legge e orientamenti giurisprudenziali non consolidati*, in *Riv. not.*, 1997, 1228.

[13] F.D. BUSNELLI, *Dignità della professione e libertà di concorrenza: nuove frontiere della deontologia professionale notarile*, cit., 206.

Non di rado sono gli stessi notai a mostrarsi poco avvertiti del reale contributo che offrono alla *invenzione* del diritto, probabilmente perché compressi dalla gravità della loro funzione e oppressi dalle molteplici responsabilità a cui essa espone: responsabilità civili, penali, deontologiche[14].

In realtà, il contributo dei notai è imprescindibile, ma di questo sono ben consapevoli gli organi rappresentativi della categoria.

Il Consiglio nazionale del Notariato, attraverso le varie commissioni di studio costituite al suo interno, è da sempre molto impegnato nell'attività di ricerca e di elaborazione di linee guida e in varie altre iniziative che si traducono in vari suggerimenti ermeneutici per gli operatori.

In aggiunta, le ricerche che sono state sin qui compiute in ordine alle funzioni svolte dalla *massimazione notarile* sul piano applicativo[15], attestano come l'attività svolta dalle commissioni incaricate dagli ordini notarili territoriali di indicare e riassumere affidabili soluzioni interpretative si inserisca a pieno titolo nell'articolato circuito che si sviluppa sul piano ermeneutico e che coinvolge gli orientamenti della dottrina e sfocia negli esiti giurisprudenziali.

Notevole è l'apporto del Notariato con riguardo all'applicazione di istituti quali *trust*, vincoli di destinazione ai sensi dell'art. 2465-*ter* c.c., contratti di affidamento fiduciario, senza trascurare le sensibili istanze provenienti dal mondo notarile in favore del rinnovamento della disciplina successoria, con particolare riguardo al superamento degli stringenti vincoli ancora esistenti in materia di patti successori e alla diffusione, tra gli altri, di accordi rinunciativi che consentirebbero di acquisire, ben oltre il ristretto ambito applicativo che connota l'istituto del patto di famiglia, la rinuncia dei legittimari ai diritti che potrebbero ad essi spettare nella prospettiva di una successione ancora di là da aprire[16].

Merita di essere rimarcato, più in generale, il contributo dei notai all'evoluzione

---

[14] È soprattutto l'art. 28 della legge notarile il vero incubo che condiziona l'esercizio della funzione notarile e, per conseguenza, ridimensiona la percezione che i notai hanno del proprio ruolo. Su di esso cfr. A. FUSARO, *Commento all'art. 28 l. not.*, in IEVA - BOERO (a cura di), *La legge notarile*, Milano, 2014, 185 ss.

[15] Cfr. M. NOTARI, *Le «massime notarili» in materia societaria: dalla giurisprudenza onoraria agli orientamenti interpretativi dei consigli notarili*, in CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Massime notarili in materia societaria*, V ed., Assago, 2014, XVII ss.; G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo tra i diversi formanti*, in *Contr. impr.*, 2016, 1559 ss.; ID., *Presupposti e limiti all'applicazione della disciplina tratteggiata dall'art. 2467 c.c. Alcuni rilievi sull'uso delle massime notarili nell'argomentazione giuridica*, in *Riv. dir. impr.*, 2018, 1, 215 ss.

[16] Cfr. il progetto "Dopo di noi" presentato dal Consiglio nazionale del Notariato al convegno svoltosi a Roma il 22 febbraio 2018, con la collaborazione dell'Associazione per la tutela e i diritti delle persone con disabilità e di varie Associazioni dei consumatori.

della disciplina delle successioni *mortis causa* al fine di adeguarla alla mutata realtà sociale ed economica. In questa prospettiva, le nuove istanze ermeneutiche di cui si sono fatti interpreti anche i notai hanno contribuito a dare ingresso nel nostro ordinamento giuridico alla figura della rinunzia anticipata all'azione di restituzione, che consente di contenere gli effetti distorsivi riconducibili all'efficacia reale della tutela della legittima, poiché garantisce la certezza dell'acquisto e la possibilità di soddisfare le pretese creditorie delle banche in caso di concessione di mutui con garanzia ipotecaria su un immobile di provenienza donativa[17].

In materia societaria, il contributo sapienziale dei notai si è manifestato a seguito dell'attribuzione delle funzioni che un tempo erano riservate alla volontaria giurisdizione affidata ai tribunali.

L'elaborazione di indirizzi interpretativi è stata quanto mai utile per orientare l'intera categoria verso soluzioni condivise, anche in coincidenza con le novità introdotte, alcuni anni or sono, dalla riforma del diritto societario[18].

Le considerazioni sin qui svolte inducono a ravvisare nel notaio, come pure è stato scritto, un interprete "qualificato", che partecipa a pieno titolo a realizzare la dimensione *applicata* del diritto.

Il notaio è partecipe di questa dimensione in modo completamente diverso rispetto al giudice. A dire il vero, il suo intervento muove da un angolo privilegiato: il suo *iusdicere* non vale a distribuire torti e ragioni tra le parti, le quali, non essendo riuscite a prevenire o a dirimere la lite tra di esse insorte, si sono rimesse al giudizio di un organo terzo per venirne a capo; il notaio, a differenza del giudice, che esprime un *dictum* in virtù della potestà decisoria di cui è investito, interviene nella fase antecedente della negoziazione; il suo intervento non esprime nessuna potestà decisoria, né tantomeno ripartisce torti e ragioni tra le parti; il suo ruolo è di suggerire una soluzione negoziale che sia valida sul piano giuridico e pienamente confacente agli interessi di tutte

[17] Come è noto la riforma legislativa che ha prodotto la novellazione degli artt. 561 e 563 c.c. non ha soddisfatto le istanze provenienti dal mondo degli operatori poiché condiziona il consolidarsi degli effetti degli atti aventi a oggetto immobili con provenienza donativa al decorso di venti anni dalla trascrizione dell'atto di donazione. In arg., fra gli altri, G. BEVIVINO, *Le aspettative tradite dalla riforma degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Notariato*, 2007, 573 e ss., ivi anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

[18] Cfr. G. MARCHETTI, *Sul controllo degli atti costitutivi e delle deliberazioni modificative*, in *Riv. not.*, 2002, 263 ss.; M. STELLA RICHTER, *Considerazioni generali sulla riforma delle omologazioni societarie*, in PACIELLO (a cura di), *Il controllo notarile sugli atti societari*, 2001, 1 ss.; A. FUSARO, *La riforma del diritto societario letta attraverso gli occhiali del notaio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 467 ss.

le parti. L'efficacia del suo intervento riposa sulla forza persuasiva che si ricollega: alla solidità della sua competenza professionale, agli affidamenti che la sua veste imparziale suscita nelle parti, ai controlli e alle responsabilità che si accompagnano alle sue prestazioni professionali.
Il suo contributo "ermeneutico" si sviluppa direttamente nella fase di elaborazione e di manifestazione dell'esercizio dell'autonomia privata e assume un rilievo particolare sul piano degli usi e delle prassi negoziali.
Francesco Carnelutti, molti anni or sono, aveva formulato una sorta di equazione tra elevatezza della cultura notarile e minori possibilità di liti e di intervento del giudice[19]. L'equazione ci appare troppo meccanica nella sua più risoluta formulazione e per giunta appare di difficile verifica empirica. Possiamo però concedere che l'intervento accurato e avveduto di un professionista che goda di ampio prestigio agli occhi delle parti possa senz'altro esplicare una funzione preventiva rispetto alle liti che possono sorgere dagli atti rogati.
È stato osservato che questa sua partecipazione al circuito ermeneutico tende a manifestarsi nelle forme di soluzioni prudenti ed equilibrate, che abbiano attitudine a reggere il vaglio di future verifiche giudiziali[20].
Questa notazione appare condivisibile. È senz'altro vero che, allorché il notaio assume la veste di promotore e suggeritore di soluzioni negoziali, tende a evitare proposte e soluzioni che non siano in linea con gli indirizzi interpretativi più consolidati. Ma il medesimo ragionamento vale per qualsiasi professionista (avvocato, anche accademico) sollecitato a esprimere una *legal opinion* in ordine alla fondatezza della pretesa vantata dal committente e alla possibilità di farla valere in sede giudiziale.
Un parere legale è utile al committente nella misura in cui si astiene o, perlomeno, non si limita a esprimere opzioni ermeneutiche del tutto soggettive o addirittura eccentriche, ma offre indicazioni e soluzioni che, in quanto conformi agli orientamenti più accreditati in sede giurisprudenziale, possano vantare, sulla base di una ragionevole valutazione prognostica, un elevato grado di apprezzamento ove dedotte nell'ambito di una futura controversia giudiziale.
Questa considerazione non può ottundere, tuttavia, il ruolo anche molto innovativo svolto dai notai e il loro contributo all'elaborazione di nuovi strumenti negoziali e, più in generale, all'evoluzione degli istituti giuridici.

[19] F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, cit., 921 ss.; in tema anche N. LIPARI, *Rinnovamento del diritto privato e funzione del notaio*, cit., 1033, il quale è stato indotto a valutare che «la cultura e la dignità del notaio sono in ragione inversa del bisogno del giudice».
[20] Cfr. A. BORTOLUZZI, *Forma e interpretazione nel negozio giuridico notarile (il giurista e la logica scientifica)*, Torino, 1998, *passim*.

5. Sulla riforma della professione notarile e sulla funzione svolta dal codice deontologico

Gli interventi normativi che, nel passato recente, più direttamente attengono alla professione notarile recano indicazioni di segno non univoco ma che, nel complesso, sembrano confermare la non sostituibilità dei controlli e delle tutele a favore dei cittadini offerte dalla figura professionale del notaio, selezionata e sorvegliata da organi pubblici in modo rigoroso.

L'art. 12 della legge 24 marzo 2012 n. 27, titolata "Disposizioni sulle professioni regolamentate" (che ha convertito con modificazioni il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) ha dettato una serie di norme volte ad aumentare il numero effettivo dei notai in esercizio. L'art. 9 della stessa legge n. 27 del 2012 ha abrogato le tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinisitco.

La legge di stabilità 2014 n. 147 del 2013 legittima il notaio a costituire appositi conti correnti dedicati al fine di versarvi l'intero prezzo o corrispettivo dei contratti di trasferimento della proprietà, per poi curare la registrazione e la pubblicità dell'atto, sino a disporre lo svincolo delle somme, una volta verificata l'assenza di formalità pregiudizievoli.

L' art. 1, comma 142 della l. 4 agosto 2017, n. 124 ha modificato la precedente disposizione legislativa regolando più compiutamente alcuni profili del c.d. conto corrente dedicato del notaio. Le finalità della nuova disciplina vengono ravvisate, da un lato, nell'evitare che le somme versate al notaio al fine di saldare le imposte dovute per l'atto stipulato possano confondersi col patrimonio del notaio; dall'altro lato, per assicurare che le somme accantonate sul conto dedicato del notaio a titolo di saldo prezzo, siano riversate al venditore solo quando siano effettivamente svolti gli adempimenti pubblicitari ed estinti gli eventuali gravami.

Quanto al codice deontologico, va rilevato che l'ultima versione dei *Principi di deontologia professionale dei notai* è stata approvata il 5 aprile 2008, con deliberazione del Consiglio nazionale del Notariato n. 2/56[21].

Le norme deontologiche sono senz'altro poste a presidio del corretto e imparziale svolgimento delle varie attività che direttamente involgono le funzioni pubbliche, ma anche delle attività di consulenza che più direttamente si riferiscono alla prestazione libero-professionale. Inoltre le norme deontologiche sono mirate a tutelare anche la qualità dei contenuti di tali prestazioni e ad assicurare la conformità degli atti alle regole dell'ordinamento giuridico[22].

---

[21] Deliberazione pubblicata in GU n. 177 del 30 luglio 2008.

[22] Osserva A. FUSARO, *La prassi notarile fonte di regole giuridiche*, in questo volume, che

Un ruolo, in questa prospettiva, va riconosciuto anche ai *protocolli*, elaborati qualche anno addietro dal Consiglio nazionale del Notariato, ma non approvati in via definitiva e quindi mai entrati in vigore, ai quali spetta la «definizione di linee guida dell'attività notarile» che, lungi dal costituire appiattimento nell'esercizio della professione, costituiscono «lo strumento per l'adeguamento, la valutazione e il controllo della funzione nel senso su evidenziato e della complessiva prestazione professionale a partire dai singoli aspetti dell'attività; ciò, attraverso la individuazione di un livello di qualità ovviamente commisurato alla delicatezza e complessità dei compiti dall'ordinamento affidati al notaio, il rispetto del quale di norma consente di essere all'altezza di quei compiti e anche delle aspettative dei cittadini»[23].

6. L'impatto sulla professione notarile delle regole sulla concorrenza e della libertà di circolazione dei servizi

Muovendo dall'idea che si debba progressivamente costruire una situazione di piena concorrenza ed assoluta libertà di circolazione dei servizi, attraverso le quali la razionalità spontanea del mercato dovrebbe assicurare maggior benessere per tutti, il legislatore italiano ha ritenuto di intervenire anche sulla professione notarile[24].

Probabilmente, senza un adeguato dibattito preparatorio e talora senza comprendere che, sotto le sembianze di istanze di liberalizzazione, stava introducendo norme di regolamentazione minuta del mercato stesso, inadeguate a realizzare una maggiore tutela della concorrenza ed una maggiore efficienza del mercato. In effetti, quello che è avvenuto – rendendo facoltativo l'intervento notarile nelle cessioni di quote (l. 6 agosto 2008, n. 133), nelle cancellazioni di

---

le regole deontologiche sono rivolte a proteggere la qualità del prodotto finale, affinché sia all'altezza del suo rilievo probatorio, con attenzione agli atti certi non solo quanto alla paternità, ma anche con riguardo alla consapevolezza del loro contenuto e della loro efficacia da parte dell'autore: proprio a questo fine il codice deontologico prescrive sia il controllo di legalità, sia la lettura anche delle scritture private autenticate.

[23] Cfr. Regola n. 1 dei Protocolli dell'attività notarile in generale.

[24] F.D. BUSNELLI, *Dignità della professione e libertà di concorrenza: nuove frontiere della deontologia professionale notarile*, in *Notariato*, 2016, 3, 205; M. LIBERTINI, *Notariato e avvocatura nel d.d.l. sulla concorrenza*, in *Notariato*, 2015, 3, 297; G. MARCHETTI - U. MORELLO, *Liberalizzazioni e Notariato*, in *Notariato*, 2015, 3, 312; A. NICITA, *Il notaio e l'ordine istituzionale del mercato,* in *Notariato*, 2015, 3, 329; A. GENOVESE, *Sulla regolazione e concorrenza dei servizi notarili*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2015, 75.

ipoteche (l. n. 40 del 2007, poi trasfusa nell'art. 40-*bis* del Tub), nei trasferimenti di autoveicoli (d.l. 4 luglio 2006, n. 223) – è stata una riallocazione dei compensi a favore di altre categorie professionali o economiche. Nel caso invece della eliminazione dei minimi tariffari si è determinato, quale conseguenza non voluta, un indebito vantaggio per i contraenti forti, in grado di imporre mortificanti compensi.

Rispetto ai servizi legali in genere, ed alla prestazione notarile in particolare, emerge infatti la difficoltà di confrontare i costi in presenza di asimmetrie informative e della impossibilità di valutare preventivamente la difficoltà della operazione negoziale. Emerge sopratutto il problema di comparare prestazioni nelle quali non rileva esclusivamente il risultato, a differenza di quanto accade in altri settori, come, ad esempio, i servizi finanziari.

Più recentemente (cfr. art. 3, del d.l. 28 giugno 2013, n. 76), il legislatore italiano ha imposto la prestazione gratuita al notaio, nel caso di costituzione di società a responsabilità limitata semplificata ed il Ministero dello sviluppo economico (d.m. 17 febbraio 2016) ha reso facoltativo l'intervento notarile nella costituzione di Srl *Start up* innovative con firma digitale.

Su queste scelte del legislatore interno ha certamente influito l'indirizzo giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione europea, che preme per l'enfatizzazione delle note imprenditoriali che caratterizzerebbero l'attività notarile, e preme perché tale professione sia assoggettata allo statuto imprenditoriale, al pari di altre professioni giuridiche, al fine di pervenire a un'offerta sempre più competitiva dei servizi legali nell'interesse della collettività[25].

La nostra Autorità garante della concorrenza e del mercato ha sposato questo indirizzo, denunciando, a più riprese, la mancanza di concorrenza nell'ambito dei servizi legali prestati dai notai[26].

A questo riguardo è stato osservato che «reagire non significa necessariamente negare una possibile componente imprenditoriale dell'attività notarile e contestare l'ammissibilità di profili di concorrenza tra notai», bensì affermare che il notaio «non è, e non può essere, "imprenditore" ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2082; può semmai considerarsi un "operatore economico", ma

[25] Cfr. Corte giust. CE, Grande chambre, causa C-50/08, che ha sancito il carattere discriminatorio della previsione normativa che prescrive un requisito di cittadinanza per l'accesso alla professione notarile.

[26] Si veda, ad esempio, l'indagine conoscitiva chiusa con provvedimento n. 19435 del 15 gennaio 2009 e, più recentemente, il procedimento n. 1803 avviato da Agcm, con delibera n. 26327 dell'11 gennaio 2017 contro il Consiglio notarile di Milano.

non è legittimato a porre in essere "comportamenti di impronta prettamente commerciale non confacenti all'etica professionale"»[27].
Questa occasione di dialogo e di confronto, proprio perché promossa dai medesimi notai e dalle loro massime istituzioni, attesta un significativo passo in direzione di questa più matura consapevolezza, da parte della categoria, del ruolo incidente nell'esperienza giuridica attuale.
Non è un convegno corporativo perché qui non si rivendica uno spazio professionale nel confronto con altre professioni e con le istituzioni del paese. Qui si rivendica un ruolo culturale e sociale, qui si riflette sul contributo che il notaio apporta al sapere giuridico, contributo che in epoche passate è risultato ben visibile e verificabile, mentre nell'epoca presente, complice le molteplici incrostazioni che caratterizzano il paradigma del giusformalismo di impronta statuale più sopra riassunto, rischia di risultare negletto.
Per giovarci del contributo dei notai in questa attività, sempre per dirla con le parole di Grossi, di "*recupero*" della ineludibile relazione che vincola il diritto alla società e alla storia[28], che implica anche prendere atto e contribuire consapevolmente al rinnovato pluralismo giuridico, occorre coltivare un maggiore dialogo tra le varie categorie di operatori giuridici, confidando nella piena consapevolezza di ciascuna categoria circa il proprio ruolo, senza arroganti irrigidimenti e senza immotivate concessioni.

7. Il contributo dei notai alla diffusione dei sistemi di *Adr*

Nella esperienza giuridica del civilista contemporaneo si nota che la protezione giuridica delle situazioni violate attraverso il processo civile spesso non rappresenta un vero rimedio, sia per le gravi disfunzioni della giustizia civile italiana (raramente la decisione del giudice risulta adeguata e conforme alle esigenze del caso), sia per il progressivo venire meno dell'idea che solo l'applicazione giudiziale del diritto sia in grado di "curare" il rapporto tra le persone o tra le imprese.
È stato ripetutamente evidenziato[29], oltre che dimostrato nel tempo, il rapporto

[27] F.D. BUSNELLI, *Dignità della professione*, cit., 208, che cita, quanto all'ultimo virgolettato Cass., 23 aprile 2013, n. 9793 e auspica la ricerca degli ambiti e dei margini di compatibilità dei nuovi indirizzi liberalizzanti con il modello del Notariato latino, che va salvaguardato nella sua autentica identità.
[28] Cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., *passim*.
[29] C. BRUNELLI, *Clausole compromissorie, dell'arbitrato e della conciliazione stragiudiziale*

privilegiato che lega il notaio ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie, come arbitrato e conciliazione.
Il notaio, nel suo ruolo istituzionale di pubblico ufficiale ed esperto di diritto e di tecnica contrattuale, si colloca in una posizione peculiare che lo caratterizza rispetto ad altri professionisti, ponendosi quale soggetto obiettivo e *super partes* (*rectius*: *inter partes*), con particolare attitudine a favorire una equilibrata composizione degli interessi in gioco. Conseguentemente, questa figura professionale ha sempre avuto una particolare attenzione a collaborare col legislatore e con le altre categorie professionali, non solo in funzione preventiva del contenzioso, attraverso la redazione di testi contrattuali che garantiscano certezza e stabilità del rapporto, ma anche nell'ottica di contribuire al funzionamento delle tecniche alternative di risoluzione dei conflitti, favorendo l'uso del contratto anziché della sentenza.
In particolare, fino dall'entrata in vigore del decreto legislativo n. 5 del 2003, che agli artt. 38, 39 e 40 conteneva il primo tentativo di regolamentare la conciliazione stragiudiziale in materia societaria, e poi in seguito alla entrata in vigore del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, i notai hanno svolto una importante funzione nel recupero di spazi alla autonomia dei privati nella gestione dei conflitti, sia come consulenti nell'inserimento di clausole contrattuali di mediazione e arbitrato, sia come mediatori esperti della materia contrattuale, sia come giuristi/pubblici ufficiali indispensabili per un corretto accesso dell'accordo raggiunto in mediazione nei pubblici registri.

8. Una notazione finale sulla responsabilità del notaio

Abbiamo più volte evocato, nelle pagine che precedono, il profilo della responsabilità del notaio, in particolare di quella civile[30].

in materia societaria, in BORTOLUZZI (a cura di), *La riforma delle società aspetti applicativi*, Torino, 2004, 421 ss.; EAD., *Il Notariato nel nuovo sistema della mediazione conciliazione*, in *Notariato*, 2010, 5, 570 ss. Sul contributo del Notariato alla degiurisdizionalizzazione, si vedano gli Atti del convegno barese del 17 marzo 2017, pubblicati in *Biblioteca online della Fondazione italiana del Notariato*, 2018, 1.

[30] Sulla responsabilità del notaio in generale la bibliografia è ormai pressoché sterminata. Se ne veda un'ampissima e aggiornata rassegna in testa al recente saggio di F. FORTINGUERRA, *La responsabilità del notaio*, in BONILINI - CARNEVALI - CONFORTINI (a cura di), *I codici commentati. Codice della responsabilità civile e RC auto*, Milano-Torino, 2015, 719 e ss., cui adde il volume di G. CELESTE, *La responsabilità civile del notaio*, Napoli, 2007 e C. LANZANI, *Responsabilità del notaio: tra orientamenti consolidati e nuove tendenze*, in *Danno e res.*, 2009,

Non è certo irragionevole opinare che l'estensione della sfera della responsabilità del notaio possa condizionare il suo apporto all'opera di *inventio* del diritto, orientandolo in direzione di interventi più prudenti, e per questo, meno incisivi. In questa prospettiva, l'art. 28, primo comma, n. 1, della legge notarile ha sempre giocato e sempre continuerà a giocare un ruolo chiave. La determinazione della sua sfera semantica e, per conseguenza, la definizione dei confini applicativi del sotteso giudizio di responsabilità sembrano esprimere una diretta incidenza sull'evoluzione del ruolo concretamente svolto dal notaio.

La possibilità, offerta ai notai, di contribuire alla edificazione del sapere giuridico in termini più incisivi e costruttivi, in realtà, è condizionata da vari fattori. Occorrono, innanzitutto, solide competente professionali. Ma tornano utili anche l'autorevolezza e il prestigio del ruolo e, quindi, la fiducia suscitata nella clientela. È certo, tuttavia, che giova anche l'affidamento che i notai stessi ripongono sul fatto di non rimanere esposti, nell'esercizio della loro professione, a un sindacato giurisdizionale che possa fondare la loro responsabilità sulla base di indirizzi giurisprudenziali mutevoli o isolati[31].

Va pertanto evitata un'opzione ermeneutica del citato art. 28, la quale, schermandosi dietro la finalità di incentivare condotte professionali improntate al più severo rigore professionale, finisca per dilatare oltre misura l'ambito applicativo della norma, venendo a far coincidere la medesima nullità dell'atto con la sfera di responsabilità disciplinare.

In realtà, un percorso di "razionalità" ermeneutica impone di cogliere un'accezione restrittiva delle espressioni letterali di cui al citato articolo, sia per quel che riguarda l'avverbio "espressamente" riferito al contrasto dell'atto con la norma di legge proibitiva, sia per quel che riguarda l'avverbio "manifestamente" riferito al contrasto dell'atto con il buon costume o con l'ordine pubblico[32].

Una lettura rigorosa e circoscritta dell' enunciato legislativo, limitata alla sua espressione letterale, costituisce non tanto un *privilegio* di una categoria che

---

1, 67 e ss. Piu recentemente, E. GABRIELLI - M. PALAZZO (a cura di), *La responsabilità civile del notaio*, in *Giur. it*., 2017, 11, 2523 ss.

[31] A. FUSARO, *La responsabilità disciplinare del notaio per la redazione di atti invalidi*, in *Riv. not*., 2012, I, 1075 ss.; S. PAGLIANTINI (a cura di), *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza. Saggi su l'art. 28 l. not. e funzione notarile oggi*, Torino, 2011, *passim*; G. CASU - D. BOGGIALI, in SICCHIERO (a cura di), *La legge notarile commentata*, cit., 149 ss.; C. CACCAVALE, *La "nullità di protezione" delle clausole abusive e l'art. 28 della legge notarile*, in *Notariato*, 2007, 50 ss.; G. CELESTE, *La responsabilità civile del notaio*, cit., *passim*; A. GENTILI, *Atti notarili "proibitivi" e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv*., 2005, 258 ss.; G. DE NOVA, *Gravità del comportamento notarile e sanzione disciplinare*, in *Riv. dir. priv*., 2005, 255 ss.

[32] Condivisibilmente, Cass., 11 marzo 2011, n. 5913, in *Vita not*., 2012.

di privilegi non ha più bisogno, né un generico ossequio alla tradizione delle arti liberali, quanto la necessità di consentire l'invenzione e la creatività dei notai, che storicamente, secondo un'antica ed egregia tradizione, molto hanno contribuito all'adeguamento delle prassi negoziali ai bisogni ed interessi dei cittadini e delle imprese[33].

[33] Cfr. J.HILAIRE, *La scienza dei notai. La lunga storia del Notariato in Francia*, Milano, 2003, *passim*.

Presentazione

La funzione notarile oggi e domani

Massimo Palazzo
Presidente Fondazione italiana del Notariato

Sommario: 1. Parole introduttive. – 2. Le ragioni di una iniziativa. – 3. Avvento del postmoderno. – 4. Le ragioni di un titolo. – 5. Per un ripensamento della figura giuridica del notaio contemporaneo. – 6. Sul contributo del notaio al rimodellamento dell'ordinamento giuridico contemporaneo.

1. Parole introduttive

Signor Presidente della Corte costituzionale, illustri relatori, cari colleghi, gentili ospiti, a me spetta, in qualità di Presidente della Fondazione italiana del Notariato, che ha promosso questo incontro di studi, il compito modesto, ma doveroso e gradito, di porgere a tutti Voi il più caloroso saluto a nome dell'intero Consiglio di amministrazione della Fondazione ed un sincero ringraziamento per la vostra partecipazione, per alcuni anche a prezzo di una lunga trasferta fuori sede.

Esprimo molta gratitudine agli illustri relatori per la cortese e generosa disponibilità che ci hanno dimostrato nell'accogliere il nostro invito e l'operosa attività che hanno messo in campo, facendo pervenire i loro contributi scritti prima del convegno.

Un ringraziamento particolare al Presidente della Corte costituzionale, il Professor Paolo Grossi, che ha voluto onorare questo convegno ed il Notariato italiano con la sua personale partecipazione, pur tra i molti impegni istituzionali dai quali è gravato in questo periodo.

Il Professor Grossi non ha bisogno di alcuna presentazione, e meno che mai da parte mia, essendo tra gli studiosi più conosciuti ed apprezzati, non solo in Italia ma anche all'estero. Non credo, infatti, di esagerare se affermo che è il giurista italiano più noto fuori dai nostri confini.

Certamente Egli appartiene, con pienezza di meriti, alla nobiltà del diritto, per riprendere il titolo di due noti volumi scritti dal Professore.

Tra i molti meriti scientifici del Professor Grossi, se mi è concesso di esprimere una valutazione personale, vi è quello di averci fatto percepire – attraverso la

sua attività didattica, scientifica ed oggi anche come Giudice costituzionale e Presidente della Corte – che la scienza giuridica può attingere a quel più elevato livello di comprensione che i filosofi chiamano "pensiero".

2. Le ragioni di una iniziativa

Mi fa particolarmente piacere che il Consiglio di amministrazione della Fondazione italiana del Notariato abbia promosso ed organizzato – valendosi delle massime competenze in materia scelte tra autorevoli accademici e qualificati notai – questo incontro sulla funzione notarile tra presente e futuro.
La Fondazione ha sempre cercato, in questa e nella precedente consiliatura, di offrire alla categoria dei notai una formazione volta certo all'aggiornamento professionale ed alla specializzazione, ma anche (e direi sopra tutto) intesa a preparare la mente alla consapevolezza dei cambiamenti avvenuti e delle trasformazioni ancora in corso nel mondo del diritto[1]. Cercando di cogliere le ripercussioni che queste grandi trasformazioni che hanno caratterizzato il secondo Novecento hanno avuto sulla figura del notaio, ormai non più solo documentatore (come era nella legge del 1913 e nel codice civile vigente, nel quale, come si sa, il notaio è richiamato nel quadro della disciplina della prova documentale: artt. 2699 e ss.), ma sempre più interprete e compartecipe del rimodellamento del diritto vivente.

3. Avvento del postmoderno

Il nostro tempo si colloca *dopo* la modernità. E questo *dopo* non indica una mera successione cronologica, ma ha un valore costitutivo. È ciò che lo determina. Martin Heidegger in "*Essere e Tempo*" del 1927 è il filosofo che più di ogni altro ha pensato il nostro tempo ed ha colto il soggetto come un progetto gettato

[1] Per esemplificare, ricordo il convegno fiorentino dell'otto maggio 2015 "Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali", con la partecipazione del Presidente Grossi, in *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2015, 1; il convegno bolognese sui contratti di convivenza del 26 novembre 2016 e quello romano sui contratti di affidamento fiduciario del 3 marzo 2017, i cui atti sono leggibili nel volume *Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile postmoderno* in *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, 2017, 1; il convegno torinese del 16 giugno 2017, con la partecipazione del filosofo Maurizio Ferraris, "Atto notarile informatico: cosa cambia?", i cui atti sono pubblicati nella *Biblioteca online della Fondazione italiana del Notariato*, 2018, 1.

nella storicità, in pagine di straordinaria densità, portando alla luce il profondo legame che esiste tra l'esistenza dell'uomo ed il fattore temporale. Al punto che il titolo heideggeriano potrebbe essere riletto anche come "essere è tempo".
Non ci sono qui il tempo ed il modo per affrontare tematiche complesse (sulle quali peraltro si soffermerà il Professor Grossi nel suo intervento) come ad esempio:
– *il venir meno delle grandi ideologie* (illuminismo, marxismo, idealismo) dominanti nella stagione precedente, ed oggi sostituite da saperi circoscritti, provvisori, instabili che costituiscono il postmoderno, assai ben descritto da Lyotard nel saggio *La condition postmoderne*, del 1979.
– *la rivoluzione del sistema delle fonti del diritto*, passato dal monismo legislativo scolpito nell'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile al policentrismo normativo, rappresentato come una "rete" di fonti normative multi-livello, integrate da un espansionismo continuo delle prassi (giudiziale, notarile, amministrativa).
– *la revisione epistemologica della teoria dell'interpretazione giuridica*, oggi sempre meno "spiegazione" e sempre più "comprensione di un testo" o, addirittura, sempre meno atto di conoscenza e sempre più atto di volontà.
Per Gadamer, come già per il suo Maestro Heidegger, l'interpretazione presuppone la comprensione e consiste nella elaborazione delle possibilità progettate nella comprensione. Una coscienza ermeneuticamente educata deve avere dunque piena consapevolezza e controllo delle proprie pre-comprensioni, o anticipazioni di senso, se non vogliamo cadere in interpretazioni arbitrarie o peggio nel nichilismo.

4. Le ragioni di un titolo

Un uditorio qualificato, quale quello odierno, intende tuttavia benissimo che la radicalità di queste trasformazioni del secondo Novecento non poteva non incidere (e infatti vi ha inciso a fondo) sul ruolo e sulla funzione del notaio.
Oggi è quindi necessario non tanto elaborare nuove teorie sulla funzione notarile, ma semplicemente descrivere ciò che è. Comprendere quello che avviene quotidianamente nello studio del notaio. Portare alla luce l'esigenza che il notaio ha tutti i giorni nella sua officina di comprendere ed interpretare i fatti della vita quotidiana (spesso di incerta significazione); poi gli enunciati normativi, così come sono interpretati ed applicati nella prassi giudiziaria, amministrativa e notarile; infine, costruire insieme alle parti la *lex contractus*, adeguando le categorie tradizionali agli interessi dei cittadini, e non costringendo quelli nel letto di Procuste degli schemi concettuali ereditati dalla tradizione.

Il notaio può corrispondere agli interessi dei cittadini in due modi:
– adattando i vecchi arnesi ai nuovi bisogni (come è avvenuto nella vicenda della *servitus altius non tollendi*, trasformata prima in cessione di cubatura e poi nei diritti edificatori di cui all'art. 2643, n. 2-*bis* c.c.); oppure
– elaborando figure nuove, sia pure basate su qualche appiglio formale nell'ordinamento civile, che prima o poi, presto o tardi, il legislatore recepisce (contratti di convivenza, *rent to buy*, *trust*, negozio di affidamento fiduciario etc.).
Insomma nel diritto postmoderno il legislatore è destinato inesorabilmente ad arrivare per ultimo, registrando ciò che nel diritto giurisprudenziale e nella prassi notarile è già avvenuto.
Angelo Falzea, già venticinque anni addietro aveva rimarcato, in un convegno ai Lincei sui principi generali del diritto, le «negligenze di un legislatore sempre più screditato nella coscienza collettiva»[2]. Possiamo aggiungere che, in questo quarto di secolo che ci separa dalla impietosa diagnosi di Falzea, non pare che le cose siano molto migliorate: Guido Alpa recentemente ha sottolineato «il linguaggio omissivo del legislatore»[3].
Il potere nullo – un tempo il giudiziario, secondo l'insegnamento di Montesquieu – sembra essere oggi il legislativo. Come ha ricordato Paolo Grossi, nella lezione inaugurale dei corsi della Scuola Superiore della Magistratura[4] a Scandicci il 7 aprile 2017: «Oggi, se non ci sentiamo di fare nostro il titolo spicciativamente liquidatorio di un brillante saggio del filosofo, politologo, giurista statunitense Bruce Ackermann *Good-bye Montesquieu*, è certo che quell'assillo separativo, segnato a tinte indelebili e ritenuto qualcosa di sacro e intoccabile, deve essere riletto criticamente alla luce dell'evolversi delle forme politiche e soprattutto dell'esperienza; oggi – come del resto lo stesso Ackermann suggerisce – bisogna *to rethink Montesquieu's holy trinity* alla luce di una *reflection on the evolving lessons of experience*».
Ecco spiegate le ragioni del titolo, che a taluno può essere sembrato criptico ed oscuro, della ricerca biennale promossa dalla Fondazione: "Crisi della legge e produzione privata del diritto". A fronte di una produzione legislativa incapace di regolare la complessa realtà postmoderna, talora per eccesso di astrazione, talora per eccessivo particolarismo, la teoria classica delle fonti del diritto trova

[2] A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *I principi generali del diritto*, Roma 1992, *Atti dei Congressi Lincei*, 96, 11.
[3] G. ALPA, *Il linguaggio omissivo del legislatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 415 ss..
[4] P. GROSSI, *L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in ID. *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, 114 ss.

oggi nella attività del notaio (né più né meno che in quella del giudice, pur con le ovvie distinzioni di ruolo) la sua morte e, in forme diverse, la sua resurrezione.

5. Per un ripensamento della figura giuridica del notaio contemporaneo

Mi auguro che da questa ricerca, che oggi presentiamo, e dalle relazioni di questo convegno, che certamente provvederanno ad arare il terreno in maniera assai più raffinata di quanto io abbia potuto fare, possa scaturire un minimo contributo a sfatare il luogo comune del notaio mero documentatore, quasi un Azzeccagarbugli contemporaneo, dedito solo a chiedere documenti che alle parti appaiono di dubbia utilità, per tessere la sua fragile tela di ragno, fatta di astruse tecniche, arcaici formalismi, interminabili letture di atti ricolmi di formulette tralatizie.
Auspico che il convegno possa restituire la realtà della figura professionale del notaio nel tempo presente: un professionista-pubblico ufficiale che, con la propria cultura ed il proprio sapere tecnico, concorre, per usare una felice espressione di Fabrizio di Marzio, a "ringiovanire il diritto".
In questa ripensata figura del notaio contemporaneo, forse ciascuno di noi può riscoprire un ruolo molto più creativo e per ciò stesso molto più umanamente appagante e di sicura utilità per l'intera società civile.

6. Sul contributo del notaio al rimodellamento dell'ordinamento giuridico contemporaneo

L'esperienza giuridica trova la sua unità e la sua ricchezza nel quadro di una comunità interpretativa, della quale i giuristi teorici e pratici sono il perno. Riscopriamo oggi la vitalità e validità di un affermazione che Giuseppe Capograssi aveva reso nello scrivere, prima che la seconda guerra mondiale mostrasse di quali atrocità sono capaci gli uomini, che «a ben vedere la scienza giuridica – intesa in senso lato come forma riflessiva sulla realtà del diritto e quindi comprensiva della sua dimensione teorica, sia di quella pratica – è l'unica vera fonte del diritto nell'esperienza giuridica»[5].
Come da tempo va condivisibilmente ripetendo Nicolò Lipari[6], il più significativo

[5] G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1939, oggi in *Opere*, II, Milano, 1959, 585.
[6] N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 182 ss.

indice di qualificazione della giuridicità nel tempo presente consiste nel passaggio da uno *ius positum* ad uno *ius* costantemente *in fieri*.
Questo appare, se mi è consentito azzardare una previsione, anche il volto del diritto futuro, un diritto costantemente in divenire, con una forte componente estra-legislativa, che nasce in basso e dal basso. Con questo diritto, assai diverso da quello della nostra tradizione, deve fare i conti il notaio di oggi e dovrà farli quello di domani, se vorrà continuare a corrispondere, attraverso la propria attività professionale, ai bisogni ed agli interessi delle persone.

Nota introduttiva

Sull'esperienza giuridica pos-moderna[1] (a proposito dell'odierno ruolo del notaio)

Paolo Grossi
Emerito di Storia del diritto medioevale e moderno, Università di Firenze
Presidente emerito della Corte Costituzionale

Sommario: 1. Per una necessaria messa a fuoco. – 2. Qualche opportuna notazione sulla nostra Costituzione: è l'ultima delle moderne 'carte dei diritti'? – 3. Sul carattere pos-moderno della nostra Costituzione. – 4. Sul pluralismo giuridico di questo nostro tempo pos-moderno. – 5. 'Eclissi del diritto civile'? – 6. Tempo giuridico pos-moderno: tempo di *inventori/interpreti*. – 7. Pluralismo giuridico, pluralizzazione e de-tipicizzazione delle fonti del diritto. – 8. L'odierno notaio quale partecipe allo sviluppo dell'ordinamento giuridico.

1. Per una necessaria messa a fuoco

Il mio caro amico Massimo Palazzo ha segnato nel programma un titolo dall'oggetto amplissimo per la mia Relazione, da lui generosamente qualificata come *lectio magistralis*[2]; e lo ha fatto con gesto davvero amichevole, sapèndomi assai ricolmo di impegni conseguenti alla Presidenza della Corte. Pur ringraziàndolo di gran cuore, io vorrei però tranquillizzare i notai che mi ascoltano numerosissimi e che sono qui venuti con il lodevole tentativo di avere dai docenti del nostro Incontro un contributo per una più affinata coscienza critica della propria professionalità.
A tal fine, è, tuttavia, indubbiamente necessario avviare la riflessione da una pur sommaria analisi dei caratteri dell'attuale tempo giuridico, il pos-moderno, ma soltanto perché è in questo tempo che il notaio riprende la vivacità incisiva di un ruolo eminentemente dinamico. Sia, dunque, chiaro fin da ora che la messa a fuoco, alla quale voglio giungere, concerne l'attuale notaio come *inventore* e

[1] Relazione introduttiva tenuta il 9 novembre 2017, in seno al Convegno di studio su 'La funzione notarile oggi e domani', organizzato in Roma dalla Fondazione italiana del Notariato.
[2] Nel programma, infatti, il titolo risulta privo del sotto-titolo, da me inserito solo per la redazione scritta.

interprete[3]. Si darà, in seguito, un contenuto più preciso a queste nozioni, alla prima, così cariche di ambiguità.

2. Qualche opportuna notazione sulla nostra Costituzione: è l'ultima delle moderne 'carte dei diritti'?

Comincerei da una affermazione, che a qualche uditore parrà volutamente provocatoria o, almeno, paradossale: oggi, a settanta anni dalla sua promulgazione, non abbiamo ancora preso sufficientemente atto della incidenza della fonte/Costituzione sull'assetto dell'ordinamento giuridico positivo della Repubblica; con l'aggiunta, apparentemente maliziosa ma – al contrario – semplicemente veridica: non abbiamo voluto prenderne atto.
La maggioranza dei giuristi italiani, sia teorici che pratici, rimane ancora incantata dalle remote sirene illuministico-giacobine e mantiene ferma di fronte alla Costituzione del 1948 la visione che illuministi e giacobini ebbero delle 'carte dei diritti' settecentesche: nobilissime proposizioni di ìndole filosofico-politica fornitrici ai legislatori statali, cioè ai monopolizzatori della produzione del diritto secondo il progetto giacobino, di un disegno teorico meritevole di essere tradotto (da loro ed esclusivamente da loro) in una concreta disciplina giuridica.
Insomma, la Costituzione italiana quale ultima 'carta dei diritti'. Secondo questa decrepita visione, si avrebbe ancora nel 1948 un nuovo 'decalogo', un nuovo 'catechismo', per usare due termini riduttivi che Santi Romano aveva polemicamente affibbiato alle vecchie 'carte' giusnaturalistiche. Queste erano, però, genuine espressioni della civiltà borghese emersa dominante nell'Europa continentale dal colossale travaglio della rivoluzione francese, paga di affermazioni astratte e paga soprattutto di lasciarle astratte perché sostanzialmente tesa a mantenere intatto un ordine economico percorso da pesanti discriminazioni e, pertanto, ripartito in ricchi e poveri[4].
A differenza della prima fase costituzionalistica, quella novecentesca inaugurata

[3] Preme di chiarire subito al lettore che qui il sostantivo 'inventore' (così come l'altro sostantivo 'invenzione', che sarà usato nel prosieguo) riceve il suo significativo contenuto dai termini latini *invenire*/*inventio*, che fanno riferimento a un cercare per trovare e non dai comuni vocaboli italiani *inventore* e *invenzione* che fanno invece riferimento a un qualcosa di creativo.
[4] Il che veniva realizzato limitando nelle elezioni politiche l'accesso al voto soltanto ai titolari di un determinato reddito. Si trattava, insomma, di una democrazia imperfetta, perché si riduceva a un elitarismo certamente non più cetuale (come nell'antico regime pre-rivoluzionario) ma squisitamente economico.

a Weimar nel 1919 e rispecchiante realtà politico-sociali autenticamente democratiche e autenticamente plurali[5], si propone invece di cancellare l'elitarismo economico imperante nella civiltà borghese, e lo fa impegnàndosi a tessere una trama intrinsecamente giuridica per una società còlta nella sua concretezza storica, dove protagonista è ogni cittadino senza esclusioni, peraltro osservato nella sua esistenza quotidiana gremita di fatti positivi e negativi[6]. Ed è per questo che io ho spesso affermato – credo correttamente – che la novità delle Costituzioni novecentesche – la nostra, per esempio – è di rappresentare il breviario giuridico del cittadino qualunque; le nuove Costituzioni si riferiscono a lui, parlano di lui e vogliono fornirgli concrete garanzie per il miglioramento delle sue condizioni di vita e quindi per la sua dignità[7].

3. Sul carattere pos-moderno della nostra Costituzione

Tutto ciò poté essere conseguito perché i nostri Padri Costituenti, nel loro riuscito tentativo di dare solidi fondamenti al nuovo ordine che erano chiamati a costruire, avendo ancora davanti agli occhi, in Italia, l'immagine perversa dell'aggressivo Stato autoritario, si dèttero a leggere nelle radici profonde della società, ben oltre ogni strato potestativo, sì da poter disegnare un edificio socio-giuridico che avesse a base il sostrato valoriale riaffermato spontaneamente dalla coscienza collettiva in quei primi anni – 1943/1946 – di vera libertà politica, di speranze, di prefigurazioni di un futuro diverso. E fu proprio grazie a questo sguardo libero da prevenzioni che apparve nitidissima la fondazione prima: il primato della persona rispetto allo Stato, primato della sua dignità e dei diritti che la presidiano[8].

Nei 'principii' e nella 'parte prima' della nuova Carta veniva espresso un

[5] Plurali perché effettivamente rispecchianti la intiera pluralità dei cittadini, nessuno escluso (per maggiori precisazioni rinvio a una mia recente riflessione: *La Costituzione italiana quale espressione di una società plurale*, in *Nuova Antologia*, gennaio/marzo 2017, (vol. 618, fasc. 2281).

[6] Sulla profonda differenziazione tra 'carte' giusnaturalistiche e 'costituzioni' novecentesche, cfr. P. GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e pos-moderna* e *La legalità costituzionale nella storia del diritto moderno*, ora in *L'invenzione del diritto*, Roma/Bari, 2017.

[7] Ne ho trattato distesamente in: P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, ora in *L'invenzione del diritto*, cit., 39 ss.

[8] Secondo una impostazione che i *Patres* trovavano già nitidamente segnata nella Relazione introduttiva di Giorgio La Pira ai lavori della Prima Sotto-commissione nell'àmbito della Commissione dei Settantacinque e che costituì una sorta di bussola orientativa. Sullo svolgimento

ordine giuridico, radicale perché espressione delle radici più profonde di una comunità, ma altresì plurale, perché non era più lo specchio di un potere, bensì della complessità della società sorpresa nella sua compiuta pluralità di ricchi e di poveri, di potenti e di inermi. Il vecchio statalismo – che non si era incarnato soltanto nella aberrante dittatura fascista ma che aveva avuto una precisa concretizzazione già prima nello Stato liberal/borghese (assai approssimativamente chiamato ‘ di diritto’[9]) – cedeva il passo a uno Stato sociale tendente a valorizzare la naturale complessità del sociale.

Il passato statalismo, in conseguenza del suo assetto potestativo, si era necessariamente tradotto in legalismo, e questo legalismo si era altrettanto necessariamente rannicchiato in un angusto formalismo. E il diritto veniva ad essere anchilosato nella diretta ed esclusiva filiazione dallo Stato, ormai elevato trionfalmente al trono di suo unico produttore.

Dunque, soffocante monismo giuridico, con un legame necessario fra produzione giuridica e titolare del supremo potere politico. Era chiara la opzione riduzionistica, era chiara la forzosità di un artificio che aveva – volutamente – rattrappito la libera espansione della dimensione giuridica; ed era chiaro anche il nesso con il suo carattere strategico per una civiltà, borghese fin nelle sue midolla perché incentrata sulla tutela dell’avere e dell’abbiente.

Un recupero per il diritto – intendendo per recupero la possibilità di riacquistare una complessità giuridica corrispondente alla complessità sociale – si potrà avere solo col tempo pos-moderno e la riscoperta di un compiuto pluralismo, pluralismo sociale, pluralismo giuridico. L’itinerario del secolo nuovo può, infatti, essere compendiato in una formuletta spicciativa, che ritenevo didatticamente efficace per gli studenti durante il mio felice insegnamento fiorentino di parecchi anni fa: sempre più società, sempre meno Stato; con una società che riaffermava il suo protagonismo, rifiutando i riduzionismi moderni e pretendendo di essere ascoltata nella molteplicità delle sue voci.

4. Sul pluralismo giuridico di questo nostro tempo pos-moderno

Tiriamo le fila della trama precedente per avvicinarci alla messa a fuoco che ci interessa.

---

dei lavori e soprattutto per l’istruttivo dibattito rinvio a quanto ne ho scritto nel saggio citato alla nota precedente.

[9] Proprio perché si trattava pur sempre di uno Stato che si riduceva semplicemente ad auto-limitarsi.

Per il giurista il pluralismo si concretizza soprattutto in un rinnovato assetto delle fonti del diritto e significa pluralismo di fonti. Non il pluralismo meramente nominale attuato nella modernità, quando il rigido assetto gerarchico isteriliva tutte le fonti collocate in gradini inferiori al primo riservato esclusivamente alla legge, bensì una pluralità di fonti ciascuna delle quali è in rapporto di interrelazione con le altre; dove il paesaggio giuridico segnala più una *rete* che una scansione gerarchica, giacché tutte sono ugualmente impegnate in una attività di ricerca, di scoperta, di *invenzione*[10].

Il modello fornito settanta anni fa dalla attività intellettiva dei Padri Costituenti diventa il criterio fondamentale per legislatori, dottrinarii, giudici, notai, avvocati: *invenzione* in quella dimensione costituzionale solo parzialmente espressa, nella quale si consolidano i valori della nuova convivenza e dalla quale si possono trarre principii disciplinatori dell'ordine giuridico. Cercare, trovare, leggere: in questo atteggiamento prevalentemente cognitivo, in questa formidabile attività *inventiva*, è racchiuso il 'segreto' di un diritto autenticamente democratico, che si presenta soprattutto come interpretazione e dove i suoi facitori sono degli interpreti. Interpreti abbiam detto: non degli esegeti di un testo autoritario con l'unica risorsa delle proprie capacità logico-deduttive, bensì come degli *inventori*. Quei valori erano originariamente giuridici, ma attendevano di essere intuiti e identificati, nonché di essere tecnicamente definiti, oltre che dai legislatori, dai giuristi, dai depositarii di quella scienza straordinariamente ordinante che gli antichi romani, più di duemila anni fa, avevano avuto l'inestimabile merito di definire e sistemare per primi.

Ed è proprio qui che si coglie il più significativo tratto identitario di un tempo giuridico pos-moderno: lo spostamento dell'asse portante dell'ordinamento dalla *legge* alla *interpretazione*. Ed è proprio qui che si può misurare quanto le formalmente vigenti disposizioni preliminari al codice civile del 1942 siano in dissonanza con le linee portanti dell'ordine giuridico disegnato dalla Costituzione. Largamente novellate (e, quindi, opportunamente adeguate) per quanto attiene a terreni vitali (il diritto internazionale privato, per esempio), sono rimaste intatte laddove si parla delle fonti e dell'interpretazione; e non v'è stato nemmeno uno dei tanti giuristi (cosiddetti progressisti) a chiederne la cancellazione quali residui di una concezione autoritaria in perfetta consonanza con i postulati del regime fascista. Si pensi, infatti, a come vengono intesi l'ordinamento giuridico e l'interpretazione: il primo coincide con il complesso legislativo statale; la seconda è null'altro che una esegesi, offrendo all'esegeta

[10] Sul significato che si dà in queste pagine al vocabolo 'invenzione', si tengano presenti le dilucidazioni fornite più sopra alla nota 3.

quale massima estensione del suo raggio di azione i soli 'principii' voluti e manifestati dallo Stato[11].
Tutto deve nascere, svolgersi, compiersi entro i muri invalicabili eretti dal grande burattinaio a controllo della intiera dimensione giuridica; tutto il diritto è *creatura* dello Stato. È questo un paesaggio antistorico, però ancora carissimo a parecchi civilisti, giacché, a loro avviso, turbato o sconvolto che esso sia, si turba o si sconvolge l'intiero ordine giuridico, con la conseguenza addirittura catastrofica di una 'Eclissi del diritto civile'[12].

5. 'Eclissi del diritto civile'?

Secondo questa pessimistica valutazione una sola devastante piaga ha messo in crisi la saldezza del vecchio edificio civilistico, ed è l'evento profondamente nuovo e scalzante della Costituzione pos-moderna, la nostra per esempio. Non già quella sostanzialmente innocua della civiltà moderna (una delle tante carte dei diritti sette/ottocentesche, per esempio), quando «i punti di vista radicati nella Costituzione [erano]concepiti originariamente in esclusiva funzione di orientamento del legislatore»[13], bensì quella (come la nostra) che è intrinsecamente e *ab origine* giuridica e che il giudice può direttamente applicare per la risoluzione dei casi a lui sottoposti. Dando vita, in tal modo, a un devastante tumore entro il sano organismo ferreamente governato da una rigida gerarchia delle fonti e, perciò, in grado di offrire al cittadino il bene supremo della chiarezza e certezza delle regole. Si verificherebbe, insomma, qui «una mutazione genetica della giurisdizione» consistente nella circostanza che essa «si mette in presa diretta con la Costituzione»[14] snaturàndosi completamente e snaturando l'armonico sistema, chiaro e certo, del legalismo statalistico moderno.
Mutazione genetica! Ma bastava dare uno sguardo al ruolo che giuristi teorici e pratici hanno avuto nell'antica Roma, nel diritto comune medievale e nel *common law* di sempre per arrivare a una conclusione esattamente opposta, e cioè che essi hanno oggi semplicemente ritrovato e recuperato la loro autentica natura

[11] Lo si ricava agevolmente dai primi nove articoli relativi alle 'fonti del diritto' e dall'articolo 12 relativo alla 'interpretazione della legge'.
[12] In tal senso è un volume assai recente: C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile,* Milano, 2015.
[13] *L'eclissi del diritto civile*, cit., p. 29.
[14] *Loc. ult. cit.*

(di essere interpreti e non soltanto esegeti), alterata pesantemente e snaturata (questo sì!) dalle strategie della civiltà giuridica borghese definitivamente consolidàtasi grazie alla rivoluzione francese.
Ohimè! Uno studio storico e comparatistico del diritto avrebbe potuto preservare da affermazioni parecchio avventate. E se non si fosse voluto guardare *extra moenia*, sarebbe bastato rileggersi quel salvifico monito che un nostro grande 'codificatore' ma innanzi tutto giurista dagli occhi lungimiranti, Filippo Vassalli, volle lanciare nel 1951, nell'occasione della sua visita alla Università argentina di Cordoba: 'Estrastatualità del diritto civile'[15]. Una estrastatualità connaturale al diritto civile e resa robusta da duemila anni di esperienza, smentita solo a fine Settecento dalla strategia della classe borghese, ormai egemone e tutta protesa a controllare con particolare zelo una 'ragion civile' da ridurre in articoli di un Codice. Vassalli, che, contemporaneamente e sempre in Argentina, redigeva quasi autobiograficamente lo "*Esame di coscienza di un giurista europeo*", parlando da europeo ma pensando a un futuro diritto civile universale, coglieva nei legislatori nazionali un ostacolo nel cammino verso l'universalità e, al contrario, un enorme ausilio nei giuristi, il cui sguardo non poteva che tendere a valicare confini e a rompere chiusure di indole basso-politica[16].

6. Tempo giuridico pos-moderno: tempo di *inventori/interpreti*

Che oggi siamo sempre più distanti dalle sistemazioni di ieri, armoniche coerenti compatte, spesso riposate in codificazioni pensate come durevoli nei tempi lunghi, è un dato di comune acquisizione; come è irrefutabile che la produzione giuridica in Italia, ma ugualmente in tutti i paesi di *civil law*, ancorata com'è al monopolio della legge, abbia assai visto incrinato il paradigma della certezza. Abbiamo però il dovere di domandàrcene le ragioni, bastando a questo scopo che si dia una osservazione anche rapida al tessuto dell'esperienza, percorsa – come non mai – da un movimento e mutamento tanto rapidi quando intensi.
E sono proprio movimento e mutamento che lògorano le costruzioni troppo rigide, che vanificano gli eccessivi dettagli. La legislazione, sia che abbia come obbiettivo la fissazione di un Codice, sia che disciplini con atti speciali situazioni particolari, ha la rigidezza connaturale a ogni comando. E oggi è proprio in crisi il carattere potestativo del diritto, il suo essere autorità per essere espressione di un potere. A fronte di questo logorarsi della dimensione legislativa, il

[15] Ora in F. VASSALLI, *Studi giuridici*, vol. III, t. II, Milano, 1960.
[16] *Ibidem*.

salvataggio si incarna nella interpretazione, ed è naturale che l'esperienza affidi ad essa un adeguamento efficace dell'ordine giuridico. Ovviamente, la semplicità cede alla complessità, e la complessità gènera un paesaggio giuridico indubbiamente complicato. Sarebbe, però, antistorico pensare al ritorno di un diritto civile italiano a impronta legislativa; sarebbe prontamente smentito dall'attuale contesto socio/economico/politico.
Del resto, non ci si può sottrarre oggi a contemplare atteggiamenti abdicativi provenienti dallo stesso apparato statuale, in un crescente affiorare della consapevolezza delle proprie incapacità. È del 2010 un esempio eloquente e, a causa della sua rilevanza, emblematico: il 'Codice del processo amministrativo'. Nulla a che vedere con i vecchi Codici propensi a offrire dettagliatissime previsioni; piuttosto, una offerta di 'principii', con l'implicito proposito di lasciare agli interpreti un ruolo estremamente attivo, determinante.

7. Pluralismo giuridico, pluralizzazione e de-tipicizzazione delle fonti del diritto

Positività del diritto, oggi, non può – dopo il 1 gennaio 1948 – coincidere con *statualità*. Lo Stato non esaurisce la giuridicità, che trova la sua nicchia congeniale nel più comprensivo contesto della Repubblica. Una Repubblica, che agli occhi disincantati del giurista non può non apparire come una ricca pluralità di ordinamenti giuridici, ciascuno dei quali, *ab origine* intrinsecamente giuridico, è tenuto – ai fini del riconoscimento – al rispetto di quei valori basilari che assumono, testualmente, la sagoma dei 'principii fondamentali' e della 'prima parte' della Carta; ciascuno dei quali è tenuto a intridersi di quei valori, perché *costituiscono* il perno della rinnovata convivenza repubblicana (oh, l'espressività del verbo *costituire*!). A questo proposito, in contrasto alla fosca e accorata contemplazione del presente espressa intensamente nel volume di Carlo Castronovo sopra menzionato, non si può non salutare con sincero apprezzamento chi guarda al presente con una aperta disponibilità a comprendere senza prevenzioni il senso di un itinerario in atto, distanziàndosi dalle «inibizioni e ritrosie della civilistica, che inducevano a vedere nel dettato costituzionale (soltanto) un 'programma' di politica del diritto, privo di immediata precettività»[17] e salutando con favore la odierna 'stagione del disgelo costituzionale' pienamente vissuta ormai anche a livello scientifico.

[17] F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir. Annali*, vol. VIII, Milano, 2012, 65.

Entro gli inderogabili limiti prima accennati si staglia netto , tra i molti, l'ordinamento giuridico rappresentato dalla autonomia privata (il diritto dei privati, per riprendere la azzeccata intitolazione di un saggio celebre di Cesarini Sforza[18]); e prende rilievo il notaio, il soggetto che, più di ogni altro, è chiamato a dare un vólto, tecnicamente adeguato sotto il profilo giuridico, all'assetto di interessi che i privati progettano e intendono realizzare nella dinamica della loro esistenza e che, in quanto espressione della loro autonomia, ha il carattere della effettività e il presidio della osservanza. Se ci si guarda un po'attorno senza prevenzioni, non ci resta, infatti, che deporre, secondo l'invito di un valente magistrato, «una visione idilliaca molto distante dalla realtà»[19] e constatare in basso (per così dire) una laboriosa officina in azione, bene espressiva della complessità giuridica nelle sue diversissime manifestazioni.

Lo storico del diritto conosce perfettamente il ruolo inventivo che hanno avuto i notai per fornire all'esperienza giuridica medievale e pos-medievale quella ricca messe di contratti agrarii e commerciali ignoti al troppo remoto *Corpus iuris* giustinianeo ma necessarii a ordinare le novissime esigenze dell'agricoltura e del commercio. Circostanze che si ripetono oggi quando il movimento/mutamento (cui si accennava prima) rende l'apparato legislativo inadatto (per lentezza, indifferenza, sordità) a una pronta corresponsione e quando, implicitamente, nell'urgenza di colmare un vuoto, si identifica nel notaio, accanto al giudice e al *doctor iuris*, un provvidenziale *inventore*.

A questo punto, prima di mettere a fuoco le nostre conclusioni sul ruolo della prassi notarile in Italia, mi piace di fare espresso riferimento a quanto scrive, recentissimamente, una delle presenze più vigili e più culturalmente consapevoli della odierna civilistica, Umberto Breccia. Chiamato a riflettere sul magistero straordinario e solitario di Salvatore Romano, un civilista totalmente impegnato a disegnare un diritto civile ripensato in chiave pluri-ordinamentale secondo l'insegnamento paterno[20], Breccia, lasciàndosi ben volentieri alle spalle «la logica monistica della fattispecie»[21], si fa portatore anche in àmbito

[18] Il riferimento, come sa ogni giurista, è a: *Il diritto dei privati*, saggio pubblicato dal filosofo del diritto Widar Cesarini Sforza nel 1929 (ora: Milano, 1963).

[19] Che è idilliaca perché oggi non è riproponibile quanto poteva valere per il paesaggio giuridico di ieri ridotto ad una estrema semplicità. La citazione è tratta da un puntualissimo intervento di F. DI MARZIO, *Sulla prassi notarile*, in *giustiziacivile.com* del 24 febbraio 2017.

[20] Salvatore Romano era, infatti, figlio di Santi Romano, cui si devono le innovative proposte contenute nel libretto del 1918: L'ordinamento giuridico.

[21] U. BRECCIA, *Il pensiero di Salvatore Romano*, in FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, 5.

civilistico di «una nuova percezione della giuridicità quale costante movimento funzionale»[22], nonché «del radicarsi del diritto privato nella costituzione, da intendere quale trama di principii giuridici che traggono la loro forza e la loro vitalità non già dal fatto di provenire da un vertice autoritativo e sovrano, ma da un assetto organizzativo complesso»[23]. Si arriva così a concepire l'*autonomia privata* come «un ordinamento, il cui riconoscimento primo … è di natura costituzionale», disegnato con fermezza già in quell'articolo 1372 del Codice dove la dizione 'forza di legge tra le parti' «non è una disposizione enfatica», bensì la descrizione fedele di una realtà autenticamente ordinamentale[24].

8. L'odierno notaio quale partecipe allo sviluppo dell'ordinamento giuridico

Tenendo dietro alla indole imbutiforme da me voluta per questa Relazione e funzionale al suo carattere di introduzione ai lavori congressuali, io comincerei a condensare il sugo dei *generalia* fin qui annotati ripetendo quanto affermai conclusivamente nel Convegno fiorentino del 2015 relativo all'impronta notarile nel campo – civilisticamente gelosissimo – delle situazioni reali: «il pluralismo giuridico, che è secondo me la più rilevante conquista della civiltà novecentesca nell'Europa continentale, ha pluralizzato le fonti, le ha addirittura de-tipicizzate. Il diritto privato si attende, ormai, dal notaio, così come dal giudice e dall'uomo di scienza … un contributo non minimo. Il giurista, ogni giurista, è coinvolto in una avventura costruttiva»[25]. E – correttamente, io credo – si insegna, da voci dottrinali così come da giudici, la «funzione promozionale della prassi notarile» «concorrendo così all'evoluzione del sistema giuridico»[26], nonché «l'essenzialità della prassi notarile nel caotico mondo giuridico della contemporaneità»[27].

Già nel Convegno fiorentino emerse nitidamente il ruolo attivo del notaio nel vanificarsi del dogma della tipicità dei diritti reali, nel crescente profilarsi di situazioni ambiformi pescanti (allo stesso tempo) nel campo delle situazioni personali e reali (come le obbligazioni *propter rem*), nonché dello sforzo per

---

[22] *Ibidem*, 9.
[23] *Ibidem*, 10.
[24] *Ibidem*, 12.
[25] P. GROSSI, *Conclusioni*, in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, in questa *Rivista*, 2015, 183.
[26] R. LENZI, *La funzione notarile come fattore ordinante*, in *Salvatore Romano*, cit., 401 e 407.
[27] F. DI MARZIO, *Sulla prassi notarile*, cit., 7.

arrivare a forme di proprietà 'funzionalizzata' e 'destinata'[28]. E parlai allora (ma ripeto ora) di «conii elaborati nelle fertili officine del notaio italiano» e di «avventura costruttiva»[29]. È, questa, una constatazione che, con un orgoglio assai composto, ribadisce oggi Massimo Palazzo, organizzatore lungimirante dell'odierno Convegno, notaio che guarda al tempo pos-moderno con occhi realistici, però sempre con il presidio di una ampia cultura giuridica e di una forte capacità teoretica. Egli parla, infatti, con immagine a me graditissima, di un notaio *inventore*; ed esemplifica in tema di permuta e di *servitus altius non tollendi*, nonché, in campo commercialistico, su temi di diritto societario[30].

Terminerei con un solo accenno specifico, e riguarda il tema/problema, arduo e accanitamente discusso, della utilizzazione dello schema tecnico del *trust* all'interno del nostro ordinamento positivo ancora ben radicato nell'area di *civil law*. Malgrado questa radicazione è, infatti, palese – ormai da parecchio tempo – il tentativo di valorizzare quello schema, per tanti versi alieno dalle nostre sistemazioni civilistiche e anche dalla stessa 'fiducia' di stampo romanistico. Ciò per parecchie ragioni: per corrispondere alle trasformazioni decisamente strutturali dell'attuale nostro diritto patrimoniale, ma soprattutto perché il *trust* rappresenta la possibilità concreta per i privati di dare soluzione, nell'àmbito della loro autonomia, al problema di costituire un patrimonio autonomo, separato e avente specifiche destinazioni; il tutto con un costo assolutamente più tenue del ricorrere a concretizzazioni societarie. Ebbene, si deve riconoscere che, in Italia, prima e dopo la Convenzione de L'Aja del 1985 e della nostra legge di ratifica dell'89 sul riconoscimento degli effetti dei *trusts*, a fronte della sordità della dottrina e delle scarse applicazioni dell'articolo 2645-*ter* c.c., la prassi notarile, in sintonia con quella giurisprudenziale, ha avuto una notevole attenzione per gli enormi effetti pratici del nuovo schema, impegnàndosi in un fattivo (e riuscito) tentativo di assimilazione.

A chiusura, non ho di meglio che dar la parola a chi ne sa più di me e che ha scritto appena ieri una frase riepilogativa che pienamente condivido: «il notaio contemporaneo trova, dunque, il *quid proprium* della sua attività nella partecipazione alla costruzione del diritto vivente, che oggi appare solo in minima parte lasciato alle norme di fonte legale»[31].

---

[28] Si vedano, in seno a quel Convegno, soprattutto le Relazioni di Antonio Gambaro, Michele Graziadei, Chiara Tenella Sillani, Gaetano Petrelli e Giuseppe Trapani.

[29] GROSSI, *Conclusioni*, cit., 183.

[30] M. PALAZZO, *Il ruolo dell'argomentazione negli atti notarili*, in *Giust. civ.*, 2017, 3, soprattutto 785-787.

[31] M. PALAZZO, *loc. ult. cit.*, 789.

Indice

GUIDO ALPA
Il linguaggio omissivo del legislatore 45

IRENE STOLZI
Interpretazione e prassi notarile: un profilo storico 61

FRANCESCO ALCARO
Il "Diritto dei privati" 79

ANDREA FUSARO
La prassi notarile fonte di regole giuridiche 113

AURELIO GENTILI
Il notaio nella rete delle fonti: il ruolo della prassi notarile 125

EMANUELA NAVARRETTA
Principi fondamentali e autonomia privata 135

FRANCESCO MACARIO
L'autonomia contrattuale come fonte del diritto privato nella dimensione costituzionale 167

CIRO CACCAVALE
Per un diritto sostenibile 241

FABRIZIO DI MARZIO
Motivazione degli atti di autonomia privata 271

RAFFAELE LENZI
La funzione notarile al tempo della post verità 281

MAURIZIO FERRARIS
Verità tridimensionale 299

ANGELA CONDELLO
Gerechtigkeit ist … *La funzione notarile tra ermeneutica e ontologia giuridica* … 313

ANTONIO PUNZI
Interpretatio Consilium Inventio. *Il notaio e le macchine nell'era della post-verità* 323

PAOLA LUCARELLI
Crisi del contratto commerciale e produzione privata dei rimedi 335

MARIO NOTARI
Origine e ruolo delle «massime notarili» in materia societaria 353

MARCO MALTONI
Il contributo della prassi notarile alla disciplina dell'assemblea di società 365

GUGLIELMO BEVIVINO
Prassi e interpreti nella "creazione" della rinunzia anticipata all'azione di restituzione 377

Il linguaggio omissivo del legislatore

Guido Alpa
Ordinario di Istituzioni di diritto privato, Università di Roma "La Sapienza"

La crisi della legge nella postmodernità si manifesta anche nel linguaggio del legislatore contemporaneo che per molteplici ragioni, analizzate nel saggio raggruppandole per categorie, è caratterizzato da modesta qualità, incuria, o, addirittura, voluta ambiguità.

The crisis of the law in post-modernity is also expressed in the language of today's legislator. The many reasons for this are analyzed in this article and broken down into categories to pinpoint how such language is characterized by low-quality choices, negligence, and even ambiguity

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'inciso non esplicativo: il caso della c.d. legge Balduzzi e la responsabilità medica. – 3. L'enunciato monco: l'intrico normativo dell'anatocismo bancario. – 4. La trattazione non sistematica: il caso della «convivenza di fatto». – 5. Il rinvio dimenticato: *trust*, contratto di affidamento fiduciario. – 6. L'ignoranza della prassi: la validità della clausola arbitrale nelle controversie societarie. – 7. L'omissione reiterata: il patto marciano. – 8. L'omissione impropria: la riforma del c.d. terzo settore e il libro I del codice civile.

1. Premessa

L' aggettivo che ho scelto per denotare una delle caratteristiche del linguaggio del legislatore oggi particolarmente evidente ha un connotato negativo. Avrei potuto ricorrere ad altre locuzioni come "laconico", "sincopato", oppure avrei potuto riprendere il bel saggio di Pier Giuseppe Monateri, su *La sineddoche*, per alludere alla figura poetica che designa la parte per il tutto. Tuttavia, gli aggettivi o le formule alternative non avrebbero reso il senso del mio assunto, che non riguarda un comportamento intenzionale, volto ad esprimere nella formula normativa una fattispecie sintetica, quanto piuttosto una scelta dipesa da incuria, sciatteria o, addirittura, da una ambiguità voluta. Non è questo, dunque, un problema di lacune – se mai si possa porre questo problema – o di completezza del testo – se si potesse porre anche un problema di questo

tipo[1] – ma un problema di redazione del testo, di "legistica", che si risolve nell'interpretazione del testo. Anzi, nel conflitto di interpretazioni[2]. Sì che se il legislatore fosse stato più attento, più accorto, meno corrivo, il problema non si sarebbe posto, il conflitto non si sarebbe aperto, con tutte le conseguenze in termini di certezza del diritto, di impegno degli interpreti, di costi della amministrazione della giustizia, di costi di difesa e così via.
Gli esempi che vengono alla mente sono infiniti, ma si può consumare il tentativo di raggrupparli – diciamo così – per categorie.

2. L'inciso non esplicativo: il caso della c.d. legge Balduzzi e la responsabilità medica

Nel corso della conversione in legge del decreto 13 settembre 2012, n. 158 (convertito in l. 8 novembre 2012, n. 189) c.d. Balduzzi, al testo riguardante la responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie fu aggiunto un inciso, una formula compresa tra due enunciati che avrebbe dovuto precisare la natura della responsabilità medica. Dal 1999 un *révirement* della Corte di Cassazione aveva stabilito che la responsabilità fosse dovuta a contatto sociale e, quindi, avesse natura contrattuale; l'inciso «in tali casi resta fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c.» avrebbe dovuto riportare l'ambito della responsabilità all'area extracontrattuale.

Tuttavia, l'inciso non è stato inteso in questo senso, e la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha continuato a qualificare la responsabilità medica come contrattuale. Se anziché essere formulato in quel modo si fosse detto esplicitamente – come recita il testo ora oggetto di riforma – che il medico risponde per responsabilità extracontrattuale, non si sarebbe creato un contenzioso destinato a durare per un ventennio, sempre che si possa ritenere che sia stato sopito. L'incertezza interpretativa si è risolta in incertezza applicativa, dando luogo ad una varietà di soluzioni.
Le prime interpretazioni del richiamo all'art. 2043 c.c. erano nel senso che il legislatore avesse voluto solo prendere posizione sulla colpa lieve, ma non avesse voluto modificare il regime di responsabilità. Nella ordinanza 17 aprile

[1] Sul punto v. E. RUSSO, *La pragmatica del discorso legislativo*, in *Vita not*., 2016, 1045 ss.; e in particolare G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, e la sua scuola: R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993; G. PARODI, *Le fonti del diritto*. *Linee evolutive*, Milano, 2012.
[2] Alludo alla tesi di P. RICOEUR, *Il conflitto delle interpretazioni*, Milano, 1995.

2014, n. 8940, la sesta sezione della Corte di Cassazione sostenne infatti che il riferimento operato dal legislatore del 2012 all' «obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile» «vuole soltanto significare che il legislatore si è soltanto preoccupato di escludere l'irrilevanza della colpa lieve in ambito di responsabilità extracontrattuale, ma non ha inteso certamente prendere alcuna posizione sulla qualificazione della responsabilità medica necessariamente come responsabilità di quella natura».

Si è venuto così formando un indirizzo interpretativo per il quale l'art. 3, l. 8 novembre 2012, n. 189 non ha alcuna forza innovativa circa i profili civilistici della responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria.

Secondo tale orientamento, si è osservato che il riferimento all'art. 2043 c.c. ha la funzione di richiamare genericamente l'obbligo di risarcire il danno a prescindere però dalla fonte della obbligazione risarcitoria, che può essere costituita da un contratto o da un contatto sociale[3]. Solo la giurisprudenza di merito ha tentato di valorizzare il riferimento normativo – che altrimenti sarebbe stato del tutto trascurato – riconducendo la responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria alla disciplina del fatto illecito[4]. Il Tribunale di Milano[5] ha chiarito per parte sua che l'esenzione dalla responsabilità penale per aver seguito le guide mediche non ha alcuna influenza ai fini civilistici, ove rileva la responsabilità extracontrattuale del medico. Questa interpretazione ha la finalità di combattere la medicina difensiva, sì che il richiamo all'art. 2043 «dovrebbe [si noti il condizionale, n.d.r.] altresì favorire la c.d. alleanza terapeutica tra medico e paziente, senza che (più o meno inconsciamente) venga inquinata da un sottinteso e strisciante "obbligo di risultato" al quale il medico non è normativamente tenuto … e che è spesso alla base di scelte terapeutiche "difensive", pregiudizievoli per la collettività e talvolta anche per le stesse possibilità di guarigione del malato».

Ma la Corte di Cassazione, ignara di questi problemi, è pervicace nel confermare il proprio orientamento consolidato, né disposta a ripensare alla vicenda sulla base del nuovo testo legislativo, ribadendo, ancora di recente[6], la sua posizione.

---

[3] V. il contrasto tra C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006 e A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts : La resistibile ascesa del contatto sociale*, in *Riv. dir. civ*., 2013, 77 ss.

[4] Trib. Varese, 26 novembre 2012, n. 1406 inedita.

[5] Trib. Milano, 17 luglio 2014, n. 9693 in *www.giurisprudenzapenale.com*.

[6] Sentenza n. 6209 del 31 marzo 2016, in *www.altalex.com*.

3. L'enunciato monco: l'intrico normativo dell'anatocismo bancario

L'art. 120 del T.U. bancario tratta dell'anatocismo, e costituisce una norma speciale rispetto alla disposizione generale dell'art. 1283 c.c. che lo vieta, salvi gli usi.
Il tema dell'anatocismo ciclicamente torna di attualità sia sotto il profilo giurisprudenziale, sia sotto quello legislativo; alla fine del mese di marzo 2016 è stato infatti approvato il disegno di legge di conversione del d.l. 14 febbraio 2016, n. 18, recante misure urgenti concernenti la riforma delle banche di credito cooperativo, la garanzia sulla cartolarizzazione delle sofferenze, il regime fiscale relativo alle procedure di crisi e la gestione collettiva del risparmio; il che, tradotto in parole povere, sta ad indicare la promulgazione di una legge a tutela della parte attualmente più debole del sistema bancario, le Bcc.
Solo dopo l'esame dell'originario testo di legge in commissione è apparso un emendamento, precisamente l'art. 17-*bis*, che modifica l'art. 120 del T.U. bancario (il cui testo era già stato riformato con la legge di stabilità 2014).
Di qui due letture: quella che riteneva completo l'enunciato normativo e quindi leggeva il testo come se l'anatocismo bancario fosse vietato *tout court*, e quella che, facendo il testo rinvio al parere del Cicr, riteneva che l'enunciato non potesse avere immediata applicazione, in attesa del suo completamento con il suddetto parere, peraltro atteso senza risultato.

L'art 17-*bis* innova la precedente formulazione dell'art. 120 Tub, prevedendo che:
«3 b) gli interessi debitori maturati, ivi compresi quelli relativi a finanziamenti a valere su carte di credito, non possono produrre interessi ulteriori, salvo quelli di mora e sono calcolati esclusivamente sulla sorte capitale; per le aperture di credito regolate in conto corrente e in conto di pagamento, per gli sconfinamenti anche in assenza di affidamento ovvero oltre il limite del fido:
4 i) gli interessi debitori sono conteggiati al 31 dicembre e divengono esigibili il 1° marzo dell'anno successivo a quello in cui sono maturati; nel caso di chiusura definitiva del rapporto, gli interessi sono immediatamente esigibili;
5 ii) il cliente può autorizzare, anche preventivamente, l'addebito degli interessi sul conto al momento in cui questi divengono esigibili; in questo caso la somma addebitata è considerata sorte capitale; l'autorizzazione è revocabile in ogni momento, purché prima che l'addebito abbia avuto luogo».

4. La trattazione non sistematica: il caso della "convivenza di fatto"

La l. del 20 maggio 2016, n. 76 presenta molteplici caratteri di singolarità: *in primis*, il suo travagliato *iter* politico ha imposto l'unificazione di diversi progetti di normazione orientati, per diversi gradi, ad assimilare o a differenziare la disciplina delle nuove aggregazioni familiari da quella tradizionale regolata da Costituzione, codice civile e leggi speciali; la discussione nei due rami del Parlamento con un numero infinito di emendamenti; la fiducia del governo imposta per poter concludere l'*iter* legislativo. Poi, la stessa composizione del testo, consistente in un solo articolo declinato in 69 commi, di cui peraltro i primi trentacinque si riferiscono alle «unioni civili» e gli artt. 36-68 si riferiscono non alle convivenze, ma ai diritti dei conviventi di fatto.

Il modo in cui è disciplinata la materia è altrettanto singolare: in un unico testo si regolano infatti un istituto – l' unione civile – che viene definita come «specifica formazione sociale ai sensi degli artt. 2 e 3 della Costituzione», e che esiste in quanto sia costituita da due persone maggiorenni dello stesso sesso, e sia dichiarata di fronte all' ufficiale di stato civile alla presenza di due testimoni; e un complesso di diritti dei conviventi di fatto, articolati a seconda che essi convivano, che convivano stabilmente, che lavorino stabilmente insieme, e così via.

Quanto alle unioni civili provvedono le regole concernenti modalità di costituzione, impedimenti, diritti e obblighi delle parti, regime patrimoniale, vizi e vicende che ne possono turbare la vita, lo scioglimento, e altri istituti. Scorrendo il testo, si rinviene anche una integrazione della disciplina sulla rettificazione di sesso, il rinvio a decreti legislativi con relativi principi generali concernenti il riordino della normativa sullo stato civile, gli aspetti di diritto internazionale privato, ed un doppio rinvio: alle disposizioni dell'ordinamento che completano la disciplina e alle disposizioni in materia di matrimonio, ovvero che usano la terminologia del matrimonio per adeguarle, là dove consentito, alle unioni civili.

Accanto alle unioni civili, il testo contiene regole che si occupano di altre vicende: nel suo titolo fa riferimento alla disciplina delle convivenze che però non sono definite in quanto tali. Per una volta, al comma 37, si cita la stabile convivenza e, talvolta, si usa l'avverbio stabilmente; per tutto il resto la legge si occupa dei diritti e degli obblighi individuali dei conviventi, che vengono definiti come conviventi di fatto e come «due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità e adozione, da matrimonio o da un'unione civile».

È da notare che nella definizione la stabilità riguarda i rapporti affettivi di coppia e la reciproca assistenza morale e materiale, ma non la convivenza. La stabilità della convivenza sembra, dunque, un requisito in più, che non si comprende se sia legittimante l'esercizio dei diritti e corrispondentemente l'adempimento degli obblighi previsti, oppure se sia la conseguenza della stabilità del rapporto affettivo.
Tuttavia, essendo diritti e obblighi posti in capo a conviventi (di fatto), la convivenza sembra essere un elemento essenziale per l'acquisizione di diritti e obblighi; la sua stabilità sarà tutt'al più un problema di prova, là dove venisse richiesta.
L'accertamento della stabile convivenza è effettuato mediante dichiarazione anagrafica. Segue la disciplina del contratto di convivenza (art. 50 ss.): si tratta di un legame contrattuale eventuale affidato alla scelta dei conviventi.
Il contratto di convivenza non è, dunque, come la dichiarazione effettuata dinanzi allo stato civile per le unioni civili, elemento costitutivo della convivenza; tuttavia, non può sussistere se essa manca.
Per l'accertamento della convivenza occorre fare riferimento all'anagrafe, in cui l'indirizzo della residenza è indicato – separatamente – da ciascun convivente.
Di qui, la questione se l'accertamento della stabile convivenza sia elemento costitutivo di questo modello familiare, oppure semplicemente un atto amministrativo che rende noto ai terzi la sua esistenza. La convivenza infatti, se cessata, fa venire meno alcuni diritti, ma, lo si ribadisce, nella definizione dei conviventi di fatto non si richiede che essi convivano stabilmente. In questo caso le definizioni pesano: sarà la giurisprudenza a chiarire, con l'apporto della dottrina – al momento peraltro già divisa – se la definizione debba essere presa alla lettera, oppure no.
In un unico testo, anzi in un unico articolo, si trova dunque una congerie di regole che riguardano istituti, situazioni di fatto, modificazioni di leggi speciali riguardanti altre vicende (come la trasformazione e la rettifica del sesso).
Il legislatore qui non è solo poco chiaro, è anche omissivo.
L'unione civile è certificata da un documento che ne attesta la costituzione, i cui contenuti sono prescritti dal comma 9; le parti possono, all'atto della costituzione, e con dichiarazione all'ufficiale di stato civile, effettuare la scelta del cognome della loro unione, ma la dichiarazione contiene anche la scelta del regime patrimoniale, e la residenza dell'unione.
Le regole enunciate, tuttavia, non prevedono una disciplina completa dell'istituto *unione civile*, in quanto essa viene integrata da una norma di rinvio alla disciplina del codice civile: quanto al libro I, al titolo XIII, nonché agli artt.

116, comma 1, 146, 2647, 2653, comma 1, n. 4 e 2659; quanto al libro II, alle disposizioni previste dal capo III e dal capo X del titolo I, dal titolo II, dal capo II e dal capo V-*bis* del titolo IV. Si rinviene anche un rinvio alla disciplina del divorzio (all'art. 3, n. 1 e n. 2 lettere *a*), *c*), *d*), e della l. 1 dicembre 1970 n. 898). E ancora, si richiamano – in quanto compatibili – gli artt. 4, 5, comma 1, e dal comma 5, all' 11, 8,9, 9-*bis*, 10, 12-*bis*, 12-*ter*, 12-*quater*, 12-*quinquies*, 12-*sexies* sempre della legge sul divorzio, nonché le disposizioni del titolo II del libro IV del c.p.c. e gli artt. 6 e 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132 convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162. Tale norma di rinvio fa sì che, in alcune ipotesi eccezionali, il termine matrimonio sia accompagnato dal sintagma «unione civile di persone dello stesso sesso».

Più dettagliata è la disciplina dei diritti e degli obblighi dei conviventi di fatto e più articolata, anche se incompleta, la disciplina del contratto di convivenza, rispetto agli accordi che possono essere conclusi nell'ambito dell'unione civile. Seguendo gli orientamenti della dottrina più recente, che, riprendendo la tradizione culturale della nostra esperienza, ne ha rivisitato in senso critico gli indirizzi[7], il primo compito dell'interprete dovrebbe essere dedicato all'analisi dei termini e dei concetti impiegati nel testo legislativo: in esso compaiono infatti alcune definizioni esplicite, come quella dei conviventi di fatto, altre date per implicito (con riferimento agli artt. 2 e 3 Cost.). Si usano termini inadeguati, come quello di parti per alludere ai soggetti che compongono l'unione (sarebbe stato preferibile l'anglicismo *partners*, ormai ammesso anche nel linguaggio giuridico), e si impiegano concetti come unione civile, convivenza, convivenza stabile, dichiarazione, e così via, che richiederebbero un approfondimento specifico, proprio perché i concetti giuridici variano anche a seconda del loro contesto.

Poiché i termini e i concetti variano comunque nel tempo e devono essere storicizzati, occorre evitare di leggere il testo alla luce delle vecchie nozioni o, peggio, delle vecchie convinzioni. E, tuttavia, il testo non risulta di per sé immediatamente percepibile, sicché occorreranno le elaborazioni della dottrina e consolidati orientamenti della giurisprudenza per poterne fissare in modo plausibilmente certo il significato.

Non a caso si è insistito sulle diverse tecniche utilizzate per la costruzione del testo; una costruzione stratificata, farraginosa, avventurosa e per certi aspetti anche casuale, frutto di compromessi, di accesi dibattiti, di pentimenti, di innovazioni dell'ultima ora.

---

[7] A. D'ANGELO, *Discorso giuridico, termini tecnici e concetti*, in *Riv. dir. civ*., 2016, 306.

Innanzitutto ci si deve chiedere se si sia in presenza di diversi istituti, oppure se si sia in presenza di un unico istituto – la famiglia – che si presenta con morfologie differenti. Per superare il problema si è parlato di modelli familiari, in questo senso riconducendo alla famiglia sia l'aggregazione più tradizionale, sia quella per molto tempo avversata per ragioni morali, cioè la famiglia di fatto; sia quella del tutto innovativa, composta da persone dello stesso sesso. Per parte mia, preferisco parlare di famiglie, anziché di «modelli familiari». Mi sembra che si tratti di aggregazioni che, pur ispirandosi alla famiglia tradizionale, e pur segnandone l'evoluzione, non sono una specificazione di un unico modello originario, ed assolvono anche a funzioni non perfettamente coincidenti con la famiglia di stampo tradizionale. Non mi riferisco ovviamente al matrimonio, quale discrimine di questi diversi fenomeni, ma piuttosto alla possibilità di procreare tra *partners*, alla facilità con cui si può contrarre e con cui si può sciogliere il vincolo, all'assenza di obblighi (come quello di fedeltà) previsti invece per la famiglia tradizionale, alla possibilità di risiedere in sedi diverse, e così via; tutti aspetti che tendono a distinguere, piuttosto che ad unificare, le aggregazioni esaminate. Che poi le norme riflettano effettivamente ciò che queste aggregazioni sono nella realtà, e che vi sia una sovrapposizione perfetta tra questi fenomeni sociali e la loro rappresentazione legislativa, è tutto da discutere[8].

Insomma, sono tutte ragioni per cui credo sia più appropriato parlare di famiglie: famiglia composta da persone di sesso diverso e fondata sul matrimonio, civile o religioso ad effetti civili; famiglia composta da *partners* dello stesso sesso, che si denomina unione civile, fondata non sul matrimonio ma sulla dichiarazione resa dinanzi all' ufficiale di stato civile; famiglia composta da conviventi stabili, non frutto di una dichiarazione di volontà, ma della semplice situazione di fatto risultante dalla dichiarazione anagrafica unilaterale del convivente; famiglia composta da conviventi non stabili che non si giovano della dichiarazione anagrafica.

Ciascuna di queste aggregazioni ha la sua disciplina e, quindi, esse non si possono riportare al medesimo istituto.

Ne discendono alcune conseguenze.

Innanzitutto, l'analitica descrizione delle disposizioni a cui la legge fa rinvio nel disciplinare l'unione civile esclude che si possano colmare eventuali lacune (cioè differenze e omissioni normative rispetto alla disciplina della famiglia fondata sul matrimonio) mediante il ricorso all'analogia. È palese, in alcune

[8] M. BARBAGLI - A. COLOMBO, *Omosessuali moderni. Gay e lesbiche in Italia*, Bologna, 2007.

disposizioni – i commi 19, 21, 23 e 25 – il rigore – qui davvero preciso e quasi ossessivo – del legislatore nel tracciare confini netti tra la disciplina dell'unione civile e la disciplina del matrimonio.
Non è neppure possibile l'inverso: e cioè trarre da questa disciplina argomenti per applicarla analogicamente alla disciplina del matrimonio negli aspetti in cui essa risulta, se possibile, più avanzata di quella che si è venuta formando dalla riforma del 1975 ad oggi in materia di rapporti tra coniugi, nome della famiglia, ambito dell'autonomia privata nella regolazione dei rapporti patrimoniali e personali.
Di qui, le diverse prospettazioni che già sono emerse in dottrina: una, più cauta, che si chiede se l'unione civile sia una istituzione sociale creata dal legislatore[9]; un'altra, più rassicurante, che vede nel riconoscimento delle unioni familiari non una minaccia alla famiglia fondata sul matrimonio, ma il sostegno a tutte le forme familiari determinato da ragioni sociali ed economiche[10]. Non sono mancate ovviamente, molte critiche, con toni anche sprezzanti[11], alla nuova disciplina da parte di chi la considera un vero a proprio attentato alla famiglia tradizionale.

5. Il rinvio dimenticato: *trust*, contratto di affidamento fiduciario

La c.d. legge dopo di noi (22 giugno 2016, n. 112) cita due istituti solo nominalmente: il *trust*, istituto di derivazione inglese, creazione non del *common law* ma dell'*equity*, con una sua propria tradizione e una disciplina giurisprudenziale assai accurata, modello di leggi o di *case law* in tutto il mondo; il contratto di affidamento fiduciario, nuova figura contrattuale, che si dovrebbe considerare "tipica" se non fosse che il legislatore non ne detta alcuna disciplina. In entrambi i casi si può parlare di comportamento gravemente omissivo del legislatore. Nel primo, perché non è da tutti condivisa l'opinione che la convenzione dell'Aja sul *trust* consenta di per sé di costruire una disciplina di diritto interno dell'istituto e che, quindi, sia sempre necessario fare riferimento ad una legge straniera che lo governi; di più, si ritiene del tutto stravagante la tesi che vede il *trust* attuato dalla nuova disciplina dell'art. 2645-

[9] M. SESTA, *Lo Stato*, 2016, 261 ss.
[10] T. AULETTA, *Disciplina delle unioni non fondate sul matrimonio: evoluzione o morte della famiglia?*, in *Nuove leggi civ*., 2016, 410.
[11] A. RUGGERI, *Unioni civili e convivenze di fatto: "famiglie" mascherate?*, in *Consultaonline*, 16 giugno 2016.

ter, che consente di registrare patrimoni separati. Nel secondo, perché le sole espressioni "contratto", "affidamento" e "fiduciario" di per sé non possono sopperire ad una disciplina organica.
È pur vero che la Corte di Cassazione, con diverse sentenze, ha menzionato il *trust*. In una recente sentenza si legge che il "*trust*" non è un ente dotato di personalità giuridica, ma un insieme di beni e rapporti destinati ad un fine determinato, nell'interesse di uno o più beneficiari, e formalmente intestati al *trustee*, il quale, pertanto, disponendo in via esclusiva dei diritti conferiti nel patrimonio vincolato, è l'unico soggetto legittimato a farli valere nei rapporti con i terzi, anche in giudizio (in applicazione dell'anzidetto principio, la Corte suprema, confermando il decreto impugnato, ha ritenuto che, costituiti in *trust* i diritti di tutti gli obbligazionisti di una società, solo il *trustee* era legittimato ad insinuare i relativi crediti al passivo della garante poi fallita[12]).
Tuttavia, ciò non significa che la menzione legislativa legittimi l'esistenza di un *trust* di diritto italiano; il rinvio al *trust* può riguardare ogni istituto che si conformi al *trust* ed abbia disciplina straniera.
La semplice denominazione di contratto di affidamento fiduciario, poi, può alludere a diverse fattispecie: può riguardare il negozio fiduciario *cum amico* e il negozio fiduciario *cum creditore*; può riguardare un mandato per una operazione singola. In più, in caso di morte del fiduciante, è discutibile che il contratto possa essere ceduto ad altri: la cessione, infatti, ostacolerebbe la fiducia che era stata riposta da chi ha costituito il *trust* sul *trustee* originario. In più, la previsione di un programma, che costituisce il cuore dell'affidamento fiduciario trasposto in un contratto, è certo nella disponibilità delle parti, ma se la legge non prevede i rimedi *ad hoc*, si applicano i rimedi ordinari in caso di inadempimento del *trustee*. Né si sa se i beneficiari, che non sono titolari di diritti, ma, se mai, di interessi legittimi, possano far accertare l'inadempimento, con i conseguenti rimedi. Si tenga presente che la categoria degli interessi legittimi di diritto privato è, già di per sè, assai discussa.

6. L'ignoranza della prassi: la validità della clausola arbitrale nelle controversie societarie

La Cass., 28 ottobre 2015, n. 22008[13], ha confermato l'orientamento che sanziona, attraverso la nullità, la clausola arbitrale, contenuta negli statuti

[12] Cass., 22 dicembre 2015, n. 25800, *www.dirittobancario.it*.
[13] In *www.altalex.com*.

societari, qualora non demandi la nomina degli arbitri a soggetti estranei alla società, in virtù della prescrizione di cui al comma 2 dell'art. 34, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5. Tale pronunciamento è stato esteso anche alle ipotesi ove la lite societaria debba essere rimessa ad un procedimento di tipo irrituale.
Gli orientamenti della dottrina, al riguardo, erano molteplici[14]: un orientamento liberale riteneva che le parti avessero piena scelta nel definire le controversie societarie con arbitrato *ad hoc*, oppure seguendo le indicazioni della legge del 2003; un altro orientamento riteneva che occorresse la piena conformità degli statuti, che avrebbero dovuto essere modificati, se difformi rispetto al dettato legislativo; un terzo orientamento riteneva che la clausola arbitrale fosse valida e invalida solo la nomina effettuata in modo difforme da quanto stabilito dalla legge. La commissione ministeriale istituita per il coordinamento della disciplina delle *Adr* ha seguito questo indirizzo[15]. Ma la questione è aperta, finché non interviene il legislatore.

7. L'omissione reiterata: il patto marciano

Il patto marciano, pur provenendo da una tradizione risalente, è stato rivalutato dal legislatore solo di recente (d.l. n. 59 del 2016).
Secondo l'orientamento della giurisprudenza[16], è una clausola contrattuale in base alla quale le parti convengono che al termine del rapporto – effettuata la stima del bene dato in garanzia dell'adempimento con tempi certi e modalità definite, tali da assicurare una valutazione imparziale ancorata a parametri oggettivi ed autonomi ad opera di un terzo – il creditore debba, per acquisire il bene, pagare l'importo eccedente l'entità del suo credito, sì da ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni ed evitare che il debitore subisca una lesione dal trasferimento del bene in garanzia.

[14] Per tutti v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA – P. BIAVATI, in CARPI (a cura di), *Arbitrati speciali*, II, Bologna, 2017; per i primi commenti F.P. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 705 ss.; M. BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, 473 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle società dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 3, 929 ss.; T. AULETTA, *Dell'arbitrato*, in SASSANI (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2004, ss.; ID., *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5: a proposito di recenti (dis-) orientamenti del Notariato*, in *Riv. arb.*, 2004, 361 ss.
[15] V. *Relazione della commissione ministeriale sulla degiurisdizionalizzazione*, a cura di G. ALPA, Roma, 2017
[16] Cass., 28 gennaio 2015, n. 1625, in *www.foroitaliano.it*.

Dalla struttura del patto deve risultare, anticipatamente, che il debitore perderà la proprietà del bene ad un giusto prezzo, determinato al momento dell'inadempimento, con restituzione della differenza rispetto al maggior valore. Non costituisce requisito necessario che il trasferimento della proprietà sia subordinato al suddetto pagamento: è possibile articolare la clausola marciana sia nel senso di ancorare il passaggio della proprietà al solo inadempimento; sia alla corresponsione della differenza di valore.
La dottrina ha definito questo patto non come patto marciano, così come viene configurato dalla tradizione romanistica e dalla giurisprudenza consolidata, ma piuttosto come un patto commissorio condizionato, valido cioè se si presentano determinate condizioni. Esso istituisce un diritto reale di garanzia tipico nuovo, che va ad assommarsi ai diritti reali che costituiscono un numero chiuso. Si discute, visto che il legislatore non lo prevede, se il patto abbia causa solutoria oppure causa di garanzia. Non si tratta però di *datio in solutum*. In ogni caso, si modifica l'ordine dei creditori, e si supera il principio della *par condicio*.

8. L'omissione impropria: la riforma del c.d. terzo settore e il libro I del codice civile

Le associazioni, riconosciute o non riconosciute, e le fondazioni, svolgono la loro attività a vantaggio di predeterminate categorie di soggetti: per le associazioni (riconosciute o non), a vantaggio degli associati, ma non è escluso che esse possano svolgere attività non lucrative a favore di terzi; per le fondazioni, a vantaggio della famiglia (fondazioni di famiglia, fondazioni di erogazione), dell'impresa (fondazioni d' impresa), di soggetti diversi dai fondatori e dai soci e terzi rispetto all'ente (ad es. a favore di studenti con l'erogazione di borse di studio, e così via), e mai a vantaggio del fondatore, che si spoglia, con la costituzione della fondazione, di ogni legame con essa.
La libertà associativa ha dato luogo, nel nostro Paese, ad una straordinaria fioritura di enti non lucrativi, e in particolare ad enti che, oltre a procurare benefici ai loro associati, svolgono una intensa e benemerita attività sociale, per soccorrere gli indigenti, le categorie sociali più deboli, gli immigrati, per somministrare cure e farmaci, ma anche per tutelare i beni comuni, dall'ambiente al mare, ai beni culturali etc.
Questi enti sono classificabili in alcune tipologie definite da leggi speciali.
Poiché si tratta di enti diversi, per loro natura e per finalità, dalle associazioni e dalle fondazioni di stampo tradizionale, così come disciplinate dal codice civile, e diversi anche dagli enti che operano in ambito economico, essi sono

raggruppati, per convenzione linguistica, in un settore a sé, denominato per l'appunto «terzo settore».
Con la l. 6 giugno 2016, n. 106 il Parlamento ha conferito al governo la delega per introdurre regole sull'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale. L'art. 1 della legge indica, da un lato, le finalità della disciplina e dall'altro una definizione del terzo settore, al tempo stesso delineando i confini della disciplina.
Le finalità consistono nel sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune; ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona; a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli artt. 2, 3, 18 e 118, comma 4, della Costituzione.
Per «terzo settore» si intende – secondo il testo normativo – il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita, o di mutualità, o di produzione e scambio di beni e servizi. Non fanno parte del terzo settore le formazioni e le associazioni politiche, i sindacati, le associazioni professionali e di rappresentanza di categorie economiche. Le norme della legge non si applicano alle fondazioni bancarie (art. 1).
La disciplina progettata è ispirata ai seguenti principi:
– riconoscere, favorire e garantire il più ampio esercizio del diritto di associazione e il valore delle formazioni sociali liberamente costituite, ove si svolge la personalità dei singoli, quale strumento di promozione e di attuazione dei principi di partecipazione democratica, solidarietà, sussidiarietà e pluralismo, ai sensi degli artt. 2, 3, 18 e 118 Cost.;
– riconoscere e favorire l'iniziativa economica privata il cui svolgimento, secondo le finalità e nei limiti di cui alla presente legge, può concorrere ad elevare i livelli di tutela dei diritti civili e sociali;
– assicurare, nel rispetto delle norme vigenti, l'autonomia statutaria degli enti, al fine di consentire il pieno conseguimento delle loro finalità e la tutela degli interessi coinvolti;
– semplificare la normativa vigente, garantendone la coerenza giuridica, logica e sistematica (art. 2).
La revisione del libro I si dovrà attenere alle seguenti direttive:
– rivedere e semplificare il procedimento per il riconoscimento della personalità giuridica; definire le informazioni da inserire negli statuti e negli atti costitutivi;

prevedere obblighi di trasparenza e di informazione, anche verso i terzi, attraverso le forme di pubblicità dei bilanci e degli altri atti fondamentali dell'ente anche mediante la pubblicazione nel suo sito Internet istituzionale; prevedere una disciplina per la conservazione del patrimonio degli enti;
– disciplinare, nel rispetto del principio di certezza nei rapporti con i terzi e di tutela dei creditori, il regime di responsabilità limitata degli enti riconosciuti come persone giuridiche e la responsabilità degli amministratori, tenendo anche conto del rapporto tra il patrimonio netto e il complessivo indebitamento degli enti medesimi;
– assicurare il rispetto dei diritti degli associati, con particolare riguardo ai diritti di informazione, partecipazione e impugnazione degli atti deliberativi, e il rispetto delle prerogative dell'assemblea, prevedendo limiti alla raccolta delle deleghe;
– prevedere che alle associazioni e alle fondazioni che esercitano stabilmente e prevalentemente attività d'impresa si applichino le norme previste dai titoli V e VI del libro quinto c.c., in quanto compatibili, e in coerenza con quanto disposto all'articolo 9, comma 1, lettera *e*);
– disciplinare il procedimento per ottenere la trasformazione diretta e la fusione tra associazioni e fondazioni, nel rispetto del principio generale della trasformabilità tra enti collettivi diversi introdotto dalla riforma del diritto societario di cui al d.l. 17 gennaio 2003, n. 6 (art. 3).

La disciplina prevede, con riguardo alla gestione interna, l'osservanza dei principi di democrazia, eguaglianza e pari opportunità, oltre che di efficienza, trasparenza ed economicità di gestione; il divieto di distribuzione, anche in forma indiretta, degli utili o degli avanzi di gestione e del patrimonio dell'ente; obblighi di controllo interno, e possibilità di svolgere una attività di impresa «svolta dall'ente in forma non prevalente e non stabile ... finalizzata alla realizzazione degli scopi istituzionali».
Sono previste anche regole di riordino della disciplina del volontariato e delle imprese sociali. La medesima legge istituisce il servizio civile universale, finalizzato alla difesa non armata della patria e la Fondazione Italia sociale.
La cosa curiosa è che queste disposizioni riguardano tutte la riforma del terzo settore, includendo anche il servizio civile, e tutte le tipologie di associazioni che hanno una disciplina particolare, che consente loro di acquisire profitti. Ma non si completa la disciplina del libro I c.c., neppure nei principi di riordino che sono enumerati dal legislatore e che ho riportato *ad hoc* qui sopra: nulla si dice, ad esempio, sul trasferimento degli immobili, oppure sul procedimento di estinzione degli enti. Quest'ultima è una omissione grave perché l'estinzione instaura una procedura complessa, ed in più prevede la scelta di un ente avente

finalità analoghe a cui si dovrebbero trasferire beni, utilità, e quanto resta dell'ente da estinguere.
Ad esito di questa semplice esemplificazione di casi in cui il linguaggio omissivo del legislatore crea problemi interpretativi e applicativi di enorme difficoltà, minando inutilmente la certezza del diritto, la considerazione più vieta, quasi lapalissiana, è che con un poco di attenzione è possibile completare il testo normativo e chiarirne il senso, senza necessità di effettuare studi approfonditi né essere dotati di una raffinata cultura.

Interpretazione e prassi notarile: un profilo storico

Irene Stolzi
Associato di Storia del diritto medioevale e moderno, Università di Firenze

Il contributo tenta di ricostruire, in una prospettiva di lungo periodo, il diverso modo con cui è stata concepita la relazione tra norma e interpretazione, con particolare riguardo al ruolo riconosciuto alla prassi notarile. Muovendo dalla percezione del Novecento come secolo che apre una crisi nelle immagini legalistiche e formalistiche del diritto, l'articolo analizza i significati di volta in volta attribuiti all'interpretazione: da strumento chiamato soprattutto a garantire l'adattamento della norma alle evoluzioni dei tempi o ad accorciare la distanza tra validità ed effettività, a presenza ritenuta essenziale a definire ab initio i contorni del giuridico e a promuovere la fibra pluralistica delle convivenze democratiche. Attraverso una rapida rassegna delle principali interpretazioni dottrinali relative al lavoro notarile (Carnelutti, Satta, Romano, Nigro, Lipari) l'articolo tenta una riflessione sul rapporto tra legge, clausole generali e principii nelle società odierne.

The article analyzes how legal thought looked at the relationship between law and interpretation over the course of the 20th century, with a special emphasis on the role of 'notarial practice'. Starting from the crisis of the legalistic and formalistic idea of juridical order, typical of the previous century, the paper examines the different meanings given to interpretation. At the beginning of the 20th century interpretation was considered essentially as an instrument connecting the inanimate text of the law to an ever changing reality, it was later seen as a constitutive element of the juridical order, necessary to define its boundaries and the pluralistic identity of democratic contexts. The article elaborates on the role played in the current debate regarding general clauses and principles in today's society through a brief review of the main interpretations of the notary's work (by Carnelutti, Satta, Romano, Nigro and Lipari).

Sommario: 1. Il tempo nuovo. – 2. Prassi, interpretazione e produzione sociale del diritto. – 3. Pluralismo e dialogo tra fonti.

1. Il tempo nuovo

Tra le ragioni autorevolmente poste a sostegno dell'idea che al Novecento si attagli, più che l'etichetta di "secolo breve", quella, opposta, di «secolo lungo»[1] sta la constatazione di una rottura e di una perdurante difficoltà; a essersi rotta, dal finire dell'Ottocento, è quella concezione «così armonica e così schematica»[2] della convivenza che immaginava lo spazio giuspolitico popolato soltanto da due presenze, l'individuo, da un lato, lo Stato, dall'altro; la difficoltà riguarda invece il tortuoso (e non ancora concluso) processo di emancipazione dalla corrispondente visione del diritto, da una visione che che ha giocato un ruolo decisivo nel costruire il volto della modernità giuridica continentale e che è sopravvissuta di molto al tempo (e alle esigenze del tempo) che l'aveva vista sorgere. Il riferimento va, come è facile immaginare, a quell'idea che poneva la legge (per dir meglio e più in generale: il diritto autoritativamente posto) al centro dell'universo giuridico, affidandogli il compito di dettare regole che si volevano capaci di coprire la più gran parte delle situazioni giuridicamente rilevanti; le altre fonti non scomparivano dall'ordinamento, ma sopravvivevano alle condizioni e con le modalità identificate dalla legge stessa, secondo una logica rigidamente gerarchica che, al massimo, attribuiva loro una funzione di integrazione e completamento del dettato legislativo. Come noto, una simile concezione del giure ha, al suo sorgere, una spiccata connotazione di rottura: rappresenta infatti uno degli strumenti cui si affida, dall'Illuminismo in poi, l'ideale di un diritto semplice, chiaro, certo, di un diritto chiamato, in questa sua veste, a consegnare al passato quella stratificazione alluvionale di fonti della più diversa origine tipica degli ordinamenti di *ancien regime* e della loro crescente incapacità di garantire il valore della certezza del diritto.

Simile, decantata, centralità della legge, tuttavia, non dava vita a una sorta di delega in bianco al legislatore, ma si legava indissolubilmente a un'idea di convivenza che postulava l'esistenza di un confine nitido tra il pubblico-statuale e il privato-individuale. Coerentemente, le carte del costituzionalismo liberale si limitavano a indicare i poteri dello Stato e a organizzarne le relazioni[3], mentre

[1] P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2011, 3.

[2] G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta* (1922), in ID., *Opere*, I, Milano, 1959, 409.

[3] M. FIORAVANTI, *Costituzione e politica: bilancio di fine secolo* (1999), in ID., *La scienza del*

(e non a caso) l'esiguo spazio riservato ai diritti e alle libertà individuali era destinato a identificare una sfera di autonomia soggettiva tipicamente connotata in termini proprietari (si pensi allo Statuto Albertino: se la libertà personale è semplicemente «guarentita», l'attributo 'forte' della inviolabilità è previsto, in modo significativo, solo per il diritto di proprietà e per il domicilio[4]). Il codice civile rappresenta, come noto, la faccia complementare di questa visione, lo snodo ugualmente costituzionale degli ordinamenti ottocenteschi, nel suo essere testimonianza di un duplice (e solo apparentemente contraddittorio) motivo: per un verso, infatti, il codice segna il momento dell'appropriazione statuale del diritto privato, l'affidamento del diritto privato alla legge dello Stato; per l'altro verso, esso celebra la piena autonomia dei soggetti, finalmente sciolti dai vincoli cetual-corporativi del vecchio ordine e tutelati nella loro libertà di movimento da uno sguardo statuale attento (ad assicurare il rispetto delle regole del gioco) ma distante, supremo garante di quel patto di non interferenza tra privato e pubblico che stava al centro dell'ideario giuridico ottocentesco[5].

In questo quadro, l'astrattezza costituisce una risorsa decisiva, sotto più di un profilo: rappresentare i soggetti come astrattamente eguali consente, come noto, di spostare fuori dall'osservatorio del giuridicamente rilevante il problema delle diseguaglianze di fatto esistenti tra i consociati; ma l'astrattezza serve anche – e si tratta di un aspetto rilevante – a massimizzare la capienza regolativa della norma che, proprio in quanto formulata in termini generali e astratti, si mostra adattabile ai più svariati contenuti. Sotto un simile osservatorio e in modo niente affatto paradossale, l'astrattezza costituisce un presidio essenziale per rallentare l'invecchiamento della regola ed evitare il deperimento della sua portata normativa; essa, inoltre, ha finito per aprire – sebbene in via surrettizia, contro l'intenzione degli autori – spazi interpretativi ulteriori rispetto ai compiti meramente declaratori ai quali si pensava di circoscrivere il lavoro dell'interprete.

Che una simile idea del diritto inizi a incrinarsi nell'ultimo scorcio di Ottocento ed entri definitivamente in crisi nel corso del Novecento, non sorprende; è a partire da questi tornanti storici, infatti, che l'immagine di una tendenziale e reciproca non interferenza tra società e Stato, privato e pubblico, cede progressivamente il passo alla consapevolezza di un loro ormai imprescindibile

diritto pubblico – dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento, t. II, Milano, 2001, 875.

[4] Il riferimento è agli artt. 26 (libertà personale), 27 (domicilio), 29 (proprietà).

[5] Restano un punto fermo della riflessione storiografica le risalenti pagine di P. UNGARI, *Per la storia dell'idea di codice*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, 1972, 207 ss.

legame, all'idea che le coordinate della convivenza possano essere tracciate solo sostituendo l'osservatorio della separazione a quello, opposto, della relazione. Il tessuto normativo registra puntualmente lo scarto di prospettiva e la prima caratteristica del giure a risultare sacrificata sull'altare del tempo nuovo è proprio l'astrattezza: e se fino a un certo punto sembra possibile arginare la marea montante del cambiamento ricorrendo alla (nota) distinzione tra regole ed eccezioni, con le regole che vengono ancora stabilmente legate al volontarismo astratto del codice e le eccezioni che viceversa sono incaricate di descrivere il volto di interventi mirati, per lo più destinati a determinate categorie di soggetti deboli (come nel caso della legislazione sociale) o alla riorganizzazione di singoli settori dell'intervento pubblico, sarà il Novecento, soprattutto a partire dalla grande guerra, a segnare l'autentico punto di rottura.

Più di un elemento concorreva a turbare l'orizzonte dei giuristi: per un verso, l'incremento qualitativo e quantitativo dei compiti dello Stato tendeva a toccare vaste zone dell'ordinamento e a incidere lo stesso terreno dell'autonomia privato-proprietaria in direzione di una possibile e inedita funzionalizzazione dei diritti soggettivi. E mentre la prospettiva della limitazione o addirittura della amputazione di facoltà e diritti individuali era perfettamente compatibile con l'idea della nitida distinzione tra privato e pubblico (ciò che non era più privato, diventava automaticamente pubblico, e viceversa), il profilo funzionale, con la connessa possibilità di vincolare l'esercizio dei diritti soggettivi alla realizzazione di finalità sociali o pubbliche, impastava secondo modalità nuove dimensioni e interessi diversi, rendendo sempre meno facile vedere nel diritto privato una «norma di fini individuali»[6].

Per l'altro verso, questa presenza più diffusa e articolata dello Stato nella vita della società, testimoniata dal volto di un diritto distante dalle antiche astrattezze, non costituiva (e non costituisce) necessariamente il segno di una accresciuta autorità del potere pubblico, essendo sovente espressione della complessa partita che si gioca con i diversi blocchi di interessi economici, sociali e politici, talvolta portatori di istanze legittime di partecipazione e dialogo, altre volte inclini a condizionare gli stessi processi statuali di produzione del diritto imponendo il proprio e unilaterale punto di vista.

Non a caso, i richiami alla crisi rappresentano un'altra delle costanti che fanno propendere per l'idea del 'secolo lungo', rappresentano, cioè, un riferimento che entra nei discorsi sul diritto all'inizio del Novecento e che tuttora campeggia in essi con stabilità[7]: non perché i cento e più anni che ci stanno alle spalle siano

[6] F. VASSALLI, *Le riforme del codice civile in relazione alla proprietà fondiaria* (1923), in ID., *Studi giuridici*, t. II, Milano, 1960, 321.

[7] P. GROSSI, *Crisi del diritto, oggi?*, in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, cit., 67 ss.

un tempo uniforme o circolare, tutt'altro; tuttavia, una volta venuta «meno l'idea di una razionalità precostituita, data una volta per tutte»[8], espressa dalle caratteristiche di un sistema normativo identificato dal primato della legge generale e astratta, l'ordine cessa di essere rappresentabile come un punto di partenza del giuridico e diventa (nella migliore delle ipotesi) un punto di arrivo. Chi lavora sul diritto, da qualsiasi prospettiva lo faccia, si trova dunque a maneggiare – in questo caso sì, da più di un secolo – un canovaccio in costante tessitura, che appare non solo impossibile da chiudere e fermare nel suo movimento, ma popolato da un numero crescente di attori e di fonti. Con ogni probabilità, è proprio la ricchezza semantica del termine crisi a spiegare le ragioni del suo successo: essa restituisce, con pari forza, la percezione della fine di un mondo, l'incertezza sul domani, ma anche la scommessa sulla ricerca di possibili alternative, di soluzioni chiamate, più che a contenere o ingabbiare la rinnovata complessità del diritto, a rilevarne fedelmente le fattezze e a governarla (ma solo) a partire da questa sottostante rilevazione. Ed è probabilmente per questo che 'crisi' è stato (ed è) il cappello sotto il quale si sono riuniti (e si riuniscono) differenti punti di vista; alla sostanziale identità di vedute sui fattori di cambiamento, fa infatti riscontro una molteplicità di letture sul fronte prognostico: dalla riproposizione dei tradizionali adagi legalisti e formalisti, alla venatura pessimistica di chi ritiene che l'ordine sia una chimera, ai tentativi di composizione su basi inedite delle molte e confliggenti spinte che alimentano la realtà.

Quale sia la visione cui si aderisce, 'interpretazione' e 'prassi' sembrano in ogni caso due concetti impossibili da eludere o schivare per entrare in contatto con le caratteristiche di un diritto non riconducibile all'assoluto primato della fonte legislativa; in un tale quadro, l'ipotesi da cui muovo e a partire dalla quale vorrei formulare qualche considerazione specifica sulla funzione notarile, e sul diverso ruolo che a essa è stata attribuito (e che essa si è attribuita) nell'ultimo settantennio, è indicativamente questa: cercare di capire se e quando i riferimenti a prassi e interpretazione non sono serviti soltanto ad affrontare (e a rendere meno frustrante) il rapporto tra diritto e temporalità storica, tra la fissità del dato normativo e l'incalzare di nuove esigenze, o ad accorciare le distanze tra validità ed effettività, tra forma e sostanza, tra morale e diritto ecc., ma sono stati ritenuti elementi essenziali a definire *ab initio* i connotati del giuridico. Se infatti la logica delle alternative (fatto/diritto; forma/sostanza ecc.) arriva, al

[8] C. LUZZATTI, *Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica*, in D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, 31.

massimo, a contemplare delle commistioni (di nuovo: tra fatto e diritto, forma e sostanza ecc.), e se lo 'stare tra' queste dimensioni (un tempo) reputate separate o confliggenti tende ad apparire, oggi, un elemento che coinvolge tutti gli operatori del diritto, legislatore in testa, si vorrebbe vedere come la riflessione del Notariato e sul Notariato abbia registrato questa evoluzione e in che misura abbia contribuito a orientarne le direzioni di sviluppo.

2. Prassi, interpretazione e produzione sociale del diritto

Un primo ed elementare legame tra prassi e interpretazione può essere così compendiato: i riferimenti alla prassi descrivono un livello del giuridico, variamente legato al diritto formalmente posto, che sorge e si sviluppa grazie all'apporto decisivo dell'interprete, qui inteso essenzialmente come il soggetto che vive e sperimenta il diritto nelle sue concrete condizioni di esistenza e manifestazione. Questa immagine, del tutto generica, è (ancora) perfettamente compatibile con la tradizionale visione legicentrica dell'ordine giuridico e con l'idea, a essa legata, che «la prassi consista nella costante applicazione della norma (intesa come disposizione di legge) in un contesto dato. La prassi si esaurirebbe [dunque] nel modo di essere della norma nel mondo»[9]; e all'interprete spetterebbe, come da tradizione, di lavorare a valle della regola formale attraverso un'opera di semplice ribaltamento della fattispecie astratta su quella concreta, ribaltamento sostenuto, a monte, dalla razionalità della disposizione normativa e perciò fatalmente destinato a produrre letture e indirizzi uniformi e a garantire una crescita armonica ed incrementale del sistema giuridico, in tal modo corroborato nella sua coerenza di fondo dal volto della prassi stessa.

Il quadro si complica un po' ove si ammetta che accanto alle norme formalmente poste esista una manifattura privata del diritto, espressione legittima dell'autonomia dei soggetti, e tuttavia non destinata a scomparire nell'indistinto cono d'ombra della liceità: ritenuta espressione di una vocazione normativa del sociale con cui confrontarsi, tale manifattura, necessaria per attingere una definizione più soddisfacente di diritto, finisce inevitabilmente per sollecitare una riflessione congiunta sul ruolo della c.d. prassi e sul lavoro cui è chiamato l'interprete. Semplificando: questa fetta di relazioni giuridiche riesce, il più delle volte, a uscire dal sommerso anche grazie all'apporto determinante dell'interprete, di un soggetto, cioè, che non si limita a garantire che la regola di formazione privato-sociale non valichi i confini della liceità, che non si limita,

[9] F. DI MARZIO, *Sulla prassi notarile*, *in giustiziacivile.com*, 24 febbraio 2017, 4.

insomma, a comporla, come da tradizione, sotto l'ombrello della fonte formale, ma tende ad avere un compito decisivo tanto nel censire l'esistenza di tale livello di normatività quanto nello svolgere un più sostanziale ruolo di mediazione tra i soggetti e gli interessi coinvolti nelle diverse attività di regolazione.

È in questo solco, come noto, che Carnelutti colloca, nel 1950, il valore specifico dell'apporto notarile alla vita del diritto[10]; a essere respinta era infatti l'idea che il notaio fosse un mero documentatore, chiamato semplicemente a travasare nei suoi atti la volontà privata e a confezionarla secondo i canoni formali di redazione richiesti dall'ordinamento. Che quest'ultimo fosse un modo piuttosto diffuso e radicato di concepire la funzione notarile è confermato dalla posizione del Ministro della pubblica istruzione Giuseppe Ermini che nella seconda metà degli anni Cinquanta proponeva di tornare a un regime analogo a quello anteriore alla legge notarile del 1913, riducendo a un biennio la durata dei corsi universitari per l'aspirante notaio, considerato un semplice "tecnico" del diritto, per il quale non era necessario prevedere il più impegnativo iter di studi richiesto per la formazione dei giuristi veri e propri[11].

La nota espressione carneluttiana – «quanto più notaro quanto meno giudice»[12] – mirava viceversa a riconoscere al notaio un ruolo decisivo proprio nei processi di gestazione e di gestione di quella «formazione privata del diritto»[13] che la maggioranza della scienza giuridica aveva per troppo tempo rimosso ed escluso dal proprio osservatorio. Se vi era una «antitesi fondamentale tra il giudice e il notaro»[14], se un buon lavoro notarile appariva essenziale non solo a scongiurare le liti future, ma a celebrare, più in profondità, l'essenza autentica e imperitura del diritto come strumento di pace e pacificazione tra soggetti, il notaio non poteva che essere annoverato tra le figure essenziali a garantire la buona salute degli ordinamenti. L'occhio di Carnelutti, tuttavia, resta interamente concentrato sul versante interprivato della mediazione notarile, in perfetta coerenza con le caratteristiche di un itinerario teorico che, pur tra revisioni e ripensamenti, continua a marcare con nettezza la linea divisoria tra privato e

[10] F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaro*, testo del discorso pronunciato a Madrid nel 1950 presso la sede del *Collegio de los escribanos* e poi pubblicato sulla *Riv. trim. dir. proc. civ.* nel 1950 che su la *Riv. not.*, 1951, V, 1 ss. (per le citazioni successive si attinge da quest'ultima sede di pubblicazione); idee analoghe possono leggersi anche in ID., *Diritto o arte notarile?*, in *Vita not.*, 1954, V, 209 ss.

[11] Per la ricostruzione della vicenda e la citazione delle parole del Ministro, v. *Vita not.*, 1965, XVII, 755.

[12] F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaro*, cit., 11.

[13] *Ivi*, 12.

[14] *Ivi*, 11.

pubblico, e a immaginare la privatezza come luogo di incontro e interazione di interessi esclusivamente individuali, vegliati dall'alto da uno Stato che intercetta i movimenti individuali solo per offrire ai singoli procedure di pace[15], per coadiuvarli nella prevenzione dei conflitti, attraverso il notaio, o nella loro soluzione, attraverso il giudice. Il segreto dell'armonia era dunque custodito in tale capacità del diritto di comporre armonicamente le sfere individuali: oltre questa soglia, si apriva un territorio irto di rischi, e così come non era concepibile l'esistenza di una zona mediana della convivenza caratterizzata dalla presenza di interessi sociali o collettivi[16], era del pari drammatizzata la portata di quei contegni conflittuali – come il diritto di sciopero riconosciuto dalla Costituzione – equiparati da Carnelutti ad autentici atti di guerra[17].

Un primo importante salto di piano si fa con la riflessione di Satta, di pochi anni successiva[18]; da questo momento in poi, due acquisizioni entrano stabilmente nel modo di guardare alla funzione notarile e di impostare la stessa relazione tra interprete e prassi. In primo luogo, Satta, nel sottolineare la «profonda essenza giurisdizionale della funzione del notaio»[19], equiparava, anche in positivo, il lavoro del giudice e quello del notaio; ad avvicinare le due figure, dal suo punto di vista, non stava solo la – pur essenziale – caratteristica della terzietà, ma il riconoscimento di una somiglianza più profonda che chiamava in causa le modalità di connessione tra interessi privati e pubblici, tra soggetti e ordinamento. Dal suo punto di vista – e questa è la seconda acquisizione – non sembrava infatti possibile capire il lavoro del notaio, e più in generale il volto del diritto novecentesco, senza sondare questo territorio della relazione tra particolare e generale, essenziale a tutelare e tenere in vita la vocazione ordinante del diritto, sotto la specie della sua capacità a mettere in relazione i diversi lati della convivenza. Riferirsi all'esistenza di un vero e proprio «giudizio notarile»[20] costituiva quindi il modo per escludere che il compito del notaio potesse essere ridotto, alla Carnelutti, alla mera prevenzione delle liti tra privati, e per collocare il *quid proprium* del lavoro notarile nella trasformazione della «volontà delle parti» in «volontà dell'ordinamento»[21]. Al pari del giudice,

[15] Si tratta di un motivo costante della produzione carneluttiana; v., a es., ID., *Il primato del diritto* (1935), in ID., *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1937, 8 ss.

[16] Di nuovo, si è di fronte a un'altra costante della sua visione; v., a es., ID., *Funzione del processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, VII, 114.

[17] ID., *Sciopero e giudizio* (1949), in ID., *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1953, 138.

[18] S. SATTA, *Poesia e verità nella vita del notaio*, in *Riv. not.*, 1955, IX, III ss.

[19] *Ivi*, VIII.

[20] *Ivi*, X.

[21] *Ibidem*.

il notaio si collocava dunque al centro di quei processi di «assunzione pubblica della volontà privata»[22], che valevano a collocarlo a pieno titolo tra i soggetti investiti di una pubblica funzione.

Con una precisazione essenziale: il notaio svolgeva una funzione che poteva dirsi di interesse pubblico non perché dovesse essere considerato, come pure si era in passato sostenuto, un «impiegato o funzionario statale»[23], un mero esercente privato di una pubblica funzione[24]; l'interesse pubblico che il notaio realizzava attraverso il suo lavoro andava invece cercato in questa sua capacità di connettere la volontà delle parti alla volontà dell'ordinamento, in questa sua opera di sutura costante tra particolare e generale, che poteva realizzarsi solo a partire dalla libertà del notaio: la «sua libertà – dice Satta – è intrinseca all'ufficio che svolge, perché è un riflesso della volontà delle parti: il giudizio che si concreta nell'atto è [infatti] indissociabile dalla libera volontà delle parti, perché è la volontà stessa delle parti che diventa, attraverso il notaio, giudizio»[25].

Si è di fronte a un'intuizione decisiva, che verrà approfondita e sviluppata negli anni avvenire, e che – lo si vedrà tra un attimo – permetterà di affrontare sotto una luce nuova lo stesso problema del rapporto tra prassi e interpretazione. Ad affacciarsi dalle pagine di Satta era infatti l'idea che il notaio non fosse il soggetto condannato a dibattersi tra due identità tendenzialmente antitetiche (libero professionista/pubblico ufficiale) ma fosse, al contrario, un soggetto chiamato a una funzione che, per svolgersi appieno, non poteva non congiungere questi due profili identitari. Si potrebbe dunque dire: pubblico ufficiale il notaio perché libero professionista, perché soggetto privato chiamato a solcare e comporre la relazione tra i diversi piani della convivenza e per questo capace di svolgere una funzione di indubbio interesse pubblico. Che era poi il modo per non leggere i processi di crescente intersezione tra società e Stato nel segno della semplice pubblicizzazione della dinamica giuridica e per non avallare l'idea che la funzione notarile potesse essere nuovamente ridotta a compiti di mera trascrizione di una volontà pubblica sempre più pervasiva, del tutto insensibile alla voce della società.

E se è in questa luce, preoccupante, che buona parte del Notariato (e della stessa scienza giuridica) tese a leggere il senso del nuovo corso storico, non mancarono riflessioni di segno diverso. Un esempio tra i molti: un paragrafo

[22] *Ivi*, IX-X.
[23] *Ivi*, X.
[24] Era questa, come noto, la posizione di Zanobini; v. G. ZANOBINI, *Esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in ORLANDO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 1935, 341 e ID., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 19586, 409.
[25] S. SATTA, *Poesia e verità nella vita del notaio*, cit., X.

della relazione presentata nel 1954 dalla delegazione italiana al III Congresso internazionale del Notariato latino si intitolava, significativamente, la funzione sociale del notaio. Attraverso il ricorso a una simile espressione – così il testo della relazione – non si intendeva «indicare il notaio quale soggetto di diritto pubblico»; al contrario, si voleva mantenere l'attività del notaio «nel campo del diritto privato», considerando, però i «diversi interessi collettivi che in questo settore trovano tutela»[26]. La valorizzazione della figura del notaio, dunque, sembrava potersi conseguire estendendo il raggio e la nozione della privatezza oltre la cerchia ristretta degli interessi esclusivamente individuali: e se era possibile mettere a fuoco una visione (anche) 'sociale' del diritto privato senza che ciò valesse a trasformarlo in diritto pubblico, questo nuovo volto del giure non segnalava un'ipotesi di corrosione o di addolcimento 'esterno' del tradizionale individualismo, ma si candidava a diventare uno degli elementi costitutivi nella definizione della privatezza (e del diritto in genere).

A emergere, da questo momento in poi e quale fronte specifico di valorizzazione degli apporti notarili, era quindi l'immagine di una privatezza non (necessariamente) individualistica, con la quale venire in contatto, non tanto per orientare l'esito della 'battaglia dei confini' col diritto pubblico, ma per ripensare complessivamente le coordinate degli ordinamenti e per allargare, muovendo da qui, l'orizzonte qualitativo (e anche le responsabilità, lo si dirà al paragrafo successivo) dello stesso lavoro del notaio. E si trattava di un'acquisizione che, in modo non contradditorio, valeva a consolidare l'idea che «l'attività professionale del notaio» fosse «sempre e tutta esercizio di pubblica funzione»[27], proprio perché volta a cercare e realizzare equilibri complessi tra interessi privati, sociali e pubblici, proprio perché ritenuta decisiva per calare i rapporti giuridici tra privati all'interno di un più articolato quadro di azioni e reazioni che sembrava attribuire al notaio una funzione «insieme garantista e creativa»[28], funzione che non gli impediva soltanto – *ex* art. 28 legge notarile – di ricevere atti vietati dalla legge o manifestamente contrari all'ordine pubblico o al buon costume, ma che gli imponeva di affrontare anche il problema, più impegnativo, della «meritevolezza dell'interesse perseguito»[29].

Per questo – e di nuovo si tratta di un passaggio non contraddittorio – il riferimento all'esistenza di una privatezza non individualistica si accompagnava al contemporaneo riconoscimento di una zona di pubblicità non statuale,

[26] *La funzione sociale del notaio*, in *Riv. not*., 1954, VIII, 175.
[27] M. NIGRO, *Il notaio nel diritto pubblico*, in *Riv. not*., 1979, XXXIII, 1163.
[28] *Ivi*, 1168.
[29] N. LIPARI, *La funzione notarile oggi: schema di riflessione*, in *Riv. not*., 1977, XXXI, 938.

identificata e promossa anche grazie al lavoro notarile. Una sorta di interesse socialmente diffuso, pubblico non perché espresso e interpretato dalle sedi formalmente qualificabili come tali, ma perché legato alla tutela di esigenze e valori necessari a promuovere una certa concezione della vita associata e a qualificare un ordinamento come democratico. Saranno soprattutto Mario Nigro e Salvatore Romano, muovendo da osservatori disciplinari speculari, a rompere, con riferimento specifico al ruolo del notaio, la necessaria identità di pubblico e statuale e ad allargare il territorio del pubblico in direzione dei processi social-comunitari di creazione del diritto. «Ci sembra che il diritto pubblico – a dirlo è Romano – cominci da qui: dalla collettività come ordinamento comune. Con questo – concludeva – […] si apre la via ad una prospettiva dogmatica di ampia portata: quella di un diritto pubblico rispetto al quale il diritto statuale è solo parte»[30].

Autentica cifra distintiva delle convivenze democratiche, il pluralismo non doveva tuttavia coincidere con il mero incremento quantitativo di fonti e soggetti rilevanti per gli ordinamenti; al contrario, doveva diventare il riferimento capace di allevare una differente modalità di dialogo e di rapporto tra società e Stato, individui e gruppi, politica ed economia, diritti e doveri ecc., l'orizzonte ideale e istituzionale chiamato a ingranare il loro moto congiunto e ad ancorarlo al rispetto di determinati valori. Per non tradursi in una confusa ipotesi di coesistenza tra piani e soggetti diversi, il pluralismo aveva infatti bisogno di vivere all'interno di una cornice progettuale chiamata a caratterizzare una certa esperienza storica e a indirizzare la condotta dei differenti attori che in quell'esperienza a vario titolo si muovono. Così, quando si pone l'accento sulla concezione dinamica e progettuale dell'ordine, ci si riferisce a un'altra caratteristica diuturna degli ordinamenti novecenteschi, di ordinamenti che riescono non solo ad assorbire ma a valorizzare l'incessante movimento che li caratterizza proprio in virtù dell'ancoraggio a un tessuto ideale e di principi che entra a pieno titolo nel territorio del giuridico concorrendo a definirne la fisionomia. Con i riferimenti alle visioni teleologiche dell'ordine non si intende dunque definire fenomeni di ibridazione del diritto, della sua supposta purezza e autonomia, con dimensioni diverse (morale, politica, sociologia ecc.); si vuole piuttosto indicare nel diritto una delle aree che si fa carico di realizzare una certa idea di convivenza ispirata a determinati principi e valori.

[30] S. ROMANO, *La distinzione tra diritto pubblico e privato*, testo della prolusione al corso della scuola di Notariato Cino da Pistoia, letta a Firenze nel febbraio del 1962 e poi pubblicata in *Riv. not*., 1962, XVII, 29; qualifica in modo analogo il diritto dello Stato come una «parte» del diritto pubblico, M. NIGRO, *Il notaio nel diritto pubblico*, cit., 1170.

È anche questa una delle ragioni che valgono a rendere il totalitarismo un frutto precipuo delle sfide regolative poste dal Novecento; a emergere è infatti il volto di uno Stato che muove alla conquista della società, non appagandosi di esercitare su di essa un controllo poliziesco, ma coltivando la più sottile ambizione di conquistarne il consenso, di determinarne l'adesione alla propria visione della vita e del mondo. E si tratta di uno sforzo che richiedeva la partecipazione e la collaborazione di tutte le forze disponibili sul campo, a partire dagli interpreti. In questo quadro, inneggiante alla «fedeltà all'idea politica»[31], chiamare a raccolta giudici, giuristi e amministratori, non rappresentava (più) il modo per smagliare o attenuare il monopolio statuale del diritto, ma per conferire a quel monopolio una latitudine inusitata, conseguita anche attraverso l'opera degli interpreti, chiamati a 'riempire' ogni spazio del giuridico e ad allinearlo allo spirito del regime[32].

3. Pluralismo e dialogo tra fonti

È con le democrazie – come si intuisce – che il quadro si articola e si complica e che il diritto, attraverso le sue numerose fonti, diviene una delle dimensioni incaricate di restituire il volto plurale delle convivenze, il plesso multiforme di interessi, bisogni, aspirazioni che concorrono a connotarle[33]. Si tratta di una ricchezza che non deve evaporare ma che non può neppure aprire le porte a una dispersione particolaristica di spinte e orientamenti. Si potrebbe dire: perché rappresenti una ricchezza, un tratto davvero capace di qualificare e irrobustire la fibra democratica degli ordinamenti, serve un baricentro e una bussola.

Che il rinnovamento del discorso giuridico, incluso quello civilistico, passi, dai tardi anni Cinquanta, attraverso la valorizzazione del ruolo della Costituzione, costituisce forse il segno più eloquente di questa necessità di fondare un legame teleologico tra le molte espressioni del diritto e il complesso di principi, valori e obiettivi identificati come propri degli ordinamenti democratici. Il

[31] A.C. JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto* (1932), in ID., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, 55 «Dappertutto – queste, appunto le parole di Jemolo – si inneggia … al giurista, al giudice, il quale partecipa della vita del suo tempo … interpreta i bisogni della società in cui egli vive … in luogo della fedeltà alla norma … si chiede a lui la fedeltà all'idea politica e sociale animatrice dello Stato, e che il potere sovrano incarna e proclama» (*ibidem*).

[32] Sul punto, mi permetto di rinviare a I. STOLZI, *L'ordine corporativo – poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, 2007, 97 ss.

[33] V. P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di una società plurale*, in *Nuova Antologia*, 618, Gennaio-Marzo 2017, 18-23.

legame tra «decodificazione» e «costituzionalizzazione»[34] del diritto descrive sinteticamente questo processo: la distribuzione delle regole lungo un arco più ampio di fonti richiede infatti la presenza di una norma capace di garantire e promuovere il pluralismo, ma anche, e contemporaneamente, di guidare e indirizzare i diversi processi di applicazione e produzione del diritto, quale che sia il soggetto che se ne fa carico.

La costituzione non è dunque un semplice gradino aggiuntivo posto al vertice della gerarchia delle fonti, ma è un testo che fonda e rinnova un'idea progettuale dell'ordine giuridico, un testo che, sospingendo la convivenza in certe direzioni, non si appaga di elencare diritti dell'individuo e poteri dello Stato, ma definisce *per relationem* l'identità di privato collettivo e statuale, li immagina come gradini ugualmente indispensabili dell'ordinamento; un testo che legge la complessità[35] del tessuto sociale ed economico, ma ambisce anche ad orientarla, disegnando un equilibrio, tanto complesso quanto necessario, tra individuale, sociale, e pubblico, tra diritti e doveri, tra autonomia e appartenenza, tra mercato e regolazione.

Ed è a partire da questo orizzonte sommariamente delineato, che la stessa immagine dell'interprete inizia a mutare sembianze: ad apparire sempre meno spendibile non è solo la visione che gli attribuiva il compito di effettuare una mera sutura logico-meccanica tra la norma e il fatto, ma anche l'idea che l'interprete fosse essenzialmente una risorsa evolutiva degli ordinamenti, chiamata soprattutto ad assicurare l'incontro tra la fissità della disposizione normativa e il fluire della vita, delle sue mutevoli esigenze. L'interprete, al contrario, tende a essere visto come il soggetto che si fa carico di una mediazione più articolata, che si nutre del dialogo (e nutre il dialogo) tra i diversi piani della normatività, e che per questo appare un anello indispensabile della dinamica giuridica, di una dinamica che non persegue più l'(illusorio) obiettivo di produrre somme aritmetiche di applicazioni uniformi, ma chiede di valutare e bilanciare posizioni, interessi, condotte, alla luce del tessuto di principi e valori propri della convivenza democratica[36].

Sotto un simile osservatorio, l'interpretazione diventa a pieno titolo una dimensione generativa del diritto anche quando si limita a leggere le norme, ad

[34] C. LUZZATTI, *Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica*, cit., 12.

[35] P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, LXIII, 3, 607-627.

[36] Identifica un tratto specifico degli ordinamenti contemporanei nel superamento dei «tradizionali criteri gerarchico e cronologico» a favore del criterio del bilanciamento, C. LUZZATTI, *Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica*, cit., 32.

esplorarne le potenzialità regolative; al tempo stesso, la prassi cessa di designare il semplice momento della rilevazione empirica – il diritto come vive, come è davvero – per diventare, anch'essa, una dimensione originariamente normativa, che coniuga in ogni sua manifestazione piano dell'essere e del dover essere.

Le riflessioni del (e sul) Notariato mi pare si inscrivano a pieno titolo in questa traiettoria evolutiva; a mutare, nel tempo, sono soprattutto le proporzioni, nel segno della progressiva convergenza verso posizioni originariamente eccentriche o minoritarie. Né mero documentatore, né semplice emissario dello Stato, il notaio inizia ad apparire ed essere apprezzato come il soggetto immerso nel dialogo tra i diversi piani della normatività, come il soggetto che certo continuava a «rappresenta[re] l'ordinamento verso le parti», ma anche, e specularmente, «le parti verso l'ordinamento»[37], assumendo sulle proprie spalle l'onere di una mediazione difficile ma indispensabile tra il diritto formalmente posto e un substrato sociale ugualmente capace di produrre diritto. Si tratta di un raccordo che può prodursi solo ammettendo che il notaio (al pari di ogni giurista, pratico o teorico) metta in contatto questi diversi livelli del diritto avendo presenti i «canoni di razionalità»[38] cui si ispira un ordinamento, considerando il problema del «valere del diritto come valore»[39], problema che non serve più a gettare un ponte tra il giuridico e il pre- o metagiuridico, ma che consente di capire quale è il diritto *tout court* in una certa esperienza storica.

Nel momento in cui sfumano o si attenuano certi contrappunti (fatto/diritto; forma/sostanza; creazione/applicazione ecc.) per molto tempo ritenuti essenziali a presidiare i confini del giuridicamente rilevante, nel momento in cui alla logica degli steccati subentra quella, più complessa, del dialogo, si accrescono compiti e responsabilità di tutti i soggetti che popolano il mondo giuridico. Le regole di deontologia professionale – a esempio – tendono a diventare più che mai decisive nel governare il lavoro dei diversi professionisti proprio perché, in un quadro di «oggettiva rilevanza dell'ufficio nel processo applicativo dell'ordinamento»[40], a essere messa a rischio, in caso di condotta censurabile, non è solo la correttezza di un singolo rapporto, atto o transazione, ma quel circuito di dialogo e relazione tra diversi piani e livelli del giuridico da cui risulta il volto attuale del diritto.

Per rimanere al lavoro notarile, la terzietà diventa un requisito che tende a sollecitare declinazioni ulteriori e inedite: nelle realtà odierne, caratterizzate da

---

[37] M. NIGRO, *Il notaio nel diritto pubblico*, cit., 1156.
[38] N. LIPARI, *La funzione notarile oggi: schema di riflessione*, cit., 941.
[39] *Ibidem*.
[40] *Ivi*, 936.

una crescente divaricazione tra l'infinitamente grande e l'infinitamente piccolo e perciò perennemente esposte al rischio di trasformare il pluralismo nel suo contrario, ovvero nella prevalenza del soggetto più attrezzato culturalmente ed economicamente, la terzietà non può più essere sinonimo di equidistanza rispetto agli interessi e alle richieste delle parti, ma deve (o dovrebbe) diventare il riferimento chiamato a garantire un incontro equilibrato (o non troppo sbilanciato) tra le stesse. Vi rientrano quindi i doveri di informazione, la verifica e l'eventuale contestazione delle condizioni di accordo proposte dalla parte forte, la scelta della forma più adeguata a tutelare la parte debole, ecc.

In generale: dinanzi a un panorama che, per ragioni molto complesse ed eccedenti i confini di questo scritto, affianca al progressivo sgranamento individualistico del tessuto sociale il volto crescentemente organizzato dei poteri che genericamente si possono chiamare forti, ogni forma di mediazione (pratica o teorica) non va solo valorizzata, ma anche rispettata nella sua specifica peculiarità.

Per questo il tentativo espresso da alcuni recenti disegni di legge (il ddl concorrenza, per esempio) di trasferire alcune competenze da un professionista all'altro va valutato con le dovute cautele; in particolar modo, si dovrebbe verificare se tali trasferimenti rispondano a una valutazione ponderata in virtù della quale si è ritenuto preferibile un professionista all'altro, o se invece non esprimano la sorpassata e contestabile idea della piena fungibilità dell'opera di chi lavora a valle del comando legislativo, di un comando che per vivere ha bisogno di poter contare su una meccanica applicativa del tutto interscambiabile.

Né pare casuale che si sia tornati a riflettere sull'opportunità di esplicitare la motivazione degli atti notarili[41]: oltre che mezzo per non far scomparire dietro il testo finale dell'atto il valore della consulenza che lo ha preceduto, o per fermare una determinata interpretazione del diritto, rendere conoscibili le motivazioni appare lo strumento per portare allo scoperto le diverse modalità con cui si riflette sul diritto e con cui si mettono in relazione i diversi piani della normatività, così come recepiti e interpretati da differenti osservatori, da quello notarile a quello, parziale, dell'avvocato, fino a quello del magistrato o del giurista teorico.

Del pari, non sorprende che dalla metà degli anni Sessanta – si può prendere come *dies a quo* la prolusione maceratese di Rodotà[42] – si rifletta con sempre maggior

[41] V., a es. M. PALAZZO, che riprendendo una proposta di Sabatino Santangelo del 1979, torna a riflettere sulla motivazione; l'articolo cui mi riferisco è *Sabatino Santangelo e la teoria dell'interpretazione giuridica*, in *Vita not*., 2017, LXIX, 49 ss.

[42] In questo senso, P. GROSSI, *Dalle clausole ai principi: a proposito dell'interpretazione come*

attenzione sul ruolo che clausole generali e principi potrebbero o dovrebbero svolgere nell'economia complessiva di un ordinamento. E probabilmente i tempi sono maturi per non limitare il valore del loro apporto al solo (o prevalente) profilo del contributo offerto nel rallentare l'invecchiamento (o determinare il rinnovamento) del diritto, ma per vedere in essi espressioni normative particolarmente adatte a favorire il dialogo tra i diversi orizzonti regolativi che convivono in un sistema giuridico e che contribuiscono incessantemente a forgiarne l'identità. Se dunque un sistema giuridico oggi si può costruire solo attraverso il dialogo, principi e clausole generali potrebbero essere visti come l'alfa e l'omega dell'ordinamento: i primi, nella loro duplice e possibile veste di «architetti» e «spazzini»[43], capaci, in quanto tali, di progettare il futuro come di spazzar via il passato, sono norme che contribuiscono a orientare le direzioni e i valori ispiratori del dialogo tra fonti; le seconde, le clausole generali, possono ancor oggi essere definite un «organo di respirazione dell'ordinamento», purché si chiarisca che esse non valgono a gettare un ponte «nei confronti di criteri metagiuridici, bensì nei confronti di norme concrete» nelle quali le «circostanze del caso entrano nella regola come componente in senso tecnico di quest'ultima»[44]. Che è poi il modo – e la precisazione è decisiva – per garantire che «l'ordinamento resti imperniato sulla forma di legge»[45], è insomma il modo per continuare a riconoscere nella legge un punto di orientamento obbligato e autorevole nella vita del diritto e per evitare che la moltiplicazione dei piani e dei livelli, anziché una risorsa di ricchezza e di plasticità, si trasformi in una porta aperta a particolarismi e soggettivismi.

Certo, per svolgere questo ruolo di orientamento la legge dovrebbe avere determinate caratteristiche; non appare infatti eccessivo attribuire, almeno in parte, la crisi di legittimità in cui versano Stato e istituzioni alle fattezze assunte dall'odierno diritto legislativo, ancora e troppo spesso espressione di quella smania di voler disciplinare tutto (o troppo) per legge, che ha finito per produrre effetti opposti a quelli sperati. Ad aver preso forma è un tessuto normativo ipertrofico, percorso da disposizioni minute e sovente ispirate a principi contraddittori; non solo: la legge, così concepita, stenta a star dietro alla realtà,

---

invenzione, in *Giust. civ.*, 2017, I, 5; il riferimento è a S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, LXV, 82 ss.

[43] C. LUZZATTI, *Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica*, 33; *contra**.

[44] È la posizione, che condivido in pieno, di E. SCODITTI, *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e* stare decisis, in D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, cit., 174.

[45] *Ivi*, 185.

con la conseguenza che il più delle volte ha un volto meramente repressivo o limitativo, interviene, cioè, a disciplinare i soli effetti ritenuti censurabili del diritto che si è autonomamente formato nel tessuto socio-economico.
Mentre sembra aver perso il suo volto più nobile (e necessario) di strumento chiamato a progettare il futuro di una comunità, a delineare le linee di sviluppo di un sistema; l'interprete, dal canto suo, tende a diventare il soggetto che si cimenta nel difficile tentativo di penetrare una selva sempre più intricata e contraddittoria di precetti, selva che costituisce l'*humus* ideale per allevare quelle pericolose derive soggettivistiche che si pensava di evitare attraverso un uso massiccio della fonte legislativa. E se una visione autenticamente plurale delle fonti porta a valorizzare ma anche, e non meno, a responsabilizzare il ruolo dell'interprete, del suo necessario apporto alla vita del giure, una malintesa centralità della fonte legislativa può determinare gravi opacità e contegni particolarmente disinvolti.
Se quanto si è finora detto appare plausibile, la recente proposta di considerare la stessa prassi notarile come una clausola generale, non sembra provocatoria o estemporanea[46]; piuttosto, si è di fronte a una posizione che mira a ingranare il dialogo tra fronti in una prospettiva, quella delle clausole generali, che non ha mai inteso detronizzare la legge, né rimandare l'immagine di un legislatore rinunciatario[47], ma che sembra mossa dall'esigenza di rendere la legge una realtà porosa rispetto alle sollecitazioni e alle espressioni normative del sociale, specie ora che i processi di produzione privata del diritto (il diritto dei privati, di cesariniana memoria) non possono più essere ritenuti fenomeni eccentrici o marginali nella vita del diritto, rappresentando, il più delle volte, «l'ordinaria genesi»[48] dello stesso lavoro legislativo. Un livello del giuridico, dunque, quello espresso dalla prassi, che contribuisce ad aumentare, e non a mettere a repentaglio, la coerenza complessiva di un sistema[49]. Sotto un simile profilo, non può sfuggire a chi, come la sottoscritta, si occupa di storia del diritto, la singolare (e probabilmente involontaria) somiglianza tra un'idea di interpretazione recentemente proposta – «Spetta proprio al giurista di razionalizzare il materiale normativo. E di farlo, s'intende, con interventi diversificati e della più varia estensione. Precisando, correggendo; integrando; riconducendo a ragione il

[46] F.P. LOPS, *Clausole generali del contratto e prassi notarile*, in *Vita not*., 2012, LXIV, gennaio-aprile, 377-394.
[47] In questo senso invece C. LUZZATTI, *Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica*, cit., 39.
[48] F. ALCARO, *Il diritto dei privati*, in questo stesso volume.
[49] F.P. LOPS, *Clausole generali del contratto e prassi notarile*, cit., 378.

balbettio del legislatore»[50] – e la definizione di *interpretatio* data dalla *Glossa Magna* accursiana[51], a coronamento della stagione dei glossatori, e ugualmente protesa a segnalare la necessità di un intervento attivo e correttivo su un tessuto di norme che non sembrava saper rispondere adeguatamente alle richieste regolative formulate dalla realtà.

[50] F. DI MARZIO, *Sulla prassi notarile*, cit., 7.

[51] «*Interpretor, idest corrigo … Item verbum apertius exprimo … item arrogo, item prorogo, sed econtra corrigo id est addo*» (la citazione è tratta da P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1999, 164).

Il "Diritto dei privati"

Francesco Alcaro
Ordinario di Diritto privato, Università di Firenze

Il saggio muove dalle definizioni tradizionali del "diritto dei privati" e del "diritto privato" – caratterizzato il primo da autodeterminazione originaria e il secondo dalla relazione di riconoscimento con lo Stato – al fine di indagare, attraverso l'evoluzione manifestatasi nell'ordinamento con riguardo alla pluralità delle fonti e al declino dell'esclusività statuale, il significato attuale di quelle formule. Si prospetta poi come l'indipendenza del "diritto dei privati" aveva un senso al tempo del monopolio della statualità del diritto. Oggi, in un contesto governato da una molteplicità di fonti multilivello e da realtà differenziate di interessi e valori, il diritto dei privati tende ad integrarsi nell'ordinamento e ad identificarsi con il diritto privato, nella sua lata accezione di diritto nascente dall'azione ordinante della società civile e destinato a coordinarsi nel sistema. S'indagano quindi le espressioni e le modalità del prodursi di una giuridicità sempre più espansiva, complessa e articolata.

The study moves from the definitions of "law of private parties" and "private law" – the first from original self-determination and the second from the recognition from the state – in order to investigate, through the evolution of the plurality of sources and the decline of state exclusivity, the current meaning of those formulas. It is then proposed that the independence of the 'law of private parties' made sense at the time of the monopoly of the state law. Today, in a context governed by a multiplicity of multilevel sources and by differentiated interests, law of private parties tends to be integrated into the legal system and to be identified in "private law", in its latent sense of law arising from the practice of the civil society and intended to coordinate in the system. Therefore are investigated the expressions and modalities of the production of a legality more and more complex and articulated.

Sommario: 1. 'Diritto dei privati' e 'diritto privato' fra autodeterminazione e riconoscimento statuale: profili definitori e prospettiva storica. – 2. L'azione ordinante dei soggetti e la formazione negoziale delle regole giuridiche nella logica della sussidiarietà. La transizione del 'diritto dei privati' verso la dimensione del 'diritto privato' nell'evoluzione dell'ordinamento. – 3. Il diritto privato fra crisi della statualità del diritto e pluralismo delle fonti. Esigenza di coordinamento e di cooperazione in chiave ordinamentale. – 4. Superamento della 'separatezza' o del 'parallelismo' del 'diritto dei privati' nel mutamento complessivo delle fonti della giuridicità: correlativamente, crisi della identificabilità del 'diritto privato' come diritto statuale. Declino dello schematismo pubblico / privato e concorso di fonti in un processo dinamico di integrazione a vari livelli. – 5. Il valore e la pratica dell'autodeterminazione nelle vicende economiche e nella cura degli interessi della persona. Il profilo instaurativo del 'fatto' e la genesi di una giuridicità espansiva. Funzione e responsabilità dell'interprete nella individuazione della regola giuridica. – 6. Postilla.

1. 'Diritto dei privati' e 'diritto privato' fra autodeterminazione e riconoscimento statuale: profili definitori e prospettiva storica

Ragionare intorno al 'diritto dei privati' rimanda ad una riflessione complessiva sull'ordinamento giuridico e sul modo di concepirlo.

Ma si pone, innanzitutto, sullo sfondo di molti e complessi profili di analisi, un problema di individuazione del significato e del perimetro o dei confini, pur elastici e mobili, del 'diritto dei privati': compito certamente arduo di per sé, considerata la labilità storica delle formule, delle categorie, dei criteri distintivi e dei metodi di indagine oltre che l'incertezza e mutevolezza dei fenomeni reali su cui s'innesta il diritto.

Preliminarmente, in punto di definizioni: Diritto privato e Diritto dei privati.

'Diritto privato' viene solitamente, o tradizionalmente, inteso come insieme delle norme statuali riferentesi alla disciplina dei poteri e dei rapporti fra soggetti privati; 'diritto dei privati' come insieme delle regole poste direttamente dai soggetti privati nell'esercizio della loro autodeterminazione, prospettandosi quindi quale diritto che i privati producono nel loro ambito, nell'esplicazione di una loro competenza, fuori dal piano d'interesse dello Stato e del suo 'riconoscimento', in uno spazio 'vuoto' o indifferente ai poteri e alle norme statuali[1]. Precisamente lo si è definito quale diritto «che i privati medesimi creano per regolare determinati rapporti d'interesse collettivo, in mancanza, o nell'insufficienza, della legge statuale»[2].

---

[1] Cfr. W. CESARINI-SFORZA, *Il diritto dei privati*, (*Presentazione* di Salvatore Romano), Milano, 1963, 3 ss.

[2] Cfr. W. CESARINI-SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 3.

In quanto tale, 'diritto dei privati' non coincide dunque con la formula 'diritto privato': quest'ultimo denotando «un complesso di volontà statuali miranti a regolare rapporti fra persone private; il diritto dei privati, invece, pur regolando rapporti fra persone private (e qualche volta quegli stessi rapporti che sono già regolati dal diritto privato e anche pubblico), non emana dallo Stato, né immediatamente né mediatamente»[3].

Si chiarisce e si specifica poi che possono darsi due casi: «o che il diritto dei privati concerna materie diverse da quelle regolate dal diritto statuale, o che concerna le stesse materie ma le regoli in modo diverso o contrario». E in ogni caso il diritto dei privati è concepibile complessivamente «come una formazione giuridica non sottoposta, ma parallela al diritto dello Stato»[4].

Si può accogliere oggi, in un contesto mutato, il fondamento di tali originarie accezioni?

Qual è nel tempo presente il significato e il valore dell'esplicarsi del 'diritto dei privati'? Ciò costituisce l'oggetto delle presenti riflessioni.

Come si cercherà di mostrare, nella odierna fenomenologia della pluralità e diversità delle fonti, non può certo, in ogni caso, svalutarsi il senso della creazione dell'ordinamento privato, quale espressione del principio di autodeterminazione dell'azione della collettività e dei singoli non assorbita o mediata dallo Stato[5]: si tratta piuttosto di rilevarne il ruolo e la posizione nell'evoluzione del 'sistema'.

Costituisce peraltro constatazione obiettiva che nel processo di transizione dell'attuale assetto dell'ordinamento connotato dalla crisi del legalismo e dello statalismo, con ogni implicazione, il diritto dei privati, sotto il profilo della produzione del diritto, non esprima più come in passato – nel vigore della 'modernità'[6] – quella carica di tendenziale estraneità o almeno di distacco rispetto al sistema 'positivo', allorché esso appariva una sfera 'appartata' o solo un'area antiautoritaria.

Oggi il diritto dei privati – pur da precisare nella sua consistenza – è una delle realtà del multiforme panorama dell'ordinamento, con i suoi connotati identitari, partecipe a pieno titolo del pluralismo giuridico, al quale contribuisce, oggi, fra

---

[3] Così W. CESARINI-SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 4. Non può non richiamarsi anche il pensiero di F. VASSALLI, *Extrastatualità del diritto civile*, ora in *Studi giuridici III*, 2, Milano, 1960, 753, secondo il quale «il diritto civile non è mai stato mancipio dello Stato».

[4] W. CESARINI-SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., 27.

[5] Cfr. P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, I, 15 ss.; G. ALPA, *Che cos'è il diritto privato?*, Roma-Bari, 2007, 8 ss.

[6] Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, III ed., Milano, 2007; ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1988; ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012.

le altre fonti, anche il diritto dell'Unione europea, con note peculiari e spesso in modo preminente[7].

Ne discende l'oggettivo rilievo che gli attuali materiali di riferimento appaiono più ricchi e complessi di quelli del passato e che l'indagine ricostruttiva deve registrare i notevoli mutamenti qualitativi delle tematiche privatistiche. Dovendosi anche rilevare che una tale indagine può, nella sua sinteticità, compiersi, nel riferire degli svolgimenti del diritto dei privati, o nel segno dell'evoluzione storica, e delle sue fasi, o con prevalente attenzione ai caratteri di strutturalità e di funzionalità delle sue espressioni, ma pur sempre in una contestualità reale, non esaurentesi in un decalogo di tipo tecnico-astratteggiante. L'orizzonte costruttivo, in ogni caso, profila specificamente e significativamente il raccordo e in qualche modo la simmetria fra Diritto privato e autonomia privata da un lato e Diritto dei privati e autodeterminazione dall'altro, accogliendo e sviluppando le (due possibili) sopraindicate originarie accezioni.

Discendendone la rappresentazione di un'autonomia intesa in senso lato, 'fondativa' (nei termini di un'*autodeterminazione* originaria), e di un'autonomia in senso stretto, in rapporto con lo Stato, nel senso di riferirsi, diversamente dall'autodeterminazione *tout court*, all'esercizio di poteri inquadrabile e svolgentesi in una relazione di riconoscimento con lo Stato[8].

Ulteriori specificazioni ricorrenti nell'analisi delle dottrine al riguardo sono note: autonomia privata e autonomia contrattuale; autonomia contrattuale e autonomia negoziale, oggetto di specifiche analisi nella loro relazionalità[9].

Che esistano difficoltà, nella tradizione civilistica, di concepire e collocare in senso tecnico e generale l'autonomia privata e ancor prima l' 'ordinamento privato', quale espressione strutturale e prodotto dell'esercizio del potere di autodeterminazione dei soggetti[10], lo si ricava dalle diffuse letture volte a risolverla *tout court* nel contratto e nel negozio: varie interpretazioni riduzionistiche sono state proposte in tal senso, appunto, manifestando resistenze a concepire uno specifico ambito o una sfera quale propri dell'autonomia privata nel sistema[11].

---

[7] Cfr., per una riflessione complessiva, il recente volume di G. RESTA - P. RESCIGNO - A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna 2017.

[8] Cfr. Salv. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, II, *L'azione – Il potere*, Napoli s.d., ma 1970, 217-218, il quale afferma che «la giuridicità è il portato non autoritario che nella relazione tra collettivo e individuale si esprime in termini di riconoscimento».

[9] Per la discussione di tali qualificazioni, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 318 ss.; ID., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli 2014; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, Napoli, 2008.

[10] Cfr. *infra* nota 12 e 13.

[11] Cfr. per un inquadramento delle varie e diverse idee sull'autonomia privata, Santi ROMANO,

Peraltro, è stata per contro prospettata con forza da una parte della dottrina la piena rilevanza in senso sistematico del rapporto fra autonomia privata e Stato[12], sulla base di una valorizzazione del principio di autodeterminazione articolabile in varie modalità, ponendo e sollecitando comunque problemi di 'accoglienza' nel sistema[13].

La dottrina di Betti sull'autonomia, quale «fonte di norme e causa generatrice di rapporti giuridici già disciplinati» – così come quella di Santi e Salvatore Romano –, segna un passaggio importante nell'itinerario ricostruttivo. I concetti di 'recezione' con la transizione dal sociale al giuridico, e/o di 'riconoscimento', traducono il senso e la misura della rilevanza dell'esistenza dell' 'ordinamento privato' rispetto a quello dello Stato, ponendo regole di raccordo e distaccandosi dalla logica dell' 'autorizzazione' o della 'delega'[14], espressiva di una piena subordinazione allo Stato e di una diversa concezione del diritto.

Si potrebbe sinteticamente riassumere la prima visuale, sostenendo che l'autonomia muove dall'autodeterminazione (originaria) per essere poi 'riconosciuta' e operare nel 'sistema', inquadrandosi nel contesto dell'intero 'ordinamento'.

Autonomia, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, rist., Milano, 1953, 14 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, 1959, IV, 366 ss.; P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Justitia*, 1967, 3 ss.; ID., in *Riv. crit. dir. priv.*, cit.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norme*, Rimini, 1997, 48 ss.; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. civ.*, Torino, 1987, 516 ss. Definisce l'autonomia uno dei cardini del diritto privato, L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, trad. it., Milano, 1990, a cura di C. Mazzoni e di M. Graziadei, 216 ss.; ravvisa un «parallelismo di svolgimenti tra il potere dell'ordinamento e l'autonomia del privato», F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1959, 3 ss.

[12] E. BETTI, *Autonomia privata*, in *Noviss. Dig. it.*, t. I, 2, 1958, 1559 ss.; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, 43 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., osserva come l'autonomia privata – concetto ambiguo – debba essere individuato in relazione ad uno «specifico ordinamento giuridico e all'esperienza storica che ne pongono variamente l'esigenza» (314 e ss.); G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Torino, 2011.

[13] Cfr. specialmente Salv. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 249 e ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1980, 449 ss.; ID., *Autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 801 ss. e ora in *Scritti minori*, cit., 541 ss.; ID., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 19 ss., il quale rileva che l'ordinamento dei privati e quello dello Stato costituiscono «diritti obiettivi coordinati nel senso di una pluralità di ordinamenti posti sul piano interno dell'ordinamento giuridico unitariamente riconosciuto». *Contra*, per una concezione rigorosamente normativistica dell'autonomia privata, in sé non "naturale", ma "artificiale" e derivata cfr. N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 2, 555 ss.

[14] G.B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norme*, cit.; Salv. ROMANO, *Ordinamento sistematico*, II, cit., 59 ss.

Ma va, in quest'opera di ricostruzione, particolarmente oggi ripensato il raccordo dell'autonomia e dei suoi prodotti – specialmente nell'odierno fervore della discussione sull'applicazione diretta o meno di 'principi' e regole costituzionali (*Drittwirkung*) – con la Costituzione e con il sistema delle fonti[15], quindi con il diritto europeo, con la disciplina della concorrenza e del mercato, e ancora con la *lex mercatoria* e la 'globalizzazione': riferimenti questi meritevoli di specifiche analisi e di graduate collocazioni, in ragione dei diversi livelli di operatività e dei rispettivi contenuti normativi.

L'autonomia e il diritto dei privati ripropongono – nella logica relazionale – in particolare, il problema del valore del principio di 'legalità' e del suo odierno limite di significazione: qual sia infatti, per quel che qui ci riguarda – ponendo in definitiva un interrogativo di fondo sulla stessa 'giuridicità' – la rilevanza e il valore dell' 'azione' dei soggetti nel quadro delle fonti molteplici del diritto e della registrata crisi della statualità. È essa da ritenere giuridica di per sé nella sua carica 'ordinante', in quanto espressiva di un programma di cura degli interessi?

Un conto è intanto la giuridicità proiettata direttamente dall'atto di autonomia; altro conto è la sua conformità o meno ai precetti e all'ordinamento statuali.

Al riguardo, può evocarsi e viene in risalto il più generale problema della causalità giuridica e quindi del legame fra 'causa' ed 'effetto' nell'esplicazione dell'azione giuridica e dell'autonomia in ordine alla realizzazione degli interessi[16]. Pur fra varie impostazioni, potrebbe sostenersi – riprendendo l'interrogativo sopra posto – che la giuridicità dell'effetto si giustifica in ragione di un'azione che, in quanto 'ordinante', è intrinsecamente giuridica[17].

---

[15] Per un'analisi dell'autonomia privata nella prospettiva della Costituzione, cfr. F. MACARIO, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir. Annali* VIII, Milano, 2015, 61 ss.; E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 643 ss.; P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 3, 323, afferma che «il riconoscimento delle autonomie e dei poteri normativi a soggetti e ad enti diversi e, per altro verso, le fonti che concorrono all'individuazione, mediante interpretazione, dell'ordinamento del caso concreto, postulano una ricostruzione dell'ermeneutica come controllo del corretto esercizio – nella forma e nei contenuti – delle autonomie e dei poteri in senso lato normativi. Controllo di conformità inteso soprattutto come rispondenza ai principi e ai valori che sono all'apice del sistema ordinamentale».

[16] Scrive Salv. ROMANO, *Ordinamento sistematico*, *L'azione*, II, cit., 43: «L'azione è la vera causa dell'effetto giuridico, cioè dell'ordinarsi e dell'ordinato».

[17] Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, 47, il quale afferma che l'azione pone la necessità dell'ordine; Salv. ROMANO, *Ordinamento sistematico etc.*, cit., 69 ss.; cfr. anche P. PIOVANI, *L'intuizione del diritto come attività*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1956, 583 ss.; R. ORESTANO, *Della 'esperienza giuridica' vista da un giurista*, in *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, 487 ss.

E ciò investe, in un quadro di molteplici elementi, il senso e i limiti del raccordo con lo Stato e della tenuta della pretesa, controversa equivalenza fra legge e diritto[18].
E naturalmente su tale sfondo di problemi ardui, così sinteticamente evocati, occorre collocare, esemplificando, le più attuali tematiche, le direzioni e gli orientamenti, i contenuti, i principi oggi esistenti o ricavabili nella ricognizione delle fonti e delle evoluzioni interpretative giurisprudenziali e dottrinali[19].
Da ciò discendono molte questioni di fondo, fra le quali, più in generale, quelle della 'fattualità' e del suo legame ineludibile col 'giuridico'[20], cioè del processo di formazione delle regole giuridiche e poi, con riguardo al 'contratto', – espressione dell'autonomia –, quella del fondamento e dei limiti della sua competenza e dunque della libertà contrattuale e ancora della giustizia contrattuale[21].
Ritornando agli spunti iniziali, può comprendersi che il diritto creato o 'trovato', comunque forgiato dai privati sia considerato sinonimo, genericamente, di 'autonomia privata', o, meglio, di 'diritto dei privati'. È, per contro, caratterizzato da 'eteronomia' il diritto di derivazione statuale operante una recezione, o riconoscimento, (o assorbimento) – secondo le variabili formule adottate – degli atti del privato ai fini del suo inserimento nell'ordinamento.

2. L'azione ordinante dei soggetti e la formazione negoziale delle regole giuridiche nella logica della sussidiarietà. La transizione del 'diritto dei privati' verso la dimensione del 'diritto privato' nell'evoluzione dell'ordinamento

Espressione del diritto dei privati è dunque, coerentemente, la formulazione negoziale delle regole espresse dall'agire dei soggetti e quindi, più in generale,

[18] Cfr., per contro, di recente, N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc*., 2016, 917 ss., ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ*., 2015, 11 ss., ribadendo indirizzo e studi precedenti in tal senso; ma cfr. *infra*.
[19] Per una ricostruzione di tali componenti cfr., di recente, l'opera di N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giustizia*, Milano, 2017; per la discussione sul valore e sull'uso dell''argomentazione' nella produzione del diritto e quindi nel sistema delle fonti, cfr. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 3 ss.; cfr. l'importante contributo di P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002.
[20] Cfr., al riguardo, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 28; cfr. le sempre attuali riflessioni di E. PARESCE, *La genesi ideale del diritto. Saggi sull'attuazione spontanea del diritto e la sua creatività*, Milano, 1956.
[21] Cfr. U. BRECCIA, *Immagini del diritto privato*, vol. I, Torino, 2013, 289 ss.

dalla base della società civile: ciò, pur nel rispetto della tavola dei valori fondamentali dell'ordinamento, alcuni dei quali peraltro costitutivi dell'azione privata: si pensi, ad esempio, alla buona fede[22].

Si consideri, a tal riguardo, anche in una logica di 'sussidiarietà', la elaborazione di statuti, di regole e codici di condotta, deontologici, con tendenziale valenza generale, – richiamati anche talvolta da norme statuali – almeno per una notevole massa di destinatari[23], o di quelle dirette ad affiancare o sostituire l'intervento legislativo, spesso rigido e inadeguato, quali forme di autodisciplina, professionale, pubblicitaria, urbanistica, etc., in diversi settori della società e dell'economia[24] e, oggi, più corposamente, si pensi ai principi *Unidroit*, alla *lex mercatoria*, elaborata dagli operatori commerciali, al di là e al di fuori delle indicazioni e dei percorsi istituzionali, quale sistema di modelli e di regole consuetudinarie, di origine non statuale, destinato ad applicarsi ai rapporti fra imprenditori che derivano essenzialmente dai contratti internazionali. La *lex mercatoria*, dunque, si caratterizza per le sue connotazioni di 'spontaneità' e di 'originarietà' della produzione e di transnazionalità: le sue note appropriate evidenziano il valore dell' 'autonomia' e della effettività/positività[25] – pur suscitando diffidenze per le sue ispirazioni e per le applicazioni che possono farsene[26] –.

Oggi, poi, anche nello scenario costituzionale, si può apprezzare la sussidiarietà dell'intervento statale – anche *ex* artt. 117 e118 C. – in quanto dispiegantesi dopo che il 'diritto dei privati' si sia già compiutamente espresso nelle forme che ne caratterizzano il '*proprium*' di competenza[27]. Di fronte a tali manifestazioni

---

[22] Cfr., in tale prospettiva, particolarmente Salv. ROMANO, voce *Buona fede*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 677 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, rist. 2004, 117 ss.; C.M. BIANCA, *La buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 205 ss.; più di recente, *ex multis*, A. D'ANGELO, *La buona fede. Il contratto in generale*, in *Trattato Bessone*, XIII, t. IV, Torino, 2004; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004.

[23] Cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giustizia*, cit., 32.

[24] Cfr. F. CRISCUOLO, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, 80 ss.; P. ZATTI (a cura di), *Le fonti di autodisciplina*, Padova, 1996.

[25] Sulla *lex mercatoria*, *ex multis*, cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001; F. MARRELLA, *La nuova* lex mercatoria. *Principi* Unidroit *ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2003, XXX.)

[26] F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 74, evidenzia anche le insidie di un diritto creato unilateralmente dalla classe imprenditoriale; in senso critico anche P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 234.

[27] Sulla sussidiarietà, quale regola di competenza nella complessità delle fonti, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 183 ss., e 394; D. DE FELICE,

normative private – si pensi significativamente anche alle organizzazioni di volontariato – ben può «ravvisarsi un principio di parità tra pubblico e privato che l'emersione del principio di sussidiarietà sociale ha suggellato»[28].
Sviluppando ancora le notazioni iniziali, è dunque rilevabile che 'diritto dei privati' significhi essenzialmente esercizio di un potere dispositivo volto alla (produzione e) formazione di una regola impegnativa e (di un effetto) conforme alla programmazione dell'atto posto in essere[29], realizzandosi così una corrispondenza procedimentale e sostanziale fra intento e risultato in termini di giuridicità (*sub specie* di negozialità)[30]. In quanto operazione preordinata e conforme alla volontà e all'interesse dei soggetti dell'atto, essa è fondativa di una peculiare effettività ed osservanza. La sua rilevanza sul piano dell'ordinamento suppone, certo, un 'vaglio' che, se positivamente espresso, determina altresì l'applicazione della efficacia dell'ordinamento con ogni implicazione, realizzandosi la *transizione* dal diritto dei privati alla dimensione del diritto privato nel quadro di un contesto 'generale'.
Se l'origine della 'regola' è nell'esercizio effettivo dell'autodeterminazione, quale espressione fondamentale del diritto dei privati, non può dedursene quale conseguenza che l'ordinamento statuale rappresenti la dimensione speculare quale fonte di legittimazione o, addirittura, di attribuzione di rilievo giuridico, nel senso di una 'reductio' o di una sorta di conversione del 'fatto' nel 'diritto'. È piuttosto semmai da ritenere – ma si approfondirà *infra* tale punto – che l'ordinamento generale integri o determini un rafforzamento del vincolo già posto dall'esercizio del potere privato donde la centralità dell'azione ordinante, che non attende di per sé processi di 'riconduzione' agli schemi elaborati dal diritto statuale; e ciò – come si è rilevato[31] – in quanto, diversamente, si

Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale, Napoli, 2008; V. E. FROSINI, voce *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, in *Enc. dir. Annali*, II, 2008, 1133 ss.; M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014.

[28] Così E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà sociale e diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2014, 2, 383; ID., *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal Controllo statale a quello delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 259 ss.

[29] G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., 13-14, che ravvisa l'espressione della 'ragione' nel fondamento dell'azione dei privati; F. VASSALLI, *Extrastatualità del diritto civile*, cit., 755, scrive che «la ragione è l'anima del diritto»; cfr. anche M. GRONDONA, *L'ordine giuridico dei privati. Premesse teorico-generali per uno studio sul diritto dispositivo in ambito contrattuale*, Soveria Mannelli, 2008, il quale esamina il rapporto tra contratto e ordinamento giuridico attraverso l'esercizio del potere derogatorio dei privati, in occasione della regolamentazione del contratto, della disciplina dispositiva dettata dalla legge.

[30] Cfr. Salv. ROMANO, con riguardo specifico al profilo della causalità giuridica espressa dall' 'azione ordinante', *Ordinamento sistematico*, II, *L'azione*, cit., 217 ss.

[31] Cfr. G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., 36; cfr. anche G.B. FERRI, *Il negozio*

disconoscerebbe, fra l'altro, il vigore del sistema pluralistico delle fonti. In termini generali, lo Stato, in sostanza, fondamentalmente 'rinviene' un atto avente già un suo valore giuridico, e ciò fissa il presupposto in ordine al senso e ai limiti di ogni valutazione e 'integrazione' nella visuale dell'ordinamento giuridico. In tali – astratte – rappresentazioni non è però supposto che l'autodeterminazione privata e i suoi svolgimenti operino in una sorta di spazio atemporale, inquadrandosi essi in un certo contesto e poggiando su un cardine di tipo storico-costituzionale, argomentando, quanto meno, dai 'principi' da esso desumibili e segnatamente dall'art. 2 e 3 Cost.

Si pone, certamente, in tale contesto, il problema della rilevanza esterna, *rectius*, dell'opponibilità dell'attività dispositiva dei privati, in relazione, ad esempio, alle situazioni soggettive connesse alla circolazione dei diritti, in seno all'ordinamento. Si è al riguardo osservato che, trattandosi di valutare l'attribuzione ai privati di poteri conformativi di sfere altrui, è da considerare «il quadro complessivo di quelle situazioni in cui l'efficacia *erga omnes* (di per sé qualificante del fatto normativo) si determina con riferimento a regole formalmente riconducibili ad un atto di autonomia»[32].

In proposito è opportuno rilevare che in sé – su un piano descrittivo – l'opponibilità di un 'accordo' nell'ordinamento si pone in ragione della ordinaria limitatezza soggettiva dei destinatari, ma quando la regola privata, in considerazione del suo oggetto, ha un ambito di riferimento e di applicazione assai ampio, il discorso viene a mutare. Ed allora l'inopponibilità di una regola (e dell'atto che la contiene) non dipende tanto dal fatto che essa sia 'privata', ma dal suo ambito di estensione e quindi dal suo contenuto: si sono sopra richiamati, al riguardo, i codici di autodisciplina o deontologici, come fonti rilevanti e rappresentative d'interessi non limitati.

Ma si pensi, ad esempio, ad una figura emblematica, quale quella del vincolo di destinazione, di recente prevista dall'art. 2645-*ter* c.c., sottoposta ad un riscontro di meritevolezza ma idonea a giustificare la rilevanza dell'atto di autonomia nei suoi effetti peculiari, nei confronti dei terzi, nel senso appunto dell'opponibilità.

Se di per sé la considerazione dell'asse dei principi costituzionali pone il presupposto fondamentale della riconoscibilità dell'autonomia privata, nel senso essenzialmente di ancorarla al vaglio dei valori e interessi che essa di volta in volta esprime, al di là del dato della sua provenienza 'privata'[33], il

giuridico, Padova, 2009, 59 ss., il quale rileva che l'incontro tra Stato e autonomia si risolve nel «constatare il grado di compatibilità tra il valore espresso dalla regola negoziale, con quello espresso dalle norme dell'ordinamento».

[32] Così N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giustizia*, cit., 30.

[33] Sui fondamenti costituzionali degli atti di autonomia al fine della individuazione dei giudizi

problema non consiste dunque nella tradizionale gerarchica collocazione del diritto dei privati rispetto alla fonte statuale, intesa come sovraordinata, bensì nell'apprezzabilità del significato degli indici e dei valori che concorrono a determinare la formazione delle regole su cui si basa la trama della vita sociale[34], non già in termini di analisi o addirittura di sussunzione di un 'fatto' nello schema legale al fine di conferirgli giuridicità, ma di un vaglio in ordine alla rilevanza nell'ordinamento dei vari modi di produzione giuridica, nell'ambito di una 'competizione' fra fonti concorrenti di per sé tutte espressive di indici giuridici[35].

Volendosi ancora riferire a talune esemplificazioni dei prodotti dell'autonomia privata, si considerino nella loro problematicità – operanti su diversi livelli – la 'fiducia' e i rapporti di 'affidamento' che ne conseguono[36], il *trust*, la 'destinazione' e in generale i congegni di regole (oltre la citata *lex mercatoria*, l'autodisciplina etc.), espressioni di peculiari interessi connessi ai programmi di una diretta gestione ed attuazione, che prospettano complessivamente un'attitudine ad assumere rilievo e ad integrarsi nella rete dell'ordinamento giuridico. Da ciò l'esigenza di criteri di raccordo e di pertinenza con il quadro complessivo dei rapporti nel contesto sociale, ma al di fuori di una logica di subordinazione o di condizionamento.

In tale direzione, tornando al tempo presente, mentre si certifica il declino del primato della legge dello Stato nella disciplina del sociale, si valorizza l'interdipendenza della varie voci e fonti della realtà giuridica, coniugata alla luce di qualificati indici di valore quali l'eguaglianza, la solidarietà, la buona fede, la ragionevolezza etc., nell'essenziale acquisizione di un dato storicamente decisivo, quale il concorso, in 'pari dignità', delle fonti, fra cui, fondamentalmente, quella dell'autodeterminazione privata nella sua diretta – e

di valore cui ricondurre gli interessi sottostanti, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persone e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 59 ss.

[34] Cfr., fra tante riflessioni, B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014, 41 ss.; F. VIOLA, *Il diritto come prassi sociale*, Milano, 1990, *passim*.

[35] C. CASTRONOVO, *L'eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 10 ss., rileva peraltro l'esigenza oggi di una ricomposizione del sistema, quale caratteristica espressiva dell'unità dell'ordinamento, considerando la 'disarticolazione che deriva da una pluralità di fonti irriducibili a una chiara e netta gerarchia' e «il prevalere dell'atteggiamento ermeneutico su quello dogmatico» (3); ma per una diversa impostazione cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giustizia*, cit., 184 ss.

[36] Cfr. M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014; ID., *Istituzioni del diritto dei* trust *negli ordinamenti di origine e in Italia*, Padova, 2016; F. ALCARO, *Gestioni e affidamenti fiduciari: appunti (Poteri, Attività e destinazioni)*, in *Vita not*., 2014, 2, 711 ss.

originaria – attività ordinatrice dei bisogni e delle esigenze fondamentali dei consociati.
Si dovrebbe allora senz'altro decodificare – come pur da tempo, invero, prospettato – la qualifica storica del 'privato' nel senso d'intenderla nei termini della dimensione 'comune', appartenente ai soggetti singoli e collettivi, insomma agli attori indeclinabili della vita reale nella loro opera incessante di organizzazione e di evoluzione delle pratiche connesse all'esigenza del 'vivere' in tutte le sue articolazioni: con ciò ridiscutendosi l'antica distinzione fra pubblico e privato, oggi – nell'attuale evoluzione – fin troppo schematica per risultare espressiva[37].

3. Il diritto privato fra crisi della statualità del diritto e pluralismo delle fonti. Esigenza di coordinamento e di cooperazione in chiave ordinamentale

Giunti a questo punto – evidenziando il diritto dei privati, in ogni caso, il suo ruolo costante di impulso della fisiologia delle espressioni dell'esperienza giuridica – è più chiaramente proponibile la seguente domanda:
Con il 'diritto dei privati' si può continuare ad indicare – come originariamente ritenuto – un diritto autonomo, tendenzialmente fuori dal riconoscimento e dal rapporto con lo Stato o esso rappresenta oggi l'ordinaria genesi di quel che si definisce 'diritto privato', quale diritto elaborato – poi – dallo Stato per registrare i rapporti instaurati tra privati? Non si può naturalmente ragionare in base a parametri rigidi e astratti e ciò in quanto, inteso anche nel primo senso, occorre chiedersi cosa significhi quell'autonomia, ove si consideri l'unitarietà dell'ordinamento giuridico. Una regolamentazione nascente dall'autodeterminazione dei privati potrebbe contraddire, ad esempio, al canone della buona fede, dell'eguaglianza, della ragionevolezza (in particolare, il principio di ragionevolezza è apprezzato e interpretato a livello costituzionale, del diritto europeo e del diritto civile, quale cardine della funzione di adattamento e adeguamento delle regole giuridiche ai casi concreti dell'esperienza sociale)[38]

[37] Avvertiva S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 696 che ogni mutamento o crisi nel campo del diritto riconduce alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Per il superamento di una loro rigida contrapposizione nella prospettiva dei valori della persona, cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persone e mercato*, cit., 58 ss.; di recente, anche in ottica comparatistica, G.A. BENACCHIO - M. GRAZIADEI (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Napoli, 2016.
[38] Cfr., tra tanti, G. TESAURO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2012; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, 64 ss.; S. TROIANO,

e ai principi generali, senza compromettere l'efficienza di un'azione giuridica? Ma, allora, ove in ipotesi, si rappresentasse la coesistenza nella duplice versione di un'autodeterminazione originariamente 'indipendente' e svincolata e di una autodeterminazione 'aperta' invece verso lo Stato, si porrebbe sempre però il problema della rilevanza nell'ordinamento delle regole prodotte dall'autodeterminazione privata, rispetto ai criteri e alle ambigue tecniche del 'riconoscimento' o dell''integrazione'. Fermo restando, peraltro, che se il diritto dei privati sia considerato fonte originaria e primaria nella produzione delle regole, a prescindere dal riconoscimento, eventuale, dello Stato, ciò non significa e non implica che quelle regole siano, naturalmente, per ciò stesso, contenutisticamente indifferenti o senz'altro in contrasto con il diritto statuale! Se il diritto dei privati esiste e si radica nell'effettività e opera nelle fibre della società, lo Stato potrà poi assumerlo per completarlo, o eterointegrarlo. La dialettica rimane sempre nel vigore della pluralità delle fonti, al di fuori di una logica di subordinazione.

Il diritto privato *tout court* potrebbe così oggi costituire ad un tempo – analizzando il processo storico – l'insieme di ciò che fu 'diritto dei privati' all'origine e di ciò che si 'aggiunge' – in vario modo – ad opera delle altre fonti, compresa quella dello Stato[39]. Si pensi del resto al formarsi delle consuetudini, degli usi e alla loro progressiva formalizzazione nei vari settori socio-economici.

Ma occorre svolgere un'ulteriore riflessione.

Come si è già rilevato, si constata dagli interpreti, seppur con diversità di accenti e prospettive, la crisi della statualità e il consolidarsi del pluralismo, implicanti limiti della fonte legislativa di fronte alla complessità dell'esperienza ("ritorno al diritto") e ai mutamenti socio-economici: si riscontra la perdita essenzialmente

voce *Ragionevolezza*, in *Enc. dir. Annali*, VI, Milano, 2013, 799 ss.; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015; secondo N. LIPARI, «il principio di ragionevolezza ha soppiantato ogni modo di argomentare in chiave di deduttività ed è diventato il metodo giuridico fondamentale», in *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1157.

[39] G. ALPA, *Che cos'è il diritto privato?*, cit., 10, nel ripercorrere l'evoluzione del diritto privato, afferma che esso «inteso come il complesso delle sue concezioni, della sua struttura logica, delle sue funzioni, si è trasformato nel tempo: nell'Ottocento era il diritto dei privati, la sfera nella quale lo Stato non doveva penetrare, ma solo legittimare; nella prima metà del Novecento era la sfera dell'autonomia dei singoli inquadrata nel paradigma dello Stato (legislatore, regolatore, imprenditore, amministratore); nella seconda metà del Novecento era la sfera privata in cui lo Stato garantiva il rispetto dei valori costituzionali. Oggi è un processo in divenire, un complesso di regole in cui l'autonomia convive con i valori costituzionali e con le regole comunitarie e con il mercato concorrenziale. Per più di un secolo il diritto privato si è giustapposto all'autorità dello Stato; oggi le sue parole d'ordine sono persona, libertà, mercato, regolazione».

della sua centralità con il conseguente ridimensionamento o, addirittura, rovesciamento del principio di gerarchia delle fonti[40]. Rimane, peraltro, l'esigenza di garantire determinati valori quali l'eguaglianza, la giustizia, la solidarietà nella vita della comunità, senza presunzioni di automatismi, per la sopravvivenza qualitativa dell'ordinamento[41].

In tale contesto, il diritto dei privati oggi indica una delle fonti di produzione del diritto o meglio, la fonte base – in quanto produzione originaria della società – del sistema socio-economico e quindi giuridico. Dunque, fonte destinata, nel suo declinarsi, secondo le esigenze dei soggetti, ad esprimere una varietà di forme, modalità, rapporti etc. e più di ieri, nella complessità dei processi dell'esperienza sociale, ad assumere un rilievo fondamentale per il suo ruolo di genesi della produzione giuridica, espressiva di aderenza e pertinenza ai bisogni della società[42]. Tutto ciò peraltro non senza interrogativi assiologici.

Di fronte ai mutamenti intervenuti complessivamente nell'assetto giuridico 'moderno', le riflessioni degli studiosi pongono, infatti, spesso, angosciose domande sulla sorte del diritto e forse sulla sua stessa sopravvivenza[43], quando si tratta più realisticamente di registrare un processo evolutivo del modo di essere dell'ordinamento giuridico e del modo di concepirlo, di una «riduzione o attenuazione della sua presenza» specialmente quando si identificasse «il diritto e l'ordinamento con le norme e col sistema positivo dello Stato. Il fenomeno giuridico, come ci avverte la vicenda storica, non si esaurisce peraltro in quella dimensione» e quindi nelle regole formali che da quella fonte derivano[44].

[40] Cfr. P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, 2005, 14 ss.; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, cit.; cfr. anche per uno sguardo complessivo sulla storia e sull'evoluzione del diritto privato, con particolare riferimento alle vicende del positivismo giuridico, di F. WIEACKER, l'opera classica, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it., Milano, 1980.

[41] Cfr. V. SCALISI, *Ritorno al diritto (Dialogo con Paolo Grossi)*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1, 129 ss., per alcuni incisivi rilievi di carattere generale e prospettici in ordine alle inquietudini indotte dalla molteplicità delle fonti produttive della giuridicità. Con riguardo specifico alla giustizia, si afferma che essa «diventa una chiave di lettura del modo in cui, nelle varie articolazioni delle sue manifestazioni, i rapporti sociali possono essere intesi e valutati nell'ottica del diritto»: così N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giustizia*, cit., 267.

[42] Rilevate le questioni dell'adeguatezza socio-strutturale dei concetti giuridici, pur considerate le diversità fra sistema giuridico e sistema sociale, ma anche le connessioni tra aspettative sociali e soluzioni giuridiche, ribadisce «l'esigenza di concetti giuridici socialmente adeguati», N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. it. a cura di A. Febbrajo, Bologna, 1978, 105 ss.

[43] Cfr. in tal senso P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, 2009, 9.

[44] Così P. RESCIGNO, *Pluralità di ordinamenti ed espansione delle giuridicità*, in P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, cit., 84 ss.

Ma, in una sorta di prova di resistenza, può domandarsi quali rischi di disvalore e appunto dal punto di vista assiologico – attesa la sua genesi – il diritto dei privati potrebbe peraltro comportare. Non si tratta, infatti, solo di esaminare il problema limitandolo ad un discorso di legittima individuazione delle fonti, dovendosene considerare anche la 'qualità' produttiva. E questo essenziale profilo non può non influenzare la discussione, in prospettiva, sul diritto dei privati e sul suo complessivo ruolo, nella odierna rivalutazione della sua funzione, superando antiquate letture tese a ricacciarlo in una dimensione storica anacronistica, nella suggestione dell'antico dualismo pubblico/privato, elementarmente e primitivamente individuato.

È perciò ragionevole considerare che se è plausibile il quadro rappresentato, ciò nondimeno occorre avere consapevolezza e farsi carico dell'esigenza di un coordinamento di siffatto pluralismo in chiave 'ordinamentale', valorizzando sia a livello di principi che di regole integrative e di canoni normativi, ogni congegno di promozione e garanzia dei valori ritenuti fondamentali della comunità, nonché dei raccordi intercorrenti fra di essi[45]. Si accresce in tale direzione l'istanza sistematica in funzione di protezione d'interessi e valori essenziali, non già secondo l'indirizzo storico 'moderno' dell'attribuzione ad un Ente, sovraordinato, quale lo Stato, del ruolo di impositore autoritario di modelli e forme di rapporti, ma della instaurazione di dialoghi fra 'enti' finalizzati alla predisposizione e concretizzazione di regole di armonizzazione delle varie componenti della società.

Si può così prospettare e proporre, sulla scorta di quanto fino qui argomentato, che la formula 'diritto dei privati', nell'evoluzione del suo significato originario, rappresenti oggi l'insieme delle iniziative instaurative delle azioni ordinatrici dei soggetti, individuali o collettivi, nel quadro e nell'ambito dell'ordinamento, la cui funzione mira a ricomprendere e ricomporre tutte le fonti produttive delle regole, pur con rilievo e valutazioni differenziati[46].

L'evocata e felice formula del 'ritorno al diritto' trova qui, per questa via, la sua giustificazione e convalida, nella misura in cui si viene ad evidenziare la formazione del diritto dal basso e secondo le espressioni della società e quindi

[45] Pone l'accento sul raccordo fra ordinamenti diversi, N. LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati*, in *Riv. dir. civ*., 2007, I, 729 ss.

[46] Osserva S. GRUNDMANN, *L'unità del diritto privato da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato*, in *Riv. dir. civ*., 2010, 4, 606, «Il diritto privato deve essere visto sotto il profilo dell'autonomia privata e del quadro regolatore che mantiene le condizioni necessarie perché quest'uso sia libero per tutte le parti coinvolte …, nel senso quindi della congiunzione dell'autonomia con l'ordine di protezione».

non in modo autoritario, secondo una rigida gerarchia delle fonti. Pervenendosi così ad una più consapevole riscoperta del pluralismo e della complessità dell'ordine giuridico, nel segno della Costituzione ed oggi del diritto europeo e del diritto globalizzato[47].

In tale contesto il riferimento – non descrittivo – al diritto dei privati, nella ricchezza delle sue espressioni, in aderenza con le esigenze di varia natura proprie della vita dei soggetti, ne registra il suo apporto ordinante alla edificazione della trama dell'universo giuridico che, di per sé, si risolve sempre meno in un insieme di norme e di tipo autoritario[48].

4. Superamento della 'separatezza' o del 'parallelismo' del 'diritto dei privati' nel mutamento complessivo delle fonti della giuridicità: correlativamente, crisi della identificabilità del 'diritto privato' come diritto statuale. Declino dello schematismo pubblico/privato e concorso di fonti in un processo dinamico di integrazione a vari livelli

Ma occorre, a questo punto, proporre una linea ricostruttiva. L'appartatezza e indipendenza del 'diritto dei privati' – come un tempo rappresentata (Cesarini Sforza) – aveva storicamente senso e giustificazione nel contesto della preminenza o esclusività della produzione del diritto ad opera dello Stato, ritenuto unico referente della legalità 'positiva' e 'conformità' delle manifestazioni giuridiche. È questo un dato di carattere obiettivo, fondato sulla ricognizione assai accreditata dell'analisi storica.

Allentatasi tale imputazione con il recupero di altri fattori produttivi del 'giuridico', quella lateralità (o estraneità) era (ed è) però destinata a venir meno o ad attenuarsi: venendosi a ripristinare e ad attivare un dialogo fra fonti diverse in un quadro più ampio e sinergico.

Al legalismo statalista si va così sostituendo una giuridicità diffusa e

---

[47] Così P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, X ss.; P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, 7 ss.; ID., *Leale collaborazione fra Corte costituzionale e Corti europee*, Napoli, 2008, 9 ss., nel rilevare il superamento della prospettiva statocentrica, sostiene la configurazione di un sistema unitario a vocazione circolare, costituito da diritto nazionale, comunitario e internazionale, idoneo a favorire la valutazione dei principi fondamentali, al di là della loro prevalenza; cfr. anche A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le libertà fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ*., 2016, 3, 712 ss.

[48] Chiaro è il riferimento alla concezione rivisitata del diritto come 'ordinamento' e all'opera complessiva di Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, rist., Firenze, 1962, 27 ss.; cfr. anche *L'ultimo Santi Romano*, con nota bio-bibliografica di Alberto Romano, Milano, 2013.

policentrica[49], quindi in senso antiriduzionistico, una pluralità e ricchezza di fonti rilevanti per la loro attitudine ad accogliere e ordinare le istanze della prassi e dell'esperienza socio-economica. In una prospettiva di tale natura l'esigenza 'istituzionale' della (ri)composizione e del coordinamento (elastico) non cancella naturalmente l'identità e specificità delle singole fonti in un coacervo indistinto, emergendo comunque il calibro della loro diversa tenuta e della rispettiva attitudine sistematica nonché della consonanza con i valori e i principi ispiratori dell'assetto sociale del tempo storico[50].

Le derivazioni extrastatuali, transnazionali e globali, le regole, gli usi e le consuetudini, emergenti nella loro diversificata origine, delineano perciò un quadro complesso e di livello differenziato[51]. E riferendoci al nostro specifico osservatorio del diritto dei privati, esso non vede disperdere caratteri e modalità espressive, salvo sottoporsi al vaglio dell'ordinamento per le sue vocazioni programmatiche e assiologiche in un contesto, peraltro, nel quale – per quanto sopra descritto – la funzione di coordinamento si colloca su un piano che trascende la posizione un tempo dominante ed esclusiva dello Stato (nazionale).

In che modo, allora, le creazioni dei privati si strutturano? Secondo propri criteri in relazione all'organizzazione delle proprie sfere, o nell'adattamento alle regole presenti nel 'sistema' normativo? Se l'azione modellatrice e realizzatrice degli interessi è sempre avviata e svolta dai soggetti stessi, che ne sono i portatori, il disegno ordinatore e regolamentare finale scaturisce tuttavia dall'intreccio con altri canoni e regole desunti dall'ordinamento. Diviene perciò rilevante il modo e i limiti in cui l' 'autonomia' viene di volta in volta ad esercitarsi[52] e

[49] P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 86-87; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 169 ss. e 262 ss.; ID., (a cura di), *Saggi sulla globalizzazione giuridica* e il pluralismo normativo, Torino, 2013; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; cfr. anche, di recente, le interessanti osservazioni sul principio di legalità e sul valore della regola dello *stare decisis*, in *common law* e in *civil law*, di E. SCODITTI, I*l diritto che non viene dal sovrano e il precedente giudiziario*, in *Giust. civ.*, 2017, 2, 2 ss.

[50] Sul processo di pervasiva pluralizzazione delle fonti nell'attuale contesto storico istituzionale, cfr. V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 2, 148 ss., B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., 32 ss.

[51] Cfr., *ex multis*, con riguardo agli effetti della globalizzazione, M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012, specialmente 126 ss.; sulla Consuetudine quale fonte del diritto, cfr. l'esemplare voce dei *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 43 ss., di Santi ROMANO; G. ZAGREBELSKY, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Milano, 1970; F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2008, 100.

[52] Per l'analisi di varie situazioni, cfr. R. TOMMASINI, *Autonomia privata e trasformazione dei rimedi*, Torino, 2013, *passim*.

non, logicamente, in termini astratti. E ciò in quanto, in un contesto pluralistico di fonti e di iniziative, è difficile concepire l'assenza di un'interrelazione fra di esse e di un reciproco contributo costruttivo, cosicché l'originarietà degli apporti, significativi della loro genesi, è destinata a misurarsi, nei propri contenuti, con altri principi desumibili dal contesto generale: del resto, è questa – della composizione – una nota dominante dell'odierna formazione del diritto.
Può ritenersi allora che oggi venga meno la distinzione, storica e concettuale, tra 'diritto privato' e 'diritto dei privati'? Ogni formula, com'è ovvio, riflette le problematiche e le idee del tempo e ciò induce cautela nell'interprete, ma l'interrogativo ha un suo fondamento.
Ragionevolmente, può ribadirsi ancora, in via di principio, che mentre il diritto privato designa, in via generale, il complesso delle regole dettate o vagliate dal 'legislatore' (qualunque esso sia) per disciplinare le attività di tutti i soggetti, il 'diritto dei privati' si riferisce a tutto ciò che proviene e scaturisce dalle iniziative e dalle azioni dei consociati nella loro opera di individuazione, cura e attuazione diretta dei propri interessi. Ma se la distinzione ha una sua tenuta, essa va intesa in termini diversi rispetto al passato, essendo mutato il quadro di riferimento e le concezioni che lo sorreggono[53].
Non più dunque separatezza o 'parallelismo' del diritto dei privati, ma sviluppo e processo fisiologico dello svolgersi del 'giuridico' che, muovendo dall'impulso della collettività dei vari soggetti, approda, mediante integrazioni e adattamenti, ad un'efficacia compiuta e più estesa.
Verosimilmente, il disconoscimento di tale processo ha portato nel tempo ad accreditare l'opinione che tutto il diritto e quindi anche il diritto privato fosse di esclusiva derivazione statuale, con il marchio della sua forza, risultando relegati fra i 'fatti' o le 'ipotesi di fatto' comportamenti e atti dei privati concepiti secondo il paradigma della fattispecie e la logica formale della sussunzione sillogistica[54].
Al più poteva concepirsi che alcune manifestazioni dei privati potessero vivere nel loro ambito, ma separato e quindi non opponibile alla sfera dello Stato, che era perciò intesa come l'unica rilevante ed efficace.

[53] Rimarca il carattere della 'complessità' quale categoria della contemporaneità, V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 31 ss.
[54] F. ALCARO, *Diritto privato*, Padova, 2017, 3° ed., 38 ss.; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 10 ss.; peraltro, in senso diverso, A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 245 ss.; ID., *La fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 927 ss.; N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 36 ss., ID., *Un diritto incalcolabile*, cit.: il riferimento è, com'è noto, alle esigenze di prevedibilità delle soluzioni giuridiche valorizzate da M. WEBER, *Economia e società*, III, Milano, 1980, 17 ss.

Nel compiersi del descritto itinerario e della relativa parabola mutano perciò i termini fondamentali della concezione complessiva della giuridicità e delle sue fonti: e non poteva perciò non risentirne l'antico 'diritto dei privati' espressivo di una formula collocantesi fuori dal contesto 'legale' (statuale). Ma tende oggi a riemergere, benché in termini diversi, sulla base del pluralismo e dell'attuale evoluzione, anche nella formazione spontanea del diritto privato europeo «il riflesso della ineliminabile extrapositività del diritto privato *tout court*»[55] – che richiama il noto rilievo sull' «extrastatualità del diritto privato»[56] – E ciò, certo, non già per segnalarne un depotenziamento o un limite invalicabile di rilevanza. Anche con riguardo alla *lex mercatoria* – riferimento oggi fondativo (benché controverso) di regole e usi – quale modalità giuridica della globalizzazione, si manifesta la vocazione dell'autonomia privata a trasformarsi da diritto dei privati in diritto privato, tanto più quando trova necessario riscontro in talune parti dei cosiddetti codici di fattura dottrinale (i Pdec e i principi *Unidroit*)[57].
E proprio tale trasformazione o transizione è fenomeno rimarchevole in funzione di un mutato rapporto fra i due ambiti: continuità e momenti sequenziali di un unico fisiologico processo, nel quale il diritto dei privati segna la genesi ordinaria e la base sostanziale del formarsi e dell'esprimersi della giuridicità dell'organizzazione sociale.
Da questo punto di vista non può sfuggire il rilievo che assume il diritto privato quale visuale privilegiata del sorgere e del radicarsi della fenomenologia giuridica. Non più dunque diritto privato come diritto 'statuale' scisso e distinto nel suo formarsi rispetto alla sfera della 'autodeterminazione' individuale e collettiva. E per converso, 'diritto dei privati' non più autoreferenziale, o appartato e isolato, ma orientato e proiettato verso – *rectius* entro – l'ordinamento per un'efficacia complessiva più estesa e un'integrazione organica, realizzandosi quale concorso di fonti e pluralismo di espressioni che costituisce la caratteristica dell'esperienza giuridica contemporanea[58], quindi senza esclusivismi nella produzione del diritto (privato) e, segnatamente, ad opera dello Stato.

[55] Così C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. I, Milano, 2007, 8.
[56] F. VASSALLI, *Extrastatualità del diritto civile*, cit., 755 ss.
[57] C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit.; S. CARBONE, *Autonomia contrattuale e commercio internazionale. Principi e casi*, Milano, 2014, ove viene analizzato il rapporto fra principi *Unidroit* e autonomia privata nel quadro dell'ordinamento giuridico.
[58] P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, 13; F. BRAVO, Ubi societas ibi ius *e fonti del diritto nell'età della globalizzazione*, in *Contr. impr*., 2016, 1344 ss.; V. SCALISI, *Ritorno al diritto (Dialogo con Paolo Grossi)*, cit.; G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014.

Esemplificando, il 'Contratto' e, in generale, l'atto di autonomia, nella loro dimensione regolatrice, avente una carica normativa, vengono a coesistere con le altre fonti[59], pur integrati con le norme statuali, nel quadro dei principi generali, interagendo secondo la propria vocazione e forza in un contesto, nel quale subiscono un processo di revisione le funzioni della sovranità e dell'autorità, nel processo di una edificazione globalizzata e 'dal basso' della trama ordinante dei rapporti economico-sociali[60]. In tale ordine di idee si è significativamente sostenuto che nella cornice costituzionale «tutte le antinomie percepibili sul piano fenomenico tendono a risolversi, identiche essendo le regole che determinano la rilevanza in termini positivi o negativi dell'operazione negoziale e in modo armonico conferiscono il giusto calibro all'assetto d'interessi, ritenuto idoneo ad essere perseguito attraverso un autoregolamento certamente suscettibile di interventi correttivi, ma non di sostanziale alterazione, intangibile essendo il suo nucleo originario, del quale solo il diritto dei privati è competente a foggiare i caratteri»[61]. E ciò in quanto «Uno è l'ordinamento generale che affonda nel diritto dei privati le sue radici: da ciò un processo dialettico fondato sul 'principio di ragione che conduce al superamento delle contrapposizioni»[62].

Supposto comunque un concorso di fonti diverse ma di tipo cooperativo[63], si tratta di concepire i contributi ad esse imputabili alla luce dei principi generali finalizzati all'unità complessiva e dinamica delle proiezioni giuridiche della realtà sociale[64].

Si è così osservato che nell'esperienza del diritto contrattuale primeggiano

---

[59] Rileva F. GALGANO, *Le fonti del diritto nella società postindustriale*, in *Sociologia del diritto*, 1990, 158 che ove si escludesse il contratto delle fonti del diritto, ci si precluderebbe «la possibilità di comprendere in qual modo muta il diritto del nostro tempo».

[60] Rileva che il diritto è essenzialmente fenomeno sociale di tipo orizzontale, P. GROSSI, *Prima lezione del diritto,* Roma-Bari, 2003, 11 ss.

[61] G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., 122.

[62] G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., 36; parimenti P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *L'ordinamento giuridico vigente e i suoi valori*, cit., 3 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 6 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, cit., 322 ss.

[63] U. BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale*, in *Enc. dir. Annali*, III, 2010, 420 ss.; V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti*, cit., 174 ss.

[64] In tal senso anche G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, cit., 122; sui principi generali cfr., fra tanti, di recente, F. ADDIS, *Tra norme e principi*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, 1019 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2006, 35 ss.; N. LIPARI, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 28 ss.; C. LUZZATI, *Clausole generali e principi oltre la prospettiva civilistica*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, 11 ss.

ancora il principio di autonomia e il principio di 'legalità', ma «nella cornice di una fenomenologia di alta e varia forza innovativa, ove si riflettono i percorsi alterni e le tensioni conflittuali delle società contemporanee»[65]. Autonomia contrattuale e legge vanno dunque analizzate e ripensate nel quadro dei principi costituzionali[66] e della molteplicità delle fonti che altera lo schematismo dicotomico del privato/pubblico, del singolo e del collettivo, nell'ormai declinante monopolio statuale della produzione delle regole[67]. Si è al riguardo anche sostenuto che «in misura crescente la volontà contrattuale dei privati eredita funzioni abdicate dalla sovranità statale e, in definitiva, il contratto surroga la legge»[68]. Ed in tale direzione il contratto non potrebbe «essere letto nell'ottica esclusiva della determinazione volitiva o dell'autoregolamento di privati interessi»[69].

Il richiamo, nell'esperienza contemporanea, del diritto dei privati non ha dunque più e solo un'intonazione storica di uno scenario ormai tramontato, ma vale quale riproposizione, aggiornata, di un termine di riferimento fondamentale della dialettica giuridica fra i vari protagonisti e fra gli interessi, i valori e le tecniche di cui ciascuno di essi a vari livelli è portatore[70]. E il panorama non si esaurisce nel constatare la presenza di fonti private delle regole accanto a quelle legali, occorrendo rilevare altresì che quest'ultime spesso rivelano una metodologia negoziale, esprimendo una composizione non autoritaria d'interessi[71].

Ne consegue che la caduta del mito del positivismo legalistico e della

---

[65] U. BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale*, cit..

[66] F. MACARIO, voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, cit.; cfr. anche C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 44 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, 17, il quale ritiene che il fondamento costituzionale dell'autonomia privata non vada ravvisato in una prospettiva di 'limite' ma in quella della conformazione; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, 11 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, (Rist.), Milano, 2004, 50 ss.

[67] Cfr., per alcuni spunti nel quadro dei caratteri della normazione dell'Unione europea, P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1, 101 ss.

[68] Così V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economica: verso una revisione della teoria del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 602.

[69] In tal senso, N. LIPARI, *Intorno alla giustizia del contratto, in Il diritto civile ...*, cit., 242; cfr. anche F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, 919 ss.

[70] Nelle forme di una circolarità dialogica il rapporto si svolge nella prospettiva del diritto europeo: cfr. V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 413 ss.

[71] Cfr. N. LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 1, 307 ss.

corrispondenza del diritto civile con lo Stato sovrano, la crisi, rilevata, dell'antica distinzione di campo fra interessi sociali e interessi individuali, hanno prodotto una nuova sistemazione delle componenti di ciò che concorre a definire, non in senso opzionale, il 'sistema', pur in un intrico non sempre di agevole ricognizione e qualificazione[72].

Se l'autodeterminazione dei privati esprime il principio fondativo dell'ordine economico-sociale e quindi la fase genetica di esso, lo sviluppo successivo investe il processo di integrazione nel sistema, nel quale s'individuano in vista di un'applicazione effettiva valori essenziali quali – esemplificando – l'eguaglianza, la solidarietà, la giustizia delle contrattazioni e la equità, nell'antagonismo o nel contemperamento, di volta in volta, con le ragioni 'pure' del mercantilismo concorrenziale e dell'efficienza economica[73]. E tutto ciò nel segno di un 'diritto civile costituzionale'[74].

Non potendosi peraltro imputare all'autonomia privata l'assunzione organica di siffatti compiti e non potendosi ritenere sempre affidabile che il conseguimento dei valori su indicati possa scaturire da un generalizzato e sicuro controllo sugli atti di autonomia ad opera del Giudice[75], dovrebbe valutarsi, di volta in volta, l'esigenza e i modi dell'intervento di tipo legislativo, anche europeo – o, peculiarmente, interpretativo della Corte di giustizia – in funzione integrativa e compositiva delle regole complessive, proprie dei rapporti interprivati.

E ciò, ribadendosi che la rivendicazione al 'diritto dei privati' della funzione

---

[72] Fra tanti, cfr. V. SCALISI, *Fonti – Teoria – Metodo. Alla ricerca della "regola giuridica" nell'epoca della post modernità*, Milano, 2012, 5 ss. e 227 ss.; U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea fra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Immagini del diritto privato*, cit., 50, il quale rileva che le fonti indicherebbero «fenomeni che non sono inseriti in un ordine verticale o che comunque provengono dal basso e non dall'alto di una trama sociale»; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., 32-33, rileva che «il sistema giuridico non si presenta più come un quadro definito dal quale si possano ricavare deduttivamente conclusioni univoche e soluzioni per ogni possibile caso, ma semmai come un punto di riferimento tendenziale …».

[73] Di recente su tali tematiche, E. NAVARRETTA, *Il contratto 'democratico' e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ*., 2016, 1262 ss.; ID., *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2014, Milano, XLIII, 589 ss.; sulla solidarietà, in particolare, quale valore concretamente operante nella realtà sociale e finalizzato a molteplici obiettivi, cfr. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; P. RESCIGNO, *Solidarietà e diritto*, Napoli, 2006; P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ*., 1995, 84 ss.

[74] Cfr., per tutti, la fondamentale opera di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 3° ed.

[75] Per la critica della creatività della interpretazione giurisprudenziale, cfr. anche C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, cit., 11 e 87 ss.; ma per contro N. LIPARI, *Il diritto civile etc*., cit., 15 ss.

genetica dell'edificio giuridico della vita individuale e sociale non possa naturalmente esaurirsi nell'analisi di tale ruolo (d'impulso e di iniziativa), dovendosi, in ogni caso, valutare i contenuti e i valori di cui esso è portatore in vista del vaglio e della complessiva composizione nella ineludibile cornice dell'ordinamento[76].

Occorre pur registrare – almeno nella contingenza storica – che, negli attuali orientamenti normativi del diritto dell'economia, se i privati possono costituire i protagonisti dell'iniziativa dell'organizzazione, in genere, di determinati assetti economico-sociali, la regolamentazione complessiva dei rapporti non è di loro esclusiva competenza, concorrendo varie fonti, fra le quali, oggi, accanto ai principi generali e alle regole d'emanazione dello Stato, al diritto (comune) dell'Unione europea e comunque, sovrannazionali, (emergono) anche quelle delle (cosiddette) Autorità amministrative indipendenti, operanti nei vari settori dell'economia e dei mercati, spesso sostitutive degli interventi dello Stato. E ciò, si è rilevato, pur riconoscendo una tendenza alla privatizzazione e quindi alla autoregolazione e 'procedimentalizzazione' delle norme, ma nel contesto, appunto, delle incisive discipline di quelle Autorità[77], derivandone un intreccio non sempre armonico di discipline miste e una compenetrazione di tecniche pubbliche e private[78] che scandiscono la traiettoria del governo dell'economia.

Vengono così a indebolirsi – non senza problemi – i lineamenti di un sistema di coordinate definite e schematicamente ordinate, e dai confini labili, forse anche nel segno delle tendenze asistematiche e antifondazioniste proprie del *post moderno*[79] e, sul piano materiale, per gli effetti dell'evoluzione e della crisi

[76] Con riguardo ai contratti internazionali, in particolare, S. CARBONE, *Autonomia privata e commercio internazionale*, cit., 59, rileva che non è nel solo esercizio dell'autonomia privata che trova fondamento e giustificazione la disciplina apparentemente autosufficiente di quei contratti, dovendosi inquadrare e «ricevere legittimazione giuridica nell'ambito di un sistema ordinamentale».

[77] Cfr. l'interessante saggio di A. JANNARELLI, *Dall'età delle regole all'età dei principi e oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post moderno*, in *Giust. civ.*, 2014, 4, 993 ss. e 1028 ss.; ID., *I principi nel diritto privato tra dogmatica, storia e post moderno*, Roma e America, 2013, 115 ss.; cfr. anche P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, cit., 103 ss.

[78] Cfr. in tal senso e per la rilevazione di tale tendenza, già C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, con un'efficace analisi dell'esercizio del potere privato. Si allude spesso anche ad un 'disordine delle fonti': cfr. G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 32 ss.; G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 5 ss.; V. VITI, *Il contratto e le Autorità indipendenti*, Napoli, 2013; S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 601 ss.

[79] Sul 'postmoderno' nell'ambito del diritto, cfr. G. MINDA, *Postmodern legal movements. Law*

economica, in ragione dei quali i paradigmi 'pubblico' e 'privato' esigono un rimodellamento, facendo registrare spesso un fenomeno d'ibridazione.
Tali visuali confermano l'interprete nell'esigenza di analizzare con cautela ed accortezza la composizione dell'attuale quadro ordinamentale, attesa la complessità dell'ordito e l'intreccio di molteplici profili, ma nel riconoscimento (e nella riscoperta) che il ruolo del diritto dei privati costituisce pur sempre l'origine e la forza motrice della fenomenologia giuridica, la cui cifra fondamentale è espressiva di un'essenza ordinante[80] della struttura complessa dell'esperienza sociale[81], al di là delle manifestazioni autoritative.
In tale prospettiva – e in un orizzonte ulteriore – può altresì rilevarsi come il potere ordinante dei privati si esprima piuttosto, quanto alle sue modalità, attraverso un'*attività* complessiva, più che mediante quelli che sono individuati, nella tradizione classificatoria, come *atti*, significativi di un'avvenuta '*reductio*', formalizzazione o tipizzazione proprie della funzione sistematrice del legislatore, il quale 'riduce', semplifica, riassume, schematizza le produzioni giuridiche al fine di un più efficace e sicuro controllo da parte dello Stato.
Significativamente, la visione degli atti 'per fattispecie' e paradigmi formali è propria, tipica delle esigenze dello Stato. Il mondo dei privati è invece quello dell'agire, dell'attività in senso più lato[82], connotato da aderenza e corrispondenza negoziale con le esigenze e gli interessi di vita al di fuori di un decalogo o di un registro preordinato. La 'preordinazione' è infatti funzionale alla positivizzazione degli accadimenti nel contesto di un'apprezzabilità secondo canali tipici e formali.
Ma tali esigenze di riscontro non possono oscurare o addirittura esaurire le possibili soluzioni rinvenibili nell'ordinamento, aperto agli incrementi della giuridicità, mediante itinerari regolativi diversi e approdi radicati nell'effettività[83].

and Jurisprudence at Century's End, New York 1995, trad. it. di C. Colli, Bologna, 2001; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, cit., 152 ss.; P. GROSSI, *Novecento giuridico*, cit.; N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005; P. PELLEGRINO, *Introduzione alla cultura del postmodernismo giuridico*, Roma, 2012.

[80] P. GROSSI, *La vita nel diritto*, Napoli, 2012, 58.

[81] Cfr. sul punto le organiche e dense riflessioni di V. SCALISI, *Fonti – Teoria – Metodo. Alla ricerca della "regola giuridica" nell'epoca della post modernità*, cit., 115 ss.; per una ricostruzione sistematica della 'complessità' nel 'giuridico', cfr. A. FALZEA, voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir. Annali*, I, Milano, 2007, 201 ss.

[82] Cfr., F. ALCARO, *L'attività. Profili ricostruttivi e prospettive applicative*, Napoli 1999; ID., *L'azione giuridica e la categoria dell'attività*, estr. da FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, 57 ss.

[83] Sul principio di effettività, cfr. i fondamentali studi di P. PIOVANI, che considera l'effettività

Considerati i frutti dell'azione, esprimenti la loro piena rilevanza nell'esplicarsi dell'intrinseca carica ordinante, la conseguente loro integrazione nella dimensione dell'ordinamento (unitario) comporta la diversa collocazione nel quadro delle varie identità e singolarità delle fonti, tutte peraltro concorrenti all'edificazione e contribuzione del 'giuridico', in un determinato contesto storicamente individuato.

Può rilevarsi come la stessa logica del 'riconoscimento', ma ancor più quella dell' 'autorizzazione'[84], spesso evocata, tenda ad esprimere elementi di contenimento e di oggettivo ridimensionamento dell''azione' dei privati, ove l'apporto del riconoscimento statuale risulti decisivo o condizionante nel fondare l'idoneità dell''autonomia' a produrre effetti nell'ordinamento, sul presupposto (tradizionale) dell'attribuzione all'autonomia privata del potere di predisporre i soli effetti empirici o pratici e allo Stato la competenza di quelli giuridici[85]. Ma quella logica antica, peraltro, come si è cercato di illustrare, trova un obbiettivo antidoto o, almeno, temperamento nel variegato panorama della oggettiva pluralità delle fonti produttive della giuridicità, pluralità che supera quindi lo schema binario delle competenze, un tempo ritenuto esaustivo, tra sfera del privato e sfera pubblica statuale, con i conseguenti corollari riduzionistici e semplificatori[86].

Per altro verso, l'articolazione pluralistica che ha come tratto quello dell'intreccio delle varie componenti, non pregiudica, tuttavia, le specificità dei contributi e le caratteristiche proprie di ogni fonte: fra queste, il diritto dei privati conserva la sua funzione creatrice e l'identità qualificante, pur – come risulta – in uno scenario complesso e fluido, di non scontata analisi e di forte impegno

quale "criterio dinamico di legittimazione", voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 431; per l'attuale contesto, cfr., fra gli altri, N. LIPARI, *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in NAVARRETTA (a cura di), *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo*, *Giornate di studio per Umberto Breccia*, Torino, 2015, 151 ss.; per un'ermeneutica dell'effettività, cfr. M. HEIDEGGER, *Ontologia. Ermeneutica dell'effettività*, trad. it. di G. Auletta, Napoli, 1992; G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir. Annali*, X, Milano, 2017, 381 ss.

[84] F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, I, Napoli 1964, 126; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., 51 ss.; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, cit., 1; N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, cit., 560 ss.

[85] Cfr. per tali visioni e impostazioni la ricostruzione di G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norme*, cit., 48 ss.

[86] Per l'inquadramento e la ridiscussione della distinzione delle due sfere con riguardo all'attuale contesto economico, cfr. A. ZOPPINI, *Diritto privato vs Diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 3, 515 ss.; cfr. anche S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002.

ermeneutico[87]. Il carattere non autoritario e la misura delle soluzioni proposte dall'autonomia costituiscono, in definitiva, le ragioni della forza del diritto dei privati, pur nel confronto ineludibile con valori e principi fondamentali quali eguaglianza, equità, solidarietà, etc., presenti nel contesto ordinamentale, e con le esigenze imposte dall'evoluzione dell'assetto transnazionale economico-sociale, invocanti incisive forme 'regolative'[88].

Ma nell'odierno assetto delle 'fonti', delineante un processo di complessa integrazione, il riconoscimento del ruolo e delle 'competenze' dei privati non può essere ricondotto entro limitati confini sia di carattere soggettivo che oggettivo, sull'antico presupposto, di indole positivistica, della subordinazione e dipendenza del 'diritto dei privati' rispetto allo Stato nonché dell'angusto orizzonte connotato dai referenti specifici dell'azione ordinatrice degli interessi. E ciò non solo in ragione della (nuova) concezione della giuridicità in quanto alimentata intrinsecamente dalla socialità, come sopra prospettato, che non conosce diaframmi formali al dispiegarsi della concreta esperienza del vivere collettivo, ma anche della consapevolezza della qualità 'costitutiva' delle regole espresse dall'agire dei soggetti.

Cosicché, ove per un verso si riconoscesse il concorso di una molteplicità di fonti al processo di ordinamento del sociale e per un altro verso si ripristinasse una sorta di formale gerarchia fra le stesse, non giustificata dalla specificità della situazione e del caso in concreto, s'introdurrebbe nella visione del diritto e delle sue applicazioni un fattore di incoerenza o di incongruenza foriero di esiti contradditori e confusi.

5. Il valore e la pratica dell'autodeterminazione nelle vicende economiche e nella cura degli interessi della persona. Il profilo instaurativo del 'fatto' e la genesi di una giuridicità espansiva. Funzione e responsabilità dell'interprete nella individuazione della regola giuridica

Risulta del resto oggi, in una visione complessiva, attenta ai riscontri oggettivi, particolarmente valorizzato il principio di autodeterminazione quale cardine – d'indole costituzionale – del governo degli interessi patrimoniali e, specialmente,

---

[87] Sostiene l'inscindibilità fra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 188 ss., nel senso che in presenza del pluralismo delle fonti l'ermeneutica si caratterizza per la sua capacità di individuazione e sistematizzazione delle medesime.

[88] Illustra i caratteri dell'attuale processo di 'regolazione' dell'economia e quindi del mercato concorrenziale, A. ZOPPINI, *Diritto privato vs Diritto amministrativo …*, cit., 524.

di quelli pertinenti alla persona[89], declinati in varie direzioni, dalla esplicazione delle espressioni della personalità, in ampio senso, alle decisioni assunte in ordine alle vicende esistenziali e specificamente alla salute, *ex* art. 32 Cost.
Ed anche nella giurisprudenza, oltre che nelle prassi degli affari e in numerosi interventi normativi – sotto la spinta del processo d'integrazione giuridica europea – nella sfera del diritto dell'economia, delle regole processuali, con riguardo specifico alla deroga delle ordinarie procedure di espropriazione forzata[90] – e senza trascurare le forme di autotutela privata – nel settore assai delicato delle problematiche familiari e successorie, della crisi dell'impresa e della gestione dell'insolvenza, il valore e la pratica dell'*autonomia* sono ampiamente riconosciuti, concretizzantisi nelle procedure della negoziazione, della mediazione e/o conciliazione dei conflitti, quindi della giustizia privata, nella composizione degli interessi perseguita direttamente su impulso e soluzioni dei titolari stessi degli interessi etc.[91]
Se l'intento di tali pratiche è di volta in volta quello della cosiddetta degiurisdizionalizzazione e della 'vicinanza' delle soluzioni ai valori e alle aspettative della coscienza sociale, come direttamente emergenti, non è difficile argomentare che alla base di tali paradigmi si manifesti la consapevolezza della forza dell'autodeterminazione dei privati nelle sue molteplici declinazioni nei diversi settori degli interessi: la produzione delle regole integra perciò una funzione propria dei privati, quali protagonisti della realtà sociale, interpreti diretti di bisogni e obiettivi, programmatori nella loro azione degli itinerari necessari a soddisfarli[92].
Non è questa, del resto, pura o informe sfera dei fatti[93] – come dai cultori

[89] Evidenzia la centralità della persona in tale visione, G. SINISI, *Gli ordinamenti giuridici privati e l'Autonomia privata*, in FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, cit., 519.
[90] Cfr. sulla specifica tematica, di recente, L. FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, Torino, 2016, 3 ss., il quale pone in evidenza il ruolo riservato all'autonomia nella tutela del credito, (ad esempio) a seguito della previsione del 'pegno mobiliare non possessorio' e della conseguente esecuzione stragiudiziale (*ex* l. 30 giugno 2016, n. 119).
[91] Con riferimento alla crisi della famiglia e alla valorizzazione dell'autonomia negoziale e dell'autodeterminazione per le ipotesi di una soluzione, cfr. di recente l'interessante lavoro di M. PALAZZO, *Il contratto sugli effetti patrimoniali del divorzio*, in *Giust. civ.*, 2017, 1, 93 ss.; con riferimento al tema attuale della 'degiurisdizionalizzazione' cfr. M. BOVE, *La giustizia privata*, Torino, 2015.
[92] Sempre attuali le riflessioni di R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 905, il quale rileva che il diritto civile «non si esaurisce nei codici e nelle leggi che lo integrano, ma è il risultato composito di un continuo processo di creazione del quale gli uomini sono ineludibili protagonisti».
[93] Cfr. F. ALCARO, *Riflessioni critiche intorno alla soggettività giuridica*, Milano, 1976, 22:

della 'purezza' del diritto 'astratto' s'immagina – equivocandosi sul punto fra ciò che costituisce l'origine sostanziale delle regole, la derivazione 'sociale' dell'esigenza e la oggettivazione e individuazione della regola assunta e adottata in seno all'ordinamento giuridico: comunque realizzandosi quella 'transizione' (dal 'fatto' al 'diritto') nel segno di una omogeneità fra i due momenti o nessi del processo produttivo, costituente, in ogni caso, il risultato di fattori complessi e dinamici[94], esplicativi e fondativi della giuridicità[95], mediante la sperimentazione di criteri orientativi e organizzativi dell'azione, condivisi e praticati. Esiti tutti soggetti all'interpretazione del *diritto vivente*[96], modellantesi in ragione della molteplicità delle fonti convergenti nella ricostruzione della essenziale funzione ordinatrice.

Più analiticamente, dunque, ci si continua a domandare se fra 'fatto' e 'diritto' sussista uno iato nei termini del rapporto fra 'essere' (*Sein*) e 'dover essere' (*Sollen*).

Nel sostenere tradizionalmente tale distacco, con accenti critici in ordine al rilievo attribuito alla 'fattualità', forse si conferma l'equivoco sopra indicato. Quando si richiama l'antica formula '*ex facto oritur jus*'[97] – al riparo da letterali trasposizioni – s'intende fondamentalmente alludere alla radice dell'essenza

«laddove la giuridicità sia riguardata come modo particolare di essere, di atteggiarsi, di intrinseco "ordinarsi" dei fatti della realtà stessa e non come il risultato di una qualificazione che promani da un sistema normativo fondato su un principio di ipoteticità, operante conseguentemente nella prospettiva di una rigida separazione e contrapposizione fra il mondo dei fatti e il mondo dei valori, allora la "visione" giuridica non si distenderà sul reale per rivestirlo, cogliendolo nella staticità del suo essere, di entità ulteriori, di attributi formali o di qualifiche».

[94] Cfr. N. LIPARI, *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, cit., 155 ss.

[95] Rileva P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 28, la disponibilità oggi «ad ampliare i confini della giuridicità fino a ricomprendervi tutti quei fatti che, muniti di forza interiore, sono capaci di incidere sulla realtà circostante».

[96] V. SCALISI, *Fonti – Teoria – Metodo. Alla ricerca della "regola giuridica" nell'epoca della post modernità*, cit., 132, il quale richiama il diritto vivente … «cui poter conformare anche lo specifico dover-essere da applicare al caso concreto a suggello di un diritto che voglia restare a stretto e diretto contatto con gli interessi umani nel loro storico divenire»; cfr. L. MENGONI, voce *'Diritto vivente'*, in *Dig. civ.*, IV, Torino 1990; anche V. MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*, Napoli, 2008; E. RESTA, *Diritto vivente*, Roma-Bari, 2008.

[97] Cfr. W. CESARINI-SFORZA, Ex facto jus oritur, in *Studi filosofico-giuridici per G. Del Vecchio*, I, Modena 1930, 86 ss.; C.M. BIANCA, Ex facto oritur jus, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 789 ss.; scrive M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, cit., 216: «il diritto sorge dalla pratica sociale e ad essa torna costantemente per attingervi sempre nuovi significati tramite l'intepretazione; il fatto da cui il diritto proviene è da quest'ultimo a sua volta condizionato»; per alcune notazioni incisive, cfr. F. DI MARZIO, *In che senso il diritto scaturisce dal fatto*, in *Giust. civ. com.*, del 4 agosto 2017.

ordinante di un'azione, intrinsecamente operante, in quanto espressiva di un indice regolativo, non già il riferimento è ad un precetto formalizzato mediante un enunciato. Ciò sottintende che la 'giuridicità' non è riducibile al prodotto di un procedimento legislativo formale, confondendosi altrimenti la funzione del diritto con le procedure produttive della 'legge'.
C'è un profilo 'instaurativo' che è ineludibile e insuperabile.
Il 'diritto' non è solo dimensione più ampia dell'area della seconda (la legge), ma esprime quella funzione ordinante propria di qualunque regola, anche diversa da quella 'legale': quest'ultima in senso formale è una regola positivizzata – mediante un procedimento – che non illumina il fondamento del fenomeno giuridico[98].
Il 'fatto' perciò non è un dato puramente sociologico, ma è, nella sua storicità, la genesi del 'giuridico', esprimente una determinata e selettiva carica ordinante[99].
Qui, allora, sta l'equivoco sopra prospettato: il 'fatto' cui ci si riferisce congiunge l'essere (*Sein*) e la regola 'doverosa' (*Sollen*), che in realtà emergono nella loro fusione, integrandosi[100].
Non si configura perciò quanto *ex diverso supposto*, cioè una sorta di appiattimento su qualunque 'grezzo'[101] o 'informe' fatto o su un neutro essere – posto che questo sia concepibile – prima e in attesa di un suo recupero o di una qualificazione, operanti dall''esterno' e secondo una (precostituita) tipicità.
La legge stessa, in quanto 'giuridicamente' ordinante, va al di là della sua procedura formale. E l'assenza di una 'legge' in un settore non è automaticamente e necessariamente assenza di diritto (o 'non diritto')[102], potendo il 'giuridico'

[98] Scrive incisivamente R. NICOLÒ, *Attuale evoluzione del diritto civile (1965)*, ora in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1993, 12, «il tessuto normativo è solo uno degli aspetti di quella complessa esperienza che sinteticamente si definisce come diritto»; cfr., in diversa prospettiva, N. IRTI, Nomos *e* Lex *(Stato di diritto come Stato di legge)*, in *Riv. dir. civ*., 2016, 3, 589 ss.
[99] Per una diversa impostazione in chiave 'divisionista' (fra fatto e diritto) e per l'essenzialità della dimensione della 'validità', cfr. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 157 ss. e 169 ss.
[100] Scrive S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 252: «Quando penetriamo veramente nel cuore del fatto, specie dei fatti costitutivi di fasi genetiche o cruciali dell'esperienza, vediamo fusi insieme l'essere e il dover essere, la realtà umana e storica puntualizzata nel momento del suo nascere e potenzialmente distesa nella sua sorte futura, nell'alveo della norma nata con essa»; cfr. anche V. SCALISI, *Dalla scuola di Messina un contributo per l'Europa*, in *Riv. dir. civ*., 2012, 1, 1 ss., il quale, richiamando gli insegnamenti di Pugliatti e Falzea, ribadisce come l'interesse e l'azione sono gli elementi costitutivi della giuridicità concorrendo a comporre «il momento sostanziale del diritto» (19, nota 96); ID., *Angelo Falzea: per un diritto al servizio dell'uomo*, in *Riv. dir. civ*., 2017, 4, 1081.
[101] Cfr. G. LEVI, *Fatto e diritto*, Milano, 2002, 17.
[102] Sulle ipotesi del 'non diritto', cfr. le incisive osservazioni di J. CARBONNIER, *Il flessibile diritto*, trad. it. a cura di A. De Vita, Milano, 1997, 25 ss.

comunque derivare da altre fonti extralegali: e ciò rinvia al concetto stesso di fonte del diritto[103].

Non appare perciò censurabile – rettamente interpretata – quell'antica formula per un eventuale supposto difetto di congruenza o di rigore, significando ed esprimendo invece la ricerca della genesi della giuridicità[104].

«I moderni ordinamenti giuridici possono ricavare legittimità solo dall'idea dell'autodeterminazione: i cittadini devono potersi sempre pensare come gli autori di quello stesso diritto cui, come destinatari sono sottomessi»[105].

Una comunità nella quale opera la consapevolezza della forza e del valore del principio di autodeterminazione (o di autonomia) – declinato nei diversi ambiti di operatività – deve naturalmente assicurare quei valori di socialità, eguaglianza, equità, solidarietà che trascendono il paradigma puramente individualistico, mercantilistico, economicistico di una vetusta concezione privatistica. Ma il necessario bilanciamento fra esigenze e valori non disconosce o supera il dato obiettivo della 'garanzia' insita nell'instaurazione di una giuridicità integrata nell'esperienza socio-economica.

È alla pluralità delle fonti che può allora essere demandata quella essenziale funzione compositrice. Cosicché la realtà del diritto dei privati, con i suoi caratteri e le sue origini, si rivela centro di propulsione della vitalità dell'ordinamento.

Naturalmente, in tale contesto, s'impone una revisione della posizione e delle dinamiche del soggetto privato, risultando non praticabili i tradizionali riferimenti di stampo particolaristico: ineludibile quindi il compito di una ridefinizione del sistema privatistico fondato sul superamento di un'assorbente logica proprietaria, esclusivistica ed autoreferenziale. E lo sviluppo di tali indicazioni non può non costituire una significativa svolta della indagine sugli orientamenti e sugli esiti dell'attività dei privati.

Nel contempo, si esalta, nell'attuale temperie, l'opera e il contributo dell'interprete – ciascuno al proprio livello e secondo una rinnovata metodologia interpretativa[106]

---

[103] Cfr. sul rapporto fra 'fonti formali' e 'fonti sostanziali', o fra diritto formale e diritto materiale, G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1987, 281 ss.; G. BERTI, *Le fonti fra società politica e società economica*, in *Studi in memoria di G. Cattaneo*, I, Milano, 2002, 197 ss.

[104] Fra tanti possibili riferimenti, cfr. R. ORESTANO, *Sociologia e studio storico*, in *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, 190, che evidenzia «le connessioni dell'esperienza giuridica con la totalità del reale storico e sociale»; cfr. anche F. VIOLA, *Il diritto come prassi sociale*, cit., 127 ss.

[105] Così J. HABERMAS, *Fatti e norme*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Milano, 1966, 531.

[106] Fra tante possibili indicazioni intorno alle opzioni dogmatiche, sovviene la formula incisiva di N. HARTMANN, *Introduzione all'ontologia logica*, Napoli, 1972, 53, «rimanere

– sollecitato ad oggettivare i tratti regolativi della sperimentazione dei privati da collocare nel contesto complessivo dell'ordinamento. Resta un punto fermo: nella contemporaneità storico sociale, tale opera muove dalla vocazione ordinatrice, intrinseca al diritto, tesa alla ricerca della 'misura' adeguata a corrispondere agli interessi emergenti, in ragione del dinamismo delle soluzioni giuridiche[107], intrinsecamente e costantemente 'inventive'.

Ciò segna il superamento di un astratto e assoluto schematismo dal quale spesso si è presunto di attingere i criteri e i connotati 'automatici' della 'legalità', aprendo la strada ad una riconsiderazione dei modi di essere della 'giuridicità' e delle sue proiezioni nella società, in un determinato tempo storico nel quale si rinnovano le forme di esercizio dell'attività dei privati.

Questa non è, nel suo porsi, – come si è rilevato – un '*quid facti*', ma per le modalità procedimentali con cui si manifesta, per l'aderenza a ciò che la promuove e agli interessi e agli obiettivi che ne costituiscono il fondamento e la ragione, viene a conformarsi quale tecnica e modello di formazione della 'regola': la conseguente sua flessibilità e duttilità si propone quale tratto di efficienza e di adeguatezza della funzione ordinatrice degli interessi oggettivamente esplicata dall'attività dei privati, la quale, in conformità dell'evoluzione storica sopra indicata, va assumendo la connotazione di una forma di produzione collettiva, con ogni implicazione tecnica, sostanziale, qualitativa discendente da tale processo di transizione e conversione.

Il 'diritto dei privati' segna così la genesi e lo sviluppo di una giuridicità espansiva, governante strutturalmente una socialità diffusa e articolata: i contenuti, nella loro fisiologica mutevolezza, ne segnano il concreto dimensionarsi evolutivo.

Considerato il processo sopra indicato della interpretazione e complessità delle fonti produttive del giuridico nella crisi del 'legalismo', rilevata la conseguente attenuazione, se non la cessazione, della 'separatezza' del 'diritto dei privati' e quindi la transizione o conversione di esso nel 'diritto privato', resta conclusivamente da domandarsi – oltre quanto già argomentato – quale orizzonte o prospettiva si profilino per il diritto dei privati nell'attuale stato della società e soprattutto se, malgrado il fenomeno evolutivo descritto, il diritto

---

sistematicamente in contatto con i problemi»; cfr., fra tanti, anche L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica, Saggi*, Milano, 1996; cfr. anche l'importante contributo di A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, vol. I e II, Torino, 2015, 3 ss.

[107] C. MORTATI, voce *Costituzione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, XI, 165, parla di un «ordine fondamentale intrinseco di una società»; di recente, cfr. le stimolanti riflessioni di P. GROSSI sul carattere 'inventivo' dell'interpretazione, *Dalle clausole ai "principi": a proposito dell'intepretazione come invenzione*, in *Giust. civ.*, 2017, 1, 5 ss.

dei privati valga ancora a significare una specificità o un'originalità (e con quali effetti) nel processo di produzione del diritto.
Può anche rilevarsi che la tensione odierna verso l'universalizzazione e la globalizzazione di situazioni e soluzioni si accompagna, nel contempo, ad una spinta inversa verso la valorizzazione del 'diverso' e del 'particolare' che sono oggettivamente alla base della fenomenologia socio-economica.
Assume (e conserva) insomma il diritto dei privati, nell'attuale conformazione dell'ordinamento, una sua caratterizzazione e cifra identitaria? La risposta appare ragionevolmente positiva, valutando come le note della diretta percezione e interpretazione degli interessi da parte dei soggetti che ne sono portatori restino significative di una modalità non potestativa ed eteroimposta nella formazione della regola giuridica.
L'origine 'particolare' dell'iniziativa dei privati è del resto controbilanciata ed assorbita dalla sua integrazione nell'ordinamento nel quale è destinata ad operare. Ed allora il richiamo oggi del diritto dei privati – pur nell'avvenuto mutamento dei riferimenti storici, istituzionali, ordinamentali – conserva la sua carica evocativa di una realtà di base quale fucina e ricerca di modelli di azione, di soluzioni e di criteri direttamente conformati dai bisogni propri dei soggetti: e su tale fondamento l'ordinamento svolge il compito di operare una sintesi assiologica e funzionale.

La specificità dei valori e degli interessi riassunti nella formula del 'diritto dei privati' costituisce un dato obiettivo nella complessità della realtà giuridica, pur nel variare di modalità e contenuti e nei differenti quadri di integrazione nell'ordinamento, secondo i contesti storicamente determinati.
Nuovi compiti e nuove prospettive si profilano così nell'orizzonte dell'azione dei 'privati'.

6. Postilla

Se in tale contesto, oggi così delineato e caratterizzato, si volesse riflettere in ordine, in particolare, alla posizione e alla funzione notarile e al rilievo della sua prassi, non potrebbe non rilevarsi che in presenza della marcata divaricazione – sopra evidenziata – fra diritto e legge[108], e del vitale impulso dell'iniziativa dei privati, essa appare oggettivamente mutata nel senso di non esaurirsi solo nel classico compito di garanzia di documentazione e di testimonianza della (pretesa) certezza del diritto, ma nel perseguire anche quello di orientamento

[108] Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., 37.

e di contributo all'edificazione dell'ordinamento. Ciò attraverso un'opera di interpretazione e conformazione degli atti, sorretta dalla ricerca di adeguate argomentazioni[109], a sostegno delle soluzioni più pertinenti, nella individuazione della 'regola', alle istanze poste dall'autonomia privata nell'evoluzione del processo socio-economico-culturale.

La prassi notarile può così sperimentare ragionevolmente[110], nella odierna pluralità e diversità delle fonti e nell'attenzione costante al formante giurisprudenziale – senza autolimitarsi all'osservanza del puro modello normativo secondo lo schematismo proprio della fattispecie – le impostazioni più congrue all'intreccio degli interessi che la prassi va variamente prospettando. Schiudendosi per tale via un orizzonte più consono ad un'aggiornata funzione notarile, attestantesi non solo (e non tanto) per i suoi compiti di conservazione e garanzia dell'esistente giuridico, nei termini del principio di 'legalità', corrispondente in ogni caso ad una determinata fase nell'evoluzione dell'ordinamento, ma anche essenzialmente per il suo contributo partecipativo all'articolazione e all'arricchimento dei modelli di azione dell'autonomia privata in un contesto in evoluzione.

Ciò senza, peraltro, affievolimenti del rigore analitico e valutativo, al riparo da ambigui funzionalismi[111], nella piena consapevolezza che l'interpretazione degli interessi delle parti e la loro efficiente traduzione e sistemazione in un determinato assetto negoziale non è opera puramente applicativa e di 'secondo grado', ma in parte 'inventiva'[112] nella formazione e individuazione della regola giuridica per il concreto caso da considerare.

S'inserisce così l'opera del notaio, a pieno titolo, nel processo costitutivo dell'unità del 'giuridico'[113], approdo costante e peraltro mai definitivo.

[109] Cfr. R. LENZI, *La funzione notarile come fattore ordinante*, in FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, cit., 387 ss.; M. PALAZZO, *Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto*, in *Notariato*, 2014, 584 ss.

[110] Cfr. F. DI MARZIO, *Sulla prassi notarile*, in *Giust. civ. com.*, del 24 febbraio 2017.

[111] F. ALCARO, *Circolazione del contratto preliminare*, Milano, 2011, 153.

[112] Cfr. P. GROSSI, *Dalle clausole ai "principi": a proposito dell'intepretazione come invenzione*, cit.; ID., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017.

[113] Cfr., di recente, con riguardo a tali prospettive analizzate attraverso la discussa riproposizione della figura dell'abuso del diritto, le interessanti notazioni di G. CAZZETTA, *Abuso del diritto e forma di unità del giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 2017, 559 ss.

La prassi notarile fonte di regole giuridiche

Andrea Fusaro
Notaio in Genova
Ordinario di Diritto privato comparato, Università di Genova

Il saggio evidenzia come la prassi notarile possa essere inclusa tra le fonti del diritto, in quanto il notaio elabora regole particolari attraverso l'applicazione delle norme generali; quest'attività è realizzata seguendo linee guida, protocolli e massime dettati dalla sua categoria professionale.
Capita, inoltre, che le regole elaborate dalla prassi notarile siano recepite dal legislatore e divengano norme di legge.

The essay highlights that the notary public practice could be included in the sources of law, because the daily work of the Notary public develops new specific rules through the application of general principles; in this activity are followed guidelines, protocols and principles addressed by the professional category. Moreover, it happens that the rules developed by the notary public practice are accepted by the legislator and they become legal regulations.

Sommario:1. La concretizzazione degli enunciati normativi. – 2. Formulari e manuali. – 3. I principi di deontologia. – 4. Linee guida, protocolli e massime. – 5. Il divieto per il notaio di ricevere atti invalidi. – 6. Notazioni riepilogative.

1. La concretizzazione degli enunciati normativi

È risaputo come il significato degli enunciati normativi – quale sia la fonte che li produce – dipenda dall'interpretazione, che ne determina la portata. Si dica che si ricavano norme da disposizioni[1], oppure che si intendono testi in relazione a

[1] Con G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile comm.*, Milano, 2011; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.

contesti[2], nell'ermeneutica strumentale all'applicazione ricorre comunque una produzione di regole.
Nell'esercizio della sua attività il notaio è chiamato ad adeguare i precetti generali e astratti della legge scritta, cosicché egli rientra nel novero degli interpreti qualificati; la prassi notarile viene, dunque, a collocarsi tra le fonti del diritto a fianco della giurisprudenza[3], come già autorevoli osservatori hanno anche di recente segnalato[4].

2. Formulari e manuali

Al pari di ogni altra sede deputata all'applicazione delle regole giuridiche, l'officina del notaio ne fabbrica in quantità, sebbene il loro censimento non sia sistematico. La rilevazione della prassi notarile si è da sempre giovata sia dei manuali di settore, sia dei formulari: i prototipi risalenti all'epoca medievale sono celebri[5] e hanno fondato un filone longevo che sopravvive quale punto di riferimento anche da parte di altre figure professionali.
La modulistica contrattuale immobiliare proviene, invero, per buona parte dai notai: gli schemi da loro affinati sono impiegati sia da privati per regolare affari perfezionati tra loro, sia da società costruttrici o immobiliari. I contratti preliminari di compravendita comunemente conclusi solitamente rispecchiano testi di matrice notarile, mentre quelli che vedono come parti le imprese spesso sono rielaborati dai loro uffici interni o dai consulenti. Le differenze riflettono, intanto, la contrapposizione tra la imparzialità notarile e la – altrettanto doverosa – faziosità forense: essa è sistematicamente arginata dal notaio sul piano dell'informazione resa all'acquirente, oltre che con l'espulsione delle clausole a rischio di invalidità.

[2] Evocando il titolo del libro di N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 del codice civile*, Padova, 1996.
[3] Un'efficace sintesi è offerta da M. PALAZZO, Ars notaria *e cultura giuridica tra storia ed attualità*, in *La modernità degli studi storici: principi e valori del Notariato*, in questa *Rivista*, 2014, 118 ss. e 123 ss.
[4] P. GROSSI, *Conclusioni*, in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, in questa *Rivista*, 2016, 182.
[5] È scontato l'omaggio al formulario di Rolandino de' Passeggeri, che a metà Duecento pubblicò la *Summa totius artis notariae*, soprannominata la *Rolandina* o *Orlandina*. La bibliografia reperibile è amplissima; per tutti si segnala L. SINISI, Judicis Oculus. *Il notaio di tribunale nella dottrina e nella prassi di diritto comune*, in PIERGIOVANNI (a cura di), Hinc publica fides. *Il notaio e l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2006, 215 ss.

Le rispettive predisposizioni si traducono in diversi approcci nei confronti dei tipi legali. Da un lato, si registra il frequente rinvio alle regole depositate nel codice, ritenendole custode di un assetto mediano di distribuzione del rischio contrattuale; ancora, sono predisposti accurati meccanismi negoziali a presidio della posizione dell'acquirente, in quanto soggetto da proteggere e al quale – non a caso – è affidata la designazione del notaio. Dall'altro, si assiste all'introduzione di deroghe alle norme suppletive, sostituite da clausole favorevoli al venditore.

Lo scarto tra l'indole dei testi risulta dall'operare di ulteriori fattori. Tra questi la fiscalità, sotto un duplice rilievo: per un verso, laddove sia coinvolta un'impresa l'attenzione è estesa alle imposte dirette, mentre diversamente è perlopiù circoscritta alle indirette; per altro, nella scelta della formalizzazione dei rapporti tra privati il trattamento tributario è spesso arbitro delle scelte, come del resto prova l'attenzione già prestata dal Notariato.

All'interno del comparto immobiliare si assiste, dunque, al riprodursi dell'antica distinzione tra contratti civili e commerciali, che nell'ambito delle categorie attuali trova corrispondenza solo parziale. Nella prospettiva dell'apporto della prassi alla sedimentazione dei formulari contrattuali rileva sottolineare che i due ambiti – civile e commerciale – adottano distinti modelli: il primo impiega quelli affinati dalla manualistica notarile[6], il secondo utilizza i precedenti reperibili nel circuito professionale, la cui raccolta e catalogazione non ha a oggi ricevuto sbocchi editoriali altrettanto classici, almeno in materia immobiliare. Inoltre, con specifico riferimento a questo settore, si rileva l'ulteriore peculiarità costituita dalla natura strutturalmente domestica di tali contratti che li rende largamente insensibili alla prassi internazionale o transnazionale che potrebbe conseguire a una impostazione dei contratti commerciali nella dimensione della *lex mercatoria*[7].

Nell'elaborazione e nell'affinamento di modelli contrattuali si realizza, dunque, un apporto dei notai all'elaborazione di regole.

[6] In particolare, A. AVANZINI - A. LOVATO - L. IBERATI (a cura di), *Formulario degli atti notarili*, Torino, nonché G. PETRELLI (diretto da), *Formulario notarile commentato*, Milano.

[7] Rinvio all'ultimo paragrafo del mio saggio, Rent to buy, help to buy, buy to rent, *tra modelli legislativi e rielaborazioni della prassi*, in *Contr. impr*., 2014, 2, 419 ss.

3. I principi di deontologia

In tempi ben più vicini hanno visto la luce i codici deontologici[8], un fenomeno in espansione che si registra presso la maggior parte delle professioni qualificate "ordinistiche", in quanto il loro esercizio è subordinato all'iscrizione in albi. Sono ipotesi di elaborazione comunitaria delle norme, ove i destinatari – i consumatori – se ne rendono produttori, a somiglianza di quanto si realizza con la consuetudine.

Occorre distinguere i principi contenuti in questi Codici di settore[9] dalle linee guida dell'attività esercitata dagli aderenti alla corporazione. I Principi di deontologia professionale dei notai[10] concretizzano i doveri di consulenza e imparzialità, che mirano a custodire con priorità rispetto alle norme civili e penali: le prescrizioni in tema di assistenza personale all'atto, di indagine della volontà delle parti, di chiarificazione dei profili giuridici, persino di allestimento di una struttura di studio adeguata e di limiti all'apertura di studi ulteriori, sono tutti rivolti ad assicurare la qualità del prodotto finale, affinché sia all'altezza del suo rilievo probatorio. Tutto il sistema è rivolto a proteggere questa funzione che produce atti certi non solo quanto alla paternità, ma anche con riguardo alla consapevolezza del loro contenuto e della loro efficacia da parte dell'autore: non a caso il Codice deontologico prescrive sia il controllo di legalità, sia la lettura anche delle scritture private autenticate.

Nel sistema vanno incluse le regole sulla concorrenza tra notai per la loro attitudine ad assicurare un reddito minimo, quindi l'indipendenza economica;

---

[8] Si segnalano G. ALPA - P. ZATTI, *Codici deontologici e autonomia privata*, Milano, 2006; F. BENATTI, *I codici deontologici come tutela essenziale del mercato*, in *Contr. impr*., 2015, 2.

[9] Sulla natura dei codici deontologici è reperibile una cospicua elaborazione, i cui esiti inclinano verso la conferma dell'indole giuridica, affermata da Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26810, in *Giust. civ*., 2008, 2167, *Foro it*., 2009, 3167, oggetto della riflessione di G. MANFREDI, *Natura delle norme deontologiche e diritti dei cittadini*, in *www.judicium.it*. Di avviso non coincidente Cass., 29 settembre 2015, n. 19246, secondo cui «Il codice deontologico forense non ha carattere normativo ma è costituito da un insieme di regole che gli organi di governo degli avvocati si sono date per attuare i valori caratterizzanti la professione e garantire la libertà, la sicurezza e la inviolabilità della difesa, con la conseguenza che la violazione di detto codice rileva in sede giurisdizionale, solo in quanto si colleghi all'incompetenza, l'eccesso di potere o la violazione di legge, cioè ad una delle ragioni per le quali il R.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, art. 56, comma 3, consente il ricorso alle sezioni unite della Cassazione, che è possibile esclusivamente in caso di uso del potere disciplinare dagli ordini professionali per fini diversi da quelli per cui la legge lo riconosce».

[10] Il testo aggiornato è stato approvato dal Consiglio nazionale del Notariato il 5 aprile 2008, con deliberazione n. 2/56, in GU n. 177 del 30 luglio 2008.

occorre far tesoro del monito secondo cui la moralizzazione della P.A. passa attraverso l'adeguamento delle retribuzioni dei pubblici dipendenti ed amministratori all'importanza delle funzioni svolte. In questa luce dev'essere inquadrata anche la certificazione, che integra la competenza in ragione della quale il notaio è depositario di una pubblica funzione.

Rispetto a tale quadro, le norme deontologiche possono leggersi sia quale completamento, sia come precetti rivolti a garantire l'impegno del notaio di collaborare alla giustizia, intesa nel senso aristotelico di attribuire a ciascuno il suo, ossia ciò che gli spetta come persona. Notevole l'insistenza con cui è ribadito il dovere del notaio di occuparsi dello studio, al fine di assicurarne l'efficienza, e fornire ai clienti – e comunque alle parti dei suoi atti – tutta la consulenza del caso. Si giunge persino a diffidare dei rapporti di consuetudine tra il notaio e il contraente forte (l'operatore immobiliare in specie), in quanto possibile minaccia all'imparzialità del notaio, chiamato da un soggetto (venditore o intermediario) a rendere un ministero che dovrebbe darsi carico piuttosto delle ragioni della sua controparte (qual è l'acquirente di una compravendita).

Queste norme deontologiche, certamente di ispirazione laica, evocano efficacemente occasioni in cui la "persona" che sta di fronte al professionista può vedersi negato il "suo". Il notaio constata la piena realizzazione del proprio ruolo nel ministero e nella consulenza resi verso i soggetti più deboli, meno avvertiti, ma consegue il massimo profitto nella contrattazione seriale che gli consente la standardizzazione del lavoro, e perciò l'ottimizzazione del rapporto costi/benefici: egli sarebbe, pertanto, incentivato a ruotare verso questo secondo fronte, allontanandosi dal primo. Sotto questo profilo il Codice deontologico intende scongiurare il rischio che il notaio venga a riscuotere gli onorari dai contraenti deboli, parti di un solo negozio concluso sulla base di testi standard, non adattati alle loro esigenze, per rendere consulenza ai contraenti forti, collettori delle pratiche seriali.

L'ingiustizia che le regole deontologiche esorcizzano non si perpetrerebbe attraverso l'omissione degli accertamenti del caso e la redazione compiacente delle clausole contrattuali: questi comportamenti, laddove posti in essere, rappresenterebbero altrettante violazioni di legge, che verrebbero come tali qualificate e sanzionate, senza evocare la categoria dell'ingiustizia, che peraltro prenderebbe corpo. L'ingiustizia paventata risiederebbe, invece, nell'appoggiarsi ad una sola parte, fornirgli consulenza, attenzione e premure, ed alla controparte riservare invece un atteggiamento freddo e sbrigativo.

La corretta istruttoria della pratica, l'effettuazione di tutte le indagini dovute, l'inserimento nel contratto delle garanzie del caso, consentono di considerare senz'altro realizzata la legalità, ma non necessariamente la giustizia cui le norme

deontologiche tendono. Non ci si riferisce solo al rispetto umano, ma anche all'illustrazione dei profili giuridici, alla segnalazione di soluzioni alternative a quelle indicate – spesso per convenienza – dalla controparte più avvertita, oppure diverse da quelle concepite dall'interessato, qualora si intuisca che egli ignora opzioni ulteriori, magari a lui più confacenti.
Quindi, da un lato, la ricerca della soluzione più adatta alla persona che si ha di fronte, ancorché non la richieda espressamente. Dall'altro, la preoccupazione di illustrare ad entrambe le parti i rispettivi diritti, senza reticenze od omissioni. In questo modo il Notariato contribuisce a creare regole equilibrate, coerenti anche con le linee guida che provengono dal diritto comunitario, tendenti a reagire alle asimmetrie informative ed alle debolezze strutturali di una parte.

4. Linee guida, protocolli e massime

Le linee guida dell'attività elaborate da un corpo professionale riflettono la mentalità prevalente nell'ambito del gruppo; nel caso dei notai, in ragione del contenuto tipico dell'attività, portano allo scoperto l'inclinazione ermeneutica privilegiata.

La propensione notarile al "cavere" si traduce nella predilezione dell'interpretazione mediana della legge scritta[11], nell'adozione di una linea compatibile con il maggior novero di letture; l'impegno alla terzietà conduce a rifuggire dalla faziosità d'occasione, a respingere posizioni speciose. Elettivamente il notaio è più giudice che avvocato, ma – difettando di potere decisorio – egli esita ad alimentare affidamenti delle parti circa la definitività della propria opinione, affinando piuttosto l'attitudine prognostica circa la tesi destinata a prevalere nelle aule dei tribunali.
Gli studi del Consiglio nazionale nel settore civilistico, commerciale, tributario, hanno certamente rilievo rispetto alla valutazione della condotta del singolo professionista nell'ambito dei giudizi disciplinari, ma rivestono peso anche in più ampio contesto; la loro autorevolezza risulta maggiorata rispetto alle norme la cui applicazione transita per l'atto notarile, senza tuttavia perdere rilievo oltre tale ambito.
Le massime societarie notarili sono – latamente – eredi degli orientamenti di volontaria giurisdizione dei tribunali maturati allorquando erano affidatari dell'omologazione degli atti costitutivi, delle modifiche statutarie e delle

[11] Questo profilo è stato messo a tema da A. BORTOLUZZI, *Forma e interpretazione nel negozio giuridico notarile (il giurista e la logica scientifica)*, Torino, 1998.

operazioni straordinarie. Sebbene il trasferimento di tale funzione ai notai abbia inciso sulla sua essenza, talché non si configura una semplice sostituzione soggettiva[12], si è comunque attribuita loro una competenza ulteriore; per assolverla – nella temperie dell'entrata in vigore della riforma delle società di capitali – è stato necessario elaborare linee interpretative, senza potersi appoggiare all'autorità dei precedenti giurisprudenziali[13].
L'attitudine della prassi a creare regole emerge in maniera ancora più evidente nei protocolli, ove è concretizzato il canone della diligenza professionale[14]. L'osservanza delle *best practice* è sorvegliata in ambito disciplinare[15], poi viene in rilievo in materia di responsabilità civile, quale parametro di valutazione della diligenza del professionista[16]. Per questa via, a seguito della loro condivisione nel corpo delle sentenze, esse sono suscettibili di generare pronunciamenti giudiziari dotati di valenza generale[17].

[12] P.G. MARCHETTI, *Sul controllo degli atti costitutivi e delle deliberazioni modificative*, in *Riv. not*., 2002, 263 ss.; M. STELLA RICHTER, *Considerazioni generali sulla riforma delle omologazioni societarie*, in PACIELLO (a cura di), *Il controllo notarile sugli atti societari*, Milano, 2001, 1 ss.

[13] Me ne ero occupato in La riforma del diritto societario letta attraverso gli occhiali del notaio, in *Riv. dir. priv*., 2004, 467 ss.

[14] Dei Protocolli dell'attività notarile si occupa il punto 44 dei Principi: «Costituisce comportamento deontologicamente scorretto la sistematica inosservanza dei protocolli dell'attività notarile approvati dal Consiglio nazionale del Notariato ai fini dell'adozione di adeguate misure a garanzia della qualità della prestazione. I Consigli notarili distrettuali esercitano la relativa vigilanza a tutela del cittadino e dell'interesse generale».

[15] Sulla responsabilità disciplinare si segnala il contributo di G. PERLINGIERI, *Minimi tariffari, diritto intertemporale e responsabilità disciplinare del notaio*, in *Foro nap*., 2014, 2, 693 ss., e in *Studi in onore di Giovanni Tatarano*, Napoli.

[16] Giova rileggere l'introduzione alla Regola n. 1 "Dei Protocolli dell'attività notarile in generale", dove si indica che «la definizione di linee guida dell'attività notarile non costituisce un appiattimento nell'esercizio della professione ma, invece, lo strumento per l'adeguamento, la valutazione e il controllo della funzione nel senso su evidenziato e della complessiva prestazione professionale a partire dai singoli aspetti dell'attività; ciò, attraverso la individuazione di un livello di qualità ovviamente commisurato alla delicatezza e complessità dei compiti dall'ordinamento affidati al notaio, il rispetto del quale di norma consente di essere all'altezza di quei compiti e anche delle aspettative dei cittadini».

[17] Esemplare la vicenda della clausola compromissoria, inaugurata da Cass. civ., 9 dicembre 2010, n. 24867, di cui mi ero occupato nello Studio civilistico n. 248-2011/C, *Sui confini della responsabilità disciplinare notarile: a proposito della clausola compromissoria statutaria e delle nullità relative*.

5. Il divieto per il notaio di ricevere atti invalidi

L'art. 28, primo comma, n. 1 l. not., derogando al dovere imposto al notaio di prestare il ministero laddove richiesto (art. 27, primo comma, l. not.), gli impedisce di ricevere od autenticare atti «se essi sono espressamente proibiti dalla legge, o manifestamente contrari al buon costume o all'ordine pubblico»[18]. Il riferimento figura al centro di opposti atteggiamenti interpretativi, in passato più tolleranti da parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, più rigorosi della Cassazione. Si esclude che l'operatività dell'art. 28 n. 1 l. not. sia subordinata alla espressa comminatoria di nullità[19]. È risalente la confezione della massima secondo cui l'avverbio «espressamente», che nell'art. 28, primo comma, n. 1, l. not. qualifica la categoria degli «atti proibiti dalla legge» va inteso come "inequivocamente", per cui la disposizione andrebbe riferita a contrasti dell'atto con la legge che risultino in termini inequivoci[20].

---

[18] Tra i contributi più recenti si segnalano i commenti all'art. 28 di G. Casu e D. Boggiali, in G. CASU - G. SICCHIERO (a cura di), *La legge notarile commentata*, Torino, 2010, 149 ss., nonché i saggi raccolti in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza, Saggi su art. 28 l. not. e funzione notarile oggi*, Torino, 2011, con contributi dello stesso A., nonché di A. Fusaro, R. Lenzi, G. Navone, G. Perlingieri, nonché le riflessioni di A. FUSARO, *Sui confini della responsabilità disciplinare notarile: a proposito della clausola compromissoria statutaria e delle nullità relative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 408; ID., *La responsabilità disciplinare del notaio per la redazione di atti invalidi*, in *Riv. not.*, 2012, I, 1075; G. MUSOLINO, *Nullità dell'atto rogato e responsabilità notarile disciplinare*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 1272; L. FELLETI, *Clausola compromissoria societaria nulla e responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28, n. 1, l. not.: la Cassazione risolve il contrasto e fissa il* "d-day" *dell'illecito disciplinare*, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 488.

[19] Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, in *Riv. not.*, 1998, 493, in *Vita not.*, 1998, 1136: «La locuzione predetta, dato il suo carattere generale, individua tutte le ipotesi di nullità e quindi non solo quelle comprese nel 1 comma dell'art. 1418 c.c. (atti contrari a norme imperative), ma anche quelle indicate nei commi successivi, poiché anche gli atti affetti da queste ultime nullità, a ben vedere, sono atti contrari a norme imperative. Infatti la contrarietà a norma imperativa è ravvisabile se il divieto ha carattere assoluto, tale da non consentire possibilità di esenzione dalla sua osservanza per alcuno dei destinatari della norma (Cass. n. 6601 del 1982). Orbene, proprio perché l'art. 1418 in questione ai commi 2 e 3 individua ipotesi di nullità assolute, e come tali non ammettenti deroghe, l'atto che contenesse tali specifiche ipotesi di nullità sarebbe anche "contrario a norma imperativa". Né può ritenersi che l'atto debba essere "espressamente" proibito dalla legge, per cui la mancanza di una espressa proibizione si risolverebbe in una mancanza di un elemento della fattispecie legale di illecito. Infatti, ove anche la norma imperativa non contenesse una espressa comminatoria di nullità dell'atto, la stessa dovrebbe sempre ritenersi "espressa" per effetto del combinato disposto costituito da detta norma imperativa ed il primo comma dell'art. 1418 c.c., che sanziona con la nullità ogni atto contrario a norma imperativa». Conforme P. BOERO, *op. cit.*, 179.

[20] Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, cit.; A. GENTILI, *Atti notarili "proibitivi" e sistema delle*

L'aspettativa di conformità sembrerebbe da coltivare rispetto alle norme condivise, quindi – considerata la matrice del nostro ordinamento – con il cuore precettivo delle regole scritte[21]. Al contrario, la responsabilità notarile non solo è stata estesa – come detto – non solo alle nullità virtuali, ossia prive di quella evidenza testuale cui la norma rinvia, ma è stata talora ravvisata pure nel difetto di un orientamento interpretativo consolidato[22], in dottrina come in giurisprudenza[23]. È capitato[24], invero, che notai siano stati condannati in sede disciplinare per aver ricevuto atti la cui nullità era frutto di un procedimento ermeneutico affatto scontato, non suffragato da alcun precedente di legittimità e neppure da indicazioni uniformi da parte degli autori e delle corti di merito; per questa via è stata realizzata una meccanica identificazione tra invalidità e responsabilità notarile, da tempo denunciata dalla dottrina[25]. Alcune sentenze hanno fatto proprio un atteggiamento severo in materia di nullità assoluta virtuale con riguardo a clausole contenute in atti costitutivi di società[26]: in proposito

invalidità, in *Riv. dir. priv*., 2005, 258 ha evidenziato come la lettura di questa norma sia funzione della concezione della figura notarile.

[21] In tema si rinvia a G. CELESTE, *La responsabilità civile del notaio*, Napoli, 2007, 129 ss.

[22] Peraltro non facile da qualificare tale, come a suo tempo denunciato da P. ZANELLI, *La nullità "inequivoca"*, in *Contr. impr.*, 1998, 1260.

[23] G. PETRELLI, *Art. 28 della legge notarile. Espresso divieto di legge e orientamenti giurisprudenziali non consolidati*, in *Riv. not*., 1997, 1228, rimarcava l'importanza dell'informazione resa dal notaio.

[24] Cass., 9 dicembre 2010, n. 24867, in *Riv. not*., 2011, 897, con nota di G. Corsi; in *Riv. arb*., 2011, 255, con nota di A. Vanni; in *Resp. civ. e prev*., 2011, 1530, con nota di L. Felleti; in *Giust. civ*., 2011, 348; in *Giur. comm*., 2011, 1080, con nota di S. Cerrato, riguardante una clausola societaria inserita negli atti societari, difforme da quella prevista dal decreto legislativo n. 5 del 17 gennaio 2003 in quanto prevedeva il deferimento delle eventuali controversie al giudizio di arbitri nominati anche dalle parti.

[25] G. DE NOVA, *Gravità del comportamento notarile e sanzione disciplinare*, in *Riv. dir. priv*., 2005, 255; C. CACCAVALE, *La "nullità di protezione" delle clausole abusive e l'art. 28 della legge notarile*, in *Notariato*, 2007, 50.

[26] Per le società di capitali, in aggiunta all'art. 28, n. 1 l. not., viene in gioco anche l'art. 138-*bis* l. not.

Cass., 7 novembre 2005, n. 21493, in *Giust. civ.*, 2006, 1494, con nota di F. Morozzo Della Rocca, ha confermato la sentenza di merito, che aveva ritenuto affetta da nullità assoluta la clausola, inserita in un atto costitutivo di Srl, ove si prevedeva che ogni socio avesse diritto ad un voto per ogni quota, in violazione del principio maggioritario in tema di diritto al voto societario, dettato con norma imperativa dall'art. 2485 c.c. F. Morozzo Della Rocca ha contestato la conclusione della Corte, giudicando irragionevole l'ipotesi secondo cui il riferimento della clausola statutaria ad una pluralità di quote attribuisca ad "ogni socio" un solo voto, indipendentemente dalla entità della sua partecipazione sociale; a parere dell'A., il riferimento ad una pluralità di partecipazioni possedute dal socio evidenzierebbe, invece, che la parola "quota" è stata impropriamente utilizzata nella clausola per indicare quella minima base (di cui all'art. 2474, commi 2 e 3, c.c.);

risulta esemplare la nota sentenza sulla clausola compromissoria statutaria[27]. Inoltre si segnalano manifestazioni di estremo rigore anche al di fuori di quel comparto: valga il caso del rogito di donazione di diritto di superficie con riserva di usufrutto a favore dell'alienante, la cui nullità fu rilevata in sede di ispezione biennale e poi condivisa dalla Cassazione, che sanzionò il notaio rogante[28]; ancora, la pretesa duplicazione della cautela – testimoni ed assistenti – per l'intervento in atto di non vedenti incapaci di sottoscrivere[29].

Vi è da domandarsi se il consolidarsi della severità esibita da alcuni verdetti non verrebbe a rendere un pessimo servizio agli utenti, trattenendo il notaio dall'aderire alle richieste di atti dai contenuti meno consueti, con il rischio di far isterilire una prassi altrimenti feconda[30]; addirittura dal rogare atti la cui correttezza risulti supportata da un filone giurisprudenziale di merito, sino a che non intervenga una pronuncia di legittimità, la quale potrebbe tardare parecchio in settori – come quello societario – prevalentemente affidati alla volontaria giurisdizione, in cui il giudizio di legittimità rappresenta un'eventualità collegata all'assetto contenzioso, oppure allo sviluppo del giudizio disciplinare notarile.

L'icastica notazione, secondo cui «l'art. 28 non regola la nullità degli atti, ma la responsabilità disciplinare del notaio»[31], cattura la sostanza della questione e, com'era auspicabile, la sua razionalità è stata recuperata dalla stessa Cassazione con una sentenza[32], la cui motivazione rappresenta un modello da seguire[33].

inoltre, l'attribuzione del diritto di voto per ogni quota posseduta varrebbe proprio ad adeguare il diritto di voto di ciascun socio alla sua partecipazione.

[27] Cass. dicembre 2010, n. 24867.

[28] Cass., 4 maggio 1989, n. 2084, in *Nuova giur. civ. comm*., 1989, I, 878, in *Riv. not*., 1989, 887, in *Vita not*., 1989, 207.

[29] Cass., 12 dicembre 1994, n. 10604, in *Giust. civ.*, 1995, I, 365, la quale, disattendendo l'orientamento prevalente in dottrina, ha sancito la necessaria compresenza dei testimoni nonché degli assistenti previsti dalla legge 3 febbraio 1975, n. 18.

[30] In senso conforme mi sono espresso nei miei contributi: La deontologia del notaio, in ZATTI (a cura di), *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, Padova, 1996, 170; *La responsabilità del notaio*, in VISINTINI (diretto da), *Trattato della responsabilità contrattuale*, vol. II, *I singoli contratti. Applicazioni pratiche e disciplina specifica*, Padova, 2009, 591 ss.

[31] Così S. PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv*., 2001, 463, ancorché riferita a diverso contesto, secondo cui «l'art. 28 non regola la nullità degli atti, ma la responsabilità disciplinare del notaio».

[32] Con una pronuncia resa dalla sesta sezione civile ancora a margine di una clausola compromissoria statutaria difforme dal modello speciale.

[33] In senso conforme Cass., 11 marzo 2011, n. 5913, in *Vita not*., 2012, 1696, secondo cui «Il divieto per il notaio di ricevere atti nulli sussiste solo quando la nullità dell'atto sia inequivoca ed indiscutibile, dovendosi intendere l'avverbio espressamente, che nell'art. 28, l. 16 febbraio 1913,

6. Notazioni riepilogative

La panoramica tratteggiata in questa breve nota conferma che le analisi del concreto operare dell'attività notarile sono fondamentali per la conoscenza della reale dimensione del fenomeno giuridico[34], a fianco del prodotto dell'attività delle corti.
Le regole giurisprudenziali sono spesso vestite della forma legislativa allorché sono versate in testi normativi redatti sulla scorta di orientamenti consolidati[35]; il fenomeno non è solo italiano, come dimostra agevolmente la recente riforma del diritto dei contratti e delle obbligazioni contenuto nel *Code civil* francese[36].
Qualcosa di simile accade alla prassi notarile, che pure possiede attitudine a tradursi in legge, basti pensare alle discipline italiane del *rent to buy* e della circolazione dei diritti edificatori, che hanno recepito strumenti contrattuali forgiati dalla pratica, ricavandone norme dispositive e suppletive, aggiungendone alcune inderogabili, in assoluto o per coerenza con la fattispecie[37].
Il testo legislativo a propria volta vede la sua interpretazione affidata certamente alla magistratura, ma prima ancora alla dottrina che ne orienta le iniziali letture: nelle materie che coinvolgono il ministero notarile è consolidato il prestigio rivestito dalle analisi elaborate dagli uffici del Consiglio nazionale del Notariato e dalle sue commissioni studi che – spesso traendo spunto dalle riflessioni avanzate da singoli colleghi particolarmente qualificati – formulano linee guida provvidenziali per gli operatori.

n. 89 qualifica la categoria degli "atti proibiti dalla legge", come "inequivocamente"; pertanto, tale divieto si riferisce a contrasti dell'atto con la legge che risultino in termini inequivoci, anche se la sanzione della nullità deriva solo attraverso la disposizione generale dell'art. 1418, comma 1, c.c., per effetto di un consolidato orientamento interpretativo giurisprudenziale o dottrinale». Cass. n. 11 novembre 1997, n. 11128, cit. aveva, del resto, già affermato che «ai fini della responsabilità del notaio a norma della l. n. 89 del 1913, art. 28 è necessario che l'atto redatto dal notaio sia inequivocamente nullo». Tenendo seguito a queste premesse è confermata l'applicazione della sanzione al ricevimento di atti affetti da nullità virtuale, purché pacifica.

[34] Ancora doveroso l'omaggio a M. PALAZZO, Ars notaria *e cultura giuridica tra storia ed attualità*, cit., 123 ss.

[35] A somiglianza dei *Restatements of Law pubblicati dall'American Law Institute*.

[36] Rinvio al mio lavoro *Gli effetti del contratto nella riforma del* Code civil *francese*, in *Riv. dir. priv*., 2017, 31ss.

[37] Circa l'adozione di una discipline legislativa sul *rent to buy* segnalo il mio scritto *Un catalogo di questioni aperte sul c.d*. rent to buy, in *Giur. it*., 2015, 497 ss.

Il notaio nella rete delle fonti: il ruolo della prassi notarile

Aurelio Gentili
Ordinario di Diritto civile, Università di Roma Tre

Nel tempo il sistema giuridico è mutato profondamente. L'influsso dei principi costituzionali, la crescente importanza della giurisprudenza, la diffusione di leggi speciali, l'interferenza del diritto europeo, internazionale, e del *soft law*, con le leggi nazionali hanno dato luogo ad un crescente grado di incertezza della corretta soluzione dei problemi giuridici. In questo quadro la responsabilità disciplinare del notaio per errori deve essere ripensata e limitata ai casi di nullità inequivoca.

By the time the Legal System has deeply changed. The influence of constitutional principles, the increasing importance of case-law, the diffusion of special regulations, the interference of European, international, soft law with the national law resulted in a high degree of uncertainty of the right answer to legal questions. In this context the notary's disciplinary liability for mistakes ought to be reconsidered, and limited to the cases of undisputable nullity.

Sommario: 1. Legge e prassi nella creazione di modelli giuridici. – 2. I rischi della creazione notarile di modelli. – 3. Pluralità delle fonti e incertezza del diritto. – 4. L'alterna vicenda della responsabilità disciplinare del notaio. – 5. L'incertezza determinata dalla rete delle fonti come esimente della responsabilità disciplinare: quando?

1. Legge e prassi nella creazione di modelli giuridici

Fornire modelli non è mai stato il vero ruolo del legislatore. L'età dei codici, con l'abbondanza dei tipi in essi contemplati, può aver offuscato questa evidenza. Ma basta ricordare le mille figure sconosciute alla legge e diffuse nella prassi (i contratti in *-ing*, i contratti informatici, le operazioni finanziarie, le operazioni societarie, le nuove garanzie, per dire le principali) per confermare che il ruolo della legge è regolare, non escogitare, le forme dell'attività giuridica.

Il legislatore-inventore fa tuttavia opera utile. La recezione legale di un modello ne garantisce la legittimità e ne indica il trattamento. Un'opera che oltre che di creazione del diritto è di certezza del diritto. Ma è conclamato l'affanno della legge nell'inseguire la casistica. Sono numerosi i casi in cui il modello astratto legale o non serve al meglio gli scopi o non risolve tutti i dubbi.

Rimedia in parte la giurisprudenza. Meno quando assevera nel diritto vivente certe forme: questo non giova oltre il caso giudicato. Più quando segna all'attività dei privati i suoi limiti di ordine pubblico, validi per ogni modello equivalente.

È la prassi la grande inventrice del diritto. Prassi negoziale, prassi commerciale, prassi bancaria, prassi finanziaria, prassi amministrativa generano continuamente modelli. La creazione è opera della prassi. Ma quest'opera di creazione non è anche opera di certezza. La prassi garantisce per lo più l'efficienza dei modelli escogitati, ma non può garantirne allo stesso modo la legittimità. La diffusione di un tipo sociale non rende certi della sua validità formale.

I limiti della prassi si attenuano quando essa si forma sotto il vaglio di un professionista esperto. È il caso della prassi notarile. Qui esistono ragionevoli motivi per confidare non solo nell'efficienza ma anche nella legittimità del modello. Ma non esistono certezze. Anche quando il modello è creato dal notaio non è del tutto sicuro che esso sarà giudicato conforme alla legge: il notaio può sbagliare. Legittimità e trattamento dei nuovi modelli restano così in forse: nel mondo del diritto non sempre il reale è razionale.

Si mostrano qui il pregio e il limite della prassi notarile[1].

Il pregio. Sovrapponendosi o sostituendosi alle prassi degli operatori, il notaio, a differenza del giudice che meramente valuta, escogita la soluzione che convalida e, garante della legalità, ne accresce – o almeno dovrebbe – la probabilità della legittimità.

Il limite. La soluzione, però, resta affidata nella sua tenuta legale all'autorità della ragione e non alle ragioni dell'autorità, perché si fonda sulla sapienza non sul potere: il notaio può prevedere, non garantire, che la soluzione sarà ritenuta legittima[2]. Un giudice può sempre disattenderla.

Insomma, nel produrre modelli il notaio batte il legislatore quanto all'efficacia ma ne è inevitabilmente superato quanto alla certezza.

---

[1] Sulla prassi notarile v. i contributi raccolti in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, in questa *Rivista*, e in specie M. PALAZZO, *La prassi notarile singolare e post moderna forma di normatività*, *ivi*.

[2] A. FUSARO, *La prassi notarile fonte di regole giuridiche*, in *Crisi della legge e produzione provata del diritto*.

2. I rischi della creazione notarile di modelli

Produrre regole generali ed astratte è funzione tipica delle fonti del diritto. Consolidando modelli generali cui far ricorso nel caso concreto la prassi notarile appare produttiva di forme giuridiche come una fonte del diritto. E infatti qualcuno parla della prassi come fonte del diritto[3]. Ciò nonostante, mi pare da respingere l'idea che la prassi notarile sia fonte del diritto. Si può dirlo per metafora, perché è comune la diffusione negli atti degli operatori, e frequente la successiva recezione legale, di quanto ideato dai notai. Ma non si può dirlo tecnicamente, perché alla prassi notarile manca la forza sebbene non manchi la sostanza di fonte. Come detto, vi è la sapienza ma non il potere alla base di questa produttività. La prassi notarile è insomma fonte di usi[4], non ancora di diritto.

Come fonte di usi essa resta subordinata alle fonti formali, almeno nella parte in cui esprimono norme inderogabili. Crea a suo arbitrio solo negli spazi in cui queste non parlano. E deve garantire che i modelli d'uso creati siano coerenti alle regole e principi legali, se appunto inderogabili. Si distinguono perciò una prassi *secundum legem*, *praeter legem*, *contra legem*[5].

Del resto, tale subordinazione è nella sua natura. È infatti nel seno delle fonti che le creazioni del notaio intendono operare; in due modi.

Quando il prodotto dell'attività notarile crea la regola del caso all'interno di una casistica regolata dal dettato di una fonte, la prassi ha una funzione *attuativa*. Il notaio rende concreta la disposizione legale traducendo in regole del caso le astratte previsioni del legislatore. È pur sempre opera creativa, ma in uno spazio limitato: dal generale al particolare. Ed è opera di garanzia di legalità (nei limiti in cui il notaio può darla), ma rispetto ad un solo problema: l'esatta individuazione della norma da evincere dalla disposizione (se più d'una è possibile) in conformità alla razionalità che vi presiede.

Quando invece il prodotto dell'attività notarile crea la regola del caso all'esterno di una casistica regolata dal dettato di una fonte, la prassi ha una funzione *genetica*. Il notaio a partire dalle categorie concettuali che reggono la materia integra il dettato legale, creando una regola del caso in difetto della previsione di quella casistica. Fa allora opera creativa in uno spazio ampio: non attuazione ma integrazione. E fa opera di garanzia (sempre nei suoi limiti intrinseci) rispetto

[3] F. DI MARZIO, *Sulla prassi notarile*, in *giustiziacivile.com*, 4.

[4] O 'pratiche' secondo G. ALPA, *La prassi e i codici deontologici*, in AA.VV., *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, 99, riconducibile agli usi (101).

[5] G. ALPA, *La prassi e i codici deontologici*, cit., 102.

a *due* problemi: non solo l'esatta individuazione delle norme da evincere dalle linee del sistema, ma anche l'esatta loro integrazione, sempre in conformità alla razionalità che vi presiede.
Come si vede, un certo rischio è comunque sotteso alla prassi notarile. Come garante della legalità il notaio anche quando intende semplicemente attuare il dettato legale ha l'onere di considerare *tutto* il dettato legale e di interpretarlo *correttamente*. Un rischio solitamente basso, grazie alla sua sapienza; che però può crescere quando, per complessità dei combinati disposti, per incertezze interpretative, per contrasti dottrinali o giurisprudenziali, il passaggio dalle disposizioni alle norme si riveli meno evidente. Più ampio è il numero di disposizioni applicabili, più difficile è l'opera della prassi.
Muoversi tra numerose disposizioni inderogabili è come navigare tra gli scogli: il nocchiero deve essere abile e la rotta sorvegliata. Ma i notai sanno navigare.

3. Pluralità delle fonti e incertezza del diritto

Il rischio però cresce quanto più la razionalità che presiede alla normativa sbiadisce. E ciò accade tipicamente quando si moltiplicano non solo le norme ma le fonti. È quanto accade oggi. La moltiplicazione di fonti non coordinate *ex ante* è il segno specifico dei sistemi giuridici contemporanei. Schematizzando, vi sono oggi almeno cinque fattori di molteplicità delle fonti.

Un primo è il *concorso di legislazione costituzionale e ordinaria*: i principi costituzionali reagiscono con il dettato legale generando nuovi sensi, che in ragione della fonte superiore prevalgono. Ma dire *ex ante* quali sensi non è facile. La rilettura costituzionale delle leggi dà luogo ad un fenomeno di mobile interpretazione evolutiva che scardina le certezze.
Un secondo è il *concorso di diritto vigente e diritto vivente*: le norme correttamente ricavabili dalle disposizioni sono quelle che la giurisprudenza avalla. Ma dire *ex ante* quali norme non è facile. Mentre il testo della legge è stabile, la sua rilettura giurisprudenziale è mutevole; e ciò dà luogo ad un fenomeno di mobilità della normativa che scardina le certezze.
Un terzo è il *concorso di diritto generale e diritto speciale*: la normativa regolatrice di una casistica obbedisce nell'uno e nell'altro ad una diversa *ratio legis* e spesso non è chiaro se e quando si applichi l'uno o l'altro. Dirlo *ex ante* non è facile. La diversa razionalità normativa e l'incertezza dei confini danno luogo ad una pluralità di soluzioni possibili, che scardinano le certezze.
Un quarto è il *concorso del diritto nazionale con diritti alieni*: diritto europeo, internazionale, mercatorio, *soft law*, introducono modelli di dubbia coerenza con

le regole tradizionali. Dire *ex ante* se e quando tale coerenza vi sia non è facile. La tensione tra le esigenze del nuovo diritto e quelle del diritto consolidato apre dubbi che scardinano le certezze.
Un quinto è il *concorso di una nuova realtà socioeconomica con l'idea del mondo sottesa al dettato legale*: il diritto non può cambiare la società, ma la società può cambiare il diritto perché muta il senso dei suoi precetti, che in un diverso contesto appaiono diversi. Ma dire *ex ante* in che modo siano mutati non è facile. La rilettura socioeconomica è materia di opinione, e ciò dà luogo ad un fenomeno di mobilità dell'interpretazione che scardina le certezze.
Questi fattori convergono verso uno stesso esito. Se un tempo nella *Stufenbau* dell'ordinamento chiuso era sufficiente individuare l'unica soluzione giusta, oggi nella rete aperta e non coordinata *ex ante* delle fonti anche ammesso che *ex post* solo una soluzione sia giusta (ma è poi davvero così?) comunque *ex ante* varie soluzioni sono possibili.
In sintesi: la pluralità delle fonti rende il sistema eticamente evolutivo, tecnicamente flessibile, strutturalmente articolato, concettualmente recettivo, socialmente adeguato. Bellissime cose. Ma lo rende incerto.
E i notai, che vendono certezza, oggi non sanno più dove approvvigionarsene.

4. L'alterna vicenda della responsabilità disciplinare del notaio

A fronte del diverso contesto in cui il notaio opera sarebbe razionale che la legge non gli chiedesse ciò che non può dare: *ad impossibilia nemo tenetur*. Non è così.
La responsabilità del notaio quale garante della legalità ha conosciuto negli ultimi anni un singolare contrasto di posizioni.
Fino al 1997 la giurisprudenza, contro il parere di parte della dottrina[6], ne dilatava le responsabilità disciplinari ad ogni vizio del contratto. Il concetto di legalità degli atti di autonomia ne assorbiva tutte le patologie: quelle di illegittimità (come il contrasto con norme imperative) e quelle di inefficienza (come i vizi strutturali del contratto, le nullità relative, le forme di annullabilità e inefficacia)[7].

[6] V. soprattutto N. IRTI, *Ministero notarile e rischio giuridico dell'atto*, in *Notariato tra istituzioni e società civile*, Milano, 1996, 247 ss.
Per una ricapitolazione di quel dibattito G. PETRELLI, *Art. 28 della legge notarile. Espresso divieto di legge e orientamenti giurisprudenziali non consolidati*, in *Riv. not.*, 1997, 1235 ss.
[7] Di qui la tesi prevalsa in giurisprudenza fino al 1997. Secondo la quale «l'art. 28 l. not. n. 89

Omettendo questa distinzione delle invalidità si è sviluppata la tesi della responsabilità notarile allargata ad ogni aspetto della legalità[8].
Poi le Corti hanno mutato avviso, in duplice direzione.
Anzitutto hanno limitato alla nullità assoluta il rischio disciplinare. Si è riconosciuto che la nullità ha una doppia faccia: *protezione* e *repressione*. Solo quelle nullità con cui l'ordine pubblico annichila scelte contrarie all'interesse generale sono repressione dell'arbitrio individuale. Non invece le nullità strutturali, che indicano le condizioni di un sano esercizio delle libertà; né la nullità relativa, che consente al privato di controllare la corrispondenza della regola all'interesse; né gli atti solo relativamente nulli, annullabili, o semplicemente inefficaci[9]. Queste invalidità sono protezione. Una parte della dottrina è allineata con la più recente giurisprudenza[10]. Ma un'altra parte, altrettanto cospicua, insiste per la rilevanza disciplinare anche della ricezione di atti colpiti da nullità relativa[11].

---

del 1913, che vieta al notaio di ricevere atti espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordinamento pubblico, si riferisce non solo agli atti espressamente vietati, ma a tutti gli atti contrari a disposizione di legge e, cioè, non aderenti alle norme giuridiche di ordine formale e sostanziale per essi previste a pena di nullità e di annullabilità» Cass., 19 novembre 1993, n. 11404, in *Riv. not*., 1993, 1231, e in *Vita not*., 1994, 404; Cass., 10 novembre 1992, n. 12081, in *Vita not*., 1993, 950.

Una ricognizione delle opinioni della dottrina nel vigore di questo orientamento giurisprudenziale in G. CASU, *Funzione di ricevimento. Competenza*, in S. TONDO - G. CASU - A. RUOTOLO, *Il documento*, in PERLINGIERI (diretto da), *Tratt. dir. civ*., Napoli, 2003, 30 ss.

[8] La tesi è risalente (cfr. F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1950, 921 ss.).
Oggi, U. LA PORTA, *La responsabilità professionale del notaio*, Torino, 2003; C. DONISI, *L'art. 28: baricentro della funzione notarile*, in SCHLESINGER (a cura di), *Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Il ruolo del notaio*, Milano, 2002, 325 ss.

[9] Cfr. Cass., 11 novembre 1997, n. 11128, in *Riv. not*., 1998, 7 ss., con nota di E. BRIGANTI, *Atti invalidi e responsabilità del notaio*.

[10] F. ANGELONI, *Responsabilità del notaio e clausole abusive*, Milano, 1999, 70; S. MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio. Parere per il Consiglio del Notariato*, in *CNN Notizie*, 2009; F. GERBO, *Nullità, art. 28 della legge notarile e la responsabilità del professionista*, in *Riv. not*., 2003, 48; C. CACCAVALE, *La "nullità di protezione" delle clausole abusive e l'art. 28 della legge notarile*, in *Notariato*, 2007, 1; R. QUADRI, *Responsabilità del notaio ai sensi dell'art. 28 l. not. e nullità c.d. di protezione*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2009, 349.

[11] G. PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausole vessatorie. A margine dell'art. 28, l. 16 febbraio 1913, n. 89*, in *Rass. dir. civ*., 2006, 804 ss., 850 ss.; G. PASSAGNOLI, *Responsabilità notarile, nullità relativa e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. priv*., 2001, 462 ss.; A. MANTELERO, *Il notaio, il consumatore e la clausola vessatoria*, in *Contr. impr*., 2002, 1258.
Su questi temi una sintesi in A. GENTILI, *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv*., 2005, 5 ss.

Ma soprattutto le corti hanno preso atto dei limiti oggettivi alla possibilità di offrire certezza, stante la frequenza di casi in cui l'esatta valutazione della comminatoria di invalidità è difficile; e perciò hanno ristretto la responsabilità disciplinare ai soli casi in cui la nullità per finalità repressive dell'atto che si è richiesti di rogare sia 'inequivoca'[12].

Recentemente però una parte della giurisprudenza è tornata in parte sui suoi passi. Ha infatti riconosciuto la responsabilità notarile disciplinare anche in casi in cui, concorrendo disposizioni di diritto generale e speciale difficili da coordinare, il modello escogitato dal notaio che dia soddisfazione ad esigenze socialmente avvertite e concordi con il diritto generale sia – o meglio sia ritenuto in una delle possibili interpretazioni – in contrasto con il diritto speciale[13]. Come dire che l'equivocità non è una esimente.

[12] Cass., 11 marzo 2011, n. 5913, in *Resp. civ.*, 2011, 1528, n. Felletti, e in *Riv. not.*, 2011, 897, n. Corsi, e in *Riv. arb.*, 2011, 255, n. Vanni: «Il divieto per il notaio di ricevere atti nulli sussiste solo quando la nullità dell'atto sia inequivoca ed indiscutibile, dovendosi intendere l'avverbio espressamente, che nell'art. 28, l. 16 febbraio 1913 n. 89 qualifica la categoria degli "atti proibiti dalla legge", come "inequivocamente"; pertanto, tale divieto si riferisce a contrasti dell'atto con la legge che risultino in termini inequivoci, anche se la sanzione della nullità deriva solo attraverso la disposizione generale dell'art. 1418, comma 1, c.c., per effetto di un consolidato orientamento interpretativo giurisprudenziale o dottrinale (in applicazione del riportato principio, la suprema corte ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto sussistente, ai sensi dell'art. 28 citato, la responsabilità del notaio che aveva autenticato una scrittura costitutiva di Sas contenente una clausola di arbitrato con nomina degli arbitri non da parte di terzi, pur in presenza di contrastanti interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali in ordine all'alternatività tra arbitri endosocietari, di cui all'art. 34, d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, ed arbitri di diritto comune, ovvero dell'esclusività dei primi in sede societaria)».

[13] Cass., 9 dicembre 2010, n. 24867, in *Notariato*, 2011, 137, n. Piccolo, e in *Giust. civ.*, 2011, I, 348, e in *Riv. not.*, 2011, 897, n. Corsi, e in *Resp. civ.*, 2011, 1530, n. Felletti, e in *Giur. it.*, 2011, 2306 (m), n. Cerrato, Boggio, e in *Giur. it.*, 2011, 2033, n. Griseri, e in *Giur. comm.*, 2011, II, 1080, n. Cerrato, e in *Giur. it.*, 2011, 2622 (m), n. Dalmotto, e in *Riv. arb.*, 2011, 255, n. Vanni: «Una clausola compromissoria inserita negli atti societari, difforme da quella prevista dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, art. 34 (in quanto preveda il deferimento delle eventuali controversie al giudizio di arbitri nominati anche dalle parti) deve considerarsi nulla; con la conseguenza che la sanzione disciplinare prevista dalla legge notarile trova applicazione a carico del notaio che abbia inserito in atti societari tali clausole compromissorie; costituisce circostanza del tutto irrilevante, ai fini disciplinari, che la detta clausola, nulla per contrasto con norma imperativa, possa essere eventualmente sostituita di diritto dalla norma stessa, ai sensi dell'art. 1419 c.c., trattandosi di rimedio predisposto dal legislatore al solo fine di conservare l'atto ai fini privatistici; pur non conducente, tale vizio, alla nullità dell'intero negozio, si tratta comunque di nullità parziale assoluta».

5. L'incertezza determinata dalla rete delle fonti come esimente della responsabilità disciplinare: quando?

Il nuovo scenario – un diritto altamente incerto e mutevole perché frutto di una pluralità di fonti di difficile coordinamento – ha creato una strettoia. Una prassi notarile è ottimale quando offre modelli al contempo efficienti e legittimi. Ma quanto più i modelli approntati inseguono l'efficienza, escogitando forme adatte a servire bene gli interessi soluzioni nuove, tanto più mettono a rischio la legittimità, essendo difficile in un quadro di fonti plurime e scoordinate stabilirne *ex ante* la sicura legittimità.

Sottrarsi al primo compito è impossibile. Lo stesso sistema legale non sarebbe grato ai notai di aver, con un'interpretazione occhiuta del loro ruolo, frenato i traffici (perché è questo in definitiva che accadrebbe). E i clienti, se comunque avvisati e guidati, non sarebbero grati ai notai di averli bloccati. Perché essi non sono interessati a quei professionisti che dicono loro che non si può fare, ma a quelli che dicono loro come si può fare.

Sottrarsi al secondo è un fatto già compiuto. Non dai notai, ma dal sistema, che oggi privilegiando i fattori di molteplicità delle fonti ha sacrificato la certezza del diritto. E i notai non possono addurvi altro rimedio che la loro sapienza.

In questo scenario – subìto, non scelto – la limitazione della responsabilità disciplinare ai casi *inequivoci* di nullità repressiva è un *must*.

La domanda è piuttosto: è già nel sistema o deve esservi introdotta?

Per rispondere si potrebbe ancora una volta ripercorrere la diatriba sull'interpretazione – come visto oscillante – dell'art. 28 l. not. Vorrei oggi suggerire un'altra strada.

Il principio per cui l'*ignorantia juris* 'inevitabile' è causa di non punibilità è già nel sistema. E in un settore, quello penale, in cui sono in gioco ragioni per la repressione anche più stringenti[14] di quelle che vietano atti civili *contra legem*. Ma non solo in esso: opera anche in relazione alle sanzioni amministrative[15]. E la giurisprudenza vi fa ricorso in altre aree professionali[16]. Ma quel che è più, è un principio sancito per la responsabilità del giudice che incorra in grave

[14] Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it*., 1990, I, 415 (m), n. Grande, e *ivi*, 1988, I, 1385, n. Fiandaca: «È illegittimo, per violazione degli art. 2, 3, comma 1 e 2, 25, comma 2, 27, comma 1 e 3 Cost., l'art. 5 c.p., nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile».

[15] In base all'art. 3, l. n. 689 del 1981.

[16] Cass., 11 agosto 2005, n. 16846, in *Rass. forense*, 2006, 447: «L'avvocato deve considerarsi responsabile nei confronti del proprio cliente, ai sensi degli art. 2236 e 1176 c.c., in caso di incuria o di ignoranza di disposizioni di legge ed, in genere, nei casi in cui, per negligenza o

violazione di legge, se determinata da ignoranza o negligenza scusabili[17]. *A fortiori*, mi sembra, deve essere applicato al notaio.

Ce n'è dunque abbastanza per considerarlo un principio generale. Come tale esso è applicabile a qualunque sanzione irrogabile per una violazione di legge che sia stata determinata da ignoranza scusabile. E dunque anche all'errore del notaio.

Scusabile quando? La giurisprudenza penale ha fissato dei criteri, trasferibili al caso: quando sia stato assolto il dovere di informazione[18], e sussista in positivo un elemento sviante (come una precedente giurisprudenza contraddittoria, o una equivoca formulazione del testo della norma)[19]. Ma si può dire di più: quando la soluzione suggerita dal notaio, sebbene *ex post* ritenuta *contra legem*, *ex ante* risulti corrispondere ad una ricostruzione *possibile* del dettato normativo.

Insomma, ad un mondo *ex ante* aperto a plurime possibilità che solo *ex post* si riducono ad una, si addice una responsabilità *ex ante* chiusa al rischio di pagare per aver indicato una possibilità che *ex post* non si è consolidata. Un sistema giuridico retto da una rete di fonti è come il mondo leibniziano: un insieme di universi possibili, sebbene alla fine non possa esisterne che uno solo. Non possiamo chiedere al notaio di sopportare una responsabilità attuale per un mondo virtuale. Si può punire il notaio per aver fidato nell'impossibile. Non si può punirlo per aver fidato nel possibile.

imperizia, compromette il buon esito del giudizio, mentre nelle ipotesi di interpretazione di leggi o di risoluzione di questioni opinabili, deve ritenersi esclusa la sua responsabilità, a meno che non risulti che abbia agito con dolo o colpa grave».

[17] Cfr. l'art. 2, comma 1, lett. *g*), del d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, sulla responsabilità disciplinare dei magistrati.

[18] Cass. pen., sez. III, 05 aprile 2011, n. 35694, in *Giur. it*., 2012, 1884, n. Pavesi: «Il carattere frammentario di una disciplina normativa, come pure il fatto che sulla stessa si siano formati diversi orientamenti, tanto da dar luogo all'emanazione di una norma di interpretazione autentica, non possono costituire causa di ignoranza incolpevole della legge penale o di leggi integratrici del precetto penale, quando il soggetto che svolga professionalmente la specifica attività formante oggetto della disciplina in questione non abbia dimostrato di aver adempiuto al dovere di informazione, chiedendo i necessari chiarimenti alle competenti autorità e ricorrendo al parere di esperti in materie giuridiche (principio affermato, nella specie, con riguardo alla materia delle concessioni demaniali marittime, in relazione ad un addebito di violazione dell'art. 1161 cod. nav.)».

[19] Cass. pen., sez. III, 19 marzo 2015, n. 29080, in *Foro it*. *Rep*., 2015, legge penale [3910], n. 18: «In tema di elemento psicologico del reato, la c.d. "buona fede" è configurabile ove la mancata coscienza dell'illiceità del fatto derivi non dall'ignoranza dalla legge, ma da un elemento positivo e cioè da una circostanza che induce nella convinzione della sua liceità, come un provvedimento dell'autorità amministrativa, una precedente giurisprudenza assolutoria o contraddittoria, una equivoca formulazione del testo della norma».

Principi fondamentali e autonomia privata*

Emanuela Navarretta
Ordinario di Diritto privato, Università di Pisa

Il contributo analizza il processo di progressivo ampliamento del ruolo dell'autonomia privata nella regolamentazione dei diritti della persona e si interroga sul rapporto fra autonomia e diritti.
A partire dalla considerazione che l'autonomia è al tempo stesso fonte di disciplina per i diritti, oggetto di regolamentazione da parte di fonti eteronome che tutelano i diritti ed esercizio di una libertà che rivendica essa stessa un possibile rango costituzionale, l'indagine si snoda attraverso le differenti tipologie di atti che in vario modo regolano i diritti della persona.
Obiettivo dell'indagine è verificare il ruolo che svolge nella realizzazione e nella tutela dei diritti il potere dei privati e il suo rapporto con il ruolo del legislatore, quello del giudice e quello di altri protagonisti del diritto, quali il notaio e l'avvocato.

The article focuses on the progressive increase of the role of party autonomy in regulating fundamental rights. In particular, the reflection points out some crucial issues in the relationship between autonomy and rights.
Actually, a significant number of various private acts regulates issues related to human rights: therefore, the analysis of these acts is essential in order to understand the complex role that party autonomy can play in the enhancement and protection of human rights.
Party autonomy itself, indeed, lies on a multiple basis: on the one hand, it gives the parties the power to protect their own interests; on the other hand, it expresses the idea of heteronomous regulation and of a freedom strengthened by a constitutional inspiration.
The analysis will turn into a reflection on the different levels of action of party autonomy and on their interaction with the legislator, the courts and some professionals in the law practice, such as public notaries and counsels.

---

* Lo scritto costituisce parte di un più ampio contributo dell'Autrice Emanuela Navarretta, che viene qui riprodotto con il consenso dell'Editore Giappichelli.

Sommario: 1. Lineamenti generali. – 2. Autonomia e diritti fondamentali della persona. – 2.1. L'autodeterminazione e la funzione autorizzativa. – 2.2. La funzione dispositiva e il dono non patrimoniale. – 2.3. Il contratto avente ad oggetto i diritti della persona e la regolazione di interessi familiari. – 3. Autonomia contrattuale e principi fondamentali. – 3.1. Il diritto privato regolatorio: l'influenza dei principi e dei diritti fondamentali sull'esercizio dell'autonomia contrattuale e i rapporti istituzionali. – 3.1.1. Il diritto contrattuale regolatorio e la giustizia sociale: il ruolo imprescindibile del legislatore. – 3.1.2. Il diritto contrattuale regolatorio e la giustizia contrattuale. I riflessi della *Drittwirkung* incompleta e la dialettica fra giudice e legislatore. – 3.1.3. Il diritto contrattuale regolatorio e il divieto di discriminazione. La garanzia d'istituto dell'autonomia contrattuale e il ruolo dell'interprete. – 3.2. La fonte dell'autonomia contrattuale e la *Drittwirkung* dei principi e dei diritti fondamentali: giudizio di incoerenza, di conformità e di lacunosità. – 3.2.1. Il giudizio di incoerenza e l'illiceità del contratto. I limiti della *Drittwirkung*: il divieto di disapplicazione di norme e il divieto di proiezione orizzontale dei doveri rivolti alla giustizia sociale. – 3.2.2. Il giudizio di conformità e di lacunosità rispetto ai principi fondamentali fra interpretazione e integrazione del contratto.

1. Lineamenti generali

La crisi della funzione legislativa, il ruolo emergente dei principi e la consapevolezza della non neutralità del diritto[1] sono solo alcuni tra i fattori che si riverberano sull'autonomia privata, potenziandone il ruolo e la capacità di tendere verso gli obiettivi generali impressi dalla Costituzione.

Le ripercussioni dei principi sul potere di autonomia privata[2] abbracciano le sue tre sfaccettature: il suo essere fonte di regolazione e, dunque, di una possibile regolazione dei diritti fondamentali; il suo essere oggetto di regolazione, sottoposta ai principi fondamentali; il suo essere essa stessa esercizio di una libertà, che rivendica una possibile collocazione costituzionale.

Si delinea, allora, innanzitutto, il volto di un'autonomia – talora autorizzativa, talora dispositiva, talora finanche contrattuale – beneficiaria di un lascito di potere regolativo sui diritti della persona da parte della fonte eteronoma e destinataria di competenze riconosciute un tempo al solo potere giudiziario. E intanto è la stessa autonomia che cerca di sprigionare una forza che attrae a sé la regolamentazione dei diritti fondamentali, rivendicando lo statuto inviolabile dell'autodeterminazione.

Ai nuovi orizzonti che l'arretramento della funzione legislativa e l'avanzata

---

[1] Ci sia consentito rinviare a E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia privata fra ideologie e principi*, in *Quad. fiorentini*, 2014, 589 ss.

[2] Cfr. sul tema F. MACARIO, *L'autonomia privata nella cornice costituzionale: per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa*, in *Quest. giust.*, 2016, 4, 1 ss.; S. MAZZAMUTO - L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, *passim*.

dei principi assegnano al potere dei privati, si affianca, sul terreno più strettamente patrimoniale[3], l'acquisizione di una rinnovata capacità riconosciuta all'autonomia contrattuale: quella di orientare la regola dei privati verso obiettivi generali. Il contratto, grazie al legislatore europeo, viene attraversato dai principi di uguaglianza sostanziale e di non discriminazione, secondo un'inclinazione che pende verso l'efficienza del mercato. È il modello di un diritto privato regolatorio che talora non manca di indirizzare il contratto finanche alla promozione di valori, come la tutela dell'ambiente[4], nell'ottica di una possibile sinergia e non opposizione tra efficienza e giustizia.

Le reazioni al modello si collocano immediatamente su due fronti antitetici.

Da un lato, gli esegeti della nuova disciplina[5] si affannano talmente a dimostrare l'attitudine dell'efficienza a spiegare le dinamiche della legislazione contrattuale europea, da disattendere finanche l'aspirazione, sottesa all'idea dell'economia sociale di mercato, di combinare efficienza e giustizia.

Da un altro lato, i fautori di ideologie diverse dalla sola prospettiva ordo-liberale, che tutt'al più soddisfa una rilettura del primo comma dell'art. 41 Cost.[6], vengono irretiti dall'illusione che basti l'automatismo del richiamo alle clausole generali e ai principi per riscrivere in chiave sociale e solidaristica il diritto dei contratti e per piegarlo alla giustizia sociale.

Ed ecco che anche il ruolo emergente dei principi polarizza nuovamente il dibattito su due estremi opposti: una rappresentazione ingenua della *Drittwirkung* diretta riferita al contratto che avvolge i diritti fondamentali nell'isolamento dell'autodeterminazione o fa gravare sui privati e sul potere del giudice tutto il peso dei doveri fondamentali; all'opposto una raffigurazione disincantata dei principi che si illude di governare la complessità del nuovo mondo con la forza della volontà dei pubblici e dei privati poteri e con i sortilegi onnipotenti del mercato.

È bene, tuttavia, sottrarsi all'attrazione degli opposti e provare a verificare

---

[3] Una collocazione intermedia fra l'autonomia privata "non patrimoniale" e l'autonomia contrattuale va riconosciuta ai contratti che hanno ad oggetto interessi personali e che, da un lato, impongono, come si dirà, un adattamento dello strumento contrattuale al peculiare oggetto di cui dispongono, da un altro lato, si possono avvalere della disciplina contrattuale che già di per sé dà rilievo all'incidenza dei principi.

[4] V. *infra* par. 3.1.1.

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

[6] N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari-Roma, 1998, 17 [ult. ed. 2004]; F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in BASSI - MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 159 ss.

attraverso quali strategie istituzionali si possa adeguare l'autonomia privata ai principi e fare del contratto uno strumento consono non solo alla regolamentazione del mercato, ma anche capace di tendere verso obiettivi social-solidaristi e liberal-egualitaristi.

2. Autonomia e diritti fondamentali della persona

2.1. L'autodeterminazione e la funzione autorizzativa

Il diffondersi della fonte autonoma[7] nella regolazione di vicende attinenti alla persona[8] e alle relazioni familiari[9] discende dagli effetti a catena dell'evoluzione tecnologica, del pluralismo etico, dei mutamenti sociali. La scelta dei privati argina lo smarrimento del pluralismo etico rispetto all'avanzata della tecnologia e al suo pervadere la spontaneità del corso naturale della vita[10]; le loro regole assecondano il bisogno di celerità imposto dai progressi della scienza; i loro accordi mediano il rapporto del diritto con una società che sfugge come materia liquida[11].

La finalità impositiva e la funzione paternalistica, proprie del predominio legislativo, lasciano il posto ad un obiettivo garantista e di sostegno nella regolazione, che deve tendere ad una nuova dialettica fra potere dei privati e controllo giudiziale, fra autonomia ed eteronomia.

Fulcro della nuova funzione garantista del diritto sono certamente i principi fondamentali, ma questi devono sottrarsi a concezioni ingenue che alimentano

---

[7] Dense di riflessioni innovative, animate da una fiducia "fideistica" nella capacità liberatoria dell'autonomia, sono le pagine di P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione*, in MAZZAMUTO - NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2017, 11 ss. che sullo sfondo sembrerebbero, tuttavia, far trapelare il potere di un giudice spinto sino alla disapplicazione della legge nel tentativo di orientare l'autonomia, che si oppone all'eteronomia, verso l'eautonomia.

[8] Cfr. A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, 133 ss.; ID., *Autonomia privata e diritti della persona*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, cit., 119 ss.

[9] Cfr. fra i tanti E. MOSCATI - A. ZOPPINI (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002; G. FERRANDO, *Gli accordi di convivenza: esperienze a confronto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 163 ss.; G. OBERTO, *Contratto e famiglia*, in ROPPO (a cura di), *Tratt. del contratto. VI. Interferenze*, Milano, 2006, 105 ss.; E. QUADRI, *Convivenze e contratto di convivenza*, in *Jus civile*, 2017, 106 ss.

[10] Cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 9 ss.

[11] È l'immagine sin troppo nota della società liquida di Zygmunt BAUMAN, *Modernità liquida*, Bologna, 2011.

il paradosso del monopolio giudiziale o dell'autoreferenzialità dei privati, costringendo il diritto ad abdicare a qualsivoglia funzione.
Come la *Drittwirkung* dissociata dalla consapevolezza della sua natura incompleta trasforma il giudice nell'isolato artefice di un'insindacabile giustizia che, se non è arbitrio, diviene mero specchio della società, parimenti la retorica dell'autodeterminazione quale «chimera che mescola la sostanza dell'individualismo possessivo alla forma de[l] diritt[o] fondamentale»[12] attrae i diritti della persona, ma insinua la logica della scelta insindacabile, del desiderio che respinge qualsivoglia condivisione e controllo sul suo essere vera "eautonomia": quella «bellezza che non ... si dà senza una forma»[13].
L'archetipo isolato dell'autodeterminazione alimenta il riduzionismo della persona ad un unico valore che sfugge al bilanciamento di interessi e che si contrappone sterilmente al modello della dignità[14]. Al contempo, quel paradigma evoca una sola ed esclusiva qualificazione assiologica, che assegna un rango inviolabile finanche ad attività puramente economiche[15], con l'esito, ben familiare al diritto dell'Unione europea, di poter bilanciare ad armi pari la libertà contrattuale con i diritti sociali.
Ma l'autodeterminazione non è in sé un diritto assoluto: è, come il principio di uguaglianza[16], un modo di essere di tutti diritti, che si plasma sulla loro natura e sulla varietà di circostanze fattuali. Non vi sono diritti che non si associno al *modus* dell'autodeterminazione, quanto meno nella sua funzione autorizzativa, e al tempo stesso, non si può rappresentare il contenuto dell'autodeterminazione né identificare il suo valore se non in relazione ai diritti cui si rapporta, il che la colora di un rango variabile, che degrada dall'inviolabilità nell'esercizio dei diritti fondamentali alla garanzia di istituto nell'esercizio dell'iniziativa economica[17].

[12] V. CALDERAI, *Consenso informato*, in *Enc. dir. Annali*, VIII, Milano, 2007, 230.
[13] L'espressione è di P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione*, cit., 17.
[14] Cfr. A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, cit., 124.
[15] In tal senso soprattutto la dottrina tedesca, cfr. in particolare P. KIRCHHOF, *Der Vertrag als Ausdruck grundrechtlicher Freiheit*, in *Festschrift fur Peter Ulmer zum 70*. Geburstag, Berlin, 2003, 1211 ss.; contrari P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Persona e comunità*, Padova, 1988, 432; P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e Costituzione europea*, in VETTORI (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova, 2005, 146.
[16] È la teoria di A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale comune*, Bologna, 2002, 68.
[17] Per converso, accolgono implicitamente un approccio funzionale dell'autonomia che colloca l'autonomia contrattuale nell'alveo dell'art. 41 Cost. in virtù di un riconoscimento considerato da taluni diretto G. BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, 97 ss.; ID., *Appunti e osservazioni sul seminario*, in *Persona e mercato*, Milano, 1996, 139; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm*., 1970, I,

La presa di coscienza della strumentalità e della funzionalità dell'autodeterminazione rispetto ai differenti diritti consente, così, di delineare un'articolata tassonomia di atti che abbraccia: la funzione autorizzativa associata ai diritti fondamentali della persona; la funzione dispositiva solidaristica di attributi corporei; la funzione dispositiva patrimoniale di attributi morali; la funzione dispositiva patrimoniale regolativa di interessi non patrimoniali in campo giusfamiliare; e, infine, la funzione dispositiva patrimoniale *tout court*, dominata dal volto bifronte dell'art. 41 Cost. che, nel garantire l'istituto, lo governa attraverso limitazioni e controlli rivolti alla dimensione personale e sociale.

Lungo tale gradazione di atti l'obiettivo di una coerenza con i diritti fondamentali vede variamente conformarsi il ruolo del giudice e del legislatore in relazione all'autonomia dei privati.

Il maggior arretramento del potere statale si rinviene nell'ambito della funzione autorizzativa, le cui caratteristiche – il consenso libero e informato[18] – sono l'immediato riflesso della strumentalità rispetto ai diritti della persona[19].

Arretramento del potere statale non vuol dire silenzio del legislatore, che anzi sul tema è recentemente intervenuto[20], ma rinuncia ad un bilanciamento attuato

202-203; A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971, 14-15; S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Europa e dir. priv*., 2005, 54 e in *Contratto e Costituzione in Europa*, cit., 96; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 31 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in D'ANGELO - ROPPO (diretto da), *Annuario del contratto*, 2010, Torino, 2011, 27; da altri indiretto G. ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale della autonomia privata*, in CALAMANDREI - LEVI (diretto da), *Studi sulla Costituzione*, I, Firenze, 1950, 191; M. GIORGIANNI, *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità o di 'ragionevolezza' delle norme speciali?*, in *Giur. cost*., 1962, 92 ss.; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred*., 1997, 1 ss., L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Ius*, 1966, 11 dell'estratto. Infine, auspica un futuro riconoscimento costituzionale della libertà contrattuale C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Contratto e Costituzione in Europa*, cit., 48 ss.

[18] Cfr. fra gli innumerevoli contributi V. CALDERAI, *Consenso informato*, cit., 225 ss.; G. FERRANDO, *Consenso informato del paziente e responsabilità del medico. Principi, problemi e linee di tendenza*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1998, 37 ss.; A. NICOLUSSI, *Autonomia privata e diritti della persona*, cit., 133 ss.

[19] Presupposto indefettibile è l'informazione che consente di ricostruire l'ampio spettro degli interessi coinvolti e le loro implicazioni e dunque di esprimere il consenso come esito di un bilanciamento di interessi. Al contempo, l'aderenza all'assetto concreto degli interessi e al loro impatto sul soggetto è la ragione della revocabilità del consenso.

[20] La legge 22 dicembre 2017 n. 219 sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento.

dal legislatore, il che, se non si vuole accedere ad una lettura formalista, in termini di mera delega dalla volontà legislativa alla volontà del privato, induce a interrogarsi sul senso della funzione garantista dei diritti fondamentali affidata al controllo giudiziale.
Tale funzione sembra invero plasmarsi in relazione al differente assetto degli interessi concreti.
Nel caso del rifiuto del trattamento sanitario, esteso anche all'idratazione e all'alimentazione artificiale, il coinvolgimento esclusivo della sfera dell'interessato unito all'ineliminabile incertezza sugli esiti del trattamento sanitario rispetto alla molteplicità di interessi coinvolti inducono ad affidare al solo interessato il compito di bilanciare i valori coinvolti, riducendo la funzione garantista del diritto ad un controllo procedurale, anche se non meramente formale, teso a verificare che l'interessato sia stato messo nelle effettive condizioni di poter attuare un consapevole bilanciamento di interessi.
Ma non appena la fattispecie concreta, con l'autorizzazione al trattamento, coinvolge la condotta del terzo, il consenso, pur restando imprescindibile, non è più sufficiente a regolare il bilanciamento di interessi, che resta sottoposto ad un controllo giudiziario sostanziale, teso ad escludere il sacrificio del nucleo indisponibili di diritti fondamentali o una compressione del diritto che non sia ragionevolmente giustificata da un altro interesse o da un beneficio per il diritto medesimo.
Ne consegue che il giudice deve imprescindibilmente apprendere la tecnica del bilanciamento di interessi, rapportandola alla regola privata nel raffronto con le vicende del caso.

2.2. La funzione dispositiva e il dono non patrimoniale

Se è sufficiente il coinvolgimento dell'azione del terzo a sottoporre la funzione autorizzativa ad un controllo giudiziale sostanziale sul bilanciamento di interessi e sull'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti, tale vaglio *a fortiori* si delinea a fronte dell'atto dispositivo[21] che di necessità coinvolge l'interesse di *altri*.
Il problema dei limiti alla facoltà dispositiva e il correlato profilo del bilanciamento di interessi evocano una prospettiva costituzionale che innova profondamente l'originario approccio dell'art. 5 c.c.[22] Nel duplice limite, della

[21] Cfr. D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, in *Enc. dir.*, vol. III, Roma, 1998, 1 ss.
[22] Cfr. in proposito M.C. CHERUBINI, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in

non menomazione dell'integrità fisica e del rispetto dell'ordine pubblico e buon costume, tale norma rifletteva la paternalistica tutela del "cittadino produttore e combattente" e la difesa della moralità degli scambi, che non escludeva, oltre quel limite, la possibile mercificazione di parti del corpo[23], così preludendo, in tutt'altro contesto, a quella diffusa *commodification*, generata dalla retorica dell'autodeterminazione nella sua adesione all'immagine di un assolutismo proprietario sul corpo.

La concezione costituzionale si colloca, viceversa, agli antipodi di quelle visioni e riconosce al corpo[24] e alle sue parti l'impronta del personalismo non per ergergli dintorno una cortina di egoistica indisponibilità e intangibilità, ma per consentire una condivisione fraterna, ispirata alle ragioni del solidarismo e alla possibilità del donare non più soltanto sangue o capelli, ma, grazie ai progressi della scienza, anche organi, gameti, cellule, tessuti umani, campioni di DNA[25].

La possibilità di trasmettere con il proprio corpo salute e benefici ad altri giustifica il dono[26], con il limite del riconoscimento di un nucleo indisponibile dei diritti inviolabili e della necessità del bilanciamento di interessi. Al paradigma dell'integrità fisica di cui al dato testuale dell'art. 5 c.c. subentra il valore della salute che l'atto dispositivo non può a tal punto comprimere da determinarne con certezza o con elevata probabilità un pregiudizio, salvo che il mutamento *in peius* sia ragionevolmente proporzionato e giustificato dall'interesse del beneficiario. Il nucleo dell'indisponibilità, in sostanza, non si definisce in astratto ma in concreto e risente necessariamente del bilanciamento di interessi.

Lo conferma in maniera emblematica il caso, denso di criticità, della surrogazione di maternità[27] che, anche al netto del timore di facili aggiramenti della gratuità e

---

BRECCIA - BUSNELLI (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 71 ss.; R. ROMBOLI, *Commento sub art. 5 c.c.*, in PIZZORUSSO - ROMBOLI - BRECCIA (a cura di), *Persone fisiche. Libro I. Persone e famiglia*, in GALGANO (a cura di), *Comm. Scialoja-Branca*, Roma, 1988, 225 ss.

[23] U. BRECCIA - A. PIZZORUSSO, *Introduzione*, in ROMBOLI (a cura di), *Atti di disposizione del proprio corpo*, Pisa, 2007, 19.

[24] P. ZATTI, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 1 ss.

[25] D. CARUSI, *Atti di disposizione del corpo*, cit., 1 ss.; G. RESTA, *La circolazione dei diritti sul corpo umano*, in *Tratt. del contratto. VI. Interferenze*, cit., 17 ss.

[26] A. GAMBARO, *I beni*, in *Trattato di diritto civile comm.*, Milano, 2012, 196 ss.; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 179 ss.

[27] Cfr. G. RESTA, *Persona e contratto*, in *Dignità, persone, mercato*, Torino, 2014, 105. Sul delicato tema della surrogazione di maternità v. l'ottimo contributo di V. CALDERAI, *La conquista dell'ubiquità. Efficacia diretta dei diritti fondamentali e libertà di accesso al mercato*

di una mercificazione del corpo della donna, evidenzia un tale sacrificio fisico, psicologico ed esistenziale della donna da coinvolgere il nucleo indisponibile della sua dignità e in ogni caso da comprimere la sua salute e dignità in un modo irragionevolemente sproporzionato rispetto all'interesse contrapposto che, più che ascriversi alla sfera dei diritti e *a fortiori* dei diritti fondamentali, sembra in verità appagare unicamente un desiderio.

Il giudizio che, dunque, è chiamato a svolgere l'interprete a fronte del dono non patrimoniale[28] non è quello di una banale contrapposizione fra autodeterminazione e dignità, intesa quale mera rivisitazione giuspositivista del vecchio buon costume[29], ma quello non dissimile dalla valutazione che esplica sulla fonte eteronoma il giudice costituzionale[30]. Come quest'ultimo deve valutare, alla luce della concreta dinamica riflessa nella regolazione normativa, che non venga inficiato in concreto il nucleo intangibile dei valori dell'uomo e che l'eventuale sacrificio di un diritto sia ragionevole nella comparazione con l'interesse contrapposto, parimenti il giudice ordinario deve ponderare, nella concretezza della fattispecie regolata dai privati, se sia giustificato il sacrificio del disponente a confronto con il beneficio del destinario e sempre che l'incidenza dell'atto dispositivo sul diritto non sia così profonda da coinvolgere la radice essenziale ed intangibile dei diritti dell'uomo, certamente correlata anche con il valore della dignità.

Quanto al timore che tale valore possa «universalizzare ... modelli ... dominanti»[31], si tratta di una preoccupazione antitetica rispetto alla funzione dei diritti che servono a giudicare la natura democratica di ordinamenti, dunque *a fortiori* di società e di culture, sicché pretendere che i diritti fondamentali rispecchino ogni sfaccettatura del multiculticulturalismo vorrebbe dire negare la loro stessa funzione o ridurli al monologo dell'autodeterminazione.

---

dei servizi riproduttivi, in NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e* Drittwirkung *nelle discipline di settore. Diritti civili. Diritti sociali. Diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, vol. II, Torino, 2017, 53 ss.

[28] G. RESTA, *Doni non patrimoniale*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, 510 ss.

[29] G. RESTA, *La circolazione dei diritti sugli attributi immateriali*, in *Tratt. del contratto. VI*, cit., 99.

[30] Cfr. per tutti Cfr. A. BALDASSARRE, *Libertà: I) Problemi generali*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990, 23; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 32.

[31] G. RESTA, *La circolazione dei diritti sugli attributi immateriali*, cit., 99.

2.3. Il contratto avente ad oggetto i diritti della persona e la regolazione di interessi familiari

Il controllo di conformità alla Costituzione della legge privata è il fulcro del ruolo garantista del giudice non solo nel governo della funzione autorizzativa e della funzione dispositivo-solidaristica, ma anche nella delimitazione di veri e propri atti dispositivi contrattuali aventi ad oggetto interessi personali.
La possibilità di negoziare sul mercato attributi della personalità morale[32] si inferisce dalle medesime ragioni sottese ad uno dei più antichi contratti elaborati nella storia dell'uomo, il contratto di lavoro. Strumento di riscatto sociale e di realizzazione personale, il contratto di lavoro dispone di competenze, di capacità intellettuali o fisiche, di quanto si può trarre da sé valorizzando la propria personalità, senza mai poter giungere ad un asservimento ad altri, a una *reductio a res*.
La medesima dinamica si riflette nello sfruttamento degli attributi della personalità morale – il nome, l'immagine, la voce, i dati personali – il cui valore spesso consegue alla stessa attività lavorativa o sportiva in precedenza svolta. Né deve stupire che la dimensione patrimoniale del contratto possa contribuire a valorizzare la dimensione personale, ove solo si consideri che anche la proprietà e in generale i beni materiali possono consentire la realizzazione di interessi fondamentali, come l'abitazione o altri diritti sociali.

La linea di confine del mercato non è dunque tracciata da una aprioristica esclusione di attributi o di capacità personali, ma semmai dalla sola negazione di atti dispositivi che privino in concreto il titolare dell'essenza stessa del suo diritto o della sua titolarità. Ma soprattutto l'*actio finium* del mercato è disegnata dal bilanciamento in concreto degli interessi del medesimo disponente, ispirata a una funzione garantista che non pregiudichi lo sviluppo della personalità e così orientata verso il discernimento della fattualità che incarna la dignità come *empowerment*, dove la retribuzione realizza un riscatto personale, dalla fattualità che richiama la dignità come *constraint*, dove il denaro paga l'asservimento dell'uomo. Il terreno più delicato è quello dello sfruttamento di attributi, quali l'immagine, strettamente legati alle caratteristiche fisiche e corporee, che talora possono esaltarne le doti, quale la bellezza, ma talora possono associarsi a problematiche che vanno dalla disabilità al nanismo.
Il bilanciamento non può che sciogliersi alla luce delle caratteristiche del caso e

[32] Cfr. per tutti G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, 266 ss.; ID., *La circolazione dei diritti sugli attributi immateriali*, cit., 59 ss.; ID., *I diritti della personalità*, in *Dignità, persone, mercato*, cit., 92.

della prevalenza di elementi che propendono per l'uno o per l'altro volto della dignità. Nella sfera del lecito possono certamente rientrare tutte le forme di valorizzazione della persona, dalle competizioni sportive per i disabili all'uso commerciale di un'immagine sfregiata, come quella della parolimpica Bebe Vio, che in realtà incarna l'archetipo della sconfitta della malattia e delle avversità e finanche un monito a combattere i pregiudizi sulle vaccinazioni obbligatorie. Ancora possono ascriversi alla sfera del lecito contratti per la produzione di *reality* che narrano la vita di persone gravate da deficit fisici, ad esempio donne affette da nanismo[33], che, pur assecondando una curiosità non necessariamente nobile per il "diverso", tuttavia vedono prevalere la possibilità di offrire un'occasione di sviluppo della personalità e di realizzazione lavorativa a persone che con quella esperienza cercano di condividere la "normalità" della loro quotidianità. Ma quando il problema fisico – nel noto caso del lancio del nano[34] – viene finalizzato non all'ironia, ma alla pura ridicolizzazione della persona, alla sua reificazione non solo viene colpita la dignità, ma si palesa l'evidente fallimento della società nel preservare il diritto al lavoro dei più deboli.

Al compito di definire i limiti del mercato governando un conflitto di interessi nel quale la realtà risulta spesso più autoevidente delle stesse parole, si aggiunge il dovere dell'interprete di adeguare il contenuto della regola contrattuale alla materia dei principi costituzionali. Ed è nel compiere tale funzione – come si dirà[35] – che il giudice deve tradurre la consapevolezza del carattere incompleto dei principi in una complessa opera ermeneutica che consta di una tessitura della regola privata alla luce dei principi, sottratti all'evanescenza grazie ai riflessi che imprimono sugli equilibri del sistema normativo[36].

Questa nuova sfida per l'interprete, che riguarda l'intero ambito del contratto, si potenzia quando oggetto della negoziazione sono, per l'appunto, gli attributi della personalità o interessi familiari, come si rileva in quell'area sempre più estesa – dalla negoziazione assistita, ai contratti fra coniugi in vista della crisi, ai contratti di convivenza – in cui la fonte legislativa e la funzione giudiziaria arretrano, non per dileguarsi, ma per operare diversamente attraverso la trama argomentativa guidata dai principi.

Il nuovo compito non attende unicamente il giudice, ma coinvolge anche altri

---

[33] V. il *reality* "Piccole donne".

[34] V. *Cons. État*, 27 ottobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, in *D.*, 1995, 257; VG Neustadt, 21 maggio 1992, in *Neue Zeitschrift fur Verwaltungsrecht*, 1993, 98; G. CRICENTI, *Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 21; G. RESTA, *Circolazione dei diritti sugli attributi immateriali*, cit., 99.

[35] V. *infra* par. 3.2.3.

[36] V. *infra* l'ultimo paragrafo.

interpreti, il notaio e l'avvocato, che in via preventiva devono orientare la conformazione ai principi costituzionali della regola privata, così agevolando il compito del giudice, che non è mai comunque esonerato dal controllo *a posteriori*, neppure nel caso della negoziazione assistita rispetto a determinazioni diverse da quelle per le quali il vaglio giudiziario è obbligatorio.
In definitiva, il potenziamento dell'autonomia privata e della stessa autonomia contrattuale nella regolazione di interessi personali non si traduce mai in una pura delega all'autodeterminazione, che è sempre soggetta ad un controllo giudiziario, pur variamente modulato in funzione degli interessi coinvolti, né conduce nel processo di conformazione della regola privata ad un puro monopolio giudiziario. Si deve invece generare un nuovo e diverso circolo virtuoso del pluralismo dei diritti e del pluralismo dei poteri, pubblici e privati, capace di modulare variamente, in relazione alla funzione garantista del diritto e a quella promozionale di obiettivi di giustizia, gli equilibri istituzionali.

3. Autonomia contrattuale e principi fondamentali

Lo spostamento sull'autonomia contrattuale della regolazione di interessi personali non esaurisce l'impatto dei principi fondamentali sulla materia contrattuale, che deve, viceversa, tenere conto di altri due fenomeni che generano linee di connessione e di tensione verso i principi e reciproche complesse interazioni.
Il primo fenomeno attiene proprio alle ricadute sul contratto del dibattito sulla *Drittwirkung* e sull'acquisita precettività dei principi fondamentali, che lascia intravedere un loro rapporto con l'autonomia contrattuale articolato in un triplice potenziale giudizio: di non conformità (*i.e.* di illiceità), di conformità (*i.e.* di interpretazione conforme), di lacunosità (*i.e.* di integrazione). Chiaramente, tale profilo è stato già anticipato – specie per quanto attiene al giudizio di non conformità, intrecciato con il tema della indisponibilità – rispetto agli atti il cui stesso oggetto si collega alla persona, ma è evidente che il tema, da un lato, ha una latitudine generale e, da un altro lato, si acuisce proprio quando gli stessi elementi essenziali della regolazione coinvolgono la persona.
La seconda spinta attrattiva verso i principi costituzionali si identifica, viceversa, con l'influenza del diritto privato regolatorio di matrice europea e con l'acquisita consapevolezza della non neutralità della disciplina contrattuale, che genera l'ipotesi di una possibile funzionalizzazione dell'autonomia contrattuale verso obiettivi generali diversi dall'efficienza, e consistenti nella promozione di principi e diritti fondamentali. L'esame di questo secondo impulso verso

l'attuazione dei principi costituzionali deve precedere il confronto con il tema della *Drittwirkung*, in quanto devono immediatamente evidenziarsi le implicazioni di una eventuale applicazione della *Drittwirkung* ai doveri di solidarietà sociale rivolti alla promozione e all'attuazione dei diritti sociali e non alla mera tutela di quei diritti e in generale dei diritti fondamentali.

3.1. Il diritto privato regolatorio: l'influenza dei principi e dei diritti fondamentali sull'esercizio dell'autonomia contrattuale e i rapporti istituzionali

3.1.1. Il diritto contrattuale regolatorio e la giustizia sociale: il ruolo imprescindibile del legislatore

Il diritto di matrice europea disegna un modello di diritto contrattuale regolatorio[37], nel quale il contratto subisce un orientamento conformativo verso il conseguimento di obiettivi generali diversi dal puro interesse egoistico delle parti.

La tecnica conformativa si avvale di strategie legislative non impositive ma volte a sagomare o persuadere l'autonomia, indirizzandola verso un obiettivo e controllandola *a posteriori*, spesso avvalendosi della flessibilità delle clausole generali e della possibilità di modulare i rimedi in funzione dello scopo.

Si deve, in particolare, al legislatore europeo l'aver plasmato la disciplina del contratto per orientarlo verso l'obiettivo generale dell'efficienza: perseguito tramite il riequilibrio di squilibri di mercato[38-39]; colpendo la discriminazione che restringe le potenzialità del mercato[40]; la promozione di diritti fondamentali,

---

[37] A. ZOPPINI - M. MAUGERI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2010.

[38] S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 613.

[39] Cfr. G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004; i saggi raccolti nel volume di G. GITTI - G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, *passim*; E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. impr.*, 2009, 120 ss. Cfr. altresì, F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 1584 ss. In una chiave prevalentemente descrittiva del problema si colloca la monografia di R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010, *passim*.

[40] D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, 42 ss.

come l'ambiente, che secondo il progetto dell'economia sociale di mercato va promosso in coordinamento e in sinergia con il potenziamento del mercato.
La sfida per il diritto di competenza nazionale rivolto ai principi costituzionali è quella di verificare se sia possibile ipotizzare un diritto contrattuale regolatorio, ispirato ad una ideologia diversa da quella ordoliberale, anche se ad essa non contrapposta, capace di utilizzare quelle medesime tecniche per orientarle verso obiettivi diversi dal mercato. Questi, traendo ispirazione dal secondo e dal terzo comma dell'art. 41 Cost. in raccordo con gli artt. 2 e 3 Cost. possono identificarsi: nella giustizia sociale, ossia in un utilizzo dello strumento contrattuale finalizzato a riequilibrare le diseguaglianze sociali e ad agevolare l'accesso ai diritti sociali; nella giustizia contrattuale, tesa a combattere la diseguaglianza nella specifica negoziazione che genera ingiustificati arricchimenti e, da ultimo, combattere le discriminazioni perpetrate attraverso l'autonomia contrattuale.
Il primo obiettivo è quello che appare più lontano dalla possibilità di affidarsi alla mera opera dell'interprete.
La giustizia sociale non necessita, infatti, di un contratto equilibrato e giusto in senso commutativo[41], ma di un contratto squilibrato a vantaggio di categorie di soggetti che non hanno i mezzi per accedere al mercato e soprattutto per garantirsi beni e valori essenziali, come il cibo, la salute, l'abitazione.

Affidare, dunque, al solo interprete il compito di invocare il principio di uguaglianza per imporre un contratto adeguato alle debolezze sociali vorrebbe dire legittimarlo a imporre un contratto sbilanciato a vantaggio del soggetto socialmente debole. In altri termini significherebbe addebitare al singolo contraente, in maniera del tutto casuale e iniquamente ripartita, i costi delle diseguaglianze sociali.
In tal modo si determina un risultato contrario alla Costituzione e incoerente con la stessa finalità perseguita.
Si tradisce il senso della giustizia sociale, che deve attuare una distribuzione equa e non casuale né imprevedibile dei costi sociali e, in tal modo, si viola lo stesso art. 41, prima parte del comma 2 e comma 3, Cost. che affida alla legge il compito di redistribuire i costi delle ingiustizie sociali.
Si frustra l'obiettivo della giustizia sociale, in quanto si innesca un meccanismo di sottrazione di beni dal mercato o di estromissione di soggetti deboli dalla contrattazione.

---

[41] Sulla sua differenza rispetto alla giustizia sociale cfr. M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 298 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 610 ss.; A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 78 ss.

Si produce un mero spostamento del dovere di garantire l'attuazione della giustizia sociale e dei diritti sociali dallo stato ai privati. E se certamente i privati possono offrire un sostegno basilare e irrinunciabile allo stato sociale, tuttavia, devono farlo secondo criteri o di spontaneità (il volontariato) o di equa redistribuzione, non potendo il legislatore astenersi finanche dal compito di incentivare e di favorire il loro intervento, lasciando al giudice il compito di intervenire casualmente sui privati.

In altri termini, un utilizzo del principio di uguaglianza sostanziale plasmato sulle debolezze sociali al fine di consentire al giudice di intervenire con un controllo correttivo in senso equitativo del contratto significherebbe affidare al giudice il compito di attuare quello che in modo del tutto fallimentare aveva realizzato il legislatore degli anni '70 con interventi come l'equo canone.

La giustizia sociale, viceversa, quale obiettivo regolatorio generale, necessita di un intervento del legislatore[42] che elabori soluzioni diverse dalla mera compressione dell'autonomia contrattuale, volte a favorire l'accesso al mercato delle persone meno abbienti.

Tali interventi possono andare dagli incentivi fiscali per favorire tecniche contrattuali che agevolano l'accesso graduale ed economicamente "sostenibile" all'acquisto dell'abitazione, come il *rent to buy*[43], alla previsione di contributi integrativi per l'acquisto di beni e servizi da parte di soggetti socialmente deboli.

In tale prospettiva offre un interessante modello di diritto contrattuale regolatorio finalizzato all'attuazione di diritti sociali proprio la legislazione europea, dove cerca di orientare alcune tecniche contrattuali alla promozione dell'ambiente.

Disciplinando le società ESCo e prevedendo incentivi[44] – dai certificati bianchi al conto termico – l'Unione ha orientato lo sviluppo di contratti di rendimento energetico nei quali si realizza uno scambio fra il miglioramento energetico attuato dalle ESCo, che prelude all'acquisizione dei suddetti certificati, e la cessione di una parte dei risparmi energetici futuri, favoriti dalla certificazione energetica[45]. Parimenti, nell'ambito dei contratti pubblici, la previsione delle

---

[42] Dubita che il solo diritto privato possa risolvere i problemi di giustizia sociale M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., 301 ss.

[43] Cfr. sul tema D. POLETTI, *L'acquisto "progressivo" della proprietà abitativa tra autonomia privata, tecnica legislativa e controllo giudiziale*, in *Effettività e* Drittwirkung *nelle discipline di settore*, cit., 109 ss.

[44] Cfr. A. BRUNO (a cura di), *Efficienza energetica. Gli incentivi per il risparmio energetico, le rinnovabili termiche e la cogenerazione. Vademecum Nextville 2013*, Milano, 2013; G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015.

[45] M. MAUGERI, *Il contratto di rendimento energetico e i suoi elementi minimi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2014, 420 ss.; M. PENNALISICO, *Il contratto di rendimento energetico*,

c.d. clausole verdi, quali criteri di aggiudicazione degli appalti (artt. 4, 30, 34, 95, comma 13, e 183, commi 5, 9, 15) riesce ad innestare nelle logiche della negoziazione elementi virtuosi favorevoli allo sviluppo dell'ambiente.
Sulla scia di quel modello, il legislatore deve abbandonare la strategia dei sostegni economici non finalizzati ed orientarli, viceversa, all'acquisto di beni essenziali, adoperandosi, contestualmente, per rendere economicamente convenienti i contratti che agevolano i soggetti più deboli e per prevedere fra i criteri selettivi per l'assegnazione degli appalti pubblici comportamenti attuativi di istanze sociali.
In definitiva, l'attitudine del diritto contrattuale regolatorio a perseguire finalità generali può essere orientata anche verso gli obiettivi dello stato sociale, così affiancando, senza logiche contraddittorie, il modello ordo-liberale e assegnando un significato coerente con lo stato sociale alla formula dell'economia sociale di mercato. Ma per realizzare un simile obiettivo non si può prescindere dall'intervento del legislatore che deve sostituire alla perequazione imposta, la perequazione guidata attraverso gli incentivi.

3.1.2. Il diritto contrattuale regolatorio e la giustizia contrattuale. I riflessi della *Drittwirkung* incompleta e la dialettica fra giudice e legislatore

Un obiettivo meno ambizioso della giustizia sociale è quello che si prefigge di reagire all'approfittamento di asimmetrie contingenti nell'esercizio dell'autonomia contrattuale, perseguendo, attraverso la giustizia commutativa[46], un adeguamento del contratto all'uguaglianza sostanziale.

---

in PENNALISICO (a cura di), *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, 242 ss.; S. TRINO, *Il contratto di rendimento energetico*, in CARBONE - GIUL. NAPOLITANO - ZOPPINI (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia 2016*, 2016, Bologna, 393 ss.

[46] La letteratura giuridica sul tema della giustizia contrattuale è vastissima, cfr. fra i tanti M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., *passim*; A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2012, 370 ss.; F. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 556 ss.; V. CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir. Annali*, vol. VII, 2014, 447 ss.; A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 797 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 601 ss.; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 599 ss.; R. SACCO, *Giustizia contrattuale*, in *Dig. civ.*, Agg., VII, Torino, 2012, 534 ss.; V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*,

Tale modello non asseconda la rinascita del mito della volontà declinata in una chiave di maggiore effettività, ma cerca di assicurare che nella formazione della fonte autonoma si raggiunga un corretto equilibrio fra uguaglianza formale e sostanziale, impedendo spostamenti di ricchezza derivanti dal mero approfittamento dell'altrui debolezza. Al contempo, l'identificazione di condizioni di debolezza contingente indirettamente intercetta anche sacche di sofferenza sociale, cui garantisce non il riequilibrio che servirebbe a bilanciare il bisogno sociale, ma almeno condizioni eque di mercato, senza, al contempo, etichettare aprioristicamente categorie di soggetti deboli che rischierebbero l'estromissione dal mercato stesso.

Anche l'esigenza di promuovere un obiettivo liberal-egualitarista nella formazione del contratto deve, a questo punto, misurarsi con il dilemma istituzionale, riferito alla possibilità di affidare la realizzazione dell'obiettivo unicamente al giudice e alla proiezione orizzontale del principio di uguaglianza. La questione deve confrontarsi sia con il problema di trovare un giusto equilibrio fra parità e differenziazione sia con l'esigenza di rinvenire un rimedio adeguato all'obiettivo.

Nella prima prospettiva occorre sottrarsi tanto al rischio di una eccessiva indeterminatezza circa il tipo di asimmetrie rilevanti, che potrebbe suscitare una costante incertezza circa la vincolatività dell'accordo, quanto alla rigida tipizzazione incapace di accogliere al proprio interno nuove esigenze emergenti dal confronto con la complessità del reale. Tolta la maschera dell'uguaglianza formale si disvela un mondo di infinite identità e diversità dinanzi alle quali – per usare le parole di Raiser[47] – occorre «rinunciare a trovare un metro assoluto di eguaglianza e di diseguaglianza», sotteso all'illusione di un'amorfa categoria di contratto asimmetrico[48-49], ma deve rinvenirsi un paradigma relativo, costruito tramite il dialogo istituzionale e democratico fra legislatore e giudice.

Atti del Convegno di Pisa, 25-26 maggio 2007, Milano, 2007, 253 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 20 ss.; ID., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 53 ss.; ID., *Il contratto giusto nell'ordine costituzionale europeo*, in *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, 149 ss. Ci sia consentito richiamare anche il nostro *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 411 ss.; EAD., *Abuso del diritto e contratti asimmetrici d'impresa*, in *Annuario dei contratti – 2011*, Torino, 2012, 81 ss.; EAD., *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1262 ss.

[47] L. RAISER, *Il principio di uguaglianza nel diritto privato*, in *Il compito del diritto privato* (trad. it.), Milano, 1990, 12.

[48] V. ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2002, 53; ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di*

La soluzione preferibile sarebbe, dunque, quella presagita dalle fonti *extra ordinem* dei progetti di armonizzazione e dalla comparazione con i modelli europei, compreso il riformato codice francese[50], della previsione legislativa di una clausola di *unfair explotation*[51], che imprima l'obiettivo commutativo sulla identificazione di asimmetrie rilevanti, lasciando all'interprete la facoltà di inferire la meritevolezza di tutela di nuove asimmetrie, tramite un ragionamento analogico-tipologico.

L'individuazione del percorso ottimale sul piano istituzionale non elude, tuttavia, il problema contingente nel quale, in mancanza di una previsione sulla *unfair exploitation*, riemerge la sollecitazione ad avvalersi dei principi per integrare l'inerzia del legislatore.

E a questo punto si palesa come il problema della giustizia contrattuale non sia solo quello di individuare le asimmetrie rilevanti, preservando un corretto equilibrio fra uguaglianza e diseguaglianza, ma anche quello di rinvenire un rimedio adeguato all'obiettivo da perseguire che, nel caso della giustizia commutativa, dovrebbe essere quello di una possibile alternativa fra la demolizione del contratto a tutela di una parte e la previsione di un obbligo di rinegoziazione sotto il controllo del potere giudiziale.

Un rimedio che contempli tale alternativa nel nostro sistema non sussiste e dunque il problema va scomposto rispetto alle due opzioni.

Sul piano demolitorio il quadro è reso complicato da un assetto rimediale del tutto inadeguato e privo di coerenza sistematica che contempla: un rimedio costruito per il controllo sul contenuto e indifferente all'asimmetria di potere (la nullità); un rimedio plasmato per il controllo sull'esercizio dell'autonomia, ma rigorosamente

---

un nuovo paradigma, in MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 639.

[49] Critica rispetto a tale paradigma generico C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 551 e 581 che considera il «paradigma dell'asimmetria contrattuale [... nient'altro che] una formula riassuntiva di una serie di interventi normativi», facendo reputare «il controllo dello squilibrio contrattuale [...] una funzione del tutto eccezionale e specifica anche nell'attuale sistema differenziato del diritto dei contratti».

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

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

tipizzato intorno alla dialettica volontà-affidamento (l'annullabilità); un rimedio che contempera il problema dell'asimmetria contingente e le sue ricadute sulla giustizia del contenuto, ma anch'esso è rigorosamente tipizzato e connotato in modo da ridurre al massimo l'effetto protettivo (la rescissione) e un rimedio che contempla il problema dell'asimmetria ma in una chiave di regolazione del mercato che lo orienta verso la combinazione fra giustizia e efficienza (la nullità di protezione).

La scelta, dunque, se non si mette mano ad un riassetto generale, è complessa anche nell'ipotesi della codificazione dell'*unfair exploitation*, e lo è *a fortiori* dovendo affidarsi unicamente all'interprete, che incontra il limite del divieto di disapplicazione di norme e deve cercare di garantire un minimo di coerenza sistematica nel coordinamento tra l'apparato dei rimedi e i principi; e questo sia che si avvalga della *Drittwirkung* indiretta sia che invochi quella diretta, la cui incompletezza impone di tessere una relazione con i rimedi.

De iure condito, i percorsi più plausibili sono, dunque, quelli di attingere ai rimedi utilizzati per i contratti asimmetrici. Sennonché, rispetto alla nullità di protezione non si comprende come possa applicarsi il rimedio previsto per l'asimmetria macroeconomia, quando vi è un rimedio per l'asimmetria microeconomica. L'aggiramento dell'ossimoro di un'analogia *legis* che si rivolge alla fattispecie più dissimile potrebbe essere allora quello di invocare la norma generale dell'art. 1418 c.c., riferendola anche alle norme di protezione e interpretando l'art. 3 Cost. come norma protettiva di chi si trova in una condizione di asimmetria. Tuttavia, al netto del superamento della distinzione fra regole di condotta e regole di validità, e anche trascurando che il generico art. 3 Cost. affiderebbe al solo giudice il compito di bilanciare uguaglianza e disuguaglianze, l'effetto sarebbe in ogni caso quello di un'abrogazione implicita tanto della rescissione, quanto della disciplina delle clausole vessatorie, omologando in un'unica soluzione generale differenti finalità regolatorie.

Nell'attuale contesto normativo, dunque, il solo itinerario ipotizzabile per offrire una immediata risposta al problema della giustizia commutativa, non orientata alla finalità regolatoria del mercato, è quello di fare ricorso al principio di uguaglianza sostanziale per rovesciare il rapporto regola-eccezione rispetto alla disciplina della rescissione e per inferire da quest'ultima un principio implicito di rilevanza delle asimmetrie contingenti che, a dispetto dell'originaria formulazione di tali norme improntate all'assoluta eccezionalità[52], attesti la loro conformità al principio di cui all'art. 3 Cost. Non si tratterebbe peraltro

[52] M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., 266 ss.

di analogia *legis* di una delle due figure di rescissione, bensì – in modo simile al ragionamento che sottende l'applicazione del rimedio risolutorio alla presupposizione – di analogia *iuris* relativa ad un principio implicito inferibile dalla rescissione nel raccordo con il principio assiologico dell'uguaglianza sostanziale. Un tale itinerario potrebbe dunque autorizzare il riconoscimento di situazioni di asimmetria contingente diverse dal mero stato di bisogno e dallo stato di pericolo, come il rapporto di fiducia, lo stato di dipendenza, cui potrebbe aggiungersi, più che la generica incapacità, l'asimmetria tecnologica.
Tale ipotesi ricostruttiva contingente, chiaramente, non è esente da criticità, in realtà presenti comunque nel sistema attuale, costituite dalla singolarità[53] e dalla inadeguatezza del rimedio della rescissione nonché dalla mancanza di un razionale coordinamento sistematico fra i vari rimedi richiamati. Si tratta, in particolare, di riflettere, per un verso, sul coordinamento rimediale, che non vuol dire necessaria uniformazione, ma eliminazione di incoerenze, fra le varie tipologie di asimmetrie e, per un altro verso, di ragionare sulle intersezioni fra asimmetrie macro-economiche e asimmetrie microeconomiche, valutando, ad esempio, quali asimmetrie contingenti siano riferibili anche al professionista[54].
Quanto, invece, al rimedio che ipotizza una rinegoziazione sotto il controllo giudiziale, questo, per la mancanza di una disciplina sul tema, potrebbe paradossalmente trovare spazio nelle potenzialità "inventive" dell'interprete, quando dinanzi a sé rinviene il vuoto colmato solo dai principi.

3.1.3. Il diritto contrattuale regolatorio e il divieto di discriminazione. La garanzia d'istituto dell'autonomia contrattuale e il ruolo dell'interprete

La tecnica del diritto contrattuale europeo, che ha attratto il dibattito nazionale sull'incidenza del principio di uguaglianza sostanziale rispetto al *quomodo* dell'esercizio dell'autonomia, ha sollecitato l'attenzione anche su un possibile condizionamento nell'*an*.
Sulla scelta contrattuale si proietta il principio di non discriminazione, la cui

[53] Della rescissione G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, 1 scriveva: «non si sa come sia nata, non si sa cosa sia, non si sa cosa ci stia a fare».
[54] A tal proposito, appare discutibile l'approccio che si rinviene in alcune proposte oramai tramontate – come il *Draft* e la proposta di *Cesl*, che ha lasciato il passo al progetto di *Digital single market* – e in molti modelli offerti dalla comparazione, che considerano l'*unfair exploitation* una disciplina genericamente applicabile a qualsiasi contraente, compreso un eventuale imprenditore. Talune tipologie di debolezza, infatti – in particolare l'ignoranza e l'inesperienza – se possono ritenersi idonee ad inficiare la giustizia del contratto fra soggetti non professionisti, devono

indiscutibile valenza personalistica[55] riesce, tuttavia, ad assecondare nelle fonti europee anche istanze regolatorie del mercato, tese a sciogliere ogni impedimento alla libera circolazione.

Sul piano della tecnica istituzionale l'Unione, nonostante la rivendicata proiezione orizzontale del principio di non discriminazione ai fini dell'attrazione nella competenza del diritto europeo, affida ancora una volta alla fonte legislativa la concretizzazione dell'incidenza del principio sull'autonomia contrattuale.

Alla contrattazione in generale[56] si rivolgono la direttiva n. 2000/43[57], sulle discriminazioni correlate alla razza e all'origine etnica, e la n. 2004/113[58], sulle discriminazioni di genere, mentre per la rilevanza nella contrattazione in generale di altri fattori discriminanti, quali la religione, le convinzioni personali, le disabilità, l'età, l'orientamento sessuale, si dovrà attendere quella che al momento è solo una proposta di direttiva (la n. 426/2008), risultando i suddetti fattori già attualmente rilevanti solo nell'ambito dell'occupazione e delle condizioni di lavoro (direttiva n. 2000/78[59]).

A fronte dell'itinerario legislativo europeo, proprio la dogmatica della *Drittwirkung* suggerisce di verificare l'ammissibilità dell'espansione del principio anche oltre il perimetro della normativa europea, in virtù della proiezione orizzontale del divieto di discriminazione, di cui al primo comma dell'art. 3 Cost. e al suo raccordo con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

ritenersi, viceversa, del tutto inidonee ad essere applicate al professionista che, se inesperto ed ignorante, non deve proprio stare sul mercato con quel ruolo.

[55] È concordemente riconosciuto che il divieto di discriminazione per ragioni che attengono alla persona del contraente si colleghi al valore della dignità. Cfr. fra gli altri C.M. BIANCA, *Il problema dei limiti all'autonomia contrattuale in ragione del principio di non discriminazione*, in *Discriminazione razziale e autonomia privata*. Atti del Convegno di Napoli del 22 marzo 2006, Roma, 2006, 64 ss.; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 228 ss.; D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, 44 ss.; M.R. MARELLA, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 87 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, in MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Napoli, 2002, 38; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 547 ss.; D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Padova, 2008, 258 ss.

[56] Cfr. G. DONADIO, *Modelli e questioni di diritto contrattuale discriminatorio*, Torino, 2017, 115 ss.

[57] La direttiva è stata attuata con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215.

[58] La direttiva è stata attuata con il d.lgs. 6 novembre 2007, n. 196.

[59] La direttiva è stata attuata con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216.

L'applicazione diretta deve misurarsi con tre livelli di complessità.
L'impatto del divieto sulla sfera dei motivi induce a valutare se esso possa espandersi sull'intera latitudine del contratto, senza intaccare le radici del medesimo istituto.
Il suo introdurre, similmente al principio di uguaglianza sostanziale, la prospettiva della diversità si accompagna all'esigenza di una selezione che impedisca di frantumare il contratto negli specchi delle infinite identità.
Infine, l'incompletezza propria del suo essere principio ripropone l'esigenza della sua integrazione nel sistema delle regole che non generi meccanismi abroganti o cunei di irrazionalità.
Il primo aspetto viene affrontato dalle fonti europee restringendo il raggio del divieto di discriminazione all'offerta al pubblico, limite che ha suscitato un ampio dibattito in dottrina.
Una giustificazione del limite si rinviene nella protezione della *privacy* , che verrebbe meno solo ove la discriminazione risulti esplicitata: «la *privacy* [cessa di] costituire un ambito protetto … quando l'autore della scelta discriminatoria decida lui stesso di farne partecipi altri, rinunciando alla propria sfera di riservatezza»[60]. Per converso, nella negoziazione individuale riemergerebbe il rilievo della *privacy* e la sua capacità di prevalere, nel bilanciamento di interessi, nei confronti della dignità. Questa motivazione, non estranea al dibattito europeo[61], deve, tuttavia, giustificare come mai la *privacy* possa prevalere sulla dignità e perché il divieto di discriminazione sia stato esteso[62-63] anche all'offerta al pubblico, che consti di un mero invito a proporre seguito da un rifiuto discriminatorio, ipotesi nella quale la ragione discriminatoria non è ostentata al pubblico e non è esibita più di quanto non lo sia il rifiuto individuale che espliciti la discriminazione.
Una seconda motivazione è quella secondo la quale solo nell'offerta al pubblico si ravviserebbe il presupposto logico di quel giudizio comparativo che è imprescindibilmente sotteso al concetto di disparità di trattamento[64].

[60] P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, cit., 43.
[61] Cfr. N. PINTO OLIVIERA - B. MAC CRORIE, *Anti-discrimination Rules in European Contract Law*, in GRUNDMANN (a cura di), *Constitutional Values and European Contract Law*, *Wolters Kluwer*, The Netherland, 2008, 115 ss. che distinguono tra «*public and private spheres of the individual*».
[62] R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, t. II, Torino, 2004, 30 ss.
[63] Trib. Milano, 30 marzo 2000, in *Foro it*., 2000, I, 2040 ss.
[64] Questa motivazione si deve a A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 221 e trae ispirazione dal pensiero di P. RESCIGNO, *Il principio di uguaglianza nel diritto privato*, in *Persona e comunità*. *Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, 346 ss. In termini

«Un caso per definizione singolo … non è il luogo di regole generali»[65]. Ma quest'argomentazione deve, a sua volta, misurarsi con l'ipotesi di una negoziazione individuale che espliciti il rifiuto discriminatorio, così svelando la comparazione virtuale[66] fra il trattamento riservato al contraente discriminato e quello che sarebbe stato riservato a terzi.

Rispetto a tale caso occorre allora interrogarsi sulla ragionevolezza di un'eventuale distinzione tra discriminazione dichiarata, in cui si espliciti la comparazione virtuale, e discriminazione sussistente, ma taciuta. Al di là, infatti, dell'ovvia incidenza che la dichiarazione può avere sul piano probatorio, una diversità di trattamento fra la discriminazione dichiarata e quella taciuta risulterebbe non soltanto ipocrita[67], ma anche irragionevole, poiché a parità di condizioni pregiudicherebbe chi negozia con trasparenza rispetto a chi si avvale del silenzio.

Ma allora delle due l'una. O si dice che silenzio sulla scelta contrattuale è legittimo e allora anche la dichiarazione di scelta, compresa quella discriminatoria, deve ritenersi irrilevante; o si ritiene che la scelta discriminatoria dichiarata inficia il contratto, ma allora, posto che anche il silenzio potrebbe celarla, andrebbe costantemente imposta una motivazione del rifiuto. In altri termini, ad evitare che il silenzio nasconda la discriminazione si dovrebbe richiedere di motivare sempre e *ab initio* le proprie scelte contrattuali. Sennonché quest'ultima ipotesi, cioè un vincolo di originaria e generalizzata motivazione della scelta che guida l'interesse individuale, significa convertire la libertà contrattuale in esercizio di un'attività costantemente soggetta ad un sindacato di discrezionalità, il che equivale non ad una pura limitazione, ma ad una radicale alterazione concettuale dell'autonomia e, dunque, ad una sua negazione[68] in contrasto con l'art. 41 Cost.[69] La conseguenza, a questo punto, è che, non potendosi imporre un obbligo

analoghi cfr. D. CARUSI, *Principio di uguaglianza, immunità e privilegio: il punto di vista del privatista*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1988, 227 ss.

[65] A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 223.

[66] A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 222 non si sottrae all'ipotesi della comparazione virtuale, ma la ritiene impossibile, un'impossibilità che tuttavia non sembra sussistere a fronte di una dichiarazione esplicita.

[67] Lo stesso P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile*, cit., 44, riconosce che sia ipocrita differenziare la discriminazione dichiarata da quella taciuta, anche se reputa tale ipocrisia tollerabile in termini di bilanciamento di interessi.

[68] È l'esito a cui conducono sia la tesi di B. CHECCHINI, *Divieto di discriminazione e libertà negoziale*, in SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali*, Torino, 2012, 268 sia l'impostazione accolta da G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013, 235, che parla di mera limitazione (195), quando in effetti si determina invece una sostanziale negazione.

[69] Ci sia altresì consentito rinviare a E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*,

generalizzato di motivazione sulle scelte contrattuali, l'eventuale dichiarazione, benché discriminatoria, non è sindacabile rispetto all'esercizio dell'autonomia contrattuale. Ovviamente, altro problema riguarda la possibilità di considerare la dichiarazione discriminatoria quale manifestazione del pensiero offensiva della dignità umana.

Venendo allora all'ultima spiegazione che, in realtà è la più risalente in ordine di tempo, essa si palesa come la più convincente, a condizione che, al di fuori del diritto europeo, essa venga declinata secondo una logica personalistica e non mercantilistica.

La spiegazione funzionale al mercato motiva il presupposto dell'offerta al pubblico con l'esigenza di evitare che un contraente sfrutti la latitudine del mercato stesso, frapponendo al medesimo ostacoli contrastanti con i valori dell'ordinamento[70], il che in una chiave costituzionale renderebbe, tuttavia, incomprensibile come il solo interesse ad un più ampio accesso al mercato possa valorizzare un aspetto primario della persona, quale la dignità[71]. Se, tuttavia, nell'offerta al pubblico si rinviene non tanto una tecnica di sfruttamento del mercato, quanto una modalità di sollecitazione dell'autonomia contrattuale di una pluralità di contraenti, tale ragione giustifica l'obbligo di motivazione della scelta effettuata dal singolo contraente e, attraverso quell'obbligo, riemerge il rilievo della dignità[72]. In altri termini, poiché la tutela della dignità nella scelta contrattuale attiene alla sfera dei motivi e questa diviene rilevante solo allorché ci sia un obbligo di motivazione, è il bilanciamento di interessi fra l'autonomia contrattuale di molti e quella del singolo che giustifica l'obbligo di motivazione,

in *Riv. dir. civ.*, 666 ss.; EAD., *L'evoluzione dell'autonomia privata fra ideologie e principi*, in *Quad. fiorentini*, 2014, 641.

[70] Questa tesi serpeggia nel pensiero di D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 42 s. là dove scrive che: «il diritto contrattuale antidiscriminatorio […] si ispira alla *equal opportunity* secondo il modello importato dagli Stati Uniti d'America […] volto a garantire la massima efficienza del sistema degli scambi costitutivo del mercato» e proprio sul punto viene criticato da Gentili, v. nota seguente. Va peraltro sottolineato, come l'Autore immediatamente dopo rimarca, che l'obiettivo del divieto è la pari dignità [44-45] e l'esigenza di coinvolgere i privati nel «realizzare una misura di tutela di diritti fondamentali». Ma il riferimento alla sola dignità non basta, per l'appunto, a giustificare l'operare del divieto nella sola offerta al pubblico, il che – nella visione dell'Autore – è un postulato di base [215], utilizzato anche per giustificare l'attenuazione dell'attrito fra il divieto e la libertà contrattuale [53 ss.].

[71] L'obiezione è chiaramente esplicitata da A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., 225 dove osserva che «una tesi che riduce una grave umiliazione della dignità della persona ad essere proibita perché non giova al mercato, suscita qualcosa di più di una perplessità».

[72] Ci sia consentito rinviare a E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, cit., 556 ss.

trascinando con sé il rilievo della dignità nella scelta. Se poi per libera scelta dei contraenti – e dunque senza inficiare l'essenza dell'istituto contrattuale – i motivi, tramite la condizione, acquisiscono un rilievo decisivo nell'assetto del contratto, ecco che il divieto di discriminazione torna ad operare e può rilevare finanche nel contratto individuale.

Se allora i limiti di operatività del divieto di discriminazione si inferiscono proprio dai principi costituzionali, ecco che si apre per l'interprete la possibilità di applicare in proiezione orizzontale il divieto di discriminazione, garantendo così ai molteplici fattori di discriminazione un'incidenza sul contratto anche oltre il perimetro delle direttive europee, ovviamente entro il raggio dell'offerta al pubblico o della clausola condizionale.

Quanto al problema dell'individuazione delle discriminazioni rilevanti, esso invero rinviene nella stessa fonte costituzionale e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea quell'approccio tipologico che, unito al fondamento comune costituito dalla dignità, è sufficiente ad orientare il compito selettivo dell'interprete.

Da ultimo, si offre al possibile itinerario giudiziale anche il profilo rimediale che deve integrare l'incompletezza del principio. Anche al di fuori del raggio delle direttive e delle leggi di attuazione, l'interprete può, infatti, agevolmente accedere al rimedio risarcitorio, compreso il risarcimento in forma specifica affidato all'obbligo a contrarre. Se poi la discriminazione viene esplicitata non come rifiuto preventivo, che impedisce la stipula, ma come vera e propria clausola condizionale, la sua caducazione non intacca l'offerta, ecco che il rimedio può banalmente consistere nella pura accettazione della proposta depurata dalla condizione illecita. Né deve ritenersi che si debba previamente effettuare il giudizio di resistenza di cui all'art. 1419, comma 1, c.c., se è vero – come si motiverà di seguito[73] – che la tutela dei principi costituzionali deve prevalere sulla difesa dell'autonomia sottesa al suddetto giudizio.

Il quadro che a questo punto si delinea consente, sul piano istituzionale, di affidare all'interprete l'applicazione diretta del principio di non discriminazione, con il *caveat* che sia rispettata la garanzia di istituto propria dell'autonomia contrattuale, che sia effettuato il bilanciamento con altri principi e che venga coordinata la non discriminazione con l'apparato dei rimedi, senza determinare effetti abrogativi né riflessi asistematici nel contesto generale dell'ordinamento.

[73] V. *infra* il par. 3.2.2.

3.2. La fonte dell'autonomia contrattuale e la *Drittwirkung* dei principi e dei diritti fondamentali: giudizio di incoerenza, di conformità e di lacunosità

3.2.1. Il giudizio di incoerenza e l'illiceità del contratto. I limiti della *Drittwirkung*: il divieto di disapplicazione di norme e il divieto di proiezione orizzontale dei doveri rivolti alla giustizia sociale

Mentre il modello del diritto privato regolatorio "europeo" suggerisce una riflessione sulla possibilità che i principi costituzionali orientino l'esercizio dell'autonomia contrattuale, l'acquisita precettività delle norme costituzionali sposta il focus dell'indagine sull'impatto della *Drittwirkung* rispetto al contenuto della fonte autonoma, nei termini di una possibile incompatibilità, ossia illiceità del contratto, e/o del suo adeguamento ai principi.

La distinzione fra incidenza dei principi sull'esercizio dell'autonomia o sul suo contenuto non intende negare, secondo vecchi schematismi[74], la loro stretta connessione, ma mettere in luce la diversità fra il dovere di non violare (o proteggere[75]) i diritti fondamentali, che si impone a tutti negli stessi termini, e la varietà dei doveri finalizzati a diversi modelli di giustizia.

Il giudizio di non conformità del contratto rispetto ai principi costituzionali, che conduce all'esito della nullità, è regolato nel nostro sistema da una norma, l'art. 1418 c.c., che richiama i principi sia attraverso il primo comma, essendo questi certamente norme imperative, sia tramite il riferimento all'ordine pubblico, che sui principi fondamentali si radica.

A fronte di una *Drittwirkung* palesemente mediata dalla norma, invocare la *Drittwirkung* diretta non è solo sbagliato, è anche inutile, perché la consapevolezza del suo carattere incompleto imporrebbe in ogni caso un necessario coordinamento con il sistema dei rimedi.

A poco giova anche disquisire se le norme principio trovino una collocazione più consona nel 1° o nel 2° comma dell'art. 1418 c.c., poiché la contrarietà ai principi costituzionali integra ambedue i giudizi[76-77].

Il riconoscimento dell'appartenenza dei principi all'ordine pubblico consente

---

[74] Cfr. sul punto P. BARCELLONA, voce *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 491, secondo cui «la distinzione fra limiti attinenti al potere privato di autodeterminazione e limiti attinenti alla struttura del contratto lascia alquanto perplessi, giacché il contenuto della disciplina sulla struttura non può non riflettersi sul modo di essere del potere privato e viceversa».

[75] Cfr. C.W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, in *AcP*, 1984, 114 ss. da ultimo in "*Drittwirkung*": principi costituzionali e rapporti fra privati. Un percorso nella dottrina tedesca.

[76] Sulla contestuale violazione delle norme imperative e dell'ordine pubblico cfr. U. BRECCIA, *Causa, Il contratto in generale*, t. III, vol. XIII, Torino, 1999, 115 ss.

di attrarre la normativa più severa relativa al contratto illecito per contrarietà all'ordine pubblico[78] ed è la prospettiva più adeguata a dare ingresso alla peculiarità del giudizio fondato sui principi, che non deve limitarsi a considerare una sola norma ma deve misurarsi con il bilanciamento fra una pluralità di diritti[79], decisivo – come si è visto in precedenza[80] – anche nel giudizio sulla (in) disponibilità dei diritti della persona.

Al contempo, la precisazione che le disposizioni costituzionali sono pur sempre norme imperative e che l'ordine pubblico si trae da esse induce a riflettere sul loro contenuto nel rapporto con la legge privata.

Senza dubbio coerente con il rimedio della nullità è il caso in cui il contenuto della regola privata contrasti con un obbligo di tutela e dunque con il divieto di violare diritti, affermato dall'inviolabilità dell'art. 2 Cost. e dalla seconda parte del secondo comma dell'art. 41 Cost.

Ma se la norma costituzionale detta una regola di condotta, un dovere positivo di garantire la giustizia commutativa o finanche quella sociale, per dare attuazione all'uguaglianza sostanziale, si deve valutare se la nullità risulti il rimedio più coerente a coordinarsi con la fonte costituzionale.

Anche tralasciando la necessità di preservare la distinzione fra regole di condotta e regole di validità, ai fini dell'art. 1418 c.c., il primo riflesso sistematico del collegamento fra nullità e dovere di solidarietà[81] è quello dell'abrogazione

[77] Ascrive la violazione del diritto fondamentale all'abitazione alla mera illegalità del contratto Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Vita not*., 2009, 1440 ss.

[78] U. BRECCIA, *Causa, Il contratto in generale*, cit., 135 ss.

[79] La prospettiva del bilanciamento di interessi appare deficitaria in quasi tutta la giurisprudenza che evoca in campo contrattuale i diritti fondamentali. A prescindere infatti dall'esito a cui avrebbe condotto il relativo giudizio non emerge alcun bilanciamento fra il diritto al lavoro e la dignità personale, nei casi sul c.d. lancio del nano (v. G. CRICENTI, *Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile,* cit., 21; Cons. État, 27 ottobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, in *D*., 1995, 257) e nel caso *Peep Show* deciso dal BVerfG (BVerfG 15 dicembre 1981, in *NJW*, 1982, 664; BVerfG, 9 luglio 1986, in NJW, 1987, 3246); fra il diritto di autodeterminazione del malato di Aids, che acconsente a concedere la propria immagine per una campagna di Benetton onde denunciare la stigmatizzazione sociale della malattia, e la dignità umana del medesimo soggetto, tutelata nel caso *SIDA-Benetton* deciso dalla Corte d'Appello di Parigi (*Cour d'Appel de Paris*, 1ª C., 28 maggio 1996, in *Dalloz*, 1996, 617); e ancora risulta omesso un bilanciamento di interessi fra la libertà personale, la libertà delle relazioni personali e del domicilio, da un lato, e il diritto alla salute e alla sicurezza, da un altro lato, nel caso di recente deciso dalla Cassazione civile italiana in materia di locazione (Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Vita not*., 2009, 2040 ss.) e nei numerosi casi in materia di diritti della persona e di contratto di locazione esaminati dal BverfG, a partire dal *Parabolantenne case* (BverfG 9 febbraio 1994, BverfG 90, 27).

[80] V. *supra* par. 2.3.

[81] C. cost., ord., 21 ottobre 2013, n. 248, in *Contratti*, 2014, 926 ss., con nota di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*,

implicita di annullabilità, rescissione e finanche di tutta la disciplina sui contratti asimmetrici, il che contestualmente viola la Costituzione, che non consente al giudice di disapplicare le leggi, neppure se sono incostituzionali, *a fortiori* se sono solo inadeguate.

Si aggiunga che la proiezione orizzontale del dovere di solidarietà è un paradigma troppo generico, potenzialmente idoneo ad abbracciare un puro controllo di giustizia sul contratto alieno da squilibri di potere, e così dotato di un effetto puramente distruttivo dell'istituto, in contrasto con l'art. 41 Cost. Ma anche ove si chiarisse che il dovere di solidarietà nel contratto ha un senso soltanto se coordinata con il principio di uguaglianza sostanziale, essa, comunque, assorbirebbe in un unico abbraccio tanto la giustizia commutativa quanto quella sociale, laddove quest'ultima non è, viceversa, suscettibile di una proiezione orizzontale se non vi è la mediazione di una legge che garantisca l'equa redistribuzione dei costi sociali, come si inferisce dal secondo e terzo comma dell'art. 41 Cost.[82] La norma, infatti, nel proclamare il principio per cui l'iniziativa privata non deve contrastare con l'utilità sociale, affida alla legge il compito di orientare l'attività economica sia pubblica sia privata affinché tendano verso i fini sociali. Questo non implica che le modalità debbano essere quelle della programmazione economica o dell'interventismo nell'economia, dovendosi, viceversa, oggi prediligere – come si è in precedenza illustrato – un diritto contrattuale regolatorio, per il quale è in ogni caso necessario l'intervento del legislatore[83].

Da ultimo, se pure si ipotizzasse di riferire il dovere di solidarietà al solo

---

seguita da Corte cost., ord., 26 marzo 2014, n. 77, su cui cfr. S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e integrazione) tra Corte di giustizia, Corte costituzionale ed Abf: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Nuovi profili del diritto dei contratti. Antologia di casi e questioni*, Torino, 2014, 156 ss.

[82] La scorrettezza di una proiezione orizzontale del dovere di attuare i diritti sociali fa, dunque, apparire irragionevole non solo che il malato non abbiente rifiuti di pagare la parcella al medico privato, adducendo la lesione del suo diritto sociale alla salute, o che l'inquilino si opponga allo sfratto in nome del diritto all'abitazione, al di fuori delle previsioni di legge, o che l'indigente rifiuti la restituzione del mutuo che ha contratto, ma anche il vecchio notissimo caso tedesco che ha ritenuto lesiva del libero svolgimento della personalità la pattuizione di una fideiussione stipulata da una giovane a garanzia del debito del padre, ipotesi che, piuttosto, si doveva ascrivere al contratto contrario ai *Güte Sitten*, nella versione tedesca della norma fondata sull'asimmetria contingente costituita, nello specifico caso, dall'approfittamento del rapporto di fiducia. *BverfG* 19 October 1993, *BverfG 89*, 214.

[83] Il problema non è tanto quello della pertinenza della solidarietà rispetto alla materia contrattuale, su cui cfr. G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, 263, quanto quello della impossibilità di proiettare i doveri di attuazione della giustizia sociale dallo stato ai privati senza la mediazione di una equa redistribuzione sociale.

obiettivo della giustizia commutativa e si declinasse il rimedio nei termini della nullità di protezione, e non di pieno diritto, il percorso dell'art. 1418 c.c. resterebbe al momento denso di criticità.
La proiezione orizzontale del dovere assorbirebbe la disciplina sia dei contratti con asimmetrie macroeconomiche, sia di quelli con asimmetrie microeconomiche, disperdendo il senso della loro differente finalità regolatoria e abrogando automaticamente il rimedio della rescissione. Per questo – come si è visto in precedenza – la soluzione contingente per le asimmetrie microeconomiche dovrebbe essere quella di ammettere l'applicazione della rescissione in ipotesi simili a quelle tipizzate, sollevando con la forza dei principi il velo dell'eccezionalità del rimedio.
In definitiva, il rimedio della nullità di pieno diritto di cui all'art. 1418 c.c. risulta, al momento, coerente solo con la violazione di norme costituzionali che contemplino il principio della tutela dei diritti inviolabili; viceversa, il contrasto con gli obiettivi della giustizia sociale impone l'intervento legislativo, mentre il perseguimento della giustizia contrattuale consente al momento una soluzione contingente in attesa di un necessario generale riordino dell'apparato dei rimedi. D'altro canto, non si può chiedere al giudice di compiere da solo un'opera di radicale riordino e razionalizzazione complessiva dei rimedi che la dottrina fatica a ipotizzare finanche ponendosi in una prospettiva di riforma legislativa. Piuttosto è auspicabile che tale processo di riforma prediliga un assetto dei rimedi modulato su pochi paradigmi generali, per esempio nullità assoluta e nullità relativa, lasciando a entrambe un margine di flessibilità tale da potersi adeguare alle differenti esigenze regolatorie e da poter più agevolmente dialogare con il respiro ampio delle norme costituzionali.

3.2.2. Il giudizio di conformità e di lacunosità rispetto ai principi fondamentali fra interpretazione e integrazione del contratto

Strettamente connessa con la funzione demolitoria dei principi costituzionali è la loro funzione ricostruttiva[84].
Ancor prima di valutare le possibili norme di collegamento fra contratto e principi costituzionali e, dunque, le ipotetiche alternative fra artt. 1339, 1366 e 1374 c.c., occorre riflettere sulle implicazioni del carattere incompleto della *Drittwirkung*[85].

[84] Sul tema cfr. G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., 247 ss.
[85] Il riconoscimento del carattere incompleto della *Drittwirkung* se, da un lato, discende dal

Come rispetto alle fonti eteronome può riconoscersi al giudice una funzione produttiva di nuove norme solo a condizione che il risultato dell'interpretazione attesti una linea di continuità con i principi, con le esigenze del reale e con l'intero sistema normativo, parimenti rispetto alla fonte autonoma può riconoscersi al giudice una funzione integrativa del contratto ispirata dai principi, a condizione che egli dimostri, tramite l'argomentazione, una linea di coordinamento fra i principi, le esigenze del caso e la stessa fonte autonoma[86].

La chiave di volta della funzione *construens* che il giudice attinge dai principi è, dunque, pur sempre l'interpretazione. Nel caso della legge, il giudice intreccia un raccordo tra fattualità, principi e sistema normativo, affinché la tessitura interpretativa crei una nuova coerenza, pur nel segno della discontinuità, con il complesso delle norme, preservando la radice democratica del sistema. Nel caso del contratto, il giudice deve rielaborare alla luce dei principi e della fattualità una nuova linea di coerenza, pur nella discontinuità, con il dato semantico della fonte autonoma, traendo la sua legittimazione dalle due fonti concorrenti: i principi e l'autonomia. Una corretta ricostruzione della centralità dell'argomentazione e la necessità di legittimare il potere giudiziale attutiscono, dunque, sino a sfumare, il senso della contrapposizione[87] fra interpretazione[88] e integrazione *ex fide bona*[89-90] del contratto, orientata dai principi costituzionali, e piuttosto riconducono il binomio alla dicotomia "interpretazione-attività e interpretazione-risultato"[91], affermatasi nel campo della legge.

L'assetto delle norme codicistiche, viceversa, è fortemente condizionato dallo schematismo della fattispecie, che rigidamente distingue tra contenuto ed

---

riconoscimento della differenza fra principi e regole, su cui si sofferma anche G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., 265 ss., da un altro lato, non si ferma a tale constatazione ma apre la via ad un coordinamento sistematico suscettibile di costruire a partire dai principi una nuova razionalità del sistema normativo o del contratto, che non si traduce nel puro arbitrio del giudice.

[86] Per un esemplare studio in parallelo dell'interpretazione della legge e dell'interpretazione del contratto cfr. A. GENTILI, *Senso e consenso*, voll. I e II, Torino, 2015.

[87] Cfr. V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, 377 ss.

[88] Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970.

[89] S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 45 ss.

[90] Palese è, ad esempio, l'effetto integrativo cui conduce l'interpretazione *ex fide bona* attuata dalla Corte d'Appello di Milano, 29 marzo, 2012, tramite il principio di non discriminazione, allorché ha interpretato la clausola di un contratto di lavoro relativa all'assistenza sanitaria privata pagata con un contributo trattenuto in busta paga come estesa, alla luce del principio di non discriminazione, anche al convivente *more uxorio* dello stesso sesso.

[91] G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, e la posizione sul punto di V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, cit., 410 ss.

effetti[92], così come il dibattito della dottrina è stato troppo spesso condizionato dal modo con cui i tedeschi hanno rappresentato la c.d. interpretazione integrativa, elaborata al mero fine di colmare le inadeguatezze delle norme suppletive e di garantire che si colmassero le "lacune" tramite un puro sviluppo del regolamento contrattuale fedele all'interesse dei privati. Di qui la fuga di parte della dottrina[93] dall'interpretazione per il timore che essa fosse troppo assorbita dal "comune intento delle parti".

Per converso, a fronte di una inadeguatezza del testo contrattuale rispetto alle esigenze poste dai diritti fondamentali, l'applicazione orizzontale dei principi fondamentali al contratto, da un lato, segna di necessità una discontinuità rispetto alla volontà delle parti, ma, da un altro lato, dovendo contribuire alla ricostruzione e integrazione del contratto con un paradigma incompleto quale il principio, non può non cercare di rielaborare il contratto medesimo, facendolo virare nel segno di una nuova complessiva coerenza rispetto ai principi costituzionali.

Ma cosa accade quando il punto di partenza è l'illiceità di una clausola per contrarietà ai principi fondamentali, che solleva l'alternativa fra il meccanismo impositivo della norma imperativa, la c.d. integrazione "nemica" (*ex* art. 1339 c.c.), e il meccanismo dell'art. 1419 c.c., che dà accesso all'integrazione c.d. "amica"[94] (*ex* art. 1374 c.c.)?

Il dilemma dell'art. 1339 c.c., potendo il meccanismo della sostituzione ben essere implicito[95], riguarda la possibilità che l'integrazione si affidi solo a norme contenenti regole o anche a norme, come quelle costituzionali, che contemplano principi. La risposta dipende nuovamente dalla coscienza dell'incompletezza dei principi che si traduce della necessaria mediazione del diritto giurisprudenziale, cui è affidato il compito di ri-creare diritto tramite l'argomentazione.

L' "integrazione giurisprudenziale", dunque, vanta, da un lato, la forza dei principi, ma, da un altro lato, la debolezza della necessaria elaborazione giudiziale.

Tale debolezza si fa più evidente allorché la nullità colpisca un elemento essenziale del contratto, dovendosi escludere che il diritto giudiziale possa sostituirsi al nucleo identificativo del contratto stesso senza intaccare la tutela dell'art. 41 Cost. Ne deriva che o si nega *tout court* che il giudice possa sostituirsi

---

[92] Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 74 e 92.

[93] S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 95 ss.

[94] V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, cit., 409.

[95] Sul punto cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 35, ma sul punto già G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, l. IV, t. II, Torino, 1958, 88.

all'autonomia contrattuale o si deve ricercare nei principi una via media fra l'efficacia dei diritti fondamentali e la difesa del nucleo dell'autonomia, rinvenendosi un possibile equilibrio nell'obbligo di rinegoziazione sotto il controllo giudiziale. Ovviamente tale intervento non potrebbe riguardare la giustizia sociale poiché qui si ripropone il problema di non affidare al giudice il governo esclusivo della funzione distributiva.

Meno complesso è il problema allorché non venga colpito un elemento essenziale, sicché il giudice si trova nuovamente a dover procedere ad un'opera interpretativa del contratto alla luce dei principi, essendo tenuto a dare priorità ad essi in luogo del giudizio di resistenza di cui all'art. 1419, comma 1, c.c. che si limita a prediligere l'autonomia contrattuale. Tramite, dunque, i principi il giudice deve cercare di intessere un nuovo contenuto contrattuale che risulti, da un lato, coerente con i principi medesimi, alla luce del riflesso di quei principi negli equilibri del sistema normativo, e, da un altro lato, adeguato a sviluppare il contratto. Emblematico può essere l'esempio di un contratto a tempo determinato con cui si disponga di un proprio attributo personale, rinunciando alla facoltà di recesso. Ebbene in tale ipotesi se, da un lato, deve ritenersi nulla la rinuncia alla facoltà di recesso, da un altro lato, non ci si può limitare a valutare se il contratto resista alla decurtazione della clausola, poiché l'interpretazione deve partire dai principi, nel confronto sia con il sistema normativo, sia con l'esigenza di non inficiare il senso stesso dell'impegno assunto, una soluzione che, per ipotesi, potrebbe consentire il recesso solo se motivato da gravi ragioni correlate proprio al bisogno di preservare il diritto morale, cioè l'istanza dettata dai principi.

In definitiva, la centralità del procedimento ermeneutico nel ricorso ai principi non soltanto rende evanescente la distinzione fra interpretazione e integrazione, ma ridefinisce in un modo nuovo rispetto ai principi la presunta alternativa fra integrazione "buona" o "cattiva". È la dimostrazione che i principi incidono profondamente e condizionano le regole, ma al contempo devono entrare con esse in una stretta e complessa dialettica senza la quale non potrebbero svolgere una funzione regolativa, se non nel segno di un arbitrario monopolio giudiziario, sottratto a qualsivoglia controllo. Ma il monopolio sui diritti fondamentali è l'anticamera della vera tirannia, il preludio – questo sì – di una vera eclissi del diritto[96].

[96] C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

L'autonomia contrattuale come fonte del diritto privato nella dimensione costituzionale

Francesco Macario
Ordinario di Diritto privato comparato, Università di Roma Tre

L'autonomia contrattuale, quale fonte regolatrice dei rapporti economici tra privati, vive anche in una dimensione costituzionale. Benché nessuna disposizione della Carta fondamentale faccia esplicito riferimento alla libertà di negoziare, il gruppo di norme relative ai "rapporti economici" (artt. 41-44 Cost.) – così come, in modo meno diretto, i "principi fondamentali", relativi soprattutto all'eguaglianza e ai doveri di solidarietà sociale – consentono di ricostruire un sistema che va a integrare il diritto privato dei contratti e delle obbligazioni contenuto nel codice civile. Il percorso evolutivo dell'ordinamento giuridico muove dai primi, esitanti e timidi, approcci della dottrina civilistica tradizionale nei confronti dei nuovi principi costituzionali. Si passa attraverso la proposta di una nuova lettura (o rilettura) del codice civile alla luce della Costituzione e la fase della c.d. decodificazione dl diritto civile, per giungere dalla metà degli anni Novanta alla valorizzazione dei principi costituzionali nella giurisprudenza della Suprema Corte, che al contempo attribuisce una valenza giuridica sempre più consistente alle clausole generali, affermando un nuovo ruolo, molto attivo e propositivo, del diritto di fonte giurisprudenziale, tutt'ora in atto, destinato a incidere irreversibilmente sull'evoluzione del diritto privato nel nostro ordinamento.

Contractual autonomy, as a source of economic relations between individuals, also lives in a constitutional dimension. Although no provision of our Constitution explicitly refers to the freedom to negotiate, the group of rules relating to "economic relations" (articles 41-44 of the Italian Constitution), as well as, in a less direct way, the "fundamental principles", especially concerning the equality and the duties of social solidarity allow a reconstruction of a system that integrates the private law of contracts and obligations contained in the Italian Civil Code. The evolutionary path of the legal system moves from the first hesitant approaches of the traditional civil law doctrine to the new constitutional principles. The next step is passing through the proposal of a new reading (or "re-reading") of the Civil Code in the light of the Constitution and the stage of

the so called "decoding" ("decodificazione") of civil law, until the effectiveness of constitutional principles, within the private relationships, is finally accepted by the jurisprudence of the Supreme Court; this latter commences, from the mid-nineties, to recognize greater legal meaning and effects to the so called "general clauses" (such as the good faith rule in the contractual relations), affirming a new role, very active and proactive, of the case law, deriving front the jurisprudential source; a process which is still in progress and will have an irreversible influence on the evolution of private law in our legal system.

Sommario: 1. Una premessa sull'autonomia contrattuale nella prospettiva costituzionale dei "rapporti economici" (artt. 41-44 Cost.). – 2. Il primo approccio (titubante) della civilistica ai nuovi principi costituzionali. – 3. La proposta della "rilettura" costituzionale del codice civile e il processo di "decodificazione" del diritto privato degli affari. – 4. Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nel controllo sulle norme "limitatrici" dell'autonomia. – 5. La valorizzazione dei principi costituzionali nella giurisprudenza di legittimità: un'evoluzione decisa e continua. – 6. Una considerazione conclusiva sull'attuale "diritto giurisprudenziale" in ambito di autonomia privata.

1. Una premessa sull'autonomia contrattuale nella prospettiva costituzionale dei "rapporti economici" (artt. 41-44 Cost.)

Comunemente intesa, nel discorso dei giuristi, come *genus* comprensivo della *species* facente capo al concetto di libertà contrattuale (che la rappresenterebbe, invero, nel modo più emblematico), l'autonomia privata trova nelle norme della Carta fondamentale dedicate alle libertà economiche (ove campeggia l'iniziativa economica privata) il suo più immediato riferimento nell'art. 41 Cost., inteso, con formula notoriamente compromissoria[1], soprattutto inteso soprattutto a fissare i criteri (se si preferisce, i "limiti") per il corretto esercizio della stessa libertà[2].

[1] Per la ricostruzione dei lavori dell'Assemblea Costituente, si può oggi consultare il sito *www.nascitaCostituzione.it*, a cura di F. Calzaretti.

[2] Si veda, ad esempio, A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 582; ma anche M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. pubbl.*, V, Torino, 1990, 375; nonché G. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989; più di recente, si segnala il contributo di M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, il quale, discorrendo di autonomia privata letta in chiave costituzionale, richiama il concetto di azione "ordinante", riconosciuta alla collettività *uti singuli*. Nello specifico si precisa che «l'azione ordinante è infatti indefettibile

La disposizione costituzionale non può non essere letta in collegamento – l'impressione è che ci si trovi al cospetto di una sorta di binomio normativo – con quella immediatamente successiva, in materia di proprietà privata (art. 42, comma 2, Cost.), senza dimenticare peraltro le norme costituzionali in tema di rapporto di lavoro subordinato (emblematicamente, l'art. 36 Cost., sul connotato decisivo nel rapporto in questione, ossia l'equa retribuzione), con la doverosa segnalazione della rilevanza assunta nell'ordinamento, proprio grazie al suo riconoscimento e alla disciplina a livello costituzionale, dalla dimensione "collettiva" della contrattazione, che ha reso più ampia e articolata rispetto al passato qualsiasi riflessione sull'autonomia privata (in questo caso collocata, si direbbe naturalmente, nella cornice costituzionale, alla luce della stessa natura dei diritti coinvolti)[3].

---

espressione di *selfdom* della persona e, quindi, manifestazione del dominio su se stessa e sulle cose che le appartengono e pertanto proiezione immediata della personalità. Per mezzo di essa il soggetto partecipa alla vita della collettività … Si potrebbe anche dire – se il lemma non fosse già tra i più controversi – che l'autonomia privata è uno *status* della persona e, di più, un moderno *status civitatis*, più specificatamente individuato dalle singole libertà costituzionali, al quale si raccordano i poteri mediante i quali si esplica l'attività autonoma» (181 ss.). Dello stesso A., *Brevi annotazioni sul concetto di autonomia privata*, in *Giur. cost*., 2001, 759 ss. (secondo cui, spec. 762: «l'agire autodeterminandosi, dunque liberamente, nell'ambito delle coordinate di qualificazione dell'azione iscritte nella Costituzione (nelle libertà nominate e, più in generale, nel libero svolgimento della personalità, che connota il riferimento ai diritti inviolabili) è, ad un tempo, la causa (storica e giuridica) e la ragione teleologica del patto costituzionale»).

Sull'ombrello protettivo, di cui all'art. 41 Cost., nelle attività private, ci si permette di rinviare F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008, 168; v. A. CERRI, *La Costituzione e il diritto privato*, in *Trattato di diritto privato*, vol. 1, Torino 1999, 179 ss. Sul punto anche F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile comm*., 1972, XXI, 28 ss.; v. spec. 55 ss., ove si discorre dei rapporti tra la Costituzione ed il contratto, individuando nel primo comma dell'art. 41 Cost. il riferimento al contratto in via indiretta, quale principale strumento giuridico dell'iniziativa privata, «mezzo per l'attuazione di un giusto ordine sociale» e R. NIRO, *Commento all'art. 41*, in BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 852: «Quanto, infine, alla possibilità di rintracciare nelle maglie della disposizione in commento un autonomo fondamento della libertà contrattuale, essa si è ritenuto potesse ravvisarsi solo ove fosse stata accolta la nozione ampia di iniziativa economica privata di cui si è detto sopra, corrispondente ad ogni attività da cui possa derivare un vantaggio economico a chi la svolge:una volta accantonata, come si è visto, tale ipotesi, la libertà contrattuale finisce con il risultare costituzionalmente fondata solo in quanto si riveli strumentale alla realizzazione di una situazione soggettiva espressamente protetta dalla Costituzione e corrispondente, ad esempio, alla libertà d iniziativa economica o al diritto di proprietà, cosicché ogni limite posto alla libertà contrattuale si riveli legittimo – come affermato dalla Corte costituzionale – solo in quanto "preordinato al raggiungimento degli scopi previsti e consentiti dalla Costituzione" in relazione alla situazione sostanziale e quindi anche in relazione all'iniziativa economica».

[3] F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 369.

Se si volesse ricercare, in prima battuta, la trattazione istituzionale del tema, muovendo, per ipotesi, dalle "voci" delle opere enciclopediche dedicate all'autonomia privata, si noterebbe subito che la trattazione – persino quella relativa del tema generale – è sempre piuttosto timida (se non marginale), limitandosi i pur autorevoli studiosi, di volta in volta incaricati della redazione della voce, a sintetizzare in poche battute le informazioni relative a una tematica giuridica innegabilmente vastissima[4], talvolta riassunta con il lemma "libertà contrattuale"[5].

Maggiore attenzione per il tema in esame si nota nelle opere trattatistiche sul contratto in generale. Alcuni esempi, ricavati dalla letteratura recente in materia, valgono a mostrare i diversi modi di avvicinarsi alla questione, in considerazione della metodologia prescelta e della formazione del giurista. In un primo caso, nel tracciare l'itinerario dell'idea di contratto nell'evoluzione del sistema socio-economico (prima ancora che giuridico), si sottolinea la rilevanza e l'incremento dell'autonomia collettiva[6], con la variante della c.d.

[4] Può apparire, ma soltanto *prima facie*, singolare il fatto che la voce "*Autonomia*" nel *Nuovo Digesto* sia dedicata esclusivamente al duplice significato (politico e amministrativo) che il termine esprime con riferimento all'attività della pubblica amministrazione (A. DE VALLES, voce *Autonomia*, in *Noviss. Dig. it.*, I, Torino, 1937, 1164, mentre non vi è traccia di una voce così intitolata nella precedente (prima) edizione del *Digesto italiano*, dovendosi ripiegare sulla voce "*Contratto*" (A. SACCHI, voce *Contratto*, in *Dig. it.*, VIII, Torino, 1898), per ritrovare un'idea di "autonomia individuale" interamente incentrata sull'individuo e sulla sua volontà, cui potrebbe aggiungersi (in termini, rispettivamente, teorico-geneali e politico-economici), tanto per comprendere lo spirito dei tempi, G.B. UGO, voce *Libertà*, in *Dig. it.*, XIV, Torino, 1903, 804 (805: «la libertà si presenta sotto molteplici e svariate forme, quante sono le numerose manifestazioni dell'attività umana»), nonché NINA, voce *Libero scambio*, *ivi*, 794. Sul punto è tornato di recente, P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 1, 15 ss. (spec. 16 ss.: «autonomia significa una regola posta dallo stesso soggetto, un soggetto singolo oppure una collettività di persone, destinata a trovare applicazione e in primo luogo a creare vincoli per chi l'ha posta … Il contratto è lo strumento dell'autonomia anche statisticamente più usato dai privati»).

[5] Non si può non tenere conto, ad esempio, della voce redatta da P. BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 487, sulla quale vi sarà modo di tornare (infra, n. 2); in tempi molto più recenti, nella stessa Enciclopedia è stata affidata al sottoscritto, la voce *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. dir. Annali*, 2015, VIII, 61, i cui contenuti sono stati ripresi nella presente trattazione, con alcuni necessari aggiornamenti.

[6] Risale alla fine degli anni Venti del XX secolo anche l'approfondimento del discorso sull'autonomia collettiva e sul contratto collettivo di lavoro, che induce a interrogarsi, riprendendo le preziose intuizioni, di oltre un decennio prima, di Santi Romano in tema di ordinamento giuridico, sugli ordinamenti giuridici minori, di cui l'ordinamento superiore definisce presupposti e tratti essenziali, lasciando sempre ai primi una certa sfera di autonomia (cfr. T. ASCARELLI, *Sul contratto collettivo di lavoro. Appunto critico*, in *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, 181).

autonomia "assistita" (ove può essere sufficiente ricordare gli esempi dei rapporti agrari e delle locazioni, oltre al rapporto di lavoro subordinato), per poi evidenziare la seconda caratteristica decisiva nell'evoluzione del moderno diritto dei contratti ossia «la crescente limitazione della libertà contrattuale ad opera del potere pubblico», in attuazione dei compiti assunti dallo Stato sociale per la realizzazione dell'uguaglianza sostanziale, di cui all'art. 3, comma 2, Cost.[7], con l'esempio forse più noto, nonché simbolico, delle restrizioni di tipo pubblicistico della libertà di contrarre consistente del divieto di discriminazioni, affiancato dalla normativa sull'obbligo di contrarre (artt. 2597 e 1679 c.c.), che dà luogo alla figura in linea di principio antitetica all'autonomia del c.d. «contratto imposto»[8].

In questo tipo di premessa storico-metodologica, occorrerebbe muovere, per comprendere l'evoluzione dell'autonomia privata declinata attraverso la disciplina del contratto, dal suo fondamento ideologico – si sarebbe tentati di dire, quasi ontologico – al di fuori del sistema giuridico, così come riflesso nel diritto positivizzato, in una sorta di dialettica tra il dato pregiuridico e quello giuridico in senso stretto[9]. Si può cogliere, in tal modo, la diversità (e la distanza) nell'approccio al tema, rispettivamente, in chiave filosofica o più propriamente civilistica, nel tentativo di individuare il ruolo dell'ordinamento nella giustificazione dell'autonomia privata e, soprattutto, nella definizione dei suoi ambiti e delle sue potenzialità.

In tal senso, si potrebbe dire che la riflessione sull'inquadramento dell'autonomia privata nella cornice costituzionale di un ordinamento sia destinata a svolgersi su un duplice livello. Il primo fa riferimento a una valenza "costituzionale" dell'autonomia, nel solco della tradizione – ideologicamente caratterizzata, s'è appena detto – che non necessita di un supporto normativo specifico e, in certo modo, si pone essa stessa come fondamento (di natura, appunto, costituzionale)

[7] Esemplificativamente, V. ROPPO, *Il contratto*, 2a ed., in IUDICA - ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, 42 ss., che richiama l'ampia tematica della tutela del contraente debole, i cui sviluppi hanno condotto alla rilevanza, anche giuridica, dei consumatori, quali soggetti appartenenti a una data categoria socio-economica, cui l'ordinamento riconosce una particolare tutela giuridica, al punto da far parlare (da parte di taluno, senza suscitare un consenso diffuso) di un ritorno allo status (già richiamato da M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, cit., nt. 2).

[8] V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 48 ss., ove si accenna anche alla questione, con la risposta positiva dell'A., se quello imposto possa ancora definirsi un contrattto nel senso proprio del concetto.

[9] Per una recentissima, oltre che attenta e documentata, ricostruzione di questa vicenda, si può rinviare di recente a E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2014, vol. 43, I, 589.

del sistema, con la conseguenza che intorno al suo riconoscimento possono costruirsi principi e norme dei rapporti tra privati o, più in generale, tra i soggetti dell'ordinamento, indipendentemente dall'esistenza di una Carta costituzionale. Il secondo livello della riflessione, invece, muove dalla vigenza (e dal ruolo apicale nell'ordinamento) della nostra Costituzione repubblicana che, nell'offrire la cornice dei principi – se si preferisce, la c.d. "tavola dei valori" – cui devono ispirarsi, anche nella loro applicazione concreta, le norme che regolano i rapporti intersoggettivi, non può non incidere anche sull'autonomia privata e sulle norme che, disseminate nei più svariati ambiti dell'ordinamento, ne disciplinano l'esercizio.

È su quest'ultimo livello, senza dubbio più consono all'analisi dello studioso del diritto vigente, che si svolgeranno le considerazioni seguenti, senza peraltro voler trascurare la particolare rilevanza del primo livello del discorso. Ciò soprattutto nel momento in cui occorre fare i conti con una nuova dimensione normativa e regolamentare, quale è quella europea, che non ignora certo i principi e gli assetti costituzionali dei singoli ordinamenti, ma procede con una sua propria – trasversale, si direbbe – costituzionalizzazione di principi, riconducibili alle "libertà fondamentali", che ancora una volta richiamano alla mente del giurista la prospettiva pregiuridica (o almeno meta-legislativa) del fondamento di tali libertà, non più (o forse soltanto in minima parte) nella disponibilità dei legislatori nazionali. In un'altra prospettiva, la ricostruzione dei rapporti tra concetti – certamente disomogenei, ma indiscutibilmente collegati tra loro, oggi si direbbe molto più che in passato – quali «contratto, autonomia, mercato»[10] rappresenta la chiave di lettura per inquadrare la riflessione sulla libertà di contrarre negli scenari socio-economici succedutisi nel tempo (in modo non necessariamente alternativo ed esclusivo: pianificazione, regolamentazione, concorrenza), tenendo conto del fatto che la sensibilità del giurista non può non orientarsi – si direbbe, istintivamente – verso un contratto (che sia anche) giusto[11]. Il vivace dibattito attuale, sul quale si dovrà ritornare, sulla giustizia

[10] Sui rapporti tra autonomia, letta come libertà e mercato, v. la posizione di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 13: «non c'è una misura naturale di libertà, ma la misura storicamente definita dello statuto del mercato. Un mercato è sì gremito di vari e concreti accordi, conclusi fra soggetti determinati; ma esso si rende intellegibile, e si rivela nella sua profonda unità, solo se quegli accordi si ordinano negli schemi predisposti dalla legge, e perciò entrano in una sorta di artificiale tipicità». Sul punto, v. anche A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, XXIV, 2, 327 ss.

[11] R. SACCO, *Il contratto*, 3a ed., in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, 22 ss., affermando ineccepibilmente che, nella cultura giuridica radicata nel tempo cui apparteniamo, «l'autonomia è non solo la garante della giustizia ma è anche l'*unica* garante possibile; fuori

contrattuale finirebbe per saldarsi con il (o potrebbe comunque rinvenire le sue radici, in termini s'è detto di esigenza insopprimibile del giurista, nel) tentativo svolto dagli studiosi del diritto privato (ma anche in ambito di diritto pubblico e costituzionale), soprattutto negli anni Sessanta e Settanta, di inserire l'esercizio dell'autonomia privata nella cornice valoriale delineata da alcune norme costituzionali (in particolare, evidentemente, il già richiamato art. 41, comma 1 e, in modo molto più generale, l'art. 2 Cost.), anche se il problema della tutela costituzionale dell'autonomia privata andrebbe affrontato «scorrendo l'intiero testo costituzionale, e tentando di dare un senso compiuto alle mezze frasi, ripetitive e fumose, disperse nei vari titoli della prima parte di esso»[12].
Interrogarsi, inoltre, «sulle tutele costituzionali della libertà contrattuale» ossia «circa la posizione dell'autonomia contrattuale nel quadro dei valori costituzionali» – senza dimenticare la rilevanza particolare dell'autonomia collettiva in questo contesto – significa domandarsi, anche e in primo luogo attraverso l'esame delle sue limitazioni, se sia innanzitutto individuabile e, in caso positivo, «quale sia il contenuto essenziale, il *Wesengehalt*, dell'autonomia contrattuale». Per altro verso, rimarrebbe assai dubbio che attraverso l'art. 2 Cost. «si possa giungere a ricostruire la garanzia costituzionale della libertà contrattuale»[13], così come, in relazione al grande tema dell'efficacia immediata dei diritti costituzionalmente previsti – si tratta dei "*Grundrechte*", cui la tradizione giuridica tedesca ha dedicato notevoli studi in tema di efficacia

dall'autonomia non esiste giustizia», ma «l'equazione che fa coincidere autonomia contrattuale e giustizia cessa di essere un postulato, e viene sottoposta a un vaglio critico» (23). D'altra parte, in quest'ottica, A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008, 62, evidenzia come la ricerca di un valore di giustizia, in funzione riequilibratice del negozio e, quindi, il contratto stesso rappresentino e si pongano entrambi come problemi del mercato, che esprimono, a ben vedere, le logiche funzionaliste ad esse sottese all'interno del mercato medesimo.

[12] R. SACCO, *Il contratto*, cit., 32, il quale individua «il problema più centrale di tutta l'area del costituzionalismo in materia contrattuale» nella ricerca della «correlazione tra la libertà di cui gode il legislatore ordinario, e i valori che, sotto il nome di privatezza, libertà di iniziativa, accesso alla proprietà, razionalità, solidarietà, socialità, equità, consistono nella produttività, nell'abbondanza, nella offerta dei beni qualitativamente migliori al prezzo più basso possibile, nella massimazione dei compensi dei servigi» (36). Discorre di «messa in discussione» della legge alla luce di principi costituzionali, U. BRECCIA, *L'interprete tra codice e nuove leggi civili*, in *Pol. dir.*, 1982, 4, 571 ss., nella raccolta *Immagini del diritto privato, I, Teoria generale, fonti, diritti, Scritti di Umberto Breccia*, Torino, 2013, 154.

[13] P. RESCIGNO, *Premessa*, in GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, 2 ed., Torino, 2006, XLVII ss., sicché «alla libertà contrattuale è possibile risalire solamente dalla garanzia di altri istituti, e specificamente dalle norme sull'iniziativa economica privata e la proprietà privata», dovendo necessariamene confluire la riflessione su «quella che è stata detta la 'funzionalizzazione' dell'impresa, e, su piani diversi, della proprietà e del contratto» (XLIX ss.). Analogamente, A.

diretta, ossia la c.d. *Drittwirkung*[14] –, sussisterebbero ancora «ragionevoli perplessità circa la detta efficacia diretta, i cui risultati potranno in pratica, assai spesso, raggiungersi coi tradizionali strumenti di giudizio sul contratto privato, l'ordine pubblico e il buon costume»[15].

PACE, *I diritti del consumatore: una nuova generazione di diritti?*, in *Dir. e soc*., 2010, 134. In senso contrario, v. M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, cit., 183 ss., il quale richiama anche il principio di solidarietà come fondamento e limite del potere di autonomia privata (spec. 210 e 218 ss.). Sui rapporti tra libertà e solidarietà v. anche N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 87.

[14] Anche su questo punto si dovrà ritornare, ricordando sin d'ora che in Germania il problema della *Drittwirkung* ha generato un dibattito di natura prevalentemente dogmatica, non ancora del tutto sopito, in merito all'efficacia diretta o indiretta dei diritti fondamentali (attraverso il diritto privato) nei rapporti tra i consociati. La seconda tesi, accolta dal *Bundesverfassungsgericht*, appare quella tuttora dominante. In materia sono fondamentali le opere di G. DÜRIG, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, in *Festschrift für Nawiasky*, 1956, 157 ss.; W. GEIGER, *Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung*, Stuttgart, 1960; J. SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, München, 1971; C.W. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht*, in *AcP* 184 (1984), 201 ss.; D. MEDICUS, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, in *AcP* 192 (1992), 35 ss.; U. DIEDERICHSEN, *Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – Ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre*, in *AcP* 198 (1998), 171 ss. In Italia, a cavallo tra gli anni ottanta e novanta, già U. BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv*., 1984, 687 ss., nella raccolta *Immagini del diritto privato*, cit., 93, si interrogava sul ruolo da attribuire ai valori costituzionali, alla luce della loro applicabilità diretta e dei limiti all'autonomia privata già presenti nel codice civile e nella legislazione ordinaria: «la discussione è certamente aperta, poiché non di rado si è obiettato che nella materia negoziale l'argomento costituzionale è ridondante. Ma, quando si è in presenza di norme reputate eccezionali (come nel caso delle disposizioni singolari sull'obbligo legale di contrarre), è possibile proporre applicazioni analogiche, non dissimili dai modelli prevalenti in altri ordinamenti (ben più "coerenti" del nostro), senza un riferimento ai principi costituzionali? Ancora: è possibile imporre il rispetto della parità di trattamento nel quadro di una determinata sfera di rapporti (com'è nel caso tipico dell'interpretazione del contratto collettivo di lavoro) senza una diretta applicazione dell'art. 3 della Costituzione? … Non vi è dubbio, per esempio, che un effetto di "protezione" nei confronti dei terzi non contraenti possa ammettersi, ancorché non sia espressamente previsto, nei contratti potenzialmente idonei a pregiudicare l'altrui integrità fisica (si pensi ai familiari del locatario pregiudicati dalle pessime condizioni dell'alloggio): ma a un tale risultato ben può giungersi, nell'assenza di norme puntuali di legge, ove si prenda atto che il dogma della "relatività" del contratto incontra limiti sistematici di natura generale, la cui prima determinazione è sicuramente possibile, in termini di corretta argomentazione giuridica, anche per il tramite di un coordinamento tra il preminente valore costituzionale della solidarietà (art. 2) e la normativa codicistica della correttezza». Sul punto, anche G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, cit., 44 ss. e G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970 che tratta anche dei rapporti tra parità di trattamento ed equilibrio contrattuale. Come si vedrà meglio più avanti, in tempi più recenti, la discussione dottrinale risulta prevalentemente incentrata sulla questione dell'efficacia delle norme primarie dell'Unione europea nei rapporti tra privati.

[15] P. RESCIGNO, *Premessa*, cit., XLIX, senza però dimenticare – così da «attenuare una

Nondimeno, una serie di vicende dell'esperienza giuridica contemporanea, legate al modo di operare dello Stato sociale, ma anche al ruolo assunto dall'elaborazione giurisprudenziale – in particolare, con riferimento al tema delle modalità e dei limiti dell'intervento giudiziale all'interno del rapporto contrattuale –, inducono a mantenere vivo il tema, dunque l'interesse per lo studio, del radicamento costituzionale dell'autonomia privata, nel momento in cui l'esigenza di stabilire equi rapporti sociali sembrerebbe far ritornare «alla rigidità degli *status*», da intendersi «nel senso che per ogni settore di attività i contratti siano destinati a modellarsi secondo tipi e discipline che rispecchiano la posizione sociale delle parti (fino al punto di vedere nel contratto un mezzo tra i tanti in cui si esprime la politica economica dello Stato)»[16].

Al pensiero degli studiosi (sommariamente richiamati in nota) si dovrà ritornare nel corso della trattazione, mentre in sede introduttiva potrebbe essere interessante considerare la diversità nell'impostazione del discorso e, al tempo stesso, l'esigenza comune di evidenziare la presenza di uno snodo problematico di rilievo nella riflessione sull'autonomia privata (almeno nella prospettiva della libertà contrattuale, ossia l'angolo di visuale, in cui maggiormente tale riflessione ha avuto modo di svilupparsi). Ciò consente di considerare, anche soltanto nelle battute iniziali, come non manchi nella civilistica attuale la sensibilità per il tema dei rapporti o, se si preferisce, delle interferenze tra autonomia privata – s'è detto, nella sua configurazione più classica, ossia quale libertà contrattuale – e principi costituzionali, anche se il suo approfondimento, sempre nella prospettiva civilistica, può dirsi conquista piuttosto recente, essenzialmente frutto dell'impegno di alcuni giuristi che, nell'ultimo cinquantennio, hanno contribuito a scrivere una 'storia', dapprima tutta dottrinale e solo in un secondo tempo fatta propria anche dalla giurisprudenza, diventando perciò una delle più significative manifestazioni del "diritto vivente", destinato a condizionare i successivi sviluppi del diritto civile[17].

La vastità del tema impone di seguire una sorta di filo conduttore – probabilmente, sarebbe più corretto dire: uno dei possibili fili conduttori – risalendo in primo luogo ai fondamenti, normativi e concettuali, dell'autonomia privata, così da tentare di metterne a fuoco la rilevanza costituzionale, che si esprime nella costruzione dell'idea stessa di diritto privato maturata nella tradizione giuridica

conclusione che può apparirre sconsolatamente negativa», secondo le parole dell'A. – che «certi princìpi, e in particolare il principio di eguaglianza, hanno una loro validità, legata alla presenza di una comunità, già secondo la logica degli istituti di diritto privato» (ivi).

[16] P. RESCIGNO, *Premessa*, cit., LIII.

[17] Si può ancora rinviare a E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, cit.

occidentale, che oggi caratterizza la cultura giuridica in cui vanno svolgendosi i processo di armonizzazione e di unificazione del diritto, nel tentativo di cogliere i "profili costituzionali" dell'autonomia in una sorta di itinerario che si svolge prima e dopo la Costituzione repubblicana (*infra*, n. 2).

La ricostruzione del discorso sull'autonomia implica il richiamo dei momenti più significativi nello svolgimento del pensiero giuridico, in relazione alla concezione e alla disciplina della libertà contrattuale e/o negoziale nei suoi rapporti con il dettato costituzionale rilevante: dall'iniziale indifferenza della dottrina civilistica (indotta, com'è noto, dal carattere prevalentemente politico-istituzionale mostrato *prima facie* dalla Carta costituzionale e dall'assunto del carattere sostanzialmente pragmatico [e non precettivo] delle norme relative ai rapporti tra privati), sino alla scoperta del 'valore' che ai principi fondanti dell'ordinamento avrebbe potuto essere attribuito in termini di effettività, se non altro in considerazione dell'autentica novità costituita dal fatto di disporre di una fonte normativa in posizione apicale, formalmente e sostanzialmente, cui tutti (ossia legislatori e giuristi) avrebbero dovuto assoggettarsi.

In tal senso, una significativa svolta, nell'evoluzione del pensiero civilistico, può datarsi all'incrocio tra gli anni Sessanta e Settanta[18], allorché numerosi studi su tematiche centrali del discorso generale relativo all'autonomia privata – s'intende, sempre declinata nella prospettiva della libertà contrattuale e/o negoziale – assumono i principi (ovvero i "valori", per chi preferisca ricorrere a questa terminologia, in funzione di una diversa e più profonda pregnanza normativa dell'enunciato di riferimento) costituzionali quali referenti giuridici innovativi, propulsivi per l'evoluzione del sistema. Principi che appaiono decisivi per riconoscere alla disposizione legislativa tradizionale (di regola, affidata alla stabilità dell'impalcatura codicistica) potenzialità sino a quel momento inespresse, all'insegna di un'auspicata "rilettura" dello stesso codice civile[19],

[18] Sull'analisi del concetto di autonomia privata nello sviluppo del pensiero giuridico degli anni Settanta, ci si permette di rinviare a F. MACARIO, *L'autonomia privata*, cit., 119 ss. Si discorre, in particolare, di una crisi, oltre che del contratto, anche del negozio giuridico (spec. 134, ove si affermava: «la crisi del negozio è di indole diversa [n.d.r.: rispetto a quella contrattuale], collocandosi nell'interruzione del rapporto privilegiato fra l'ordinamento e la volontà del privato 'autorizzata' dal primo a perseguire i suoi scopi; una cesura segnata da interventi legislativi incidenti sul quadro formale del diritto eguale e astratto»). Si assiste, dunque ad una «funzionalizzazione in senso sociale dei rapporti economici» che conduce alla questione altrettanto decisiva della «ridefinizione dei fondamenti sui quali è costruito il diritto privato» e, quindi, anche della libertà contrattuale (138).

[19] RESCIGNO, *Per una rilettura del codice civile*, in *Codici. Storia e gerografia di un'idea*, Roma-Bari, 2013, 34 ss. (già in *Giur. it*., 1968, IV, 209 ss. e in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*,

invero ormai non più dilazionabile, una volta sconfitte le iniziali inibizioni e ritrosie della civilistica, che inducevano a vedere nel dettato costituzionale (soltanto) un "programma" di politica del diritto, privo di immediata precettività, perciò in una discussione, piuttosto distante dalla concretezza della controversia tra privati.

All'impegno della dottrina, nell'opera di adeguamento del sistema tradizionale del diritto privato (così come riflesso nel codice civile) ai nuovi scenari della realtà socio-economica, ma soprattuto all'emersione di nuove esigenze, interessi e diritti, anche attraverso la rivalutazione della prospettiva costituzionale – quale strumento, s'è detto, per "rileggere" il codice e dunque il diritto civile ivi contenuto –, fa riscontro l'opera del legislatore che, in modo ben più intensivo rispetto al passato, inizia a disciplinare interi settori in cui si esplica l'autonomia privata (può essere sufficiente pensare alle locazioni urbane e ai contratti agrari), in questo modo "decodificando" la stessa libertà contrattuale secondo logiche di tutela di stampo costituzionale (sicché i principi fissati, ad esempio, negli artt. 42, comma 2, e 44 Cost., a parte il riferimento sempre presente all'art. 41 Cost., costituiscono il fondamento degli interventi legislativi in cui si sostanzia la "decodificazione").

Merita rammentare che, nel processo appena delineato s'inserisce anche la giurisprudenza, in primo luogo quella costituzionale, i cui rari interventi in materia si caratterizzano per un'esemplare cautela (come si avrà modo di considerare più da vicino, *infra*, n. 4), rispettosa dell'operato del legislatore, soprattutto quando risulti evidente che in gioco sono gli interessi e i bisogni di soggetti ritenuti, di volta in volta, meritevoli di una particolare tutela nei confronti della autonomia (o libertà di contrarre) esercitata da contraenti tendenzialmente dotati di maggiore forza negoziale.

Una più significativa ricaduta della vicenda dottrinale si riscontra, invece, nella storia della giurisprudenza ordinaria, attraverso le sempre più frequenti sentenze della Corte di legittimità che, a partire dalla metà degli anni Novanta, esprimono nelle argomentazioni affidate alla motivazione l'ormai acquisita sensibilità, anche nel "diritto vivente", per la rilevanza immediata dei precetti costituzionali, che si assumono come idealmente conformativi dell'autonomia privata (con il riferimento, *in primis*, ai doveri di solidarietà sociale e all'eguaglianza sostanziale). Il risultato più evidente si coglie nella valorizzazione delle clausole generali (ad esempio, relative all'ingiustizia del danno risarcibile e alla buona fede nella disciplina delle obbligazioni e dei

vol. IV, Torino, 1971, 821 ss.), noché ID., *Rilettura del codice civile*, in *I cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1993, 9.

contratti), in sintonia, si diceva, con i contributi della più attenta dottrina, che nel frattempo la giurisprudenza aveva avuto modo di metabolizzare, per così dire; non senza suscitare, a sua volta, dibattiti dottrinali e giurisprudenziali sulle soluzioni e sulle argomentazioni adottate a supporto (*infra*, n. 5).

In parallelo, ma sul diverso fronte dell'inedita versione (di matrice comunitaria europea) degli equilibri nei rapporti contrattuali, si è posto il problema dell'intreccio tra l'assetto normativo dell'autonomia privata all'interno di un ordinamento, nel quale la rilevanza dei principi costituzionali sembra essere ormai un dato acquisito, e le fonti comunitarie che fanno capo ai Trattati stipulati dagli Stati membri in attuazione dell'impegno a realizzare uno spazio giuridico comune (che costituisca l'ossatura portante del "mercato comune", dando a quest'ultimo un senso normativo e superando così la dimensione meramente economica dell'iniziale "comunità" di Stati). In tale contensto, tutti i principi o valori costituzionali rilevanti all'interno degli ordinamenti nazionali, direttamente o indirettamente connessi alle libertà fondamentali sulla tutela delle quali si fonda l'impegno dei partecipanti all'Unione europea, finiscono per essere chiamati in causa. In primo piano, tuttavia, si colloca la libertà contrattuale, e l'autonomia privata in senso più lato, oggetto di una delicata opera di coordinamento tra la normativa nazionale, con il dettato costituzionale in posizione evidentemente apicale, e la disciplina comunitaria europea, con i suoi principi fondanti di riferimento, che nell'ampio spazio di realizzazione dell'autonomia privata possono dirsi, allo stesso tempo, rappresentati e accomunati dalla disciplina della concorrenza.

Se quest'ultimo sembrerebbe il paradigma normativo fondamentale per affrontare oggi i temi che ruotano intorno all'autonomia privata, ove quest'ultima venga declinata nella prospettiva della libertà contrattuale, la partita che vede in gioco principi e valori costituzionali non può dirsi certamente archiviata, dischiudendosi ampi spazi per i privati in aree che un tempo sarebbero apparse inesorabilmente precluse all'autonomia negoziale, alla stregua di una concezione rigida dell'indisponibilità dei diritti continuamente messa in discussione dalle forme complesse per questa ragione, non sempre riconducibili o riducibili agli schemi giuridici categoriali sedimentati nella tradizione civilistica in cui si manifesta il rapporto tra la persona e il mercato.

2. Il primo approccio (titubante) della civilistica ai nuovi principi costituzionali

Nel tentativo di ricostruire, sia pure in estrema sintesi, l'itinerario della dottrina civilistica sul rapporto tra l'autonomia privata e il contesto costituzionale, occorre operare una selezione tra gli studi maggiormente significativi, muovendo dalle trattazioni che, in forma didattica e generale (in un certo senso consona allo stile di una "voce" enciclopedica) evidenziano in primo luogo i dubbi sull'univocità del significato della stessa espressione «autonomia privata»[20], senza che sia avvertita l'esigenza di confrontarsi con il problema del suo inquadramento – quale che sia il significato del concetto – nel nuovo assetto costituzionale. Ciò potrebbe stupire, se si considera che, al di là della sensibilità e autorevolezza del giurista autore della "voce" cui ci si riferirisce, per la cultura giuridica della fine degli anni Cinquanta (epoca cui risale lo studio) la Costituzione repubblicana era la grande novità dell'ordinamento italiano che iniziava a prendere forma dopo la dittatura fascista. Si deve ritenere che fosse, evidentemente, diffusa la percezione, ancorché non manifestata in modo sufficientemente esplicito, che l'idea di autonomia privata ben poco potesse essere incisa (o anche soltanto interessata) dal dettato costituzionale, identificandosi il concetto di autonomia con quello di libertà, tradizionalmente ricollegabile al «soddisfacimento del proprio interesse particolare»[21], quale «potere del soggetto di creare regole»[22], cui l'ordinamento riconosceva quasi ontologicamente – ossia senza che dovesse occuparsi di tale manifestazione di libertà la Costituzione, tanto appariva connessa all'essenza dell'individuo – una sorta di posizione eccezionale, assimilabile a quella dello stesso legislatore, nel determinare «l'ambito del giuridicamente rilevante»[23]. Nella parallela riflessione sulla «pluralità degli ordinamenti giuridici», la più sensibile e autorevole dottrina rilevava che l'investitura dei privati a darsi regole non avrebbe potuto che derivare dalla legittimazione conferita dall'ordinamento statale[24], mentre, nel ricollegare il

[20] S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 366.

[21] F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Autonomia collettiva*, cit., 372, il quale precisa che la volontà in tanto può produrre effetti per il soggetto «solo perché un'altra volontà, la volontà sovrana che si esprime nell'ordinamento giuridico, a ciò l'autorizza» (369).

[22] L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, 14, il quale evidenziava la valenza dell'autonomia privata quale "fonte" del diritto, nell'ambito del sistema comunque subordinata rispetto alla legge.

[23] Per un'avvincente ricostruzione della vicenda, P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 327. E, ancor prima, dello stesso A., *Diritto privato e processo economico*, cit., 233 ss.

[24] P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Justitia*, 1967, 3 ss. (anche in *Studi in onore di*

fenomeno dell'autonomia privata alla nozione di contratto normativamente fissata dal legislatore, si rilevava che la dogmatica non avrebbe raggiunto risultati soddisfacenti. Ciò era dimostrato dallo stesso superamento della concezione originaria dell'autonomia privata, impostata sull'idea di libertà individuale, nell'evoluzione del diritto che «in varie direzioni si volge a restringere, se non a soppiantare, la libera decisione dei privati per la realizzazione di interessi di preminente valore sociale»[25].

Se è certamente ben nota la storia di tale evoluzione, riassunta più volte e in vario modo dagli studiosi[26], il problema più intrigante per i giuristi sembrerebbe essersi posto con riferimento alla qualificazione dell'autonomia privata come fonte di diritto, così come alla pluralità di significati dell'espressione e, di conseguenza, all'eterogeneità dei relativi problemi, alla rilevanza della volontà e della libertà individuale, agli «ordinamenti giuridici privati» e, infine, alla «cosiddetta autonomia negoziale», con il negozio giuridico in primo piano «come fonte normativa»[27].

Ci si sarebbe potuti anche interrogare sulla portata del riconoscimento, che all'autonomia deriverebbe da «un'istanza superiore che si ponga quale fonte del diritto», ossia «dal punto di vista di un dato ordinamento statale», tentando così di delineare le coordinate dell'autoregolamento (in cui si risolve, in definitiva, l'autonomia privata) e comprendere poi la ragione del riconoscimento dell'autonomia privata da parte di un ordinamento giuridico che, mediante la figura centrale del negozio, «risolve il problema di dar modo all'iniziativa individuale di spiegarsi», sempre all'interno di un processo di tipizzazione degli interessi meritevoli, incentrato sulla valutazione della «funzione pratica che ne caratterizza ciascun tipo in accordo con la socialità del suo compito di ordine»[28].

Nel solco della concezione precettiva del negozio, e soprattutto nella nuova visione dell'autonomia e dello stesso negozio giuridico come fatto socialmente rilevante, si è ritenuto necessario, innanzitutto, «soffermarsi sulla accezione del

---

Scaduto, Padova, 1968, 529, nonché in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, II, Padova, 1988, 422); dello stesso A., cfr. anche *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. it*., 1978, IV, 113 (anche in SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano, 1978, nonché in *Persona e comunità*, cit., 462).

[25] R. SCOGNAMIGLIO, *Commento all'art. 1322*, in *Contratti in generale*, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, 25.

[26] Possono consultarsi, come esponenti autorevoli di un'epoca e della relativa cultura giuridica di più alto profilo: F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., 28 ss.; ma anche G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. Dig. it*., IV, Torino, 1959, 477 ss.

[27] S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, cit., 366.

[28] Sono le espressioni di E. BETTI, voce *Autonomia privata*, in *Noviss. Dig. it*., I, 2, Torino, 1959, 1559 ss.

fenomeno che si delinea nella sfera della realtà sociale», per realizzare che il problema dell'autonomia privata, manifestata attraverso atti di autoregolamento di privati interessi, «impegnativo di già sul piano della coscienza sociale», si risolve nell'individuazione degli «oneri e limiti risultanti dalla disciplina che l'ordinamento detta del fenomeno nella considerazione degli interessi degli stipulanti, come dei terzi e della generalità»[29]. In tal senso, può apparire netta la distinzione rispetto alle fonti del diritto, mentre per altro verso è chiaro che, lungi dal poter rappresentare una futile facoltà, ossia mero esercizio del volere in quanto tale, l'autonomia privata è tutelata in quanto finalizzata a soddisfare interessi ritenuti meritevoli di considerazione[30].

Grazie a una più attuale e, in un certo senso, pragmatica impostazione del discorso, intesa a considerare il modo di esplicarsi dell'autonomia all'interno dell'ordinamento e, in via comparativa, dei diversi ordinamenti giuridici – è stato sottolineato come l'analisi avrebbe potuto anche orientarsi verso «gli strumenti dell'autonomia»: tema senza dubbio centrale, in quanto «l'ordinamento mette a disposizione del consociato uno o più procedimenti, più o meno spediti e facilmente agibili, adottando i quali il consociato riesce a creare la regola giuridica»[31]. È indubbio, del resto, che l'ordinamento si riserva di intervenire a più livelli, incidendo in modo autoritativo sull'efficacia dell'atto alla luce degli interessi della generalità, come dimostrano, in primo luogo, gli stessi artt. 41 e 43 Cost., ma anche le disposizioni codicistiche sugli obblighi a contrarre (di cui agli artt. 2597 c.c. e 1679 c.c.) o sull'inserzione automatica di clausole (*ex* art. 1339 c.c.)[32], cui potrebbero aggiungersi le disposizioni (costituzionali, codicistiche e delle leggi speciali) in materia di rapporto di lavoro[33].

[29] R. SCOGNAMIGLIO, *Commento all'art. 1322*, cit., 27.

[30] R. SCOGNAMIGLIO, *Commento all'art. 1322*, cit., 29, chiarendo che non potrebbe discorrersi di autonomia privata, immaginando una «facoltà di volere a vuoto», poiché essa «si svolge ed articola con riguardo ai tipi di regolamento offerti dalla esperienza socio-economica, eventualmente disciplinati in tali fogge dal diritto, ed in ogni caso per soddisfare funzioni e interessi meritevoli di considerazione (al livello di nuovo, e rispettivamente, della coscienza sociale e dei principi dell'ordinamento giuridico)».

[31] R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, 516.

[32] Modi diversi di atteggiarsi dell'intervento legislativo, che «si possono tutti agevolmente coordinare, ed anzi a ben vedere lo presuppongono, con il riconoscimento correttamente inteso dell'autonomia contrattuale» secondo R. SCOGNAMIGLIO, *Commento all'art. 1322*, cit., 31.

[33] Coincide con il rapporto di lavoro subordinato, senza alcun dubbio, l'ambito dell'autonomia privata che prima di altri ha attirato l'interesse della dottrina civilistica più attenta al tema del rapporto con la cornice dei valori costituzionali: per tutti, U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, Milano, 1955; ID., *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, 1956, rist. 1993, in *Diritti fondamentali e categorie civilistiche. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, 431 ss.

Su quest'ultimo punto, appare sin troppo evidente che il primo significativo banco di prova della tenuta dell'autonomia privata, quale derivazione della libertà (nel senso filosofico e ideologico cui si faceva cenno in esordio), dovesse essere il lavoro subordinato, dopo la notevole attenzione ricevuta dal costituente, con numerose disposizioni in materia di "rapporti economici" (a parte l'enunciazione contenuta nel primo articolo della Costituzione), che segnavano l'incolmabile distanza e anche il contrasto tra il quadro dei principi codicistici (espressi nel libro quinto, intitolato al lavoro) e la nuova cornice costituzionale delle tutele apprestate per il lavoratore, tanto nell'individualità del rapporto, quanto nella manifestazione "collettiva" dell'autonomia.

Se quello del lavoro era l'ambito in cui si scontravano in modo emblematico il nuovo impianto di tutela costituzionale e la libertà contrattuale "codificata", per così dire, all'insegna della tradizione liberale (sia pure con qualche concessione allo spirito del diritto corporativo, peraltro di breve durata nella vicenda storica della codificazione del 1942), non mancavano i tentativi, da parte di studiosi appartenenti a generazioni e scuole diverse, di rinvenire nei principi costituzionali di nuovo conio i fondamenti per riconsiderare la disciplina del contratto di stampo codicistico, sotto molteplici punti di vista, a cominciare dal senso da attribuire alle clausole generali e ai concetti indeterminati, che nel diritto dei contratti svolgono un ruolo sempre più siginficativo.

Nella riflessione sull'autonomia privata, e in particolare sull'autonomia contrattuale – ampiamente sviluppatasi, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, alla luce delle profonde modificazioni normative dell'ultimo cinquantennio o poco più – si può dunque ritenere che l'indagine sulle implicazioni di carattere "costituzionale" maturi negli ultimi decenni del secolo appena trascorso (v. *infra*, n. 3, 4).

La rilevanza del dato costituzionale si manifesta in senso tanto positivo (nella ricerca del fondamento e quindi della tutela costituzionale), quanto negativo (in relazione ai limiti imposti dalle norme costituzionali)[34], come si è già avuto modo di notare nelle battute iniziali, in un rapporto tra il principio codificato dall'art. 1322 c.c. e le norme della Costituzione che appare oggi tutt'altro che univoco[35]. Si potrebbe essere indotti a ritenere, per un verso, che non vi sia più

[34] P. PERLINGIERI - C. DONISI, *Autonomia negoziale ed autonomia contrattuale*, in *Manuale di diritto civile*, 4 ed., Napoli, 2005, 335, spec. 341, con la precisazione della non estensibilità della tutela dell'iniziativa economica *ex* art. 41 Cost. all'autonomia negoziale (stante la natura anche non patrimoniale degli atti negoziali), mentre tale tutela dovrebbe riguardare l'autonomia contrattuale d'impresa ossia i contratti posti in essere nell'esercizio dell'attività d'impresa, senza che alcun supporto possa venire dall'art. 2 Cost.

[35] In tal senso, G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale*

spazio, dopo le stagioni culturali ormai trascorse, per un'incidenza del fattore normativo costituzionale nella disciplina del contratto[36]; per altro verso, che possa nondimeno darsi «una rinnovata lettura della garanzia costituzionale della libertà contrattuale in termini di effettiva e paritaria pienezza delle autonomie coinvolte nelle operazioni economiche»[37]. Vale la pena seguire più da vicino i passaggi della vicenda.

Il problema della ricostruzione dei lineamenti costituzionali dell'autonomia privata dovrebbe logicamente porsi soltanto a partire dal 1948, ossia dal momento dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, e non si può negare che un certo interesse per il tema si sia manifestato da parte della civilistica, probabilmente con un certo ritardo ricollegabile alla stessa concezione dell'autonomia privata (e, dunque, della libertà contrattuale e/o negoziale) prevalente nella più autorevole dottrina, come si è già avuto modo di considerare.

La sensazione che il carattere "costituzionale" ovvero fondante per l'ordinamento appartenesse all'autonomia privata in modo, per così dire, ontologico, doveva essere così diffusa e forte, che neanche l'avvento delle disposizioni costituzionali riuscì a smuovere la cultura civilistica dalla convinzione della sostanziale inutilità di ricercare (piuttosto che nel solo codice civile, anche) nella Costituzione i termini generali delle regole dettate per disciplinare la libertà contrattuale o, se si preferisce, la cornice dei principi (o dei valori, a seconda delle opzioni metodologiche) entro i quali l'autonomia dei privati avrebbe potuto essere legittimamente esercitata.

Nella società di stampo liberale la manifestazione giuridica più significativa della libertà dei privati si realizza proprio grazie all'esercizio dell'autonomia, che l'ordinamento non può, in via eteronoma, disciplinare – o addirittura indirizzare, ossia guidare verso determinati obiettivi ritenuti conformi a specifiche opzioni politiche –, dovendosi limitare a fissare i confini insuperabili della libertà individuale, mediante per un verso il carattere imperativo delle norme e, per altro verso, non potendo evidentemente esplicitare i divieti in modo specifico e tassativo, il rinvio a criteri di valutazione ispirati al comune sentire

---

dell'economia, Milano, 1990; più di recente, tuttavia, si segnalano le pagine, ricchissime di spunti nella densa sintesi sul tema, di U. BRECCIA, *Commento all'art. 1322, Dei contratti in generale*, in NAVARRETTA - ORESTANO (a cura di) e GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Torino, 2011, 59, 67.

[36] Si veda, ad esempio, V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, 21.

[37] U. BRECCIA, *Commento all'art. 1322*, cit., 69, condividendo il pensiero di C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in VETTORI (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova, 2005, 39 ss.

(*in primis*, ordine pubblico, buon costume)[38], la cui indeterminatezza è, in un certo senso, il prezzo da pagare per la tenuta del sistema, di modo che l'esercizio dell'autonomia (lecito, ossia non in contrasto con le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume) sia effettivamente libero e insindacabile[39].

Potrebbero aggiungersi, a queste regole semplici, disposte a presidio dell'esercizio legittimo e lecito dell'autonomia privata, oltre che dettate in termini così ampi da essere accettabili in diverse condizioni politiche, altre disposizioni di natura limitativa, più legate alla situazione politica contingente, come quelle tipiche del "diritto corporativo", senza che la centralità dell'autonomia venga meno e la libertà di contrarre subisca un *vulnus* particolarmente significativo[40]. L'esperienza del codice civile italiano appare sufficientemente istruttiva in tal senso.

Era d'altro canto proprio il codice civile, prima della (e perciò indipendentemente dalla) Costituzione, a fungere da presidio della garanzia "costituzionale", per così dire, assicurata dall'ordinamento all'autonomia privata[41], attraverso le limitazioni della libertà contrattuale e/o negoziale affidate ai divieti espliciti, ma anche alle menzionate clausole generali che, in una società caratterizzata da una forte omogeneità tra i detentori del potere politico (cui è affidata la funzione legislativa) e chi avrebbe dovuto interpretare e applicare il diritto (per un verso i giuristi della cattedra, per altro verso gli operatori pratici, con l'attività giurisdisdizionale in primo piano), non possono in ogni caso esporsi al rischio di condurre a risultati eversivi rispetto al sistema dato.

[38] Cfr. G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto,* Milano, 1970; dello stesso A., voce *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 1038 ss.; più di recente, Ang. FEDERICO, *L'ordine pubblico economico e il contratto*, in DI MARZIO (a cura di), AA.VV., *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, 51 ss.; da ultimo, F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, 46 ss.; tra i tanti contributi in tema di "buon costume", si segnalano: G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 2013 (ristampa); nonché, in prospettiva comparatistica, A. GUARNERI, voce *Buon costume*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988, 121; H. KÖTZ, *La invalidità dei contratti per contrarietà alla legge e al buon costume – Appunti di diritto comparato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 675.

[39] Sulla valorizzazione delle clausole generali facenti capo ai concetti di ordine publbico e buon costume, si veda anche E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, cit.

[40] Da ultimo, sull'influenza della cultura caratterizzante il regime fascista sulla redazione del codice civile del 1942, G.B. FERRI, *Il codice civile italiano del 1942 e l'ideooogia corporativa fascista*, in RESCIGNO - MAZZAMUTO (a cura di), AA.VV., *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*, Torino, 2014, 45 ss. L'opera classica in materia è costitutita dallo studio di R. TETI, *Codice civile e regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato*, Milano, 1990.

[41] N. IRTI, *Codice civile e plusvalore politico (a modo di prefazione)*, cit., 13.

Non è un caso, in tal senso, che anche la meritatamente celebre Costituzione di Weimar del 1919, redatta in un'epoca e in un contesto socio-economico del tutto particolari – di ciò non può non tenersi conto, s'intende, nel considerare la formulazione e la valenza normativa delle sue disposizioni –, avesse introdotto la previsione della garanzia costituzionale per la libertà di contratto, esplicitando però la condizione relativa al rispetto dei limiti imposti dalla legge e dai buoni costumi (art. 152)[42]. Allo stesso modo, si comprende il perché la nostra Assemblea costituente prese in considerazione la Costituzione weimariana, per la parte relativa alla tutela dei diritti sociali, e non invece per introdurre una disposizione generale – che si sarebbe rivelata sostanzialmente generica, oltre che ripetitiva di quanto già con chiarezza previsto nel codice civile – sui limiti alla libertà contrattuale[43].

Le considerazioni da ultimo svolte sono sufficienti a rendere ragione dell'idea, diffusa tra gli studiosi del diritto civile e accolta in fin dei conti senza rammarico, secondo la quale l'autonomia privata non riceverebbe nella Costituzione un'attenzione esplicita, potendosi peraltro rinvenire le tracce della garanzia costituzionale, non manifestata apertamente, all'interno di altre libertà, in primo luogo quella già più volte ricordata relativa all'iniziativa

[42] In argomento, si vedano, soltanto in via esemplificativa, le diverse impostazioni di A. MANIGK, *Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen*, Berlin, 1935, 45 ss., che, non a caso nel clima liberale e liberista del suo tempo, considerava l'autonomia privata nel novero delle fonti del diritto (mentre, come'è noto, l'idea dell'autonomia come fonte del diritto era avversata dalla pandettistica e in particolare da von F.C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, § 6 e § 22) e, dopo l'introduzione della Costituzione tedesca oggi vigente, H.C. NIPPERDEY, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, Köln, 1961, 27 ss., con riferimento al progresso compiuto, rispetto alla Costituzione weimariana del 1919, nella tutela dei diritti con la Costituzione del 1957, ove la tutela dell'autonomia privata e/o della libertà contrattuale sarebbe indiretta (o implicita), dovendosi riportare all'art. 2, Abs. 1 GG e, in particolare, al concetto di *Entfaltungsfreiheit*, relativo alla libera espressione (o spiegamento) della personalità. Peraltro, secondo un'opinione autorevole l'autonomia privata può sussistere soltanto nella misura in cui venga riconosciuta dall'ordinamento, sicché la tutela costituzionale della stessa non avrebbe alcuna conseguenza concreta in ordine alla definizione dei suoi contenuti: W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, 4a ed., 1992, 17 ss. Sui termini del dibattito successivo all'entrata in vigore della nuova Costituzione, v. H. HUBER, *Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit*, Berlin, 1966, 16 ss.

[43] C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Contratto e Costituzione in Europa*, cit., 41; non deve pertanto stupire se, nel contesto appena delineato, anche nella Costituzione della Repubblica (federale) tedesca sia assente una disposizione che tuteli direttamente la libertà contrattuale e, nella ricerca dell'appiglio costituzionale di tale forma di manifestazione della libertà, la garanzia sia rinvenuta (in modo implicito) nell'appena ricordato art. 2, Abs. 1 GG.

economica *ex* art. 41 Cost.[44] La rilevanza della questione era stata, per altro verso, autorevolmente minimizzata già alla metà degli anni Sessanta[45], tanto più che la Corte costituzionale, quasi in contemporanea, aveva con chiarezza affermato il carattere soltanto strumentale della libertà contrattuale rispetto alle altre libertà[46].

Non vale quale stimolo alla riflessione sul tema l'uso, divenuto poi comune nel linguaggio giuridico, dell'espressione «Costituzione economica»[47], peraltro non

---

[44] I richiami appaiono persino superflui, trovando l'assunto piena condivisione tra gli studiosi civilisti e costituzionalisti; da ultimo, la considerazione è stata ripresa nella prospettiva del confronto con il diritto europeo dei contratti: per tutti, G. VETTORI, *La disciplina del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 324; nonché C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, cit., 39.

[45] L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Jus*, 1966, 5, il quale è ritornato più volte sul tema, con i saggi, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, I, 1 ss., nonché Persona e iniziativa economica, in VETTORI (a cura di), *Persona e mercato*, Padova, 1996, 34.

[46] Nella specie, come nella maggior parte delle vicende sottoposte alla cognizione del Giudice delle leggi, la libertà d'iniziativa economica (v. *infra*, n. 4).

[47] S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2006 (1 ed. 1995); G.U. RESCIGNO, *Costituzione economica* [voce nuova-2001], in *Enc. giur.*, Roma, X; AA.VV., *La Costituzione economica* (atti del convegno-Ferrara, 11-12 ottobre 1991), relazioni di L. Paladin, G. Amato, G. Guarino, G. Bognetti, A.R. Dalla Via, De Carli, A. Pace, Padova, 1997; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1995; ID., *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Milano, 1983; AA.VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della carta fondamentale* (atti del convegno, Milano, 6-7 maggio 1988), Milano, 1990 ; sull'impiego del concetto N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., 14 ss.; G.C. SPATTINI, *Ascesa e declino (eventuale) della nozione di «Costituzione economica» (nell'ordinamento italiano e in quello comunitario)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1579. In argomento si rinvengono contributi significativi anche nella dottrina tedesca: L. RAISER, *La Costituzione economica come problema giuridico*, in ID., *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, Milano, 1990, 31. Sul tema della 'Costituzione economica', si veda, infine, M. NUZZO, *Limiti dell'autonomia contrattuale e disciplina costituzionale dei rapporti economici*, in VETTORI (a cura di), *Persona e mercato*, cit., 57 ss. e R. NANIA, *Iniziativa economica privata*, in *Il diritto – Enc. giur*, Milano, 2007, vol. VII, 725 ss. (spec. 726: «la stessa nozione di "Costituzione economica" è stata ritenuta concettualmente non ricevibile, perché considerata incompatibile con la tipica funzione di garanzia della autonomia e della emancipazione della sfera economica che una Costituzione, per definirsi tale, sarebbe tenuta ad assolvere. Si tratta di una posizione radicalmente critica che risulta senz'altro condivisibile in presenza di "costituzioni economiche" ingannevoli, come quelle che negano la stessa libertà d'impresa trasferendone la titolarità in via esclusiva in capo all'apparato statale, e in relazione alle quali solo un eccesso di relativismo potrebbe farci ravvisare anche una pallida risonanza dell'idea di Costituzione»), il quale, d'altra parte, non può fare a meno di evidenziare la 'relativizzazione' della libertà d'impresa, con la comparsa delle clausole di 'socialità' di cui agli artt. 41 e 42 Cost. (727 ss.), proponendo il confronto tra

da tutti condivisa, in ragione della separazione che comporterebbe tra società e politica, così come tra Stato e mercato, mentre proprio quelle disposizioni che fungono da norme-cardine della pretesa Costituzione economica ruotano intorno ai valori sociali, come limiti delle disparità o delle situazioni di vantaggio dal punto di vista economico-sociale[48], con un elemento di sicura orginalità della nostra Costituzione ravvisabile «nell'ineguale bilanciamento fra le ragioni del calcolo economico e quelle (connesse ma, come detto, talora configgenti) dello sviluppo sociale»[49].

Appaiono coerenti con quanto appena rilevato sia la diversa attenzione prestata alla tutela dell'autonomia collettiva, perfettamente integrata nei valori sociali garantiti dalla Costituzione[50], sia la sensazione di sostanziale inutilità di una tutela diretta della libertà contrattuale, prevalsa in seno all'Assemblea costituente anche in forza dell'ulteriore argomento relativo alla sostanziale duplicazione che si sarebbe avuta rispetto alla tutela "funzionalizzata" del diritto di proprietà (art. 42 Cost.), quale forma di "libertà dallo Stato" (emblematicamente rappresentata dalla previsione, nella stessa disposizione costituzionale, dell'espropriazione per pubblico interesse). Quella che è stata denunciata come «aporia dell'autonomia» si riassumerebbe nell'essere quest'ultima, diversamente dal diritto di proprietà, una «libertà nello Stato»[51].

'Costituzione economica' e principi comunitari, nell'ottica di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza (728 ss.).

[48] M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, cit., 375, il quale correttamente ricava dalla «insistenza della Costituzione nel richiamare interessi sociali nell'ambito della disciplina dell'economia» la convinzione che «la normativa in materia economica non si ispira ad una logica autonoma e differenziata da quella che caratterizza l'intera Costituzione nel suo complesso», sollecitando, in positivo, l'individuazione della realtà cui farebbe capo la «qualifica di 'sociali' di certi interessi che fanno sentire il loro peso (anche) in materia economica» (377 ss.).

[49] M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, cit., 378.

[50] Si veda, sul tema dell'autonomia collettiva, tra i più recenti contributi, A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, cit., 36: «il limite che la legge pone all'autonomia dei contraenti si spiega quindi in ragione della necessità di evitare che determinati interessi che fanno capo al lavoratore siano regolati secondo le regole e le dinamiche del libero scambio, le quali, pur quando si collochino in un sistema di concorrenza, riflettono le disparità di potere contrattuale. In questo senso la disciplina inderogabile del rapporto di lavoro si giustifica in base all'esigenza di realizzare una tutela minima di determinati valori individuali non sufficientemente garantiti dalla contrattazione individuale, anche quando questa non abbia a oggetto modalità di esecuzione della prestazione lavorativa nocive per la salute o per la sicurezza del lavoratore». Il tema è stato posto all'attenzione della civilistica, oltre un cinquantennio addietro, soprattutto da P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, 1515 ss.

[51] In questo senso ancora C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, cit., 44, il quale spiega la consistenza dell'aporia nel fatto che mediante l'esercizio di questo diritto

Proprio il confronto con la proprietà privata è d'ausilio per mettere a fuoco l'equivoco che la tutela dell'autonomia privata in chiave costituzionale avrebbe potuto determinare, ove si fosse ingenerata la convinzione che l'ordinamento intendeva, in sede costituzionale, lasciare al potere negoziale dei privati uno spazio di espansione incomprimibile (in quanto coperto dalla garanzia costituzionale) o, in altenativa e all'opposto, limitare e indirizzare tale potere negoziale, secondo il modello funzionale disegnato per la proprietà dall'art. 42, comma 2, Cost.[52] Che si tratterebbe di un banale equivoco lo dimostra, tuttavia, la stessa storia dei due istituti, sui quali il sistema del diritto privato è stato edificato, nel senso che il contratto ha sempre convissuto lo dimostrano, in primo luogo la tradizione e la stessa disciplina codicistica, con i suoi immancabili "limiti" (costituiti dalle norme imperative, dall'ordine pubblico e dal buon costume).

Se poi si aggiunge che, nel momento dell'adozione della Costituzione repubblicana, la teoria della causa del contratto – così come autorevolmente elaborata da Emilio Betti e poi affermatasi nella dottrina italiana – aveva introdotto nell'autonomia privata quel tanto di "funzionale" (in chiave "economico-sociale", secondo la nota formulazione) che valeva a rendere l'attività negoziale dei privati inattaccabile (alla stregua della valutazione di conformità all'ordinamento, in termini appunto di funzionalità, esprimibile ancor più semplicemente come 'funzionamento' del contratto)[53], si comprende la resistenza del Costituente a prevedere una disposizione che avrebbe rischiato,

di libertà «il soggetto privato gioca la sua partita, scoprendosi coautore dell'ordinamento nel momento in cui crea e configura rapporti giuridici. Ma di non esserlo abbastanza – continua l'A. – per arrivare alla configurazione dei diritti sociali, la cui natura di vere e proprie pretese nei confronti dello Stato non ha più consentito di ignorarli».

[52] Segnala l'equivoco nel primo senso, C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, cit., 47, menzionando il timore «che l'autonomia privata, lasciata a briglia sciolta, possa diventare quella eteronomia che si è diposti a riconoscere soltanto al potere pubblico», mentre, si aggiunge correttamente, adottare esplicitamente anche per l'autonomia privata il modello della funzione sociale «sarebbe suonato come una contraddizione *in re ipsa*» (48).

[53] E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1943 (prima edizione, cui sono seguite tre successive ristampe, nonché la ripubblicazione a cura di Crifò, con introduzione di Ferri G.B., Napoli, 1994); sugli sviluppi dell'elaborazione in materia, nella generazione di studiosi immediatamente successiva, con particolare riferimento alla celebre definizione "bettiana" della causa del contratto, si può rinviare per tutti allo studio monografico di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 112. Più di recente, in una magistrale sintesi, che coniuga il condensato del pensiero precedente con le prospettive di analisi del tema dischiuse dall'attuale produzione legislativa e giurisprudenziale, U. BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, t. III, in BESSONE (diretto da), ALPA - BRECCIA - LISERRE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, vol. XIII, Torino, 1999, 3 ss.).

per verso di sovrapporsi alle norme del codice civile, per altro verso di innescare un conflitto valoriale (tra proclamazione della libertà e sua limitazione)[54].
Del tutto diversa la situazione, e quindi la 'storia costituzionale', della proprietà privata, che aveva avuto, nei tempi passati – si allude, evidentemente, soprattutto al XIX secolo –, una sua precisa rilevanza nell'elaborazione filosofica europea e nelle vicende economico-sociali che caratterizzarono i conflitti tra le classi, ma che al tempo stesso si presentava, nella veste codicistica, incapace di dare risposta alle rivendicazioni sociali del nuovo ordinamento democratico e pluralista. Per smontare definitivamente l'assetto socio-politico dei privilegi di classe, l'incisione sull'esempio più eclatante di diritto soggettivo attraverso la formula della "funzione sociale", quale criterio per valutare l'attività legislativa ma anche quella dell'interprete (con riferimento anche ai dati normativi preesistenti, ossia le disposizioni del codice civile che infatti sono rimaste sostanzialmente immuni dalla scure della Corte costituzionale) sembrò alla fine la forma di compromesso più idonea a superare le controversie di tipo politico-ideologico che si crearono intorno alle formulazione della disposizione[55].
La scarsa utilità, oltre che la discutibilità sul piano metodologico, del confronto tra le vicende dell'autonomia (come libertà contrattuale) e, rispettivamente, della proprietà privata, induce a valutare su un diverso piano la 'costituzionalizzazione' (mancata, in termini espliciti, se non altro) dell'autonomia privata. Del resto, l'esigenza di attribuire rilevanza, al livello più alto dell'ordinamento ossia nella trama della Carta fondamentale, alle condizioni di debolezza economico-sociale è stata avvertita dal legislatore in relazione all'attività negoziale in più di un'occasione, ove si consideri emblematicamente la tutela del lavoratore subordinato, ma anche la già ricordata valorizzazione dell'autonomia collettiva (che ha trovato invece il suo riconoscimento esplicito con l'art. 39 Cost.)[56]. In tale prospettiva, evidentemente incentrata sul pilastro normativo fondamentale dell'art. 3, comma 2, Cost., la garanzia costituzionale dell'autonomia privata

[54] In tal senso, C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, cit., 47 ss., ritiene che l'autonomia privata sia venuta a trovarsi, nel processo costituente, «in un tornante aporetico nel quale, per evitare che essa fungesse da amplificatore possibile del potere economico, è diventata vittima sacrificale del potere politico».
[55] Per tutti, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013 (terza edizione del volume "Il terribile diritto", edito originariamente nel 1981), 273 ss.; nonché A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile comm.*, Milano, 1995, spec. 47 ss.; più di recente, in forma sintetica, F. MACARIO, *Commento all'art. 42*, in BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 871.
[56] In argomento, per tutti, A. D'ALOIA, *Commento all'art. 39*, in BIFULCO - CELOTTO - OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 796.

avrebbe avuto, ieri come oggi, l'effetto (in positivo) di propiziare l'eguaglianza sostanziale anche nell'esercizio della libertà negoziale e/o contrattuale e (in negativo) di precludere disposizioni legislative, ma anche condotte, che tale eguaglianza avessero sacrificato, avallando un esercizio dell'autonomia intollerabilmente squilibrato (nelle condizioni di partenza dei contraenti, così come nel corso del rapporto)[57].

Va da sé che, proprio ragionando sul modello del lavoratore subordinato, la questione che istintivamente e immediatamente il civilista si porrebbe è quella dell'attuazione dei diritti, ossia delle misure coercitive che, nel linguaggio corrente attuale, vanno sotto il termine (forse non giuridicamente elegante, ma senza dubbio molto concreto) di "rimedi"[58]. Al contraente debole andrebbe garantita, in altri termini, un'effettività di tutela, che vada oltre la mera soluzione demolitoria consentita dalla disciplina dell'invalidità degli atti e dei contratti.

Su questo piano, peraltro, se in passato sarebbe apparso difficile immaginare una copertura costituzionale diretta, che avrebbe avuto come presupposto il riconoscimento, tutt'altro che acquisito nella cultura giuridica civilistica, di un ampliamento dei poteri tradizionalmente assegnati al giudice, tale da legittimare quella che veniva avvertita come una sorta di intrusione all'interno della cosiddetta "cittadella" dell'autonomia privata[59], non può non registrarsi,

[57] Il riferimento è sempre a C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, cit., 51, il quale assume a modello del contraente che «ha bisogno del contratto» (sicché la questione non è soltanto quella delle asimmetrie informative, cui può dare risposta il legislatore ordinario, con le disposizioni ritenute volta per volta più idonee a colmare la disparità di potere contrattuale), la condizione del lavoratore, che la Costituzione considera «come persona, e non come autore di un atto di autonomia». Sul punto, A. PACE, *I diritti del consumatore: una nuova generazione di diritti?*, cit., 127 ss. (spec. 132, che, in nota, richiama V. CRISAFULLI, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Dir. lav.*, 1954, I, 76, sui rapporti tra autonomia privata e Costituzione: «giacché la Costituzione non si contenta di determinare un orientamento democratico della società politica, garantendo le libertà fondamentali nei confronti della autorità pubblica, ma tende a realizzare altresì un ordinamento democratico della società civile, garantendo la libertà anche nei confronti della autorità privata (che è quanto dire: dell'altrui libertà che sia diventata o sia suscettibile di diventare autorità)».

[58] Si veda la trattazione della materia nei volumi dedicati appunto ai "rimedi" in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, Milano, 2006; nonché G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, 2 ed., Padova, 2009; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 341; più di recente, nella prospettiva europea, P. SIRENA - Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 359.

[59] Per considerazioni di questo tipo, si rinvia ancora a C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, cit., 52 ss., il quale ricollega la riflessione all'evoluzione del diritto europeo a tutela del consumatore, in cui il rafforzamento dei poteri d'intervento del giudice sono una realtà normativa, per supportare l'idea dell'opportunità di una tutela esplicitata di «una autonomia

ai nostri giorni, un atteggiamento decisamente innovatore e dunque non più timido, da parte della giurisprudenza, per l'accentuazione delle facoltà del giudice di intervenire sull'equilibrio economico del contratto (come vi sarà modo di considerare più da vicino: *infra*, n. 5).

Anche alla luce di quest'ultima considerazione, appare quasi superfluo aggiungere che si tratta, come in tutte le riflessioni sul tema in esame, di considerazioni da contestualizzare, potenzialmente suscitatrici d'interesse, mostrando una loro pregnanza anche nel momento attuale, allorché ci si ritrovi a ragionare di autonomia privata alla luce di una ridefinizione integrale della cornice di riferimento, per così dire. Ridefinizione sostanziale, i cui fondamenti sono a tutti ben noti e si colgono, in primo luogo, nel diritto di provenienza europea, che dalle direttive diventa (e s'innesta sulla) normativa nazionale, modificando a volte in profondità quest'ultima. Da sempre, si può dire, è stata evidenziata

---

privata costituzionalmente corretta», che – prosegue l'A. – «taglierebbe a mezzo l'alternativa tra efficienza e solidarietà che ancora oggi viene presentata come la situazione nella quale continuerebbe a pencolare il contratto» (57). La figura del giudice che s'introduce nel merito dell'operazione contrattuale ed eventualmente «corregge la sperequazione di potere tra le parti», è analizzata anche nella propsettiva di *common law* da G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, cit., 46. D'altra parte la tutela del contraente debole e, dunque, le limitazioni legali all'autonomia privata sono state lette anche alla luce del principio di ragionevolezza, attualmente individuato, dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti, far capo all'art. 3 Cost. Sul punto, A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, cit., 40, seppur non riferendosi testualmente alla disposizione costituzionale: «al fine di proteggere il contraente più debole l'ordinamento limita pertanto la libertà dei contraenti di determinarne il contenuto, così come quella di sciogliere il rapporto che essi hanno liberamente costituito. Non è perciò sufficiente a giustificare le restrizioni all'autonomia contrattuale la volontà espressa dalla maggioranza, sia pure in conformità con i principi che fanno parte della tradizione di una società e di un ordinamento, ma è altresì necessario che l'intervento normativo risulti ragionevole in base ad un giudizio di proporzionalità rispetto ai beni e ai valori protetti. Entro questi limiti di ragionevolezza è pertanto legittimo l'atteggiamento dell'ordinamento che talvolta non regola semplicemente il funzionamento del mercato, rimettendo al giudice il compito di verificare se le modalità concrete di esercizio dell'autonomia contrattuale siano concretamente abusive, ma ne limita l'ambito di operatività, escludendo a priori il potere dei contraenti di determinare liberamente il regolamento negoziale nella parte in cui questo contrati con la disciplina inderogabile prevista dalla legge. È pertanto chiaro che la disciplina del mercato come sistema di liberi scambi influenza il modo di intendere l'autonomia contrattuale, ma che a loro volta le norme sul contratto condizionano i meccanismi concorrenziali, garantendone il corretto funzionamento e persino stabilendo i limiti oltre i quali questi non possono operare [n.d.r.: si tratta, quindi, di una reciproca interazione tra modello contrattuale e sistema concorrenziale]». Si ricorderà che l'espressione della "cittadella", come si avrà modo di esporre (*infra*, n. 5), è stata poi utilizzata dalla giurisprudenza, con riferimento a casi eclatanti (che molto hanno fatto discutere), come quello relativo alla decisione della Cassazione nel 1999 sulla riducibilità d'ufficio della penale eccessiva.

l'autentica novità del fenomeno giuridico, riassuntivamente condensabile nella formula dell'armonizzazione, che ha finito per riproporre la questione della tutela del contraente debole, in termini generali[60], dopo avere garantito la più ampia protezione al contraente debole per antonomasia nel mercato concorrenziale, dunque suscettibile di una vera e propria 'tipizzazione' come consumatore. In secondo luogo, si registra la tendenza, manifestata con chiarezza da quanti sono, da tempo ormai, all'opera in tal senso, verso la redazione di quella "cornice comune di riferimento", nella quale l'autonomia privata dovrebbe realizzarsi, in modo virtuoso e perciò (anche) 'costituzionalmente' corretto, nel mercato concorrenziale europeo.

L'opzione metodologica intesa a collocare e comprendere il pensiero dei giuristi (tanto nella versione accademica, quanto in quella pratica e operativa) nel loro tempo e nella cultura dell'epoca, impone però di riprendere il filo della storia, ripercorrendo le tappe più salienti dell'itinerario intellettuale della civilistica di fronte all'interrogativo sul senso (e dunque sull'incidenza) della Costituzione repubblicana all'interno di quel mondo – anzi, per dare maggiormente l'idea dell'impermeabilità rispetto all'esterno, una sorta di impenetrabilità, si affermò nell'uso corrente l'evocativa espressione della "cittadella dell'autonomia contrattuale" – in cui individui singoli e gruppi determinano le regole e gli effetti del loro agire all'insegna della libertà e che, nella fortunata formulazione sintetica, definiamo autonomia privata. Un itinerario, quest'ultimo, non certo lineare, né continuo, ma indubbiamente espressivo dello sforzo del giurista, nel tentativo di dare un senso giuridico alto, e dunque non banale e semplicistico, all'irrinunciabilità, almeno per un ordinamento evoluto, della tutela di quella libertà che rende possibile la regolamentazione privata dei rapporti sociali.

[60] Ci si permette di rinviare, per un esame della materia in chiave anche di tutela costituzionale, a F. MACARIO, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 872, ove si evidenziano anche le pronunce della Consulta e della Corte di giustizia, precisando, ad esempio, come in alcune occasioni la Corte costituzionale abbia valorizzato «"il principio dell'autonomia negoziale" e richiamandosi alla "disciplina costituzionale che garantisce la libertà di iniziativa economica privata, indicandone al tempo stesso i precisi limiti", non senza affermare che l'inattaccabilità della disposizione [n.d.r.: si trattava della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1462, comma 1 c.c.], anche ove si consideri la situazione di inferiorità del contraente meno abbiente di fronte a quello più facoltoso, è connessa all'ampiezza del potere discrezionale di cui gode il giudice nell'applicazione della norma per evitare che si producano effetti abnormi o iniqui» (878). Sul punto, si veda anche la riflessione di G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori. Una riflessione di analisi economica*, in *Contratti*, 2008, 723 ss.

3. La proposta della "rilettura" costituzionale del codice civile e il processo di "decodificazione" del diritto privato degli affari

Il periodo probabilmente più significativo nell'evoluzione della civilistica del Novecento, in tema di autonomia privata e libertà contrattuale (e/o negoziale), va rinvenuto nei decenni a cavallo tra gli anni Sessanta e Ottanta. Al centro della riflessione spicca la figura del negozio giuridico[61], indicativa di un singolare, almeno all'apparenza, atteggiamento della dottrina dopo l'entrata in vigore del nuovo codice civile, nel senso di una sorta di antitesi all'opzione del legislatore che invece, per ragioni ben analizzate e chiarite[62], si era mosso nella direzione del "contratto" (diversamente, dunque, da quanto aveva fatto il legislatore tedesco del BGB), quel processo che venne eticchettato come una sorta di "oggettivazione" dello scambio, in linea con l'unificazione dei codici e l'assorbimento del codice di commercio in quello civile 'commercializzato'[63].

[61] Va ricordato che la più approfondita trattazione si legge nel recente volume di R. SACCO [e Cisiani], *La parte generale del diritto civile. Il fatto, l'atto, il negozio*, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, 273, 299; cfr. altresì, risalendo un po' nel tempo, il saggio di E. SCODITTI, *Svolgimenti della teoria del negozio giuridico nella dottrina italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 645.

[62] La vicenda è stata esaminata in moltissimi scritti e nelle più varie occasioni. Oltre al richiamato saggio di Scoditti e al volume di Sacco del Trattato, appena menzionati, solo a titolo esemplificativo possono consultarsi, dagli studi più recenti ai più risalenti: V. SCALISI, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998; ID., *La teoria del negozio giuridico a cento anni dal BGB*, in Riv. dir. civ., 1998, I, 535; G.B. FERRI, voce *Negozio giuridico*, del *Dig. civ.*, XII, Torino, 1995; M. FRANZONI, *Il dibattito attuale sul negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 409; P. CAPPELLINI, voce *Negozio giuridico (storia)*, *Dig. civ.*, XII, Torino, 1995, 95; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1993 (più di recente, ID., *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, rist. 2004); L. VALLE, *Il dibattito sul negozio giuridico in Italia*, in *Contr. impr.*, 1993, 566; N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991; V. PIETROBON, *Dal negozio al contratto?*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, 349; G. BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata (per una moderna teoria generale)*, *ivi*, 307; R. SCOGNAMIGLIO, *Negozio giuridico e autonomia privata*, *ivi*, 289; ID., *Negozio giuridico (profili generali)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990; G. MIRABELLI, *Negozio giuridico (teoria del)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978; A. DI MAJO, *Contratto e negozio. Linee di una vicenda*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, cit., 89; F. GALGANO, *Il problema del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 449; ID., *Negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1977; ID., *Il diritto privato fra codice e Costituzione*, Bologna, 1978, 59; ID., *Crepuscolo del negozio giuridico*, in *Contr. impr.*, 1987, 733; più di recente, ID., *Il negozio giuridico*, 2 ed., Milano, 2002; C. VARRONE, *Ideologia e dogmatica nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1972.

[63] In argomento, da ultimo, il contributo di P. RESCIGNO, *Tradizione e rinnovamento nell'unificazione dei codici in Italia*, in MACARIO - MILETTI (a cura di), AA.VV., *Tradizione*

La discussione che si sviluppa in dottrina non ha più ad oggetto il negozio giuridico in se stesso considerato, ma la sua concezione astratta e dunque tendenzialmente astorica, materia di considerazioni critiche, in sede filosofica e di teoria generale[64]. Per altro verso, sempre denunciando l'insufficienza della dimensione puramente volontaristica e individualistica cui l'originaria teoria del negozio si accompagnava, si pongono in luce i nuovi volti dell'autonomia privata e le "nuove negozialità", sul versante dell'autonomia collettiva, ove appare subito chiaro che la stessa efficacia *erga omnes* della contrattazione in materia di lavoro introduce una frattura non ignorabile nel sistema dell'autonomia privata, ma anche sul versante dei gruppi e delle formazioni sociali intermedie, così da valorizzare il potere di autoregolamento esercitato da gruppi e formazioni sociali[65].

All'aspra e argomentata critica alla categoria negoziale, che si sviluppa con la denuncia della sua "crisi" in quanto espressiva di un determinato (e ormai esaurito) contesto socio-politico, sviluppata dalla cultura giuridica d'ispirazione marxista[66], s'accompagnano studi su singoli aspetti del diritto dei contratti, tra i quali spicca l'indagine, per quanto qui maggiormente interessa, sulle fonti d'integrazione del contratto[67], intesa a superare la tradizionale – anche in questo caso acriticamente accolta – interpretazione restrittiva delle norme su cu può fondarsi il potere del giudice o del legislatore di intervenire sul contratto. In tale contesto, sembra confermarsi l'idea, secondo la quale la presenza nel nostro sistema di una determinata nozione del negozio giuridico si sarebbe posta come limite all'operatività delle stesse norme costituzionali: una valenza del potere di autonomia, pertanto, in un certo senso «ultracostituzionale»[68], per nulla incomprensibile in un clima in cui aleggiava ancora l'idea secondo cui l'impianto costituzionale dell'autonomia privata non poteva che rinvenirsi

civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto, Milano, 2006, 65.

[64] B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, dove il carattere decisivo del potere del privato è posto in relazione con gli altri poteri e altre fonti, di tipo privato, collettivo e pubblico.

[65] Nella cornice di una ricostruzione dell'autonomia dei privati in chiave pluralistica dell'organizzazione sociale, P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati, in Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, 422; dello stesso A., L'autonomia dei privati, cit. 3; *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, cit., 120.

[66] Si vedano i contributi nel volume di NIVARRA (a cura di), AA.VV., *Gli anni settanta del diritto privato (atti del convegno*, Palermo, 7-8 luglio 2006), Milano, 2008.

[67] S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 (poi ripubblicato nel 2004, con una prefazione di aggiornamento dell'A.).

[68] Così S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 238 ss.

nel codice civile[69]. Quello della "critica" e "crisi" del negozio è uno dei momenti in cui si manifesta il contrasto, alla radice di tipo politico, tra quanti tendono a sostenere l'intangibilità delle situazioni soggetive private nella loro essenza (anche se limitabili), e quanti invece propendono verso una generale funzionalizzazione, in senso sociale, dei rapporti economici[70]. In tal senso, si comprende il superamento degli aspetti formalistici connessi alla problematica negoziale, così come di una discussione, piuttosto sterile, sul significato da attribuire alla nozione di autonomia privata in se stessa.

Nella stagione cosiddetta del "disgelo costituzionale" e dei primi interventi, anche in questa materia, da parte della Corte costituzionale (di cui si dirà, *infra*, n. 4) appare chiaro che l'autonomia privata non possa prescindere dal collegamento operato in sede costituzionale tra poteri privati e utilità sociale (articoli 41, 42, 44), mentre, in modo quasi speculare, si ritiene che debbano essere valorizzate quelle disposizioni che legittimano l'intervento del legislatore o del giudice in sede di costruzione del regolamento contrattuale (emblematicamente, l'art. 1339, ma anche, per via della rilevanza attribuita alla regola di buona fede e all'equità, 1175, 1374 e 1375, come poi dimostrerà il "diritto vivente")[71], in modo che lo stesso regolamento, così come il rapporto che ne deriva, sia espressione delle esigenze non soltanto delle parti private, ma anche dei poteri pubblici e dell'ordinamento nel suo complesso attraverso l'opera del legisltatore, ma anche del giudice[72].

La verifica, sul piano fattuale, della disparità di potere fra i soggetti operanti nell'ordinamento, alla luce della sempre più radicata prospettiva costituzionale, finisce per rendere coerenti le restrizioni della libertà contrattuale, mentre il problema dei limiti della libertà contrattuale si risolve sul piano ermeneutico nell'individuazione del carattere eccezionale o viceversa della forza espansiva delle (sempre più numerose e variegate) norme che pongono "restrizioni"[73].

---

[69] Le pagine più significative sul punto si devono a N. IRTI, *Codice civile e plusvalore politico (a modo di prefazione)*, cit., 13 ss., nonché dello stesso A., *Idea del codice civile*, *ivi*, 36 ss.

[70] Senza dimenticare, in proposito, che valorizzando la tutela della libertà e dei modi in cui l'individuo svolge la sua personalità (*ex* art. 2 Cost.), non erano certo mancate le voci, pure autorevoli, di dissenso esplicito avverso un'impostazione di questo tipo, riconducibile al pensiero di Stefano Rodotà, già ricordato: G. MINERVINI, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ*., 1958, I, 626.

[71] Ci si permette il rinvio, da ultimo, a F. MACARIO, *Commento agli artt. 1374 e 1375*, in *Dei contratti in generale*, in NAVARRETTA - ORESTANO (a cura di) e GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, cit., 682 ss.

[72] S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, cit.

[73] Rimane, sul piano teorico generale, la questione del grado di compatibilità fra libertà (di

La dottrina più sensibile all'evoluzione dei rapporti sociali, rispecchiati nella legislazione speciale incidente sui rapporti di diritto privato, tenta di elaborare categorie adeguate al modello di un'economia monopolistica (oligopolistica) e potenzialmente "diretta" dall'intervento statuale[74].

---

principio, nel senso appena ricordato) e restrizioni (specifiche). Cfr P. BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, cit., 489 ss., che non condivide la distinzione fra limiti attinenti al potere privato di autodeterminazione e limiti attinenti alla struttura del contratto «giacché il contenuto della disciplina della struttura non può non riflettersi sul modo di essere del potere privato e viceversa» (491).

[74] Si afferma che «per stabilire la funzione di uno strumento è importante sapere chi lo usa, e reciprocamente per sapere a chi serve uno strumento è necessario anche conoscere la natura, il tipo, la struttura dello strumento. Isolare la figura contrattuale dai soggetti che se ne servono e dai fini che vengono effettivamente realizzati – prosegue l'A. – significa scomporre arbitrariamente un fenomeno che si presenta unitariamente. Così, ad esempio – sempre secondo Barcellona – se si ritiene che nella struttura del contratto sia presente un requisito (ad esempio, la causa) che ne assicuri l'idoneità a realizzare interessi sociali, non può non riconoscersi contestualmente che il potere di servirsi di tale strumento non è attribuito incondizionatamente al privato. Alla funzionalizzazione del contratto corrisponderà la funzionalizzazione del potere».

Un esempio emblematico dell'evoluzione della legislazione speciale in linea con i valori costituzionali è rappresentato dal particolare rilievo che alla fine degli anni Settanta acquista il problema delle abitazioni, avvertito peraltro in termini giuridico-economici sin dai primi decenni del Novecento, ovvero del "diritto alla casa", vero perno della legislazione speciale espressiva del fenomeno della "decodificazione", ossia la disciplina delle locazioni di immobili urbani, comunemente nota come "legge sull'equo canone" (per tutti, N. IRTI, *Note introduttive al commento alla legge n. 392 del 1978*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1978, 4; nonché, sempre a ridosso della nuova normativa, M. BESSONE, *Equo canone e "diritto" all'abitazione nella prospettiva delle norme costituzionali*, in *Foro pad.*, 1978, II, 83 ss.). Cfr. sulla questione L. EINAUDI, *Il problema delle abitazioni: lezioni tenute all'Università commerciale Luigi Bocconi dal 26 aprile al 2 maggio*, Milano, rist. 2001, 73 ss.; T. MARTINES e altri, *Il "diritto alla casa"*, in LIPARI (a cura di), AA.VV., *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona umana*, Bari, 1974, 391; D. SORACE, *A proposito della "proprietà dell'abitazione" "diritto dell'abitazione" e "proprietà (civilistica) della casa"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1175; nella prospettiva più propriamente civilistica, L. BARBIERA, *Dal diritto di abitazione al diritto di proprietà: un nuovo statuto della "proprietà" urbana nella legge sulla riforma della casa*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 365; G. TATARANO e altri, *Accesso al bene casa e tutela privatistica*, in AA.VV., *Tecniche giuridiche*, cit., 407; A. GAMBARO, *Proprietà privata e disciplina urbanistica*, Bologna, 1977; A. LISERRE, *Individuazione normativa del bene-casa: rilevanza ed effetti con riguardo alla vendita e alla locazione*, in COSTANTINO (a cura di), AA.VV., *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano, 1995 (1 ed. 1978), 286; F. LUCARELLI, *Politica della casa e legislazione urbanistica*, Napoli, 1979; U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980; ID., *I quarant'anni del libro terzo del codice civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 337; in una diversa prospettiva, ma nello stesso clima culturale, B. INZITARI, *Autonomia privata e controllo pubblico nel rapporto di locazione*, Napoli, 1979; più di recente, sul tema: E. BIVONA, *Il bisogno abitativo del locatore. Fra autonomia privata e funzione sociale della proprietà*, Napoli, 2003; E. BARGELLI, *Proprietà e locazione*, Torino, 2004, 14; da ultimo, l'analisi è

Nel riesame delle categorie negoziali e contrattuali si sviluppa l'idea, secondo la quale la causa deve essere intesa come funzione economico-individuale, con

stata ripresa, non soltanto nella prospettiva tradizionale costituzionalistica, ma anche nella nuova dimensione europea e consumeristica, con una preziosa ricostruzione dell'intera vicenda, da M.C. PAGLIETTI, *Percorsi del diritto all'abitazione*, in *Riv. dir. priv*., 2008, 5. Non mancano, sia pure a costante conferma del corretto operato del legislatore, gli interventi della Corte costituzionale, la quale respinge più d'una volta i dubbi di costituzionalità della normativa, sopettata di determinare un'eccessiva compressione dei diritti del locatore (Corte cost., 9 novembre 1988, n. 1028, in *Foro it*., 1989, I, 614, che ha ritenuto prive di fondamento le questioni di costituzionalità sollevate da Pret. Roma 30 ottobre 1987 (id., 1988, I, 2780), secondo cui la disciplina delle locazioni abitative prevista dalla legge dell'equo canone sarebbe eccessivamente penalizzante per il locatore, riprendendo considerazioni a suo tempo svolte dalla Consulta nelle sentenze n. 251/83, id., 1983, I, 2634 e n. 252/83,. id., 1983, I, 2628 (ove peraltro si escludeva che la Costituzione esprima un vero e prorio diritto all'abitazione) si osserva che «la grave situazione del settore dell'edilizia abitativa – caratterizzato dalla carenza di offerta di alloggi e conseguentemente dalla debolezza contrattuale della categoria dei conduttori – nella quale è intervenuta la l. n. 392 del 1978», non sembra essersi ancora modificata al punto tale da evidenziare il contrasto tra la legge e la Costituzione per ingiustificata compressione degli interessi costituzionalmente protetti del proprietario-locatore; mentre, d'altro lato, eccede dai compiti della Corte costituzionale valutare se la disciplina in questione «sia o no pienamente adeguata all'attuazione degli scopi sociali da essa perseguiti» (ovvero a favorire il ritorno del mercato degli alloggi ad una situazione di normalità), ancorché debba notarsi che tali scopi «possano essere perseguiti anche mediante discipline diverse …, nel quadro di un intervento globale sui settori dell'edilizia pubblica e privata»). D'altra parte il percorso evolutivo del diritto all'abitazione riflette il legame tra autonomia privata e principi costituzionali: dall'enunciazione codicistica del diritto reale, correlato, dunque, a dinamiche prettamente privatistiche e negoziali, si perviene, infatti, al riconoscimento costituzionale dell'esigenza abitativa, quale diritto inviolabile della persona connesso alla libera esplicazione della sua dignità, *ex* art. 2 Cost. (in tempi relativamente recenti: Cass. pen., 22 giugno 2011, n. 24987; Cass., 11 marzo 2011, n. 9908,). Per un'attenta ricostruzione della vicenda già alla fine degli anni novanta, si consulti, per tutti, U. BRECCIA, *Gli interessi tutelati*, in CUFFARO (a cura di), AA.VV., *Le locazioni urbane. Vent'anni di disciplina speciale*, Torino, 1999, 15 ss., nella recente raccolta *Immagini del diritto privato*, Vol. I, *Teoria generale, fonti, diritti, Scritti di Umberto Breccia*, Torino, 2013, 509 ss. (spec. 513, in relazione alla legislazione sulle locazioni urbane e ai rapporti con la Costituzione: «i principi e i valori avevano ora il loro centro nella Costituzione; gli interessi tutelati, in tutta la loro portata espansiva, erano immanenti allo statuto di attuazione, autonomo e organico; le disposizioni del codice civile completavano in via del tutto residuale un sistema che gi aspirava nei limiti del possibile all'autosufficienza. Già dopo la prima guerra mondiale i più fini civilisti avevano notato che molti istituti introdotti con leggi apparentemente episodiche e eccezionali avevano trasformato stabilmente il volto del diritto civile codificato. Inedita era ora la forza dell'idea dello «svuotamento» radicale del codice civile in nome di un centro ispiratore nuovo e di rango più alto nella scala delle fonti» e 519, sugli orientamenti della Corte costituzionale in materia) e dello stesso A., *Diritto all'abitare*, in *XXI Secolo, Treccani*, Roma, 2009, dove si procede anche ad una ricostruzione della tematica in chiave comparata ed europea e *Itinerari del diritto all'abitazione*, in *L'esigenza abitativa. Forme di fruizione e tutele giurisdizionali (Atti del convegno in onore di Gianni Galli)*, Firenze 19-20 ottobre 2012, nei *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2013, 123 ss.

lo sganciamento, per così dire, dalla soggezione al solidarismo bettiano (per di più di indole, secondo voci ricorrenti nella civilistica dell'epoca, autoritaria)[75], e con il tentativo di conferire effettività alle norme espresse dagli artt. 1322 e 1343 c.c., in termini di controllo giudiziale di meritevolezza sul risultato pratico divisato dai contraenti[76].

L'individuazione e l'analisi dei criteri di meritevolezza dell'interesse, che i contraenti intendono concretamente realizzare, costituice un altro dei temi centrali[77], almeno per tutta la prima metà degli anni Settanta. In alcuni casi,

---

[75] Mentre non manca chi intitola alla "solidarietà" la propria analisi dell'autonomia privata, con un intento e una metodologia del tutto diversi rispetto al messaggio degli anni Cinquanta, e quindi in linea con le nuove tendenze a recuperare i valori costituzionali, secondo la lettura che ne dava la sinistra politica: cfr. ad esempio F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, 134 ss., ove si sviluppa l'idea secondo la quale il contratto esprime una propria logica (resa oggettiva dall'accordo) e questa si riflette, regolandolo, sul rapporto.

[76] G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 355. In una diversa prospettiva, sul tema del "tipo" ritornerà poi G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, con uno studio attento a ricostruire il processo di tipizzazione, i tratti distintivi e i molteplici criteri per la riconduzione al tipo, il metodo tipologico seguito nel diritto dei contratti e infine l'evoluzione storica del sistema dei tipi, con particolare riferimento all'emersione del contratto di somministrazione e alla vicenda 'interna' al codice del mandato. Si è rilevato, in altra sede, che «[l]'individuazione e l'analisi dei criteri di meritevolezza dell'interesse che i contraenti intendono concretamente realizzare è certamente uno dei temi centrali almeno per tutta la prima metà del decennio in esame, in alcuni casi con l'ideale prosieguo degli studi iniziati negli anni sessanta, altre volte per opera di giuristi più giovani, nei contributi dei quali si avverte ormai perfettamente metabolizzata la nuova prospettiva di lettura dell'autonomia privata offerta dai principi costituzionali e dalle formule generali espresse nella Carta fondamentale, in chiave più autenticamente privatistica ossia al di là della dimensione – vessillo o almeno uno dei vessilli del decennio precedente, tutto proteso alla ricerca di una saldatura sostanziale fra pubblico e privato – dell'intervento statale nella cittadella dell'autonomia» (F. MACARIO, *L'autonomia privata*, cit., 156). Sui rapporti tra causa e meritevolezza, si veda P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, cit.: già in relazione alla funzione del negozio giuridico si precisava che «la funzione specifica del negozio non è soltanto quella di consentire il modificarsi delle situazioni giuridiche, di consentire la circolazione dei diritti sui beni, ma quella peculiare di attuare una determinata forma della circolazione dei beni, che è fondata sull'autonomia privata, cioè sul potere di autoregolare i propri interessi» (197). Sulla causa, in particolare, la si definiva, nei primi anni Settanta, come correttivo al principio della volontà, quale motore del contratto, «specialmente laddove si sottolinea che il negozio deve, in qualche misura, realizzare interessi meritevoli di tutela» (205). Sulla causa del contratto nella storia, con particolare attenzione al Cinquecento: I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, vol. I, Torino, 1997.

[77] La ricerca dell'illiceità della "funzione" nella valutazione in concreto dell'assetto di interessi conduce poi, ancora nella direzione della separazione concettuale fra tipo e interesse concretamente perseguito, a ravvisare il punto di incidenza dell'illiceità nella "funzione": in primo luogo quella su cui si fonda il negozio (art. 1322 c.c.), ma anche nella funzione estranea

ciò avviene in termini di ideale prosecuzione degli studi iniziati nel decennio precedente[78], mentre altre volte, in funzione anche del seppur lieve scarto generazionale, si avverte perfettamente metabolizzata la nuova prospettiva di lettura dell'autonomia privata offerta dai principi costituzionali e dalle formule generali espresse nella Carta fondamentale, in chiave più autenticamente privatistica ossia al di là della dimensione – vessillo o almeno uno dei vessilli degli anni Sessanta, con la ricerca di una saldatura sostanziale fra pubblico e privato – dell'intervento statale nella cittadella dell'autonomia[79].

Inizia poi a maturare il grande tema della rilevanza delle qualità soggettive delle parti del contratto, nell'assunto secondo il quale l'indifferenziazione dei soggetti costituisce una sorta di ratifica da parte del diritto – *rectius*, di un modo di intendere le norme giuridiche – legittimante la posizione di "potere contrattuale" dell'imprenditore[80]. Sulla scia di riflessioni metodologiche particolarmente autorevoli di qualche anno prima[81], la convinzione è che la rilevanza dei soggetti e quindi dell'attività di ciascun contraente debba giocare un ruolo in sede di interpretazione del contratto, non senza dimenticare l'appiglio costituzionale dell'art. 3, comma 2 (in ordine alla rimozione degli ostacoli impeditivi di fatto dell'eguaglianza)[82], così che nel "comportamento complessivo delle parti"

al negozio e tuttavia caratterizzante l'autoregolamento, sintesi delle determinazioni precettive (artt. 1343, 1345 c.c.), e ancora nella funzione in fatto assolta dal comportamento, formalmente esecutivo, ma sostanzialmente attuativo di un assetto d'interessi incompatibile con la regola (art. 1344). Si riporta, quasi testualmente, per non falsarne il pensiero, G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, 73 ss.

[78] Va ricordato ancora, G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., successivamente con il saggio *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81.

[79] Ad esempio, M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, che trae dai principi costituzionali gli indici idonei a realizzare volta per volta, e non in virtù di un ideale principio unitario, il fine fondamentale della tutela della persona.

[80] G. COTTURRI, *Potere contrattuale, analisi del fatto e qualificazione giuridica (un caso di acquisto di abitazione sulla carta)*, in *Democrazia e diritto*, 1974, 322 ss., spec. 283.

[81] Fra cui, in particolare, possono ricordarsi i saggi che hanno fatto storia di L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di Asquini*, III, Padova, 1965, 1086, e di T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, t. 1, Milano, 1969, 69.

[82] Dovendosi precisare che le «tutele costituzionali dell'autonomia privata» non erano intese da tutti nello stesso modo, come dimostra il contributo di A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971, 75 ss. il quale ritiene ovvio che la disposizione di cui all'art. 3, comma 2, Cost., impegni ad un programma di profonde e radicali trasformazioni sociali, ma esclude al contempo che la disposizione esprima un profilo direttamente garantista della libertà contrattuale dei privati. Se il programma di riforme incoraggiato dal costituente non può non condizionare gli *status* economici dei soggetti privati, al fine di eliminare disparità ingiustificate, è altresì certo infatti che la norma di cui si parla non dà indicazioni precise

possa farsi ricadere, con le qualità soggettive, il particolare rapporto con il bene oggetto di scambio ossia dati ed elementi oggettivi e verificabili, per non cadere nel descrittivismo sociologico o nell'intuizionismo psicologico[83]: nella "analisi differenziata" ciascun contraente rivela un diverso grado di potere contrattuale, sì che i termini "contraente forte/debole" o "forza contrattuale" assumono un significato più preciso[84].

Si pone in evidenza il problema della "qualificazione" che, nella temperie culturale del tempo, non si è più disposti ad accettare come operazione concettuale aprioristica (ossia per "nomi" o tipi contrattuali)[85], ma che

---

circa le libertà economiche che dovranno essere necessariamente garantite, sicché «in conclusione, se si vuole procedere in una lettura delle disposizioni costituzionali che tenga nel dovuto conto l'indeclinabile necessità di una loro armonica e reciproca coordinazione – secondo l'A. – si deve convenire che non dall'articolo 3, comma 2, bensì *aliunde* e cioè soltanto dall'esame delle norme che il costituente ha dettato con specifico e dettagliato riferimento alle libertà economiche dei privati, si possono attingere elementi più sicuri di giudizio circa l'eventuale recezione nel nostro ordinamento di una garanzia costituzionale dell'autonomia contrattuale».

[83] Non mancavano le perplessità, formulate in dottrina, sul riconoscimento della rilevanza giuridica di una nozione, come quella di contraente debole, che può rinviare soltanto a categorie sociali vaghe e indeterminabili, mentre l'analisi concreta della posizione di supremazia nel rapporto contrattuale appare una prospettiva più promettente (A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale*, cit., spec. cap. II, 35 ss.).

[84] G. COTTURRI, *Potere contrattuale, analisi del fatto e qualificazione giuridica*, cit., 287 ss., che sembra ripercorrere l'*iter* logico della dottrina dell'uso alternativo del diritto, affermando che «la sperequazione economica consente vantaggi ai soggetti più forti *a condizione* che ai loro rapporti si applichi un diritto (concepito e applicato come) 'eguale'", sicché «una pratica giuridica che non voglia abdicare alla propria funzione di direzione e "ordinamento" dell'agire sociale dovrebbe preoccuparsi di elaborare una teoria generale, una metodologia di ricerca e tecniche interpretative e applicative capaci di far funzionare in maniera *adeguatamente diseguale* i meccanismi predisposti in maniera generale e astratta dalla legge». In un passaggio non secondario del suo contributo, Cotturri denuncia, correttamente, il sostanziale disinteresse della dottrina – anche quella al momento più recente, cui pure non si poteva disconoscere di aver approfondito tutti i risvolti teorico-formali della fattispecie – per i problemi concreti determinati dall'utilizzazione del preliminare, specie in vicende come quella in esame, a causa dell'effetto meramente obbligatorio, che implica di per sé la difficoltà (se non l'impossibilità, qualora nell'esercizio dell'autonomia fosse stato "escluso dal titolo") di assicurare un'efficace tutela di carattere reale al compratore.

[85] Non può, tuttavia, non ravvisarsi una qualche connessione, in questo contesto, con il diffuso interesse della dottrina verso i temi, s'è detto, del contratto preliminare, ma anche della vendita di cosa futura e dell'*actio finium regundorum*, per così dire, con l'appalto (in particolare, nei casi come quello in esame); interesse spintosi sino all'indagine sulla figura – atipica secondo la scansione codicistica dei singoli contratti, ma perfettamente tipizzata in termini sociali nelle operazioni immobiliari – della permuta di cosa presente contro cosa futura: L. RICCA, *Contratto e rapporto nella permuta atipica*, Milano, 1974, spec. 326, ove, dopo un'analisi di «qualificazione e vicenda contrattuale» nella direzione della «autonomia del rapporto» (cap. I),

rileva piuttosto come risultato dell'analisi concreta, dovendo in primo luogo rispecchiare effettivamente il modello di rapporto economico-sociale[86]. In tal modo, lo schema formalmente "tipizzato" dello scambio, paradigmaticamente rappresentato in ogni ordinamento dall'archetipo della vendita, ben può essere superato o almeno integrato, all'esito dell'analisi del fatto, con la rilevanza del carattere associativo/cooperativo dell'attività dei contraenti, in modo che l'acquirente possa far conto su regole più stringenti per il venditore[87].

L'espansione del modello del contratto associativo[88], così come la valorizzazione della cooperazione fra i contraenti rinviano, ancora una volta, alla rilevanza prioritaria del "rapporto", ma soprattutto al nuovo significato che, in termini di effettività, la più recente e già affermata dottrina – si allude evidentemente alla produzione scientifica di fine degli anni Sessanta[89] – riconosce alle clausole generali e, in particolare nella materia contrattuale, alla buona fede.

La coraggiosa proposta di puntare a una qualificazione alternativa, per così dire, rispetto all'inquadramento aprioristico nelle forme legalmente tipizzate, grazie alla rilevanza riconosciuta, s'è detto, all'analisi del fatto e delle modalità concrete di esercizio del "potere contrattuale" nell'ambito del rapporto, cui s'è fatto appena cenno, riesce a saldarsi idealmente con la dottrina, già rammentata nel corso della riflessione, la quale aveva senza mezzi termini smascherato la riduttività e dunque l'inaccettabilità dell'impostazione tradizionale di teoria generale del contratto.

Quest'ultima, infatti, finiva per risolvere sempre e soltanto sul piano della formazione del consenso – quindi, del "voluto", *alias* dei vizi della volontà, della presupposizione come pattuizione inespressa e così via – la discrasia fra il (momento genetico e dunque la costruzione del) regolamento d'interessi consacrato nell'atto di autonomia, destinato a costituire il titolo formale da

---

vengono sottolineati gli elementi di atipicità del contratto, con la conseguenza che l'obbligazione di fare – esemplare carattere del "rapporto" – deve essere intesa quale essenziale contenuto di un'operazione economica in cui si realizza lo scambio fra proprietà e lavoro, analogamente a quanto accade nell'appalto, sicché l'effetto traslativo costituisce il risultato essenziale dell'adempimento di un'obbligazione principalmente diretta alla costruzione.

[86] G. COTTURRI, *Potere contrattuale, analisi del fatto e qualificazione giuridica*, cit., 313.

[87] G. COTTURRI, *Potere contrattuale, analisi del fatto e qualificazione giuridica*, cit., 312, 321 ss.

[88] Non è un caso che, sempre nel decennio in esame, uno degli studi considerati a giusto titolo caposaldo della letteratura giuridica in materia societaria, P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, avesse posto la questione dell'atipicità strutturale nella disciplina dei tipi societari, tradizionalmente considerati espressivi di un *numerus clausus*.

[89] Soltanto per esemplificare: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit.; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit.; G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1967.

cui il rapporto scaturisce, e il (momento esecutivo del programma e dunque l'operatività concreta del) rapporto, quale strumento per la realizzazione dell'autoregolamento[90], eventualmente arricchito e "integrato" da fonti eteronome, così da assicurare più efficacemente la realizzazione degli interessi che si ritengono tutelati dall'ordinamento anche in via costituzionale, grazie ai primi tentativi di raccordare la solidarietà con i principi di correttezza e buona fede[91].

La spinta proveniente dall'esigenza di attuare i principi costituzionali, e comunque di porre a confronto il diritto civile tradizionale con il nuovo scenario in cui campeggia la Carta fondamentale, induce la più attenta e intrapredente dottrina civilistica a interrogarsi sugli «aspetti privatistici della programmazione economica»[92], sino a ipotizzare, in un'avventura culturale invero di brevissimo periodo, un «uso alternativo del diritto»[93], rispetto alla civilistica consolidata, cui si rimproverara di essere rimasta ideologicamente immobile, ossia ancorata a figure e categorie del diritto civile non rispondenti alle esigenze del tempo, con l'esempio paradigmatico del «negozio giuridico»[94]. Non è certo un caso che una delle idee che guidano la ricerca e il dibattito della metà degli anni Settanta sia relativa alle «tecniche giuridiche» per la tutela e lo «sviluppo della persona»[95], all'interno di un sistema del diritto privato non di rado incline a far prevalere la prospettiva economica su quella personalistica, che invece emerge a chiare lettere dal disegno complessivo e dalle singole norme della Costituzione[96].

Lo scenario muta nell'età del "diritto della transizione", per riprendere una

---

[90] La critica alla forzatura che deriva dal rispetto dell'impostazione tradizionale e l'esigenza di riconoscere autonomia alla fase esecutiva è comune agli studi, più volte ricordati, di M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1970, 39 ss.; sempre di quel periodo e anch'esso destinato a diventare punto di riferimento in argomento, specificamente in tema di autotutela nella disciplina delle obbligazioni e dei contratti tra privati, si veda lo studio di L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, I, Milano, 1971, 90 ss.

[91] Per ricordare gli studi più significativi: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit.; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit.; G. PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1967; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.

[92] AA.VV., *Aspetti privatistici della programmazione economica*, (convegno di Macerata 22-24 maggio 1970), voll. I e II, Milano, 1971.

[93] BARCELLONA (a cura di), AA.VV., *L'uso alternativo del diritto: I. Scienza giuridica e analisi marxista; II. Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, 1973.

[94] Si veda, quale esito di un intenso dibattito tra studiosi di diverse discipline giuridiche, SALVI (a cura di), AA.VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, 1978.

[95] LIPARI (a cura di), AA.VV., *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974, (relativo agli atti della Tavola rotonda di Bari nei giorni 18-19 maggio 1974).

[96] Per tutti, è sufficiente richiamare l'insegnamento, costantemente sviluppato negli studi

formula suggestiva[97], se si considera che la più autorevole dottrina, constatate le difficoltà di adattamento del sistema del diritto privato alla più recente legislazione (in particolare, quella a tutela dei consumatori), avverte l'esigenza di una «nuova lettura della Costituzione nel senso del primato del mercato», la cui evoluzione «ha spostato l'intervento pubblico dalla funzione programmatoria alla funzione di rimozione degli ostacoli al funzionamento ottimale del mercato»[98]. In tal senso, anche l'art. 41 Cost. viene rimesso in discussione, quanto all'effettività del suo ruolo e con riferimento in particolare al suo terzo comma, che in una lettura sempre più diffusa sembrerebbe condannare l'intera disposizione al declino e comunque alla marginalizzazione, mentre avanza il diritto europeo della concorrenza e del mercato[99].

Il pensiero appare coerentemente ancorato all'idea forte degli anni Settanta, relativa alla promozione dell'utilità sociale, che tuttavia non può avvenire, nel nuovo contesto politico ed economico, se non mediante il funzionamento virtuoso del mercato; ciò che implica, in primo luogo, le 'correzioni' delle disparità di potere contrattuale[100], all'insegna della valorizzazione del principio costituzionale di eguaglianza, indiscusso *Leitmotif* della migliore dottrina giuridica del tempo, che si svolge nella prospettiva del superamento della

successivi, di P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972.

[97] N. IRTI, *Il diritto della transizione*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 11, giustificando il titolo con la constatazione che la transizione e fra un prima, che ben si conosce (e che si caratterizzava per: la negazione della neutralità dell'economia, l'individuazione dei luoghi dell'interesse pubblico, la duplicità del "volto" statale in termini di soggetto dell'attività economica e di ordinamento giuridico ossia di gestore e regolatore, la rottura del diritto privato comune e l'eterogeneità dei soggetti economici, la dimensione verticale dell'iniziativa economica privata nel senso del rapporto esclusivo fra il privato e lo Stato) e un dopo, che invece non si conosce, potendosene scorgere soltanto alcuni elementi di autentica novità.

[98] L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, 1 ss.

[99] Il richiamo più significativo è a N. IRTI, *Il diritto della transizione*, cit., 20 ss.

[100] Impostato così il discorso (citando testualmente da R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto,* in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, cit., 26: «perseguire questo fine significa, da un lato, promuovere l'utilità sociale valorizzando le intrinseche attitudini del mercato a produrre ricchezza e benessere, dall'altro, correggere con misure appropriate le disparità di potere contrattuale pregiudizievoli alla libertà e alla razionalità delle scelte economiche individuali»), si comprende meglio l'opzione decisa anche da parte della trattatistica (tra quella più recente e autorevole), in materia di contratto e autonomia privata, a proposito del grande tema che caratterizza il nostro tempo della giustizia contrattuale: «l'equità del contratto è la sua aderenza al mercato, la giustizia contrattuale è la sua adeguatezza al mercato», di modo che «la lotta per la giustizia contrattuale è la lotta per il funzionamento del mercato» e «la giustizia contrattuale si realizza attuando il sistema della concorrenza e cautelando il concorrente contro i vizi della sua volontà» (R. SACCO [e G. DE NOVA], *Il contratto*, cit., 26).

dimensione puramente formale, per dare spazio concreto all'esigenza della parità sostanziale delle armi, ormai definitivamente radicata nel pensiero dei giuristi, quale compito dell'ordinamento fondato sul solenne impegno del costituente con l'art. 3 Cost.[101]

I tempi sono ormai maturi anche per le applicazioni giurisprudenziali – in termini di "concretizzazione", per riprendere la plastica espressione invalsa in area tedesca (*Konkretiesierung*), a partire dalla metà degli anni Novanta in poi – delle elaborazioni dottrinali in tema di clausole generali e principi costituzionali, in primo luogo, la solidarietà, a riprova della compiuta assimilazione degli insegnamenti dottrinali del periodo appena ricordato. Il riferimento ricorrente, e sempre più frequente, è agli artt. 1175 e/o 1375 c.c., in connessione con il principio di solidarietà *ex* art. 2 Cost. che, da un lato conferma l'assorbimento della lezione impartita da oltre vent'anni, dall'altro, tuttavia, evidenzia la non ancora compiuta parabola delle clausole generali verso la loro autonoma portata normativa e la loro capacità applicativa anche senza le «stampelle costituzionali»[102].

Sull'esame della giurisprudenza si dovrà comunque ritornare tra breve (*infra*, n. 5), mentre conviene rammentare che in quella che viene suggestivamente definita «età della decodificazione»[103], con un profluvio di legislazione "speciale", per lo più di origine comunitaria (almeno a partire dai primi anni Novanta), intesa a disciplinare interi settori dell'autonomia privata, la questione già discussa del ruolo e della rilevanza effettiva delle clausole generali si ripropone, ma in una luce completamente diversa rispetto al passato[104]. Un solo esempio potrà rendere l'idea della distanza che corre con le impostazioni metodologiche degli anni Settanta: la repressione delle condotte abusive disposta dal legislatore, tanto con

[101] P. RESCIGNO, *Principio di eguaglianza nel diritto privato (1959)*, ripubblicato in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, 335 ss.; nonché ID., *Ancora sul principio di eguaglianza nel diritto privato (1960)*, *ibid*., 362 ss. Nella dottrina tedesca, particolarmente impegnata sul punto, i riferimenti essenziali sono ai lavori di L. RAISER, *Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, in Zeitschrift für das ges. Handelsrecht*, 1947, 79 e G. HUECK, *Der Grundsatz der gliechmässigen Behandlung im Privatrecht*, München-Berlin, 1959.

[102] Ci si permette di richiamare ancora L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 10, secondo il quale « [i]n generale si può dire che il contenuto assiologico della clausola della correttezza e della buona fede è sempre in grado, per chi sappia (e voglia) leggerla, di tradursi in giudizi di dover essere appropriati al caso concreto, senza bisogno di stampelle costituzionali». Sulla rilevanza delle clausole generali, si veda C. SALVI, *Codice civile e Costituzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 1, 35 ss.

[103] N. IRTI, *L'età della decodificazione (1 ed. 1979)*, 4 ed., Milano, 1999, 21 ss.

[104] F. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 537.

riferimento ai contratti con i consumatori[105], quanto in relazione ai contratti fra imprese, qualora una di esse versi in condizione di «dipendenza economica»[106]. In entrambi i casi, ma soprattutto nel secondo, che non rappresenta certo lo sviluppo di una lunga storia e l'esito di un acceso dibattito sui modi per realizzare la tutela del contraente più debole (come nel caso della normativa in favore del consumatore), viene da domandarsi quale sia il rapporto fra la norma che sembra avere i tratti di una nuova clausola generale e la dottrina dell'abuso del diritto in ambito contrattuale[107]. Né sembra che il discorso, proprio in presenza di disposizioni normative specifiche cui si tende a riconoscere una portata più ampia e dunque vicina al concetto di "clausola generale" rispetto alla specifica *sedes materiae* in cui sono collocate[108], possa ridursi all'inutilità del concetto stesso di abuso nella disciplina del contratto per la presenza del criterio della buona fede (che ne assorbirebbe interamente le prerogative)[109].

Nel contesto a noi più prossimo, appare insufficiente la prospettiva del raccordo con i principi costituzionali, al fine di ricostruire la sistematica di una data disciplina dei rapporti fra privati, nel tentativo di conservare una certa unitarietà della cornice di riferimento, dovendosi necessariamente considerare la complessità del quadro normativo che vorrebbe disciplinare il mercato – non senza incidere, ovviamente, sui diritti e sugli interessi della persona, che si tende a difendere ricordandone la centralità minacciata dall'inquietante e pervasiva tendenza mercantile, sempre più protagonista del diritto privato del nostro tempo –, prima che si possa procedere all'ulteriore passaggio necessario a distinguere il tipo di contrattazione (quella di massa, che s'indirizza ai mercati finali e quella fra imprese, che riguarda i mercati intermedi e la distribuzione commerciale) all'interno del nuovo paradigma del "contratto con asimmetria di potere contrattuale"[110].

[105] Su cui si veda, G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 625.

[106] Ci si permette di rinviare, tra i tanti studi in argomento, a F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663.

[107] Sviluppata magistralmente proprio alla metà degli anni Sessanta, non senza lambire anche l'ambito disciplinare del contratto: P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 (ripubblicato dopo oltre trent'anni, con una preziosa postfazione che fa il punto sull'evoluzione della teoria e sulla sua rilevanza attuale, in ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998).

[108] È la tesi sviluppata nel saggio appena richiamato di F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese*, cit.

[109] R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2001.

[110] L'elaborazione si deve a uno dei più attenti e sensibili protagonisti della stagione esaminata

Lo scenario socio-economico pone ormai questioni giuridiche che implicano analisi ulteriori rispetto all'effettività dei principi costituzionali nella vicenda dell'autonomia privata e della libertà contrattuale. Volendo tentare una sintesi del quadro particolarmente complesso, caratterizzato da un legislatore impegnato sempre più ad attuare la normativa UE – in termini tanto di principi (fissati nei Trattati), quanto di regole specifiche (dettate da direttuve e regolamenti) – che solo in parte e in modo indiretto possono trovare riscontro nei principi costituzionali, tanto che matura l'idea, poi non realizzata, di dar vita a una «Costituzione europea»[111], il compito di rendere effettivi i precetti costituzionali rimane così, in questo frangente, in capo alla giurisprudenza, che di seguito verrà ricordata nella duplice e complementare dimensione della giustizia costituzionale e ordinaria.

4. Il ruolo della giurisprudenza costituzionale nel controllo sulle norme "limitatrici" dell'autonomia

Costituisce constatazione diffusa, e invero non controvertibile, quella della scarsa incisione, negli oltre sessant'anni trascorsi dalla sua entrata in funzione, da parte della Corte costituzionale sulla normativa codicistica in tema di contratti, se non altro nel confronto con altri settori (si pensi, ad esempio, al diritto di famiglia o alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato[112]): l'autonomia contrattuale ha dunque occupato una posizione complementare (se non addirittura marginale) nella produzione giurisprudenziale della Consulta.
In tal senso, è sin troppo noto che le pronunce d'incostituzionalità della Corte costituzionale in materia di contratto (e autonomia contrattuale) sono state davvero rare, in considerazione del carattere stesso della relativa normativa – in primo luogo e, potrebbe dirsi, in modo emblematico, quella frutto di una lunga e sedimentata tradizione consegnata al quarto libro del codice civile –,

---

nelle pagine precedenti, soprattutto con riferimento al tema della tutela del contraente debole: V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv*., 2001, 769 (nonché in ID., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002).

[111] Si veda, per tutti e riassuntivamente, G. DE VERGOTTINI, voce *Costituzione europea*, in *Enc. dir. Annali*, Milano, 2007, I, 445.

[112] Per un'approfondita trattazione della giurisprudenza costituzionale e di legittimità sul tema, cfr. C. ARTIZZU, *Autonomia privata e principi costituzionali nell'argomentazione delle Corti: due vicende giurisprudenziali a confronto*, in NAVARRETTA - PERTICI (a cura di), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, Pisa, 2003, 385.

destinata soltanto a lambire, di norma, gli interessi costituzionalmente tutelati. Non sono mancati, tuttavia, casi in cui la Consulta, soprattutto in merito a norme contenute in leggi speciali, è stata chiamata a pronunciarsi su questioni riguardanti l'estensione dell'autonomia riconosciuta ai contraenti, potendosi cogliere il dato significativo non tanto nella decisione (per lo più di rigetto) in se stessa considerata, quanto nell'argomentazione, ossia nel modo di porre le questioni (da parte del giudice rimettente) e, conseguentemente, di affrontare l'esame di costituzionalità (da parte della Corte).

In una prima fase, era stata lamentata la violazione dell'art. 41, comma 1, Cost., nella parte in cui statuisce che l'«iniziativa economica privata è libera». Le questioni sollevate attenevano principalmente a leggi speciali che, in alcuni settori del mercato, restringevano l'autonomia contrattuale in ordine alla determinazione del prezzo di prodotti o alla determinazione dei canoni di affitto di fondi rustici. Le ordinanze di rimessione pongono in luce l'esigenza avvertita dagli operatori del mercato di salvaguardare il dispiegarsi dell'autonomia contrattuale nei confronti dell'interventismo statale nell'economia. Invocando il secondo e il terzo comma dell'art. 41, ed effettuando un bilanciamento tra i diversi valori tutelati dalla Carta fondamentale, la Corte si astiene dall'intervenire sulla normativiva in ossequio ai prinicpi della c.d. "discrezionalità legislativa". Nel tentativo di individuare alcuni esempi del descritto orientamento, tra le prime questioni di un certo interesse sottoposte all'esame della Consulta all'indomani della sua entrata in funzione, si segnala quella relativa al divieto, posto da una legge speciale, di vendere medicinali a un prezzo diverso da quello fissato dall'etichetta che, ad avviso del giudice rimettente, avrebbe contrastato con l'art. 41, comma 1. Nella sentenza di rigetto la Corte costituzionale affermava che la vendita dei medicinali a un prezzo più basso di quello di tariffa «induce una situazione di pericolo per la sanità pubblica e alla stessa vita dei cittadini», di talché il divieto risponderebbe alla norma costituzionale dell'art. 32 che «tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività»[113] e, ai sensi dell'art. 41, comma 3, Cost., si inserirebbe tra «i

[113] Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 29, in *Giur. cost*., 1957, 404, sollecitata a pronunciarsi sull'articolo 125 sesto e ottavo comma, approvato con R.d. n. 1265 del 1934 e modificato dalla l. n. 1528 del 1949. Dalla motivazione della sentenza si ricava che il suddetto divieto sarebbe autorizzato dallo stesso art. 41 Cost., in quanto la norma nell'imporre il prezzo di vendita nel settore in esame, persegue lo scopo di tutelare il pubblico sia da eventuali speculazioni, sia da possibili inconvenienti legati al regime della libera concorrenza, che «potrebbe porterebbe al ribasso dei prezzi e, inevitabilmente, alla preparazione dei medicinali con materie prime meno costose, e, perciò, con risultati terapeutici che potrebbero recare nocumento alla salute dei cittadini». Con una sentenza di pochi anni successiva, la Corte ha affermato che la riserva di

programmi e i controlli» determinati dalla legge affinché l'attività economica possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.
Un successivo intervento, a metà degli anni Sessanta, riguardava la legislazione contenente norme sulla determinazione del prezzo di alcuni prodotti industriali, avente lo scopo di tutelare una particolare categoria di operatori del mercato nei confronti di altre categorie attraverso la fissazione autoritativa di prezzi minimi[114]. Il parametro che si assumeva leso era sempre l'art. 41 Cost. e, nell'ottica del giudice rimettente, intesa l'autonomia contrattuale come strumentale rispetto all'iniziativa economica, ogni limite posto alla prima si saerebbe risolto in un limite alla seconda. Nel rigettare la questione, la Corte non prendeva posizione sul problema dell'esistenza di una vera e propria garanzia costituzionale della libertà contrattuale, ma procedere con il bilanciamento tra i valori tutelati dalla legge fondamentale, affermando che la limitazione dell'attività economica è legittima soltanto se preordinata «al raggiungimento degli scopi previsti, o consentiti dalla Costituzione». Lo scopo di tutelare la

legge, espressamente stabilita dall'art. 41, comma 3, Cost., deve ritenersi necessaria anche per le misure indicate dal secondo comma del medesimo articolo: Corte cost., 14 febbraio 1962, n. 4, *ivi*, 1962, 31, con nota (critica) di C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*. Nel senso che l'art. 41 non esige che l'intera disciplina debba essere regolata con atto normativo del Parlamento, v. Corte cost., 23 maggio 1964, n. 40, *ivi*, 1964, 522. Una nuova questione che ha investito il settore farmaceutico è stata affrontata dalla Corte in tempi recenti con riguardo a una norma che attribuisce all'agenzia del farmaco il compito di procedere in caso di superamento del tetto di spesa a ridefinire, anche temporaneamente, nella misura del 60 per cento, la quota di spettanza al produttore in riferimento agli art. 3 e 41 Cost. Anche in questa occasione, il sacrificio imposto ai produttori dalle norme impugnate non è, ad avviso della Corte, tale da determinare una illegittima lesione della libertà di iniziativa economica, in quanto con l'imposizione dello sconto ai produttori, il legislatore persegue, in maniera né sproporzionata né inidonea, l'obiettivo di realizzare il contenimento della spesa sanitaria in vista del fine di utilità sociale costituito dalla garanzia del più ampio godimento del diritto all'assistenza farmaceutica, lasciando comunque all'imprenditore un più ridotto ma ragionevole margine di utile.

[114] Cfr. Corte cost., 23 aprile 1965, n. 30, in *Giur. cost*., 1965, 283, con nota di D. SERRANI, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*, chiamata a decidere la questione di legittimità costituzionale della l. n. 1527 del 1961, contenente un meccanismo di determinazione di prezzi minimi delle sanse vergini da inserirsi nei contratti di compravendita, eventualmente anche in sostituzione di prezzi inferiori convenuti dai contraenti, allo scopo di proteggere una determinata categoria economica (frantoiani) nei confronti di un'altra categoria (estrattori). Argomentazioni simili, per ciò che concerne l'interpretazione dell'art. 41, si trovano già in Corte cost., 27 febbraio 1962, n. 7, *ivi*, 1962, 73, con riguardo ad un normativa che prevedeva una riduzione *ope legis* dei «canoni in grano», giustificata dall'esigenza di attenuare il danno economico che gli affittuari avrebbero subito dal mantenimento dei canoni stabiliti in via contrattuale, in conseguenza del grave mutamento derivato dagli eventi bellici; e in Corte cost., 2 luglio 1958, n. 47, *ivi*, 1958, 572, con riguardo alla disciplina dei prezzi delle carni bovine.

posizione economicamente più debole di una categoria produttiva rientra nei poteri conferiti dall'art. 41 Cost. al legislatore e soddisfa – ad avviso del giudice delle leggi – un interesse di carattere generale all'ordinata vita della collettività. Inoltre, l'apprezzamento in concreto dell'interesse sociale «da soddisfare», nell'ambito dei singoli interessi settoriali che lo condizionano, è riservato al legislatore e sfugge al controllo di legittimità della Consulta.

Considerazioni in parte analoghe compaiono in una sentenza, di pochi anni successiva, emessa in relazione alla determinazione legale dei canoni in tema di enfiteusi[115]. L'ordinanza di rimessione riteneva la normativa in questione lesiva dell'art. 2 Cost. perché «sovrapponendosi alla libera volontà delle parti finirebbe col vulnerare i diritti inviolabili dell'uomo». Inoltre – sempre secondo l'ordinanza di rimessione – la nuova disciplina sarebbe stata lesiva della libertà di iniziativa economica privata garantita dall'art. 41 Cost., in quanto «si sovrapporrebbe con effetto retroattivo alle pattuizioni liberamente stipulate dalle parti»[116]. A differenza che nell'intervento precedente, la Corte coglieva l'occasione per dare atto che «l'autonomia contrattuale (già subordinata dall'art. 1322 c.c. ai "limiti imposti dalla legge" e derogata dal seguente art. 1339 per quanto riguarda la sostituzione di diritto alle clausole pattizie ed ai prezzi di beni e servizi, di clausole imposte dalla legge) non riceve dalla Costituzione tutela diretta». Secondo la Consulta, l'autonomia sarebbe tutelata soltanto indirettamente dalle norme della Carta fondamentale «che, come gli artt. 41 e 42 – riguardanti rispettivamente l'iniziativa economica e il diritto di proprietà –, si riferiscono ai possibili oggetti di quella autonomia». Risultava così accolta la tesi dottrinale che si stava affermando in quel periodo, secondo cui, ove non riguardi gli interessi connessi all'iniziativa economica e alla proprietà, l'autonomia privata cesserebbe di essere costituzionalmente rilevante[117].

[115] Cfr. Corte cost. 21 marzo 1969, n. 37, in *Giur. cost*., 1969, 461, con nota di A. CERRI, *Corrispondenza fra il chiesto e il pronunziato, principio di eguaglianza, pretesa tipicità del contenuto delle leggi*, la quale si è espressa su alcune questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine alla l. n. 607 del 1966 e, in particolare – per ciò che qui interessa –, sull'illegittimità dell'art. 1 della citata legge che stabilendo il limite massimo dei canoni e delle prestazioni perpetue si porrebbe in contrasto con gli artt. 2, 3, 41 e 42, comma 2 e 3, Cost.

[116] Il giudice rimettente assumeva altresì la violazione dell'art. 42 Cost., in quanto il suddetto art. 1 l. n. 607 del 1966 «con l'abbassare notevolmente il livello dei valori, sovvertirebbe, a danno del concedente e della utilità sociale, l'equilibrio del rapporto e darebbe luogo ad un'affrancazione che di questa perde i caratteri per assumere quelli di una espropriazione, indennizzata in misura irrisoria».

[117] Cfr. M. GIORGIANNI, *Le norme sull'affitto con canone in cereali. Controllo di costituzionalità e di «ragionevolezza» delle norme speciali?*, in *Giur. cost*., 1962, 82 ss., spec. 93. Afferma che «alla

L'espansione delle limitazioni poste all'autonomia privata per il raggiungimento di finalità di ordine sociale per mezzo dell'intervento dei poteri pubblici, attraverso la determinazione del contenuto del contratto ovvero ponendo obblighi di contrattare, induceva parte della dottrina a discorrere di "crisi del contratto", evidenziandosi il definitivo superamento della concezione ottocentesca, propria del *Code civil* e della prima codificazione italiana, secondo cui il contratto rappresentava l'espressione della «volontà dell'individuo» e l'autonomia contrattuale costituiva «il riverbero – sul piano giuridico formale – di un sistema fondato sulla libertà economica, ovverosia del disinteresse dello Stato per le vicende patrimoniali dei soggetti, affidate esclusivamente all'iniziativa dei singoli individui»[118].

Confermando in più occasioni la legittimità degli interventi del legislatore, la Corte costituzionale si adeguava alla nuova visione del contratto, caratterizzata da molteplici e reiterate limitazioni poste all'autonomia dei contraenti, strumentali al perseguimento degli scopi di carattere sociale sanciti dagli artt. 41, 42 e 44 della Costituzione. Negli anni successivi, tuttavia non mancavano interventi del giudice delle leggi volti a tutelare l'autonomia privata dei contraenti di fronte a normative idonee a generare limitazioni eccessive o risultati irragionevoli. Ad esempio, veniva affermata l'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 41 Cost. di una norma contenuta in una legge speciale in considerazione delle

libertà contrattuale è possibile risalire solamente dalla garanzia di altri istituti, e specificamente dalle norme sulla iniziativa economica privata e la proprietà privata», P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, cit., 15. Per un'applicazione del principio si veda Corte cost. 30 giugno 1994, n. 268, in *Foro it*.,1994, I, 2307, ove si afferma che l'autonomia contrattuale dei singoli è tutelata a livello di Costituzione solo indirettamente, in quanto strumento di esercizio di libertà costituzionalmente garantite e, nella specie, rileva come il lavoratore che stipuli un contratto di lavoro subordinato con un imprenditore non assume, per parte sua, una iniziativa economica, bensì accetta di essere inserito nell'organizzazione produttiva costituita dall'iniziativa della controparte.

[118] Cfr. M. GIORGIANNI, *La crisi del contratto nella società contemporanea*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, 381 ss. (citato da ID., *Scritti giuridici*, Napoli, 1988, 795 ss.), il quale afferma che, nonostante la determinazione autoritativa del suo contenuto, il contratto non perde il suo carattere privatistico e precisa che il fenomeno in esame comporta l'utilizzazione di istituti privatistici per finalità pubblicistiche, ma il rapporto tra i contraenti ha comunque natura privata; nella dottrina in lingua tedesca, A. KRAMER, *Die, Krise" des liberalen Vertragsdenkens*, München-Salzburg, 1974, 20 ss. Del resto, già da tempo nell'esperienza giuridica tedesca si discorreva di un «rapporto dialettico tra libertà e giustizia sociale», in cui la «*Sozialstaatlichkeit*» costituiva una «*Grenze der Freiheit*»: L. RAISER, *Vertragsfreiheit heute*, in *JZ*, 1958, 1 ss., il quale descrive l'accrescersi degli interventi dello Stato in determinati settori economici, ad iniziare dal periodo successivo alla prima guerra mondiale, come un «Inhaltswandel» subito dall'autonomia contrattale, considerata – dallo stesso A. – un istituto destinato a cambiare in modo corrispondente ai mutamenti della storia.

modalità con le quali si disponeva la trasformazione di contratti agrari in corso[119]. La Corte rilevava che siffatta tecnica legislativa, la quale, da un lato, implica il diritto del locatore alla conclusione del rapporto per finita locazione, ma, dall'altro, ne condiziona la realizzazione ad un impoverimento pecuniario, tendente ad impedirne preventivamente l'esercizio, avrebbe denotato una contraddizione nella *mens legis* che «contemporaneamente vuole e disvuole l'affermazione di un atto di autonomia privata»[120].

Una volta accettata l'idea del superamento della concezione ordo-liberale del contratto, fondata sul riconoscimento dell'equilibrio contrattuale, così come definito dai contraenti, le questioni sottoposte alla Corte sembrano ormai fondarsi su una diversa consapevolezza dei connotati che caratterizzano l'autonomia negoziale nel sistema. In termini generali, non è più sufficiente la tutela, che appare un riconoscimento meramente formale dell'autonomia, basata sull'eguaglianza e sulla libertà dei contraenti, ma l'aspirazione è quella di garantire l'effettività dell'autonomia, intesa da un punto di vista sostanziale o – secondo la formulazione adottata nell'esperienza giuridica tedesca, anche sulla scorta di alcuni interventi del legislatore europeo – «materiale»[121]. Si

[119] Corte cost., 7 maggio 1984, n. 138, in *Foro it*., 1984, I, 1163, con nota di A. JANNARELLI, *Una «novella» della corte costituzionale in tema di conversione dei contratti agrari e associativi?*, dove si afferma l'illegittimità, per violazione degli art. 41 e 44 cost., dell'art. 25 l. 203 del 1982, nella parte in cui prevede che la conversione richiesta dal mezzadro e dal colono abbia luogo senza il consenso del concedente nei casi in cui quest'ultimo sia imprenditore a titolo principale ai sensi dell'art. 12 l. n. 153 del 1975, o abbia dato un adeguato apporto alla condirezione dell'impresa. Nella motivazione si legge che dall'art. 41 Cost. discendono sì limitazioni al potere di iniziativa privata al fine di perseguire obiettivi di utilità sociale, tuttavia esse «non possono spingersi sino al punto di mutare, in aperto contrasto con la libera volontà delle parti, la natura e la causa del contratto». Inoltre, si rilevava l'illegittimità, per violazione dell'art. 3 Cost., della norma che in materia di locazioni prevedeva un compenso di «buonuscita» in favore del conduttore che abbia utilizzato l'immobile per un'attività professionale o non comportante contatti diretti con il pubblico degli utenti o dei consumatori.

[120] Corte cost., 26 luglio 1988, n. 882, in *Foro it*., 1988, I, 2781, secondo cui è illegittimo, per violazione dell'art. 3 cost., l'art. 1, ultimo comma, d.l. n. 832 del 1986, convertito nella l. n. 15 del 1987, nella parte in cui riconosce, per le locazioni in corso de iure al momento della sua entrata in vigore e soggette al regime transitorio della l. n. 392 del 78, un compenso di «buonuscita» in favore del conduttore che abbia utilizzato l'immobile per un'attività professionale o non comportante contatti diretti con il pubblico degli utenti o dei consumatori, ovvero per una delle attività previste dall'art. 42 l. n. 392 del 78.

[121] Cfr. C.W. CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung"*, in *AcP* 200 (2000), 273 ss. La «materializzazione» del diritto contrattuale si porrebbe in contrasto con la concezione precedente, secondo cui i termini dello scambio, in linea di principio, dovevano essere considerati corretti, secondo la nota «Richtigkeitsvermutung» che contrassegnava il diritto contrattuale: cfr. W. SCHMIDT-RIMPLER, *Grundfragen einer*

avverte l'esigenza di assicurare che il contratto sia il frutto di un processo di autodeterminazione reale ed effettiva dei contraenti e di evitare perciò che la parte "più forte", ossia maggiormente in grado di gestire economicamente i propri interessi, abusi della propria posizione di preminenza ai danni della parte debole.

Con il cambiamento descritto, sul quale si avrà modo di tornare più avanti, si assiste ad un inversione di prospettiva rispetto agli interventi più risalenti della Corte costituzionale. In linea di principio, la legittimità delle norme non è più messa in discussione sotto il profilo della restrizione dell'iniziativa economica e dell'autonomia negoziale, ma per ciò che riguarda la tutela del contraente più debole o, nell'ottica di un'oggettivazione dello scambio, allo scopo di eliminare situazioni di eccessivo squilibrio contrattuale.

Anche in queste ipotesi, la Consulta non ha avuto particolari difficoltà nel dichiarare l'infondatezza delle questioni sollevate, ad esempio, avverso l'art. 1462, comma 1, c.c. (con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.), valorizzando il fondamento della disposizione nel «principio dell'autonomia negoziale» e richiamandosi alla «disciplina costituzionale che garantisce la libertà dell'iniziativa economica privata, indicandone al tempo stesso i precisi limiti», non senza affermare che l'inattacabilità della disposizione, anche ove si consideri la situazione di inferiorità del contraente meno abbiente di fronte a quello più facoltoso, è connessa all'ampiezza del potere discrezionale di cui gode il giudice nell'applicazione della norma per evitare che si producano effetti abnormi o iniqui[122]. Analogamente, anche se con motivazione decisamente più scarna, la Corte ha deciso sulla censura d'incostituzionalità dell'art. 1284, comma 1, c.c., con riferimento agli artt. 3 e 47 Cost.[123] É invece nella materia delle locazioni, in particolare di immobili adibiti ad uso non abitativo, che la Corte si è più d'una volta pronunciata, anche dichiarando l'illegittimità costituzionale di disposizioni censurate per violazione del principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost.[124]

Erneuerung des Vertragsrechts, *ivi*, 147 (1941), 130 ss. In senso critico, si veda G. WAGNER, *Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?*, in *Blaurock e Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, Baden-Baden, 2010, 17 ss. Nella nostra dottrina, di recente, cfr. A. DI MAJO, *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa e dir. priv*., 2013, 797.

[122] Corte cost., 12 novembre 1974, n. 256, in *Giur. it*., 1975, 1177.

[123] Corte cost., 22 aprile 1980, n. 60, in *Giur. it*., 1980, 1361, con nota di R. QUADRI, *Considerazioni sull'intervento della Corte Costituzionale in materia di "valori" monetari*.

[124] Corte cost., 23 dicembre 1987, n. 577, in *Giur. cost*., 1987, I, 3579; Corte cost., 18 dicembre

Ciò che non stupisce, considerata la particolarità degli interessi coinvolti, che ha tradizionalmente comportato una marcata specialità della disciplina delle locazioni nel sistema dei contratti di diritto privato disegnato dal codice civile.
Altre decisioni investivano la posizione di dominio occupata da enti esponenziali di interessi collettivi[125]. In particolare, la Corte si è occupata dell'illegittimità della norma, che attribuiva alla Siae dell'esclusiva nella gestione dei diritti di utilizzazione economica delle opere tutelate dalla legge – in ciò consisterebbe la posizione dominante sul mercato –, senza prevedere adeguati strumenti giuridici di tutela contro l'abuso di tale posizione, atti ad assicurare l'obbligo dell'ente di contrarre e di osservare la parità di trattamento fra gli utenti e a consentire a questi di reagire contro eventuali discriminazioni. In quanto non consente di dichiarare illecita l'imposizione di condizioni contrattuali inique e di porvi rimedio, la norma, secondo l'ordinanza di rimessione, confliggerebbe col principio di parità di trattamento sancito dall'art. 3 Cost., nonché con l'esigenza di coordinamento dell'attività economica pubblica a fini sociali di cui all'art. 41, comma 3, Cost.
La Corte costituzionale ribadisce poi la sempre più consolidata convinzione secondo cui il principio dell'autonomia contrattuale «se ha rilievo assolutamente preminente nel sistema del codice civile del 1942, non lo ha negli stessi termini nel sistema delineato dalla Costituzione, che non solo lo tutela in via meramente indiretta, come strumento della libertà di iniziativa economica, ma pone limiti rilevanti a tale libertà»[126], poiché questa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, e deve soggiacere ai controlli necessari perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. Il dato maggiormente rilevante è che la Corte ritiene l'utilità e i fini sociali «fatalmente scavalcati o elusi in un ordinamento che consente l'acquisizione di posizioni di supremazia senza nel

1987, n. 562, in *Foro it*., 1988, I, 710; Corte cost., 14 dicembre 1989, n. 542, in *Giust. civ*., 1990, I, 616; Corte cost., 3 giugno 1992, n. 242, in *Foro it*., 1992, I, 2324.

[125] Cfr. Corte cost., 15 maggio 1990, n. 241, in *Giust. civ*., 1990, I, 2785 in relazione alla posizione della Siae (la Società italiana autori ed editori) e con riferimento al mercato delle opere tutelate dalla legge sul diritto d'autore, in virtù della riserva di cui all'art. 180, l. n. 63 del 1941. Le altre pronunce intervenute in materia sono Corte cost., 19 aprile 1972, n. 65, in *Foro it*., 1972, I, 1151; Corte cost., 3 aprile 1968, n. 25, *ivi*, 1968, I, 1111. Ai sensi dell'art. 180 l. n. 63 del 1941, l'attività di intermediario per l'esercizio dei diritti di rappresentazione, di esecuzione, di recitazione, di riadiodiffusione e di riproduzione meccanica e cinematografica di opere tutelate è riservata in via esclusiva alla Siae in vista della concessione, per conto e nell'interesse degli aventi diritto, di licenze e autorizzazioni per la utilizzazione economica di opere tutelate (an. 1); della percezione di proventi derivanti da dette licenze ed autorizzazioni (n. 2); della ripartizione dei proventi medesimi tra gli aventi diritto (n. 3).

[126] Corte cost., 15 maggio 1990, n. 241, cit.

contempo prevedere strumenti atti ad evitare un loro esercizio abusivo»[127]. Sebbene venga dato atto del *vulnus* di tutela, sotto il profilo amministrativo, dell'utenza nei confronti della Siae, la Consulta ritiene tuttavia infondata la questione di costituzionalità, in virtù dell'obbligo di contrattare nel caso del monopolio con il divieto di discriminazioni arbitrarie sancito dall'art. 2597 c.c., con le conseguenze previste dall'ordinamento.

Occorre giungere alla metà degli anni Novanta per assistere alla chiamata in causa del dovere di solidarietà *ex* art. 2 Cost., quale criterio di controllo delle costituzionalità delle norme in ambito contrattuale, in particolare da una pronuncia ove si affermava, in relazione allo specifico adempimento, che se l'interesse del creditore entra in conflitto con un interesse del debitore tutelato dall'ordinamento giuridico o dalla Costituzione come valore preminente o, comunque, superiore a quello sotteso alla pretesa creditoria, «l'inadempimento, nella misura e nei limiti in cui sia necessariamente collegato all'interesse di valore preminente, risulta giuridicamente giustificato»[128].

Il rapido *excursus* conduce ai tempi più recenti, quando la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sull'incostituzionalità della disciplina dei contratti dei consumatori, nella parte in cui non prevede la possibilità di estendere la tutela a soggetti che non rientrano nell'ambito applicativo della normativa, ma che sono posti in una situazione di debolezza analoga a quella del consumatore.

Un primo tentativo di ottenere, tramite una pronuncia additiva della Consulta, l'ampliamento dei soggetti qualificabili (e comunque tutelabili) come consumatori, ai fini dell'applicazione della disciplina sulle clausole vessatorie, era naufragato prematuramente, in ragione dell'insufficiente motivazione in punto di rilevanza della questione sollevata[129]. L'ordinanza di rimessione, infatti, non dava conto del perché la disciplina introdotta dall'art. 25 l. n. 52 del 1996 dovesse disciplinare un rapporto iniziato prima della sua entrata in vigore; inevitabile la decisione di manifesta inammissibilità[130].

---

[127] Corte cost., 15 maggio 1990, n. 241, cit.

[128] Corte cost., 3 febbraio 1994, n. 19, in *Giur. cost*., 1994, 136. Nella specie, un soggetto non poteva assolvere alla condizione posta dalla legge per continuare a beneficiare del contributo pubblico sul mutuo edilizio, consistente nell'occupazione effettiva, continuativa e stabile della propria abitazione, a causa dell'esigenza di assistere in altra città il proprio padre gravemente ammalato e incapace di una vita autonoma. Si trattava evidentemente di una fattispecie che poneva un'esigenza di contemperamento con il superiore dovere di solidarietà sociale, qualificato come «inderogabile» dagli artt. 2 e 29 della Costituzione, in grado di costituire una ragionevole giustificazione dell'inadempimento del predetto onere.

[129] Giud. di pace L'Aquila, ord. 3 novembre 1997, annotata da L. GATT, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, in *Giust. civ*., 1998, I, 2341.

[130] Cfr. Corte cost., ord. 30 giugno 1999, n. 282, in *Foro it*., 1999, I, 3118, con nota di A.

La Corte ha avuto modo, poco tempo dopo, di riprendere in esame la questione, dichiarandola infondata, con riferimento all'art. 1469-*bis*, comma 2, c.c.[131], nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane, in riferimento agli art. 3, 25, comma 1, e 41 Cost.[132] E ancora, con riferimento alla materia assicurativa, è ritenuta manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1469-*bis* c.c., nella parte in cui non include nella nozione di consumatore anche il beneficiario non contraente della polizza cumulativa infortuni stipulata dal datore di lavoro (in riferimento all'art. 3 Cost.)[133]. La ragionevole e dunque condivisibile posizione assunta dal Giudice

---

PALMIERI, *L'ibrida definizione di consumatore e i beneficiari (talvolta pretermessi) degli strumenti di riequilibrio contrattuale*.

[131] Disposizione all'epoca vigente, prima dell'entrata in vigore del codice del consumo, ove la corrispondente norma figura all'art. 33 cod. cons.

[132] Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it*., 2003, I, 332 (con note di A. PALMIERI, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte costituzionale*; A. PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*), argomenta muovendo dalla considerazione che la tutela del consumatore affonda le sue radici in un chiaro disegno di politica legislativa, volto a costituire il mercato unico europeo. È insegnamento consolidato, infatti, che la Costituzione di un mercato in cui si dissolvano i confini dei singoli stati nazionali, si può conseguire attraverso la rimozione delle asimmetrie informative e, in generale, la tutela di soggetti che si trovano in una posizione di debolezza nei confronti della controparte, per il fatto di non godere «delle necessarie competenze per negoziare». Secondo la Corte questi soggetti non possono che essere persone fisiche, giacché le persone giuridiche, «proprio per l'attività abitualmente svolta, hanno cognizione idonea per contrattare su un piano di parità».

In argomento, si segnala tuttavia anche Trib. Napoli, ord. 22 luglio 2002, in *Foro it*., 2003, I, 336, con nota di Palmieri A., e in *Corr. giur*., 2003, 658, per il quale non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1469-*bis* c.c., nella parte in cui non include nella nozione di consumatore anche il beneficiario non contraente della polizza cumulativa infortuni stipulata dal datore di lavoro, in riferimento all'art. 3 Cost. Sempre da Trib. Napoli provengono le ordinanze 21 novembre 2002, in *Corr. giur*., 2003, 657; 11 e 29 aprile 2003, in GU, 1ª s.s., n. 44 del 2002 e nn. 28 e 32 del 2003.

[133] In risposta alle menzionate ordinanze partenopee, Corte cost., ord. 16 luglio 2004, n. 235, in *Foro it*., 2005, I, 992, con nota di A. PALMIERI, *Alla (vana?) ricerca del consumatore ideale*, afferma che «il 2° comma dell'art. 1469-*bis* c.c. – nel quale, in relazione al contratto concluso con il professionista ai sensi del 1° comma, il consumatore viene definito come «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale» – è censurato, «nella parte in cui non include nella nozione di consumatore anche il beneficiario non contraente della polizza cumulativa infortuni stipulata dal datore di lavoro», con riferimento al profilo della irragionevole ed immotivata disparità di trattamento tra il consumatore, che abbia stipulato direttamente il contratto predisposto dal professionista, ed il beneficiario non contraente della menzionata polizza cumulativa infortuni; che – nei termini in cui sono stati prospettati, rispetto alle riferite vicende contrattuali, nelle quali (secondo l'assunto degli stessi rimettenti) i beneficiari sarebbero titolari di un autonomo e non derivato diritto ai vantaggi dell'assicurazione, trovandosi nel loro rapporto

delle leggi che, sulla scia di quanto in precedenza deciso dalla Corte di giustizia, si mostra riluttante ad ampliare il concetto di consumatore, si fonda sul corretto assunto secondo cui una nozione allargata sarebbe frutto di un'operazione ermeneutica arbitraria, che finirebbe per snaturare il sistema e non farebbe cogliere la diversità di contesti giuridici fra i contratti dei consumatori e quelli fra imprese, che pure possono reclamare tutela come "contraente debole". A riprova della differenza, in termini sia economici che giuridici, intercorrente tra le due macrocategorie di contratti, vien fatto di ricordare una delle tendenze della dottrina impegnata in materia di diritto dei contratti, che elabora l'idea di un c.d. "terzo contratto", dando vita a un un dibattito sulla rilevanza e sulle forme di tutela del contraente debole nei contratti fra imprese (di diversa forza contrattuale), con l'intervento giudiziale correttivo in senso riequilibrativo[134].
Quel che potrebbe destare meraviglia, semmai, è che la Corte costituzionale si sia lasciata sfuggire l'occasione per intervenire su un aspetto cruciale della tutela del contraente debole, ossia l'individuazione della sua base costituzionale, considerando che l'art. 41 Cost. esprime una norma ampia, idonea certamente a operare (anche) a favore del contraente debole, potendo costituire l'appiglio normativo per far assurgere la protezione del consumatore al livello della tutela di un bene/diritto personale non soltanto perciò rilevante sul piano patrimoniale. Soprattutto nell'attuale contesto culturale, in cui ferve il dibattito sulla giustizia contrattuale nei rapporti di diritto privato, l'atteggiamento tenuto dalla Corte potrebbe pertanto essere visto, in un certo senso, come un modo quasi interlocutorio – certamente cauto, ma non del tutto insensibile alle istanze

con l'assicuratore nella stessa posizione del contraente – i palesati dubbi di incostituzionalità si basano essenzialmente su un'apodittica affermazione dell'impossibilità di dare alla norma impugnata una diversa lettura; che l'assenza di altre argomentazioni al riguardo rivela come i rimettenti – non adempiendo l'onere gravante sul giudice che intenda proporre una questione di legittimità costituzionale – non abbiano previamente neppure tentato un'interpretazione della norma conforme a Costituzione (cfr., da ultimo, sentenza n. 229 del 2003, *id*., Re 2003, voce *Impiegato dello Stato*, n. 768; ordinanza n. 279 del 2003, *id*., 2004, I, 371); che a questo assorbente vizio di inammissibilità si correla la mancata qualificazione, in termini di esatta indicazione dei rischi effettivamente coperti, dei contratti di assicurazione in esame, genericamente definiti come «polizze cumulative contro gli infortuni professionali ed extraprofessionali stipulate dai datori di lavoro dei beneficiari». In argomento, si può rinviare alle considerazioni in F. MACARIO, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, cit., 852.

[134] G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv*., 2005, 743; ID., *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, cit., 313; G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (nota minime in tema di «abuso di autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv*., 2005, 285; G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit., 625; GITTI - VILLA (a cura di), AA.VV., *Il terzo contratto*, Bologna, 2007.

di giustizia sostanziale – per riflettere, nella sede più alta della giurisdizione, sulla consistenza di tali istanze nella cornice costituzionale dell'ordinamento.
La storia qui sinteticamente tracciata si conclude, almeno per il momento, con una recentissima vicenda, in cui la questione di legittimità, s'incentrava su una norma generale della disciplina dei contratti contenuta nel codice civile, ossia l'art. 1385, comma 2, c.c. nella parte in cui non dispone che il giudice possa equamente ridurre la somma da trattenere – a differenza di quanto è stabilito per la clausola penale dall'art. 1384 c.c., la legge non prevede espressamente la riducibilità in via giudiziale della caparra confirmatoria –, nell'ipotesi in cui il contraente che ha dato la caparra confirmatoria sia inadempiente (o quella pari al doppio da restituire, nell'ipotesi inversa in cui sia inadempiente il contraente che l'ha ricevuta), ove risulti la manifesta sproporzione o sussistano giustificati motivi[135].
Ancora una volta non è tanto il *decisum*, va detto subito, che rileva ai fini del discorso, quanto il modo in cui la Consulta ritiene inammissibile la questione, esprimendo due distinte ragioni per cui la motivazione del giudice *a quo* si presenta carente: (a) in primo luogo, il Tribunale rimettente avrebbe trascurato di «indagare compiutamente la reale portata dei patti conclusi dalle parti contrattuali, così da poter esprimere un necessario coerente giudizio di corrispondenza del *nomen iuris* rispetto all'effettiva funzione della caparra confirmatoria»; (b) in secondo luogo, il giudice rimettente non ha tenuto conto «dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta … un regolamento degli interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. Ciò in ragione della rilevabilità, *ex officio*, della nullità (totale o parziale) *ex* art. 1418 c.c., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost., (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il

[135] Cfr. Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it*., 2014, I, 382, la cui massima recita: «È manifestamente inammissibile, per carente motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza ed alla rilevanza, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, comma 2, c.c., nella parte in cui non dispone che il giudice possa equamente ridurre la somma da ritenere, nell'ipotesi in cui il contraente che ha dato la caparra confirmatoria sia inadempiente, o quella pari al doppio da restituire, nell'ipotesi inversa in cui sia inadempiente il contraente che l'ha ricevuta, ove risulti la manifesta sproporzione o sussistano giustificati motivi, in riferimento all'art. 3, comma 2, Cost.». Dall'ordinanza di rimessione Trib. Tivoli, ord. 10 ottobre 2012, in *Foro. it*., 2013, I, 1023 ss., si ricava che nell'ambito di un contratto preliminare di compravendita relativo ad un immobile, il promissario acquirente aveva consegnato una caparra confirmatoria di € 150.000,00, a fronte del prezzo complessivo pari a € 510.000,00. Nel rimettere la suddetta questione di legittimità alla Corte costituzionale, il Giudice di Tivoli ha rilevato il divieto di applicazione dell'art. 1384 c.c., alla luce del carattere eccezionale della norma.

canone della buona fede, cui attribuisce *vis* normativa, "funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato"». Per suffragare la suddetta interpretazione, la Corte costituzionale richiama alcuni notissimi precedenti della Cassazione (sui quali vi sarà modo di tornare). Attraverso il ricorso alle clausole generali e all'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti tra privati, sarebbe possibile ricavare una norma *ad hoc*, idonea a regolare il caso di specie ed evitare la declaratoria di illegittimità costituzionale di una normativa che *prima facie*, alla luce dell'analogo operare dell'istituto della caparra e quello della clausola penale, sembrerebbe porsi in contrasto con il principio di eguaglianza[136].

Va da sé che l'idea della nullità della clausola in esame per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost., relativo all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, che "entra direttamente nel contratto" non poteva non far discutere gli studiosi, suscitando tanto critiche sommarie (per lo più 'a caldo', in sede di commento alle ordinanze), quanto più meditate ed eleganti analisi sulla (autorevolmente asserita) applicazione diretta dei principi costituzionali, nella prospettiva dell'integrazione del contratto attraverso la fonte "legale" che non può non comprendere anche (e in primo luogo, si direbbe) le norme costituzionali[137].

Senza entrare nel merito della decisione e dell'agomentazione, è evidente la

---

[136] Tra gli altri, va segnalato, soprattutto per i richiami ad altre esperienze giuridiche sullo stesso tema, il commento di F. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ*., 2014, I, 685; ulteriori pregevoli commenti sono quelli di F. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in *Giur. cost*., 2013, 3770 e di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contratti*, 2014, 927. Pochi mesi dopo, nello stesso senso, appare la già ricordata l'ordinanza 'gemella' resa da Corte cost. n. 77/2014 (che in *Foro it*., 2014, I, 2036, è presentata con le note, diverse negli esiti ma soprattutto nel modo di affrontare il tema, di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*; R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*; G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*

[137] Il riferimento è al denso e raffinato saggio di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ*., 2015, 247, spec. 253 ss., ove si analizzano le forme e i limiti entro cui le norme costituzionali possono contribuire alla costruzione del regolamento contrattuale (attraverso la tecnica dell'integrazione *ex lege*), alla luce della necessaria distinzione tra principi e regole, negando che obblighi "integrativi" possano essere «individuati/individuabili *dal giudice* (necessariamente dopo la conclusione del contratto) sulla base di "principi costituzionali" di ampio e indeterminato contenuto [corsivi nel testo: n.d.r.]», dal momento che in tal modo «si apre la porta alla possibilità di creazione di obblighi (e di correlativi

distanza, apparentemente incolmabile, che sembra separare il modo in cui la Corte costituzionale affronta oggi la questione di costituzionalità – né semplice, né consueta, in quanto sollevata con riferimento a una disposizione del codice civile, tanto più in tema di contratto in generale – rispetto all'approccio che il Giudice delle leggi aveva mostrato nei decenni precedenti. In tal senso, anche il rapidissimo richiamo della giurisprudenza costituzionale in ambito di autonomia contrattuale appena fatto, può essere sufficiente a mettere in chiaro il radicale mutamento del clima culturale e della concezione del ruolo che il giudice può (o deve) assumere nel momento in cui sia in discussione una questione così rilevante quale il rapporto tra l'autonomia privata (come libertà di contrarre) e l'ordinamento costituzionale.

In tal senso, le recenti decisioni della Consulta in materia di riducibilità della caparra eccessiva non possono non far riflettere. In primo luogo, suscita interesse la "ricostruzione" del diritto dei contratti, sino alle sue pieghe più consolidate e tradizionali – lo dimostra il tema stesso del conflitto, relativo all'antico istituto della caparra confirmatoria –, a seguito di un'interpretazione (correttiva e) adeguatrice, proveniente dalla Corte costituzionale, che propone, a beneficio del giudice (comune), una regola sostanzialmente derivante dal combinato disposto dell'art. 2 Cost. e del principio (prettamente civilistico) di buona fede (con i suoi numerosi indici normativi proprio nel codice civile), che va a integrare la disciplina con una nullità virtuale del patto contrattuale (la caparra, nella specie) risultato iniquo per l'elevato importo[138]. In secondo luogo, ma in immediata connnessone al primo, indipendentemente dalla questione specifica e dalla relativa decisione in sede di giurisdizione comune e dunque

diritti) del tutto imprevedibili, e tali comunque da mettere in discussione qualsiasi assetto negoziale (anche se concordato in maniera del tutto corretta) che sia stato convenzionalmente pattuito» (268). In tal senso, con estrema coerenza, l'A. afferma la «impossibilità di considerare la (clausola generale della) 'buona fede' come una fonte di integrazione del contratto» (269). Si noterà che lo stesso A. aveva già criticato il ragionamento della Consulta nell'appena menzionato lavoro *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, cit., evidenziando la gravità delle conseguenze che potrebbe comportare, sul sistema del diritto contrattuale, l'idea (della violazione) del principio costituzionale – nel caso di specie, la "solidarietà sociale" *ex* art. 2 Cost. – quale criterio di validità e dunque presupposto della nullità virtuale di un contratto tra privati. Il tema viene ripreso, con ulteriori argomenti e spunti di approfondimento, dall'A., nel recentissimo contributo, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 443 (anche in G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, 93 ss.).

[138] E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, cit., 2037.

in applicazione stretta degli isitituti e dei criteri interpretativi del diritto civile – nello specifico, infatti, rimaneva aperta tanto la (ri)qualificazione del patto come (sostanziale) clausola penale[139], con la conseguente riducibilità della parte eccessiva derivante dalla norma espressa, quanto l'applicazione analogica della disposizione in materia di clausola penale che avrebbe consentito la riduzione della caparra eccessiva[140] – va sottolineato il valore del bilanciamento dei principi costituzionali che, affidato pur sempre alla sapiente e accorta opera interpretativa entro l'orizzonte di senso delle letture possibili secondo la norma data, acquista un nuovo e importante rango, attraverso l'interpretazione adeguatrice così condotta, in punto di diritto giurisprudenziale[141].

5. La valorizzazione dei principi costituzionali nella giurisprudenza di legittimità: un'evoluzione decisa e continua

È innegabile che la "rilettura" del codice civile alla luce della Costituzione, auspicata dalla migliore dottrina in tempi non sospetti, ha conssentito di superare l'atteggiamento di chiusura manifestato dalla giurisprudenza inizialmente (e anche, in un certo senso, pregiudizialmente) in ordine all'utilizzazione della clausola generale di buona fede[142]. Mediante il ricorso alle clausole generali, (in particolare, alla buona fede) ma anche ai principi costituzionali, a partire dagli

[139] Come accade in diversi altri ordinamenti, incluso quello tedesco: si veda, per l'approfondamento, F. PATTI, *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, cit., 696 ss.

[140] In tal senso, da ultimo, G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*, cit., 2047, anche se, con una recentissima sentenza della Suprema Corte questa possibilità è stata negata, con sommaria motivazione che non dà neanche conto delle appena ricordate pronunce della Corte costituzionale in direzione esattamente opposta, in considerazione della (pregiudiziale e non motivata) natura eccezionale della norma in tema di clausola penale: Cass., 30 giugno 2014, n. 14776.

[141] Per lo sviluppo di questa elaborazione concettuale, indotta dall'insolita apertura della Consulta, si veda ancora E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, cit., 2039.

[142] In questo contesto viene sovente ricordata Cass., 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro pad*., 1964, 1284, con nota (critica) di S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, quale esemplificazione della detta chiusura verso la precettività immediata del principio in esame, *ratio decidendi* contro la quale giustamente reagisce Stefano Rodotà, in coerenza con i suoi studi sul tema e in sostanziale anticipazione della già ricordata monografia sulle "fonti". Per un esame approfondito della giurisprudenza di quel periodo, si veda anche U. NATOLI, *L'osservanza dei principi generali e principi fondamentali davanti alla Corte di cassazione*, in *Scritti in memoria di Barillaro*, Milano, 1982, 345 ss.; dello stesso Maestro della scuola pisana, si vedano gli studi fondamentali *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle*

anni Novanta del secolo appena trascorso i giudici di legittimità iniziavano a dar vita all'evoluzione del "diritto vivente" dei contratti, sino a configurare in capo ai contraenti doveri di comportamento in funzione della correttezza, anche indipendentemente dal (se non, addirittura, in apparente contrasto con il tenore letterale del) regolamento contrattuale.

L'esperienza giurisprudenziale dell'ultimo ventennio dimostra che, in materia contrattuale, il richiamo alla legge fondamentale consente di fornire, per mezzo delle clausole generali (*in primis* quella che fa capo alla buona fede nell'esecuzione del contratto e nel rapporto obbligatorio), un'interpretazione del dato normativo in linea con gli indici assiologici della Costituzione. La sempre maggiore familiarità con le clausole generali nel raccordo con i principi costituzionali, a cominciare da quello fondamentale di solidarietà, denota l'ormai acquisita consapevolezza da parte dei giudici del loro ruolo anche «creativo» (e non meramente applicativo dello *ius scriptum*[143]).

In definitiva, e anticipando in parte le considerazioni all'esito dell'esame di alcuni dei casi più discussi in cui la Suprema Corte si è avvalsa della descritta tecnica interpretativa, l'applicazione delle clausole generali permette di valorizzare i diritti del soggetto, il quale operi in un determinato contesto socio-economico, indipendentemente, non soltanto dalla loro preventiva previsione e regolamentazione legislativa, ma anche dalle pattuizioni contrattuali in cui si esprime l'autonomia privata[144]. La tutela, che prescinde e può dunque anche superare sia il dettato legislativo, sia le dichiarazioni dei contraenti, è garantita

parti secondo le regole della correttezza, 1961, rist. 1993, in *Diritti fondamentali e categorie civilistiche. Scritti di Ugo Natoli*, cit., 669 ss.; ID., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, vol. I (prima ed. 1961), in *Trattato di diritto civile comm.*, 1984, Milano, 33 ss. Più di recente, in termini generali, M. GRONDONA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 727 (anche in AA.VV., *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, cit., 399).

[143] Si può ricordare in proposito l'auspicio che si legge nelle preziose pagine di R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, cit., VII, 247: «che i giudici sapessero servirsi in modo più penetrante di quanto di solito facciano, di questi principi del codice aperti ad esigenze morali e suscettibili di contribuire alla educazione civile anche nei rapporti giuridici». In ideale prosecuzione metologica, la più sensibile dottrina civilistica dei nostri giorni fa notare che le nuove tecniche interpretative della giurisprudenza pongono l'esigenza, in punto di metodo, di risolvere il «problema dell'individuazione dei valori», attraverso la ricerca di criteri che consentano il controllo del procedimento interpretativo fondato su principi generali.è il pensiero di N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 865 ss., il quale individua due criteri «per una corretta individuazione dei valori»: il criterio della «totalità», secondo cui l'interprete deve considerare l'esperienza giuridica nella sua globalità, e quello della «cronologia critica», in base al quale è necessario avere presente il contesto storico di riferimento.

[144] Ritiene del tutto correttamente che spesso l'uso delle clausole generali «è suggerito dalla

dal giudice in virtù dell'applicazione di un principio, la cui espressione scritta in una regola generale finisce per svolgere un compito di supporto ad una decisione che, in realtà, finisce per creare essa stessa la regola.

Sono certamente significative delle nuove tendenze le risalenti pronunce in tema di fideiussione «*omnibus*» e contratto autonomo di garanzia[145], ma un punto fermo dal quale si può muovere nel tentativo di ricostruire la recente vicenda giurisprudenziale dell'operatività del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, ormai regolarmente assistito (ed anzi supportato) dal richiamo al dovere di solidarietà *ex* art. 2 Cost., si riscontra in una vicenda contrattuale davvero atipica (che ha reso celebre la decisione della Cassazione come "caso Fiuggi")[146]. La clausola contrattuale (che nello specifico prevedeva il meccanismo di determinazione del prezzo), è considerata contraria al principio

---

necessità di "correggere" la soluzione a cui si perverrebbe in base all'applicazione di una norma specifica o del regolamento contrattuale, considerata ingiusta alla luce delle peculiarità del caso concreto», S. PATTI, *L'interpretazione delle clausole generali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 279.

[145] Cfr., ad esempio, Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it*., 1989, I, 2750, con note di A. DI MAJO, *La fideiussione* «omnibus» *e il limite della buona fede*, e di V. MARICONDA, *Fideiussione* «omnibus» *e principio di buona fede*, secondo cui l'art. 1375 c.c. consente al giudice di ritenere escluse dalla copertura fideiussoria le anticipazioni accordate dalla banca al debitore principale in violazione del principio di buona fede. Per quanto concerne i contratti autonomi di garanzia, si veda, tra le prime pronunce in materia, Cass., 11 ottobre 1987, n. 7341, *ivi*, 1988, I, 104, con nota di G. TUCCI, *Tutela del credito e validità della fideiussione* «omnibus», dalla quale in breve tempo fiorì un cospicuo numero di sentenze in tema di *exceptio doli*, da intendersi indiscutibilmente quale emblematicaespressione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto.

[146] La Cassazione ha reagito, nella specie, contro il comportamento scorretto del contraente che, titolare dei contratti per la conduzione ed esercizio delle concessioni relative a sorgenti di acqua minerale e per la locazione dei relativi stabilmenti termali, aveva dapprima ottenuto dal Comune la commisurazione del canone di concessione a suo carico al prezzo di vendita in fabbrica delle bottiglie – secondo un'anomala forma di relatio rimessa, sostanzialmente, alla determinazione unilaterale del prezzo di rivendita del prodotto – e, quindi, aveva mantenuto bloccato il suddetto prezzo di vendita, in modo da impedire al Comune l'adeguamento del canone nonostante la svalutazione monetaria. Si tratta del noto «caso Fiuggi», deciso dopo un'articolata vicenda giudiziaria, da Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ*., 1994, I, 2159, con nota di M. MORELLI, *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*; nonché in *Corr. giur.*, 1994, 566, con nota di V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, dove veniva rilevata la scorrettezza del concessionario (appropriatosi, in sostanza, della titolarità del diritto all'adeguamento del canone spettante al Comune) nel fatto che costui lucrava l'utile non sulla prima vendita, la quale aveva la sola funzione di mantenere fermo ed immutabile il canone, bensì sulla successiva distribuzione del prodotto realizzata, con altre società del gruppo, ai valori di mercato. Ma si veda anche Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. it*., 1993, I, 1, 2129, con

di buona fede che, mutuando le parole della Suprema Corte, «per il suo valore cogente, concorre a formare la *regula iuris* del caso concreto, determinando, integrativamente, il contenuto e gli effetti dei contratti e orientandone, ad un tempo, l'interpretazione e l'esecuzione»[147].

Se si vuole comprendere, in chiave di ricostruzione storica, il processo evolutivo in esame, occorre rilevare come la soluzione della Cassazione, da considerare senza dubbio innovativa rispetto al precedente orientamento rilevabile dalle decisioni di legittimità in punto di effettività della clausola generale di buona fede[148], fosse accolta con favore da uno studioso che successivamente, nella veste di giudice estensore e così, attraverso articolate e convinte motivazioni, segnerà alcune delle tappe più significative della successiva elaborazione giurisprudenziale[149]: a cominciare da un'assai nota sentenza, nella quale la Suprema Corte afferma, per la prima volta e in modo invero piuttosto inatteso, la riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva[150].

Al di là del risultato interpretativo, in questa sede interessa soprattutto la volontà della Corte di porre ben in evidenza il mutato atteggiamento della giurisprudenza che, in considerazione dei limiti dell'autonomia privata derivanti dalla clausola generale di buona fede e dal dovere generale di solidarietà, configura una sorta di potere di riequilibrio del contratto per opera del giudice. Il dato emerge in modo evidente in alcuni passaggi della decisione, in cui gli interpreti sono invitati a resistere «ad immanenti suggestioni della "dogmatica della volontà" come a risalenti riserve contro l'intervento del giudice nella "cittadella dell'autonomia

nota di G.L. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, secondo cui la violazione dell'obbligo di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni «che si fonda anche sul dovere di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 Cost. e che deve essere assolto secondo il principio di buona fede, comporta responsabilità contrattuale qualora non vengano adottati comportamenti che, seppure non siano espressamente previsti da alcuna norma specifica, debbano ritenersi ugualmente doverosi in relazione alle peculiarità del caso concreto».

[147] Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, cit.

[148] Si rivela preziosa l'indagine di F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983, 180 ss.

[149] Cfr. M. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale*, cit., 2173, il quale replica alle concezioni dottrinali che temono un uso eccessivamente discrezionale della clausola di buona fede, che con l'applicazione della clausola generale «il giudice non è infatti chiamato a volteggiare, senza rete, nei cieli dell'etica. Tutt'altro. Il suo compito segue una partitura quasi "a rima obbligata". Secondo l'A., nella realtà delle singole fattispecie contrattuali, il giudice «dovrà individuare quel minimo di cooperazione e solidarietà, all'un tempo irrinunciabile ed adeguato ad evitare lo sbilanciamento di interessi in contatto».

[150] Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it*., 2000, I, 1929, con nota di A. PALMIERI, *La riducibilità* «ex officio» *della penale e il mistero delle* «liquidated damages clauses»; in *Contratti*, 2000, 118 , con nota di G. BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*.

contrattuale"», e si constata il «tramonto del mito ottocentesco dell'onnipotenza della volontà e del dogma dell'intangibilità delle convenzioni»[151]. Riprendendo uno studio condotto in argomento, la Corte afferma l'efficacia diretta nei rapporti tra privati del dovere di solidarietà, desumibile dall'art. 2 Cost., il quale «in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, all'un tempo gli attribuisce una vis normativa e lo arricchisce di contenuti positivi, inglobanti obblighi, anche strumentali, di protezione della persona e delle cose della controparte, funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale, nella misura in cui questa non collida con la tutela dell'interesse proprio dell'obbligato»[152].

Si è già avuto modo di richiamare l'autorevole dottrina che, già negli anni Sessanta, ricostruiva i rapporti tra la solidarietà costituzionale e la clausola generale in questione, in modo difforme dalla civilistica più tradizionale[153], ritenendo dovesse riconoscersi al principio costituzionale «più un valore retorico-persuasivo che una funzione argomentativa fondante», in quanto la clausola generale non può non essere dotata di una sua autonoma effettività: essa «esprime già di per se stessa, come proprio fondamento etico, un dovere di solidarietà tra le parti del rapporto – nel senso specifico [secondo una locuzione spesso proposta dalla giurisprudenza] di dovere di ciascuna parte di assicurare

[151] Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, cit. Ad avviso della Suprema Corte la nuova lettura delle norme del codice civile ha inciso anche sulla questione della riducibilità della penale, la quale avrebbe per l'effetto «finito col perdere l'iniziale sua colorazione soggettiva per assumere connotazioni funzionali più decisamente oggettive, sì che la spiegazione della vicenda – come è stato osservato – appare ora spostata da una supposta tutela della volontà delle parti ad un interesse primario dell'ordinamento, valutandosi l'intervento riduttivo del giudice non più in chiave di eccezionalità bensì quale semplice aspetto del normale controllo che l'ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata». L'affermazione secondo cui il potere riduttivo del giudice configura una manifestazione del normale controllo che l'ordinamento statuale si è riservato su tutti gli atti di autonomia privata è tratta da E. MOSCATI, voce *Pena*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 785; ID., *Riduzione della penale e controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1784, il quale tuttavia non sembra aver assunto una precisa posizione sulla natura generale o eccezionale della norma che legittima la riduzione della penale.

[152] Cfr. M. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 3 ss., spec. 5. Nel senso invece che il dovere di solidarietà esige «la mediazione della legge», v. N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 189.

[153] Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 151 ss.; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 373 ss. Nel senso che l'art. 2 Cost. costituisce una direttiva fondamentale per l'attuazione degli istituti civilistici nell'ambito dei rapporti tra privati, già R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 909. Individua nel principio di solidarietà una «direttiva costituzionale alla specificazione giudiziale dell'equità», F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., 391 ss. Nella prospettiva indicata, muovendo da riflessioni ben connotate

l'utilità dell'altra nella misura in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a proprio carico»[154].

L'orientamento inaugurato dalla sentenza ha suscitato opinioni contrastanti in dottrina[155], ma all'esito di un dibattito che ha visto anche il contrasto giurisprudenziale interno alla Suprema Corte[156], ha ricevuto conferma dalle sezioni unite che, aderendo ad una visione oggettiva dell'equilibrio contrattuale, hanno affermato che il potere di controllo non risulta attribuito al giudice nell'interesse non già della parte, bensì dell'ordinamento, «per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela»[157].

La Suprema Corte ha poi sancito (con motivazione redatta dallo stesso estensore)

---

ideologicamente, si veda anche F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, cit., 175 ss., spec. 197 ss.

[154] Le espressioni citate sono di L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., 9, il quale conclude in merito al rapporto tra buona fede e dovere di solidarietà *ex* art. 2 Cost., affermando che «il contenuto assiologico della clausola della correttezza e della buona fede è sempre in grado, per chi sappia (e voglia) leggerla, di tradursi in giudizi di dover essere appropriati al caso concreto, senza bisogno di stampelle costituzionali».

[155] Cfr. soprattutto G.B. FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. giur.*, 2004, spec. 8 ss., il quale contesta in particolar modo la «filosofia» eccessivamente funzionalista dal quale – a parere dell'Autore – muoverebbero gli «inutili *obiter dicta*» di Cass. n. 10511 del 1999 ove, in definitiva, si afferma l'esistenza di un potere di intervento modificativo del giudice al fine di realizzare un «interesse oggettivo dell'ordinamento» (così l'inciso contenuto in Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, in *Dir. e giur.*, 2004, 104 ss.). Un giudizio positivo è invece offerto da F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr*., 2000, 925 ss., il quale rileva come la Suprema Corte abbia accolto una visione moderna del contratto, basata sulle concezioni oggettivistiche volte a garantire la congruità dello scambio contrattuale. In merito agli argomenti adoperati dal giudice di legittimità, cfr. anche gli ulteriori riferimenti dottrinali offerti da M. GRONDONA, *Buona fede e solidarietà; giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine di un* obiter dictum *della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. comm*., 2003, II, 242 ss. Nel medesimo periodo si esprime in senso contrario nei confronti di un generalizzato intervento del giudice, P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it*., 1999, 231: «in linea di principio … il giudice "non può mettere i piedi nel piatto" e modificare d'imperio le condizioni dello scambio, neppure quando lo faccia allo scopo di assicurare la "giustizia" sostanziale della transazione».

[156] Nel quinquennio successivo alla prima sentenza del 1999, la nuova interpretazione dell'art. 1384 c.c. veniva seguita soltanto da Cass., 23 maggio 2003, n. 8188, cit. In senso contrario, decisioni rese da diverse sezioni ritenevano di non poter prescindere da un atto di iniziativa del debitore: cfr. Cass., 30 maggio 2003, n. 8813, *Foro it*., Rep. 2003, voce Contratto in genere, n. 445; Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, *ibid*., n. 447; Cass., 5 agosto 2002, n. 11710, in *Contratti*, 2003, 336; Cass., 19 aprile 2002, n. 5691, *Foro it*., Rep. 2003, voce cit., n. 458; Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Foro it*., 2001, I, 2924.

[157] Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it*., 2005, I, 2985; in *Corr. giur.*, 2005, 1534 ss., con nota di A. DI MAJO, *La riduzione della penale* ex officio.

l'abusività (sotto il profilo processuale) della c.d. pratica del «frazionamento del credito unitario», consistente in una parcellizzazione della pretesa fatta valere nei confronti del debitore (effettuata in via contestuale o sequenziale), idonea a produrre nei confronti di quest'ultimo effetti pregiudizievoli, o comunque a peggiorarne la posizione: ad esempio, per il profilo del prolungamento del vincolo coattivo cui egli dovrebbe sottostare per liberarsi della obbligazione nella sua interezza, ove il credito sia nei suoi confronti azionato inizialmente solo *pro quota* con riserva di azione per il residuo[158]. Alla luce e nel solco delle decisioni indicate nelle pagine precedenti, nella motivazione si rileva «l'ormai acquisita consapevolezza della intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza, in ragione del suo porsi in sinergia con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce all'un tempo forza normativa e ricchezza di contenuti, inglobanti anche obblighi di protezione della persona e delle cose della controparte».

Non può non segnalarsi, inoltre, la celeberrima decisione, che ha riaperto il dibattito sull'abuso del diritto in materia contrattuale, pronunciandosi sul controllo giudiziale relativo all'esercizio del recesso *ad nutum* (convenzionalmente pattuito) da parte di una casa produttrice automobilistica nei confronti di un cospicuo numero di suoi concessionari, che hanno perciò fatto valere il carattere asseritamente abusivo del recesso[159]. La decisione ha suscitato, comprensibilmente, opinioni diverse tra gli studiosi impegnati a discutere e ridefinire le linee del nuovo diritto dei contratti[160], soprattutto alla luce dell'ampiezza argomentativa con cui la Suprema Corte ha ritenuto di motivare la

[158] Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it*., 2008, I, 1514, con nota di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, la quale fonda la decisione anche sul principio della «ragionevole durata del processo», di cui all'art. 111 Cost., in quanto il frazionamento del credito può produrre un effetto inflattivo riconducibile alla moltiplicazione di giudizi «per l'evidente antinomia che esiste tra la moltiplicazione dei processi e la possibilità di contenimento della correlativa durata». Sottolinea l'importanza del richiamo all'art. 111 Cost. per il superamento del precedente di segno contrario risalente alla nota sentenza delle sezioni unite n. 108 del 2000, M. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. civ*., 2008, II, 335 ss.; *contra*, ritenendo che, tra i parametri invocati, l'art. 111 Cost. «sembra quello meno influente», T. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il «ripensamento» delle sezioni unite*, *ivi*, 345 ss., spec. 349.

[159] Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it*., 2010, I, 85, con nota di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*.

[160] In proposito, si può rinviare, riassuntivamente, al volume che raccoglie alcuni commenti della sentenza (pubblicati sulle principali riviste giuridiche): a cura di S. PAGLIANTINI, *Abuso del*

decisione di cassare con rinvio una sentenza che, a dire dei giudici di legittimità, non avrebbe valutato se il recesso *ad nutum* contrattualmente previsto fosse stato in concreto esercitato (correttamente o, al contrario) abusivamente, in tal modo perseguendo il recedente fini diversi e ulteriori rispetto a quelli consentiti dall'ordinamento (è quasi testualmente una delle espressioni dell'articolata motivazione). Al centro dell'elaborato percorso motivazionale la Corte colloca appunto il concetto, tradizionalmente materia di dibattito tra i giuristi di ogni epoca, di abuso del diritto, chiamato ad operare come criterio decisivo per la soluzione di una delle più frequenti controversie nei rapporti tra imprese attive nel settore della distribuzione commerciale.

In virtù del tenore di alcuni passaggi, allo stato attuale se non altro, la sentenza può essere idealmente considerata una sorta di approdo dell'orientamento giurisprudenziale del quale si è dato conto. La Suprema Corte afferma, ad esempio, che «il controllo del giudice sul carattere abusivo degli atti di autonomia privata è stato pienamente riconosciuto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte di legittimità», poiché «il fine da perseguire è quello di evitare che il diritto soggettivo, che spetta a qualunque consociato che ne sia portatore, possa sconfinare nell'arbitrio». I supremi giudici hanno chiarito che «il problema non è politico ma squisitamente giuridico ed investe i rimedi contro l'abuso dell'autonomia privata e dei rapporti di forza sul mercato, problemi questi che sono oggetto di attenzione da parte di tutti gli ordinamenti contemporanei, a causa dell'incremento delle situazioni di disparità di forze fra gli operatori economici».

Oltre alle riportate affermazioni di principio, ricompare il riferimento al dovere di solidarietà[161], confermandosi, ancora una volta, l'ormai acquisita propensione della giurisprudenza di legittimità a far uso, nella *ratio decidendi*, dei principi

diritto e buona fede nei contratti, Torino, 2010. Nel senso che «i toni accesi» dei commentatori con riguardo alla sentenza in esame costituiscono una delle poche reazioni degli studiosi avverso la tendenza dei giudici «a farsi dottrina», assumendo uno stile «inutilmente "dottorale"», si veda F.D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al* revirement *della Cassazione sul danno da c.d. «nascita malformata»*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1527 ss.

[161] In particolare, meritano menzione i passaggi in cui la Corte dichiara che «[i]l principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve accompagnare il contratto nel suo svolgimento, dalla formazione all'esecuzione, e, essendo espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica di un bilanciamento degli interessi vicendevoli, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme specifiche» e se ne trae la conseguenza che «[i]l criterio della buona fede costituisce, quindi, uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo – anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento

costituzionali che, sotto il profilo interpretativo, si sostanziano in «criteri-forza cui ancorare, in chiave di valore, la soluzione concreta dei conflitti»[162], consentendo di operare attraverso il metodo del bilanciamento degli interessi (nel caso specifico, delle parti in fase di esecuzione del rapporto contrattuale).
Infine, merita un cenno l'intervento più recente della Cassazione, nel solco tracciato dalle richiamate decisioni, relativo alla valutazione come clausola vessatoria della pattuizione, presente nel contratto di assicurazione della responsabilità civile, che subordina l'operatività della copertura assicurativa alla circostanza che tanto il fatto illecito quanto la richiesta risarcitoria intervengano entro il periodo di efficacia del contratto o, comunque, entro determinati periodi di tempo, preventivamente individuati (c.d. clausola "*claims made*" mista o impura)[163]. La vessatorietà viene esclusa, ma la Suprema Corte ritiene che, in presenza di determinate condizioni, la clausola in questione possa essere dichiarata nulla per difetto di meritevolezza (ovvero, qualora sia applicabile la disciplina di cui al d.lgs. n. 206 del 2005, per il fatto di determinare, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto), con decisione del giudice di merito fondata su valutazione incensurabile in sede di legittimità.
Una prima premessa serve alla Corte per ribadire che il principio di correttezza e buona fede – cui si ritiene di affiancare l'equità, concetto giuridico evidentemente diverso, «quale parametro delle soluzioni da adottare in relazione a vicende non contemplate dalle parti (art. 1374 c.c.)» – in quanto «metro di comportamento per i soggetti del rapporto, e un binario guida per la sintesi valutativa del giudice, il cui contenuto non è *a priori* determinato», insieme alla «nozione di abuso del diritto, che ne è l'interfaccia» – sempre nelle parole della sentenza – svolgono ormai un ruolo fondamentale «in funzione integrativa dell'obbligazione assunta dal debitore, e quale limite all'esercizio delle corrispondenti pretese». Sicché è

degli opposti interessi». Cfr. E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 651 ss., secondo la quale alcuni *obiter dicta* della sentenza sull'«abuso del diritto» mostrerebbero i «segni del declino del metodo» del richiamo alla norma costituzionale nell'ambito dei rapporti contrattuali. Il frequente riferimento al dovere di solidarietà sembra adoperato per fondare interpretazioni innovative, volte a consentire interventi incisivi del giudice sul regolamento contrattuale. Sulla stessa linea, si veda Cass., 1 aprile 2011, n. 7557, in *Giur. it.*, 2012, 543 ss., la quale, nel valutare se un contratto atipico sia diretto a perseguire interessi meritevoli di tutela, utilizza come parametro le norme costituzionali per verificare l'equilibrio tra le prestazioni contrattuali.

[162] N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, cit., 865. Si veda, da ultimo, il denso saggio di E. SCODITTI, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali*, in *Giust. civ.*, 2018, 211.

[163] Cass., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foro it.*, 2016, I, 2014.

ben possibile che sia «più esattamente individuato, e per così dire arricchito, il contenuto del singolo rapporto obbligatorio, con l'estrapolazione di obblighi collaterali (di protezione, di cooperazione, di informazione) – afferma testualmente la Corte – che, in relazione al concreto evolversi della vicenda negoziale, vadano, in definitiva a individuare la *regula iuris* effettivamente applicabile e a salvaguardare la funzione obiettiva e lo spirito del regolamento di interessi che le parti abbiano inteso raggiungere». Un secondo assunto di fondo è quello inteso a ribadire che «la violazione di regole di comportamento ispirate a quel dovere di solidarietà ... in nessun caso potrebbe avere forza ablativa di un vincolo convenzionalmente assunto, essendo al più destinato a trovare ristoro sul piano risarcitorio»[164].

Con tali premesse, la Corte può così esprimersi sugli «effetti della valutazione di immeritevolezza», che, «esorbitando dall'area della mera scorrettezza comportamentale presidiata ... dalla sola tutela risarcitoria», si ritiene dotati di «carattere reale ... sull'abbrivio degli spunti esegetici offerti dal comma 2 dell'art. 1419 c.c. – prosegue la motivazione – nonché del principio, ormai assurto a diritto vivente, secondo cui il precetto dettato dall'art. 2 Cost. 'che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis normativa*' (Corte cost. n. 77 del 2014, e n. 248 del 2013), consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto (cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106; sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128)»[165].

Il richiamo al diritto vivente, rappresentato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale[166], non è senza significato, evidentemente, e perciò merita un'ulteriore riflessione. In primo luogo, appare più che evidente dal rapido

---

[164] Per scrupolo, si ricorda che, nella motivazione, vengono richiamate: Cass., 10 novembre 2010, n. 22819, in *Nuova giur. civ*., 2011, I, 355; Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618, in *Obbl. e contr*., 2010, 24; Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28056, id., Rep. 2008, voce *Obbligazioni in genere*, n. 69.

[165] Si deve notare che, con la recentissima decisione 19 gennaio 2018, in forma di "ordinanza interlocutoria", la terza sezione ha rimesso il ricorso al Primo Presidente, affinché sia valutata l'opportunità di investire della questione le sezioni unite della Cassazione, che dovrebbero stabilire se sia corretto il principio secondo il quale: «nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c., la clausola la quale stabilisca che la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito».

[166] Con le due già menzionate ordinanze 248/2013 e 77/2014, esplicitamente richiamate in

excursus giurisprudenziale – di cui anche i più strenui oppositori delle nuove tendenze giurisprudenziali dovrebbero prendere atto, dal momento che si tratta di impostazioni metodologiche che vanno sempre più radicandosi – il fatto che le clausole generali, un tempo considerate con sospetto, in quanto il loro uso avrebbe potuto incrinare l'ordine sistematico consegnato alla codificazione – per non parlare del rischio paventato, rispetto alle più sofisticate elaborazioni concettuali della civilistica, erede e custode della tradizione dogmatica[167] – possono ormai essere ritenute lo strumento giuridico più incisivo per garantire la «giustizia contrattuale» nel caso concreto, anche grazie al sempre più frequente aggancio al principio di solidarietà costituzionale (inizialmente valorizzato, s'è detto, dalla sola dottrina, e a ben vedere soltanto da una sua parte più avanzata e coraggiosa, rispetto ai tempi)[168].

In secondo luogo, l'impossibilità di governare la realtà giuridica grazie all'apparato di regole legali formali prestabilite, le quali operino fissando i confini della "fattispecie", della quale da tempo ormai si denuncia con rassegnazione la crisi[169], si lega all'esigenza di ricorrere, con sempre maggiore frequenza e ampiezza applicativa, alle clausole generali, la cui elasticità consente di tutelare soggetti che si trovano in una situazione non espressamente disciplinata dalla legge – si tratta, in tal senso, di situazioni non rappresentabili nella "fattispecie" predeterminata, nei termini sufficientemente precisi come la logica della fattispecie richiederebbe – e che, nondimeno, vengono riconosciuti titolari di diritti preesistenti e comunque indipendenti dal dato letterale dell'enunciato legislativo[170].

motivazione: Corte cost. n. 77 del 2014, in F*oro it*., 2014, I, 2035, e n. 248 del 2013, *ibid*., 382.

[167] Non è certo un caso – ancor meno l'esito di un'imperdonabile dimenticanza – che nell'opera didattica che ha formato un'intera generazione di studenti e poi studiosi civilisti, ossia le *Dottrine generali del diritto civile* di Francesco Santoro-Passarelli, il tema non sia sostanzialmente trattato, essendo stato ritenuto, evidentemente, irrilevante ai fini della ricostruzione delle categorie e dei concetti rilevanti nel diritto civile.

[168] Il tema della «giustizia contrattuale», affrontato negli ultimi anni in numerosi contributi (si possono qui ricordare soltanto esemplificativamente, almeno, G. ALPA, *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, cit., 39 ss.; F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impr. Europa*, 2005, 509 ss.; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir*., 2007, 451 ss.), ha assunto un rilievo tale da aver spinto all'elaborazione di un'apposita voce enciclopediche: si veda, ad esempio, R. SACCO, voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. civ.*, Agg., Torino, 2012, 534 ss.

[169] Si veda, in tempi recenti, il meditato saggio di N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc*., 2014, 41; nonché dello stesso A., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ*., 2014, 36; e ancora, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ*., 2015, 11.

[170] Potrebbe essere considerata un'esemplificazione abbastanza emblematica, nella vicenda

6. Una considerazione conclusiva sull'attuale "diritto giurisprudenziale" in ambito di autonomia privata

L'*excursus* giurisprudenziale sin qui condotto induce a svolgere una considerazione conclusiva, muovendo dal significato e dal valore del bilanciamento dei principi costituzionali che, affidato alla sapiente e accorta opera interpretativa – purché quest'ultima si svolga entro l'orizzonte di senso delle letture possibili, secondo la norma data –, acquista un nuovo e importante rango, attraverso l'interpretazione adeguatrice così condotta, in punto di autentico «diritto giurisprudenziale»[171].

Si può ritenere che il messaggio della Consulta, inquadrato – non soltanto temporalmente, s'intende – nel più ampio percorso evolutivo della Corte di legittimità, qui sommariamente delineato, finisca per incoraggiare la formazione di un diritto giurisprudenziale al passo con i tempi: non soltanto come diritto proveniente dalle Corti – di per sé dotato, da almeno un trentennio, di una particolare autorevolezza e rilevanza, avendo acquisito quella priorità che per secoli, nella tradizione civilistica, era stata riconosciuta alla sola 'fonte' dottrinale –, ma anche e soprattutto come una manifestazione giurisdizionale, ossia di *ius dicere*, non limitata (o, ancor peggio, inibita) dal testo della disposizione di legge, da intendere (e di conseguenza applicare) senza concedere alcun margine alla necessaria attività ermeneutica, talvolta definita «creativa»[172], ma, proprio per questa aggettivazione, ancor oggi autorevolmente avversata[173]. Una

giurisprudenziale esaminata, la tendenza manifestatasi (e che invero potrebbe ulteriormente svilupparsi) in seno alla giurisprudenza di merito, a riconoscere, in forza della clausola generale di buona fede, l'obbligo di rinegoziare le condizioni del contratto in presenza di un mutamento rilevante della situazione di fatto o di diritto, rispetto a quella contemplata dal regolamento originario: gli ambiti delle controversie sono diversi ed eterogenei, come dimostrano Trib. Bologna, 24 aprile 2013, inedita; Trib. Bari, ord. 31 luglio 2012, in *Foro. it*., 2013, I, 375 ss.; Trib. Bari, ord. 14 giugno 2011, in *Contratti*, 2012, 571; Trib. Ravenna 11 maggio 2011, in *Dir. maritt*., 2013, 642.

[171] Per lo sviluppo di questa elaborazione concettuale, indotta dall'insolita e, soprattutto, inattesa apertura della Consulta, si veda ancora E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, cit., 2039.

[172] Si noti, tuttavia, quanto scrive, all'esito della riflessione e del tutto correttamente, G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007, 53, a proposito della giurisprudenza costituzionale: «Se essa, così spesso, ci appare creativa di diritto, è solo perché il nostro punto di vista è, malgrado tutto, un punto di vista parziale che coincide con l'identificazione del diritto con la legge. Una volta che la prospettiva cambi e si arricchisca – continua l'A. –, la creatività, sempre sospetta agli occhi del positivista legalista, cederebbe il passo alla più adeguata idea della costruzione del diritto come realtà complessa».

[173] Sul punto, fondamentali punti di partenza per la riflessione che qui si è tentato di sviluppare,

prospettiva, quella in cui si porrebbe l'interprete difensore del formalismo, che rischia di sconfinare in una manifestazione gius-positivistica estremizzata, spesso ancora oggi immaginata (del tutto illusoriamente, come si vedrà) in termini di baluardo per la "certezza" del diritto, mentre, a ben vedere, la stessa finisce per provocare, al contrario, l'incertezza e lo smarrimento dell'interprete, di fronte alla problematicità (se non ambiguità) con cui si presenta il diritto vivente[174].

Sembrerebbe questo il caso proprio della questione giuridica da ultimo considerata – decisa dal Giudice delle leggi, s'è detto, nel senso dell'inammissibilità – della caparra ritenuta eccessiva. Con una singolarissima coincidenza temporale, infatti, dopo pochi mesi dalla ricordata decisione della Consulta, la Cassazione ha affrontato il tema e, senza fare alcun riferimento – circostanza altrettanto singolare, per non dire inspiegabile – alla recentissima decisione della Corte costituzionale, ha ritenuto corretto confermare quello che viene considerato come l' "orientamento" della Cassazione (affidato peraltro ad alcune decisioni, piuttosto risalenti), nel senso dell'irriducibilità della caparra[175].

Al di là della risposta alla specifica questione[176], è stridente la diversità d'impostazione metodologica nel ragionamento della Cassazione e della Corte costituzionale: la prima rivolta e anzi ancorata (se si preferisce, 'incatenata')

in considerazione del grande spessore culturale e argomentativo della trattazione, oltre che dell'autorevolezza degli studiosi, sono i contributi di N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, cit., e, all'opposto per l'impostazione metodologica e le conclusioni, di L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, 4.

[174] Per una magistrale trattazione del tema, interamente ripensato, con particolare riferimento alla cultura e agli indirizzi metodologici della civilistica, si veda il saggio di N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1115 ss.

[175] Ciò è avvenuto, con Cass., 30 giugno 2014, n. 14776, in *Foro it.*, 2015, I, 1040 (con nota critica dello scrivente: *La (ir)riducibilità della caparra (eccessiva) e il (mancato) dialogo tra le corti*) in ragione della «diversità tra le due figure [che] giustifica la scelta del legislatore di riferire alla sola riduzione della penale il potere del giudice di incidere sulle pattuizioni delle parti. Né può ritenersi che la norma dell'art. 1384 c.c. … – prosegue la motivazione – sia applicabile analogicamente oltre l'ambito di detta clausola, trattandosi di norma la quale, come ha già avuto modo di statuire questa corte, ha carattere eccezionale …». Ritiene la Suprema Corte che «la disposizione dell'art. 1384 c.c., contemplando l'attribuzione al giudice del potere di incidere in un caso del tutto peculiare sulle pattuizioni private e di modificare il relativo contenuto, è norma che fa eccezione alla regola generale, immanente al sistema e formalmente sanzionata nell'art. 1322 c.c., che impone il rispetto dell'autonomia contrattuale dei privati, e, consequenzialmente, non è passibile di applicazione analogica a situazioni diverse da quella in essa specificamente previste».

[176] Prospettata, s'è detto, dalla Consulta nel senso dell'invalidità, con la veste della nullità, della clausola, argomentabile con il supporto argomentativo della "solidarietà sociale" *ex* art. 2 Cost.,

al passato e ad assunti argomentativi da molto tempo superati[177]; la seconda, invece, proiettata in un futuro tutto da esplorare, da verificare e, in ultima analisi, da costruire, con la razionalità e la cautela che ogni discorso giuridico innovativo impone (in primo luogo, ragionando sulla singolare, quanto meno, assunzione dell'invalidità dell'atto o del patto per violazione di una regola di comportamento, come del resto ha fatto la più attenta dottrina[178]).

La morale che potrebbe trarsi dal confronto (e, soprattutto, dal mancato dialogo tra le Corti[179]), se per un verso smentisce in modo piuttosto eclatante la fondatezza del timore che possa affermarsi una forma di interventismo giudiziale, di tipo vagamente 'paternalistico', pronto a invadere aule di giustizia, e di conseguenza, raccolte di giurisprudenza con applicazioni dirette del dovere di solidarietà costituzionale lesive del principio di autonomia[180], al pari del rischio che al diritto "scritto" vada ad affiancarsi un diritto di tipo appunto "giurisprudenziale" (che si ritiene temibile, in quanto si assume che possa fondarsi sull'equità[181]), per altro verso induce a ritenere che la fiducia

che in fondo avrebbe potuto trovare una soluzione, pur sempre senza scomodare il Giudice delle leggi, anche attraverso la più lineare applicazione analogica dell'art. 1384 c.c. (che prevede espressamente la riduzione, quando la penale risulti eccessiva) alla caparra confirmatoria In tal senso, il ragionamento di G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*, cit., 2047, in sintonia con studi più risalenti (cfr. ad esempio A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, 287), ma anche recenti (F. PATTI, *Caparra confirmatoria e riduzione giudiziale*, in *enciclopediatreccani.it*.).

[177] Si veda anche la critica svolta da E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, cit., 1272, la quale correttamente stigmatizza tale impostazione rigidamente formalista, considerandone le potenziali conseguenze in termini di «nuove fughe, magari scomposte, verso una maggiore giustizia sostanziale».

[178] Cfr. *supra*, nt. 137 e 138.

[179] Sul punto, ci si permette di rinviare al commento di chi scrive, *La (ir)riducibilità della caparra (eccessiva) e il (mancato) dialogo tra le corti*, cit.

[180] Cui si riconosce, in dottrina, la tutela forte offerta, non soltanto dall'art. 41 Cost., ma anche dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con una forma di «garanzia che si frappone ad interpretazioni capaci di minacciare l'essenza e l'esistenza stessa dell'istituto contrattuale». In questi termini, da ultimo, E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, cit., 1270; della stessa A., *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 666; nonché L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologia e principi, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Milano, 2014, 609.

[181] G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, cit., 936, il quale paventa l'esito "eversivo" del ragionamento in termini generali, nel senso che tale diritto "giurisprudenziale" all'insegna dell'equità possa sentirsi legittimato a «derogare al primo [quello scritto, fondato sulla legge, n.d.r.] ogni qualvolta le caratteristiche del caso concreto segnalino come "ingiusto" l'esito che in base ad esso dovrebbe essere sancito»; dello stesso A., *Ancora su buona fede e abuso del diritto – Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 2011, 653.

riposta dalla giurisprudenza costituzionale nella capacità del giudice comune di costruire soluzioni coerenti – s'intende quanto alla *ratio decidendi*, non certo al *decisum*, che deve scontare e riflettere le particolarità del caso concreto – con gli attuali scenari del sistema in evoluzione e, al tempo stesso, in linea con l'esigenza di realizzare costantemente il bilanciamento dei principi, su cui lo stesso sistema si fonda e dai quali trae la sua linfa vitale, non sia per nulla scontata.

Il (mancato, nel caso di specie) dialogo tra le Corti evidenzia che la posta in gioco, evidentemente, è il ruolo e forse la stessa concezione del "diritto vivente", che esprime una 'storia' radicata anche nel nostro ordinamento e, più in generale, nel pensiero dei giuristi. Legato al «risveglio della coscienza ermeneutica dei giuristi», dei primi decenni del Novecento e «all'allargamento dei loro interessi scientifici agli studi di sociologia del diritto»[182], il concetto di *lebendes Recht*, al di là delle perplessità mostrate da una pur autorevole dottrina agli albori della giurisprudenza della Corte costituzionale[183], è stato accolto da altra parte della dottrina, quale espressione del «diritto vigente come interpretato e applicato dalla giurisprudenza»[184].

Nel rapporto con la disposizione di legge, è altresì ben noto che il diritto vivente, se non trova la sua espressione in testi normativi, «è pur sempre determinato dalla legge, sebbene – si aggiunge, e qui si manifesta la peculiarità rilevante – non soltanto da essa»[185]. La contrapposizione fra diritto vigente (inteso come derivante dalle sole fonti formali) e diritto vivente (secondo l'originaria prospettazione di matrice sociologica di Ehrlich) rischia di confondere la

[182] L. MENGONI, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 141 ss., e già *Diritto vivente*, voce del *Dig. civ.*, VI, Torino, 1990, 445 ss., sulla scia dell grande sociologo del diritto Eugen Ehrlich, il quale nel 1920 distingueva, nel trattare il tema dei rapporti, fra "*Gesetz und lebendes Recht*", mentre nella dottrina italiana l'espressione sembrerebbe accolta fra i primi da A. SCIALOJA, *La sistemazione scientifica del diritto marittimo*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, 4, benché l'idea di fondo sia piuttosto quella della cosiddetta "*law in action*", idealmente contrapposta a quella di "*law in books*", secondo la nota prospettazione di R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, in *44 American Law Rev.*, 1910, 12 ss.

[183] Ad esempio, M. MAZZIOTTI, *Osservazioni all'ordinanza n. 128 del 1957*, in *Giur. cost.*, 1957, 1226; successivamente, A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente». Genesi, uso ed implicazioni*, Milano, 1994, 5.

[184] L. MENGONI, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, cit.; sul versante costituzionalistico, A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e «diritto vivente»*, cit.; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, I, 1148; ID., *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 89.

[185] L. MENGONI, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, cit., 148.

prospettiva descrittiva con quella prescrittiva (riprendendo un'obiezione originariamente prospettata da Kelsen), e, per altro verso, di svalutare la risalente tradizione del «diritto giurisprudenziale»[186]. Nondimeno, la dottrina in esame ha svolto un ruolo decisivo nel superamento dell'identificazione (indubbiamente di tipo positivistico-ottocentesco) della norma con il testo di legge e nello sviluppo del «principio ermeneutico che al testo riconosce solo un valore euristico per la ricerca della regola di decisione»[187].

In questo senso, il diritto vivente va a identificarsi con la stessa "norma applicata", non (soltanto) in chiave descrittiva (di quanto è già accaduto), ma (anche e soprattutto, nella riflessione più genuinamente giuridica) in funzione prescrittiva (ossia di regola vincolante per la decisione di controversie future), posto che con tale qualificazione si riconosce (e si tende, di conseguenza, a conservare) alla norma «forza di modello unificante delle applicazioni a nuovi casi»[188]. In gioco è così la stessa dimensione ermeneutica – se si vuole, al livello della teoria generale del diritto – che viene in tal modo autorevolmente sintetizzata: «la formula del diritto vivente investe il rapporto tra il giudice e la legge sintetizzando il problema della partecipazione dell'interprete alla formazione del diritto e la connessa esigenza di (relativa) stabilizzazione delle sue applicazioni»[189].

Nella prospettiva più propriamente procedurale, l'idea si risolve in un onere di argomentazione, nel senso che al giudice che «intende rompere la continuità con i *praeiudicia* incombe l'onere di giustificare la pretesa di superamento con argomenti seri e adeguati»[190]. In questo modo, non si realizza una frattura

[186] Si tratta del c.d. *Richterrecht*, spesso chiamato in causa dalla dottrina tedesca, che invece non ricorre, dopo l'insegnamento di E. Ehrlich, con frequenza alla formula del "diritto vivente", ossia *lebendes Recht* (L. MENGONI, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, cit., 151, nt. 32); in argomento, per ricostruire storicamente lo scenario culturale, non può prescindersi dalle densissime pagine di A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, 6 ed. ampliata, Milano, 2008, spec. 142 ss., trattando delle «tendenze antiformalistiche del sociologismo giuridico», che tendono a collocare la realtà giuridica nel costume e nei fatti sociali, ponendo così i fondamenti teorici per lo sviluppo della moderna sociologia del diritto.

[187] L. MENGONI, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, cit., 149, secondo il quale interrogarsi sul diritto vivente significa porsi un problema di ermeneutica giuridica afferente proprio ai rapporti tra il giudice e la legge.

[188] L. MENGONI, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, cit., 150.

[189] L. MENGONI, *ibid*.

[190] L. MENGONI, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, cit., 153, il quale si rifà, come del resto tutti coloro i quali hanno affrontato il tema, a T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc*., 1957, 351, 357, anche in *Problemi giuridici*, I, 144, nonché *In tema di interpretazione della legge*, *ibid*., 157, in relazione al vincolo

con il diritto (vivente) precedente, ma si produce piuttosto quell'evoluzione fisiologica dell'ordinamento che si affida all'operato e all'apporto innovativo dell'interprete, in particolare del giudice, superando il rischio dell'appiattimento sull'intervento del legislatore, ma anche sulle tralatizie affermazioni generali (e spesso generiche, come si è avuto modo di notare, a proposito del *dictum* di Cass. 14776/2014)[191].

Da un altro, non lontano (e anzi, si direbbe, complementare) punto di vista,

---

della "continuità", quale limite alla libertà dell'interprete che trova, in ogni caso, nel sistema ossia nella coerenza sistematica il requisito non eludibile dell'argomentazione giuridica.

[191] La Cassazione discorre di «difformi indirizzi ermeneutici, peraltro, più che fronteggiarsi (come in taluni momenti pur è avvenuto) in termini di radicale contrasto sul piano sincronico, hanno tendenzialmente, piuttosto, espresso, in prospettiva diacronica, un'evoluzione, per aggiustamenti successivi, di una linea interpretativa, sostanzialmente unitaria nelle sue premesse di fondo, secondo la dialettica di formazione del diritto vivente» (così Cass., sez. un., 23 aprile 2001, n. 172, in *Foro it*., 2002, I, 151). Si ricorderà che la formula compare in numerose decisioni, dopo il suo esordio nel 1974 (con Corte cost. 19 giugno 1974, n. 176, in *Giust. civ.*, 1974, III, 348 e 27 dicembre 1974, n. 286, in *Foro it*., 1975, I, 262, l'affermazione del concetto avviene con la sentenza 30 luglio 1980, n. 143, in *Giur. cost*., 1980, I, 1203), tanto nella motivazione, quanto talvolta anche nelle massime; ma si rinvengono espressioni simili, come ad esempio "Costituzione vivente" (si afferma che «il valore costituzionale della terzietà ed imparzialità del giudice indubbiamente già acquisito nella 'Costituzione vivente' e nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale»: così Corte cost., ord. 167/2001), o ancora "norma vivente" (V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir*., XIII, Milano, 1964, 207), tutte riferibili all'idea, ben esplicitata anche dalla Corte, secondo la quale «l'interpretazione della disposizione legislativa è essenzialmente compito del giudice, a tutti i livelli: avendo invece la corte la funzione di porre a confronto la norma, nel significato comunemente ad essa attribuito, con le disposizioni della Costituzione, per rilevarne eventuali contrasti e trarne le conseguenze sul piano costituzionale» (Corte cost,. 28 maggio 1975, n. 129, in *Foro it*., 1975, I, 2178). Si può dire che sia una convinzione ferma quella per cui «le norme vivono nell'ordinamento nel contenuto risultante dall'applicazione fattane dal giudice» (Corte cost., 8 aprile 1976, n. 75, in *Giur. cost*., 1976, I, 457), che trova di volta in volta conferma e consolidamento in concetti ed espressioni quali: «l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione» (Corte cost., 27 giugno 1997, n. 206, in *Foro it*., 1997, I, 3466); «un approdo interpretativo pressoché incontrastato in giurisprudenza» o una «soluzione interpretativa collaudata tra i giudici» (Corte cost., 3 aprile 1997, n. 77, in *Foro it*., 1997, I, 977); «la norma che effettivamente vive nella concreta realtà dei rapporti giuridici» (Corte cost., 23 maggio 1995, n. 188, in *Foro it*., 1996, I, 464); e ancora, il «concreto atteggiarsi delle norme secondo un ormai cristallizzatosi quadro interpretativo del sistema … assetto ermeneutica … divenuto parte integrante della disciplina positiva» (Corte cost., 15 marzo 1996, n. 71, in *Foro it*., 1996, I, 1944). Senza dimenticare, peraltro, che la Corte aveva sempre tenuto a ribadire la necessità della contestualizzazione attuale della regola da ricavare in sede interpretativa e applicare al caso concreto, nel senso che «la disposizione di cui trattasi deve essere interpretata, al fine di accertarne la legittimità costituzionale, non nel sistema in cui essa storicamente ebbe nascimento, bensì nell'attuale sistema nel quale vive» (Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8, in *Foro it*., 1956, I, 1050).

le nuove forme di valorizzazione dei "principi" (che esigono l'attenta e per nulla scontata opera di bilanciamento) non rappresentano in alcun modo tendenze eversive sul piano normativo, dal momento che il radicamento dei principi nell'ordinamento è garantito dal loro riferimento all'impianto e alle disposizioni normative costituzionali (se si preferisce, ci si può riferire ai "valori" riflessi nella legge fondamentale)[192]. Sembra che nella giurisprudenza vada maturando, in questo senso, l'idea, pienamente da condividere ad avviso di chi scrive, che i principi consentono di dare risposte immediate alle nuove istanze di tutela, talvolta in modo che potrebbe apparire poco ortodosso – si ricordano, ancora una volta, le critiche dottrinali piovute sul recente intervento della Corte costituzionale in materia di riducibilità della caparra –, sacrificando il presunto rigore dei procedimenti ermeneutici tradizionali (*in primis*, con il ricorso all'analogia, come nel caso già ricordato della caparra eccessiva), a vantaggio della mobilità ed evoluzione dello stesso sistema, che dai principi e dalle clausole generali trae, in fin dei conti, la sua linfa vitale[193].

Se è difficile che nei principi possa trovarsi, in via immediata, la riposta allo specifico conflitto d'interessi, è indubbio che l'affermazione di una giurisprudenza illuminata dai principi finisce per rappresentare un forte stimolo per il giurista – *in primis*, ma evidentemente non soltanto, il giudice – a non rimanere acriticamente vincolato a soluzioni e ricostruzioni collaudate e radicate nella tradizione, fornendo piuttosto il suo contributo nel processo di formazione della norma attraverso la via giurisdizionale, con la valorizzazione di tutti i possibili (e verosimili) dati ed elementi argomentativi, per tentare di offrire una lettura razionale e razionalizzante del sistema (che, si sa bene, è sempre in movimento e perciò in continua evoluzione). Al centro del discorso è, innegabilmente, la stessa funzione e l'esercizio dell'attività giurisdizionale, in ambito di diritto privato ma, in particolare, nella materia del contratto e dell'autonomia negoziale in genere, peraltro destinata a occupare aree sempre più ampie nei rapporti tra privati[194].

[192] Il tema, anche in questo caso, richiederebbe un adeguato approfondimento che non può svolgersi in questa sede; converrà pertanto rinviare all'analitica trattazione svolta da G. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, cit., con ampi riferimenti bibliografici, sulla equivalenza o distinzione tra "principi" e "valori", in riferimento al tema dell'effettività delle clausole generali (e alla loro posizione tra "regole" e "principi").

[193] Tra i più recenti e significativi contributi sul tema nella prospettiva più ampia, ma anche con riferimento alle questioni al centro della presente riflessione, ossia alle vicende giurisprudenziali relative al contratto, si veda N. LIPARI, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 27.

[194] Come significativamente mostra il campo delle relazioni familiari *lato sensu* intese. Sarebbe

Un'ulteriore considerazione merita, tuttavia, anche l'opera di razionalizzazione della norma nel sistema nel momento in cui sia chiamata in causa la dottrina (con quanto può conseguire nella stessa impostazione degli studi e dell'insegnamento del diritto, tanto nelle aule universitarie, quanto in sede di aggiornamento professionale). In tal senso, senza volersi addentrare in una riflessione di estrema complessità e ampiezza, l'esigenza primaria è quella di fornire al legislatore le basi concettuali per l'emanazione di (nuove) norme, talvolta affidate alla laboriosa e faticosa opera di codificazione o "ricodificazione" del diritto privato, considerando, per un verso, l'emersione di nuove esigenze, per altro verso la tradizione di pensiero formatasi sul fondamento di categorie, concetti, nozioni e "sistemazioni" di discipline radicatesi nel tempo e via via assimilate in diversi ordinamenti. Le recenti esperienze, maturate in diversi e tra loro lontani ambienti giuridici, di riordino di singoli settori o dell'intero diritto civile "codificato" sono lì a dimostrarlo.

Se è vero che appare oramai superata la stagione in cui giuristi, certamente tra i più illuminati e sensibili all'evoluzione del diritto nell'inscindibile rapporto con la società civile, auspicavano una "legislazione per principi"[195], e che, per altro verso, è innegabilmente arduo immaginare di poter rinvenire nei principi

sufficiente considerare l'area delle "unioni civili" e la regolamentazione negoziale dei contratti o patti sulla convivenza (si vedano le preziose riflessioni in ambito specifico di contratti di convivenza, di L. BALESTRA, *Convivenza more uxorio e autonomia contrattuale*, in *Giust. civ.*, 2014, 133 e ivi tutti i necessari riferimenti; in chiave anche comparatistica, si veda anche G. OBERTO, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive in Italia e in Europa*, Padova, 2012). Che il grande tema dei rapporti tra tutela della persona e disciplina del contratto sia particolarmente complesso da trattare al livello dell'attività legislativa, in tal modo confermando la necessità del supporto del diritto di fonte giurisdizionale, in termini di "giurisprudenza per principi", lo dimostra del resto il recentissimo intervento sui contratti di convivenza, che non riesce ad andare oltre alcune prescrizioni su forma e contenuto dei patti tra conviventi in termini di poco più che "istruzioni per l'uso", senza affrontare i nodi più spinosi della materia, che fanno capo alla problematica dei limiti di validità delle pattuizioni con cui s'intendono regolare *ex ante* – come accade, evidentemente, in ogni contratto – le conseguenze della cessazione della convivenza, in ipotesi tanto di decisione (o "recesso", per rimanere al dettato legislativo) unilaterale, quanto di decesso del partner (ci si permette di rinviare alle considerazioni svolte, in modo più ampio e articolato, dallo scrivente in *Nuove norme sui contratti di convivenza: una disciplina parziale e deludente*, in *www.giustiziacivile.com*).

[195] Si veda la celebre "prolusione" (maceratese, del 1966) di S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Napoli, 2007, con una preziosa "prefazione" intitolata *Quarant'anni dopo*, ove nel tracciare quello che riduttivamente definisce "un bilancio sbrigativo", l'A. sottolinea che "una piccola battaglia è stata vita. Le clausole generali – continua l'A. – sono divenute un elemento stabile del panorama giuridico", mentre, per altro verso, «[l]a forza delle cose […] impone una attenzione continua per il ruolo del giudice, tramite necessario per concretizzare principi e clausole generali».

la risposta per la soluzione della controversia, senza transitare attraverso il dato normativo in concreto applicabile, appare parimenti indiscutibile che i principi – *in primis*, evidentemente, quelli espressi o implicati dalle norme costituzionali – abbiano definitivamente superato la tradizionale diffidenza dell'interprete, trovando sempre più frequente applicazione nella *ratio decidendi* delle corti, in sede tanto di merito quanto di legittimità.

Potrebbe essere sufficiente, in tal senso, richiamare ancora la nota vicenda (tutta giurisprudenziale, invero) della formula riassunta nell'espressione "abuso del diritto", per rendersi conto di come l'argomento – difficilmente si può discorrere di principio in senso stretto, ancorché si sia in presenza di un concetto riconducibile alla logica dei principi, con un'apparente vaghezza, che esige una forte e circostanziata aderenza alla specificità della vicenda giuridica in esame – abbia fatto presa sull'attività giurisdizionale delle nostre corti[196].

Le considerazioni sin qui svolte – a mo' di conclusioni anche se, a ben vedere, esse potrebbero schiudere un orizzonte d'indagine tutto da scrutare – finiscono per richiamare il grande, nonché complesso, tema delle fonti, nell'affrontare il quale non si possono certo trascurare le premesse provenienti dalla prospettiva storica, posto che lo storico del diritto ci ricorda il suo ruolo di "coscienza critica" (dello studioso del diritto vigente), non esitando a denunciare la «crisi dello statalismo e dello sclerotico sistema delle vecchie fonti», nell'auspicio che si recuperi, in tal modo, il carattere ordinativo e la funzione ordinamentale del diritto, con un maggiore ascolto della «voce complessa della società, voce che viene dal basso», in termini sostanzialmente antitetici rispetto alla tradizione gius-postivistica e all'esasperazione legalistica e statalistica ottocentesca[197]. I connotati della c.d. "pos-modernità" vengono individuati nell'attuale "crisi" del sistema tramandato, ma anche nella ricerca di un "ordine" futuro, in uno scenario di "disordine": «[o]ggi – afferma l'illustre A. – non si parla tanto di fonti al plurale, quanto di una pluralità disordinata: i fatti tendono a imporsi sul piano giuridico, infischiandosi dei filtri segnati puntigliosamente in decrepiti testi inattuati e inattuabili»[198]. Difficile non convenire con le espressioni, come sempre di grande immediatezza e incisività, testualmente riprese dagli scritti di

[196] N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto*, cit.

[197] P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, 2005, 54 ss.

[198] P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, 112 ss., il quale conclude tuttavia positivamente, e dunque in tono fiducioso, ricordando il compito del giurista, «oggi indubbiamente faticoso e può darsi che lo assalga lo sgomento generato dall'incertezza, dalla fluidità, dalla complessità. È più facile nuotare in uno stagno immobile – con espressione metaforica colorita e plastica – che in una corrente rapida e vorticosa. L'essenziale è irrobustirsi i muscoli» (117).

Paolo Grossi, che fotografano una cruda realtà, sulla quale l'ostinazione delle difese svolte in nome del positivismo giuridico non sembra riuscire ad apportare alcun effetto benefico[199].

Nella difficoltà di affermare come sia – e, cosa ancor più complessa, come dovrebbe essere – il giurista dei nostri giorni, secondo i modelli teorici conosciuti e collaudati[200], il dato certo, di cui oggi si può e si deve assumere consapevolezza, andrebbe colto nell'esigenza di trovare i modi e le forme di una (non certo semplice) convivenza, tra il carattere tecnico-formale, che al diritto è stato per molto tempo riconosciuto nella cultura giuridica europea, quale espressione della tradizione giuridica occidentale – assai lontano, evidentemente, dalle diverse impostazioni tradizionali, etiche e religiose, tipiche di altri sistemi e mondi giuridici – e la vocazione del diritto a perseguire obiettivi di giustizia sostanziale, riferibile (non già ad aspirazioni o a vagheggiati ideali, bensì) a un apparato ormai molto sviluppato di tutele e diritti della persona, quale risultato del costituzionalismo moderno novecentesco[201].

[199] Per una rassegna di riflessioni, da parte di alcuni tra i più autorevoli civilisti del nostro tempo, sul ruolo attuale della cultura gius-positivistico, nell'ambito di una tavola rotonda (intitolata: "La 'grande dicotomia': diritto positivo-diritto naturale"), svoltasi in occasione dell'attribuzione della laurea *honoris causa* al prof. Angelo Falzea, dall'Università di Siena (il 6 marzo 2006), si veda la raccolta dei contributi, AA.VV., *Oltre il "positivismo giuridico"*. In onore di Angelo Falzea, a cura di Sirena, Napoli, 2011; raccolta introdotta dalla relazione di A. FALZEA, *Complessità giuridica*, ove il grande Maestro messinese svolge le sue considerazioni sul rapporto tra la scienza giuridica e la teoria della complessità (nata in ambito matematico e poi applicata alle scienze della materia e della vita), poi pubblicate anche in forma di "voce" enciclopedica, negli *Annali* dell'*Enciclopedia del diritto*.

[200] È noto che, in astratto le opzioni che al giurista si pongono sono, anche in questo caso in estrema e riduttiva sintesi, quelle: (a) della pura esegesi della disposizione, assumendola nella sua frammentarietà, isolabilità e, soprattutto, nella sua vigenza assicurata dal rispetto dei procedimenti di produzione della norma e dunque dalla sua validità formale; (b) all'opposto, quella dell'ermeneutica, ove rileva in primo luogo il contesto (normativo e non solo), ossia i modi in cui i fatti si rapportano alla disposizione normativa, secondo il sentire comune della società in cui il precetto è destinato a operare, così incorporando tutto quanto sia caratterizzato dall'effettività in un dato contesto sociale; (c) in una diversa dimensione, si colloca la tendenza a concedere spazio alla creatività dell'interprete, libero di attribuire alla disposizione normativa il senso che appaia adeguato alle circostanze e al raggiungimento di un dato risultato "di giustizia".

[201] Anche in questo caso, è davvero illuminante, ma si sarebbe tentati di dire imprescindibile, la lettura delle pagine di A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., spec. 36 ss. (secondo capitolo), ove si confrontano le concezioni del valore giuridico come "valore ideale" e, rispettivamente, come "valore reale".

Per un diritto sostenibile

Ciro Caccavale
Notaio in Ercolano
Associato di Diritto commerciale, Università di Napoli "Parthenope"

A fronte di una evoluzione del sistema che muove verso il pieno riconoscimento della forza ordinante dei principi e dei valori e la esaltazione della libertà di autodeterminazione della persona, si percepisce anche una pressante tendenza verso una sempre maggiore compressione di tale libertà.
Lo scritto si prefigge di focalizzare questa preoccupante controtendenza, allo scopo, essenzialmente, di offrire spunti per un futuro dibattito sull'argomento, che appare oramai impellente.
Le ragioni di apprensione per lo stato di salute dell'autonomia privata dipendono da molteplici fattori: tra questi, si segnalano, in particolare, il processo, che è in atto, di promozione al massimo grado dell'omologazione dei comportamenti e di intensificazione dei controlli, con l'imposizione, da un lato, di sempre crescenti incombenze e divieti; dall'altro, di obblighi di trasparenza verso l'apparato sempre più pervasivi.
Nella stessa direzione dello svilimento dell'autonomia privata spinge pure la pretesa del legislatore di regolamentare, a vari livelli, ogni momento della vita di relazione e la crescente instabilità dei sempre più numerosi provvedimenti normativi.

In face of a system that has evolved to the point of fully recognizing the ordering power of principles and values and hailing a person's freedom of self-determination, a crucial tendency to increasingly restrict this freedom can also be perceived.
The paper focuses on this disturbing tendency and essentially aims to provide insights for a much-needed debate on the topic.
The causes for concern about the viability of private autonomy stem from many factors. Some such factors include the current process of maximizing the standardization of behaviours and escalating controls while increasing obligations and prohibitions on the one hand and enhancing burdens of transparency towards the legal system on the other.

Other elements undermining private autonomy are the legislators' claim to regulate all moments of interpersonal relationships at various levels and the increasing instability of the ever more numerous regulatory measures in the field.

Sommario: 1. La valorizzazione del potere di autodeterminazione delle persone e i segnali di una controtendenza in atto. – 2. La portata generalizzante della nozione di autonomia privata e la necessità di differenziare i suoi referenti. – 3. La standardizzazione dell'agire e l'intensificazione dei controlli. – 4. La iper-responsabilizzazione dei professionisti: in particolare dei professionisti dei settori giuridici e dei notai. – 5. La incessante produzione di norme. – 6. La parossistica instabilità delle leggi. – 7. La dilatazione della sfera di condivisione, con l'apparato, di dati e informazioni sul proprio agire. – 8. L'insensibilità del diritto tributario alle ragioni dell'autonomia privata. – 9. Il rischio della vanificazione del pluralismo economico. – 10. La capacità di discernimento e la consapevolezza delle scelte. – 11. Le ragioni dell'ottimismo e un finale auspicio.

1. La valorizzazione del potere di autodeterminazione delle persone e i segnali di una controtendenza in atto

La maggiore complessità della società del Novecento rispetto a quella delle epoche precedenti si è tradotta, nella dimensione giuridica, (anche) nella maggiore complessità del sistema delle fonti; divenuto poi ulteriormente articolato per l'intensificazione, su diversi piani, delle relazioni internazionali, e l'appartenenza del nostro Paese alla Unione europea (precedentemente, alla Comunità dalla quale l'Unione ha avuto origine).

Il carattere multiforme della società, nel quale si ravvisa una specificità dell'epoca post-moderna, che concorre a distinguerla da quella, precedente, della modernità, negli ultimi anni si è vieppiù accentuato e il processo in atto ha preso ad intensificarsi con ritmo sempre più accelerato.

Il sistema delle fonti di produzione del diritto si presenta oggi come una articolata rete di fonti.

Non si tratta soltanto del proliferare di istituzioni decentrate, ma anche della coesistenza, con le fonti nazionali (statali e interstatali), di fonti internazionali e sovranazionali che in misura sempre più significativa producono diritto fuori dallo Stato.

Soprattutto, si è sancito il crollo del mito del legislatore quale unico produttore del diritto e, quello, ad esso ancellare, della concezione del diritto come sistema puro ed astratto di precetti, che si legittimino in quanto siano riconducibili alla volontà popolare espressa nel Parlamento.

La necessità di dare ordine ad una realtà socio-economica poliedrica e in continuo mutamento ha determinato, da un lato, la valorizzazione del ruolo ordinante dei corpi intermedi, dall'altro, la (ri)conquista alla produzione del diritto della stessa fattualità. Intesa, poi, ora, come contesto socio-economico in cui l'esperienza giuridica si realizza, con il suo carico di consuetudini e tradizioni radicate nella storia di un popolo; ora, come i fatti in sé, che nel loro continuo accadimento, reclamando la soluzione che più gli si addice, mettono in moto relazioni tra regole, principi e valori, che, invece, prima che il fatto accada, monchi dell'evento che dà loro sostanza, restano incompiuti e, inermi, si limitano a coesistere senza interagire[1].

La fattualità (ri)conquista un ruolo centrale tra le fonti di produzione del diritto per il tramite della forza ordinante, conseguita grazie soprattutto agli interventi della Corte costituzionale, dei principi e dei valori, i quali rinviano (appunto) alla dimensione metagiuridica della esistenza e delle relazioni umane.

Già nel codice civile muovono in tal senso le clausole generali: tuttavia queste sono rimaste a lungo marginali e, in definitiva, vivificate nel tempo dalla nuova prospettiva costituzionale.

Invero, è proprio l'ancoraggio alla Costituzione che consente di evitare che il pluralismo e l'eterogeneità delle fonti si traduca in insanabile frammentazione del sistema ordinamentale, e la forza ordinante della fattualità degeneri in arbitrio dell'interprete.

Deve essere ben chiaro, avverte Pietro Perlingieri, che «i valori ai quali si deve far riferimento nell'opera difficile di costruzione, di distruzione e di ricostruzione del sistema sono dunque quelli giuridici», per intendere i quali «è necessario far riferimento alla norma vivente», sebbene «con la consapevolezza che essa va non soltanto applicata, ma creata, modificata nel continuo scontro di gruppi di pressione e di ideologie, ognuno dei quali tende ad attribuire alla norma significati diversi»[2].

Di qui l'ulteriore e diversa puntualizzazione che la «… considerazione dell' "ordine naturale delle cose" non deve mai degenerare in arbitrio "sociale" (dell'interprete), né essere disancorato o, peggio, contrario all'assiologia ordinamentale»[3].

È di tutta evidenza che il progressivo avanzamento della società civile sullo

[1] Per gli insegnamenti di P. PERLINGIERI sulla rilevanza del fatto nell'interpretazione assiologica sia sufficiente, in questa sede, rinviare a *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2001, spec. 212 ss. e 227 ss.

[2] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 166.

[3] G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 24.

Stato diviene condizione ideale per lo svolgimento dell'autonomia privata.
Questa, comunque, per essere adeguatamente implementata in tutta la sua potenzialità, implica, nel nuovo contesto, uno sforzo di partecipazione, al farsi del diritto, da parte dell'interprete – in primo luogo la dottrina, ma anche gli operatori pratici, senz'altro i giudici e lo stesso notaio – ben superiore a quella tradizionalmente richiestagli.
Nel farsi del diritto un ruolo di primo piano Paolo Grossi riconosce infatti alla «forza creatrice» che spetta «alla scienza giuridica, alla giurisprudenza pratica, o al lavoro professionalmente alto di avvocati e notai culturalmente e tecnicamente ben forniti»[4].
È pure richiesta, in definitiva, una più solida consapevolezza dell'esperienza giuridica da parte dei soggetti tutti che al diritto devono ricorrere.
Finalmente pare consacrata la conquista di un ruolo da protagonista da parte di coloro che all'attuazione dell'ordinamento partecipano in prima persona e dei destinatari stessi dei suoi precetti[5].
I giuristi che, nell'epoca moderna («la cui acme si colloca tra Settecento e Ottocento»), imperando allora la credenza che solo la volontà dello Stato «potesse rappresentare ed esprimere la volontà generale», furono sottoposti: «a una brutale evirazione», in quanto fu loro sottratto il ruolo di «interpreti (ossia mediatori fra il testo immobile e il divenire dei fatti)», mentre gli fu lasciato «il rango basso di esegeti, di meri servitori della norma», si riappropriano dunque – evidenzia ancora Paolo Grossi – della loro più alta dignità[6].

V'è che oggi l'interprete è «chiamato a combinare le disposizioni, anche di derivazione diversa … a comporre gli interessi ed a bilanciare i valori secondo un'interpretazione assiologica, rispettosa della peculiarità dei casi e del sistema nella sua totalità, nella certezza che nessuna fonte può prospettarsi come autosufficiente, essendo parte di un complesso di principi e di regole»[7], al cui vertice come si è detto è collocata la Carta costituzionale, ai cui valori fondanti anche il diritto di fonte europea deve essere subordinato[8].
Prospettiva, bisogna riconoscerlo, non priva di ragioni di apprensione, per l'impegno e lo sforzo che richiede al giurista, epperò entusiasmante e avventurosa.

---

[4] P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma – Bari, 2015, 29.
[5] Sul processo di produzione del diritto nell'epoca post-moderna, cfr. anche A. PUNZI, *Diritto certezza sicurezza*, Torino, 2017.
[6] P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., IX, 4 e 24; sulla contrazione del ruolo della legge, cfr. N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 87 ss.
[7] P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, 45.
[8] P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e identità nazionali*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 530 ss.

L'acquisita consapevolezza della forza ordinante dei fatti e l'idea che l'atto di privata autonomia possa concorrere esso stesso alla creazione del diritto, perché, reclamando la soluzione che meglio gli si addice, innesca l'interazione tra regole, principi e valori, colloca senz'altro sul piano più elevato il potere di autodeterminazione della persona.

E il rapporto della persona con l'ordinamento appare improntato alla massima armonia quando si assume che lo Stato della post-modernità abbia oramai accettato di non essere più l'unico detentore del potere di produrre il disciplinamento giuridico delle vicende umane.

In tal guisa il diritto cessa di essere un (monolitico) corpo di comandi imposti dall'alto, ma diviene, torna ad essere, più vitale fenomeno ordinante, che si alimenta nel suo dispiegarsi dell'apporto di fonti plurime ed eterogenee, anche espresse dal basso e dalla società civile, inclusa la fattualità bella e buona: le tradizioni radicate nella storia di un popolo e/o i fatti nei loro concreti accadimenti.

Una riprova che la Storia non è giunta alla sua fine (come si pretendeva invece di sostenere in un noto saggio dei primi anni novanta) e continua a evolvere verso nuovi e più elevati stadi.

Tuttavia la Storia non procede mai in modo compatto e lineare, ma lo fa deviando ora qui ora lì ed evolve tra ostacoli e rallentamenti; a volte indietreggia per poi muovere in avanti con maggiore lena: sotto gli occhi, Paolo Grossi ci pone infatti un nuovo che avanza e che nondimeno si mescola ancora con il vecchio[9].

Già questa constatazione dovrebbe essere sufficiente ad avvertirci che il processo evolutivo in atto non è univoco e che, alla tendenza che muove verso un sistema che sempre più privilegi l'autodeterminazione, qua e là si frappongono resistenze e attriti. Da rilevare v'è però qualcosa in più: lo svolgersi, cioè, di un processo che muove addirittura in controtendenza.

Al divisato orientamento di valorizzazione dell'autodeterminazione se ne contrappone addirittura uno di segno opposto, che spinge verso il ridimensionamento della sfera di libertà delle persone. E si tratta di un orientamento che sta agendo con forza e intensità progressive.

Di esso si parla poco. I giuristi, per lo meno, non sono portati a darne una compiuta sistemazione. Lo si percepisce, verosimilmente, in alcune sue singole manifestazioni ma si stenta a ricondurle ad unità e riguardarle come momenti, per l'appunto, di una complessiva tendenza.

L'attenzione è tutta presa dal divenire del diritto come strumento di regolamentazione più aderente alla realtà socio-economica e alle singole vicende

[9] P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 30.

dell'esperienza esistenziale, con i loro particolari bisogni, esigenze, aspirazioni: istanze di volta in volta uguali ad altre emerse e però sempre, almeno un po', differenti.
Di contro, mi pare inequivocabile, che nel mentre lascia intendere di promuovere autonomia e autodeterminazione, a livello dei singoli individui o delle collettività organizzate, il sistema, in via diretta o indiretta, opera anche verso una loro grave compressione; verso un preoccupante ridimensionamento della sfera di libertà e di autodeterminazione delle persone.
Si tratta di svelare, dunque, prendendone coscienza, un fenomeno che in altri ambiti del sapere, diverso da quello giuridico, pare avvertito con maggiore consapevolezza.

2. La portata generalizzante della nozione di autonomia privata e la necessità di differenziare i suoi referenti

Credo che sia d'obbligo una preventiva puntualizzazione.
Quando si discute dell'autonomia dei privati e dello stato della loro libertà di autodeterminarsi, non ha senso riferirsi all'autonomia *tout court*: questa è una categoria generalizzante e astratta, priva di riferimenti nel mondo reale.

È troppo evidente, perché occorra impegnarsi a darne qualche dimostrazione, che altro è la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore, altro è la libertà di compiere atti negoziali (magari occasionali) per soddisfare propri bisogni personali. L'autonomia in campo patrimoniale è mossa da istanze non coincidenti con quelle sottese all'autonomia in campo familiare; di certo il potere di regolare i nostri interessi quando si è in vita è cosa ben diversa dal potere di decidere quale dovrà essere la sorte della nostra rete di relazioni per il tempo in cui avremo cessato di esistere.
Ancora diverso è il potere di autonomia di una multinazionale rispetto a quello di un operatore economico locale; di un grande imprenditore o, invece, di un imprenditore piccolo; degli uni o degli altri, da un lato, e dell'uomo comune, dall'altro.
Ora, se si può essere fiduciosi che la libertà di autodeterminarsi dei potentati economici e finanziari goda di ottima salute, più preoccupante sembra invece lo stato di salute di quello di tutti gli altri.
Le considerazioni che seguono saranno essenzialmente rivolte, pertanto, allo stato di salute della libertà di autodeterminazione dell'ordinario imprenditore (piccolo ma anche medio), del comune professionista, dell'uomo qualunque.

Sia detto da subito: niente che abbia la pretesa della sistematicità o della esaustività, ma considerazioni di taglio eminentemente impressionistico, che si auspica possano semmai offrire lo spunto per un dibattito futuro e un successivo svolgimento di più approfondite riflessioni.

3. La standardizzazione dell'agire e l'intensificazione dei controlli

È diffusa tra filosofi e sociologi l'idea che il sistema spinge verso la promozione di un elevato livello di omologazione tra le persone, che è intesa come valore del quale il processo evolutivo in atto necessita di alimentarsi in grado sempre più elevato.

«Non è dunque possibile – osserva Umberto Galimberti – vivere nella nostra epoca se non con condotte massificate, cioè omologate al sistema che ci tiene in vita. Nessuna epoca storica, per quanto assolutista o dittatoriale, ha conosciuto un simile processo di massificazione, perché nessun sovrano assoluto e nessun dittatore era in grado di creare un sistema di condizioni d'esistenza tali da far sì che l'omologazione fosse *l'unica possibilità di vita* …»: invero, «… poiché la tecnica e l'economia globale che la sostiene non concedono altri mondi possibili, possono fare a meno della coercizione e ottenere spontaneamente quel *sacrificio dell'individuo* che nelle epoche passate era il tratto dei martiri, degli eroi e delle stesse masse rivoluzionarie che rifiutavano di conformarsi»[10].

Già solo la constatazione che nel tempo presente ogni originalità tende ad essere vista come distonica rispetto alle ragioni del progresso socio-economico, dovrebbe mettere in allarme sulla evoluzione della capacità delle persone di effettivamente autodeterminarsi: di autoregolamentarsi cioè secondo le proprie istanze più autentiche e genuine.

A parte i guasti che derivano dal serrato processo di omologazione cui le coscienze sono sottoposte, occorre considerare, poi, le istanze di controllo che ad esso sono sottese. Il governo della complessità sociale necessita di un controllo sempre più pervicace da parte della struttura burocratica e la sua intensificazione porta con sé anche un sempre più fitto reticolo di regole e procedure, assistite da miriadi di sanzioni e automatismi applicativi, grazie ai quali le opzioni del diritto divengono sempre più spesso rigide e insensibili alla realtà delle cose e del tutto sorde alla specifica considerazione che di volta in volta le vicende umane reclamano.

---

[10] U. GALIMBERTI, *I vizi capitali e i nuovi vizi*, Milano, 2016, 80.

Di ciò il giurista non può non cogliere le implicazioni sulla libertà personale di autodeterminarsi.
Gli spazi di libertà vengono riempiti continuamente da nuove regole legali, corroborate immancabilmente da nuove sanzioni; da oneri e obblighi da adempiere.
La tendenza che viene promossa, e assecondata a ritmo crescente dalla legislazione degli ultimi anni, è quella di circondare pressoché ogni attività, e i più disparati momenti dell'esperienza esistenziale della persona, di sempre nuove incombenze e nuovi divieti.
Si può dire che abbia preso corpo oramai un vero e proprio diritto delle incombenze, talché preoccupato del gravoso peso che le persone sono costrette a sopportare, uno studioso stigmatizza il fenomeno per il quale ogni singola persona va di fatto trasformandosi in funzionario dell'apparato[11].
Al Nobel per la letteratura, Saul Bellow, nel suo romanzo forse più famoso, bastano poche parole per imprimerci nel cuore l'immagine della condizione dell'uomo (che già allora percepiva) in balia di una disumanizzante organizzazione sociale: «In una città. In un secolo. In transizione. In una massa. Trasformato dalla scienza. Sotto il potere organizzato. Soggetto a tremendi controlli. In una condizione determinata dalla meccanizzazione». «In una società» – aggiunge – che non ha più «niente della comunità».

Ognuno dei divisati compiti e divieti può risultare funzionale – ma non sempre – alla realizzazione di interessi meritevoli. Epperò, la meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso l'imposizione di pesi e incombenze non può costituire l'unico parametro di valutazione della loro legittimità o opportunità.
Gli invocati criteri della proporzionalità e della adeguatezza, da intendersi come funzionali alla realizzazione di una autonomia sana e autentica[12], devono tradursi anche nella sostenibilità del peso in sé delle regole e questo, a sua volta, non può essere ponderato, in modo miope, con riguardo a quelle compattate in ogni singolo istituto, ma deve essere apprezzato considerandosi in modo sincretico l'insieme delle regole tutte alle quali ogni singola esistenza è assoggettata.
Non si può prescindere, se non si voglia che la vita diventi invivibile, dal considerare il livello massimo della sostenibilità dei compiti e divieti cui le persone possono essere assoggettate, per perseguire interessi generali e superiori.
L'antropologo Marc Augè rileva che «lo spettacolo del mondo globalizzato ci

---

[11] U. GALIMBERTI, *I vizi capitali e i nuovi vizi*, cit., 79.
[12] Chiaro ancora una volta il riferimento agli insegnamenti di P. PERLINGIERI, del quale tra i numerosi contributi sul tema, cfr. *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 560 ss., e *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss.

pone ... davanti a una serie di contraddizioni che hanno tutta l'apparenza della falsità», tra queste la «contraddizione tra l'esistenza proclamata di uno spazio continuo e la realtà di un mondo discontinuo nel quale proliferano i divieti di ogni genere»[13].

Incombenze e divieti, oggettivamente difficili da rispettare tutti assieme, appaiono a volte addirittura incomprensibili: per lo meno incomprensibile ne appare il loro fine ultimo.

La sensazione di essere manchevoli o in difetto, a causa di inadempienze che in una certa misura risultano necessitate, e rispetto alle quali stentiamo dunque a considerarci veramente colpevoli, è sempre più diffusa: la kafkiana vicenda del povero Josef K., che «qualcuno doveva aver calunniato», poiché «senza che avesse fatto alcunché di male una mattina venne arrestato», esprime con vivezza e intensità uno stato d'animo più che mai ricorrente.

La questione coinvolge di certo l'intera sfera esistenziale delle persone: senz'altro anche la dimensione giuridica dell'esistenza e la libertà delle persone di effettivamente curare i propri interessi nel modo che sentono più congruo e confacente.

Vale aggiungere, dall'angolazione del diritto, che le persone, poiché per lo più di diritto non sono esperte, nella sistemazione dei loro interessi giuridici si avvalgono di professionisti che a vario titolo le assistono, le consigliano, le indirizzano nelle scelte.

Ebbene, la tendenza che si è messa in evidenza, di sovraccaricare l'agire umano di incombenze, muove in senso opposto a un sano svolgimento dell'autonomia privata anche per le sue negative ripercussioni sull'esercizio delle professioni legali.

Dovrebbe apparire chiaro che l'affastellamento delle incombenze, l'incremento a dismisura delle conseguenti preoccupazioni e responsabilità, non solo sviano l'attenzione di ciascuno dai suoi stessi obiettivi principali, ma hanno come effetto immediato anche quello di sviare l'attenzione e le energie del professionista dai compiti che essenzialmente ne fondano il ruolo.

Quanto in particolare al notaio, sarebbe ipocrita non riconoscere che gli sforzi organizzativi sempre crescenti, che gli vengono richiesti, e gli adempimenti sempre più macchinosi, che gli vengono imposti, accentuano il rischio di costringerlo a sottrarre energie alla cura delle funzioni fondanti del suo ruolo nell'ordinamento.

Parallelamente è concreto il rischio che il notaio, svuotato delle sue maggiori

[13] M. AUGÈ, *Che fine ha fatto il futuro?* (titolo originale: *Où est passé l'avenir?*), Milano, 2009, 43.

energie, anche a ragione di ciò, si lasci tentare dal rimedio rassicurante di prassi negoziali standardizzate e uniformi, nelle quali però gli interessi del caso concreto dovranno accontentarsi di essere realizzati per astrazione dalle loro più specifiche peculiarità.
D'altra parte, come si è detto, anche i titolari del potere di autonomia, sfiniti da innumerevoli incombenze, finiscono per subire un grave depotenziamento, in termini di motivazione ed efficacia, nella cura dei loro stessi interessi.

4. La iper-responsabilizzazione dei professionisti: in particolare dei professionisti dei settori giuridici e dei notai

Una trattazione autonoma andrebbe dedicata pure al tema delle responsabilità professionali, che, va da sé, non è limitato alle professioni legali, ma relativamente a queste ultime ha una immediata incidenza sullo svolgimento dell'autonomia privata e sulla futura evoluzione della sua capacità di tradursi effettivamente in atto.
Il punto, va detto a chiare lettere, è che il livello di responsabilità cui sono esposti i professionisti è divenuto oramai insostenibile.

Nel campo medico si parla da tempo di medicina difensiva, per significare che nell'esercizio della loro professione i medici sono oramai costretti a preoccuparsi innanzitutto di proteggersi contro future aggressioni giudiziarie, prima ancora che impegnarsi, si auspicherebbe invece con tutto se stessi, e senza risparmiarsi, a mantenere fede al loro nobile giuramento di Ippocrate[14].
Nelle professioni legali, si sta consolidando oramai una medesima tendenza.
Negli Stati Uniti, dove il processo di iper-responsabilizzazione trova la sua origine, e dove è giunto a livelli esasperati, si ha notizie della esistenza di una associazione tra professionisti legali, costituita per promuovere una rimeditazione e una deflazione del regime della responsabilità professionale, sulla base dell'assunto, che appare vero a chiunque abbia esperienza nel settore, che regimi di responsabilità troppo severi muovono verso un abbassamento, e non già un innalzamento, della qualità dei servizi legali.
Per quanto ci riguarda in modo più specifico, ciò risulta vero anche in relazione allo svolgimento della funzione notarile, con immediate ripercussioni proprio sullo sviluppo del tanto declamato potere di autonomia negoziale dei privati:

[14] Ai sensi della recente l. 8 marzo 2017, n. 24, il regime della responsabilità professionale del medico risulta ora incentrato sull'osservanza delle raccomandazioni previste dalle linee guida elaborate dai soggetti indicati nella legge stessa.

in settori, evidentemente, nei quali l'autonomia si svolge per il tramite (anche) dell'intervento notarile.

La esasperazione della responsabilità notarile, divenuta oramai quasi oggettiva[15], – non si tratta solo della responsabilità civile ma le responsabilità si moltiplicano e si intensificano su diversi piani[16] – induce spesso il notaio a percorrere strade già collaudate e lo trattiene dall'intraprendere invece nuove strade da sperimentare, seppure con la dovuta cautela. In tal modo ai soggetti che a lui si rivolgono resta sottratto un non trascurabile ambito entro il quale la loro autonomia potrebbe spaziare per realizzare gli interessi in gioco nel modo più efficiente e compiuto.

Ne resta pregiudicata, evidentemente, la stessa istanza di evoluzione del diritto in aderenza alla evoluzione delle istanze socio-economiche della collettività.

Le cause sottostanti il progressivo innalzamento dei livelli di responsabilità meriterebbero di essere indagate in modo approfondito.

Nota ancora Marc Augé che «nelle società oggi più sviluppate assistiamo a una crescita della paura dell'evento (si pensi alla categoria del rischio, al ruolo delle assicurazioni, alla regolamentazione giuridica della pratica medica, all'idea di insicurezza o al timore del cambiamento climatico)», la quale «… comporta classicamente una ricerca delle cause e dei responsabili che, anche in un contesto sociologico diverso da quello delle società politeiste, ne richiama comunque alcuni aspetti»[17].

Il tema come si è già detto non può essere ulteriormente trascurato e ci si auspica che venga ripreso e approfondito nelle sedi competenti.

Per il momento valga ribadire, almeno una volta ancora, quanto l'attuale regime delle responsabilità professionali sia in grado di ripercuotersi in senso negativo (non solo sulla vita dei singoli professionisti, che pure sono persone e sulla cui esistenza quotidiana grava come un macigno sempre più pesante, ma anche) sugli utenti stessi dei servizi legali e, quanto segnatamente a quelli dei servizi notarili, sul sano sviluppo della loro autonomia.

---

[15] Come emblematica di una degenerazione verso l'oggettivizzazione della responsabilità del notaio, cfr., tra le pronunce più recenti, Cass., 9 maggio 2016, n. 9320. Sulla attuale fisionomia della responsabilità civile del notaio, cfr., nella dottrina più recente, M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, Milano, 2017, 120 ss.

[16] Occorre anche segnalare la tendenza della responsabilità penale ad investire spazi che invece dovrebbero restare riservati alla responsabilità civile: in questa direzione sembrano doversi leggere, ad esempio, Cass pen., 3 novembre 2016, n. 50668, e Cass. pen., 26 aprile 2012, n. 24972.

[17] M. AUGÈ, *Che fine ha fatto il futuro*, cit., 90.

5. La incessante produzione di norme

La direttrice da seguire è sicuramente quella che muove verso un sistema che sia caratterizzato, come ci indica Paolo Grossi, da «*sempre più società, sempre meno Stato*»[18].
A conferma del fatto che il percorso intrapreso muove nella giusta direzione, si è rilevato che finalmente la società civile si è presa una rivincita sullo Stato, che nella precedente epoca della Modernità l'aveva relegata ai margini dell'esperienza giuridica, quale passiva destinataria dei precetti della legge (ancorché sulla base del mitologico assunto delle capacità del Parlamento di esprimere la volontà generale).
Ebbene, pare di poter azzardare che se la società civile ha avuto la meglio nella rivincita, lo Stato tenti adesso di giocare e vincere lo spareggio.
Il disegno che un passato governo tentò di mettere in opera, di abrogare tutte le leggi in vigore, escluse quelle che fossero espressamente confermate, parve poco credibile, e in effetti non particolarmente raffinate apparvero le modalità che furono prescelte per attuare lo snellimento normativo. Tuttavia, il fatto in sé che quel disegno fosse stato concepito non deve sottovalutarsi e deve intendersi, piuttosto, come significativo del grave disagio derivante dalla pletora di leggi e leggine che ci sovrasta, e che è diventata oggi ancora più corposa.

Nell'ambito di questa tendenza, che muove in senso opposto alla realizzazione di una piena libertà della persona, un altro profilo merita pure di essere notato.
Invero, il legislatore si mostra sempre più spesso lanciato in una assurda rincorsa della realtà socio-economica.
Si era abituati a pensare alla legge come strumento di promozione di valori, mentre oggi sempre più spesso interviene ad assecondare le tendenze di moda: ciò, va detto a chiare lettere, o in considerazione del ritorno in termini di consenso che ne deriva alla politica, o per favorire interessi di centri di potere economico-finanziario, che agiscono oramai, per lo più su un piano sovranazionale, sempre più spesso come i veri regolatori della società civile.
Sta di fatto che, ogni qualvolta si presenti un problema non immediatamente contemplato in una legge in vigore, ne consegue come reazione immediata, da parte della classe politica, la proposta di confezionare una nuova legge o regolamento o provvedimento, quando non la creazione di una nuova organizzazione o istituzione, che poi emanerà nuovi provvedimenti di sua competenza.

---

[18] P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., 11.

Laddove dovrebbe essere chiaro che alle discipline legali occorre dare tempo e modo 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.
L'assurda pretesa di intervenire con regole sempre più particolareggiate a disciplinare ogni aspetto della vita umana sta rendendo il diritto come un invadente incomodo.
Proprio alla «… affannosa, alluvionale legislazione», muove la sua critica Pietro Perlingieri: ad essa rimproverando, poi, di essere «sempre più restia a utilizzare tecniche adeguate e sempre più coinvolta nei particolarismi senza un visione globale, spesso poco coerente con il quadro costituzionale e comunitario»[19].
La controtendenza in atto, muove, come si diceva, verso un restringimento della privata autonomia, con la ripresa di un serrato normativismo.
È chiaro che la evidenziata ripresa, che nel tempo pare vieppiù intensificarsi, della propensione a normare dall'alto le esistenze, non verrebbe colta nella sua interezza se si limitasse lo sguardo soltanto alla produzione normativa, pure puntigliosa, dello Stato.
Per intendere appieno in quale misura la libertà di autodeterminarsi resti penalizzata, rileva invece l'intera rete delle fonti di produzione dei comandi giuridici: sia che essi promanino da autorità sovranazionali, sia che esse promanino da enti interstatali o organizzazioni che a vario titolo ricevano dallo Stato il potere di "dettare" discipline (e una specifica menzione occorre allora anche rivolgere, da questa prospettiva, alle varie Autorità indipendenti, che, nel tempo, sono andate moltiplicandosi e che godono di un penetrante potere regolamentare)[20].
È l'insieme dei puntigliosi precetti che vengono immessi in circuito da tutte queste fonti autoritarie, complessivamente considerate, che rischia di rallentare

[19] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 16.
[20] Sull'importante ruolo, nella disciplina degli atti di autonomia e nella regolamentazione dei mercati, delle Autorità indipendenti, cfr. E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv*., 2001, 520 ss.; G. GITTI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2012, 134 ss.; A. FEDERICO, *Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative indipendenti. Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione nella costruzione del regolamento contrattuale*, e M. IMBRENDA, *Il ruolo delle autorità indipendenti nella integrazione e conformazione del contratto*, entrambi in E. CATERINI - L. DI NELLA - A. FLAMINI - L. MEZZASOMA - S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Napoli, 2017, I, 685 ss. e, rispettivamente, 915 ss.; altresì: G. DE NOVA, *A proposito del Commentario del codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, in *Riv. trim*., 2017, 332 ss.

il ritorno del diritto alla sua più autentica vocazione e di renderlo strumento, non di salvaguardia e promozione dell'autodeterminazione delle persone, ma di costringimento e appesantimento delle loro vite.

È vero che spesso la legge dello Stato, quando demanda compiti ordinanti ad altri organismi decentrati, prescrive anche gli obiettivi e i principi ai quali le regolamentazioni di rango inferiore devono attenersi. Epperò, questa tecnica legislativa non produce gli esiti virtuosi che ci si auspicherebbe: di una regolamentazione flessibile e aperta alla sapiente opera di implementazione di principi e valori da parte della giurisprudenza e della dottrina e da parte degli operatori giuridici.

Il più delle volte, infatti, la disciplina attuativa si traduce in regole di dettaglio molto puntuali, nel reticolo delle quali i declamati principi restano gravemente imbrigliati.

Non ha sempre pregio, infine, rilevare che in certi ambiti anche l'apparato pubblico si avvale, non di provvedimenti formulati in chiave cogente, ma di strumenti ordinanti più morbidi, il rispetto delle cui previsioni è rimesso alla adesione spontanea dei destinatari: è il caso delle raccomandazioni, protocolli di comportamento e linee guida.

Come è ben noto, sebbene l'osservanza di quanto in essi suggerito non è formalmente obbligatoria, nei fatti risulta altamente sconsigliabile e rischioso (per svariate ragioni a seconda del settore cui si riferisce) disobbedirvi: nei fatti quei suggerimenti si rivelano spesso veri e propri comandi[21].

Quando, dunque, la problematica da affrontare sia quella della salvaguardia di una autentica autonomia dei privati, il tema della *soft law* (e delle *Authorities*, che dei suoi modelli conformativi spesso si avvalgono)[22] reclama, anch'esso, di essere necessariamente chiamato in causa[23].

---

[21] Cfr. G. DE NOVA, *Fonti di disciplina del contratto e autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *Il contratto e le Autorità indipendenti. La metamorfosi dell'autonomia privata*, Bologna, 2006, 60.

[22] Sulla necessità che la regolamentazione delle Autorità indipendenti si mantenga nei limiti della legittimità, cfr. P. PERLINGIERI, *«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 204 ss.

[23] Sulla pregnanza della *soft law*, cfr., recentemente, M. ANGELONE, *Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities*, in *Nuove autonomie*, 2017, 441 ss.

6. La parossistica instabilità delle leggi

La certezza del diritto come si sa è una chimera. Ed è pure preferibile rinunciare ad una dose di certezza in quanto ciò sia funzionale alla necessità di maneggiare il diritto in modo da meglio adeguarlo alle specificità del caso concreto: il punto allora diviene quello dell'equilibrio tra certezza del diritto e sua aderenza alla realtà.

Di contro l'incertezza è un disvalore quando raggiunge livelli irragionevoli: quando, cioè, il sacrificio che essa impone non è compensato dall'esigenza di conciliare l'astrattezza delle previsioni normative con le peculiarità delle istanze che emergano nella concretezza degli accadimenti reali, e di attuare con proporzione e adeguatezza i valori che essi accadimenti di volta in volta mettono in campo.

Ebbene, oggi quel punto di equilibrio pare abbondantemente oltrepassato.

Complessità della realtà; emersione di istanze sempre nuove; interferenza sempre più intensa tra diverse istanze esistenziali; la fattualità, le tradizioni e le consuetudini che prorompono nella dimensione giuridica e nel farsi stesso dell'ordinamento: ma non è di questo che ci si lamenta. L'incertezza del diritto che si stigmatizza risiede altrove.

La quota aggiuntiva di incertezza, che frustra le sostanziali ragioni dell'autonomia privata, è quella che dipende dal continuo mutamento delle leggi.

Si è già detto del fenomeno dell'estenuante e vano inseguimento della realtà da parte della legge. Ciò che adesso si intende rimarcare è il fenomeno per il quale, in una sorta di schizofrenia legislativa, le norme non fanno in tempo ad essere emanate che subito vengono abrogate, modificate, riformulate, integrate, ridimensionate; poi, una volta che si sia intervenuti sul testo originario, spesso di nuovo direttamente o indirettamente incise: un esempio tra i tanti, la vicenda della disciplina del fallimento dettata dal R.d. 16 marzo 1942, n. 267, che è stata modificata, sulla base della legge delega 14 maggio 2005, n. 80, con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, ma poi ulteriori modificazioni sono state ad essa apportate con d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in l. 23 febbraio 2006, n. 51; d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169; d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito, con modificazioni, in l. 7 agosto 2012, n. 134; d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, in l. 9 agosto 2013, n. 98; d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, in l. 6 agosto 2015, n. 123; d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, in l. 30 giugno 2016, n. 119 (e ancora una riforma se ne prospetta all'orizzonte, considerato che, con l. 19 ottobre

2017, n. 155, il Governo è stato delegato a nuovamente riformare la crisi di impresa e l'insolvenza)[24].

Paradossale il caso della disciplina dei controlli nella Srl riformata (con l'art. 3 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, subito modificato dall'art. 5 del d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37): invero l'art. 2477, dedicato appunto ai controlli, è stato sostituito dal comma 26 dell'art. 37 del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, e dal comma 13 dell'art. 14 della l. 12 novembre 2011, n. 183, ma è stato poi inciso in virtù del comma 2 dell'art. 35 del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito, con modificazioni, in l. 4 aprile 2012, n. 35; dal comma 8 dell'art. 20 del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, in l. 11 agosto 2014, n. 116 (e pure di esso si attendono ulteriori modifiche ad opera della futura riforma della crisi di impresa, cui già si è accennato).

Gli studiosi dell'animo umano avvertono che l'uomo ha bisogno di punti di orientamento per relazionarsi con il mondo e, nella rete delle sue relazioni, prendere piena coscienza di sé (come persona unica e irripetibile).

E, di punti di riferimento, va aggiunto ora, la persona ha bisogno anche nella sfera giuridica entro la quale parte delle sue relazioni hanno luogo.

Al contrario il continuo mutamento delle leggi, alla ricerca di una irraggiungibile perfezione (irraggiungibile anche perché ogni nuova legge, dovrebbe essere chiaro, pone nuove questioni, che a loro volta, nella logica del legismo, postulano, per essere risolte, nuove leggi), ostacola gravemente il compimento delle scelte, fino talvolta a condannare le persone all'inerzia.

Da un lato, il dubbio di non avere ancora metabolizzato e compreso a sufficienza le ultime novità; dall'altro, il sospetto che la scelta che sarà compiuta oggi possa risultare meno preferibile, *a posteriori*, in un nuovo e mutato contesto normativo; entrambe queste sensazioni possono convergere anche verso una forzata inazione: in tal guisa, l'autonomia, il potere di regolare i propri interessi è formalmente garantito, ma in parte resta sospeso, e sostanzialmente tradito[25].

Il sostanziale rispetto del potere di autodeterminazione degli individui non

---

[24] La dottrina lamenta, al riguardo, che di questa continua opera di ammodernamento non è affatto facile cogliere il "disegno complesso": cfr., ad esempio, M. SANDULLI - G. D'ATTORRE, *Manuale delle procedure concorsuali*, Torino, 2016, 5.

[25] La recente vicenda delle assegnazioni agevolate ai soci costituisce un ulteriore esempio del disagio che la precarietà delle norme produce: li, anzi, si aggiunge l'aggravante che gli aggiustamenti dell'originario assetto normativo, dato dai commi da 115 a 120 dell'art. 1 della legge 28 dicembre 2015, n. 208, e successiva proroga disposta con il comma 565 dell'art. 1 della legge 11 dicembre 2016, n. 232, sono dipesi, come del resto spesso capita in alcuni settori del diritto, non dalla legge di grado primario, ma da fonti normative di grado subordinato (in tal caso, da circolari o risoluzioni ministeriali).

può prescindere, insomma, come suo necessario presupposto, da un clima di una certa stabilità: soltanto laddove se ne possa effettivamante beneficiare, è consentito di orientarsi e compiere con cognizione di causa le proprie scelte, che allora, con fondatezza, possono ipotizzarsi razionali e adeguate.
La certezza non è nella sua assolutezza un principio costituzionale; alla Costituzione, quale presupposto stesso del rispetto della dignità umana, deve però rapportarsi l'individuazione di un limite di sostenibilità dell'incertezza: questa deve essere accettata in quanto insita nelle dinamiche stesse del diritto e nella necessità di riconoscere alla realtà socio-economica, e al fatto concreto, il pieno rispetto che meritano; in quanto, perciò, ragionevole.
Ma ragionevole deve essere anche la tempistica delle riforme legislative, che devono compiersi nel rispetto appunto di una sufficiente stabilità dell'orizzonte normativo entro il quale si compiono le scelte esistenziali e giuridiche delle persone.

7. La dilatazione della sfera di condivisione, con l'apparato, di dati e informazioni sul proprio agire

La complessità della società attuale rende più difficile l'opera di governo e implica nuovi e amplificati rischi per il benessere e la sicurezza dei singoli.
Da qui la tendenza verso l'irrigidimento dei controlli e l'intensificazione della etero-regolamentazione; il moltiplicarsi delle incombenze nelle più svariate attività cui le persone attendono nello svolgimento della propria esistenza[26].
Tutto perfettamente comprensibile. Eppure si ha spesso la sensazione che si sia oltrepassato il limite della sopportabilità: sicuramente della compatibilità con la concezione della vita come esperienza autentica e (anche) intimamente godibile.
Non ci si può rassegnare, dunque, all'idea che non esista altra via per armonizzare la complessità con il valore ultimo della persona[27].
Nel quadro delineato merita di essere aggiunto un ulteriore tassello.
Immediatamente incisiva, in negativo – sia subito detto – sull'esercizio della

[26] Talché, se si abbia riguardo alle singole incombenze, queste possono apparire anche tollerabili, ma, se si estende lo sguado a tutte quelle che riempiono l'esistenza complessiva di ogni individuo, ne emerge subito l'estrema onerosità e pesantezza.
[27] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 168, mette in guardia contro «il solidarismo funzionalizzato al mantenimento e alla conservazione dello Stato» (anziché allo sviluppo dell'uomo), che è «tipico degli Stati autoritari».

privata autonomia, è la pretesa dello Stato di continuamente ampliare i momenti della vita delle persone che debbono essergli resi accessibili e verificabili: la trasparenza delle esistenze nei confronti dell'apparato è divenuto un altro dogma imperante: il vessillo di una convivenza leale ed efficiente.

Invero, gli studiosi che a vario titolo si occupano della personalità umana evidenziano la imprescindibile necessità che ad essa, per un suo sano sviluppo e svolgimento, sia consentito un cospicuo ambito di riservatezza, di occultamento agli altri: la consapevolezza dell'appartenenza a se stessi e l'esperienza della propria identità come distinta e separata da quella degli altri, essendo il presupposto iniziale di ogni autentica relazione interpersonale.

Il filosofo Pierre Zaouì si chiede «cosa c'è in effetti di più terribile del sapersi spiati, sorvegliati, controllati senza tregua, del non aver alcun nascondiglio, alcuna tana, alcun rifugio dove nascondersi per un attimo alla vista degli altri, nel non avere nessun foglio di carta su cui scrivere quello che pensiamo senza correre rischi, del non avere neppure un solo orecchio amico a cui confidare con serenità un segreto …? I totalitarismi si sono spinti al punto di dare la caccia ai segreti di ciascuno fin dentro il suo organismo …. Certo, sono avvenute cose più terribili: le sevizie …, i massacri di massa …. Ma nell'ordine dell'infamia, può essere che questa impossibilità di nascondersi venga subito dopo questi orrori sconvolgenti. Perché una vita senza segreto, senza mistero, senza zone d'ombra, senza spazi interstiziali tra sé e gli altri, così come tra sé e sé, è una vita destinata al terrore assoluto e senza limiti, che alla fine distrugge in noi ogni residuo di umanità»[28].

È evidente che un ulteriore ottundimento della possibilità di autodeterminarci con franchezza, deriva, inevitabile, e per più versi, anche dalla consapevolezza di dover dare conto, per una ragione o per un'altra, di pressoché ogni nostra propensione, ogni nostra scelta, ogni nostra azione[29].

---

[28] P. ZAOUÌ, *L'arte di scomparire. Vivere con discrezione* (titolo originale *La discrétion. Ou l'art de disparaître*), Milano, 2013, 100.

[29] Né varrebbe obiettare che, a preservarci contro l'assiduo monitoraggio delle nostre vite è diretta la capillare disciplina della tutela della *privacy*, già contenuta nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, e oggi arricchita dal regolamento europeo sulla protezione dei dati personali delle persone fisiche, n. 679 del 2016 (G.D.P.R.). La disciplina europea (sulla quale, cfr. G. FINOCCHIARO, *Introduzione al regolamento europeo sulla protezione dei dati,* in *Nuove leggi civ*., 2017, 1, 1 ss.), che rapportata alle più comuni e tradizionali relazioni giuridico-economiche, per gli adempimenti, gli oneri e le sanzioni (severe) che prevede, si impone all'attenzione soprattutto per il significativo apporto che offre al cospicuo diritto delle "incombenze", suscita considerazioni di vario genere. Per replicare alla obiezione che si è ipotizzata, basterebbe rilevare che tale disciplina (sulla *privacy*) si occupa di preservare dati e informazioni personali contro l'invadenza di soggetti

8. L'insensibilità del diritto tributario alle ragioni dell'autonomia privata

In un discorso sulla compressione della privata autonomia non può omettersi di dedicare qualche cenno anche alla dicotomia diritto privato-diritto tributario (e alle modalità con le quali quest'ultimo viene attuato).
Lamentele potrebbero rivolgersi già contro la penalizzazione che alcuni nuovi contratti subiscono sul piano tributario, tali che vengono condannati a restare praticamente inutilizzati e stare lì in bella posta ad alimentare l'illusione che la nostra sfera di autodeterminazione diventi sempre più ampia, e così il fallace compiacimento per la crescente sensibilità dell'ordinamento verso le nostre personali esigenze: significativo in tal senso il caso del *rent to buy*, sul quale la dottrina si affanna a discutere per definirne il più completo statuto e del quale già si dibatte la possibilità che venga esteso anche fuori dal campo immobiliare per il quale è stato concepito, e così anche in materia di trasferimento di azienda[30], mentre il trattamento tributario che gli è riservato lo condiziona ad una certa marginalità.
Non è però solo nel trattamento riservato ai nuovi contratti che il diritto tributario ostacola sensibilmente lo svolgimento dell'autonomia privata.
Il depotenziamento che l'autonomia privata subisce, per un verso dipende e appare allora ineludibile, dalla natura stessa del diritto tributario, che persegue un interesse pubblicistico che per definizione limita quello proprio dei privati; per altro verso dipende, però, dalla forza e dalla invadenza che il diritto tributario ha acquisito negli ultimi anni.

È proprio su quest'ultimo profilo che occorre compiere qualche considerazione.
Nell'era post-moderna che stiamo attraversando, lo Stato mostra di avere bisogno di risorse sempre crescenti. Tale esigenza implica un irrigidimento della normativa tributaria e un potenziamento dell'apparato volto a darle attuazione.
L'eccesso di durezza del diritto tributario dipende, in primo luogo, dai suoi non pochi precetti che hanno riguardo unicamente alle ragioni del Fisco e non tengono in alcuna considerazione le ragioni, pure meritevoli di tutela, che sono sottese agli istituti privatistici cui di volta in volta essi precetti hanno riguardo

non legittimati, ma non si preoccupa, in definitiva, di ridimensionare la continua esposizione all'osservazione dei pubblici poteri.
Un discorso a parte meriterebbe, poi, la disciplina antiriciclaggio (da ultimo d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90), il cui obiettivo, di contrastare la criminalità e la violazione delle leggi penali, è sicuramente lodevole e meritoria, e che però, per alcune modalità delle quali si avvale, rischia pur essa, per alcuni versi, di alterare lo svolgimento dell'autonomia privata, e di comprometterne l'esercizio più sano e autentico.

[30] Cfr. S. LANDINI – M- PALAZZO (a cura di), Rent to buy *di azienda*, in questa *Rivista*, 2016.

e, con le quali, considerata l'unitarietà dell'ordinamento, bisognerebbe che le prime andassero invece contemperate in una più armonica sintesi.
Talvolta, però, non sono i precetti di legge in quanto tali ad essere insensibili alle private istanze considerate, ma disarmoniche rispetto a queste ultime si rivelano le interpretazioni che ne vengono imposte, e che i contribuenti, almeno in prima battuta, sono costretti a subire.
Il che, non occorrono molte parole per sottolinearlo, implica una sicura alterazione del funzionamento della autonomia che sarebbe riservata ai privati[31].
C'è poi l'istituto dell'abuso del diritto in ambito tributario[32].
Le ragioni che ne supportano l'utilità sono, ancora una volta, pienamente condivisibili: bisogna evitare che ci si avvantaggi ingiustamente di trattamenti

[31] Si consideri, tra i tanti casi che potrebbero essere addotti, esemplificativamente, quello della condizione di adempimento. Si tratta di un congegno la cui legittimità sul piano civilistico è oramai, da tempo, fuori discussione (cfr., sulla base della distinzione tra il momento programmatico del contratto e il momento esecutivo dello stesso, A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 132 ss. e 177 ss.): cfr. per tutti, tra i più recenti, R. LENZI, *Condizione, autonomia privata e funzione di autotutela. L'adempimento dedotto in condizione*, Milano, 1996, 14 ss.; ID., I*n tema di adempimento come condizione: ammissibilità, qualificazione e disciplina*, in *Riv. not*., 1986, 93 ss. (mentre con specifico riguardo alla condizione risolutiva di inadempimento, G. AMADIO, *La condizione di inadempimento*, Padova, 1996, spec. 255 ss. 304 ss. e 449 ss., e ID., *La condizione di inadempimento*, in *Letture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, 193 ss.), nonché in giurisprudenza, tra le tante: Cass., 8 febbraio 1963, n. 226; Cass., 10 ottobre 1975, n. 3229; Cass., 29 settembre 1977, n. 4159; Cass., 17 gennaio 1978, n. 192; Cass., 16 febbraio 1983, n. 1181; Cass., 24 febbraio 1983, n. 1432; Cass., 8 aprile 1999, n. 3415; Cass., 8 agosto 1990, n. 8051; Cass., 12 ottobre 1993, n. 10074; Cass., 3 marzo 1997, n. 1842; Cass., 24 novembre 2003, n. 17859; Cass., 13 novembre 2006, n. 24299; Cass., 21 aprile 2010, n. 9504 (sullo stato dell'arte in tema di condizione di adempimento/inadempimento S.V. MIRANDA, *L'adempimemento dedotto in condizione, problemi e disciplina*, in ALCARO (a cura di), *La condizione nel contratto. Tra «atto» e «attività»*, Padova, 2008, 302 ss.).
Ebbene, nonostante sia acclarato che tale congegno persegua interessi meritevoli, sul piano tributario viene ora riguardato con sfavore e reso oggetto di un trattamento penalizzante prescindendosi da ogni considerazione in ordine alle ragioni per le quali possa essere stato impiegato: cosicché si finisce per renderlo utilizzabile solo di rado e di fatto per marginalizzarlo: cfr. Cass., 24 luglio 2014, n. 16818, e Cass., 11 aprile 2014, n. 8544 (per l'opposta conclusione, in precedenza, Cass., 26 luglio 2013, n. 18180 e Cass., 6 giugno 2012, n. 9097.

[32] In ambito tributario, l'abuso del diritto (o elusione fiscale) risulta espressamente previsto ora dall'art. 10-*bis* dello Statuto del Contribuente (l. 27 luglio 2000, n. 212, e successive modificazioni), introdotto dall'art. 1 del d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128: cfr., per i primi ragguagli, V. MASTROIACOVO, *La nuova disciplina dell'abuso del diritto e dell'elusione fiscale nella prospettiva dell'imposta di registro*, in *Riv. not*., 2016, 31 ss. (sul divieto di abuso in diritto tributario prima dell'introduzione del nuovo art. 10-*bis*, con particolare riguardo ai suoi rapporti con l'istituto dell'abuso del diritto civile, cfr. G. PERLINGIERI, *Profili civilistici dell'abuso tributario. L'inopponibilità delle condotte elusive,* Napoli, 2012, spec. 38 ss.).

tributari di favore. Però, ancora una volta, non si tratta delle ragioni che motivano l'istituto ma della modalità con le quali è applicato. Fatto si è che in dottrina si è già lucidamente lamentato l'abuso dell'abuso del diritto[33].
Non può negarsi invero che, non di rado, viene addotto senza alcuna considerazione dei sostanziali interessi sottesi all'operazione negoziale assoggettata a tassazione.
Sovviene, infine, la considerazione – che pure meriterebbe di essere sviluppata – che se l'Amministrazione può disconoscere la veste formale di una operazione economica per applicare il regime tributario più gravoso, ragioni equitative, e di sostanziarle rispetto all'autonomia, imporrebbero che anche ai privati si desse la possibilità – che invece nei fatti è negata – di far contare la sostanza economica a discapito della forma giuridica, per beneficiare, all'opposto, della tassazione favorevole, più consona alla operazione effettivamente compiuta.
Pur tuttavia si avverte la sensazione – bisogna riconoscerlo – che almeno negli ultimi tempi l'Amministrazione finanziaria stia compiendo significativi sforzi verso una maggiore considerazione dei privati interessi e la realizzazione, nel suo campo di azione, di un più equilibrato contemperamento, con questi, delle contrapposte istanze del Fisco che ad essa sono affidate[34].

9. Il rischio della vanificazione del pluralismo economico

Gli ultimi anni sono stati dedicati anche alle liberalizzazioni di vari settori. Il che potrebbe essere addotto per smentire il fenomeno di ipernormazione del quale ci si è detti preoccupati.
Epperò, bisogna pure convenire che per qualche riguardo le liberalizzazioni rischiano esse stesse di compromettere il pluralismo economico, che è fondamento e al contempo più alta espressione della piena libertà di iniziativa economica.
Un esempio banale e (almeno all'apparenza) minimale credo possa essere significativo: si pensi, dunque, alla liberalizzazione degli orari di apertura al pubblico degli esercizi commerciali (art. 11 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114).
Ecco, finalmente, che ciascun commerciante, in ossequio al principio di libertà

[33] G. ZIZZO, *L'abuso dell'abuso del diritto*, in *Riv. giur. trib.*, 2008, 465 ss.
[34] Cfr., in questa direzione, ad esempio, la Risoluzione 113/E del 25 agosto 2017, che ha sancito l'applicazione del c.d. prezzo-valore anche ai contratti atipici di mantenimento, mentre precedentemente gli uffici territoriali erano propensi a ritenere che non ne potessero beneficiare (di fatto, in tal modo, rendendo l'istituto inservibile).

di iniziativa economica, che non v'è ragione di limitare fino a quando, appunto, non contrasti con concorrenti interessi meritevoli di protezione, può decidere con ampia discrezionalità (entro, cioè, i dilatati margini prescritti dalla legge) l'ora di apertura e quella di chiusura del proprio esercizio. È anche prevista la derogabilità della chiusura domenicale e festiva.

Ora, non dovrebbe essere difficile avvedersi del fatto che per un piccolo esercente, non solo è impresa sempre più eroica sostenere la concorrenza della grande distribuzione, ma diventa oltremodo gravoso anche concorrere con le strutture di pari dimensioni.

È evidente che se un piccolo esercente intenda mantenere aperto il suo negozio anche negli orari notturni, dovrà giocoforza rinunciare a condurre una vita sostenibile per doversi dedicare soltanto al proprio lavoro, in quanto le dimensioni della sua attività sono tali che non gli è consentito di disporre di sufficiente personale da organizzare nei necessari turni di lavoro.

Piano piano, come di fatto si sta verificando, i piccoli esercizi commerciali soccomberanno al logorio e all'abbrutimento di una concorrenza esasperata e finiranno per chiudere i battenti, mentre il loro spazio sarà inglobato dagli ipermercati e dalla grande distribuzione.

In un famoso romanzo di Giosè Saramago – anche lui premio Nobel per la letteratura – il Centro (commerciale), che si è stabilito in città, alla fine la avrà vinta sul protagonista, che è un appassionato artigiano: la città stessa ne sarà fagocitata e addirittura i suoi abitanti si stabiliranno a vivere nel suo interno.

È da qualche anno che nel nostro codice è stato introdotto il Patto di famiglia (artt. 768-*bis* ss., introdotti con l. 14 febbraio 2006, n. 55), che si preoccupa di apprestare uno strumento per la trasmissione generazionale delle aziende, con le relative attività economiche, in grado di superare alcune rigidità del nostro sistema successorio. Bene! Ma quante saranno nel tempo le aziende familiari di piccole o medie dimensioni che di tale strumento, di autonomia, potranno realmente avvalersi? Il Patto di famiglia accresce le potenzialità di autodeterminazione all'interno delle famiglie degli imprenditori: sì, è vero, ma sul piano della effettività, quante famiglie potranno veramente fare ricorso a tale strumento?

Libertà di regolamentare i propri interessi, certo! Ma quanta parte di essa potrà essere utilizzata se la sfera degli interessi individuali sarà sempre più contratta e vuota?

Assume rilevanza, in questa prospettiva, anche la vicenda delle società tra professionisti, tutt'ora in corso (e avviata già con l. 7 agosto 1997, n. 266, il cui art. 24, comma 1, ha abrogato il divieto sancito dall'art. 2 della l. 23 novembre 1939, n. 1815).

Da parte le finalità che demagogicamente si dichiarano sottese alla riforma della materia, non ci vuole molto a rendersi conto che lo strumento societario – che sicuramente non è di per sè dannoso alle istanze sottese all'esercizio delle libere professioni[35] – è anche ridondante, in quanto – tenuto conto delle necessità di assicurare la personalità della prestazione e della relativa responsabilità – le medesime esigenze potevano continuare ad essere realizzate senz'altro con il tradizionale strumento delle associazioni professionali, grazie proprio agli ampi margini di autonomia riconosciuta alle parti nel disciplinarne il funzionamento[36].
È chiaro, allora, che lo strumento societario viene introdotto in previsione della partecipazione di soci di solo capitale (consentita ora dall'art. 10, comma 4, lett. *b*), l. 12 novembre 2011, n. 183, e successivo regolamento attuativo approvato con decreto Ministero della giustizia dell'8 febbraio 2013, n. 34), a dispetto di ogni preoccupazione sollevata sul concreto rischio che tale innovazione possa compromettere l'indipendenza (di giudizio che è a fondamento dell'esercizio) delle libere professioni[37].
Conta poco che nella attuale disciplina tale partecipazione è ammessa soltanto in misura limitata[38]: è facile comprendere che la dirompenza degli obiettivi perseguiti suggerisce una gradualità di passaggi, e il rischio che in futuro gli attuali limiti vengano abrogati o dilatati non appare infondato. Come era prevedibile che accadesse, infatti, nelle società tra avvocati è stata ammessa anche la partecipazione di soci non professionisti (art. 4-*bis* l. 31 dicembre

[35] Istanze, quelle cui ci si riferisce, di natura, sia ben chiaro, non meramente corporativistica, atteso che per il tramite dell'intermediazione dell'opera del libero professionista, gli interessi dei singoli si raccordano anche con quelli generali.
[36] Per questa constatazione sia consentito di rinviare a C. CACCAVALE - F. TASSINARI, *Le società professionali tra valutazioni di carattere sistematico e prospettive di riforma* (Commissione studi UE – approvato dal CNN l'11 febbraio 2000), in *Riv. not.*, 2000, 223 ss. e spec. 267.
[37] Sullo specifico profilo della partecipazione alle Stp di soci non professionisti, cfr. F.G. NARDONE - A. RUOTOLO - M. SILVA, *Prime note sulle società tra professionisti* (approvato dalla Commissione studi d'impresa del CNN il 31 maggio 2012), in *Studi e materiali. Quaderni trimestrali del CNN*, 2012, 4, 1133 ss.; P. GUIDA, *La società tra professionisti: un nuovo modello tra criticità e soluzioni operative*, in *Foro napoletano*, 2014, 371 ss.; D. BOGGIALI - A. RUOTOLO, *Società tra professionisti – Questioni applicative ad un anno dall'entrata in vigore* (approvato dal CNN il 3 aprile 2014), in *CNN Notizie* del 14 aprile 2014, e A. STABILINI, *I soci non professionisti*, in *Le società-Gli speciali*, 2012, 45 ss.
[38] L'originaria disciplina, precedente alle modifiche introdotte con l'art. 9-*bis*, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni in l. 24 marzo 2012, n. 27, non prevedeva, almeno espressamente, limitazioni quantitative in ordine alla partecipazione dei soci non professionisti: cfr. A. TOFFOLETTO, *Società tra professionisti*, in *Le società*, 2012, 30 ss., epperò M. CIAN, *La nuova società tra professionisti. Primi interrogativi e prime riflessioni (art. 10, l. not. 183/11)*, in *Nuove leggi civ.*, 2012, 3 ss.

2012, n. 247, quale introdotto dall'art. 1, comma 141, l. 4 agosto 2017, n. 124), inizialmente vietata (cfr. art. 21 d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96); proprio di recente, poi, la nuova legge sulle società di farmacisti (artt. 7 e 8, l. 8 novembre 1991, n. 362, come modificati da ultimo dall'art. 1, commi 157 e 160, l. 4 agosto 2017, n. 124) consente finalmente l'ingresso in società di soci di mero capitale senza limiti (nemmeno in ordine alla gestione)[39].

A favore di tutte queste opzioni viene solitamente addotto il vessillo dell'efficienza economica, che postula economie di scala, le quali, a loro volta, rendono obsolete strutture economiche, commerciali o professionali, di piccole dimensioni e di queste reclamano la marginalizzazione e, in definitiva, l'assorbimento nella grande impresa.

A parte che relativamente alle attività professionali c'è da dubitare che le economie di scala valgano anche a garantire una migliore qualità dei relativi servizi, è facile replicare, in via più generale, e con immediata attinenza al tema dell'autonomia, che l'efficienza è divenuta *un totem*, al quale tendenzialmente si reputa giusto dover sacrificare tutto il resto: immolare, da parte dell'uomo comune, ogni entusiasmo, passione, slancio, gusto e gratificazione, anche l'aspirazione di poter gestire in proprio una certa attività, o almeno la speranza che una attività autonoma possa essere intrapresa in futuro, magari dai propri figli.

Se l'efficienza economica reclama il sacrificio di questa vitalità, si ammetta allora che l'efficienza non può essere l'unico criterio cui sia improntato l'assetto della società e che l'ordinamento debba perseguire.

Il rispetto e lo sviluppo della persona umana richiede ben altro che l'ossequio incondizionato alle logiche del mercato e al principio della efficienza economica. «La Carta Costituzionale» – scrive Pietro Perlingieri – non concepisce «un interesse superiore a quello del pieno sviluppo dell'uomo», cosicchè «quest'ultimo costituisce principio fondamentale d'ordine pubblico»[40].

È da tempo che la dottrina più avveduta reclama il primato della persona sul mercato e oggi il problema è divenuto, si oserebbe affermare, drammatico e urgente.

Ammonisce ancora Pietro Perlingieri, che «non basta … ribadire l'affermazione dell'importanza degli "interessi della personalità nel diritto privato"; occorre

---

[39] Cfr. P. GUIDA, *La "nuova" gestione delle farmacie: spunti operativi*, in *Notariato*, 2018, 229 ss., e P. GUIDA - A. RUOTOLO - D. BOGGIALI, *Le società per la gestione delle farmacie private* (approvato dalla Commissione studi d'impresa del CNN il 19 aprile 2018), in *CNN Notizie*.

[40] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 168.

predisporsi a rifondare il diritto civile non con una riduzione o un aumento di tutela delle situazioni patrimoniali, ma con una loro tutela qualitativamente diversa sì da non comprimere il libero e dignitoso sviluppo della persona … e sì da consentire il funzionamento di un sistema economico misto, privato e pubblico, proteso a produrre modernamente e a distribuire più giustamente. Il pluralismo economico assume il ruolo di garanzia di pluralismo anche politico e di rispetto della dignità umana»[41].

La persona va tutelata anche contro il mercato, soprattutto in un sistema divenuto al massimo grado complesso e integrato, nel quale anche le norme che parrebbero prendersene cura, finiscono talvolta con il tradirne in realtà il valore. Si invoca finalmente una rimeditazione – cui ci invita, ad esempio, l'economista Antonella Crescenzi – «sugli effetti negativi del processo di globalizzazione (forse [dice] colpevolmente trascurati dalle classi dirigenti …), che hanno messo a dura prova per ampi strati di popolazione le antiche sicurezze, aumentato le disuguaglianze nella distribuzione del reddito, spinto le classi medie verso il proletariato, bloccato l'ascensore sociale».

Dovrebbe essere oramai chiaro invero – ci si avvale ancora delle sue parole – che le « […] dimensioni del progresso e del benessere sociale […]» non possono essere misurate soltanto «attraverso l'indicatore universalmente adottato per la ricchezza delle nazioni, ovvero il Pil», cosicchè bisogna avvertire la necessità che si approdi finalmente «a un nuovo Umanesimo»[42].

[41] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 56.

Nella vasta dottrina che con disparità di punti di vista è intervenuta nell'acceso dibattito, che da tempo è in corso, sulla tematica del rapporto persona, economia, mercato, cfr., a titolo esemplificativo, M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 78 ss. e 143 ss.; ID., *Limiti nell'autonomia contrattuale e disciplina costituzionale dei rapporti economici*, in VETTORI (a cura di), *Persona e mercato*, Padova, 1996, 57 ss.; M. LIBERTINI, *Il mercato: modelli di organizzazione*, in AA.VV., *L'azienda e il mercato*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 1979, 337 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 601 ss.; L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, (ora) in L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 155 ss.; ID., *Persona e iniziativa economica nella Costituzione*, in *Persona e mercato*, cit., 1996, 38 ss.; P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84 ss.; ID., *Intervento*, in *Persona e mercato*, cit., 105 ss.; N. IRTI, L'ordine *giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; ID., *Intervento*, in *Persona e mercato*, cit., 91 ss.; P. SCHLESINGER, *Intervento*, in *Persona e mercato*, cit., 111 ss.; P. PERLINGIERI - P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2000, 81 ss.; G. VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. e contr.*, II, 2, 2011, 86 ss.

[42] A. CRESCENZI, *L'economia in cerca dell'uomo*, Roma, 2017, 26, 34 e 43.

10. La capacità di discernimento e la consapevolezza delle scelte

Di quale autonomia si può veramente parlare se già l'istruzione dei giovani è sempre più improntata a una rigida procedimentalizzazione dei metodi di insegnamento; se ciò che si privilegia è oramai la standardizzazione della trasmissione del sapere e della valutazione delle conoscenze, all'insegna di *slogan* e di formule, il cui rispetto si esaurisce sul piano dell'adesione formale; se la considerazione per la sostanza delle cose diviene sempre più marginale?
Si va diffondendo a ritmo crescente il metodo delle domande con risposta multipla, cosicché si chiede agli studenti di saper valorizzare quella che di volta in volta appaia esatta. Anche in più ambiti lavorativi si sta imponendo la tecnica del modulo con opzioni preconfezionate, tra le quali prescegliere quella che risulti più adatta: se poi nessuna corrisponda esattamente al caso in questione ... poco male sarà il caso a doversi adattare alle preconfezionate formulazioni.
Nella distopica società orwelliana, lo Stato, per meglio controllare i suoi sudditi, si prefigge appunto, con la "neolingua", di «semplificare al massimo le possibilità del pensiero», in modo tale che, «giunti che saremo alla fine – spiega al protagonista del romanzo un suo amico (ma lo stesso autore puntualizza che "forse «amico» non era la parola più esatta") – renderemo il delitto di pensiero, ovvero lo psicoreato, del tutto impossibile perché non ci saranno più parole per esprimerlo. Ognuna delle idee che sarà necessaria verrà espressa esattamente da una "unica" parola, il cui significato sarà rigorosamente definito, mentre tutti gli altri significati sussidiari verranno aboliti e dimenticati».
Un sapere standardizzato e semplificato – dominato dal mito obnubilante del "politicamente corretto" – quello che si sta approntando per le nuove generazioni. L'unico obiettivo sembra essere diventato oramai quello di fornire agli studenti cognizioni tecniche sufficienti a consentire loro di svolgere le mansioni cui nella vita saranno destinati: per concorrere all'andamento del sistema; per consentire a questo di funzionare in modo fluido e senza intralci. Nessuna preoccupazione sembra invece riservata alla necessità di assicurare loro anche senso critico e capacità di penetrare a fondo il senso delle cose.
La «… "cultura" – e addirittura la scuola … – sembrano messe al servizio di una generale *de-intellettualizzazione* del Paese" e "al servizio – lamenta lo storico dell'arte Tomaso Montanari – di un assopimento collettivo della coscienza critica, e di una nostra radicale metamorfosi da cittadini in clienti, consumatori, spettatori»[43].

[43] T. MONTANARI, *Cassandra muta*, Torino, 2017, 75.

La vera autodeterminazione postula, invece, innanzitutto consapevolezza dei propri bisogni e del valore della propria persona, altrimenti è mero simulacro.
Non v'è dubbio che il sempre più ricco strumentario giuridico consenta di perseguire scopi sempre più variegati. È plausibile il dubbio, però, che più passi il tempo e meno si diventi padroni dei propri bisogni e delle proprie inclinazioni.
L'autodeterminazione, se si vuole appuntare l'attenzione sulla maggiore varietà dei congegni giuridici a disposizione, si disvela essere per più versi una autodeterminazione eterodiretta. E, nell'ossimoro, il momento della eterodirezione viene subìto per lo più senza consapevolezza.
Che la libertà di autodeterminazione richieda, perché possa essere esercitata nella sua pienezza, capacità di discernimento nel marasma delle tante opzioni che l'avanzato sistema economico rende disponibili, e in primo luogo capacità di dialogare con se stessi per comprendere e adeguatamente graduare i propri bisogni e le proprie esigenze, è concetto nel quale mostra di credere anche lo stesso legislatore, tanto è vero che nel Codice del consumo, in sua apertura, all'art. 4, si enuncia l'importanza primaria, per una sana interazione con il mercato, di una appropriata educazione dei consumatori[44].
È evidente, tuttavia, che siamo sul piano delle enunciazioni di principio e dei buoni propositi.
In che modo le persone dovrebbero essere educate a compiere le proprie scelte consumeristiche? A chi dovrebbe essere affidato questo compito? Si può davvero contare sul fatto che esso verrà svolto nell'interesse dei consumatori e non invece della promozione del consumo?
Del resto, qualsiasi tipo di educazione possa essere impartita, c'è il dubbio che i suoi esiti virtuosi siano destinati a rimanere marginali, in un contesto, come quello attuale, dominato dalla promozione pubblicitaria, che viene svolta oramai anche in modo personalizzato.
In ogni caso, il modello di società che i media esaltano e promuovono è quello che fa del consumo di beni sempre nuovi e più sofisticati l'obiettivo quasi dell'esistenza umana. «Come condizione essenziale della produzione e del progresso tecnico, il consumo, costretto a diventare "consumo forzato", comincia a profilarsi – rileva ancora Umberto Galimberti – come figura della distruttività, e la distruttività come un imperativo funzionale dell'apparato economico», ragione per la quale – aggiunge – «in un mondo dove gli oggetti durevoli sono sostituiti da prodotti destinati alla obsolescenza immediata, l'individuo, senza più punti di riferimento o luoghi di ancoraggio per la sua

[44] Sulla quale cfr. L. ROSSI CARLEO, *Commento* sub *art. 4,* in ALPA - ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo Commentario*, Napoli, 2005, 115 ss.

identità, perde la continuità della sua vita psichica, perché quell'ordine di riferimenti costanti, che è alla base della propria identità, si dissolve in una serie di riflessi fugaci, che sono le uniche risposte possibili a quel senso diffuso di irrealtà che la cultura del consumismo diffonde come immagine del mondo»[45].
È stato scritto che quella attuale è la società del "presentismo"[46], nella quale conta soltanto il qui e l'adesso, e che, se il passato si è oramai dileguato, manca anche ogni seria progettualità per il futuro.
«Il problema – secondo Marc Augé – è che oggi sul pianeta regna un'ideologia del presente e dell'evidenza che paralizza lo sforzo di pensare il presente come storia, un'ideologia impegnata a rendere obsoleti gli insegnamenti del passato, ma anche il desiderio di immaginare il futuro»[47]. Di contro, per poter essere reali artefici della propria vita, e in essa effettivamente sapersi autodeterminare, anche muovendosi sul piano giuridico, con il quale le nostre vite necessariamente si intersecano, non si può prescindere dalla capacità di saper pensare al proprio futuro, e pensarlo – perché non si dissolva la stessa identità della persona – come collegamento in una continua narrazione con il proprio passato.

11. Le ragioni dell'ottimismo e un finale auspicio

L'era post-moderna è anche l'era della post-verità: l'era nella quale, cioè, sono crollate le verità del passato ma non se ne sono affermate di nuove ovvero nuove verità vengono continuamente erette, ma in breve crollano anch'esse per essere repentinamente soppiantate da altre.
Ciò in una sequenza così ininterrotta e repentina, che oramai la stessa ricerca della verità quasi non suscita più interesse. In un clima di continui e pervasivi mutamenti, evidentemente ogni lettura della realtà ne coglie soltanto alcuni aspetti ma altri, pure opposti, nondimeno, la caratterizzano.
Vero è che gli allarmi che l'osservazione della realtà suscita coesistono con la soddisfazione per la constatazione di tanti aspetti positivi.
Il protagonista di un romanzo di Ian McEwan, che è un neurochirurgo di successo, mentre attraversa Londra con la sua lussuosa macchina sportiva, pensa che in definitiva le cose non vanno male e «a tutti i livelli, materiale, medico, intellettuale, sessuale, la maggior parte della gente viva meglio»: ha l'impressione, infatti, che le persone che «sta superando lungo …» la strada

[45] U. GALIMBERTI, *I vizi capitali e i nuovi vizi*, cit., 69 ss.
[46] T. MONTANARI, *Cassandra muta*, cit., 81.
[47] M. AUGÉ, *Che fine ha fatto il futuro?*, cit., 88.

«sembrano abbastanza soddisfatte, non meno di lui, insomma». Gli balena poi in mente che «… per i professori universitari, per gli umanisti in genere, la disperazione si presta più allo studio analitico: la contentezza è un osso più duro, invece». La poliedricità del presente è tale che anche la visione ottimistica coglie nel vero.

Dalla più limitata angolazione dell'esperienza giuridica, mi pare però di poter assumere che, se le cose non vanno male, si potrà contribuire a farle andare ancora meglio promuovendo, come presupposto di un'autentica libertà di autodeterminazione dell'individuo, un diritto che sia veramente affrancato dall'ideologia del legismo, e dalla spirale della imposizione di adempimenti e incombenze, e che, evolvendosi e attuandosi nel dialogo e nel bilanciamento dei principi e valori, grazie all'opera sapiente di giudici, studiosi e operatori pratici colti, si preoccupi delle istanze più genuine delle persone e si riveli finalmente un diritto sostenibile[48].

[48] Alla "sostenibilità" fa appello ora anche E. CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile*, in *Associazione dei Dottorati di Diritto Privato – Sezione Studi e Lezioni*, Napoli, 2018, che purtroppo non ho avuto modo di consultare perché pubblicato quando il presente scritto era stato oramai concluso e pronto a essere licenziato per la pubblicazione: dalla sola lettura dell'indice mi pare di poter capire, tuttavia, che la sostenibilità che ivi si invoca è assunta con una valenza diversa (sebbene, credo pure di intuire, non affatto antitetica) rispetto a quella con la quale è assunta nelle rapide riflessioni di queste pagine.

Motivazione degli atti di autonomia privata

Fabrizio Di Marzio
Consigliere della Corte Suprema di Cassazione

Il contratto consiste in una promessa o in un insieme di promesse giuridicamente vincolanti che, se violate, permettono alla parte lesa di accedere a rimedi legali. Il testo contrattuale non include la sua ragione giuridica, che è infatti dibattuta in sede processuale. In questo lavoro si sostiene che è possibile ed opportuno che le parti motivino la ragione giuridica dell'accordo nello stesso contratto.

A contract is a promise or set of promises that are legally enforceable and, if violated, allow the injured party access to legal remedies. The contractual text doesn't include its juridical reason, which is discussed in the courts of law. This work asserts the possibility and convenience that the parts motivate the juridical reason of the agreement in the same contract.

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'atto di autonomia privata oggetto del discorso giuridico. – 3. Atto e volontà dell'effetto. – 4. Atto e motivazione in fatto. – 5. Premesse al contratto. – 6. La questione: atto e motivazione in diritto? – 7. L'esperienza delle massime notarili. – 8. Atti di volontà e atti di argomentazione nel sistema delle fonti. – 9. Argomentazione (della dichiarazione) volta all'effetto giuridico. – 10. Contratti "d'autore".

1. Premessa

Queste annotazioni dipendono dalla lettura di un saggio di Massimo Palazzo sulla motivazione dell'atto notarile contenuto nel volume *La funzione del notaio al tempo di internet* (Milano, 2017). In quel saggio Palazzo ricorda come il tema, sostanzialmente sconosciuto alla riflessione giuridica, fu trattato in un editoriale di Sabatino Santangelo comparso su *Vita notarile* nel 1979 (fasc. n. 4, 427) intitolato *Schematismi e creatività*.
Quello editoriale introduce l'argomentazione, poi ampiamente sviluppata nel saggio di Palazzo, sulla possibilità che l'atto notarile acquisisca una valenza non solo dispositiva ma anche argomentativa circa le scelte giuridiche adottate nella sua composizione.

Il presupposto culturale da cui muovono gli autori – e soprattutto Palazzo – è quello della nuova funzione a cui è chiamato l'operatore giuridico della contemporaneità. Non più – se mai lo fosse stato – un semplice esegeta della legge scritta, secondo una immagine promossa e raccomandata dalle versioni più rigorose del positivismo giuridico, bensì un vero e proprio giurista, costruttore di soluzioni anche di raccordo nell'intrico delle fonti in cui viviamo.
In breve, un garante finale della razionalità del sistema giuridico, spesso messo a dura prova non soltanto dalla complessità del sistema delle fonti scritte (sovranazionali, comunitarie, statali) o giudiziarie (sia sovranazionali che comunitarie che nazionali) ma soprattutto dalla stessa parola, frettolosa imprecisa e incolta, del legislatore.
Mi permetterei di non trattare a mia volta questi argomenti, che pure costituiscono un presupposto culturale rilevante per il discorso che segue, in quanto riterrei maggiormente proficuo rinviare alla lettura di quei saggi e delle riflessioni maggiormente rappresentative di questa sensibilità, come quella di Paolo Grossi.
Procederei invece a qualche considerazione su come possa in concreto realizzarsi l'ipotesi della motivazione di diritto interna al atto di autonomia privata.

2. L'atto di autonomia privata oggetto del discorso giuridico

Il contratto, e più in generale l'atto di autonomia privata, è usualmente concepito come semplice manifestazione di volontà a cui l'ordinamento, a certe condizioni, dà riconoscimento, consentendo la produzione dell'effetto nel mondo del diritto.
La libertà degli autori del contratto non solo di decidere l'affare – ossia il contenuto economico – ma anche di stabilire gli impegni che pretendono il riconoscimento giuridico, è disciplinata dall'articolo 1322 c.c. come libertà di decidere il contratto nel contenuto: sia usufruendo di uno degli schemi tipizzati nella legge sia stabilendo contenuti non riconducibili a schemi legalmente prestabiliti.
Il contratto e in generale l'atto di autonomia privata valgono dunque come *oggetto* del discorso giuridico a cui i loro autori non partecipano.
L'atto di autonomia è oggetto di studio. In primo luogo, da parte della giurisprudenza teorica, che censisce la prassi e la rapporta alle teorie che strutturano il cosiddetto 'diritto dei contratti'.
Quell'atto è poi oggetto del discorso dei giuristi pratici che ne discutono

eventualmente anche davanti a una corte. Diviene perciò oggetto del discorso degli avvocati: sia in prodotti argomentativi di natura stragiudiziale (come le varie figure della pareristica) sia in prodotti argomentativi di natura giudiziale (ossia le varie fattispecie di atti difensivi accolti nel processo).
Quell'atto è infine oggetto dell'atto argomentativo di natura decisoria redatto secondo il canone della sentenza, poco importa che si tratti di lodo arbitrale, decisione di merito o di legittimità.

3. Atto e volontà dell'effetto

Nella prospettiva che cerco di delineare è dunque possibile stabilire una divisione tra diritto pratico e diritto teorico fondata sul presupposto della rilevanza fattuale del prodotto giuridico nel mondo della vita.
L'atto di autonomia privata rimesso alla decisione delle parti ha la vocazione di incidere la realtà giuridica determinandone il cambiamento. In esso conta la volontà espressa dalle parti e la sua rilevanza giuridica ai fini di determinare questo cambiamento. Ciò che si dice tradizionalmente la 'volontà degli effetti'. Le regole giuridiche sulla interpretazione del contratto consistono in canoni per la messa in chiaro di questa volontà nei casi dubbi. Dalla lettura di queste regole emerge la notevole sfiducia del legislatore del codice civile circa la capacità delle parti di spiegarsi e di comunicare senza equivoci finanche la volontà nuda e cruda di ciò che vorrebbero realizzare nel mondo del diritto.
L'importanza è data non solo a ciò che le parti dicono ma anche e soprattutto a ciò che le parti fanno nella zona di rilevanza temporale del contratto: nella fase delle trattative, in quella della conclusione e poi in quella della esecuzione (art. 1362 c.c.). Ne consegue svilimento della interpretazione letterale – perché foriera di equivoci dovuti all'uso malaccolto del linguaggio che si imputa e si teme possa essere realizzato dalle parti dell'atto. Va poi considerata l'importanza data agli usi negoziali (art. 1340 c.c.); e inoltre il contenimento della rilevanza degli esempi fatti entro i casi considerati (art. 1363 c.c.); e ancora la regola di contrappasso stabilità per l'interpretazione dell'atto prestabilito da una delle parti soltanto (art. 1370 c.c.). Queste disposizioni ci restituiscono l'immagine del contratto nella sua nuda materialità. Molto simile, potrei dire senza imbarazzo, se non ad una pietra di fiume ad un pesante mattone appena uscito dalla fornace. Non un fatto bruto, un elemento selvaggio della realtà, ma poco di più: un manufatto la cui rilevanza di poco si eleva rispetto al regno della nuda fisicità delle cose.

Il giudizio che spetterà ai giuristi sull'atto di autonomia privata che pretende il riconoscimento ordinamentale sarà avviato dalla ricerca paziente della volontà che si sospetta male espressa nell'atto, per proseguire poi nel giudizio di qualificazione dell'atto e infine nel confronto quel prodotto interpretativo con le regole e i principi stabiliti dal legislatore sulla validità e sull'efficacia degli atti dei privati.
Anche nel giudizio sulla validità la volontà delle parti vale come elemento essenziale del contratto, ma per così dire sempre un elemento selvatico accettato dalla cultura per quello che è, cioè per quello che le parti possono esprimere e rendere sul punto.
Nel codice civile leggiamo regole sulla volontà che deve esserci e non deve mancare perché qualora mancasse l'atto sarebbe nullo (art. 1418, secondo comma, c.c.); sulla volontà che deve essere reale e non simulata (artt. 1414 ss. c.c.); sulla volontà che deve essere genuina e non viziata, perché se lo fosse l'atto sarebbe annullabile (artt. 1427 ss. c.c.); sulla volontà che deve essere libera e non costretta perché se lo fosse l'atto potrebbe essere ancora annullabile (art. 1434 c.c.) o comunque rescindibile (artt. 1447 ss. c.c.).
Leggiamo, inoltre, regole che limitano gli effetti invalidanti che colpiscono la volontà contraria all'ordinamento così da conservare dell'atto ciò che di buono potrebbe eventualmente esserci. Qui rilevano le regole sulla nullità parziale, che legittimano la permanenza nel mondo del diritto di un atto di volontà inaccettabile per l'integrale volontà inespressa e invece accettabile solo per parte di quella volontà (art. 1419 c.c.). Ma la regola più avanzata riguarda la conversione dell'atto nullo perché contenente una volontà contraria all'ordinamento in un atto diverso rispetto a quello stesso atto, sostenuto da quella volontà espressa, ma confinata entro i limiti di liceità invece in concreto ecceduti (art. 1424 c.c.). Un po' come recuperare un libro scadente convertendone l'utilizzo in zeppa per una scrivania traballante.

4. Atto e motivazione in fatto

Non mancano soprattutto nel diritto privato recente regole che impongono la motivazione di fatto sull'atto di autonomia stabilito dalla volontà privata, come nel caso della delibera societaria in cui non vota l'amministratore che vi ha un interesse (art. 2391 c.c.). E qui l'argomentazione penetra la struttura altrimenti impermeabile disegnata nella legge per l'atto dei privati. Alcuni atti devono chiarire le circostanze di fatto che integrano elementi di fattispecie secondo i quali quegli stessi atti saranno giudicati. Così, ancora, nei gruppi di società

è possibile deliberare un sacrificio patrimoniale per un vantaggio di gruppo purché tale vantaggio sia configurato nella deliberazione assunta attraverso una apposita esposizione dei motivi (art. 2497-*ter* c.c.).
Ciò che tuttavia contraddistingue questo modo di essere della motivazione imposta dalla legge o resa opportuna dalle circostanze nel caso concreto è la fattualità della motivazione stessa. Non si discute di ciò che concerne lo stretto diritto bensì di ciò che integra l'elemento di fatto necessario per la costituzione dell'elemento della fattispecie normativa. Una volta assolto questo onere di motivazione, spetterà ai giuristi di raccordare il fatto espresso in quelle motivazioni al diritto destinato a regolarlo.

5. Premesse al contratto

La prassi negoziale conosce anche l'introduzione nell'atto di autonomia di premesse in fatto, in cui le parti descrivono gli elementi di fatto e le ragioni di natura economica che le hanno indotte alla conclusione del contratto.
Le premesse non vengono considerate dalla prassi per quello che sono; non vengono cioè considerate delle semplici notizie di fatto su cui è poi costruita una ragione egualmente fattuale che dovrebbe delucidare l'affare regolato dal contratto.

Infatti i contratti si aprono, dopo le premesse, con un articolo iniziale nel quale è curiosamente stabilito che le premesse stesse costituiscono parte dispositiva del contratto.
Senonché le premesse hanno una natura narrativa o al più argomentativa. Sono all'evidenza dichiarazioni di scienza e argomentazioni su dichiarazioni di scienza. Non potrebbero mai valere come impegni giacché non sono strutturate come impegni, non contengono promesse e non creano obbligazioni. Descrivono invece lo sfondo storico e fattuale nell'ambito del quale è maturata l'intesa. Dunque potrebbero fornire materiali per la ricostruzione della volontà delle parti.
Tuttavia appare estremamente significativo come anche queste dichiarazioni e a volte motivazioni in fatto contenute nell'atto suscitino l'imbarazzo del redattore, il quale si preoccupa di attribuire ad esse una impossibile natura dispositiva scrivendole in premessa dell'atto ma poi pretendendo di richiamarle nel contenuto impegnativo dello stesso attraverso una clausola di raccordo.

6. La questione: atto e motivazione in diritto?

La questione a tal punto diventa se sia ipotizzabile uno spazio per la argomentazione giuridica interna all'atto stesso di autonomia privata, allo stesso modo di come l'argomentazione giuridica dà corpo – sempre sulla base di premesse ed argomentazioni in fatto – al ragionamento in cui consiste il prodotto del giurista pratico volto alla decisione sull'atto di autonomia medesimo; e dunque l'atto dell'avvocato e il provvedimento del giudice.
La necessaria puntualizzazione della questione non è sulla semplice possibilità che l'atto di autonomia privata sia corredato da una motivazione che leghi il fatto al diritto evocato o ipotizzato; ma sulla rilevanza giuridica stessa e sulla utilità che una tale motivazione che corredasse l'atto potrebbe in concreto esplicare.

7. L'esperienza delle massime notarili

Da qualche tempo la prassi notarile è sistematizzata negli uffici di studio presso le organizzazioni del notariato in massime appunto notarili, che fissano i principi di diritto che dovrebbero sorreggere le scelte di autonomia privata effettuate nei singoli atti della vita pratica incontrati nell'esercizio della professione stessa.

Questa attività meritoria, pur essendo molto vicina alla tematica della motivazione di diritto nell'atto di autonomia privata, integra un fenomeno di confine. Attraverso le massime del notariato, infatti, si sistematizza una visione del diritto privato con riguardo a gruppi di casi concreti e a categorie giuridiche riassunte e sintetizzate dal notariato e raccomandate come soluzioni a cui può ricorrersi nel corso dell'attività professionale da parte dei notai.
Ma se le cose stanno così, ne discende che l'attività di massimazione degli organismi notarili si pone al di sopra e comunque al di fuori dell'economia del singolo atto, potendo valere come ragione da raccordare alla scelta di autonomia privata assunta nell'atto medesimo, ma mai come esplicazione intrinseca di quella scelta, giacché la massima per definizione è sempre esterna all'atto che dovrebbe determinare.
Di modo che la massima notarile si presterebbe ad essere semplicemente seguita e attuata nell'atto di autonomia privata e invece utilizzata sul piano argomentativo nell'atto difensivo o nel provvedimento giurisdizionale che dovessero realizzarsi su quell'altro di autonomia privata.

8. Atti di volontà e atti di argomentazione nel sistema delle fonti

Adesso va valorizzata la differenza tra atti di volontà (come la legge o l'atto di autonomia privata) e atti di argomentazione (come gli atti puramente argomentativi – quali quelli difensivi – e gli atti decisori fondati su argomentazioni, come i provvedimenti dei giudici o degli arbitri).
In questa visuale l'affermazione ricorrente secondo cui prodotti come la legge, la sentenza e il contratto possano valere come fonti deve essere esplicata.
L'atto di autonomia privata quale manifestazione di volontà tesa all'effetto può valere come fonte sullo stesso piano epistemologico della legge, anche essa atto di volontà sebbene non autonoma ma sovrana. Invece la sentenza può valere come fonte su di un piano completamente diverso, perché contribuisce al cosiddetto sistema razionale del diritto, di cui legge e atto di autonomia sono elementi materiali, determinazioni volontaristiche che pretendono di essere riconosciute in quel sistema ciascuno secondo i propri criteri di legittimazione (espressione legittima del potere legislativo per la legge; manifestazione lecita di autonomia privata per l'atto).
La differenza dovrebbe essere abbastanza evidente. Tuttavia, è indubbio come di solito non sia valorizzata nelle discussioni sul rapporto tra legge e giudizio nella produzione del diritto. Direi anzi che l'intero dibattito è pregiudicato da un equivoco di fondo, dato dalla concezione della sentenza – allo stesso modo di come capita per la legge – solo quale atto di volontà teso alla modificazione del contesto giuridico in cui accade: omettendo di considerare che la sentenza in realtà è un atto, prima che decisorio, argomentativo. Non dovrebbe invece sfuggire il valore argomentativo racchiuso nelle pronunce della giurisprudenza pubblica o privata. La sentenza si distingue dalla legge per essere piuttosto che manifestazione di volontà (sovrana) argomentazione finalizzata alla decisione.
Invece l'atto di autonomia privata è concepito come semplice atto di volontà rispetto al quale è escluso qualsivoglia profilo argomentativo. Perciò la ricomprensione dell'atto di autonomia e specialmente del contratto tra le fonti del diritto – inserimento sul quale oggi concorda larga parte della dottrina civilistica – si lascia assimilare molto più agevolmente nell'ambito delle manifestazioni di volontà produttive di diritto quali la legge piuttosto che nell'ambito delle decisioni argomentate che producono modificazioni nell'ordinamento, come sono le sentenze.

9. Argomentazione (della dichiarazione) volta all'effetto giuridico

A questo punto dovrebbe essere più facile porsi la domanda sulla possibilità di una argomentazione giuridica volta all'effetto in quanto relativa ad una dichiarazione di volontà privata.
Il contenuto argomentativo, ossia il ragionamento giuridico a sostegno della manifestazione di volontà contenuta a sua volta nell'atto, è funzionale alla esplicazione della liceità e della meritevolezza della dichiarazione di volontà e dunque alla esplicazione della sua idoneità al riconoscimento ordinamentale come dichiarazione di volontà indirizzata all'effetto giuridico. Così come la motivazione sostiene il contenuto decisorio della sentenza, allo stesso modo la motivazione dell'atto di autonomia privata ne sostiene lo scopo oggettivo della costituzione di un valido impegno giuridico. Non trovo perciò nessuna ragione ostativa all'inserimento di un contenuto argomentativo nell'atto di autonomia privata. Al contrario, nei casi in cui si tratta di proporre soluzioni innovative come la creazione di nuovi schemi contrattuali, sarebbe opportuno che l'atto di autonomia fosse retto da una motivazione della dichiarazione di volontà assunta.
Attraverso l'argomentazione, in primo luogo gli autori dell'atto potrebbero affrontare la questione della rilevanza giuridica dello stesso (della presenza dell'intento giuridico, così distinguendo gli atti giuridicamente rilevanti dagli atti non rilevanti sul piano giuridico). Inoltre, potrebbero esporre una tesi argomentata sulla qualificazione dell'atto (sulla sua sussumibilità nell'ambito di uno schema tipico o di uno schema socialmente tipico o sulla natura atipica dell'atto, di cui potrebbero essere esposte le caratteristiche salienti). Infine potrebbero svolgersi argomentazioni circa la liceità, la validità e il regime di efficacia dell'atto medesimo.
Qualora fosse presente una simile argomentazione – che potrebbe essere posta o dopo le premesse in fatto o a chiusura dell'articolato – l'interprete dell'atto si troverebbe di fronte a un prodotto che non sarebbe più soltanto un semplice materiale, o se si preferisce una fonte del diritto rimessa alla sua valutazione, bensì un atto decisorio di autonomia privata che conterrebbe in se stesso le ragioni della sua pretesa di appartenere lecitamente e validamente al mondo degli atti giuridici.
Qualora gli atti di autonomia privata fossero motivati, l'interprete dovrebbe prendere posizione non soltanto sulla dichiarazione di volontà, bensì anche sull'argomentazione giuridica a sostegno della stessa. In tal modo il ragionamento che dovesse svolgersi in sede ricostruttiva sarebbe condizionato dalla presa di posizione delle parti già sul piano del discorso giuridico, a cui l'atto stesso comunque è destinato.

10. Contratti "d'autore"

Un simile compito potrebbe essere svolto dalle parti solo qualora le stesse fossero provviste della necessaria capacità tecnica e dogmatica, la qual cosa non è da reputarsi frequente. Tuttavia, proprio a tal riguardo potrebbe assumere ulteriore significato ed importanza la scelta di affidarsi a giuristi per la redazione degli atti; e specialmente a quei giuristi che per lavoro scrivono atti: a fini non soltanto di certificazione di taluni stati di fatto e di verifica della sussistenza di talune condizioni legali per la stipula, ma anche per suggerire certe soluzioni tecniche necessarie o comunque opportune nel caso concreto. Ebbene, questi giuristi oltre a fornire le soluzioni nella parte dispositiva dell'atto, potrebbero esporre nella parte argomentativa le ragioni che li hanno indotti a preferire la soluzione infine adottata.

Nella motivazione dell'atto il lavoro consulenziale svolto dal professionista alla ricerca della soluzione più appropriata nell'interesse delle parti prende corpo a sostegno della soluzione infine adottata. In questo modo l'atto di autonomia privata assume la natura di prodotto professionale.

L'atto notarile è certamente definibile come un prodotto professionale o se si preferisce come "contratto d'autore" già oggi, distanziandosi notevolmente dal contratto redatto dalle parti non soltanto per gli aspetti certificativi e di verifica di legalità ma anche per il contributo professionale circa l'assetto dispositivo del contratto e la struttura giuridica adottata nel caso concreto.

Da questo punto di vista potrebbe sembrare che l'introduzione della motivazione non determinerebbe una modificazione importante. Invece non è così.

Sicuramente l'introduzione della pratica di inserire una motivazione di diritto nell'atto non determinerebbe una modifica circa la natura del contratto sotto il profilo del suo essere fonte del diritto. Cambierebbe però il modo che il contratto avrebbe di essere fonte del diritto. Esso a tal punto lo sarebbe non più semplicemente per il profilo dichiarativo e volontaristico, ma anche sul piano argomentativo. In tal modo il contratto condividerebbe l'apporto produttivo proprio della riflessione scientifica sul piano dell'argomentazione: esattamente come capita alla giurisprudenza nella ricostruzione argomentativa della decisione svolta in sentenza.

Allo stesso modo dell'attività giudiziaria, anche l'attività professionale di redazione degli atti varrebbe come fonte del diritto sul piano delle argomentazioni. Su quel piano, opera la ricostruzione scientifica del diritto razionale nei prodotti della dottrina.

Ma si tratta di un piano a cui la stessa riflessione giuridica non si mostra molto sensibile, giacché per una mentalità insuperata è fonte del diritto il prodotto che

cambia la realtà attraverso una manifestazione di volontà sovrana e legislativa, sovrana e giudiziaria oppure autonoma e privata.
Le buone ragioni non servirebbero a questi scopi (ecco perché si contesta alla giurisprudenza di porsi come fonte del diritto e si esclude che la dottrina lo sia). Eppure, il diritto durevole è fatto solo di buone ragioni. Il che svela un ulteriore profilo di opportunità per l'adozione della argomentazione negli atti nei privati.

La funzione notarile al tempo della post verità

Raffaele Lenzi
Notaio in Firenze
Ordinario di Diritto privato, Università di Siena

Il lavoro si propone di indagare i mutamenti che è destinata ad incontrare la funzione notarile, tradizionalmente destinata ad assicurare certezza giuridica agli atti ricevuti per il tramite del notaio, nell'ambito di un sistema sociale, e conseguentemente giuridico, che, da un lato, offre sempre minori certezze e, dall'altro, mette in discussione ogni autorità il cui responso era fin qui considerato affidabile e quindi tale da assicurare certezza e prevedibilità alle conseguenze giuridiche delle attività svolte. Si prospetta la necessità della definizione di un nuovo ordine giuridico, segnalando l'efficace apporto che potrebbe offrire un rinnovato esercizio della funzione notarile, alla luce di alcuni criteri operativi da valorizzare nel nuovo contesto. In particolare, prendendo atto dell'accresciuta complessità della prestazione notarile, aggravata da un più esaustivo dovere di informazione, si propongono nuovi criteri di orientamento, tra cui si segnalano adeguatezza della prestazione, precauzione nell'individuazione degli strumenti negoziali, opportunità di argomentazione delle scelte adottate, che vanno ad integrare ed in parte modificare le tradizionali modalità di esercizio dell'attività notarile, attraverso una valorizzazione e ridefinizione della tradizionale funzione di adeguamento.

This paper investigates the changes the function of notaries – traditonally meant to ensure the legal certainty of the documents they draw up – will incur within a social, hence legal, system offering ever fewer certainties and disputing any authority once considered reliable and therefore apt to ensure the certainty and predictability of the legal consequences of any activity that is carried out. The paper suggests that a new juridical order needs to be defined and highlights how a renewed exercise of notarial functions can effectively contribute to it, considering the operational requirements to be put in place in the new scenario. In particular, given the enhanced complexity of notarial service, compounded by a more comprehensive duty to provide information, new guiding criteria are proposed. Such criteria include: adequacy of performance, precaution in identifying negotiation tools and the opportunities to explain choices made as

they complement and partly modify the conventional way of exercising notarial functions by both fulfilling and redefining the traditional function of legal adjustment.

Sommario: 1. La metamorfosi del sistema. – 2. La necessaria evoluzione della funzione notarile. – 3. Il dovere di informazione. – 4. Funzione notarile e contratto "adeguato". – 5. Il principio di precauzione come limite al contributo ordinante della prassi notarile. – 6. Prassi notarile e argomentazione; 7. Considerazioni finali.

1. La metamorfosi del sistema

Se si vuole cogliere appieno i tempi che stiamo vivendo dobbiamo riconoscere che i problemi emergenti, che impegnano i giuristi più sensibili e impegnati ad individuare le tendenze in atto, non sono più costituiti dal dibattito sull'affermazione dell'ermeneutica come modello interpretativo, sul superamento della sussunzione come criterio applicativo, sul ruolo creativo che, tra clausole generali e principi costituzionali a diretta applicazione, ha assunto la giurisprudenza, sulla perdita di peso del legalismo positivista e sulla conseguente nuova relazione che si è instaurata tra legge e giudizio. Attardarsi a discettare criticamente su questi temi può apparire ormai un esercizio sterile, un'inutile battaglia di retroguardia. Si tratta di acquisizioni che si stanno ormai consolidando, per cui si avverte come più proficua una riflessione sull'individuazione degli strumenti e dei modi mediante i quali valorizzare i vantaggi del nuovo sistema ed al contempo depotenziarne i difetti, non limitandosi a prendere atto dell'evoluzione del sistema giuridico e ancor meno vagheggiare un ritorno ad un'egemonia positivista ormai defunta, bensì cercando di proporre una possibile ricostruzione dell'ordine giuridico secondo nuovi parametri che tengano conto del vivido contesto in cui si opera. L'apprezzabilità del nuovo sistema in cui siamo ormai calati si fonda sulla fissazione di una regola modulata sulla fattualità della situazione concreta e quindi con un recupero in termini di giustizia, sulla capacità del diritto di superare la rigidità della norma positiva e quindi una maggiore attitudine ad adattarsi ai rapidi mutamenti sociali ed alle innovazioni tecnologiche. Al contempo, in senso critico, si prospetta che ciò che si guadagna in termini di giustizia si perde in termini di certezza e prevedibilità e quindi di libertà dei soggetti privati, si temono gli eccessi di soggettivismo e il possibile affermarsi di un assolutismo giudiziario, si segnala il venir meno della separazione dei poteri e si arriva persino a paventare un *vulnus* al sistema democratico. Si tende a colorare di drammaticità ciò che

forse deve ricondursi alla naturale dinamica di competizione e composizione tra fattori costitutivi dell'ordinamento giuridico in un sistema pluralista. In questo quadro, rapidamente tratteggiato, la presente riflessione vuole offrire alcune suggestioni al dibattito, come contributo al processo di ricomposizione di un nuovo ordine giuridico, nello specifico segnalando l'efficace apporto che in questo senso potrebbe offrire un rinnovato esercizio della funzione notarile, anche individuando alcuni parametri che il nuovo contesto impone di valorizzare[1]. In primo luogo merita rilevare che dalla stessa giurisprudenza giungono significative sollecitazioni alla necessità di un recupero di prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti. La Cassazione riconosce che anche nel nostro ordinamento si è affermata una versione "debole" (tale per renderla compatibile con il nostro ordinamento) del principio di vincolatività del precedente, che opera sia in senso orizzontale, tra le sezioni della Corte, sia in senso verticale, nei rapporti con le Corti inferiori[2], ma anche nei confronti delle parti di causa, attraverso una limitazione all'ammissibilità dei ricorsi. Un rafforzamento quindi della funzione nomofilattica della Corte, per garantire un'interpretazione uniforme e conseguentemente realizzare un recupero di prevedibilità, pur scontando un'oggettiva compressione del diritto di difesa. Se da un lato si segnala la funzione di fatto costitutiva e non meramente dichiarativa della giurisprudenza, dall'altro sempre più spesso si afferma, in decisioni giurisprudenziali relative a casi particolarmente perplessi, l'irretroattività

[1] Già un insigne Maestro come Salvatore Romano, nell'ormai lontano 1962, aveva rilevato come al notaio fossero stati attribuiti compiti ulteriori rispetto a quelli indicati all'art. 1 della l. n. 89 del 1913, derivanti questi ultimi dalla personalità e fiducia ispiranti i caratteri tecnici e morali dell'ufficio notarile. V. sul punto Salv. ROMANO, *La distinzione tra diritto pubblico e privato (e suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile)*, in *Riv. not*., 1962, I, 3. Sul superamento del positivismo giuridico si sono ampiamente soffermati L. GALANTINI - M. PALMARO, *Relativismo giuridico, la crisi del positivismo nello Stato moderno*, Milano, 2011.

[2] Vedi Cass., sez. un., 13620/2012 e Cass., sez. VI, 15513/2016. In particolare, nella prima delle pronunce citate è affermato che, pur in mancanza di qualsiasi riconoscimento formale, la regola dello "*stare decisis*" è stata in fatto valorizzata anche dalla novella di cui alla l. 18 giugno 2009, n. 69, che ha introdotto l'art. 360 "-*bis*" c.p.c. (che sancisce l'inammissibilità del ricorso quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa), accentuando «maggiormente l'esigenza di non cambiare l'interpretazione della legge in difetto di apprezzabili fattori di novità (Cass., sez. un., 5 maggio 2011, n. 9847), in una prospettiva di limitazione dell'accesso al giudizio di legittimità coerente con l'esercizio della funzione nomofilattica» Cass., sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620 in *Foro it*. *Rep*., 2012, n. 189; Cass. civ., sez. VI - 2, ord., 26 luglio 2016, n. 15513, v. *Foro it*., 2016, 10, 3102, con nota di G. COSTANTINO, *Note sull' "antipaticità" del ricorso in cassazione tra inammissibilità e manifesta infondatezza*.

della regola giudiziale, per favorire la certezza del diritto e salvaguardare il legittimo affidamento. La stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, seppur con riferimento a regole processuali, accoglie il principio dell'irretroattività dei cambiamenti di giurisprudenza non ragionevolmente prevedibili[3]. Il *prospective overruling* ha trovato applicazione da parte della nostra Cassazione non solo in questioni processuali ma anche, quantomeno per alcuni profili, riguardo ad aspetti sostanziali, come nel noto caso della nullità della clausola compromissoria societaria e della connessa potenziale responsabilità del notaio che ha ricevuto l'atto[4]. Al contempo, contraddittoriamente, con una serie di interventi legislativi e giurisprudenziali, si sono ridotti i margini di controllo sulle decisioni giudiziali, attraverso la limitazione dei motivi di impugnazione (art. 360 c.p.c.) e il conseguente ampliamento delle ipotesi di inammissibilità, si sollecita l'adozione di motivazioni semplificate ed in ogni caso si accrescono i margini di scopertura motivazionale delle sentenze, si prospetta inoltre un'estensione della responsabilità per lite temeraria. La valorizzazione della fonte giurisdizionale imporrebbe al contempo una riconsiderazione degli strumenti di controllo e la restrizione dei doveri di motivazione e delle ipotesi di ammissibilità dei ricorsi si pongono in direzione confliggente con la nuova rilevanza costitutiva della giurisprudenza. Il problema che si avverte è quindi la ricomposizione del rapporto tra giudizio, controllo del giudizio, ragionevole prevedibilità del giudicato. Si evidenzia poi un ulteriore elemento distonico nell'evoluzione del sistema delle fonti. Conseguenza logica della perdita di centralità del diritto statuale sarebbe l'ampliamento del ruolo e dell'ambito di operatività dell'autonomia privata, mentre al contrario si avverte, nella nuova centralità del diritto giurisprudenziale, un rafforzamento dell'interferenza esterna rispetto alle determinazioni dei privati. Non solo quindi perdita di certezza e prevedibilità ma

[3] I principi della CEDU in tema di *overruling* sono desumibili nelle pronunce *Cocchiarella c. Italia*, sentenza del 29 marzo 2006, §44; *Di Sante c. Italia*, decisione del 24 giugno 2004; *Midsuf c. Francia*, Grande Chambre, 11 settembre 2002. In ambito più specificamente comunitario cfr. Corte giust. CE, 8 febbraio 2007, C-3/06 P, *Groupe Danone c. Commissione*.

[4] Cassazione Civile, sez. VI, sentenza 13 ottobre 2011 n. 21202 ove si conclude che vi è responsabilità disciplinare del notaio *ex* art. 28 l. not., solo ove sia stato rogato, dopo il 1 settembre 2011, un atto costitutivo di società, con previsione di clausola compromissoria di arbitrato di diritto comune e, quindi, difforme dal disposto dell'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003, poiché solo da tale data può ritenersi pacifica l'interpretazione della norma come comportante la nullità di siffatta clausola, stante che solo l'inequivocità della nullità integra l'atto «espressamente proibito dalla legge» al cui ricevimento consegue la responsabilità disciplinare. Sul tema di recente Cass. civ., sez. I, 28 luglio 2015, n. 15841; ma già in Corte di Cass., sez. VI civ., 10 ottobre 2012, n. 17287, che rivedono la posizione espressa in più remote pronunce: *ex multis* Cass. civ., sez. I, 4 giugno 2010, n. 13664, tutte in *www.cassazione.net*.

anche perdita di autonomia. Il nostro tempo è poi caratterizzato dal pluralismo delle fonti, non soltanto formali, ma anche delle fonti-fatto, da cui discende non soltanto il più significativo ruolo della giurisprudenza ma anche l'affermarsi di fonti *extra ordinem*[5] e di quelle fonti genericamente definite di *soft law* (codici di condotta, raccolta di massime, codici di autodisciplina) secondo modelli che costituiscono un diritto tendenzialmente privo di validità formale ma riconosciuto per la sua ragionevolezza e persuasività. Una complessità delle fonti ove la rilevanza del dato formale e la struttura gerarchica tendono quindi ad affievolirsi. Nel tempo della postverità le istituzioni perdono autorevolezza e la conseguente valorizzazione delle fonti alternative aumenta la complessità e rende più difficile orientarsi ed individuare un ordine giuridico.

2. La necessaria evoluzione della funzione notarile

In questo contesto, quale contributo può offrire un esercizio consapevole della funzione notarile nel dipanare tale groviglio di problemi? Nella maggiore complessità del sistema, l'interposizione del notaio tra soggetti ed atto, pur nella costanza del dettato normativo positivo, è destinata ad assumere una nuova configurazione. L'attività notarile, secondo una concezione fondata su radicate suggestioni, si incentrerebbe sul controllo di legalità, preceduto da un'attività di adeguamento dell'azione privata al dettato normativo, costituente sostanzialmente il profilo attivo del controllo di legalità[6]. Elemento caratterizzante la funzione sarebbe quello dell'attribuzione di certezza degli effetti giuridici all'atto di autonomia, saldando, attraverso il riconoscimento di conformità, l'azione dei privati con l'attribuzione di efficacia da parte dello Stato. L'attività notarile consiste effettivamente, ora come allora, nella conformazione del diritto vivente al principio di legalità ma oggi i mutamenti sociali e delle relazioni giuridiche impongono una riconsiderazione delle modalità di esercizio della funzione notarile, proprio per continuare ad essere fedeli a tale vocazione. In questo nuovo sistema, il notaio, calato nella realtà sociale ed a contatto con gli interessi che si agitano intorno al caso concreto, può risultare addirittura favorito, se fornito degli adeguati strumenti culturali, per cogliere il senso dell'azione

[5] Basti il riferimento al ruolo assunto dalla *lex mercatoria* nel diritto dei contratti internazionali; R. LENZI, *La funzione notarile come fattore ordinante*, in FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli, 2015, 390.

[6] F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del notaro*, in *Riv. not*., 1951, 1 ss., ove la nota frase «quanto più consiglio del notaio, quanto più consapevolezza, quanto più cultura, quanto meno possibilità di lite».

giuridica nella concreta dinamica in cui si svolge e condurre un ragionamento efficace sul significato e sull'applicazione del dettato legale. Una volta liberatosi dalle rigide costrizioni imposte dalla tradizionale concezione di una funzione asettica e neutrale, il notaio potrà svolgere un ruolo fondamentale nel processo di concretizzazione dei principi costituzionali e delle clausole generali ed al contempo contribuire all'efficienza del mercato, mediante la composizione degli interessi degli operatori e della collettività in ordine agli effetti che l'atto è destinato a produrre[7]. Deve quindi considerarsi se emerga l'esigenza che l'attività di controllo da parte del notaio non resti riservata ai profili strutturali e formali, bensì debba risultare più penetrante, valutando, in via esemplificativa, la sproporzione tra debito e garanzia, l'eccessiva onerosità di una caparra, la mancanza di ragionevolezza di talune clausole, l'incerta meritevolezza della causa in concreto[8]. Dalla più recente giurisprudenza emerge l'idea di affidare al notaio compiti più incisivi, tali da ricomprendere la valutazione del caso di specie, considerando la condizione delle parti e la relazione tra loro, al fine di rintracciare eventuali disfunzioni del contratto. Secondo tale orientamento la reazione del notaio a tali fatti dovrebbe concretizzarsi quantomeno in un'attività di informazione resa alle parti ed eventualmente, laddove possibile, manifestarsi anche attraverso un intervento sul regolamento contrattuale. Il notaio si porrebbe in un rapporto di controllo e di bilanciamento preventivo delle distorsioni dell'assetto contrattuale prospettato, non solo segnalando alle parti le possibili conseguenze di una tale configurazione negoziale ma prevalentemente, facendo autorevole esercizio di persuasione, proponendo la possibilità di conferire e restituire all'atto – o alla clausola – una proporzionalità ed un'adeguatezza tali da renderla, con maggior sicurezza, meritevole di tutela alla stregua dei principi che regolano l'autonomia privata[9]. Abbiamo già detto della variegata emersione di forme di *soft law*, dai codici di condotta, ai protocolli di intesa, alle massime

[7] P. PERLINGIERI, *Funzione notarile ed efficienza dei mercati*, in *Notariato*, 2011, 6, 627.

[8] Tutti questi fattori non incidono soltanto sul singolo contratto ma sul mercato, creando disfunzioni al suo corretto funzionamento. Deve quindi considerarsi se emerga l'esigenza che l'attività di controllo da parte del notaio non resti riservata ai profili strutturali e formali, ma incida sul merito, estendendosi anche al controllo di meritevolezza; in questo senso P. PERLINGIERI, *Funzione notarile ed efficienza dei mercati*, cit., 627 ss.. Il riconoscimento di tale esigenza non determina automaticamente una doverosità in tal senso delle modalità di esercizio, che solo una espressa disposizione normativa può imporre, ma rileva in termini di opportunità e di ricostruzione della complessità della funzione. Inoltre una cosa è ritenere opportuno un ampliamento dell'attività di controllo, altra cosa è pretendere che tale attività pervenga ad un risultato certo.

[9] Si sta oggi affermando un modello di contratto come accordo "regolato" in cui l'autonomia privata si armonizza con l'intervento riequilibratore eteroindotto, affidato non soltanto al formante giurisprudenziale ma ad una pluralità di fattori, tra cui si segnala l'emergere di modelli di *soft*

notarili, alle procedure negoziate; tuttavia, mentre i codici di condotta o le massime notarili costituiscono forme di *soft law* positivizzate, e come tali riferite a fattispecie generali ed astratte, l'intervento del singolo notaio è misurato sulla fattualità delle situazioni concrete. In questa dimensione il notaio può essere protagonista della nuova stagione del diritto contrattuale, caratterizzata dalla valorizzazione di strumenti che anziché imporre forme di eteroregolazione del contratto mirano a migliorare, mediante sollecitazioni non impositive, la qualità delle scelte dei contraenti, essendo il notaio in ciò favorito dall'autorevolezza morale, che deriva dalla sua istituzionale terzietà, e culturale, per la specifica competenza tecnica, autorevolezza che le parti tendono a riconoscergli e che la stessa giurisprudenza indirettamente ammette quando stigmatizza il notaio che, con il suo comportamento, commissivo od omissivo, ingenera nei contraenti un erroneo affidamento sugli effetti dell'atto notarile. La funzione notarile di adeguamento quindi come "pungolo" ai contraenti per orientarli a migliorare le loro scelte contrattuali; funzione che potremmo ricondurre a quell'orientamento definito di "paternalismo libertario" e teorizzato negli studi di Cass Sunstein e Richard Thaler[10], come noto quest'ultimo recentemente insignito del Nobel per l'economia. Se oggi si avverte la necessità di un diritto cooperativo, che vigila sulla giuridicità più che sanzionare a posteriori la difformità alla regola[11], la funzione notarile, così reinterpretata, appare, come non mai, attuale ed essenziale per produrre una regola misurata sulla concreta fattispecie ed al contempo dagli esiti ragionevolmente prevedibili, il tutto ovviamente laddove la giurisprudenza riconosca l'utilità di valorizzare il filtro notarile ed in particolare, come dirò di seguito, l'argomentato giudizio precognitivo del notaio. Come il diritto positivo, che costruisce la regola su una fattispecie generale ed astratta, si arricchisce, accanto al formante legislativo, di fonti persuasive di *soft law*, così il diritto giurisprudenziale, nel modulare la regola sul fatto, può giovarsi dell'argomentato giudizio prognostico del notaio, anch'esso misurato sulla concretezza del fatto e ancor più vivificato dalla diretta partecipazione del notaio al momento genetico del fatto stesso. Un più stretto dialogo tra prassi notarile e giurisprudenza potrebbe rivelarsi particolarmente fecondo di risultati, consentendo anche un

law che costituiscono un diritto privo di validità formale ma caratterizzato da ragionevolezza e persuasività e come tale riconosciuto; cfr. G. ALPA, *Fonti, teorie e metodi*, in *Il contratto in generale*, I, in *Trattato di diritto civile comm*., Milano, 2014, 413.

[10] R.H. THALER - R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008.

[11] P. LUCARELLI, *Il diritto della mediazione nella visione ottimistica di una gius commercialista*, in FIORELLI - ADINOLFI - AMATO (a cura di), *Scritti in onore di Lombardi Vallauri*, Milano, 2016, 809 ss.

recupero in termini di prevedibilità delle conseguenze giuridiche del fatto. Con la specificità, non di poco momento, che, nella predisposizione del regolamento contrattuale e quindi nella sua conformazione al principio di legalità sostanziale, il notaio non può affidarsi ad un potere autoritativo di integrazione del contratto ma ad un mero dovere di consiglio e di prospettazione alle parti delle future potenziali conseguenze giuridiche, attraverso la manifestazione di un giudizio precognitivo sull'assetto contrattuale che si profila[12]. Si esce dal potere/dovere di rifiuto di ricevere l'atto, per cui non trovano applicazione né l'art. 27 né l'art. 28 della legge notarile, che non esauriscono il campo del dovuto e del non dovuto notarile. Ci si trova nell'esercizio «della funzione primaria di controllo proattivo di legalità sostanziale»[13], che è funzionale alla conformazione e adeguamento del regolamento negoziale e che deve svolgersi sulla base di quattro pilastri: informazione, adeguatezza, precauzione e argomentazione. In questo quadro, la funzione di adeguamento non è più limitata all'indagine della volontà delle parti ed alla conseguente selezione dello strumento giuridico più idoneo per realizzare legittimamente gli obiettivi dei contraenti ma assume contorni più complessi, misurati sulla situazione concreta e che non consentono un esercizio omogeneo della funzione, con comportamenti di costante intensità e con ripetute identiche modalità. Informazione, adeguatezza, precauzione e argomentazione costituiscono quindi i referenti per un corretto esercizio della funzione di adeguamento nell'attuale contesto. Vorrei riservare a ciascuno di tali criteri alcune rapide considerazioni.

3. Il dovere di informazione

I doveri di informazione[14] cui il notaio è tenuto verso le parti hanno visto estendersi nel tempo il loro ambito di riferimento. Sussiste un evidente rapporto

[12] F.P. LOPS, *Le clausole generali e la funzione notarile*, in *Notariato*, 2009, 652 ss. afferma che nell'ambito della contrattazione preliminare o semplicemente preparatoria, alle parti fanno carico dei doveri reciproci di informazione che costituiscono declinazione del dovere di buona fede e che assumono un ruolo di fondamentale importanza laddove abbiano ad oggetto fatti e circostanze che non siano immediatamente desumibili dal dato documentale. Il notaio, solleciterà quindi le parti, anche attraverso la predisposizione di specifiche clausole, nell'intento di far emergere tutte quelle circostanze che possono sovvertire il processo di formazione del consenso o che, incidendo su elementi rilevanti nella determinazione a contrarre, possono operare a danno dell'affidamento incolpevole di una delle parti, o ancora quegli elementi che possono alterare l'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto.

[13] R. LENZI, *La funzione notarile come fattore ordinante*, cit., 397.

[14] Sul punto è da intendersi richiamato pressoché *passim* R. LENZI, *La metamorfosi della*

di complementarietà tra informazione dei contraenti e funzione di adeguamento in quanto, proprio grazie al conseguimento di esaurienti informazioni, l'adeguamento della volontà negoziale cessa di essere mero adattamento di una volontà precostituita, che i contraenti semplicemente si limitano a manifestare al notaio, ma diviene momento conformativo della volontà stessa, implicando un'interazione bidirezionale tra notaio e contraenti, tale che la volontà di questi ultimi giunge a definitiva e più completa maturazione proprio in virtù dell'intervento notarile. L'attività di informazione svolta dal notaio oltrepassa gli stessi interessi delle parti e contribuisce, nell'ambito suo proprio, anche al più corretto funzionamento del mercato, in quanto l'ottimale efficienza del mercato si ha quando tutti i soggetti che vi operano compiono scelte razionali e queste a loro volta presuppongono una perfetta conoscenza dei dati rilevanti[15]. L'attività informativa del notaio non si limita ad assicurare la conclusione di contratti supportati da volontà prive di perturbamenti, bensì favorisce la maturazione di una volontà consapevole al massimo grado, che giunge a compimento non solo priva di vizi ma sulla base della rappresentazione del grado di efficienza del congegno tecnico-giuridico che si andrà adottando e delle opportunità alternative rese disponibili dal sistema, di cui l'opera informativa del notaio vale a dare contezza, esprimendo, se del caso, le perplessità del notaio medesimo circa l'idoneità dell'atto al raggiungimento degli effetti[16]. Ma una esauriente e completa informazione, che pure costituisce parametro valutativo della diligenza professionale del notaio, può, in alcuni casi, non essere necessaria, in altri può non essere sufficiente. Sembra infatti ragionevole ritenere che il dovere di informazione del notaio ed il suo potere di interferenza sulle dinamiche contrattuali non possano spingersi fino ad informare i contraenti di tutte le problematiche che concernono la possibile evoluzione del rapporto contrattuale; tale informazione, se resa genericamente, in molti casi non favorirebbe nell'acquirente alcuna maggiore consapevolezza ma produrrebbe soltanto una generale sensazione di insicurezza che indurrebbe le persone di

funzione notarile nella lente del dovere d'informazione, in *Nuove leggi civ*., 2015, 761 ss.

[15] P. PERLINGIERI, *Funzione notarile ed efficienza dei mercati*, cit., 627 ss.

[16] S. TONDO, *Dovere per il notaio di informazione e consulenza*, in *Studi e materiali - Quaderni semestrali*, a cura del Consiglio nazionale del Notariato, Milano, 2002, 87 ss.; deve poi valutarsi se non sia indifferente ad un corretto esercizio della funzione notarile un controllo, nella fase genetica del contratto, circa l'adeguatezza dell'assetto prospettato dalle parti a criteri di proporzionalità e correttezza, con opportuna segnalazione di un evidente rischio di squilibrio. La neutralizzazione di questo rischio, in funzione della stabilità del contratto, con riferimento a quelle fattispecie che minino la giustizia dell'assetto contrattuale, potrebbe considerarsi anch'essa come ricompresa in una concezione sostanziale del controllo di legalità.

comune prudenza, e prive di specifica preparazione giuridica, esclusivamente a sottrarsi alla contrattazione, con ciò portando ad ingiustificate restrizioni del mercato. L'attività di informazione deve trovare la propria misura nel fatto che non può costituire occasione di esorbitante apprensione né avvalorare essa stessa un clima di latenti sensazioni di insicurezza ed instabilità, divenendo così un freno ed un ostacolo al funzionamento del mercato ed alla fluidità delle relazioni economiche. Si tratta quindi di definire il delicato punto di equilibrio tra un'informazione responsabile e misurata che, attraverso un processo di consapevolizzazione, consenta alle parti di individuare ed adottare la soluzione più funzionale alle loro esigenze e ad assumersi consapevolmente i rischi ad essa connessi, ed un'informazione anodina e avulsa dal contesto, sia sul piano oggettivo, la concreta relazione giuridico economica tra contraenti, che sul piano soggettivo, la capacità delle parti di cogliere e utilizzare adeguatamente le informazioni assunte, tale che, lungi dal favorire la consapevolezza, rafforza l'incertezza, amplifica i timori, contrasta o addirittura paralizza le relazioni giuridiche, costituendo quindi una restrizione del mercato anziché uno strumento di regolazione che promuove e favorisce l'accesso al mercato e le relazioni giuridico economiche.

4. Funzione notarile e contratto "adeguato"

Ciò conferma che il contenuto e le modalità informative devono essere commisurate al destinatario della prestazione, non essendo utile né necessario precostituire un rigido modello di attuazione dei doveri di informazione[17]. In altri casi tuttavia anche un'esaustiva informazione può risultare insufficiente; in questo senso orientano quei criteri di adeguatezza e appropriatezza che l'ordinamento richiama ed impone debbano essere considerati dal professionista nel rendere prestazioni complesse, ove l'informazione, per quanto formalmente completa, non è sufficiente a pervenire ad una piena consapevolezza. Soccorre in questo senso, come parametro riferibile anche all'attività notarile, la disciplina Mifid[18], regolatrice dell'attività degli operatori finanziari, secondo la

[17] Per Cass., 27 novembre 2012, n. 20995, il notaio deve osservare un principio di precauzione ed adottare la condotta più idonea a salvaguardare gli interessi del cliente. V. anche R. LENZI, *Funzione e responsabilità del notaio nell'età dell'inquietudine*, in Liber amicorum *per Francesco D. Busnelli, Il diritto civile tra principi e regole*, vol. I, Milano, 2008, 604 ss.

[18] D. MAFFEIS, *Sostanza e rigore nella disciplina Mifid del conflitto di interessi*, in *Riv. della banca e del mercato finanziario*, 2008, 581 ss.

quale non è sufficiente fornire al cliente una completa informazione ma è invece necessario valutare l'adeguatezza e l'appropriatezza del servizio richiesto e della soluzione proposta alle specifiche caratteristiche dei soggetti richiedenti ed agli obiettivi perseguiti. La funzione di adeguamento si sostanzia anch'essa in una valutazione di adeguatezza e appropriatezza dello strumento negoziale che si intende adottare rispetto non soltanto alle esigenze prospettate ma anche al profilo degli utilizzatori dello strumento in questione. I più recenti interventi normativi tendono infatti ad evidenziare il valore dell'elemento cooperativo nel connotare le relazioni tra cliente e prestatore del servizio complesso. Anche nel settore assicurativo è previsto il medesimo canone regolatore dell'attività dell'assicuratore, tenuto ad un'attività di cooperazione che non si arresta sulla soglia della decisione del cliente informato, ma impone di verificare che la scelta sia adeguata rispetto alle sue attese ed ai suoi bisogni. La disciplina Mifid e quella dettata dal Codice delle assicurazioni private, costituiscono la punta avanzata di una nuova prospettiva, che, accanto alla trasparenza delle condizioni contrattuali, prevede una più intensa forma di collaborazione con il cliente[19]. La cooperazione e la fiducia tra intermediari e clienti disegnano una nuova dimensione del diritto contrattuale, particolarmente nei contratti che hanno per oggetto prestazioni complesse e caratterizzate da un elevato grado di tecnicismo e di specializzazione. Ciò che qui interessa mettere in luce è che si va consolidando l'idea che l'informazione, così come svolta, non costituisce un mezzo di per sé satisfattivo nel realizzare gli obiettivi di tutela che l'ordinamento si propone; non basta la libera scelta dello strumento contrattuale e delle sue condizioni, né basta una asettica informazione resa dal professionista, ma occorre qualcosa di diverso e di più: un effettivo dialogo bidirezionale che consenta di commisurare il contratto al cliente[20]. Siamo di fronte ad uno spostamento di attenzione: da una strategia di informazione obbligatoria ad una strategia, forse di impronta più assistenziale e paternalista, nella quale la relazione di fiducia

[19] Nel settore assicurativo, per lungo tempo, l'espressione trasparenza è stata riferita non tanto al contratto quanto alle tariffe. Solo con l'entrata in vigore del Codice delle assicurazioni private il legislatore ha dedicato maggiore attenzione al profilo della trasparenza delle clausole contrattuali. Si pensi, al riguardo, alle disposizioni contenute al capo I del titolo XIII in materia di «Trasparenza delle operazioni e protezione dell'assicurato». Sul punto v. F. ROMEO, *Informazione e trasparenza nel «Codice delle assicurazioni private» (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2006, 796 ss.

[20] V. SANGIOVANNI, *I contratti di assicurazione fra codice civile e codice delle assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 2011, 113, laddove si parla di una "trasparenza bilaterale" per la quale «i soggetti che intendono concludere un contratto di assicurazione devono mettersi reciprocamente a disposizione tutte le informazioni che possono consentire ad ambedue di valutare se, e a quali condizioni, concludere il contratto».

tra professionista e cliente gioca un ruolo centrale nella costruzione dell'assetto contrattuale. Il notaio quindi non solo è tenuto a mettere al corrente le parti di dati e notizie rilevanti nel caso concreto ma, al tempo stesso, e su un piano ancora più elevato di coinvolgimento, deve saper discernere tra cosa dire e cosa tacere, saper individuare il limite entro il quale la sua opera informativa deve svolgersi, per il resto facendosi carico di gestire lui stesso la fattibilità giuridica dell'operazione e la conformità ed adeguatezza agli interessi dei contraenti. Il notaio, da accurato informatore, diviene anche misuratore della sostenibilità giuridica dell'operazione che sta per concludersi, assumendo su di sé l'onere della valutazione di fattori che i contraenti, per quanto li si possa informare, non sarebbero in grado di apprezzare e maneggiare compiutamente[21]. Contenuto e grado di approfondimento dell'informazione non possono e non devono essere prestabiliti in astratto così da dover ricorrere in ogni concreta operazione assunta nella sua tipicità e indipendentemente dal reale contesto in cui ha luogo e da quali siano i suoi protagonisti. Tutto ciò dovrebbe valere a convincerci che l'attività di informazione che il notaio è chiamato a svolgere non è suscettibile di essere realizzata alla stregua di regole protocollari, nelle quali i contratti di varia tipologia vengono assunti nella loro fredda astrattezza e mai nella vivida fisionomia della loro concretezza. È certo che regole protocollari standardizzate facilitano la prestazione del notaio, come di ogni altro professionista, purtuttavia la svuotano dalla sua vera vocazione che è quella di parametrarsi e modellarsi compiutamente sulle esigenze che di volta in volta si palesano.

5. Il principio di precauzione come limite al contributo ordinante della prassi notarile

Il perseguimento del risultato voluto e quindi la piena esplicazione dell'autonomia privata, costituiscono elemento caratterizzante la funzione notarile e segnano la prospettiva nella quale deve collocarsi l'attività di adeguamento e di controllo di legalità sostanziale. Sussiste tuttavia un ulteriore principio che sembra perfettamente attagliarsi alla funzione notarile ed a cui la prassi notarile

[21] Esemplificando: difficilmente un notaio renderà edotto un acquirente del rischio, sempre presente, di più vendite dello stesso immobile, con conseguente applicazione della regola sancente la prevalenza della trascrizione prioritaria nel tempo. L'acquirente alieno dai "tecnicismi" del sistema di opponibilità degli atti tra vivi ben potrebbe sviluppare ansie e preoccupazioni che, a fronte di un quasi fisiologico buon esito delle compravendite immobiliari, paiono certo non necessarie. Il problema è solo in parte risolto dalla possibilità, recentemente introdotta, del deposito del prezzo al notaio, fino all'esito della trascrizione.

dovrebbe pure ispirarsi. L'accresciuta incertezza del sistema non può giustificare l'immobilismo giuridico e far venir meno la funzione promozionale del diritto, cui anche la prassi notarile deve contribuire, superando quella concezione fuorviante del controllo di legalità che rischia di condurre il notaio ad essere espressione di conservatorismo giuridico. Ma tale funzione promozionale della prassi notarile deve essere esercitata alla luce del principio di precauzione, che trova il proprio referente normativo, per l'attività notarile, all'art. 147 della legge notarile, che impone al notaio di astenersi da comportamenti che possono determinare discredito alla categoria, tra cui dobbiamo ricomprendere quelle iniziative tali da ingenerare dubbi sull'affidabilità sistematica dell'attività notarile nell'assicurare un alto grado di sicurezza e prevedibilità ai rapporti giuridici che si instaurano per il tramite dell'intervento del notaio[22]. Gli strumenti negoziali adottati devono essere proporzionali al livello di protezione ricercato, adeguati al profilo dei contraenti e le decisioni debbono essere assunte a seguito dell'esame dei vantaggi e svantaggi che possono derivarne, anche con riferimento al generale funzionamento delle relazioni giuridiche. Da un lato quindi una legalità sostanziale perseguita anche attraverso una specifica attenzione alla concretizzazione delle clausole generali e dei principi costituzionali; dall'altro il rafforzamento del dovere di coadiuvare le parti a perseguire i loro legittimi interessi nell'esercizio dell'autonomia privata, anche attraverso un contributo promozionale all'innovazione giuridica ed all'evoluzione del sistema, mediante una misurata ma non conservativa prassi notarile, che tuttavia, al di là dei casi di irricevibilità manifesta o, come oggi si definisce, inequivoca, deve conformare il doveroso *favor* verso l'autonomia privata, mediante l'applicazione di un principio di precauzione che non trasformi lo sforzo innovativo in una potenziale proliferazione di contenziosi, induca nell'opinione generale affidamenti solo apparenti e, di fatto, moltiplichi il grado di incertezza dell'ordinamento, anche attraverso applicazioni seriali di soluzioni perplesse o comunque di esito incerto[23].

[22] Per Cass., 27 novembre 2012, n. 20995, cit., il notaio deve osservare un principio di precauzione adottando la condotta più idonea a salvaguardare gli interessi del cliente.

[23] Cfr. ancora R. LENZI, *Funzione e responsabilità del notaio nell'età dell'inquietudine*, cit., 604 ss.

6. Prassi notarile e argomentazione

Merita poi considerare se, venuta meno la possibilità per il notaio, nell'attuale sistema complesso sopra descritto, di assicurare la certezza degli effetti perseguiti, risulti invece doveroso elaborare e palesare in atto le argomentazioni che stanno alla base della scelta negoziale e redazionale adottata[24], anche per raccordarsi alle accresciute esigenze di trasparenza che, in quanto tali, rendono opportuno esporre nell'atto, analogamente alla motivazione delle sentenze, il procedimento logico-giuridico che, nel confronto tra norma e interessi, ha orientato le scelte adottate, segnatamente laddove queste si discostino da prassi consolidate, rendendo palese alle parti ed anche ai terzi il procedimento argomentativo che ha condotto alla soluzione adottata. Il ragionamento e le giustificazioni razionali elaborate dal notaio certamente non alterano il contenuto della norma[25] ma, una volta venuto meno un sistema di legalità fondato sulla certezza del diritto, sulla chiarezza delle disposizioni normative positive e sulla prevedibilità delle decisioni giudiziarie, l'esercizio consapevole della funzione notarile, attraverso un uso sapiente e persuasivo dell'argomentazione giuridica nel sostenere la regolazione dell'atto di autonomia sottoposto al suo ministero, può svolgere un ruolo efficace nella definizione di un diritto calcolabile. La regola negoziale adottata deve risultare ragionevole e giustificata; il che ovviamente non ne assicura la conformità al giudizio *ex post* che dell'atto di autonomia può dare il giudice ma fornisce una ragionevole prospettiva di validità per il contributo sapienziale che il notaio giurista può offrire, svolgendo quindi non più funzione di garante della certezza degli effetti bensì di qualificato estensore di un motivato giudizio precognitivo sull'effettività dell'atto di

[24] S. SANTANGELO, *Schematismi e creatività*, in *Vita not*., 1971, 427 ss., per il quale la tecnica dell'argomentazione è già strumento essenziale nel processo interpretativo e nell'attività applicativa del diritto; si tratta soltanto di rendere più palese il suo ruolo, che concorre, con l'enunciato positivo, a modellare la regola. Gli esiti della soluzione adottata in relazione al caso concreto sono in ogni caso affidati al processo interpretativo, cui l'argomentazione concorre in maniera significativa.

[25] Non è mancato tuttavia chi, in questo scenario, ha ritenuto che il ruolo del Notaio possa assumere, nel diritto vivente, una dimensione normativa, cui è affidato il compito di costruire nuovi concreti modelli negoziali che rispondano, in un bilanciamento di funzioni, sia alle esigenze del mercato, in relazione alla singola operazione economica, sia all'osservanza dei principi, anche costituzionali, di solidarietà, equità, buona fede, correttezza, proporzionalità e ragionevolezza, verso la cui valorizzazione si va orientando anche il formante giurisprudenziale, nazionale e comunitario; in questo senso R. PERCHINUNNO, *Il notaio tra contratto e mercato*, in *Contr. impr*., 2003, 87 ss.; cfr. anche E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. civ*., 2001, I, 779 ss.

autonomia. Nel complesso sistema di fonti di produzione normativa, in cui il formante legislativo ha perso non solo l'esclusività ma anche la centralità, il valore, almeno in via tendenziale, della certezza del diritto o quantomeno della ragionevole prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti potrebbe essere in parte preservato attraverso un arricchito esercizio dell'attività notarile[26]: usare l'argomentazione giuridica, frutto della propria capacità sapienziale, per svolgere un giudizio prognostico sulla prevedibilità degli effetti dell'atto di autonomia. La prassi notarile è discorso scientifico, che concorre al processo ordinante; certamente vi è un fatto istituzionale, la funzione pubblica, che riveste di giuridicità quello che altrimenti sarebbe solo opinione, seppur sapiente e obiettiva. Il notaio quindi come produttore di una giurisprudenza precognitrice[27]. Il dibattito tra chi tende a valorizzare la figura più vasta del notaio-interprete e chi si orienta a favore di quella più specifica e riduttiva del notaio-garante della legalità, appare quindi svuotato di senso, in quanto il notaio resta garante della legalità ma garante di una legalità profondamente mutata. Tra l'altro l'inserimento della giustificazione delle soluzioni adottate non impone necessariamente una modifica della struttura dell'atto notarile ma può essere volontariamente inserita dal notaio nella premessa dell'atto stesso, come talvolta già oggi accade. Essa andrebbe a costituire la manifestazione di una prima ed argomentata valutazione razionale della legittimità dell'atto, capace così, da un lato, di dissuadere, se convincente, un possibile contenzioso, dall'altro di esporre un apparato argomentativo al giudice così da offrire un utile contributo ad un esito del processo più veloce e più giusto. La motivazione quindi come moderno adattamento della funzione antiprocessuale, in quanto strumento per un più efficiente funzionamento del sistema della giustizia civile[28]. Il giudizio prognostico sull'effettività del contratto, offerto dal notaio nella sua eventuale motivazione, offrirebbe un contributo conoscitivo, liberamente apprezzabile dal giudice nel valutare *ex post* la fattispecie, ma di cui il giudice potrebbe eventualmente avvalersi nel definire e motivare la soluzione adottata in sede giudiziaria. Una motivazione razionale e culturalmente consapevole delle conclusioni raggiunte andrebbe a costituire inoltre criterio di valutazione della

[26] Spunti significativi in Cass., 13 ottobre 2011, n. 21202, in *Giust. civ.*, 2011, 2554.

[27] Tale innovazione consentirebbe di conservare all'attività notarile, con i necessari adattamenti dovuti all'accentuata incertezza del sistema, la propria funzione antiprocessuale, che poi è tale nella misura in cui è efficacemente deflattiva del contenzioso civile.

[28] E ciò a maggior ragione in un sistema afflitto da una proliferazione di nullità: da quelle non testuali alle nullità a legittimazione relativa, dalle c.d. nullità di protezione alle nullità parziali necessarie, funzionali più alla riconfigurazione del contratto che a costituire un disincentivo alla sua conclusione.

diligenza professionale, anche nell'ipotesi in cui, ad un vaglio giurisprudenziale successivo, tale soluzione venisse valutata come non conforme alla legge. Nel momento in cui emergono nuove complessità nell'attività valutativa del contratto, affidare il controllo in via esclusiva alla fase giurisdizionale non sembra una soluzione soddisfacente; tra l'altro poco coerente con la logica cooperativa e deflattiva del contenzioso che si tende ad affermare nella nuova ridefinizione del sistema. Si avverte prepotente l'esigenza di individuare delle tecniche correttive che coniughino esigenze di certezza e prevedibilità degli effetti del contratto, da un lato, e effettività della tutela, dall'altro. Il controllo giudiziale successivo che pure, grazie alla duttilità degli interpreti, perviene ad una maggiore effettività della tutela, pecca di tempestività e quindi spesso di efficacia e, nel perseguire con maggiore libertà la giustizia del caso concreto, mette in crisi la certezza e l'affidabilità delle relazioni contrattuali. L'intervento del notaio, misurato sulla fattispecie concreta, concorre a realizzare un controllo anticipato ed a stimolare interventi correttivi concordati dell'atto di autonomia, promuovendo così un assetto giusto e quindi una più sicura stabilità degli effetti, nell'auspicata direzione di coniugare certezza del diritto e giustizia del contratto[29].

7. Considerazioni finali

Si dice che il tempo della post verità non è per gli specialisti, per gli eruditi, per coloro che sanno[30]. Forse, più semplicemente, è venuta meno la fiducia verso le istituzioni e verso le autorità, fiducia che deve essere riconquistata e per far ciò è necessario che le *élites* culturali siano pronte a mettere in discussione i loro spazi ed il loro ruolo. Non è più il tempo del mero esercizio del potere connesso all'autorità istituzionale; il potere deve cercare una continua giustificazione che consenta di superare lo scetticismo e la sfiducia. Questo vale per il notaio, che deve giustificare, mediante l'argomentazione persuasiva, le soluzioni che propone e verso le quali orienta le parti, vale anche per il giudice, che

[29] Così il notaio, pubblico ufficiale e libero professionista, potrà svolgere una "mediazione giuridica qualificata", «tesa ad assicurare un giusto equilibrio tra il sistema normativo, con i suoi valori di natura pubblicistica, e le esigenze dei privati, portatrici di valori ugualmente meritevoli di tutela», restando comunque salda quella «funzione di garanzia della legalità, che costituisce l'essenza, presente e futura, della funzione notarile, la legittimazione, sociale e giuridica, della sua permanenza», in R. LENZI, *La funzione notarile come fattore ordinante*, cit., 418. Cfr. P. PERLINGIERI, *Funzione notarile ed efficienza dei mercati*, cit., 627 ss.

[30] M. FERRARIS, *Postverità e altri enigmi*, Bologna, 2017, 150.

non deve cedere alla tentazione di sottrarsi al dovere di argomentare. Anche nell'epoca della postverità, della sfiducia e dello scetticismo verso ogni forma di istituzione, il notaio che informa, che si assume la responsabilità della scelta più appropriata, che opera secondo criteri precauzionali pur non mortificando l'autonomia privata e la funzione promozionale della prassi notarile, che è in grado di argomentare adeguatamente le scelte adottate, continuerà a svolgere una funzione fondamentale e forse addirittura accresciuta nel nuovo ordine giuridico che si va costruendo. Certo è necessario che di tale nuovo ruolo assuma consapevolezza lo stesso ceto notarile che talvolta appare in ritardo nel raccogliere la sfida, nonostante i chiari segnali lanciati dalla giurisprudenza più avveduta.

Verità tridimensionale

Maurizio Ferraris
Ordinario di Filosofia teoretica, Università di Torino

In questo testo, il classico tema filosofico della verità è affrontato da una prospettiva che consente di metterne in risalto l'importanza dal punto di vista della scienza giuridica.
L'errore dei postmoderni è stato duplice: quello di fare dell'ermeneutica una epistemologia (l'insieme del sapere sarebbe frutto di interpretazione) e quello di farne una ontologia (non ci sono fatti, solo interpretazioni, o, più modestamente, ogni fatto è sottoposto a una interpretazione). Propongo invece una struttura tripartita che sulla scia di Pierce è composta da primità, secondità e terzità che, nella mia visione, corrispondono a ontologia, epistemologia e tecnologia. In questo modo l'esistenza di più interpretazioni non esclude l'esistenza di fatti, di individui e di oggetti. Questa tesi è cruciale per il momento che la scienza giuridica e la professione notarile stanno attraversando. Piuttosto che disfare la verità, secondo la prospettiva postmoderna, sarebbe meglio concentrarsi sul fare la verità, elemento che si applica anche all'arte dell'interpretazione.

The paper deals with the classical philosophical topic of truth from a perspective that highlights its importance in juridical science.
The error of postmodern jurisprudence has been twofold: 1) considering hermeneutics as epistemology (knowledge as a whole emanates from interpretation) and 2) considering hermeneutics as ontology (there are no facts but only interpretations, or – more plainly – any fact is open to interpretation). Instead, I propose a tripartite structure that in the wake of Pierce is composed of Firstness, Secondness, and Thirdness which, in my view, correspond to ontology, epistemology, and technology. In this way, the existence of multiple interpretations does not exclude the existence of facts, individuals and objects. This thesis is crucial given the peculiar times juridical science and the notarial profession are experiencing. Rather than unmaking truth, according to the postmodern perspective, it would be better to concentrate on making truth, an element that also applies to the art of interpretation.

Sommario: 1. Portatori di verità. – 2. Enunciatori di verità. – 3. Fattori di verità. – 4. Ermeneutica neorealista.

In quanto segue propongo una concezione della verità come struttura a tre termini, che comprende l'ontologia, l'epistemologia e la *tecnologia*, da considerarsi come l'elemento, sinora largamente sottovalutato dai filosofi, che assicura il transito dall'ontologia alla epistemologia, e che permette di *fare* la verità. Per questa prospettiva, la verità è il risultato tecnologico del rapporto tra ontologia (quello che c'è) ed epistemologia (quello che sappiamo), e l'insistenza sulla tecnologia mira a ribadire l'importanza delle operazioni di pertinenza del notaio: operazioni pratiche, ma che hanno la funzione decisiva di collegare il fatto (ontologia) al diritto (epistemologia).

Mi spiego con un esempio di sapore vagamente *peirceano*. In un barattolo ci sono 22 fagioli (ontologia); li conto (tecnologia); enuncio la frase: "in questo barattolo ci sono 22 fagioli" (epistemologia). La frase è vera. Il barattolo ha un certo peso (ontologia); lo metto su una bilancia (tecnologia); enuncio la frase "il barattolo pesa 100 grammi" (epistemologia). Anche questa frase è vera. Se fossi negli Stati Uniti direi che il barattolo pesa 3 once e mezza, e sarebbe ugualmente vera, sebbene 3,5 e 100 siano due numeri diversi. Morale: la verità è relativa agli strumenti tecnici di verifica, ma assoluta rispetto alla sfera ontologica a cui fa riferimento e alla esigenza epistemologica a cui risponde. Ciò che designiamo, nel linguaggio corrente, come "relativo" e "assoluto" indica, nella versione che propongo, due forme diverse di dipendenza della verità, rispetto alla ontologia e rispetto alla tecnologia.

In questo modo, la verità dipende dalle proposizioni, senza – per questo – essere relativa. C'è la neve bianca (o non c'è) indipendentemente da chicchessia (ontologia). C'è la frase "la neve è bianca", che è vera (se la neve è bianca), e che dipende dal fatto che ci siano esseri simili a noi (difficile pensare alla validità di "la neve è bianca" per un pipistrello): si tratta di epistemologia, che è un livello non necessariamente correlato alla ontologia, malgrado quanto ritengono tanto i partigiani della iperverità quanto quelli della ipoverità. E soprattutto ci sono le operazioni che permettono di mettere in relazione l'ontologia e l'epistemologia, operazioni che chiamo appunto "tecnologia", e che vanno dall'osservazione della neve per appurare se sia bianca o meno, all'analisi chimica del sale per appurare se sia o meno cloruro di sodio, allo scoprire che il colpevole è il maggiordomo e che la Donazione di Costantino è un falso. Abbiamo dunque due domini ben distinti, e una serie di operazioni che possono (anche se non necessariamente devono) metterli in comunicazione.

Per chiarire questa teoria propongo preliminarmente una riforma terminologica. È diffusa in ambito analitico, e anticipata dalla tradizione, la distinzione tra fattori di verità (*truth maker*) e portatori di verità (*truth bearer*), dove i primi sarebbero il fondamento ontologico di una proposizione vera (la neve è bianca) e i secondi l'espressione epistemologica della verità (la frase "la neve è bianca")[1]. Questa distinzione poggia tuttavia sull'identificazione iperveritativa tra ontologia ed epistemologia. Viceversa, nella prospettiva che propongo ci può essere realtà senza verità, ma non verità senza realtà, e la verità è per l'appunto quello che si fa, l'insieme delle proposizioni vere che emergono dalla realtà. Che cosa intendo con questo? Una teoria positiva della verificazione. "Verificare" deriva da *veritas facere*, rendere qualcosa vero. Fare la verità, verificare, ha un doppio aspetto: tanto quello dell'invalidare (se la neve non è bianca) quanto quello del convalidare (se la neve è bianca). Alla luce della prospettiva a tre termini, proporrei una inversione e una ulteriore differenziazione: invece di intendere il fondamento ontologico come "fattore di verità", visto che è l'ontologia a fornire il materiale, proporrei di indicare lo strato ontologico come "portatore di verità"; la funzione di "fattore di verità" spetta invece, per quello che ho detto, alla tecnologia, che per l'appunto si incarica di fare la verità; e la funzione di "enunciatore di verità" (*truth teller*, se vogliamo) spetta alla epistemologia.

I portatori di verità sono quanto (in un riuso di Peirce declinato in senso ontologico e non gnoseologico) propongo di chiamare "primità": la prima cosa che c'è e che esiste è l'ontologia, che costituisce la realtà e si compone di individui; gli enunciatori di verità costituiscono l'epistemologia, quello che sappiamo, e che è sempre una secondità (qualcosa che si sa, o si crede di sapere, a proposito di qualcosa che c'è: *τι κατὰ τινος*), che costituisce la verità e si compone di oggetti, che sono concetti relazionali che suppongono dei soggetti conoscenti; e i fattori di verità sono la terzità, la tecnologia che media fra ontologia ed epistemologia, attraverso delle interpretazioni che si servono di schemi e generano fatti. Riassumo i termini che ho elencato in una tabella; nelle prossime pagine li descriverò un po' meglio.

[1] S. CAPUTO, *Fattori di verità*, Milano, 2005.

Portatori di verità	*Primità*	*Ontologia*	*Realtà*	*Individui*
Enunciatori di verità	*Secondità*	*Epistemologia*	*Verità*	*Oggetti*
Fattori di verità	*Terzità*	*Tecnologia*	*Interpretazione*	*Fatti*

1. Portatori di verità

Incominciamo con la *primità*, che, da un punto di vista ontologico, non è la prima cosa che conosciamo (come in Peirce), ma ciò che c'è indipendentemente dal fatto che lo conosciamo o meno. Questa primità non è l'indeterminato, bensì il determinatissimo, l'individuo: dalle particelle elementari agli atomi alle molecole sino agli organismi il mondo è composto da individui, che sono ciò che sono indipendentemente da qualunque sapere se ne possegga; gli individui e le loro interazioni compongono l'ontologia, quello che c'è, da cui, molto più tardi, e talvolta mai, emergeranno l'epistemologia, quello che sappiamo, e la politica, quello che facciamo come agenti liberi o presunti tali. La primità è appunto l'*ontologia*, il cui carattere distintivo è l'alternativa tra *esistente* e *inesistente*. Sembra molto poco, ma in effetti su questa alternativa si fondano i tre caratteri fondamentali di quello che c'è: l'inemendabilità, l'interazione e l'emergenza.

L'*inemendabilità* definisce il *realismo negativo*, che non ha nulla a che fare con il realismo ingenuo per il quale la percezione ci permetterebbe un accesso veritiero alla realtà. La percezione non è un accesso infallibile alla realtà (ma neppure è un accesso sistematicamente illusorio), è semplicemente la prova della sua resistenza. Io non posso trasformare, con la sola forza del pensiero, un oggetto bianco in un oggetto nero; devo almeno prendermi la pena di spegnere la luce. Senza questa operazione, che è una azione, non un pensiero, l'oggetto bianco resta tale, il che conferma l'inemendabilità del percettivo rispetto al concettuale che, nella fattispecie, si presenta come inemendabilità della ontologia rispetto alla epistemologia. Sappiamo che il bastone immerso nell'acqua non è spezzato, ma non possiamo fare a meno di vederlo spezzato.

Veniamo ora al *realismo positivo*, per il quale il reale non è un noumeno indeterminato: ha delle caratteristiche positive che si manifestano attraverso la circostanza per cui esseri dotati di apparati percettivi, così come di schemi interpretativi e di schemi concettuali diversi, o addirittura sprovvisti di apparati percettivi, di concetti e di schemi interpretativi, possono entrare in una *interazione*.

Se per la filosofia negativa di matrice cartesiana (per la quale il mondo non è che una pasta malleabile che riceve forma dagli schemi concettuali) si trattava di revocare ogni consistenza ontologica al mondo per riportare tutto al pensiero e al sapere, e di lì procedere alla ricostituzione del mondo per via epistemologica, con il realismo positivo è possibile partire dalla ontologia per fondare una epistemologia. La quale poi ovviamente, quando accede al mondo sociale, può e deve diventare costitutiva (è chiaro che le leggi le fanno gli uomini, non gli atomi), mentre non può esserlo nel mondo naturale, come voleva la filosofia negativa che da Cartesio conduce ai postmoderni. Il che significa, per i nostri scopi, almeno due cose. Primo, che l'ontologia è uno spazio solido e che non abbisogna di forme imposte dalla epistemologia. Secondo, che per interagire e per vivere in generale non si ha bisogno di epistemologia o di concetti. I concetti servono per quella funzione estremamente rara e specializzata propria di alcuni viventi che si chiama "sapere" (così che tra la sfera del sapere e quella dell'essere si ha una sproporzione con cui i costruzionisti sembrano poco interessati a fare i conti: la prima è enormemente più piccola della seconda).
Inemendabilità e interazione caratterizzano il reale come ciò che ci prende a calci, o ci sfugge, o che ci viene incontro. È ciò che definisco *emergenza* e che altrove[2] ho cercato di isolare in alcuni concetti cardinali: la *resistenza* e la *persistenza* caratteristiche del realismo negativo, per la cui inemendabilità gli individui non si tolgono di mezzo né spariscono tanto facilmente; e le caratteristiche proprie del realismo positivo[3], variamente legate alla interazione: la *direzione* di un movimento, la *fissazione* di tracce, l'*invito*, le *affordance* che vengono dagli individui (riproponendo l'esempio di Eco: posso usare un cacciavite per aprire un pacco, ma non per bere). Inemendabilità, interazione ed emergenza definiscono i caratteri della *realtà*, che precede la verità. Tra la prima e la seconda c'è una dipendenza ontologica e logica, così come una differenza cronologica: se la realtà è solo potenzialmente relazionale (se ci fossero degli umani allora la realtà li prenderebbe a calci e direbbe loro "parla di me"), la verità è tematicamente relazionale (nella prospettiva che difendo, c'è verità se e solo se ci sono umani capaci di fare la verità). Questa differenza e precedenza dell'essere rispetto al sapere rappresenta un apriori materiale più forte di qualunque apriori concettuale, ed è altrettanto materiale, e non meno apriori, dell'assioma per cui non esiste un colore senza estensione. Se infatti la conoscenza non si riferisse a qualcosa di altro e precedente rispetto a sé, allora

[2] M. FERRARIS, *Emergenza*, Torino, 2016.
[3] M. FERRARIS, *Realismo positivo*, Torino, 2013.

le parole "soggetto", "oggetto", "epistemologia", "ontologia", "conoscenza" e "riflessione" non avrebbero senso, o meglio sarebbero degli inesplicabili sinonimi.
Visto che è precedente e indipendente rispetto alla nostra conoscenza, la realtà (in cui ovviamente rientriamo noi stessi) è appunto composta dagli individui: unità che sono quello che sono indipendentemente da altro (sensi, concetti, esperienze pregresse). Il primo carattere degli individui è la loro *esteriorità* rispetto ad altri individui. Con "esterno" intendo esterno rispetto all'epistemologia, sicché l'esteriorità si qualifica come indipendenza non topologica ma funzionale. Siamo circondati da esistenze separate su cui, in grandissima parte, non abbiamo alcuna influenza (e che, reciprocamente e fortunatamente, in grandissima parte, non hanno alcuna influenza su di noi). Malgrado il parere di Berkeley e dei suoi molti eredi, per esistere non c'è bisogno di essere conosciuti né di conoscere. Tra questi eredi si contano non solo gli ipoveritativi, ma anche gli iperveritativi, poiché tanto gli uni quanto gli altri, sebbene con direzioni diverse (da sinistra a destra i primi, da destra a sinistra i secondi) postulano una correlazione analitica fra verità e realtà.

2. Enunciatori di verità

Gli enunciatori di verità arrivano sempre per secondi, e il loro ambito è dunque la secondità. Il termine *secondità* va inteso in senso tanto ontologico quanto cronologico (questo può non essere evidente in "la neve è bianca" ma è chiarissimo in "il sale è cloruro di sodio"), visto che, come abbiamo detto, il sapere, essendo sapere di qualcosa, viene necessariamente dopo la cosa conosciuta. Sapere che la neve è bianca significa possedere il concetto di "neve" e quello di "bianco", e collegarli in un giudizio, che è vero se e solo se la neve è bianca. La sfera in cui hanno luogo i giudizi è l'*epistemologia*, che però dipende non solo dall'ontologia, ma anche dalla tecnologia, che è la via per il cui tramite l'epistemologia ha accesso alla ontologia, e di cui parlerò più avanti.
Se l'ontologia aveva a che fare con la presenza e l'assenza, l'epistemologia ha a che fare con la *verità*, la *falsità* e il *non sapere* (ciò che non è né vero né falso). Non si tratta di una sfera inerte, che si limita a rispecchiare quello che c'è, né di una sfera iperattiva, che fabbrica tutto quello che c'è, bensì di un ambito nel quale ha luogo la formazione dei concetti. Il concetto di "numero" o quello di "disabile" non esistono in natura. Si sono sedimentati e selezionati culturalmente: il calorico e il flogisto sopravvivono, ma come nozioni storiche e non fisiche; e, con il tempo, ci si trova a formare nuovi concetti. Nel caso degli oggetti

sociali, poi, i concetti hanno un valore non solo descrittivo, ma performativo, evidenziano strati ontologici ancora sepolti: i lavoratori scopriranno di essere vittime del plusvalore, le persone di colore scopriranno di essere discriminate, e il borghese gentiluomo scoprirà di aver parlato in prosa per tutta la vita. Ma, anche in questo caso, la verità si riferisce a uno strato ontologico diverso e indipendente dalla epistemologia, che si limita a dargli una forma. A questa descrizione, gli ipoveritativi obietterebbero che senza epistemologia non ci sarebbe ontologia, i caratteri propri degli individui essendo definiti dal sapere e dai concetti. Il che è un nonsenso evidente. Meno evidente il nonsenso degli iperveritativi, che sostengono che c'è una contemporaneità tra ontologia ed epistemologia: se il sale è cloruro di sodio, allora è vero che è cloruro di sodio anche se non c'è un umano sulla faccia della terra, o se gli umani che ci sono (poniamo, Omero) non hanno nozioni di chimica moderna.

Visto che sembra strano che *nel* mondo di Omero (ossia, a voler essere più precisi: all'epoca di Omero e dei suoi contemporanei) sia vera la proposizione "il sale è cloruro di sodio", molti iperveritativi sostengono che è vera *del* mondo di Omero (ossia, a voler essere più precisi: per noi che oggi guardiamo al mondo in cui è vissuto Omero). Ora, se per "mondo di Omero" si intende il globo terrestre, quello non è il mondo di Omero più di quanto sia il nostro mondo o il mondo di chicchessia, dunque dire che la proposizione "il sale è cloruro di sodio" è vera del mondo di Omero è senza senso. Se invece si intende l'epoca si Omero, dire che la proposizione "il sale è cloruro di sodio" è vera dell'epoca di Omero è falso. Essere vero (oggi) del mondo che conosciamo, e che verosimilmente ha molte caratteristiche in comune con il mondo in cui è vissuto Omero, sebbene non abbiamo alcuna certezza assoluta in materia, non equivale in alcun modo a essere vero (allora) in quella che più correttamente va chiamata "epoca", e che fra le sue tante caratteristiche aveva quella di ignorare che il sale è cloruro di sodio.

Visto che sembra strano che una proposizione come "il sale è cloruro di sodio" (per non parlare di proposizioni come "lo *stalking* è un reato", "i cristiani osservanti non mangiano carne il venerdì", "Nelson è il vincitore di Trafalgar") possa avere un significato indipendentemente da un linguaggio, e dunque da una umanità, alcuni iperveritativi insistono sulla natura non linguistica ma logica delle proposizioni. Ma mi pare che non cambi nulla, non solo perché spesso gli iperveritativi parlano di proposizioni come di espressioni linguistiche (e sarebbe difficile fare altrimenti), ma soprattutto perché, come vedremo tra poco, nella mia teoria, che nella fattispecie ha poco di originale essendo condivisa da tutti i filosofi non platonici (cioè, a conti fatti, dalla stragrande maggioranza dei filosofi) la logica, come la matematica e il linguaggio, è una tecnica la cui

esistenza dipende dall'esistenza di umani. A meno di essere spaventosamente antropocentrici, e di prestare al lontanissimo nel tempo le proprietà di casa nostra, la proposizione "sono esistiti i dinosauri" è apparsa solo a un certo punto, prima c'erano i dinosauri e nessuno lo sapeva. E dire che era vero per un greco dell'età di Omero che il sale è cloruro di sodio non è diverso dal sostenere che è vera una proposizione come "i dinosauri esistono" (magari insieme agli unicorni).

Venendo infine all'idea che accomuna ipoveritativi e iperveritativi di una correlazione necessaria fra ontologia ed epistemologia, vale la pena di osservare che questa correlazione (che in effetti è simultaneità) toglierebbe qualunque senso alla epistemologia. In effetti, la quasi totalità delle nozioni credute vere diecimila anni fa sono, per quel che ci consta, cambiate, tanto è vero che Ramsete II non ha mai sospettato di essere morto di tubercolosi, pur essendo morto, per quanto ne sappiamo, di tubercolosi. Questo non vale solo per le cognizioni scientifiche. Il biancore della neve è un dato percettivo, che vale per gli umani ma non per i pipistrelli. La proposizione non ha nulla di necessitante: se non ci fossero umani, la neve avrebbe tutte le proprietà che ha, ma la proposizione "la neve è bianca" non ci sarebbe, e apparirebbe insensata a chi non condividesse la fede iperveritativa nella correlazione analitica tra realtà e verità. E lo sarebbe ancora di più se "la neve è bianca" fosse un ellittico per "la neve appare bianca a un sistema percettivo come quello degli umani" o (sempre più complicato) per "la neve ha la proprietà disposizionale di apparire bianca a un sistema percettivo come quello umano".

Come dicevo, la *secondità è un carattere essenziale della verità*. Che la verità venga dopo la realtà perché si riferisce a essa, ne differisce e ne dipende è chiaro in base a una considerazione cronologica: dal punto di vista della verità, la realtà non costituisce un punto di partenza, bensì un punto di arrivo, qualcosa che si possiede solo in un secondo tempo (se tutto va bene). In tal modo, la verità non risulta archeologicamente fondata nella realtà; è *teleologicamente orientata* verso di essa. L'emergenza ontologica va dal passato al presente, l'operazione epistemologica va dal presente al passato. Questo – anticipando il punto che tratterò nell'ultima parte di questo scritto – è il principio del fare la verità: è trovare come stanno le cose, partendo da una situazione di non sapere. La verità dunque non ha luogo insieme alla realtà, è sempre successiva. In questo senso, la verità ha una dipendenza finale rispetto alla ontologia (il suo scopo è enunciare la verità a proposito della ontologia), e una dipendenza causale rispetto alla tecnologia (senza una qualche forma di tecnologia non abbiamo la verità).

Se l'ontologia è composta da individui, l'epistemologia si riferisce a *oggetti* (*objectum*: cosa posta di fronte). Questi possono essere degli individui canonici,

individui in senso stretto e rigoroso, come avviene nel caso degli *oggetti naturali*, che esistono nello spazio e nel tempo indipendentemente dai soggetti conoscenti[4], e in quello degli *oggetti sociali*, che esistono nello spazio e nel tempo ma dipendentemente dai soggetti conoscenti – in effetti, gli oggetti sociali manifestano una dipendenza generale dai soggetti, però non una dipendenza particolare, non dipendendo da uno specifico soggetto (10 euro non cessano di essere 10 euro se io non so che sono 10 euro). Ma gli oggetti possono anche essere individui atipici, come avviene nel caso degli *oggetti ideali* che, esistendo fuori dello spazio e del tempo indipendentemente dai soggetti, hanno un modo peculiare di esistenza. Una quarta (e ultima) famiglia di oggetti epistemologici è costituita dagli *artefatti*, che sono dipendenti dai soggetti quanto alla loro produzione (in questo operando come gli oggetti sociali), ma che (come gli oggetti naturali) possono continuare a esistere anche in assenza di soggetti.

3. Fattori di verità

Se l'epistemologia riguarda quello che sappiamo, o crediamo di sapere, è una forma (sintassi, giudizio, concetti) e ha quali valori il vero e il falso, e se l'ontologia riguarda quello che c'è, è una forza (qualcosa di effettivo, di agente: resistenza, inemendabilità ecc.) e ha quali valori l'esistente e l'inesistente, la *tecnologia* riguarda quello che facciamo e ha quali valori la *riuscita* o il *fallimento* (o se si preferisce ricorrere alla terminologia di Austin[5] che risulta – è il caso di dirlo – infelice, la felicità o l'infelicità).

Se l'ontologia è una primità e l'epistemologia è una secondità (visto che si riferisce sempre a una ontologia), la *tecnologia* è una terzità, per segnalare che è la mediazione tra la prima e la seconda. Ci sarebbero ovviamente motivi per dire che la tecnologia è la secondità e l'ontologia la terzità, ma preferisco così per tre motivi. Primo, mi permette di riallacciare la tecnologia alla tradizione dei "terzi", degli intermedi tra realtà e concetto così frequenti nella tradizione filosofica (in ordine di apparizione: la *chora* in Platone, lo schema in Kant, la dialettica in Hegel, la *différance* in Derrida). Secondo, visto che è la cosa più interessante che ho da dire ho preferito tenerla per ultima. C'è infine un terzo motivo che suggerisce di assegnare la tecnologia alla sfera della terzità: si tratta

[4] Rispetto a essi l'epistemologia aggiunge solo una proprietà esterna, il fatto di essere conosciuti, e in questo senso gli oggetti naturali sono appunto individui in quanto vengono conosciuti come esistenti nello spazio e nel tempo indipendentemente da soggetti.

[5] J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Cambridge, 1962.

di un *divenire*, che non è più un essere (che o è o non è) e non è ancora un sapere (che o è vero o è falso) ma un fare, in cui ha luogo una competenza che può, anche se non necessariamente deve, portare a una comprensione[6] (digitando queste parole non ho che un'idea vaghissima dei meccanismi psicofisici che regolano questa attività, e se fossi un neurofisiologo non per questo digiterei meglio).

Con "tecnologia" designo dunque l'ampia sfera delle *azioni* che compiamo in modo competente senza avere alcuna cognizione preliminare. Queste azioni sono molto varie, e vanno dall'accendere un camino senza alcuna nozione di fisica al parlare una lingua senza cognizioni grammaticali e sintattiche, sino al comporre opere d'arte senza avere la capacità di rendere conto di come siano state realizzate. In questo senso, la tecnologia ha un rapporto privilegiato con la gestualità (anche se ovviamente ci possono essere delle tecnologie del pensiero, come la logica, la mnemotecnica, l'aritmetica).

Si agisce prima di pensare, e, per quella via, si scoprono nuove verità, mentre la comprensione è necessariamente legata alla formulazione di ragionamenti analitici, che si muovono nella sfera delle conoscenze già assodate. Questa azione permette l'emergenza della verità dalla realtà. Si tratta di un sapere che risulta dal fare, e non c'è niente di strano che ci sorprenda (diversamente dai giudizi analitici, che sono un sapere che emerge da altro sapere, e dunque non ha nulla di sorprendente). La competenza è infatti una *praxis* che può comportare una *poiesis*, una attitudine pratica che porta a un risultato: l'ape fa il miele, la termite il termitaio, Michelangelo il Mosè, Maradona fa gol. Ma la *poiesis*, l'azione più o meno ritualizzata, può anche essere senza perché, come ci insegnano le persone che scarabocchiano su un foglio o armeggiano con il telefonino. Senza mani, e senza l'esperienza del manipolare e dell'afferrare, non avremmo avuto pensiero; senza la competenza della manualità non avremmo avuto la comprensione[7]. Le mani com-prendono, afferrano (lo sapeva benissimo Hegel che riconosceva nel tedesco *Begriff*, "concetto", l'erede del verbo *greifen*, "afferrare"), indicano, e, indicando senza afferrare, facendo dei gesti, avviano la produzione di simboli.

Parlare una lingua, accendere il fuoco, scrivere un romanzo, fare di conto, interagire socialmente: queste competenze si servono non di schemi concettuali, bensì di *schemi interpretativi*, che in taluni casi (per esempio, trovare un quadrifoglio in un prato) mediano tra concetto (astratto e generale) e percetto

[6] D.C. DENNETT, *From Bacteria To Bach and Back: The Evolution of Minds*, Cambridge, 2017.
[7] C. MCGINN, *Prehension,* Cambridge, 2015.

(concreto e individuale), ma in tanti altri – nella stragrande maggioranza – si applicano a percetti o operano nel mondo indipendentemente dai concetti. Queste circostanze non hanno nulla di sorprendente: abbiamo a che fare con una disposizione che si manifesta sin dagli apparati più elementari per poi evolvere in formazioni di crescente complessità, come una facoltà riproduttiva che traghetta l'ontologia nella epistemologia. Reciprocamente, la tecnologia non ha a che fare soltanto con le remote origini dell'umano, ma con le realizzazioni intellettuali più elevate: nella matematica e nella logica, nella creazione degli esperimenti scientifici e delle opere artistiche, nelle azioni e nei riti che accompagnano la nostra vita sociale.

4. Ermeneutica neorealista

Lo schema interpretativo non è uno schema concettuale (qualunque cosa si voglia intendere con questa espressione disperatamente vaga) bensì una regola pratica per il cui tramite interagiamo con gli individui. Nella maggior parte dei casi le regole non sono conosciute né esplicitate (cammino, gioco col gatto, chiedo scusa), in altri le regole sono esplicitate, ma non per questo "comprese". Che cosa comprendo, davvero, quando conto i fagioli nel barattolo? Seguo una regola ("aggiungi uno") che ho imparato da bambino. Al tempo stesso, l'operazione è una interpretazione non nel senso che definisce un qualche orizzonte concettuale, ma in quanto assolve a quella funzione pratica che tradizionalmente appartiene all'ermeneutica, non a caso indicata con il lemma *hermeneutikè techne*: la tecnica del trasportare i messaggi, capace di svolgere una funzione mediale che offre un tramite fra lo strato ontologico dell'essere e quello epistemologico del sapere.

Hermes è il messaggero degli dèi, e l'ermeneuta è un postino, uno che esercita l'operazione del trasportare messaggi (un geroglifico, un romanzo in ungherese, una lettera minatoria o una lettera d'amore) che quasi mai ha compreso. E tutti i significati, antichi e moderni, dell'ermeneutica, sono facilmente riconducibili a operazioni pratiche: l'espressione (il significato dell'*hermeneia* in Aristotele) è portar fuori, la traduzione è trasporto, la comprensione è afferramento, una operazione manuale, e la stessa decostruzione caratteristica delle ermeneutiche otto-novecentesche ha una chiara connotazione tecnica. Con la proposta della interpretazione come operazione intendo due aspetti. Il primo è il carattere pratico dell'interpretazione, il fatto cioè che sia perfettamente possibile senza comprensione che del resto, come abbiamo visto, è solo una delle funzioni tradizionali dell'ermeneutica. Per Platone i poeti sono messaggeri (*hermenes*)

degli dèi[8], e considerando la scarsissima opinione che aveva delle conoscenze dei poeti questo non è un complimento.

Il secondo è però che questa operazione permette dei giudizi, ossia può trasformarsi in epistemologia. Si pensi al caso dei giudizi sintetici apriori che costituiscono l'obiettivo ultimo di Kant: sono delle operazioni, come è chiarissimo nell'esempio aritmetico che ci fornisce: 7 + 5 = 12, dove appunto il 12 è sintetico e non analitico visto che non è ottenibile dall'analisi di 7 e di 5, giacché posso arrivare a quel risultato anche sommando 6 a 6, 8 a 4, ecc. Ma se Kant era tanto interessato ai giudizi sintetici apriori perché nella sua concezione dipendevano da concetti indipendenti dall'esperienza e dunque certi, noi possiamo senza scandalo osservare che ricchi e informativi giudizi sintetici aposteriori ci vengono appunto da *operazioni*: il numero dei fagioli lo otteniamo appunto applicando la regola "aggiungi uno"; e molte altre operazioni (per esempio, che ora è o quanto pesiamo) ci vengono da macchine che non possiedono alcun concetto, ma solo meccanismi che ne regolano il funzionamento.

Da una parte, Kant ci propone una visione iper-concettualista ("le intuizioni senza concetto sono cieche") che fa dipendere anche la più sbadata delle intuizioni dal possesso di concetti. E il mondo di Kant viene a comporsi di epistemologia (gli schemi concettuali con cui ordiniamo il mondo) e di ontologia (il mondo che viene ordinato, e che a ben vedere non è mai realmente conosciuto, visto che si compone di cose in sé cui abbiamo accesso solo come fenomeni). D'altra parte, però, nel capitolo sullo schematismo Kant ci parla anche di un terzo termine che sta fra i concetti e le intuizioni (cioè anche tra l'epistemologia e l'ontologia), lo schema, definito come una "tecnica nascosta" (*verborgene Kunst*, che solitamente si traduce con "arte nascosta", ma il significato è ovviamente lo stesso di "tecnica nascosta"), e che compie delle operazioni (Kant lo definisce infatti "metodo di costruzione").

Traducendo nei miei termini la proposta di Kant, invece che la successione epistemologia/tecnologia/ontologia (quest'ultima poi in quanto tale inaccessibile) propongo la successione ontologia/tecnologia/epistemologia. Abbiamo dapprima una ontologia, degli individui che non sono cose in sé inaccessibili, visto che manifestano delle caratteristiche nette nell'interazione reciproca e con noi. Abbiamo anzitutto gli individui, nella fattispecie la neve, che ha le proprietà che ha indipendentemente da me, da voi, dal mio gatto, da chicchessia; questa è l'ontologia di ciò che, più tardi, riconoscerò come oggetto

[8] PLATONE, *Ione*, 534.

naturale. Poi abbiamo gli schemi interpretativi, le operazioni che generano i fatti, e che non hanno nulla di libero o soggettivo: guardo la neve con il mio apparato visivo e vedo che è bianca (l'aspetto operativo appare più evidente se pensiamo al sale, che devo assaggiare per sentire che è salato, o ai fagioli, che devo contare). Infine abbiamo i giudizi che costituiscono degli oggetti: la neve è bianca; il sale è salato (e, più avanti, il sale è cloruro di sodio); i fagioli in questo barattolo sono 22. Se dicessi che la neve è nera, che il sale è dolce e che i fagioli sono 21 la mia non sarebbe una interpretazione, ma un errore. E ciò che faccio interpretando, ripeto, non è applicare uno schema concettuale a un materiale informe ("non ci sono fatti, solo interpretazioni"), ma piuttosto intercettare le emergenze dell'ontologia (le proprietà che la neve, il sale o i fagioli hanno indipendentemente da me) attraverso delle procedure tecnologiche (guardare, assaggiare, contare) che potranno, anche se non necessariamente dovranno, dar luogo a dei giudizi epistemologici.

Così facendo, la verità tridimensionale recupera l'ermeneutica senza cadere nel relativismo. Il già menzionato errore dei postmoderni è stato duplice, comportando una confusione tra ermeneutica, epistemologia e ontologia. All'iperbolico (e falso) "non ci sono fatti, solo interpretazioni" bisogna dunque sostituire il principio secondo cui l'esistenza di interpretazioni non esclude l'esistenza di fatti, di individui e di oggetti. Per quanto attraente e radicale possa apparire l'idea di disfare la verità (che non a caso ha stregato filosofi e non filosofi dopo Nietzsche), fare la verità sembra un'idea migliore, anche se indubbiamente più difficile, dal momento che l'adagio "facile è la critica, difficile è l'arte" si applica anche all'arte dell'interpretazione.

Gerechtigkeit ist …[1]
La funzione notarile tra ermeneutica e ontologia giuridica

Angela Condello
Professore a contratto, Università di Roma Tre e Università di Torino (Jean Monnet Module)

Siamo immersi nel tempo dell'innovazione: il diritto, naturalmente, non è immune dalla grande trasformazione tecnologica, economica, sociale e culturale che attraversa le società contemporanee. Quale sarà il futuro delle professioni giuridiche di fronte a questa «grande trasformazione»? Con il presente testo si tenta di rispondere a questo interrogativo, per sostenere che non solo l'essenza e la ragion d'essere del diritto saranno conservate, ma che addirittura vi sarà un aumento del «bisogno ermeneutico» perché servirà non solo la mediazione del giurista – ma anche la sua conoscenza degli strumenti con cui si opera. Nessuna giustizia può essere infatti garantita al di fuori di una concezione del diritto come «tecnica» nel senso antico, vale a dire come fusione tra un sapere e un fare.

These are times of innovation. The law, of course, is not immune to great technological, economic, social and cultural changes. What will the future of legal professions be in the wake of these great changes? This is the question we address in the article. We argue that not only will the essence and the raison d'être of the law be preserved but that there will be an even greater need for legal hermeneutics as jurists will be called upon to mediate and be conversant with the instruments through which the law works. No justice can be guaranteed outside a conception of the law as a «technique» in the ancient sense, that is, as a fusion between knowledge and action.

[1] J. ASSMANN, *Politische Theologie zwischen Ägypten und Israel, vierte Auflage*, München, 2017, 55. Il termine tedesco "*Gerechtigkeit*" vuol dire "giustizia", "giustizia distributiva", "equità". Contiene a sua volta la parola "*Recht*", il diritto. Non c'è giustizia senza diritto.

Sommario: 1. Ragionare per gradi. – 2. Premessa maggiore. Tra ermeneutica e ontologia. – 3. Premessa minore. Intelligenza giuridica artificiale? – 4. Conclusione. Scienza ed esperienza giuridica.

1. Ragionare per gradi

La struttura di questo scritto è un sillogismo. Ho riflettuto in effetti per gradi sulla questione che mi è stata posta nel momento in cui sono stata invitata a intervenire al convegno sulla Crisi della legge[2], dapprima, e a sviluppare le mie riflessioni in questo scritto, conseguentemente. Le fonti su cui costruisco questo sillogismo sono emerse da momenti diversi della mia esperienza professionale. Alcuni degli assunti da cui parto sono frutto di anni di elaborazione (ad esempio quelli sul diritto come mutevole scienza imperfetta e come logica spuria), altri sono il risultato di una riflessione svolta a partire da un progetto di Osservatorio sul Notariato e sulle nuove tecnologie applicate alle professioni giuridiche[3].
Il mio ragionamento si sviluppa su tre livelli: una premessa maggiore (una tesi sulla ragion d'essere del diritto e quindi della funzione notarile); una premessa minore (una serie di osservazioni sulla natura dell'intervento delle nuove tecnologie sulla ragion d'essere del diritto e sulla funzione notarile); una conclusione.

a. *Premessa maggiore*.
Il diritto (e tantomeno le professioni giuridiche dove è centrale il ruolo dell'esperienza, come quella notarile che si colloca a cavallo tra ontologia ed ermeneutica giuridica) non è riducibile a una logica bivalente, cioè a una logica dominata dalla non contraddizione. Nel diritto la contraddizione è inclusa e le proposizioni giuridiche sono più o meno vere o più o meno false, e non completamente vere oppure completamente false. Questo implica che la scienza giuridica sia costruita come sistema di saperi in cui l'esperienza e il bilanciamento hanno una funzione fondamentale. In questo quadro, il notaio non è un mero documentatore ma un soggetto la cui funzione si svolge a metà tra l'ermeneutica e l'ontologia.

[2] Roma, 9 novembre 2017, Residenza di Ripetta.
[3] Un progetto che ho avuto il piacere di seguire insieme, tra gli altri, al Notaio Giampaolo Marcoz – e che ha coinvolto alcuni giovani studiosi di diritto, statistica ed economia.

b. *Premessa minore*.
Le nuove tecnologie applicate al diritto devono naturalmente adattare la complessità giuridica a categorie fisse e definite che rispondano alle esigenze della programmazione. Funzionano quindi con logiche bivalenti, disponendo di un numero di informazioni tradotte in proposizioni leggibili da un computer, la cui complessità dipende dal numero di informazioni di quello stesso tipo. Quindi, ad esempio, un programma come *Pactly* permette di verificare la validità di un accordo di riservatezza confrontandone il contenuto con quello di altri accordi analoghi di cui il programma dispone. Più esempi di accordi di riservatezza, più raffinato il controllo esercitato dal programma per verificare la validità dell'accordo. Un sistema così strutturato, però, difficilmente può tenere in conto il caso eccezionale.

c. *Conclusione*.
Se si parte dall'assunto per cui il diritto è spiegabile logicamente, allora esso è certamente (sempre) anche riproducibile attraverso l'intelligenza artificiale. Però il diritto esiste per una ragione e questa ragione è la realizzazione di un ideale, di un valore, di un principio: la giustizia (*Gerechtigkeit*). Come includere l'eccezione, o la sfumatura nell'interpretazione di una norma, in un sistema costruito come intelligenza artificiale? Il diritto non è un «gioco risolto» ma un processo in continua definizione, per cui le informazioni di cui dispongono i programmi che si sostituiscono all'intelligenza giuridica (ossia, all'intelligenza dell'interprete-persona umana) difficilmente potranno includere eccezioni, sfumature, bilanciamenti di interessi.
In conclusione, spiegherò perché le nuove tecnologie applicate alle professioni giuridiche riguardano un momento di cambiamento che la società intera sta vivendo in ragione di una rivoluzione tecnologica (che Ferraris chiama «documediale» per accentuare il rapporto tra forza dei documenti e ruolo dei nuovi media). Questa rivoluzione non implica un depauperamento dell'esperienza e del sapere giuridici che restano tali, complessi e irriducili a schemi concettuali semplificati come quelli usati da sistemi di *machine learning*.

2. Premessa maggiore. Tra ermeneutica e ontologia

Lo scarto tra *cosa* realmente il diritto sia e *come* questo venga percepito nell'immaginario comune è centrale nello svolgimento di questo sillogismo. Ha notato correttamente Francesco Viola che le variazioni nella rappresentazione della figura del giurista dipendono molto dal modo in cui si intende il prodotto

normativo e la sua fonte, da una parte, e dal modo in cui si intendono la razionalità giuridica e i suoi processi, dall'altra[4].

In un contesto in cui l'idea comune delle professioni giuridiche limita l'immagine del notaio a un mero documentatore, quella del giudice alla «bocca della legge» e quella dell'avvocato a un «Azzeccagarbugli», all'introduzione di nuove tecnologie che possono ridurre o addirittura sostituire il giurista dovrebbe seguire logicamente una diminuzione del ruolo sociale del giurista[5].

La premessa maggiore da cui muove questo mio ragionamento è invece la seguente: il notaio è colui che costruisce la realtà sociale attraverso una doppia operazione – sia ermeneutica che ontologica (cioè che riguarda gli enti che costituiscono la realtà sociale: persone giuridiche, relazioni e obbligazioni, istutuzioni economiche). Se la società è una grande struttura, il notaio è l'architetto che media tra il progetto (le norme) e la sua realizzazione concreta. Se consideriamo ad esempio il contratto solo come una struttura uniforme il cui contenuto può essere confrontato con quello di contratti simili (così operano molti dei programmi di intelligenza artificiale applicata al diritto), operiamo una ingiusta *reductio* del concetto di contratto, che è invece una fonte diretta che incide anche su sfere soggettive terze rispetto a quelle degli autori del contratto stesso. In altri termini, se intendiamo gli oggetti giuridici che vengono costituiti dal notaio solo come «prodotti» neutrali rispetto alla società (come oggetti che si potrebbero produrre anche attraverso le macchine), allora la loro replicabilità non spaventa – anzi, sembrerebbe rappresentare ragione di progresso della scienza giuridica, che si fa così più rapida ed efficiente. Il problema è che il contratto sta a realizzare certamente la relazione tra due o più individui, ma è parte di un sistema complesso di norme e principi che incidono sulle vite di altri soggetti (terzi) e più in generale è un «mattone» nell'architettura della società. Per cui, leggendo il contratto in questa prospettiva, cioè come fonte del diritto che influenza direttamente la vita e la realtà, il notaio appare non già come un controllore della correttezza sintattica, logica e formale dello strumento, ma come performatore: colui che mette in forma perché interpreta la legge e crea la realtà sociale. Un garante della correttezza sia ermeneutica che ontologica del diritto, perché è dalla sua funzione che dipendono gli enti che costituiscono la realtà sociale[6].

[4] F. VIOLA, *Nuovi percorsi nell'identità del giurista*, in MONTANARI (a cura di), *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica, oggi*, Milano, 1994, 119-131.

[5] A. GENTILI, *A proposito di La politica della legalità*, in *Politeia*, XXII, 84, 2006. ISSN 1 128-240, 1, 105-115.

[6] N. LIPARI, *Il ruolo del notaio nella nuova realtà delle nullità contrattuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 361-379.

Questo nesso forte tra ontologia (ripeto: con questo termine definisco l'insieme degli oggetti giuridici – mutui, società, etc. – che esistono), ermeneutica e scienza giuridica è intrinseco nel carattere pratico dell'ermeneutica e non solo di quella giuridica. Maurizio Ferraris ha notato che l'ermeneutica, prima di tutto, assolve il ruolo della retorica nei momenti di «modernità», cioè quando aumenta la distanza temporale che separa gli interpreti dal testo ma anche quando cambia la percezione comune della realtà – a causa, ad esempio, delle nuove tecnologie – come nel tempo in cui stiamo vivendo[7].
Prendendo sul serio la funzione del Notariato, a cavallo tra ermeneutica e ontologia, si recupera inoltre l'idea del giurista come figura il cui profilo muta al mutare della realtà circostante: ogni epoca ha il proprio modello di giurista, questo è certo, ma ciò non implica che quando un aspetto della realtà muta (quando aumenta la possibilità di usare la tecnologia, ad esempio) debba leggersi questo mutamento a discapito degli interpreti. Il notaio interprete e creatore di realtà sociale contribuisce in modo rilevante alla razionalizzazione del prodotto normativo e della volontà del legislatore.

3. Premessa minore. Intelligenza giuridica artificiale?

La risposta alla domanda «la funzione del giurista muta o entra in crisi con l'introduzione delle nuove tecnologie?» non deve andare nella direzione contraria rispetto al presunto progresso che è in atto. Al contrario, bisogna interrogarsi su quale sia la natura di questo progresso per metterla a confronto con la natura del diritto e delle professioni giuridiche. Solo in questo modo si può rispondere alla domanda sui rischi del progresso.
Prendiamo un esempio. Un anno fa sul sito di una prestigiosa università inglese appare un articolo intitolato «L'intelligenza artificiale prevede gli esiti delle cause sui diritti umani»[8]. Secondo alcuni studiosi di informatica, l'intelligenza artificiale può prevedere gli esiti dei processi davanti alla Corte di Strasburgo e nel 79% dei casi un computer produce lo stesso esito del ragionamento dei giudici della Corte.
L'obiettivo di un simile esperimento non è sostituire completamente giudici e avvocati con sistemi di intelligenza artificiale, ma accelerare i processi cercando di tracciare degli schemi che si ripetono in modo da saltare alcuni passaggi nei

[7] M. FERRARIS, *Storia dell'ermeneutica*, Milano, 2008.
[8] http://www.ucl.ac.uk/news/news-articles/1016/241016-AI-predicts-outcomes-human-rights-trials.

procedimenti. La domanda che mi pongo è la seguente: davvero il diritto ha bisogno di questo tipo di accelerazioni e di questo aumento dell'efficienza? A quale ideale risponde il sistema giuridico? A un principio economico-utilitaristico per cui la sentenza, o l'atto, sono semplici *prodotti* – oppure a una logica per cui ogni caso va studiato individualmente, perché il principio che vuole realizzare il diritto è quella *Gerechtigkeit* intesa come scienza del *giusto*, dell'equo bilanciamento, per cui è "giusto" rispetto all'intero sistema giuridico soltanto ciò che è ponderato secondo ragionevolezza e non secondo un calcolo? Proprio la funzione notarile offre una replica utile alle questioni poste da esperimenti o progetti come quello realizzato sulle decisioni della Corte di Strasburgo. Sulla base del primo assunto di questo mio ragionamento, il notaio ha una doppia funzione che sta sulla soglia tra ermeneutica e ontologia: interpreta e crea. Non può creare senza aver interpretato e nell'interpretare la legge ha in mente un obiettivo preciso che è la costituzione o la modifica di un oggetto sociale. Dunque è proprio il notaio a sapere che l'ermeneutica giuridica non è mai mera speculazione sui concetti ma è un processo finalizzato alla realizzazione di strumenti che spostano interessi e obbligano individui. Il diritto ha un ruolo centrale nello svolgimento del progresso perché è il sistema normativo che dovrebbe ordinare valori, mutamento, interessi: un sistema che si adatta al cambiamento e che non può subirlo[9].

Mi sembra a questo punto utile citare alcuni esempi di questi sistemi di informatizzazione delle professioni giuridiche.

Agrello (2017) è una società fondata da un team di avvocati estoni, accademici ed esperti in tecnologia informatica. Ha come obiettivo la realizzazione di contratti digitali innovativi. Il team di Agrello si specializza nello sviluppo di *blockchain*. *Agrello* fornisce inoltre un'interfaccia grafica, modelli e procedure guidate che consentono di formalizzare accordi a due o più parti con l'aiuto di un agente di intelligenza artificiale in funzione di consulente personale.

LexDo (2014) è una piattaforma in cui ogni utente – privato o *business* – può costruire il proprio contratto personalizzato grazie alla predisposizione di interviste guidate (*form*) basate sulla logica di redazione del contratto e sulla logica di condizionalità legale (*legal conditional logic*). Ai percorsi già predisposti, si affianca la possibilità di consulenza da parte di un team di avvocati. Il progetto è rivolto soprattutto ai professionisti (per esempio ai commercialisti).

[9] P. GROSSI, *Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Rass. forense*, 2002, 3, 501-515; P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017. Si veda anche la riflessione concettualmente molto elaborata svolta da chi vive la funzione notarile in prima persona, M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di Internet*, Milano, 2017.

DoNotPay (2015) è un *chatbot*, cioè una *chat* in cui si dialoga con un computer che riproduce il modo di ragionare e dialogare di un essere umano. Permette di ricevere assistenza legale gratuita direttamente su Internet. Il creatore, Joshua Browder (Stanford University), ha dichiarato che *DoNotPay* è il primo avvocato-robot in grado di fornire assistenza legale gratuita. *DoNotPay* utilizza l'intelligenza artificiale per comprendere le necessità dell'utente e fornire il relativo supporto sfruttando la tecnologia Watson di IBM.
PactLy (2017) offre un servizio di analisi automatica dei contratti. Grazie a un'interfaccia web molto intuitiva, consente di caricare online un contratto e sottometterlo alla valutazione dell'intelligenza artificiale «educata» grazie all'inserimento, nel programma, di moltissimi contratti analoghi a quelli che si vorranno analizzare. *Pactly* funziona in modo molto intuitivo: si inserisce il file, dopo pochi minuti la stessa piattaforma restituisce un prospetto utile a comprendere i termini del contratto e a evidenziarne i passaggi più problematici (clausole mancanti, clausole dubbie etc.). *Pactly* si avvale di una tecnologia di intelligenza artificiale educata all'analisi semantica. Al momento l'applicazione è operativa nella sua versione-prototipo che analizza solo accordi di riservatezza. Per stessa dichiarazione dei fondatori, arriva a riconoscere il 30-40% degli accordi proposti.
E-estonia (1997) è una piattaforma digitale messa a disposizione dallo Stato estone. Si tratta di una infrastruttura intelligente che ha reso possibile la creazione di un sistema di *e-service* giuridici. L'obiettivo è ridurre al minimo l'intervento del funzionario pubblico in carne e ossa e di velocizzare il dialogo fra Stato, cittadini e pubblica amministrazione.
Iubenda (2011) è un sito che – grazie al servizio *Srl Online* – consente di redigere atti costitutivi e statuti di Società a responsabilità limitata. Più precisamente, consente di costituire interamente online le cosiddette *start-up* innovative disciplinate dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (http://startup.registroimprese.it./isin/home). Per le Srl ordinarie invece, assiste nella redazione e mette in contatto con un notaio per il rogito. La redazione degli atti costitutivi è accompagnata da un team legale che revisiona i dati inseriti e assiste il cliente nella formulazione di clausole *ad hoc*.

4. Conclusione. Scienza ed esperienza giuridica

Era il 1986 e Stefano Rodotà notava che «il giurista è divenuto consapevole che è impossibile lavorare sui concetti senza considerare gli interessi: non mette più in dubbio la storicità delle categorie giuridiche e si industria a conciliare

il pensiero sistematico col pensiero problematico»[10]. Il diritto è una tecnica: una competenza, una capacità di operare attraverso strumenti, e al tempo stesso è anche, sempre, comprensione. Non si può solo applicare o solo verificare (come fa, ad esempio, *Pactly*): il giurista deve valutare gli interessi e questa operazione non può essere svolta da una macchina perché la macchina non può comprendere il contenuto di una analisi della dottrina, e non saprebbe come tradurre un principio generale o una clausola generale.

I sistemi di intelligenza artificiale applicati al diritto sono invece costruiti proprio sulla scissione tra la dimensione del *fare* (ad esempio la redazione dell'atto) e la dimensione del *comprendere* (perché si redige questo atto? A quali interessi cerchiamo di rispondere? Che intenzione hanno gli individui che ho davanti?). Questo è il primo grande argomento con cui tento di rispondere alla domanda se il diritto e le professioni giuridiche siano realmente in crisi. La mia risposta è naturalmente negativa.

La ragione per cui sono convinta che non solo l'essenza e la ragion d'essere del diritto saranno conservate anche in questo momento di grande trasformazione, ma addirittura vi sarà un aumento del "bisogno ermeneutico" perché servirà non solo la mediazione del giurista ma anche la sua conoscenza degli strumenti con cui si opera, è la seguente. Come ho avuto modo di anticipare, ritengo che il diritto sia un sapere complesso che tende all'unità: la ragion d'essere del diritto è molto chiara ed è la prevenzione dei conflitti o la risposta agli stessi. Un mutuo viene messo in forma perché ci sono interessi in gioco che devono essere bilanciati, altrimenti ci sarebbe un conflitto. Un simile sistema è costruito non solo su norme positive, definite e traducibili in linguaggio binario (che risponde alla logica "se non è A, allora è B"): gli intraducibili del diritto sono le *regulae iuris*, i principi, le clausole, i casi esemplari che costituiscono modelli ermeneutici. Se, da una parte, questi strumenti di informatizzazione dell'intelligenza giuridica mirano a realizzare prodotti singoli e sono altamente specialistici, il diritto è, d'altra parte, un sapere fondato sull'esperienza storica e questo sapere è coeso, unitario e mira alla realizzazione di valori che sono comuni e che non sono decostruibili. Nella realizzazione del diritto come scienza e come sapere non si possono scindere, in sostanza, il piano operativo e quello concettuale: il diritto è tecnica nel senso antico, cioè è sapere perché è fare e viceversa. Non può essere sola operazione senza concettualizzazione, così come non può essere mera speculazione sui concetti senza un obiettivo preciso.

[10] S. RODOTÀ, *Del ceto dei giuristi e di alcune sue politiche del diritto*, in *Pol. dir.*, 1986, 17, n. 1, 5.

In questo terzo e ultimo passaggio del mio ragionamento voglio ancora una volta interrogarmi sulla natura del diritto, perché credo che solo tornando a essa si possa reagire alla presunta crisi della legge e delle professioni giuridiche.
Ritengo che la natura del diritto sia realizzare l'ideale di giustizia attraverso l'approssimazione tra la dimensione delle norme e la realtà. Il diritto, in altri termini, è una grande approssimazione che non può essere ridotta attraverso una logica elementare di non contraddizione. La contraddizione è sempre inclusa nel diritto perché non vi sarebbe diritto se non vi fosse l'esigenza di prevenire conflitti, di risolverli, di mediarli. Nessun sistema informatizzato, sebbene fondato su tecniche di *machine learning* che permettono il miglioramento delle prestazioni con il passare del tempo (perché aumentano le informazioni) può sostituirsi al sapere giuridico. Tutte le volte che i sistemi di intelligenza artificiale si sono sostituiti con successo all'intelligenza umana, la logica di fondo era la previsione dei rischi e dei risultati. Era, in altri termini, un calcolo probabilistico (come nel caso di *Deepblue* che sconfisse il campione di scacchi e del recente programma che ha battuto il campione di *AlphaGo*). La giustizia, al contrario, non è solo l'esito di un calcolo probabilistico: sono coinvolti i terzi, e sono convolti valori che non sono traducibili in linguaggio binario.
In conclusione, mi sembra importante aggiungere che, sebbene si ponga come un grande "universale", il diritto è in realtà una scienza del particolare, in cui proprio la considerazione delle circostanze specifiche, caso per caso, permette di legittimare l'imposizione di un dovere o di una restrizione. Quindi, il calcolo probabilistico è la logica opposta a quella giuridica, nella quale l'informazione non è mai completa. Se la funzione notarile viene intesa, come ho cercato di sostenere, non semplicemente come mera registrazione delle dichiarazioni negoziali delle parti, ma al contrario come mediazione essenziale per la trasformazione di norme e interessi in atti e oggetti giuridici, allora non c'è alcuna crisi in corso. Limitare la funzione notarile al controllo di legalità ed efficacia complessiva degli atti rifletterebbe una idea di diritto come sistema diviso in compartimenti stagni, per cui da una parte si scrivono gli atti, e da un'altra si interpretano. Non è, ovviamente, così. Il notaio raccoglie e riversa nel contenitore del documento tutto il "magma" delle determinazioni volitive e per farlo non può assumere la posizione di un mero "trasportatore" di queste determinazioni, ma deve essere "interprete" e traduttore. Deve, in altri termini, valutare.
È sull'importanza del valore e della valutazione che voglio concludere. I sistemi di intelligenza artificiale mirano a realizzare un prodotto senza interrogarsi sulle conseguenze che saranno prodotte dallo stesso. Il notaio valuta l'atto anche alla luce degli effetti che saranno prodotti, per cui la sua funzione si pone in modo

sincronico rispetto alla società perché ha uno sguardo inclusivo dell'esperienza passata, delle determinazioni volitive delle parti (presenti) e dei risultati che saranno prodotti nel futuro. Per cui è giusto pensare che il Notariato sia una sorta di «forza che proviene dal passato» (usando un'espressione di Pasolini). Ma proprio di forza si tratta, perché grazie alla complessità della sua funzione la trasformazione tecnologica in atto può essere non solo affrontata, ma può rappresentare una grande occasione. La differenza di percezione del diritto tra passato, presente e futuro è testimoniata chiaramente dal fatto che siano gli stessi notai a interrogarsi sul mutamento della propria funzione e sul senso della propria professione. La differenza, spero di averlo argomentato chiaramente in questo scritto, sta nel rapporto tra le vecchie certezze, nella loro conseguente incrinatura (come ha notato il Presidente Paolo Grossi) e nel contestuale bisogno di superare le nuove incertezze per avventurarsi in nuovi sentieri.

Spesso il diritto è stato immaginato, soprattutto dalle dottrine positivistiche, come dimensione autonoma rispetto alla realtà: una sorta di spazio indipendente in cui convergono norme e saperi (una epistemologia) e uno spazio distinto dall'oggetto delle sua regolazione (una ontologia). La funzione notarile oggi dimostra che questi due spazi sono in continua comunicazione: che le operazioni del diritto, le competenze, non possono essere sganciate dalla comprensione[11].

Se la normatività giuridica è qualcosa, essa è una tensione verso la giustizia (*Gerechtigkeit*). Una tensione che viene realizzata nel tentativo di coniugare l'unità razionale, astratta, atemporale della forma con il divenire mutevole della realtà, della materia e della vita. Proprio di fronte alla proliferazione non solo dei valori, ma anche delle tecnologie e dei dispositivi attraverso cui il diritto si fa e si interpreta, è fondamentale riaprire lo sguardo sulla natura del diritto per recuperarne l'essenza ambivalente, transitoria, umana e complessa.

[11] Ho svolto queste riflessioni in A. CONDELLO, *Analogica. Il doppio legame tra diritto e analogia*, Giappichelli, 2018.

Interpretatio consilium inventio. Il notaio e le macchine nell'era della post-verità

Antonio Punzi
Ordinario di Metodologia della scienza giuridica, Università LUISS Guido Carli

La domanda sull'odierna e futura funzione del notaio appare doverosa in un'epoca connotata, da un lato, da un significativo cambiamento dei meccanismi di produzione del diritto, dall'altro, dall'avvento di macchine capaci di memorizzare, attestare, documentare atti e fatti. Il presente contributo, nel richiamarsi ad autorevole dottrina classica (Carnelutti e Satta) e contemporanea (Palazzo), è inteso, quanto al primo profilo, a valorizzare la funzione interpretativa ed argomentativa del notaio nel processo di positivizzazione del diritto, quanto al secondo profilo, a sottolineare il suo ruolo ineliminabile, in un mondo abitato da macchine sempre più intelligenti, al fine di rendere pienamente consapevole il processo di formazione della volontà delle parti.

It is imperative to address the issue of the current and future function of notaries in an age characterized by significant change in the mechanisms of law formation as well as by the advent of machines that can store, certify and record deeds and facts. This article makes reference to authoritative classical (Carnelutti and Satta) and contemporary (Palazzo) doctrine to acknowledge the interpretative and argumentative function of notaries in the process of positivization of the law today and to emphasize their ineliminable role, in a future world presenting increasingly intelligent machines, to knowledgeably embody the will of the parties involved.

Sommario: 1. Un diritto che cambia. – 2. Il notaio interprete nel diritto che cambia. – 3. Il notaio inventore e l'occhio della macchina. – 4. Il notaio maieuta della volontà. – 5. Il notaio nell'era della post-verità.

1. Un diritto che cambia

L'età post-moderna potrebbe essere definita, per la giurisprudenza, l'età della consapevolezza. Consapevolezza che un modo, tipicamente moderno, di leggere e praticare il diritto ha irrimediabilmente perso credito teorico ed utilità pratica. Non è a caso se, nel riferirsi alla fuoriuscita della giurisprudenza dalla modernità, Paolo Grossi presceglie la formulazione 'pos-moderno'[1], quasi a rimarcare come l'età nuova costituisca non il "dopo" rispetto al moderno, bensì il tempo della progressiva messa in discussione dei suoi miti. Tra questi, anzitutto, la certezza del diritto intesa in senso formalistico; eppoi il culto della legge, la sua assoluta primazia tra le fonti, la riduzione del giudizio ad attività meramente dichiarativa e della scienza a mera esegesi[2]. Ad essere messa in discussione, dunque, è l'architrave del diritto moderno inteso *more geometrico*: l'identificazione tra il diritto e la legge. Legge per definizione giusta, prodotta da quel legislatore razionale che, conquistata una conoscenza epistemicamente infallibile delle *res mundanae*, assume di poterne fare astratte fattispecie da incastonare in un codice completo e coerente.

Ecco che la consapevolezza guadagnata dalla giurisprudenza pos-moderna riguarda anzitutto l'articolazione complessa delle fonti, dunque il passaggio da una positività del diritto come solipsistico appannaggio del legislatore ad una positivizzazione[3] come processo collettivo cui partecipano – nell'esercizio

---

[1] Il lemma ricorre in molti scritti, anche recenti, del Maestro fiorentino. Per tutti, P. GROSSI, *Percorsi nel giuridico pos-moderno*, Napoli, 2017. Ma v. anche *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017 e Ritorno al diritto, Roma-Bari, 2015.

[2] Sulla certezza e la sua crisi, tra i molti, v. G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, spec. § 2, 3 e 7; F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica. I. L'oggetto*, Padova, 2015; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; G. VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto*, in *Persona e mercato*, 2017, *www.personaemercato.it*; B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014; C. LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche e dottrine*, Torino, 2016; G. PALOMBELLA, *Dopo la certezza: il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, 2006; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010. I potenziali pericoli conseguenti alla presa di congedo dalla moderna certezza del diritto sono segnalati da N. IRTI, di cui v. ad es. *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 57 ss.

[3] Su ciò v. anzitutto K. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht unserer Zeit*, Heidelberg, 1953; J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*,

dei rispettivi uffici – una pluralità di attori: corti di giustizia, pubbliche amministrazioni, professionisti, operatori del diritto. Entrata in crisi l'idea che il diritto venga istituito dall'alto, secondo modalità solo autoritative, si schiude un varco anche per la rivalutazione del diritto dei privati, verace traduzione del valore liberale dell'autonomia privata che non solo stipula negozi, ma si dà regole di condotta, meccanismi sanzionatori, giudici privati, fino a farsi, talora, vero e proprio ordinamento giuridico[4].

Certo l'approdo ad una positivizzazione intesa come processo ermeneutico condiviso lascia aperta la questione della certezza come valore, inscindibilmente, giuridico, etico e politico, così segnalando l'esigenza di individuare nuove forme di tutela dell'aspettativa ad una ragionevole prevedibilità delle decisioni[5]. In tal senso la certezza, se non è più un dogma, nel posmoderno diviene valore da perseguire orientandosi nell'incertezza del diritto della società complessa, e dunque interpretando princìpi, richiamando buone pratiche o standard condivisi a livello sovranazionale, motivando le decisioni in dialogo con i consolidati orientamenti giurisprudenziali, conformando le determinazioni probivirali a massime condivise dal proprio ordine professionale. Preso congedo dal modello razionalistico di certezza, dunque, la giurisprudenza pos-moderna non si smarrisce necessariamente nel labirinto dell'incertezza, ben potendo intraprendere una via per approssimarsi all'ideale regolativo di una ragionevole prevedibilità e controllabilità delle decisioni.

2. Il notaio interprete nel diritto che cambia

Tra i molti attori che, in coerenza con la rigenerazione dei dispositivi di produzione del diritto contemporaneo, partecipano, a diverso titolo e in diverse posizioni, al processo di positivizzazione del diritto, un ruolo di particolare interesse è giocato da quella particolarissima categoria di professionisti e pubblici ufficiali che esercitano la funzione notarile. Il contributo dei notai al processo di produzione del diritto, invero, ha richiamato l'attenzione degli studiosi in misura minore rispetto alla funzione giudiziale di Tribunali e Corti arbitrali,

---

Tübingen, 1956; J. HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici* (1972), Camerino, 1983; G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, 207 ss.

[4] Sul punto v. ad es. P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Società diritto stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 279 ss. e M.R. FERRARESE, *Il diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, 32 ss.

[5] G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1103 ss.

regolatoria dell'amministrazione e delle autorità indipendenti, autoregolatoria e di gestione del contenzioso da parte di ordini e associazioni professionali, di consulenza da parte degli uffici legali in sede di individuazione ed articolazione di nuovi modelli contrattuali, di impulso ed incentivazione di buone pratiche da parte di organismi ed enti sovranazionali[6].

Invero alcuni recenti contributi, spesso provenienti proprio dalla classe notarile, gettano luce sul ruolo svolto dal notaio negli odierni assetti del diritto vivente. Con particolare incisività, ad esempio, Massimo Palazzo sottolinea come, a dispetto del paradigma tradizionale, che lo degrada a passivo documentatore delle manifestazioni dell'autonomia negoziale, il notaio oggi partecipi attivamente alla costruzione del diritto[7]: «Se spostiamo la nostra attenzione dai testi di legge alla prassi negoziale, contenuta negli atti notarili, scorgiamo un ricco serbatoio di formule di figure giuridiche extra legislative, di schemi tecnici, di istituti muniti di tipicità sociale, talora di nuovo conio, talora generati dalla trasformazione di figure giuridiche divenute desuete (p. es. la permuta di cosa presente con cosa futura) in nuovi schemi negoziali per rispondere a nuove esigenze della pratica degli affari»[8].

Il contributo del notaio alla creazione del diritto vivente, richiamato nel bel libro di Palazzo, assume un particolare rilievo, anche sul piano di una riflessione gius-filosofica, in considerazione di due elementi che lo caratterizzano. Anzitutto la progressiva formazione di una sorta di giurisprudenza notarile resa possibile dalla «elaborazione delle 'massime notarili' che costituiscono una prassi uniforme, una *soft law*, cioè un canale privilegiato che si affianca a quelli ufficiali»[9]. Non solo sul piano legislativo e giudiziario, dunque, ma anche nell'attività notarile si registra la presa di congedo dell'esperienza giuridica dal dominio della ragione apodittica ed il suo ingresso nell'orizzonte della ragione pratica. Questa, forse, non dà certezze, eppure sa scegliere con prudenza sulla base di ostensibili motivazioni, non garantisce verità o infallibile rigore logico e tuttavia sa distinguere i buoni dai cattivi argomenti. Nel suo orizzonte ogni decisione, provvedimento, atto è frutto di un dialogo con le parti interessate e di un confronto critico con i precedenti che, nel tempo, si sono stratificati e consolidati. Se una soluzione viene prospettata dall'operatore del diritto che

[6] Vi sono, peraltro, alcune eccezioni, quale, ad esempio, quella di S. SANTANGELO, di cui v. ad es., *Schematismi e creatività*, in *Vita not*., 1979, 427 ss. Ma v. anche E. BETTI, *Interpretazione dell'atto notarile*, in *Riv. not*., 1960, 1-14, spec. 7 ss.; N. LIPARI, *Rinnovamento del diritto privato e funzione del notaio*, in *Riv. not*., 1973, 1033-1042.

[7] M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di Internet*, Milano, 2017, 39.

[8] *Ivi*, 39 e 84.

[9] *Ivi*, 103-104.

si muove nell'orizzonte della ragion pratica è all'esito di un ragionamento dialettico, nel quale ad essere bilanciate sono le buone ragioni della tradizione, che pur sempre garantiscono continuità e prevedibilità, e le esigenze di innovazione e progresso[10].

Vi è un secondo elemento che avvicina l'odierno esercizio della funzione notarile alla logica del ragionamento pratico: la motivazione. Si tratta di un elemento piuttosto inconsueto per la cultura notarile tradizionale, eppure, a ben vedere, del tutto coerente con il nuovo paradigma del notaio che non si limita a documentare passivamente le volontà contrattuali, incasellandole in un tipo contrattuale predisposto dal legislatore, ma svolge una funzione inventiva di adeguamento delle figure tipiche e di invenzione di nuovi schemi che, nel rispetto dei princìpi della materia e dell'ordinamento, possano dar forma adeguata all'affare richiesto dalle parti. Nel segnalare le prospettive dell'uso della motivazione negli atti notarili Palazzo si richiama alle avanguardistiche intuizioni di Sabatino Santangelo, il quale, nel segnalare l'opportunità di una motivazione in ogni atto vergato da notaio, ne richiamava addirittura la necessità «in tutte le ipotesi in cui lo schema contrattuale scelto costituisca la risultante di un più complesso procedimento; nei casi di contratti misti e atipici; quando i motivi comuni alle parti assurgono a livello di causa del contratto o del rapporto ed in genere ogni qualvolta il giudizio di meritevolezza è più delicato»[11].

La distanza tra il notaio esegeta e sillogizzante documentatore ed il notaio ermeneuta e formatore di diritto vivente è la stessa che separa la ragione astratta del diritto legicentrico di ieri dall'intelligenza pratica del diritto policentrico di oggi.

3. Il notaio inventore e l'occhio della macchina

Per quanto possa apparire sorprendente, considerata la sua stretta aderenza a fenomeni del diritto più recente, la riflessione sin qui svolta fa tornare alla mente alcune riflessioni formulate da studiosi del secolo trascorso. L'insoddisfazione

---

[10] Significativamente un punto di riferimento teoretico dell'indagine svolta da Palazzo è l'ermeneutica filosofica di Gadamer che, per l'appunto, nell'inaggirabile dialettica tra tradizione e innovazione ha individuato il presupposto ontologico dell'attività interpretativa svolta da un soggetto inteso, heideggerianamente, come ente già sempre immerso in un mondo e che, dunque, nell'approssimarsi cognitivamente all'oggetto, muove sempre dalla propria precomprensione e solo prendendo coscienza della sua storicità può evitare di subire, da questa, indebiti condizionamenti. Di H.G. GADAMER il testo seminale è *Verità e metodo* (1960), Milano, 1972.

[11] S. SANTANGELO, *Schematismi e creatività*, cit., 432.

verso il modello del notaio documentatore, infatti, fu avvertita, più di settant'anni fa, da due maestri della dottrina processualistica, Francesco Carnelutti e Salvatore Satta. Il riferimento a pensatori così risalenti può sorprendere solo il lettore che non abbia memoria non tanto della straordinaria capacità profetica delle ricerche di questi due maestri, quanto della perspicuità delle riflessioni che essi, pur da prospettive e con esiti differenti, dedicarono specificamente alla funzione notarile.

In una conferenza dal titolo "La figura giuridica del Notaro", tenuta in Spagna nel 1950[12], infatti, Carnelutti si mostra fermissimo nel rifiuto dell'idea del notaio come mero documentatore. Fino a portarla alle estreme conseguenze: se davvero la funzione notarile si riducesse a questo, «non ci sarebbe da meravigliarsi se dovesse un giorno sparire». A renderla inutile sarebbero le macchine, costruite – oggi diremmo programmate – per documentare un fatto esattamente com'è, per rappresentarlo e certificarlo in modo infallibile e dunque impermeabile al gioco delle interpretazioni. Il riferimento carneluttiano, in specie, è al documento diretto, «il tipo più genuino di documento» giacché realizzato senza bisogno di mediazione[13]. Qual è, si chiede il maestro friulano, il futuro di un tale documento? E quale ruolo potrà residuare per un notaio che voglia competere con le macchine nell'esercizio della funzione di documentazione e certificazione, se è vero che «non è azzardato prevedere che la tecnica fornirà il mezzo di prescindere da tale intervento al fine di garantire l'autenticità del documento?» E ancora: «Noi sappiamo ancora pochissimo delle macchine elettroniche; ma quando riflettiamo (sono veramente cose, le quali vanno molto al di là del diritto) che ad esse senza metafora si attribuisce sensibilità e memoria, davvero l'avvenire della documentazione può riservarci incredibili sorprese». Si potrebbe addirittura «azzardare la previsione che il notaro dell'avvenire sia per essere… un automatico, nel quale s'introdurrà la richiesta e la moneta e dal quale verrà fuori, bell'e pronto, il documento contrattuale o testamentario!».

[12] F. CARNELUTTI, *La figura giuridica del Notaro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, IV, 1950, 922-930. Di lì a pochi anni, peraltro, il giurista friulano torna sul tema in *Diritto o arte notarile?*, in *Vita not.*, 1954, 209 ss. Tra i molti scritti sulla figura di Carnelutti, v. da ultimo G. TRACUZZI (a cura di), *Per Francesco Carnelutti. A cinquant'anni dalla scomparsa*, Padova, 2015.

[13] Scrive infatti Carnelutti in un passo suggestivo: «Fino da quando studiai per la prima volta le prove, mi accorsi della differenza che intercorre tra il documento, rappresentazione della realtà, che si forma *attraverso la mente dell'uomo*, e il documento, rappresentazione della realtà, che si forma senza questa mediazione. Io ho pensato: quando un notaro scrive ciò che gli dichiarano le parti, c'è una lastra fotografica che si impressiona, ma è nel suo cervello. Ma se egli si vale (qualche volta credo si valga anche qui) della fotografia, allora la cosa è diversa, perché la lastra è nella camera fotografica. Così io ho distinto i documenti diretti da quelli indiretti» (*ivi*, 924).

L'animo di Carnelutti, invero, non appare più di tanto inquieto al cospetto del possibile, se non prossimo, avvento di macchine certificatrici, che pure paiono destinate ad acquisire «sensibilità e memoria». Simili macchine, certo, potranno forse sostituire la funzione documentale. Il punto è che il notaio è sì documentatore, ma anzitutto «interprete»[14]. Interprete nel senso etimologico del termine, dunque mediatore tra, da un lato, le parti che prospettano l'interesse a stipulare un determinato atto, e, dall'altro, il mondo del diritto nel quale tale atto deve acquisire validità ed efficacia.

Perché l'atto venga in essere, infatti, si deve necessariamente passare per l'intelligenza e la creatività del notaio[15], che ascolterà le richieste delle parti, valuterà le figure in cui il richiesto assetto di interessi potrebbe essere formalizzato, formulerà consigli, esprimerà un giudizio. Se tutta l'esperienza giuridica – giusta la lezione di Giuseppe Capograssi[16] – si risolve nel giudizio, allora anche il notaio carneluttiano giudica. Ed il suo precipuo modo di giudicare è inteso non solo a valutare la fattibilità del negozio nel quadro delle possibili figure atte a dargli idonea forma, ma anche ad evitare che, a seguito della sua stipula, insorgano controversie tra le parti e con i terzi. Da cui il noto brocardo «quanto più notaro, tanto meno giudice»[17].

[14] Sulla nozione carneluttiana di interpretazione come invenzione, distinta dalla creazione, v. D.M. CANANZI, *Un codice somiglia dunque a una partitura?*, in *Per Francesco Carnelutti*, cit., 147 ss.

[15] Sul ruolo dell'immaginazione creativa nel ragionamento giuridico può segnalarsi, tra i vari, C.E. ALCHOURRON - E. BULYGIN, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica* [1971], Torino, 2005, 110 ss.

[16] Dei molti scritti dedicati da Giuseppe CAPOGRASSI al tema del giudizio e alla sua centralità ontologica ed esistenziale nell'esperienza giuridica, il più noto è *Giudizio processo scienza verità*, in *Opere*, V, Milano 1959, 53 ss. La dottrina processualistica, e non solo quella più vicina alla sensibilità e all'approccio di Salvatore Satta, ha mostrato un notevole interesse verso la filosofia capograssiana del giudizio e del processo. V. ad es. E. FAZZALARI, *Capograssi e la realtà del processo*, in MERCADANTE (a cura di), *Due Convegni su Giuseppe Capograssi*, Milano 1990, 369 ss. Le categorie capograssiane sono, peraltro, di sicuro rilievo anche ai fini di una lettura ante litteram del processo di positivizzazione del diritto. G. ZACCARIA, ad esempio (*L'arte dell'interpretazione*, cit., 239 ss.), scrive: «Questa sottolineatura dell'irriducibile contributo cooperativo del singolo, nei diversi ambiti funzionali dell'esperienza giuridica, a produrre, interpretare, rendere effettivo il diritto è senza dubbio uno dei più irrinunciabili insegnamenti che la concezione di Capograssi lascia alla teoria contemporanea del diritto» (ivi, spec. 257).

[17] Utile, benché in una prospettiva diversa, la riflessione sul ruolo del notaio nel quadro dell'ordinamento costituzionale svolta da Perlingieri: «Il notaio non soltanto adegua e traduce la volontà del soggetto secondo tipi previsti dalla legislazione ordinaria, ma collabora attraverso il giudizio di meritevolezza dell'atto alla registrazione dei nuovi principi fondamentali dell'ordinamento, dei valori costituzionali e dell'impegno di solidarietà che caratterizza la nostra legge fondamentale. Proprio per la sua posizione di terzietà, se ben intesa, il notaio

Per quanto intelligenti e sensibili, dunque, Carnelutti confida che le macchine non possano comunque esercitare a dovere l'arte del notaio; ch'è fatta, anche, di *interpretatio*, *consilium*, *inventio*.

4. Il notaio maieuta della volontà

È singolare che la lettura del notaio come molto più che un mero documentatore si ritrovi anche in Salvatore Satta, ch'era sì maestro del diritto processuale come Carnelutti, ma su posizioni teoriche e dogmatiche assai distanti e non di rado contrapposte[18].

La posizione del giurista sassarese sul tema che qui interessa è inequivocabile: «Vi è uno *ius dicere* del notaio non meno che del giudice»[19]. Di qui, seguendo un diverso percorso argomentativo, la riflessione di Satta sulla funzione notarile approda a conclusioni simili a quelle di Carnelutti, di pochi anni precedenti.

Sorprende, anzitutto, che anche Satta si interroghi sulla sopravvivenza della funzione notarile all'avvento delle macchine. La pagina, non foss'altro per la finezza della prosa, merita di essere riportata: «Attraverso un arco immenso, che sorvola migliaia di anni, il notaio testimonia ancora nella scrittura l'avvento dello spirito: e per questo non vorrei che gli si mutasse nome, come è stato proposto. Certo però la scrittura che si mette al servizio della parola, e perciò spesso la domina, non basta a spiegare l'incontro: esprimendoci in termini moderni, la formazione del documento non è l'essenza né la risultante, se non materiale, dell'incontro. Se così fosse è chiaro che il notaio sarebbe scomparso da un pezzo, perché non abbiamo più bisogno di un uomo che scriva: o tenderebbe a scomparire, soppiantato da mezzi meccanici di registrazione della voce»[20].

potrebbe svolgere, come nessun altro operatore del diritto, nella fase preventiva anziché in quella patologica, questa funzione estremamente significativa» (P. PERLINGIERI, *Il ruolo del notaio nella formazione del regolamento contrattuale*, Napoli, 1976, 2). «L'occhio di Carnelutti, tuttavia», precisa opportunamente Irene STOLZI (*Interpretazione e prassi notarile*, cit., 472), «resta interamente concentrato sul versante interprivato della mediazione notarile, in perfetta coerenza con le caratteristiche di un itinerario teorico che, pur tra revisioni e ripensamenti, continua a marcare con nettezza la linea divisoria tra privato e pubblico».

[18] L'avvicinamento tra i due autori in ordine alla funzione del notaio è operato, ad esempio, da I. STOLZI, *Interpretazione e prassi notarile: un profilo storico*, in CONTE - LANDINI (a cura di), *Princìpi regole interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele*, 470 ss.

[19] S. SATTA, *Poesia e verità nella vita del notaio*, in *Révue internationale du notariat*, 1955, poi in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, 72-85, spec. 75.

[20] *Ivi*, 77.

Un argomentare tutto diverso, nei contenuti come nella forma, a sostegno di una tesi già incontrata in Carnelutti: se il notaio fosse solo uno scriba passivo, finirebbe per soccombere al cospetto delle macchine.
Cosa vi è, dunque, nella funzione notarile, di irriducibile alla documentazione? La risposta sattiana, eminentemente filosofica, getta luce sulla genesi dialettica di quella parola che le parti enunciano nel rappresentare al notaio la propria volontà: «La verità è che ad un certo punto il rapporto tra parola e scrittura si capovolge, ed è la parola che domina la scrittura: perché di questo si tratta, non di scrivere la parola, ma di far nascere la parola, e la parola non nasce solo dall'uomo che parla, ma insieme e in un atto anche dall'uomo che scrive»[21]. Quando le parti si presentano al cospetto del notaio, si direbbe, non vi è nulla che questi possa limitarsi a trascrivere. Se la parola prende il sopravvento è perché la volontà delle parti, che pure ha cominciato a formarsi, deve ancora assumere piena consapevolezza di sé.
Non sembri un paradosso: per un verso il giudizio notarile è tale solo in quanto rispetta e fa propria – come volontà dell'ordinamento – la volontà delle parti (queste sono «i ministri dell'atto, allo stesso modo come, secondo il diritto canonico, gli sposi sono i ministri del matrimonio»); d'altronde tale volontà viene conosciuta appieno, dalle stesse parti, solo passando attraverso l'azione rischiaratrice svolta dal notaio. È vero, infatti, che «l'oggetto specifico della professione del notaio, e vorrei dire la sua arte» è la conoscenza «della volontà delle parti», ma si tratta non di un documentare mimeticamente, ma di un «conoscere secondo verità», di un conoscere «la verità del volere»[22]. «Conoscere il volere che colui che vuole non conosce: ecco il dramma del notaio». Tale dramma nasce da ciò, che «la parte spesso non sa veramente quello che vuole, e la conoscenza della sua volontà diventa una scoperta, e la scoperta può essere anche una determinazione della volontà. È per questa via che il notaio diventa il consigliere, il custode segreto dei segreti familiari, il depositario della pubblica fede: perché egli finisce col sapere, nel suo disinteresse, quel che si deve volere, assai più e meglio della parte interessata»[23].
Di certo vi è che, in questo esercizio di conduzione della volontà delle parti alla piena consapevolezza, l'arte del notaio non può certo essere sostituita da un'intelligenza automatica. E ciò in quanto è un'arte da esercitarsi, al contempo, in forma rispettosa e con abilità maieutica, tenendosi lontani tanto dal recepire e trascrivere l'apparentemente voluto delle parti quanto dal forzare questo,

[21] *Ivi*, 78-79.
[22] *Ivi*, 82.
[23] *Ivi*, 83.

mortificandolo a funzione dell'altrui volere, sia esso della legge o dello stesso notaio. Quella stessa macchina intelligente che spesso sembra prevalere sul suo demiurgo, nel gioco degli scacchi di ieri come nelle funzioni algoritmiche di oggi, difficilmente potrà indossare l'abito di Socrate.

5. Il Notaio nell'era della post-verità

Il parallelo, sin qui proposto, tra i due grandi processualisti non era certo inteso a farne dei teorici *ante litteram* della funzione notarile in età post-moderna. Troppo è mutato il diritto, da settant'anni a questa parte, perché possa anche solo azzardarsi una forzatura a tal punto antistorica. Detto altrimenti: l'indovinata lettura del notaio come interprete (per Carnelutti sinanche un consigliere morale, se non un "*confessore*", per Satta un maieuta che fa venire alla luce quella volontà che neanche il volente da solo avrebbe conquistato) rimane inevitabilmente lontana dalla figura del notaio costruttore del diritto vivente messa a giorno, in consonanza con lo spirito del tempo presente, dalla più avvertita dottrina.

È solo quest'ultima, al cospetto di un diritto le cui fonti si dispongono non più a piramide ma a rete[24], a poter scorgere, negli orientamenti interpretativi elaborati dai notai, delle prassi applicative atte a svolgere «*una funzione ordinante*», dunque dei veri e propri «principi che, impegnando appunto la riflessione collettiva di una comunità di esperti, possessori di uno specifico sapere professionale, godono di una effettività giuridica sostanziale. Costituiscono in altre parole una *soft law*, cioè un canale privato di produzione del diritto che si affianca a quelli ufficiali, dando luogo ad una prassi uniforme e tramandabile»[25].

---

[24] Tra i molti va citato, a tal proposito, il testo di F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au reseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002. Sul punto v. per tutti M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012. Nello stesso anno compaiono due studi che fanno il punto sulla rideclinazione del diritto nella globalizzazione, giungendo peraltro a conclusioni significativamente diverse: P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it*., 2002, V, 151, 2002, ora in *Società diritto stato*, 279 ss.; N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 625 ss.

[25] M. PALAZZO, *La funzione del notaio*, cit., 37-38. Non è privo di interesse, peraltro, il fatto che Satta fosse avvertito del ruolo svolto dalle prassi notarili intese come espressioni di un comune sentire e tali da poter costituire un vero e proprio diritto, idoneo a fornire orientamento a chi era chiamato a tradurre la legge nella concreta costruzione dell'affare: «E qui riannoderei la questione, che oggi molto si agita, se esita un diritto notarile; e la risolverei nel senso che esiste, ma non solo e non tanto come il complesso delle particolari leggi che riguardino il notaio, e ridotte a sistema potrebbero costituire un nuovissimo diritto processuale notarile, quanto come

Che il rifiuto del notaio-documentatore, già avvertita dai due maestri del processo del XX secolo, giunga oggi a compimento, non esclude, naturalmente, che anche il notaio-forgiatore di nuove figure giuridiche svolga una funzione di documentazione.

Quest'ultima funzione, peraltro, per un singolare paradosso, potrebbe ritrovare una certa attualità in un'epoca quale quella attuale, non a caso definita della post-verità. Si tratta di un'epoca in cui l'esistenza dell'uomo si svolge per lo più in un infospazio in cui il flusso di informazioni ha raggiunto un tale livello di immaterialità, se non addirittura di autoreferenzialità, da apparire sganciato dalla realtà dei fatti, fino a far perdere di vista il confine tra reale e virtuale, fra vero e falso.

Può quindi venire la tentazione di chiedersi: in un orizzonte in cui è sempre più difficile comprendere se le soggettive rappresentazioni corrispondano all'effettiva datità del reale, non c'è piuttosto bisogno di un notaio che attesti in modo certo e non controvertibile lo stato dei fatti? È vero che la costituzione plurale e dialettica dell'esperienza umana porta con sé la formazione di una pluralità di percezioni del reale. Ma il diritto ha necessità di mettere un punto su tali rappresentazioni quando esse controvertano su un bene della vita, ha bisogno di certezza, di condivise o comunque vincolanti certificazioni dei fatti. Non potrebbe essere, questa, l'occasione per rivalutare la disprezzata figura del notaio documentatore?

Il sogno di un ritorno alla realtà privo di mediazioni è suggestivo quanto ingannevole. Per il giurista vale come monito la citata lezione dei due maestri processualisti: la figura del documentatore è destinata ad essere soppiantata da sofisticate ed infallibili macchine capaci di riprodurre la realtà così com'è[26]. Vi sono, per converso, delle funzioni che fanno, della professione notarile, un'arte e che la macchina difficilmente potrà riprodurre. Una macchina nella quale dovessero venire inseriti tutti i dati relativi alle norme vigenti, ai precedenti giurisprudenziali e alle figure giuridiche tipiche e atipiche adoperate dai notai nel corso del tempo per dare forma ai diversi interessi, non riuscirebbe a simulare quell'arte dell'interpretazione, del consiglio, dell'invenzione che costituisce l'essenza della funzione notarile.

---

un modo di sentire le leggi comuni a tutti, in funzione del proprio speciale compito di concretarle nella volontà delle parti».

[26] Non a caso proprio Carnelutti scriveva che «La nozione del fatto è, come quella dell'oggetto, relativa in quanto dipende dai limiti dell'osservazione» (*Introduzione allo studio del diritto*, Roma, 1943, 23). Sulla nozione di fatto come astrazione in Carnelutti, v. ad es. M. ORLANDI, *Carnelutti teorico generale*, in *Per Francesco Carnelutti,* cit., 172 ss.

Non aveva tutti i torti Carnelutti quando diceva che l'idea del notaio-automa suona al più come una celia. E ciò perché, con le parole di Satta, solo un notaio in carne ed ossa può consentire alla parte di volere ciò che *davvero* vuole.

Crisi del contratto commerciale e produzione privata dei rimedi

Paola Lucarelli
Ordinario di Diritto commerciale, Università di Firenze

Traendo spunto dalle relazioni commerciali fra le imprese, il giurista può farsi carico di esplorare una funzione nuova del diritto: quella di propulsore della salute delle relazioni sociali. Ciò evidentemente non significa approdare alla crisi della legge: il diritto può svolgere un ruolo fondamentale per la trasformazione delle criticità relazionali in proficua consapevolezza, assunzione di responsabilità, esercizio di autodeterminazione. In crisi è piuttosto l'idea che il diritto realizzi la sua funzione solo se praticato e dichiarato in sede giudiziale.

Based on commercial relations between companies, jurists can take on the task of exploring a new function of the law: that of fostering healthy social relations. This obviously does not mean triggering a crisis of the law. The law can play a fundamental role in transforming critical relations into effective awareness, empowerment and the practice of self-determination. What is losing ground is the idea that the law fulfills its function only if it is practiced and declared before a court.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Relazioni commerciali di durata informali e internazionali: alla ricerca di soluzioni negoziali. – 3. L'autonomia privata come fonte di rimedi. – 4. Il d.lgs. n. 28 del 2010: crisi della legge o del giurista?

1. Premessa

La complessità e la molteplicità dei fattori che compongono e determinano la sorte delle relazioni fra le imprese è tale da invogliare il giurista ad affrontare il tema del contratto commerciale con la curiosità e l'onestà intellettuale di chi si occupa di innovazione giuridica[1].

[1] Lo scritto si avvale in buona parte degli esiti della ricerca svolta insieme a Laura Ristori, su cui

In particolare, con la consapevolezza che non è il diritto a dare forma al rapporto commerciale, ma è la strategia imprenditoriale a plasmare l'interazione fra i potenziali *partner* per il raggiungimento di un accordo sulle modalità e le condizioni di svolgimento dell'affare, il giurista è chiamato ad affrontare il problema della crisi del rapporto e delle sue cause avvalendosi di strumenti di lettura e soluzione rigorosamente radicati nella realtà, considerando, quali componenti essenziali di questa, la funzione cui l'impresa è preordinata e la dinamica degli interessi dei *partner* commerciali.

A lungo si è discusso – non solo in ambiente gius-commercialistico – dell'importanza di prestare attenzione alla sostanza dei fenomeni rilevanti per il diritto, alla necessità di un'analisi sempre informata e consapevole del contesto nel quale sorgono i problemi giuridicamente rilevanti, al fine di suggerire le risposte più consone alla natura delle cose.

Ma la risposta, la medicina risolutiva della malattia del rapporto, la si è trovata sempre nella farmacia dell'ordinamento giuridico, nei suoi scaffali, nelle sue regole astrattamente applicabili a tutti i casi aventi le stesse caratteristiche. Certamente, l'ordinamento predispone farmaci diversi per fattispecie diverse, riponendo attenzione alle specifiche peculiarità dei fenomeni considerati, ma la soluzione è comunque là, negli scaffali della farmacia del diritto. A volte deve essere cercata, non la si trova immediatamente, a volte va confezionata facendo ricorso all'analogia oppure a efficaci miscele giuridiche, ma è pur sempre dalla farmacia del diritto che esce la cura della malattia.

Così come nessun medico ragionevole riterrebbe di poter fare a meno della farmacologia, anche il giurista – sia teorico che pratico – che affronti le patologie contrattuali non potrebbe ragionevolmente evitare il richiamo ai rimedi offerti dalle norme ed ai relativi canoni interpretativi.

Tuttavia, l'interesse del giurista sembra ancora troppo concentrato sulla malattia del rapporto, *rectius* del contratto, mentre si sta aprendo un nuovo spazio di ricerca e lavoro a proposito della relazione, ovvero di ciò che potrebbe rivelarsi utile per la sua salute e per la prevenzione di crisi irreparabili.

Si avverte, in effetti, la necessità sempre più urgente di richiamare l'attenzione del giurista sul possibile spostamento del punto di vista dal quale si possono osservare i fenomeni e si produce il diritto: dalla funzione ordinatrice, regola e sanzione, al motore propulsore della *salute* delle relazioni sociali.

Se di crisi della legge si può parlare, ma sul dubbio torneremo in seguito,

---

il volume P. LUCARELLI - L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Torino, 2016.

questo contributo vuole osservare come la crisi derivi non tanto da una presunta inadeguatezza della legge ad offrire risposte alla nuova realtà dei fenomeni, quanto dalla incapacità di funzionare rispetto a nuovi obiettivi. Soprattutto nell'esperienza civilistica, infatti, la *protezione* giuridica *ex post* delle situazioni soggettive violate non rappresenta più, in molti e sempre più numerosi casi, il vero beneficio. Se si guarda, poi, al mondo delle relazioni imprenditoriali, è ancora più chiara la dissonanza fra obiettivi e funzione del diritto. Perfino con riferimento alle relazioni societarie, per le quali la legge ha fornito puntuali rimedi alle complesse patologie dell'agire organizzato, è possibile constatare la scarsa utilità di certe terapie a fronte di un bisogno di efficienza e celerità.

Il problema ha ragioni diverse: alcune manifeste, altre più nascoste che ad oggi non sembrano ancora assumere abbastanza chiaramente la portata di un valido argomento di discussione scientifica.

Fra le prime, certamente la crisi dell'*enforcement*, che ha poi la sua origine nelle gravi disfunzioni del sistema giustizia: il diritto non è applicabile nei tempi e nei modi che soddisfano il bisogno di giustizia.

Fra le seconde, invece, l'immagine di un *diritto-robot*, cioè di un diritto incapace di rimettere in discussione la sua funzione quando la natura delle cose e l'evoluzione della realtà lo richiedono, di ridiscutere i suoi obiettivi, di scegliere quando generare e quando astenersi, quando decidere e quando tacere, in sintesi, di fermarsi a contemplare la sua relatività. Quel diritto che mira alla protezione ed è formattato per la tutela con una serie di rimedi tipici, non si concepisce assente nelle relazioni sociali, considerandosi l'unico ancoraggio possibile per un ordine ed una convivenza pacifici[2].

La cultura giuridica si è alimentata nel tempo della concezione per la quale il diritto è la via esclusiva, nonché la più nobile, per la pace fra gli individui. Se ciò non può affatto essere messo in discussione, è altrettanto vero che il diritto è divenuto talmente vasto e presente, così duttile e partecipante, da creare nell'essere umano una dipendenza dall'*etero*-nomia, e nel giurista l'idea che solo l'applicazione giudiziale del diritto sia in grado di fornire la cura al rapporto malato fra gli individui. Il passo verso la convinzione per la quale solo la Giustizia resa nella Corte offra rimedi certi, in quanto tipici, alla malattia, è assai breve.

Così, è facile immaginare la ricerca di risposte ai problemi e conflitti presso il diritto-*robot*: l'individuo è impreparato ad affrontare la lite senza una decisione

[2] G. COSI, *Conoscere il conflitto*, in CONTE - LUCARELLI (a cura di), *Mediazione e progresso. Persona, società, professione, impresa*, Milano, 2012, 8 ss.

dall'alto, cerca sostegno e non indugia a delegare chi lo offre, è privo di fantasia selettiva e generativa di risposte concrete. L'individuo non si arrende, anzi minaccia battaglia, ma senza impegnarsi in prima persona, riparandosi bensì dietro il *robot* che lo difende con le armi concettuali affilatissime dell'avvocato nel processo formale davanti al giudice. La delega è imprescindibile, d'altra parte, perché la soluzione del problema richiede una competenza tecnica che l'individuo comune non possiede. Egli non può che assistere come spettatore al teatro del suo processo che altri, gli specialisti del diritto, recitano a sue spese portando il problema a divenire *il caso giuridico* e realizzando un'operazione assai complessa che solo i più esperti operatori sono in grado di compiere in perfezione, cioè colmando il divario fra la concretezza del conflitto e l'astrattezza del precetto. L'individuo delega, così, la gestione del suo problema, in attesa di protezione e di soluzione che egli non contribuisce a generare, perché quella è il rimedio tipico astrattamente concepito dal diritto: una protezione che non lo valorizza, tuttavia, quanto potrebbe come persona, prima di tutto perché conferma la sua incapacità di soggetto realmente autonomo nella gestione dei conflitti e poi perché non può farsi carico della sua sfera emozionale e dei più profondi motivi ed interessi[3].

La cultura della gestione e risoluzione del conflitto, prima ragione della produzione del diritto, diviene, così, tutela e delega, protezione e isolamento.

Il problema non è il diritto in sé, ma il diritto come *funzione sociale*. Questa richiede urgentemente la consapevolezza dei limiti del diritto/protezione e delle ancora inesplorate enormi potenzialità del diritto propulsore di sviluppo della personalità e dell'autonomia della persona nelle relazioni sociali: non può impedire tale sviluppo, dovendo, anzi, per espressa e felice disposizione della Costituzione, contribuire a riconoscerne la priorità, garantirlo e rimuovere gli ostacoli che lo impediscono.

La via che conduce alla piena esplicazione della personalità è quella di un diritto che lasci, fin dove possibile, il maggior spazio all'autonomia nella gestione

[3] Siamo ben lontani, dunque, da quell'idea nobile della «dimensione democratica del processo che permette agli ultimi di primeggiare e di assurgere a protagonisti, di affermare se stessi» che ritroviamo nella narrazione di P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Torino, 2010, 140, a proposito del pensiero di Capograssi e Grossi sul processo. Più in particolare, quanto rilevato nel testo evidentemente non riflette più l'idea di P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in *Rifd*, 2006, 34-35, secondo cui: «quella povera e angusta cosa che è il soggetto particolare, come attore, come convenuto come imputato, c'è con una propria somma di poteri e di diritti nel processo. Può dire: domando eccepisco concludo mi difendo, *ergo sum*. Non c'è nessun punto dell'esperienza giuridica in cui il soggetto singolo come imprescindibile realtà giuridica dell'esperienza apparisca in modo più presente e più diretto».

delle relazioni e dei conflitti, che intervenga affinché l'esercizio dell'autonomia sia effettivamente garantito, riconosciuto e rispettato, che si configuri quale ancoraggio accessibile e prontamente disponibile nel caso di mancato successo della volontà privata nella soluzione del problema: un diritto, dunque, forte e certo per la tutela di soggetti privi, per qualsiasi ragione, del volere/potere di autodeterminazione, e un diritto, nello stesso tempo, esplicitamente, convintamente e rigorosamente concedente agli individui il tempo e lo spazio necessari per la comprensione e la prudente valutazione delle cause del problema, l'ascolto reciproco, la ricerca di una soluzione condivisa, in sintesi, per l'acquisizione di una piena consapevolezza e autonomia nella soluzione dei casi difficili della vita[4].

Il terreno di esplorazione di quanto si è appena osservato è in questa sede quello giuscommercialistico, un terreno nel quale l'esperienza dimostra che le ragioni delle imprese e le loro esigenze sono altre rispetto a quelle di un diritto e rimedi solo etero-confezionati. La concezione del diritto-*robot* appartiene al giurista, ma non all'impresa. Il ragionamento a proposito delle relazioni commerciali fra le imprese può rappresentare, in effetti, un esempio di riflessione sulle nuove frontiere di un diritto propulsore di cultura della gestione delle situazioni conflittuali, ma anche della prevenzione della crisi irreparabile delle relazioni.

Quello dell'agire imprenditoriale è un settore di elezione innanzitutto perché è abbastanza evidente che gli imprenditori non possono permettersi di essere incapaci di valutare con competenza e professionalità adeguate le conseguenze delle loro scelte, a pena di incorrere in fallimenti o perdita di competitività sul mercato. Se è vero che l'ordinamento del mercato dovrebbe mirare a garantire la sopravvivenza soprattutto delle imprese in grado di competere con gli operatori più efficienti e a favorire la prosecuzione e l'attuazione soltanto degli accordi produttivi di scambi utili, e quindi di ricchezza, un'eccessiva tutela degli attori del mercato oltre che essere in certa misura disabilitante e passivizzante per il destinatario della protezione abituandolo alla delega di responsabilità e potere, rischia anche di disincentivare lo sviluppo di capacità e conoscenze professionali di alto livello ed adeguate al contesto competitivo nel quale le imprese sono immerse[5].

---

[4] Da ciò deriverebbe, fra l'altro, il sicuro ampliamento della gestione privata dei problemi conflittuali che eviterebbe l'abuso del processo e, dunque, dell'applicazione giudiziale del diritto, rendendo quest'ultima effettiva ed efficiente nei casi che non possono prescinderne.

[5] Cfr. P. LUCARELLI - L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, cit., 16. A pagina 132: «una tutela forte, successiva alla stipulazione dell'accordo, a favore delle imprese deboli, non solo disincentiva la professionalità e la

È in tale ambito, dunque, che è più agevole intravedere le nuove prospettive che si presentano al giurista: pensare un diritto che si interroghi sulla sua funzione e sui suoi limiti, che contribuisca allo sviluppo della consapevolezza e dell'autonomia, ovvero di competenze adeguate in punto di efficacia delle relazioni ed efficienza dei rimedi alla crisi delle stesse.

2. Relazioni commerciali informali e internazionali: alla ricerca di soluzioni negoziali

Studiare la tendenza che al livello delle prassi imprenditoriali si sta sviluppando è di notevole aiuto per chi si interroghi sulla capacità di funzionamento del diritto rispetto alle istanze sociali ed economiche.
Nel mondo delle relazioni imprenditoriali si trova quella palestra nuova ove il giurista, tenuto a farsi carico di realtà che nascono prescindendo in varia misura dal diritto formale di un determinato ordinamento giuridico, ha modo di allenare la sua fantasia di fronte ad un bivio culturale: arretra e rimane ad osservare oppure è costretto a immaginarsi in una rinnovata funzione.
Nelle prassi imprenditoriali vanno affermandosi forme di collaborazione strategica a metà strada fra contratto e organizzazione produttiva integrata: una serie variegata di relazioni commerciali di durata che da una parte garantiscono alle singole imprese coinvolte l'autonomia di governo e, dall'altra, le intrecciano nella progettazione, organizzazione, o materiale svolgimento di una o più fasi dell'attività. Non una reale alternativa al contratto e all'organizzazione proprietaria, dunque, ma articolazioni ibride di queste, le reti di imprese sfruttano interessi comuni per operare in modo sinergico, pur lasciando autonome e distinte le titolarità dei diritti e degli obblighi[6].

responsabilizzazione degli imprenditori e dei loro consulenti, ma rischia, se portata avanti attraverso il riconoscimento di maggiori tutele contrattuali, di alzare le barriere per l'accesso alla stipulazione dei contratti e di eliminare dal mercato proprio quegli operatori che si vogliono proteggere. Si ritiene quindi che, in condizioni di asimmetria di potere o informativa, sia onere dell'imprenditore avvicinarsi al contratto con la cautela e la consapevolezza che si richiedono ad un professionista capace e responsabile, con l'assistenza del professionista competente ad affrontare e risolvere problemi di asimmetria, anziché avventurarsi nella stipulazione di accordi inaccettabili confidando nell'intervento salvifico *ex post* del giudice».

[6] V., fra i numerosi studi, G. SODA, *Reti tra imprese. Modelli e prospettive per una teoria del coordinamento tra imprese*, Roma, 1998, 29. Cfr. anche F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2009, 915; F. CAFAGGI (a cura di), *Il contratto di rete*, *Commentario*, Bologna, 2009, 12; F. CAFAGGI - P. IAMICELI, *Reti di impresa fra crescita e innovazione organizzativa*, Bologna, 2007; A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122*

Tali forme organizzative ibride possono contemplare strutture formali quali il contratto di rete in senso proprio, il consorzio, la *joint venture* (contrattuale), oppure forme libere di condivisione di un progetto di innovazione, o di costituzione di un ufficio o centro di servizi comune, nonché posizioni economiche *non formalizzate* in cui le imprese realizzano un'utilità legata prevalentemente alla mera presenza nello stesso distretto produttivo o di mercato di altri operatori che svolgono attività identiche o collegate a quella svolta dall'impresa coinvolta[7]. Ciò che interessa qui porre in evidenza è che la rete mira a favorire la collaborazione su un piano di fiducia reciproca, nonché a permettere la diffusione di conoscenze, strumenti di *marketing* e servizi di alta professionalità in tutti i settori produttivi, al fine di valorizzare al massimo le specializzazioni tecniche e sfruttare le migliori opportunità offerte dal mercato attraverso relazioni di durata con altre imprese dalle risorse complementari.

Il fatto è che mentre risulta chiaramente la rilevanza economica del fenomeno, rimangono invece ancora discutibili le caratteristiche che consentono di ricavare dalla concettualizzazione della rete una categoria giuridica autonoma rispetto alle già esistenti categorie del contratto e della impresa/società nelle loro differenti articolazioni[8].

Trattandosi in sostanza di aggregazioni imprenditoriali in cui il bisogno di flessibilità, fiducia reciproca e predisposizione spontanea alla cooperazione

del 2010, in *Contratti*, 2011, 621; G. VETTORI, *Contratto di rete e sviluppo dell'impresa*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 5, 1 ss.; S. MEUCCI, *La nuova normativa sui contratti di rete e il rapporto con i patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Pers. e merc.*, 2009, 42; A. GENTILI, *Una prospettiva analitica su reti di imprese e contratto di rete*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 87; P. ZANELLI, *Reti e contratto di rete*, Padova, 2012.

[7] Per una definizione del concetto di distretto industriale e un interessante *excursus* storico si rimanda a G. BECATTINI - M. BELLANDI - L. DE PROPIS, *Industrial districts: the contemporary debate*, in *Ec. e pol. ind.*, 2011, 3, 53 e ss.; C. TRIGILIA, *Sviluppo locale – Un progetto per l'Italia*, Bari, 2007.

[8] Cfr. E. COLOMBO - L. MANGOLINI - G. FORESTI (a cura di), *Il quarto Osservatorio Intesa Sanpaolo-Mediocredito italiano sulle reti d'impresa*, 2014. I numerosi interrogativi posti dal susseguirsi di interventi legislativi (non ultimo quello circa la soggettività giuridica della rete) registrano un dato anomalo nell'operare del legislatore: si è assistito ad una tipizzazione "legislativa", anziché "sociale" (come normalmente avviene) dell'istituto. E questo in un'ottica promozionale del contratto che il legislatore mostra di considerare fortemente connesso alla crescita di competitività delle imprese italiane a livello internazionale. Cfr. G. D'AMICO, F. MACARIO, *Contratti di rete: prime applicazioni pratiche*, in *Contratti*, 2013, 799. Lo schema che emerge dalla normativa è quello di un contratto *trans*-tipico, come suggerivano in dottrina F. CAFAGGI - P. IAMICELI, *Reti di impresa tra crescita e innovazione organizzativa*, cit., 437 ss. Possono costituirsi reti meramente interne per le quali vige il principio di atipicità (cfr. a riguardo Cass., 24 dicembre 1975, n. 681, in *Giur. comm.*, 1976, II, 780).

risulta senza dubbio primario, sarebbe auspicabile che, così come per le *joint venture*, le imprese avessero a disposizione, non tanto un modello contrattuale estremamente specifico e vincolante come quello predisposto, quanto piuttosto una mera cornice di meritevolezza degli interessi entro cui cercare e scegliere le risposte più adatte ai loro interessi. La creazione di un nuovo strumento formale che attiene alle modalità di organizzazione dell'attività economica, il contratto di rete, proprio in quanto tipo normativo – per quanto lo si voglia configurare *trans*-tipico – finisce per ingessare la spontaneità nei rapporti di collaborazione fra le imprese, elemento imprescindibile di tali realtà[9]. Anziché costruzioni teoriche di situazioni giuridiche oggetto d tutela, alle imprese servono strumenti che generino la cooperazione per il raggiungimento della massima utilità congiunta.

La letteratura scientifica americana recente ha in proposito registrato il diffondersi nei settori industriali ad alto tasso di innovazione tecnologica di nuovi modelli di organizzazione delle attività produttive (o strumenti di *governance* della relazione commerciale) che non rispondono alle caratteristiche di nessuno dei modelli già descritti in letteratura (*market/contract or hierarchy*; distretti industriali; reti di imprese) e che ha riunito sotto la denominazione di *contracting for innovation*. Sono forme organizzative che in condizioni di elevata incertezza sui futuri sviluppi della tecnologia del prodotto o sulle configurazioni specifiche dello stesso, costruiscono le loro relazioni facendo leva su una mescolanza di vincoli di natura formale, come il contratto, ma soprattutto anche *informale*, che legano le imprese l'una all'altra non tanto grazie alla minaccia di sanzioni contro l'inadempimento, ma alla creazione di vincoli di *interdipendenza produttiva* e di aumento dei costi individuali che potrebbero essere causati dall'abbandono del rapporto (c.d. *switching costs*). Si tratta di relazioni commerciali che vengono costruite gradualmente, con investimenti progressivi in scambi reciproci di informazioni, di conoscenze e di competenze specifiche in merito alla relazione e al prodotto, con l'obiettivo di sperimentare il *partner* aspettandosi che cresca nel tempo la fiducia nella sua capacità e volontà di cooperare al raggiungimento di un risultato comune[10].

[9] Interessante a questo proposito la riflessione di M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema?*, in *Contratti*, 2009, 932.

[10] Cfr. R.J. GILSON - C.F. SABEL - R.E. SCOTT, *Contracting for innovation: vertical disintegration and interfirm collaboration*, in *Columbia Law Review*, 2009, 437 ss.; C.R. SABEL - J. ZEITLIN, *Neither modularity nor relational contracting: inter-firm collaboration in the new economy*, in *Enterprise & Society*, 2004, 5, 388. Altre forme di organizzazione sono descritte da R.N. LANGLOIS, *The Vanishing Hand: the Changing Dynamics of Industrial Capitalism*, in *Indus. & Corp. Change*, 2003, 12, 351, e da N.R. LAMOREAUX - D.M.G. RAFF; P. TEMIN,

Si assiste, dunque, alla diffusione di forme estremamente e volutamente leggere che costruiscono la cooperazione sulla reciproca conoscenza e sulla sperimentazione della competenza dell'altra parte, sulla creazione di interdipendenza produttiva o organizzativa, sulla fiducia conquistata sul campo, nonché su un assai modesto apparato di vincoli legali diretti a fornire una garanzia minima di adempimento e una tutela della proprietà intellettuale e degli investimenti specifici, affidata quest'ultima, peraltro, soprattutto a strumenti *extra*-contrattuali. È interessante osservare fin da ora che nei descritti fenomeni emergenti il diritto ad ottenere la condanna all'adempimento riveste per le parti un'importanza del tutto marginale.

Anche l'osservazione delle prassi del commercio internazionale può stimolare la nostra riflessione. Nei rapporti fra le imprese con elementi di internazionalità, infatti, operare anche al di fuori dei confini territoriali di un unico ordinamento giuridico potenzia le scelte private nella confezione di accordi almeno tendenzialmente completi e di rimedi di natura privata negoziale per l'eventuale crisi del rapporto commerciale. Il rapporto è affidato per lo più alla capacità dei *partner* di predisporre già contrattualmente strumenti efficienti di gestione delle sopravvenienze – fra l'altro ben frequenti nell'ambito del commercio internazionale – nella consapevolezza della mera sussidiarietà e residualità della protezione *ex post* con l'applicazione del diritto ad opera del giudice. Troppi, infatti, sono i luoghi dell'incertezza giuridica in tali casi: dalla individuazione del diritto applicabile, anche in presenza di una scelta esplicita della legge per le eventuali lacune o materie inderogabili, fino alla estraneità dell'ordinamento giuridico del foro per almeno una delle parti contraenti. Così, proprio dalla prassi commerciale internazionale arrivano indicazioni chiare a proposito dell'evitamento di percorsi che conducono al giudice, nonché la diffusa scelta di metodi di gestione delle eventuali dispute fra modelli negoziali alternativi alla giurisdizione.

Beyond Markets and Hierarchies: Toward a New Synthesis of American Business History, in *Am. Hist. Rev.*, 2003, 108, 404. La struttura descritta da Gilson, Sabel e Scott, ricorda vagamente la concezione cinese delle relazioni contrattuali, in cui le transazioni commerciali sono ispirate al *Guanxi* (che significa letteralmente "relazione"), cioè alla creazione di uno stato di reciproca fiducia tra le parti contraenti. Nella cultura cinese tradizionale molto più importante del vincolo giuridico creato dalla disciplina contrattuale è il legame e la fiducia che si instaura fra le parti e che guida e dà vita alla relazione d'affari, nel corso della quale diventa naturale rinegoziare i termini dell'accordo nel momento in cui eventuali sopravvenienze modifichino significativamente l'assetto di interessi che ne è alla base. V. a tale riguardo T.B. GOLD - D. GUTHRIE, D. WANK, *Social connections in China: institutions, culture, and the changing nature of Guanxi*, Cambridge, 2002, 21.

Le esperienze in estrema sintesi descritte sono state scelte proprio in considerazione della loro spiccata vocazione all'autonomia nella ricerca e produzione delle soluzioni alla patologia del rapporto commerciale. In tutti e tre i casi la realtà è quella di rapporti che nascono e vivono affidandosi, integralmente o almeno significativamente, alla fiducia reciproca dei *partner* e alla spontanea – finché produttiva – cooperazione.

Meno evidente forse, ma altrettanto presente, questo carattere si rinviene i tutti i rapporti commerciali di durata fra le imprese.

Si consideri, in estrema sintesi, l'approccio al tema della gestione dei problemi di squilibrio sopravvenuto fra le prestazioni nei contratti di durata, problemi che riempiono il panorama delle vicende contrattuali commerciali. È noto come gli studiosi di molti paesi si siano affaticati a condurre il dibattito sulla salvezza del contratto e sul valore della sua conservazione pur in presenza di sopravvenienze che ne alterino l'equilibrio. Pur di proteggere il rapporto, *rectius* il contratto, da vicende di vario tipo che ne minano la conservazione e l'esecuzione, la concezione del diritto-*robot* si è spinta fino all'intervento giudiziale *modificativo* del contenuto contrattuale. Orientamenti simili, volti alla conservazione del contratto, si rinvengono anche nell'esperienza inglese e statunitense dove, peraltro, pur avvertendosi l'esigenza di individuare una regola per il verificarsi di sopravvenienze nel corso del rapporto contrattuale, non si è pervenuti ad attribuire al giudice il potere di riscrivere il contratto[11], o lo si è fatto nella consapevolezza della necessità di una cautela estrema[12].

[11] In proposito si rinvia a C. ROSSELLO, *Sopravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, in *Contratti internazionali e mutamento delle circostanze*, Milano, 1989, 43 ss. il quale sottolinea come il fatto che non sia consentito al giudice l'intervento correttivo sul contratto sia stato considerato da alcuni «il più stringente limite alla flessibilità del sistema inglese, in quanto non consentirebbe di procedere ad un riadattamento del contratto mediante forme di rinegoziazione eterodirette» (v. sul punto C.M. SCHMITTHOFF, *Hardship and Intervener Clauses*, in *Jbl*, 1980, 88).

[12] A tale proposito si ricorda l'istituto della *commercial impracticability* previsto dall'*Uniform Commercial Code*, sui cui ancora C. ROSSELLO, *Sopravvenienze impreviste e adattamento del contratto nel diritto inglese e statunitense*, cit., 53: «il sistema statunitense consente, sia pure entro una misura i cui esatti termini non sono a tutt'oggi chiaramente e unicamente delineati, forme di 'rinegoziazione eterodiretta', o addirittura di 'chirurgia contrattuale' certamente sconosciute al diritto inglese, laddove la formula "*Courts will not make a contract for the parties*" continua a ricevere il massimo ossequio, tanto in sede giurisdizionale quanto in sede arbitrale». I confini non ben delineati dell'intervento giudiziale risultano chiaramente dai casi citati dall'Autore: è significativo che in un primo caso la Corte negò la modifica del contratto per mancanza dei presupposti della *commercial impracticability*, in un secondo caso il giudice rigettò la domanda sulla base della considerazione che si trattava di «*business problems, to be settled as business problems by businessmen*», nel terzo caso (il famoso caso *Alcoa/Essex*) intervenne revisionando

Il rimedio autoritativo, imposto dall'alto o anche solo minacciato, non è compatibile o adeguato alle relazioni commerciali fra le imprese: se i rapporti commerciali di durata devono essere salvati, questo deve avvenire non per l'obbedienza ad un principio assoluto di conservazione, ma in considerazione del grado di utilità economica che deriverebbe dalla loro prosecuzione, alle condizioni ritenute *giuste* dalle parti (non dal giudice) e in quanto massimizzino l'utilità congiunta[13]. Come per tutti i tipi di rapporti caratterizzati fortemente dalla relazionalità, il rimedio alla mancanza di volontà di cooperare non può essere impositivo, ma deve essere riflessivo, fondato sull'autonomia, possibilmente trasformativo, radicato cioè nella piena consapevolezza da parte dei contraenti dei problemi che hanno compromesso o rischiano di compromettere la relazione con il *partner*, dei vantaggi e svantaggi legati al proseguimento o alla cessazione del rapporto commerciale, nonché delle alternative commerciali disponibili sul mercato e, quindi, legato alla volontà di trasformare la qualità dell'interazione che sta danneggiando il rapporto. Il rimedio quindi non può che essere fondato su una valutazione competente ed informata di tutte le possibili opzioni di soluzione e sulla decisione di investire energie per trasformare la qualità della relazione.

3. L'autonomia privata come fonte di rimedi

La messa alla prova del giurista alla ricerca di strumenti e metodi nuovi della riflessione e della pratica si pone, dunque, sul piano delle relazioni commerciali che coinvolgono le imprese legate da un vincolo che dura nel tempo e che si caratterizza per la relazionalità come elemento necessario e naturale: la relazione commerciale nasce, è disciplinata e si svolge non per una necessità giuridica, ma per un accordo che può sempre venir meno per il mutare della volontà, degli eventi e del contesto economico. Solo una collaborazione che aderisce agli interessi delle imprese rigenera accordi nuovi verso soluzioni che tengano conto di mutate condizioni prodotte dal tempo. Ciò di cui il rapporto ha bisogno per funzionare è la cooperazione volontaria, non tanto o non solo per ottenere la prestazione dedotta nel contratto, quanto per ottenere il massimo

il contenuto contrattuale ma osservando nella motivazione che tale intervento avrebbe comportato «un auspicabile incentivo pratico per gli uomini d'affari a risolvere da sé i problemi che sorgono durante il corso dei contratti a lungo termine».

[13] Cfr. L. RISTORI, *Asimmetrie e sopravvenienze*, in LUCARELLI - RISTORI, I *contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, cit., 77.

beneficio che possa derivare dall'affare[14]. Il fenomeno non si presenta più solo come un contratto, ma è l'insieme di contratto e relazione: laddove il contratto svolge la triplice funzione di tutela degli investimenti attraverso la garanzia dell'adempimento, di regola statica dell'eventuale crisi, di attivazione della disciplina generale in materia di contratti, la relazione rappresenta la parte dinamica e flessibile del rapporto, ciò che ancora si può e si deve decidere, cambiare e migliorare.

La *relazione* diviene quindi il punto di attenzione dell'analisi della crisi e dei suoi rimedi. Una relazione, quella fra le imprese, che non si presta a stare dentro i confini del diritto all'adempimento coattivo, sia esso in forma specifica o per equivalente. Portare nel processo la questione dell'inadempimento contrattuale al fine di ottenere il rimedio formale della sentenza di condanna significa curare la malattia senza considerare le vere cause che l'hanno procurata, può rivelarsi in contrasto con gli interessi contingenti delle imprese e sicuramente è in contraddizione con la spontaneità della collaborazione e della fiducia reciproca, elementi imprescindibili del rapporto. Se la cooperazione è necessaria, è anche vero che quella utile è solo volontaria e non è suscettibile di attuazione coattiva e/o delegata.

Proprio nella non coercibilità sta la differenza non risolvibile fra l'*obbligo giuridico* e la *volontà* di cooperare: né il giudice, né la legge, possono ripristinare l'operatività ottima del rapporto di durata attraverso un sindacato esterno o una imposizione esterna di singole condotte di cooperazione da attuarsi nel tempo.

Ciò che concisamente si è voluto esporre dovrebbe essere già indicativo della dissonanza fra realtà e rappresentazione giuridica. L'ordinamento, *rectius*, i modelli della condanna e dell'esecuzione, non contengono – nella prescrittività e nella coattività – la cura ideale in grado di ristabilire la volontarietà e spontaneità della collaborazione fra le imprese. Servono strumenti di prevenzione della malattia terminale, quella cioè che si produrrebbe con il processo, per continuare ad usare la metafora scelta, rimedi energizzanti per una buona salute del rapporto o per uno scioglimento satisfattivo per tutte le imprese coinvolte nella relazione. Solo l'autonomia, come l'insieme delle competenze dell'individuo riflessivo, consapevole, responsabile e volitivo, può colmare il vuoto di forme e di modelli della gestione del conflitto *endo*-contrattuale.

Non si pensi, peraltro, che sia diffuso l'esercizio dell'autonomia negoziale

---

[14] Ancora sia concesso il rinvio all'approfondimento di L. RISTORI, *Relazionalità e cooperazione efficiente: contratto e meta-contratto, giuridico e meta-giuridico*, in LUCARELLI - RISTORI, I *contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, cit., 149 ss., da cui si traggono le osservazioni nel testo.

nell'ambito della risoluzione dei conflitti e delle crisi di cooperazione nei rapporti commerciali di durata. Non si dimentichi, infatti, che la delega della gestione del conflitto è una tendenza radicata nella cultura non solo giuridica, per superare la quale servono le competenze relazionali: saper gestire il confronto con il disaccordo, le differenze, la delusione delle aspettative, il timore della perdita, la paura delle responsabilità; saper mettere a fuoco le cause più profonde del problema; saper condividere eventuali responsabilità, identificare gli interessi, propri e del *partner*, trarre dal problema e dalle sue cause l'idea della soluzione di massimo beneficio per entrambi[15].

4. Il d.lgs. n. 28 del 2010: crisi della legge o del giurista?

Si è evidenziato come il modo tradizionale di affrontare le controversie commerciali attraverso il processo non risponda fedelmente alla realtà dei rapporti fra le imprese. L'applicazione giudiziale della regola giuridica spesso non considera gli interessi delle parti perché, nel percorso verso la sentenza giudiziale, il *diritto a qualcosa* si traduce in *obbligo coattivo di dare o di fare*, distante da quella collaborazione volontaria elemento indefettibile di un buon affare e di una efficiente relazione commerciale.

Nel processo, «il confronto assume la modalità di scontro dialettico portato avanti da delegati, professionisti del conflitto, le parti escono dalla scena del confronto e la vertenza si concentra sulla faccia esterna della controversia, cristallizzata nelle posizioni giuridiche formalizzate prima dagli avvocati e poi dal giudice. Alla soluzione si arriva quindi lavorando, anziché sul *binomio problema/soluzione*, sull'*antinomia ragione/torto* in base all'applicazione

[15] Il modello tradizionale di approccio al conflitto conduce ad un confronto/scontro improduttivo, in cui relazioni che hanno ancora aspetti vitali e potenzialità non espresse vengono messe in discussione e prematuramente chiuse a causa della incapacità delle parti di confrontarsi in maniera consapevole e costruttiva. Il risultato dell'interazione mal gestita è che il confronto si ferma ad una mera contrapposizione fra le diverse posizioni, nella ricerca di colpe e responsabilità da attribuire, che nessuno spazio concede all'esplorazione delle reali possibilità di un nuovo accordo. Si combatte per attribuire responsabilità e colpe secondo diritto e non si lavora per cercare una soluzione secondo interessi. Eppure, sono stati innumerevoli gli auspici e gli stimoli provenienti da autorevolissima dottrina sul valore dell'esperienza giuridica nelle vicende dell'uomo e in quanto tale strettamente legata alla persona. Si pensi alle stimolanti riflessioni, di viva attualità, che lette oggi, con i nostri problemi e le nostre complessità, sono ancora in grado di illuminare la strada di un pensiero rinnovato e adeguato al mutare del tempo. Basti pensare agli studi di Capograssi, al monito di Calamandrei, alla dichiarata influenza sul pensiero di Grossi, tutti richiamati da P. CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Torino, 2010, 137 ss.

delle regole di diritto guardando quindi solo al passato, per una soluzione che interessa, invece, la vita futura del rapporto. Lo scontro diventa sempre più polarizzato, i legami fra le parti ne escono fortemente compromessi o spezzati e ogni possibilità di relazione, intesa come possibilità di interazione cooperativa, si chiude. Le parti smettono definitivamente di essere *partner* e diventano *avversari*. Laddove c'è bisogno di attenzione al caso concreto e alle specifiche ragioni della mancanza di cooperazione per cercare di riparare ciò che realmente non funziona, i rimedi offerti dal processo sono limitati e tipici e necessariamente legati nel loro contenuto alla definizione giuridica del diritto leso. Con queste premesse, raramente la decisione del giudice risulta adeguata e conforme alle esigenze del caso. Questo richiederebbe una soluzione tagliata e cucita su misura, tenendo conto delle esigenze e dei bisogni delle parti nel contesto complessivo delle situazioni soggettive»[16].

Quanto esposto si può rappresentare come l'avanzare della crisi della legge?

L'applicazione della norma proprio in quanto generale ed astratta è concepita per rispondere in modo antinomico sul torto e la ragione e sarà sempre lo strumento a fondamento e garanzia dell'ordine giuridico e sociale. E non può essere diversamente.

Ciò che occorre, invece, è che si formi una nuova sensibilità nel giurista verso le ragioni della crisi della relazione, le riserve ancora vitali del rapporto, un giurista formato come sul processo anche su un percorso anticipato rispetto all'*etero*-applicazione del diritto, sulla *sosta nell'autonomia*, e cioè nella volontà consapevole, per indagare le cause anche non evidenti della crisi e le reali possibilità della sua soluzione, prima di passare, in via eventuale, e comunque solo successivamente, all'applicazione delle regole legali anche in via giudiziale.

Si potrebbe eccepire, in proposito, che quella di concedere spazio all'autonomia sia una priorità già presente nell'ordinamento giuridico che risponde con l'azione processuale solo quando non vi sia più alcuna possibilità di addivenire ad una soluzione negoziata. Ciò, invece, non corrisponde a realtà. L'autonomia è un valore da promuovere, insegnare e sostenere: non è affatto diffusa fra i professionisti del diritto la competenza della negoziazione efficiente dei conflitti, ovvero di una cultura che anziché fondarsi solo sulla delega giudiziale per la soluzione dei problemi, coltivi l'abitudine alla scelta, all'assunzione di responsabilità, alla ricerca privata dei rimedi. Diversamente, il contenzioso pendente nelle corti non sarebbe così gigantesco.

---

[16] L. RISTORI, *Crisi e rimedi*, in LUCARELLI - RISTORI, I *contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, cit., 142 e ss.

Proprio a causa della mancanza di tale cultura, vi è ancora bisogno di una procedura negoziale formalizzata che si svolga alla presenza di un terzo indipendente e neutrale rispetto ai confliggenti che, formato sulle tecniche di comunicazione e gestione della conflittualità, assista, sostenga, faciliti e finalizzi la discussione fra le parti e i loro consulenti. La presenza del terzo consente di superare gli ostacoli che emergono nella maggioranza dei casi ogni qualvolta vi siano contrasti, di qualsiasi grado e livello essi siano.

La crisi non è della legge. Basti pensare che con il d.lgs. n. 28 del 2010 è stato introdotto per la prima volta con portata ampia nel nostro ordinamento uno strumento che ha le potenzialità per colmare quel vuoto di capacità che esiste fra il momento della nascita di una controversia e la sua soluzione giudiziale: si tratta della mediazione per le controversie civili e commerciali.

Altro che crisi della legge: con il d.lgs. n. 28 del 2010 si è compiuto un passo importante – seppure non ancora decisivo – nella direzione della cultura più avanzata della gestione della conflittualità.

Sebbene nelle intenzioni del legislatore il provvedimento abbia essenzialmente obiettivi deflattivi della giustizia civile, lo strumento che interviene *ante causam* su una controversia in corso e mette all'opera l'autonomia delle parti con l'ausilio di un terzo mediatore formato sulle tecniche di comunicazione e gestione della conflittualità, può ben servire l'obiettivo non solo della *soluzione* delle crisi dei contratti commerciali, della *valorizzazione* delle potenzialità inespresse di tali rapporti, ma anche di *educazione* alla *prevenzione* di crisi relazionali irreparabili[17].

Un diritto, allora, quello della mediazione civile e commerciale, cui non può che riconoscersi una potente funzione di promozione della cultura dell'autonomia, della consapevolezza, della piena esplicazione della personalità, dello sviluppo sociale[18].

---

[17] La mediazione è per sua natura attenta alle dinamiche interne del conflitto e alle sue cause, nonché agli interessi reali delle parti: a quelle istanze cioè che stanno dietro o sotto le posizioni assunte per la difesa del caso in giudizio anche allo scopo di nascondere eventuali responsabilità. La mediazione consente, inoltre, di mettere meglio a fuoco i rischi e i costi reali del conflitto, siano essi monetari, o umani, relativi a relazioni personali o d'affari, o siano i costi per la perdita di opportunità di guadagno o di vantaggi di altro tipo che la cooperazione potrebbe sempre portare con sé e che la rottura del rapporto potrebbe impedire o rendere più costosi. La mancanza del potere del mediatore di decidere la sorte della lite favorisce, inoltre, la propensione delle parti a mettere sul tavolo un maggior numero di informazioni in ordine ai loro bisogni e alle preferenze, e a stimolare la loro capacità di fare proposte per la soluzione della controversia. Si esplora così il rapporto con la possibilità di scoprire serbatoi di scambio di cui non si era immaginata l'esistenza.

[18] A questo proposito risultano pertinenti le considerazioni limpide di V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 974: «Quanto più un fenomeno si fa complesso, tanto più è forte il bisogno di

La mediazione si presta, meglio di ogni altro strumento fino ad ora utilizzato o immaginato, a svolgere quella funzione di cura della salute della relazione commerciale, fondamentale per la prosecuzione del rapporto. In questa sede il contratto può, con minori traumi, essere compreso nella sua patologia, rinegoziato nel suo contenuto in maniera tale da tornare nuovamente utile per entrambe le parti o può essere chiuso, negoziando anche il contenuto e le modalità di uscita, nella ragionevole certezza della necessità della sua fine[19].
Certo non si può trascurare che l'intervento del legislatore italiano del d.lgs. n. 28 del 2010 si sia concentrato solo sugli effetti che la mediazione può produrre in termini di deflazione del contenzioso giudiziale. Il tentativo obbligatorio di mediazione inteso come condizione di procedibilità della domanda giudiziale per le materie previste dal primo comma dell'art. 5, è concepito esclusivamente in funzione della riduzione del carico del contenzioso processuale. Anche il giurista legislatore, pertanto, ha dimostrato poca fiducia nella sua più alta funzione sociale: se è vero, infatti, che la mediazione è vicenda che confida sull'autonomia nella gestione dei problemi, è difficile poter negare che disporre l'obbligo di passare con la necessaria consapevolezza dentro il problema, per analizzarne le ragioni, riuscire a vedere quelle dell'altro, e generare

strumenti che consentano di 'governarlo' in modo appropriato … governo contrattuale significa soprattutto predisposizione e attivazione – ora per via di legge, ora per via di autonomia privata – dei meccanismi più idonei a gestire le criticità che abbiano a manifestarsi nello sviluppo del rapporto fra le parti». Il diritto potrebbe allora divenire ancora più evoluto rispetto a quanto auspicato da F. MACARIO, *Razionalità limitata e tecniche normative nella gestione del rischio contrattuale: nuove prospettive per la correzione dello squilibrio*, in *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 6: «Un ordinamento giuridico che aspiri a definirsi veramente evoluto non può, perciò, rifiutarsi di offrire ai contraenti la tutela giurisdizionale adeguata al regolamento d'interessi concretamente pattuito, trincerandosi dietro il rispetto formale dei ruoli tradizionalmente rivestiti dalle parti e dal giudice e rendendo assoluta, per così dire, l'apparente antinomia fra libertà contrattuale dei privati e intervento giudiziale nel contratto, senza neanche tentare di confrontarsi con la particolarità dei contratti di durata».

[19] La mediazione si presenta, almeno in teoria (ma la sua efficacia dipenderà in gran parte dalla qualità dei mediatori e dei professionisti che assistono le parti), come il mezzo più adatto a svolgere la funzione appena descritta proprio per le caratteristiche sopra indicate: la presenza di un terzo neutrale in funzione di supporto al dialogo e non giudicante, con esperienza e competenza professionale in materia di gestione del conflitto, può indubbiamente essere d'aiuto per abbattere le barriere cognitive che non hanno consentito alle parti un dialogo utile e costruttivo e per neutralizzare gli stimoli all'argomentazione contrappositiva diretta ad influenzare la decisione del giudice e distruggere l'altra parte: la discussione è focalizzata sulle cause del disaccordo e orientata alla soluzione del problema, non all'attribuzione delle responsabilità. Ogni decisione è e rimane sempre nelle mani dei contraenti, che vengono invitati a riflettere su tutte le conseguenze (passate, presenti e future) delle loro condotte rimanendo arbitri della sorte della loro controversia.

soluzioni condivise, significhi soprattutto educare all'auto-determinazione e all'assunzione di responsabilità[20].

Eppure, ciò non è stato né il punto di origine, né il punto di arrivo delle intenzioni di un legislatore preoccupato solo di ridurre il contenzioso giudiziale e a sua volta totalmente inconsapevole della portata benefica per l'individuo e per la società dello strumento che andava disciplinando.

Non si tratta, dunque, di crisi della legge ma, semmai, di crisi del giurista.

Se vi fosse stata maggiore consapevolezza in merito all'effetto che la mediazione è in grado di produrre, ovvero una cultura giuridica concedente spazio e tempo all'autonomia, dunque una cultura dell'uomo adulto, pronto ad affrontare i suoi problemi con responsabilità nel confronto diretto con l'altro, si sarebbe probabilmente affidato al diritto della mediazione un compito ancor più prezioso e nobile, anziché quello di una mera alternativa alla gestione giudiziale del conflitto, con scelte ancora più decise e qualitativamente impeccabili nella regolamentazione dell'istituto. A cominciare dalla previsione dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione per tutte quelle liti che riguardano i contratti commerciali fra le imprese e le relazioni di durata[21].

All'imposizione di tale obbligo lo Stato appare, del resto, legittimato da una serie di interessi nella ricomposizione efficiente e concordata delle crisi contrattuali.

[20] Sia permesso, in proposito, il richiamo a P. LUCARELLI, *Crescita imprenditoriale e strategia relazionale. La mediazione insegna*, in CONTE - LUCARELLI (a cura di), *Mediazione e progresso, Persona, società, professione, impresa*, cit., 319 e ss.

[21] Sul punto risulta particolarmente interessante l'orientamento maturato in seno alla Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato. La Relazione della Commissione Alpa sulla riforma degli strumenti di Adr riferisce la proposta alternativa di Breggia-Marotta sull'art. 1-*bis*: «Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, nonché contratti di opera, di opera professionale, di *appalto privato, di fornitura e di somministrazione, di franchising, di leasing, concorrenza sleale non interferente con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale e intellettuale, contratti relativi al trasferimento di partecipazioni sociali, rapporti sociali inerenti le società di persone*, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. Restano escluse dal regime dell'obbligatorietà le controversie di competenza del Tribunale delle imprese sopra indicate, il cui valore superi l'importo di 250.000 euro».

In primo luogo, il bisogno di conservare ricchezza ed efficienza al mercato laddove esista ancora uno spazio utile di operatività del contratto perseguibile attraverso la sua conservazione o il suo rinnovamento e adeguamento ai nuovi parametri del mercato e del progresso; in secondo luogo, l'esigenza che gli operatori economici esercitino l'autonomia contrattuale in maniera proattiva, competente e responsabile; in terzo luogo, la necessità di limitare l'attività processuale a quei conflitti che veramente non possono beneficiare di una soluzione negoziata con un notevole risparmio di costi al sistema giudiziario; in quarto luogo, il bisogno di creare strumenti che limitino e assorbano la conflittualità sociale.

Origine e ruolo delle «massime notarili» in materia societaria

Mario Notari
Notaio in Milano
Ordinario di Diritto commerciale, Università Bocconi

Il contributo descrive l'origine e il ruolo delle massime in materia societaria elaborate dai Consigli notarili. A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 32 della l. n. 340 del 2000 e della conseguente modificazione dell'art. 2436 c.c. il giudizio di omologazione degli atti societari è attribuito al notaio. L'opera di massimazione notarile assume quindi un ruolo rilevante in quanto mira a perseguire la funzione di uniformazione del controllo omologatorio e di orientamento della prassi delle società.

This paper describes the origin and role of corporate law guidelines developed by the notary Councils. Following the entry into force of article 32 of Law no. 340/2000 and the subsequent amendment of article 2436 c.c. notaries are entrusted with the control over the legality of corporate deeds. The guidelines developed by the notary Councils therefore play an important role as they pursue the function of standardizing the legality control by notaries as well as to steer company practice.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza onoraria in materia societaria. I decreti di omologazione, le "richieste" informali di adeguamento e le "massime" dei Tribunali. – 3. Dal giudice al notaio: l'art. 32, l. n. 340 del 2000 e il nuovo art. 2436 c.c. Identità di controlli ma diversità di ruoli. – 4. Natura e funzione degli orientamenti interpretativi dei Consigli notarili.

1. Introduzione

In questo scritto, che riprende quanto già pubblicato in precedenti occasioni[1], intendo ripercorrere la strada che ha condotto dalla giurisprudenza onoraria in

[1] Si veda in particolare il contributo Le "*massime notarili*" in materia societaria: dalla

materia di omologazione degli atti societari da parte dei Tribunali – caratterizzata da una multiforme forma espressiva – sino alle attuali "massime notarili". Pur con innegabili differenze, entrambe hanno la propria comune origine nel procedimento di *omologazione* delle modificazioni statutarie delle società di capitali, il cui impianto concettuale è rimasto sostanzialmente immutato dal codice di commercio del 1882 sino ad oggi. Sono infatti variati taluni aspetti procedurali e parte delle competenze del giudizio di omologazione, ma si tratta in ogni caso del medesimo scrutinio preventivo di legittimità – volto alla verifica della sussistenza delle *condizioni richieste dalla legge* – necessario ai fini della costituzione delle società di capitali e delle società cooperative, nonché di qualsiasi modificazione del loro statuto.

È proprio da questo giudizio preventivo, non contenzioso (e non più necessariamente giudiziario), che scaturisce un'attività di *interpretazione* della disciplina societaria e di sua *concreta applicazione*, che si è manifestata nel corso dei decenni, prima in forma di "giurisprudenza onoraria" e poi come "orientamenti interpretativi" della categoria professionale cui il giudizio di omologazione è stato affidato "in primo grado".

2. La giurisprudenza onoraria in materia societaria. I decreti di omologazione, le "richieste" informali di adeguamento e le "massime" dei Tribunali

Dall'emanazione del codice di commercio del 1882[2] e quindi del codice civile del 1942[3], sino all'entrata in vigore della legge n. 340 del 2000 e alla

giurisprudenza onoraria agli orientamenti interpretativi dei consigli notarili, in CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Le massime notarili in materia societaria*, Milano, V ed., 2014, XVII ss.

[2] Il controllo omologatorio delle società anonime e delle società in accomandita per azioni era disciplinato dall'art. 91 cod. comm. 1882, ai sensi del quale «Il Tribunale civile, verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge per la legale costituzione della società, ordina … la trascrizione e l'affissione dell'atto costitutivo e dello statuto nelle forme prescritte …».

[3] Il testo dell'art. 2436 c.c., nella formulazione vigente sino alla modifica apportata dalla legge n. 342 del 2000, rinviava ai primi tre commi dell'art. 2411 c.c., dettati in tema di emissione di obbligazioni, i quali disponevano che «[1] La deliberazione dell'assemblea deve essere, a cura del notaio o degli amministratori, depositata entro trenta giorni presso l'ufficio del Registro delle imprese. Alla deliberazione devono essere allegate le eventuali autorizzazioni richieste. [2] Il Tribunale, *verificato l'adempimento delle condizioni richieste dalla legge* e sentito il pubblico ministero, ordina l'iscrizione nel Registro delle imprese. [3] Il decreto del Tribunale è soggetto a reclamo davanti alla Corte d'Appello entro trenta giorni dalla comunicazione».

conseguente modifica del testo dell'art. 2436 c.c.[4], il giudizio di omologazione era affidato in via esclusiva al Tribunale del luogo ove si trovava la sede della società costituenda o della società il cui statuto veniva modificato.
Si sviluppò così la c.d. *giurisprudenza onoraria* in materia societaria, ad opera dei medesimi Tribunali cui era affidata in primo grado la competenza a conoscere di tutte le controversie riguardanti le società. Questa forma "minore" di giurisprudenza era costituita essenzialmente – ma non unicamente, come vedremo – dei provvedimenti con cui si concludeva il c.d. procedimento di omologazione, ossia i *decreti* mediante i quali il Tribunale ordinava l'iscrizione dell'atto costitutivo o della deliberazione modificativa nel Registro delle imprese[5], oppure (ancor più significativamente) mediante i quali veniva rigettato il ricorso presentato dalla società per ottenere l'iscrizione nel Registro delle imprese. Talvolta, al decreto di diniego del Tribunale si aggiungeva il decreto della Corte d'Appello in sede di reclamo, vuoi in senso confermativo del diniego del Tribunale, vuoi in senso opposto, disponendo quindi "in secondo grado" l'ordine di iscrizione nel Registro delle imprese. La natura non impugnabile del reclamo, invece, ha precluso qualsiasi contributo della Corte di Cassazione in tema di giurisprudenza onoraria societaria.
I decreti dei Tribunali e delle Corti d'appello hanno sovente costituito oggetto di pubblicazione nelle riviste giuridiche e hanno contribuito al formarsi, oltre che di una significativa giurisprudenza su temi non facilmente oggetto di

[4] Dopo la legge n. 342 del 2000, l'art. 2436 c.c. continuò a rinviare ai primi tre commi dell'art. 2411 c.c., i quali assunsero il seguente testo, che rimase in vigore sino all'entrata in vigore della riforma del 2003 (d.lgs. n. 6 del 2003): «[1] Il notaio che ha verbalizzato la deliberazione dell'assemblea, entro trenta giorni, *verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge*, ne richiede l'iscrizione nel Registro delle imprese contestualmente al deposito e allega le eventuali autorizzazioni richieste. L'ufficio del Registro delle imprese, verificata la regolarità formale della documentazione, iscrive la delibera nel registro. Se il notaio ritiene non adempiute le condizioni stabilite dalla legge, ne dà comunicazione tempestivamente, e comunque non oltre il detto termine, agli amministratori. Gli amministratori, nei trenta giorni successivi e, in mancanza, ciascun socio a spese della società, possono ricorrere al Tribunale per il provvedimento di cui ai commi secondo e terzo. Tutti i termini previsti in disposizioni speciali con riferimento all'omologazione della delibera decorrono dalla data dell'iscrizione nel Registro delle imprese. [2] Il Tribunale, *verificato l'adempimento delle condizioni richieste dalla legge* e sentito il pubblico ministero, ordina l'iscrizione nel Registro delle imprese. [3] Il decreto del Tribunale è soggetto a reclamo davanti alla corte di appello entro trenta giorni dalla comunicazione».

[5] Sino all'entrata in vigore del Registro delle imprese, avvenuta solo nel 1996, l'iscrizione veniva effettuata nel Registro delle società presso la cancelleria del Tribunale, in forza della norma transitoria contenuta nell'art. 100 disp. att. c.c., in forza della quale «fino all'attuazione del Registro delle imprese gli atti … sono soggetti all'iscrizione nei registri di cancelleria presso il Tribunale secondo le modalità stabilite dalle leggi anteriori».

procedimenti contenziosi, anche di interessanti approfondimenti dottrinali.
Questa forma di giurisprudenza onoraria, tuttavia, non era l'unica modalità attraverso la quale si manifestava l'attività dei giudici in sede di omologazione. Ad essa si affiancava quella che venne efficacemente definita da Piergaetano Marchetti la "giurisprudenza societaria *sommersa*": si allude alle *richieste informali* che i Tribunali, durante il procedimento di omologazione, inoltravano alle società ricorrenti, al fine di ottenere un "adeguamento" dell'atto costitutivo o della deliberazione modificativa, onde ottenere l'omologazione, che altrimenti il Tribunale avrebbe negato non ritenendo sussistenti le condizioni richieste dalla legge.
Nel procedimento di omologazione si inserì quindi una sorta di "sospensione" – non prevista dalla legge, ma del tutto compatibile con la natura del procedimento in camera di consiglio – nell'ambito della quale il giudice formulava osservazioni e richieste, normalmente veicolate in modo del tutto informale tramite le cancellerie e i notai cui competeva la legittimazione alla presentazione del ricorso di omologazione in nome e per conto delle società.
Le ragioni di siffatta prassi risiedevano evidentemente nell'opportunità di evitare un decreto di rigetto e un'ulteriore deliberazione modificativa, consentendo quindi alle società di adeguarsi direttamente alle indicazioni del Tribunale, senza ripetere la costituzione della società o la riunione dell'assemblea straordinaria. Di qui nacque anche la diffusissima prassi di includere negli atti costitutivi e nelle deliberazioni assembleari una clausola di "delega" affinché una o più persone potessero direttamente adeguare il contenuto dello statuto o della deliberazione alle richieste del Tribunale al fine di ottenere l'iscrizione nel Registro delle imprese[6]. Durante questa fase di "sospensione" del procedimento di omologazione – e in taluni Tribunali anche in via preventiva – poteva anche darsi luogo ad un fertile confronto tra il notaio ricorrente e il giudice cui veniva affidata l'istruzione del procedimento in camera di consiglio.
Nella prassi del Tribunale di Milano, i procedimenti "sospesi" venivano depositati in cancelleria unitamente alle relative annotazioni dei giudici della sezione VIII (oggi divenuta il corrispondente Tribunale delle imprese), i quali erano poi disponibili, durante un "orario di ricevimento" settimanale, a fornire ulteriori spiegazioni ai notai ricorrenti o ad ascoltare le loro eventuali argomentazioni a sostegno del ricorso già presentato.
Si può ben immaginare la ricchezza di contenuti di questa attività, che tuttavia

[6] Sulla natura e sui limiti di tale clausola, tuttora presente nella prassi societaria, si veda la Massima n. 69 in data 22 novembre 2005 in CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Le massime notarili in materia societaria*, cit., 247 ss.

rimaneva "sommersa", non dando luogo ad alcun provvedimento che fosse suscettibile di pubblicazione, bensì solo ad informali comunicazioni tra il giudice, il notaio e la società interessata. E si può altrettanto facilmente immaginare con quanto interesse si cercasse di fare emergere gli elementi più significativi di questa giurisprudenza onoraria informale, da parte sia degli operatori professionali (notai, avvocati, commercialisti, giuristi d'impresa) sia dell'accademia e degli studiosi in generale.

Si svilupparono così due modalità di "emersione" di questa attività. Da un lato, si diede vita a forme di "passa-parola" organizzato delle informazioni e degli orientamenti interpretativi che risultavano informalmente dai procedimenti di omologazione: per quanto riguarda il Tribunale di Milano in particolare, la redazione della rivista *FederNotizie*[7] si assunse l'onere di trascrivere e pubblicare le osservazioni dei giudici, reperibili dalle informali comunicazioni depositate in cancelleria. Tuttavia, per quanto interessanti, si trattava comunque di segnalazioni relative a casi isolati, non sempre facilmente riferibili al caso concreto da cui prendevano le mosse, nonché prive di ogni carattere di ufficialità e di sistematicità.

Dall'altro lato, anche per ovviare alle inevitabili carenze della divulgazione spontanea dei singoli provvedimenti di sospensione, si sviluppò la prassi delle c.d. "*massime ufficiose*" dei Tribunali in tema di omologazione degli atti societari. A partire dai primi anni settanta, in particolare, il Tribunale di Milano ha reso noti in via ufficiosa numerosi orientamenti in tema di omologazione ed iscrizione di atti societari. Essi provenivano dalla già ricordata ottava sezione del Tribunale civile, che era preposta al giudizio di omologazione degli atti societari ed assumeva altresì la veste di «giudice del registro», delegato dal presidente del Tribunale ai sensi del comma 2 dell'art. 2188 c.c.

In tali «massime», i giudici riassumevano gli orientamenti adottati in sede di volontaria giurisdizione societaria, esprimevano la propria opinione su questioni interpretative controverse e impartivano direttive per l'iscrizione di atti societari non soggetti al preventivo controllo omologatorio[8].

---

[7] Periodico bimestrale fondato nel maggio 1988, organo ufficiale della *Federazione italiana delle Associazioni sindacali notarili*.

[8] Tali direttive, assai rilevanti in alcuni casi (si pensi ad esempio all'iscrizione degli atti di fusione e in particolare degli atti di fusione perfezionati in via anticipata, prima del decorso del termine concesso ai creditori per fare opposizione ai sensi dell'art. 2503 c.c.) erano rivolte, prima dell'attuazione del Registro delle imprese nel 1996, alla cancelleria delle società commerciali in merito all'iscrizione nel registro delle società, il quale, vigente il regime transitorio di cui agli artt. 100 ss. disp. att. c.c., sostituiva il Registro delle imprese. In seguito all'attuazione del Registro delle imprese, le medesime direttive erano rivolte al Conservatore del registro stesso, tenuto dalla

L'iniziativa dei giudici milanesi, sin dall'origine sollecitata anche dal Consiglio notarile di Milano, ha dato vita ad un *corpus* di massime via via più copioso. La maggior parte di esse è stata comunicata con note informali dei presidenti succedutisi a capo dell'ottava sezione fino al novembre del 2000 (Vincenzo Salafia, Attilio Baldi e Giuseppe Tarantola), per lo più indirizzate al Consiglio notarile di Milano e ad altri organi rappresentativi di categorie professionali. Di qui, esse hanno goduto di ampia diffusione tramite la pubblicazione in diverse riviste giuridiche e hanno costituito oggetto di una raccolta sistematica originariamente pubblicata nella *Rivista delle società*[9] e quindi aggiornata sino alla cessazione dell'attività di "massimazione" della giurisprudenza onoraria dei Tribunali, con l'entrata in vigore dell'art. 32 della legge n. 340 del 2000[10].

3. Dal giudice al notaio: l'art. 32, l. n. 340 del 2000 e il nuovo art. 2436 c.c. Identità di controlli ma diversità di ruoli

Il quadro normativo derivante dalla riforma dell'omologazione degli atti societari, introdotta dall'art. 32 l. n. 340 del 2000, quasi sostanzialmente riprodotto con la riforma del diritto societario ad opera del d.lgs. n. 6 del 2003, ha inizialmente indotto a una lettura restrittiva del contenuto del controllo della legittimità degli atti societari, in una duplice direzione.

In sede di costituzione, il mancato espresso riferimento alla «verifica delle condizioni richieste dalla legge» ha fatto ritenere che l'unica fonte normativa dell'obbligo di accertare la legittimità dell'atto costitutivo sia l'art. 28 l. not., che vieta il ricevimento di atti «espressamente proibiti dalla legge»[11]. Soppressa

---

Camera di commercio presso ogni capoluogo di provincia.

[9] M. AGOSTINI - M. NOTARI, *Raccolta sistematica degli orientamenti ufficiosi del Tribunale di Milano in tema di omologazione ed iscrizione di atti societari*, in *Riv. soc*., 1994, 631 ss. La raccolta sistematica delle massime ufficiose del Tribunale di Milano è nata nell'abito di una ricerca sugli orientamenti della volontaria giurisdizione societaria in ambito nazionale, promossa dall'Istituto di diritto comparato "A. Sraffa" dell'Università Bocconi di Milano, diretta dal prof. Piegaetano Marchetti. Nell'ambito di tale ricerca si cercò di raccogliere e ordinare, da tutti i Tribunali d'Italia, proprio l'insieme di quelle indicazioni informali che costituivano quella giurisprudenza "sommersa" cui facevo riferimento poc'anzi.

[10] La *Raccolta* aggiornata al dicembre 2000 è disponibile sul sito ufficiale del Consiglio notarile di Milano.

[11] La difficoltà di attribuire un preciso significato a tale locuzione fa certamente il paio con le incertezze interpretative sorte in merito al controllo omologatorio, ai sensi degli articoli 2330 e 2411 c.c., sin dall'emanazione del codice civile del 1942. I termini della discussione sono tanto noti quanto problematici, vertendo sulla possibilità di inquadrare nel divieto dell'art. 28 l.n. i soli

l'omologazione giudiziale, il controllo di legittimità degli atti societari risulterebbe – secondo tale tesi – sensibilmente diminuito, o comunque ridotto in misura inversamente proporzionale a quanto si intenda estendere l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 28 l. not.[12]

In sede di modificazioni dell'atto costitutivo, invece, pur ritrovando la medesima formulazione letterale della norma che impone la «verifica delle condizioni richieste dalla legge», è stato inizialmente sostenuto – argomentando sulla portata della sanzione del nuovo art. 138-*bis*, comma 1, l. not. – che il controllo notarile sarebbe volto a impedire l'iscrizione nel Registro delle imprese nei soli in cui «risultino *manifestamente* insussistenti le condizioni richieste dalla legge». Ne conseguirebbe il divieto di procedere all'iscrizione nel Registro delle imprese *solo* nei casi in cui la mancanza delle condizioni richieste dalla legge fosse "manifesta", mancando negli altri casi una qualsiasi sanzione a carico del notaio che, dopo aver redatto il verbale della deliberazione modificativa, procede comunque all'iscrizione[13].

Entrambe le letture restrittive del contenuto del controllo notarile in sede di "omologazione" degli atti societari, tuttavia, non hanno avuto successo. Si è via via consolidata la convinzione dell'*identità dei controlli*, tra notaio e giudice, ai sensi dell'art. 2436 c.c., con un perfetto parallelismo del contenuto del controllo in tutti i tre possibili "gradi" di verifica: il primo da parte del notaio che ha ricevuto l'atto, il secondo del Tribunale, il terzo della Corte di appello[14]. Ciò

casi nullità derivanti da norme espresse, ovvero tutti i casi di nullità, piuttosto che anche quelli di annullabilità o inefficacia. Sull'art. 28 l. not., nell'ambito di una letteratura quasi sterminata, cfr. R. TRIOLA, *Gli atti espressamente proibiti dalla legge nell'art. 28 n. 1, l. not.*, in *Vita not.*, 1986, 44 ss.; AA.VV., *Intorno al divieto per il notaio di ricevere atti contrari alla legge*, in *Studi su argomenti di interesse notarile*, I-III, Roma, 1968, 133 ss.; E. PAOLUCCI, *Atti vietati e responsabilità notarile nella giurisprudenza*, in ROTONDI (fondata da), LEVI (diretta da), *Racc. sist. giur. comm.*, Milano, 1990; P. BOERO, *La legge notarile commentata*, vol. 1, Torino, 1993, 169 ss.; G. BUTA, *Le nullità dell'art. 28, n. 1 della legge notarile nell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 313 ss.

[12] In questo senso si vedano: R. DINI, *Omologa degli societari: la parola passa ai notai*, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 24, 27 ss., spec. 30; L. SALVATO, *Dalla omologazione giudiziaria alla "omologazione" notarile: profili problematici della nuova disciplina del controllo di legalità degli atti societari*, in PACIELLO (a cura di), *Il controllo notarile sugli atti societari*, Milano, 2001; M. SILVETTI, *Sul tramonto del giudizio di omologazione delle società di capitali*, nota a App. Torino, 24 agosto 2000 (decr.), in *Foro it.*, 2001.

[13] Si è così arrivati a concludere che la nuova disciplina offre, nei casi di deliberazioni modificative, una "tutela attenuata": V. SALAFIA, *L'invalidità dei controlli sugli atti societari e il regime delle impugnazioni*, in *Le società*, 2001, 7 ss., 10.

[14] Per una più ampia argomentazione in tal senso, mi permetto di rinviare a M. NOTARI, *Contenuto ed estensione del controllo di legalità degli atti societari da parte del notaio*, in

significa che anche il notaio ha il potere-dovere di negare l'iscrizione ogni qual volta manchino, *anche non manifestamente*, le condizioni stabilite dalla legge[15]. L'identità del contenuto dei controlli in sede di omologazione non può tuttavia nascondere una significativa *differenza di ruoli*.

Mentre il giudice svolge esclusivamente la propria funzione nell'ambito del procedimento di volontaria giurisdizione, il notaio accompagna al controllo omologatorio anche la propria attività di libero professionista, che assiste le parti e le società *prima* del compimento degli atti e delle operazioni soggette ad omologazione. Ciò rende fisiologica e naturale una fase di dialettica e consulenza volta a realizzare una sorta di *controllo preventivo* e di anticipazione dell'adeguamento degli atti delle imprese societarie rispetto alle indicazioni che emergono in vista del controllo omologatorio.

Il risultato non è scontato. Si può paventare – e non sono mancate voci in tal senso – il rischio di "*race to the bottom*", in forza del quale non sarebbero le imprese ad adeguare preventivamente le proprie scelte alle indicazioni del notaio cui viene dato l'incarico per la stipulazione dell'atto, bensì il notaio stesso ad attenuare il proprio controllo per evitare di perdere il mandato professionale. In direzione opposta, del resto, non sono mancati timori di eccessivo irrigidimento dell'interpretazione della disciplina societaria, da parte della generalità dei notai in sede di omologazione degli atti societari, per evitare di assumere rischi diretti o indiretti che non erano precedentemente compresi nella loro funzione.

L'esperienza di ormai quasi quindici anni di omologazione notarile ci dice

---

PACIELLO (a cura di), *Il controllo notarile sugli atti societari*, cit., 31 ss. Nello stesso senso, si vedano in seguito: M. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle società*, VIII ed., a cura di M. Campobasso, Torino , 2012, 506, nt. 3; F. GUERRERA, Art. 2436, in NICCOLINI e STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), *Società di capitali*, *Commentario*, Napoli, 2004, 1101; G. MARASÀ, *Art. 2436*, in D'ALESSANDRO (diretto da), *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, II, tomo II, Piccin, 2011, 767; M. VISCUSI, *Art. 2436*, in ABRIANI - STELLA RICHTER (a cura di), *Codice commentato delle società*, Torino, 2010, 1603; G. SCARCHILLO, *Art. 2436*, in BONFANTE - CORAPI - DE ANGELIS - NAPOLEONI - RORDORF - SALAFIA (a cura di), *Codice commentato delle società*, Milano, 2011, 1346; E. BOCCHINI, *«Atti» e «fatti» nella teoria della pubblicità legale commerciale*, in *Giur. comm*., 2004, I, 240 ss., spec. 242; G. LAURINI, *Autonomie e controllo di legalità dopo la riforma delle società di capitali*, in *Riv. not*., 2004, 15 ss., spec. 31.

[15] È assai rilevante, anche dal punto di vista applicativo, notare che la mancata richiesta di iscrizione nel Registro delle imprese, da parte del notaio, può conseguire *esclusivamente* ad una sorta di "provvedimento" negativo mediante il quale il quale egli dà comunicazione agli amministratori della sua valutazione circa la insussistenza delle condizioni richieste dalla legge. È pertanto inammissibile un'eventuale volontaria sottomissione alla valutazione del giudice ai sensi dell'art. 2436, comma 3, c.c., di una deliberazione per la quale il notaio non abbia espresso il suo giudizio di insussistenza delle condizioni richieste dalla legge.

che nessuno dei due rischi si è in realtà verificato. Per un verso, il contenzioso societario e gli "*stress test*" occasionati dalle numerose crisi d'impresa degli ultimi anni non hanno fatto rilevare la presenza di lacune o lassismi nel controllo omologatorio, ferma restando la inevitabile possibilità che in alcuni casi – non diversamente da quanto poteva accadere in vigenza del regime precedente – siano stati iscritti atti costitutivi o modificazioni statutarie in difetto delle condizioni richieste dalla legge. Per altro verso, non si segnala una generale tendenza ad adottare interpretazioni restrittive e ingiustificatamente rigorose, com'è in parte dimostrato anche dall'esiguo numero di provvedimenti di diniego di omologazione, non altrimenti spiegabile solo dalla fase di adeguamento preventivo da parte delle società.

Un ruolo essenziale per conseguire tale risultato è stato svolto dalle cosiddette "massime notarili" in materia societaria. Esemplari sono al riguardo le parole che si leggono nel "*Preambolo*" alla istituzione della "Commissione per i principi uniformi in tema di società" del Consiglio notarile di Milano, avvenuta con deliberazione in data 21 novembre 2000, riprodotto nelle pagine iniziali del volume che raccoglie tutte le "massime" elaborate dalla commissione medesima[16]. L'iniziativa dei notai milanesi, assunta in esatta concomitanza con l'emanazione della legge che istituiva il controllo notarile sugli atti societari, è stata seguita negli anni successivi da altri consigli notarili. Si è quindi sviluppato un "genere" nuovo della produzione giuridica, il quale, pur prendendo il testimone dalle precedenti "massime ufficiose" dei Tribunali, presenta caratteristiche differenti, che inevitabilmente riflettono il diverso ruolo svolto dai notai nell'ambito della medesima funzione di controllo di legittimità in sede di omologazione degli societari[17].

[16] CONSIGLIO NOTARILE DI MILANO, *Le massime notarili in materia societaria*, cit.

[17] Sul controllo omologatorio degli atti societari, dopo la riforma del 2003, oltre agli autori citati nelle note che precedono, si vedano: G. MARASÀ, *Prime note sulle modifiche dell'atto costitutivo della SpA nella riforma*, in *Giur. comm*., 2003, I, 135; P. LUCCARELLI, *Art. 2436*, in SANDULLI - SANTORO (a cura di), *La riforma delle società*, *Commentario* tomo II, Torino, 2003; B. PETRAZZINI, *Art. 2436*, in COTTINO, BONFANTE, CAGNASSO e MONTALENTI (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, *Commentario*, Bologna, 2004; A. FERRONI - F. PREITE, *L'efficacia costitutiva dell'iscrizione delle delibere di modifica dell'atto costitutivo*, in *Vita not*., 2004, 1762; R. BENASSI, *Art. 2436*, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle società*, *Commentario*, II, Padova, 2005; F. MAGLIULO, *Il ruolo del Registro delle imprese nella riforma societaria*, in *Notariato*, 2005, 50; R. TORRE, *Atti costitutivi e modificativi di società di capitali ricevuti da notaio e richiesta di iscrizione presso il Registro delle imprese: funzione, natura, oggetto del controllo di iscrivibilità e soggetti legittimati in materia*, in *Riv. not*., 2006, 343; P. ZANELLI, *Gli atti e i verbali societari, Controlli e massime notarili*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, XXXIX, Padova, 2006; M. CICONTE, *Art.*

4. Natura e funzione degli orientamenti interpretativi dei Consigli notarili

Pur non essendo questa la sede per un approfondito esame della questione, ci si può a questo punto chiedere quali siano la natura e la funzione delle c.d. "massime notarili" in materia societaria. Un primo possibile percorso di indagine a questo fine passa attraverso il confronto con la precedente prassi delle "massime ufficiose" dei Tribunali, nell'ambito della medesima funzione di omologazione degli atti societari.

Da un lato, le massime ufficiose dei Tribunali avevano essenzialmente ad oggetto una "sedimentazione" degli orientamenti adottati in sede di volontaria giurisdizione societaria da parte del Tribunale. Al pari delle massime tratte dalle sentenze "ordinarie", anche le massime ufficiose in sede di omologazione non avevano natura vincolante, bensì riflettevano quanto deciso in passato dal Tribunale. A differenza delle sentenze, tuttavia, esse nascevano da una ricognizione "collegiale" da parte dei giudici che componevano la sezione cui era affidata la volontaria giurisdizione societaria. Ciò rendeva ancor più probabile, quasi certo, il conforme comportamento di tutti i giudici della sezione nei successivi procedimenti di omologazione aventi ad oggetto la medesima questione interpretativa. E da ciò derivava la notevole funzione concreta, di orientamento della prassi delle società, che potevano conoscere in anticipo quali clausole e quali operazioni avrebbero con tutta probabilità superato il vaglio omologatorio e quali invece sarebbero state respinte.

Le massime notarili, d'altro canto, aspirano a svolgere una funzione analoga, ma non rappresentano il consolidamento di una serie di "provvedimenti" di omologazione – ossia di richieste di iscrizione nel Registro delle imprese, previa verifica delle condizioni richieste dalla legge – né provengono da una condivisione di tutti i notai del singolo collegio notarile. Esse contengono in vero gli orientamenti interpretativi derivanti dal lavoro collegiale di un gruppo ristretto di notai, di ciò incaricati dal Consiglio notarile in virtù dell'esperienza professionale e della preparazione scientifica e accademica, che prendono posizione su specifiche questioni interpretative. Rispetto alle massime ufficiose dei Tribunali, pertanto, manca sia il carattere di "precedente" (seppur *sui generis*) sia il coinvolgimento di tutti i "soggetti giudicanti" cui sarà affidata

---

2436, in FAUCEGLIA - SCHIANO DI PEPE (diretto da), *Codice commentato delle SpA*, tomo II, Torino, 2007; G. MARASÀ, *Controllo e pubblicità delle delibere di modifica statutaria nelle SpA*, in *Riv. not*., 2007, 523; O. CAGNASSO, *Le modificazioni statutarie e il diritto di recesso*, in *Trattato di diritto commerciale*, IV, Padova, 2010; B. PETRAZZINI, *Le modificazioni dello statuto in generale,* in *Trattato di diritto privato*, 16****, Torino, 2012.

la valutazione omologatoria nei casi concreti successivi all'elaborazione della massima.
Ciò indurrebbe a equiparare le massime notarili a una sorta di manifestazione collettiva di un orientamento interpretativo dottrinale. Così come due o tre autori possono più o meno ripetutamente unire i propri sforzi e intervenire con scritti a più mani nel dibattito dottrinale, analogamente il gruppo di esperti designato dal Consiglio notarile "dice la propria" su alcune questioni di interesse nell'ambito della valutazione di legittimità degli atti societari.
È percezione diffusa, tuttavia, che la natura e funzione delle massime notarili non limiti a questo profilo[18]. La circostanza che gli orientamenti interpretativi provengano da una commissione incaricata dall'organo territoriale dell'ordine professionale non è del tutto priva di effetti. Essa conferisce al lavoro della commissione una sorta di "rappresentatività" che, ben lungi dal creare alcun vincolo sui singoli notai chiamati svolgere il controllo omologatorio, finisce per riflettersi in modo significativo sul loro comportamento. Anche sotto il profilo sanzionatorio, pur non derivando alcun effetto diretto, è ragionevole pensare che il consolidamento di uno più orientamenti interpretativi "massimati" da tali commissioni possa influire sulla configurabilità dei presupposti delle sanzioni disciplinari, con particolare riguardo alla «*manifesta inesistenza* delle condizioni stabilite dalla legge» di cui all'art. 138-*bis* l. not.[19]
Ciò conferisce alle massime notarili una *funzione concreta* che può essere assimilata a quella svolta dagli orientamenti dei Tribunali, di *uniformazione* del controllo omologatorio e di *conoscibilità preventiva* del presumibile comportamento (di una parte significativa) dei soggetti incaricati di tale controllo.

[18] Si vedano, tra i contributi più recenti: G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo tra i diversi formanti*, in *Contr. impr.*, 2016, 1559; M. PALAZZO, *Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti del diritto*, in *Notariato*, 2014, 590; M. SILVA - M. ZACCARIA, *Orientamenti notarili societari*, in *Dig. comm.*, *Aggiornamento*, Torino, 2015, 425 ss.

[19] Com'è noto, infatti, contestualmente alla riforma dell'omologazione degli atti societari, avvenuta con il citato art. 32, l. n. 342 del 2000, è stata introdotta una nuova sanzione a carico del notaio, regolata dal nuovo art. 138-*bis* l. not., ai sensi del quale: «1. Il notaio che chiede l'iscrizione nel Registro delle imprese delle deliberazioni di società di capitali, dallo stesso notaio verbalizzate, quando risultano *manifestamente inesistenti* le condizioni richieste dalla legge, viola l'articolo 28, primo comma, numero 1, ed è punito con la sospensione di cui all'articolo 138, comma 2, e con la sanzione pecuniaria da 516 euro a 15.493 euro. 2. Con la stessa sanzione è punito il notaio che chiede l'iscrizione nel Registro delle imprese di un atto costitutivo di società di capitali, da lui ricevuto, quando risultino *manifestamente inesistenti* le condizioni richieste dalla legge».

Il che contribuisce a sua volta ad attribuire alle massime notarili una natura a metà strada tra dottrina e giurisprudenza, tra manifestazioni di opinioni individuali e direttive collegiali della categoria. Esse si affiancano così ai contributi e alle circolari di uffici studi ed enti collettivi di riconosciuta competenza, ma vi aggiungono una maggior capacità di influire sul controllo omologatorio e quindi sulla stessa prassi societaria: un profilo certamente di notevole rilevanza, ma al contempo di grande responsabilità.

Il contributo della prassi notarile alla disciplina dell'assemblea di società

Marco Maltoni
Notaio in Forlì

Lo scritto propone una sintetica riflessione sul ruolo anche storico del notaio nell'evoluzione dell'ordinamento, osservato dal punto di osservazione privilegiato del diritto societario, e quindi del diritto di impresa e del commercio, ambito nel quale il bisogno della prassi di applicare nuove regole o trovare soluzioni a nuovi conflitti si è sempre mosse più rapidamente della capacità di intervento del legislatore.

This paper briefly discusses the historical role of notaries in the evolution of the legal system, as seen from the perspective of corporate law, hence business law and trade law. These are areas in which the need for a practice though which new rules are applied or solutions are found for new conflicts has always surpassed the legislator's ability to intervene

Sommario: 1. Il ruolo del notaio fra dovere di adeguamento della volontà delle parti e dovere di contribuire all'evoluzione del sistema. – 2. Evoluzione del sistema e storicità del contributo notarile. Il ruolo delle istituzioni. – 3. Le Massime notarili in materia societaria come epifania del contributo attuale del Notariato all'evoluzione del sistema. – 4. Esempi di contributo notarile all'evoluzione del diritto societario. – 5. Istanze delle prassi e mediazione del Notariato in funzione dell'evoluzione del sistema.

1. Il ruolo del notaio fra dovere di adeguamento della volontà delle parti e dovere di contribuire all'evoluzione del sistema

Si legge, in un interessante contributo di approfondimento sui contenuti della funzione notarile[1], che «l'accresciuta incertezza del sistema non può giustificare l'immobilismo giuridico e far venir meno la funzione promozionale del diritto,

[1] R. LENZI, *La metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 771.

cui anche la prassi notarile deve orientarsi, superando quella concezione fuorviante del controllo legalità, tra l'altro spesso legata a valutazioni puramente formali, che rischia di condurre il notaio ad essere espressione di conservatorismo giuridico. Ma tale funzione promozionale della prassi notarile deve essere esercitata alla luce del principio di precauzione, noto in altri ambiti dell'operare giuridico e che trova il proprio referente normativo, per l'attività notarile, all'art. 147 della legge notarile».

La riflessione prosegue pervenendo[2], fra l'altro, alla conclusione per la quale «si delinea quindi una configurazione dell'attività notarile arricchita dalla presenza di nuovi criteri che costituiscono il reticolo su cui vagliare la prestazione e definirne misura e qualità … Da un lato, una legalità sostanziale perseguita anche attraverso una specifica attenzione alla concretizzazione delle clausole generali; dall'altro, il *rafforzamento del dovere di coadiuvare* le parti a perseguire i loro legittimi interessi nell'esercizio dell'autonomia privata, *anche attraverso un contributo promozionale all'innovazione giuridica ed all'evoluzione del sistema*, mediante una misurata ma non conservativa prassi notarile, che, tuttavia, al di là dei casi di irricevibilità manifesta o, come oggi si definisce, inequivoca, deve conformare il doveroso *favor* verso l'autonomia privata mediante l'applicazione di un principio di precauzione che non trasformi lo sforzo innovativo in una potenziale proliferazione di contenziosi, induca nell'opinione generale affidamenti solo apparenti e, di fatto, moltiplichi il grado di incertezza ordinamentale, anche attraverso applicazioni seriali di soluzioni perplesse o comunque di esito incerto».

Ho ritenuto opportuno riprodurre letteralmente il lungo passo, per non correre il rischio di travisare, mediante la parafrasi, il pensiero dell'Autore.

Indubbiamente condivisibile laddove perora il contributo promozionale del Notariato «all'innovazione giuridica ed all'evoluzione del sistema»; da valutare con cautela laddove sembra – e ribadisco sembra – creare un collegamento fra dovere di adeguamento della volontà delle parti (declinato nella forma di dovere di «*dovere di coadiuvare* le parti a perseguire i loro legittimi interessi nell'esercizio dell'autonomia privata») e capacità innovativa individuale del notaio. Sul punto vorrei essere chiaro: il dovere di condotta giuridicamente rilevante del notaio, la cui inottemperanza è sanzionabile, può essere integrato tramite il richiamo al principio di precauzione nell'applicazione di soluzioni innovative; giammai tramite l'obbligo di applicazione, ancor meno di ricerca, di soluzioni innovative.

---

[2] R. LENZI, *La metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione*, cit., 774.

Al singolo deve essere chiesto di essere moralmente integro, imparziale, diligente e studioso; altro, e di più, non può essere preteso all'appartenente ad una categoria professionale, a colui che esercita un arte o un mestiere. Non gli può essere chiesto di assumere la veste di innovatore del diritto. Ogni ulteriore qualità può essere solo prerogativa del singolo, capace di segnare la differenza fra individui appartenenti ad una medesima categoria, ma la cui carenza non può essere elevata a criterio di valutazione della responsabilità professionale.
Sono convinto che l'Autore non intendesse pervenire a simile conclusione; ma ho preferito chiarire in epigrafe il mio pensiero, e riprendere quindi con più ordine il ragionamento.

2. Evoluzione del sistema e storicità del contributo notarile. Il ruolo delle istituzioni

Non ho dubbi sul fatto che il Notariato (e non necessariamente i singoli notai) debba farsi carico dell'onere di contribuire a promuovere l'innovazione giuridica e l'evoluzione del sistema: lo ha già fatto; deve (solo) continuare.
Mi risultano essere un dato storico la capacità del Notariato di coniugare competenza tecnica e sensibilità sociale e il contributo tradizionalmente offerto allo sviluppo dei traffici e dell'economia.
Per esempio, rilevo che in un saggio di storia medievale dedicato allo spazio geografico del Mediterraneo nella sua complessità, analizzando la situazione della penisola del XII e del XIII secolo si afferma che «nel dispositivo generale dell'economia italiana il mare … gioca un ruolo principale e con lui la vita portuale, la costruzione navale e tutto ciò che vi si riferisce: istituzioni, regolamentazioni, tecniche commerciali e finanziarie *sostenute dal Notariato* che procede in linea retta dalla cultura e dalla struttura giuridica latina»[3]. In

[3] G. JEHEL, *Il Mediterraneo medievale*, *dal 350 al 1450*, Lecce, 2004, 104. Il saggio di Jehel, professore ordinario di Storia Medievale all'Universitè de Picardie, è dedicato ad un'analisi complessiva della storia del Mediterraneo nel torno di tempo indicato, analisi che tiene conto dei fattori politici, militari, economici e sociali, abbracciando in una visione complessiva il bacino del Mare Nostrum dalle Colonne d'Ercole fino ai territori della Siria.
Al proposito nota (16 – 17) che «l'osservatore deve prendere in considerazione una situazione politica polivalente quando voglia abbracciare con un solo sguardo questo mondo complesso. Tuttavia, se geografia e storie locali impongono la visione di un mosaico multiforme, la chiave di tutte le interpretazioni è la bivalenza e l'interferenza delle polarità orientali e occidentali. Non vi sono avvenimenti importanti che si siano prodotti nel Mediterraneo occidentale, senza che essi abbiano avuto ripercussioni maggiori sulla parte orientale. Questa interferenza costante

particolare si evidenzia che il crescente dinamismo economico del periodo, che vede fiorire le Repubbliche Marinare e con esse il commercio, è determinato e sostenuto dalla «creazione di infrastrutture amministrative e tecniche a iniziativa dei notabili dei centri di affari che costituiscono anche una *élite* intellettuale e giuridica. Uno dei principali fattori di questa evoluzione è il corpo dei notai, costituitosi inizialmente a Bologna»[4].

Il senso della digressione storica è nell'affermazione operata da un "laico", non appartenente alla storiografia giuridica e tanto meno a quella notarile, del ruolo decisivo svolto dal corpo dei notai nell'evoluzione economica in senso commerciale dell'Italia e del Mediterraneo medievale.

Evoluzione vuol dire progresso, avanzamento, cambiamento. E il Notariato nasce per renderla possibile, per attuarla.

In che modo?

«Nel medioevo l'arte notarile si è manifestata in modi e forme diverse secondo i tempi e i luoghi. È però costante *la capacità del notaio di adeguarsi alla realtà* individuando la norma tra quelle che trovava a sua disposizione, romane e barbariche. Il notaio conserva gli istituti del diritto romano, tramanda i testi degli editti longobardi e dei capitolari franchi inseriti negli atti, tiene in vita qualche elemento della scienza giuridica del mondo antico, adegua gli atti alle idee politiche e alle convinzioni religiose del tempo» (Vismara), dimostrando così «come fosse possibile rinnovare e conservare nello stesso tempo» (Orlandelli)[5].

Dunque, lo svolgimento di un'opera evolutiva del diritto è connaturata fin dalle origini al ruolo del Notariato nel mondo dell'economia e degli affari, opera svolta nel segno della continuità, per assicurare certezza e coerenza delle regole, ma incessante nella sua progressione. Mi pare allora indubbio che anche nei tempi attuali la tensione a contribuire all'evoluzione del sistema debba ispirare l'azione del Notariato, come esercizio di una funzione sociale del corpo notarile; non come dovere giuridicamente sanzionabile del singolo notaio sul piano della valutazione della responsabilità professionale.

A carico del singolo notaio si può forse invocare solo il mancato rispetto del principio di precauzione (non scritto, ma, come si rileva, siamo in periodo di crisi del giuspositivismo), inteso come adozione di un comportamento

---

fa dell'intero Mediterraneo l'articolazione predominante in presa sulle evoluzioni generate tra l'Indo e il Mar Rosso.

Ecco cosa lo porta a essere il volano della storia dell'umanità.

Le tappe di questa evoluzione costituiscono l'essenza della storia del Mediterraneo medievale».

[4] G. JEHEL, *Il Mediterraneo medievale*, *dal 350 al 1450*, cit., 109.

[5] Citazioni tratte da E. MARMOCCHI, *Funzione sociale della "prassi notarile"*, in *Rolandino 1215 – 1300, Alle origini del Notariato moderno*, *passim*.

prudente «in ordine alle decisioni sulla gestione delle questioni scientificamente controverse»[6].
La mediazione fra le due istanze (promozione dell'innovazione giuridica e dell'evoluzione del sistema, da un lato; rispetto del principio di precauzione, dall'altro) si realizza anche, forse soprattutto, tramite gli Studi del Consiglio nazionale del Notariato, e, per quanto ci insegna anche l'esperienza, ancor più diffusamente tramite gli orientamenti e le massime, ormai non più solo di diritto societario, messe a punto dalle commissioni composte da notai esperti (talora coadiuvati da docenti universitari) insediate presso alcuni Consigli notarili.
In sintesi: l'attività di promozione dello sviluppo normativo e sistematico dell'ordinamento è affidata al Notariato come istituzione, nelle sue diverse articolazioni; il rispetto dei principi e delle regole fissate in Studi e Massime rappresenta l'applicazione del principio di precauzione, tale per cui, la scelta di una soluzione ivi proposta non può condurre ad alcuna responsabilità professionale del singolo notaio che abbia accettato di concorrere, sul campo, all'evoluzione del sistema applicando una di quelle soluzioni; come peraltro non potrà mai essere sanzionato colui che ha scelto di non applicarle.
Tesi che mi pare necessario difendere con ancor più vigore in un sistema nel quale, in ragione della complessità delle fonti e dell'incapacità del diritto positivo di regolare le mutevoli esigenze sociali emergenti, sembra accresciuto, di fatto, il ruolo della giurisprudenza come fonte di produzione normativa[7], con il fardello di accresciuta incertezza del diritto che tale constatazione reca con sé, per tacere del grave disallineamento nell'assetto costituzionale dello Stato che ne procede.

3. Le Massime notarili in materia societaria come epifania del contributo attuale del Notariato all'evoluzione del sistema

Emblematica, nel senso indicato, la didascalia che si legge sul sito dell'autorevole Commissione notarile di Milano per gli orientamenti in materia societaria: «la Commissione elabora indicazioni per i casi di difficile interpretazione, indicando ai notai principi a cui uniformarsi nel giudizio sulla iscrivibilità degli atti societari loro affidati. Le massime costituiscono ora un punto di riferimento

[6] R. LENZI, *La metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione*, cit., 771.
[7] Constatazione ripresa da R. LENZI, *La metamorfosi della funzione notarile nella lente del dovere di informazione*, cit., 762.

non solo per il Notariato milanese e nazionale, ma anche per le imprese e gli operatori del diritto societario».

Poche, incisive parole, che sintetizzano le funzioni delle massime notarili nel sistema delle fonti, come chiarito dagli studiosi della materia[8].

Gli orientamenti (fra i quali inserirei, pur se caratterizzati da diversa impostazione strutturale, alcuni Studi del Consiglio nazionale) sono riconducibili al novero di quegli «atti disomogenei per natura e origine che, sebbene sprovvisti di efficacia giuridica vincolante appaiono, con modalità e sfumature differenti, comunque provvisti di rilevanza giuridica in ragione della loro percepibilità nel quadro dei rapporti sociali»[9] e che in sintesi vengono definiti con il sintagma *soft law*.

Come anticipato, la didascalia del sito della Commissione di Milano ne sintetizza, in consonanza con la dottrina, la funzione: consentire al singolo Notaio di accedere ad un'interpretazione finanche evolutiva delle norme di legge senza incorrere – salvo contraria, univoca e reiterata presa di posizione giurisprudenziale – nella sanzione di cui all'art. 138-*bis* della legge notarile.

Le massime, ovviamente, come non vincolano i consociati, non vincolano l'interpretazione giurisprudenziale, ma evitano che la responsabilità del notaio per la scelta interpretativa che è chiamato a compiere nel quotidiano esercizio della funzione di controllo, resti in balia di opzioni adottate *ex post* dai Tribunali, specialmente in casi incerti. Infatti, come ben detto, «la norma di *soft law* – e per quel che qui interessa la massima – sebbene non vincoli i destinatari a tenere una certa condotta, rende quest'ultima per principio lecita e consente, a chi si è uniformato, di sottrarsi alla responsabilità derivante da conseguenze lesive eventualmente prodotte a terzi in virtù di quel comportamento»[10].

In tal senso gli orientamenti e le massime realizzano la mediazione fra esigenza (storica) di partecipazione fattiva del Notariato alla promozione dell'innovazione giuridica e dell'evoluzione del sistema, da un lato, e rispetto del principio di precauzione nell'opera del singolo notaio dall'altro, secondo la tesi in precedenza prospettata.

Al contempo, come ben detto, «la considerazione della cultura notarile quale espressione di quel diritto vivente che sale dal basso e che si mostra fortemente e intimamente legato alla concretezza storica»[11], spiega la crescente autorevolezza della massimazione notarile.

---

[8] Sul tema, in particolare, G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo fra i diversi formanti*, in *Contr. impr*., 2016, 1559 e ss.

[9] G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo fra i diversi formanti*, cit., 1577.

[10] G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo fra i diversi formanti*, cit., 1580.

[11] G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo fra i diversi formanti*, cit., 1583.

4. Esempi di contributo notarile all'evoluzione del diritto societario

Limitandoci ora ad osservare il primo profilo, prove evidenti del contributo del Notariato all'evoluzione dell'ordinamento di diritto positivo si rintracciano nel diritto societario, al punto che alcune massime hanno finito per ispirare future scelte di diritto positivo.

Come sempre avviene, il movente dell'intervento della prassi è stato rappresentato dalla «insufficiente risposta normativa alle esigenze emerse nel dispiegarsi delle vicende socio-economiche»[12], carenza che «ha dato vita alla speculazione dottrinale, sollecitata anche dall'attività negoziale regolamentativa realizzata dagli operatori economici, suffragata e supportata dalla sapienza di operatori giuridici che si sono premurati di predisporre soluzioni sulle quali si è poi attestato l'intervento della giurisprudenza»[13]. L'opera di produzione di massime ed orientamenti in materia di diritto societario (e non solo) svolta dal Notariato partecipa alla realizzazione di quella attività di integrazione laddove la risposta normativa ai conflitti emersi nella prassi sia insufficiente o inadeguata. Tale vicenda, di matrice essenzialmente interpretativa, ha talora condotto ad un intervento normativo, certamente più efficace, come auspicato della dottrina[14].

Una sintomatica area di osservazione è quella afferente al momento assembleare, nel quale il notaio, per scelta normativa, è sempre stato protagonista, anche prima che allo stesso venisse affidato il controllo di legittimità con la l. n. 340 del 2000.

Una delle norme di legge più lacunose, e pertanto di più incerta applicazione, è stata, storicamente, quella afferente alla verbalizzazione dell'assemblea, atto fondamentale per assicurare la tutela dei diritti dei soci. Prima della riforma del 2003, l'art. 2375 c.c. si limitava a prevedere che «le deliberazioni devono constare da verbale sottoscritto dal presidente e dal segretario o dal notaio. Nel verbale devono essere riassunte, su richiesta dei soci, le loro dichiarazioni».

La laconicità del dettato normativa aveva fatto sì che il tema della disciplina del verbale di assemblea rientrasse di pieno diritto nel novero di quegli argomenti

---

[12] Così G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo fra i diversi formanti*, cit., 1571.

[13] G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo fra i diversi formanti*, cit., 1571.

[14] G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo fra i diversi formanti*, cit., 1571, secondo il quale il complesso *iter* le cui tappe sono rappresentate dall'attività negoziale regolamentativa supportata dalla sapienza degli operatori giuridici e dalla speculazione dottrinale che ne consegue, dovrebbe condurre, sulla base di un procedimento circolare, ad un nuovo intervento legislativo, «nel quale le risposte alle problematiche socio-economiche evidenziate si dimostrano più efficaci».

caratterizzati da una serie di questioni interpretative capaci di trascinarsi per decenni senza soluzione, fino a sciogliersi in un'alternativa di esiti possibili: "verbale analitico – verbale sintetico", "redazione contestuale – redazione non contestuale del verbale", "sufficienza – non sufficienza della sottoscrizione del solo notaio" emergono nella storia del diritto commerciale come dilemmi tradizionali sui quali si sono cimentate dottrina e giurisprudenza senza giungere a soluzioni conclusive.

Con riferimento, in particolare, alla questione del momento della redazione, la dottrina appariva divisa. Si sosteneva autorevolmente, infatti, che «nel silenzio della legge ed in armonia con la funzione ascritta al verbale, si dovrebbe convenire che la stesura del verbale debba essere contestuale allo svolgimento dell'assemblea. E la ragione è intuitiva: se la verbalizzazione deve "fotografare" l'evento che in essa viene rappresentato, l'immediatezza dell'accertamento in verbale del fatto rappresentato corrisponde, ancor prima che all'esigenza di dare certezza all'azione dell'assemblea, ad una condizione essenziale e qualificante del verbale come documento»[15].

Peraltro, nell'ambito del dibattito, che coinvolgeva anche la giurisprudenza, si levavano anche voci meno rigorose, secondo le quali «l'interesse ad una documentazione precisa e chiara deve prevalere sul rispetto della contestualità in senso formale: e perciò se il verbale risulta particolarmente complesso, si deve ammettere che il luogo e il tempo della sua stesura differiscano da quelli dell'adunanza, sempre che la distanza temporale sia congrua a fronte della complessità della documentazione»[16].

Soprattutto il mutamento di valori di riferimento, con la crescente importanza attribuita alla precisione e alla completezza, e di struttura del verbale, con la coerente richiesta di verbali sempre più analitici, induceva parte della dottrina a concludere che «la contestualità nel senso in cui la si intendeva sino agli anni settanta, è divenuta inattuata e inattuabile, se non a costo dell'imprecisione e dell'incompletezza della documentazione»[17]; di qui la proposta interpretativa di sostituire, in definitiva, il principio di "contestualità" con quello di "tempestività", e quindi ammettere, ma anche pretendere, la redazione del verbale entro «un termine che si è soliti definire "breve", "ragionevole" o "congruo" e che non si può (né conviene) determinare in maniera più precisa, essendo strettamente

---

[15] Così A. SERRA, *L'assemblea: procedimento*, in COLOMBO - PORTALE (diretto da), *Trattato delle Società per azioni*, Torino, 1994, 3*, 196.

[16] Così in G. RESCIO, *Problemi in tema di verbale assemblea per atto pubblico*, in *Giur. comm.*, 1990, I, 831, ove ampi riferimenti al dibattito ed alle dottrine e giurisprudenza in tema.

[17] G. RESCIO, *Problemi in tema di verbale assemblea per atto pubblico*, cit., 846.

correlato all'ampiezza del contenuto del verbale ed alle complicazioni sorte nelle singole fattispecie»[18].

È in tale situazione di incertezza che, all'inizio della sua produzione, il Consiglio notarile di Milano interviene con la massima n. VIII, con la quale afferma che «è conforme alla legge il verbale di assemblea, redatto con atto notarile ai sensi dell'art. 2375 c.c., benchè non contestuale, cioè perfezionato non al termine dell'assemblea bensì entro il periodo di tempo da ritenersi congruo in relazione al grado di complessità della verbalizzazione, e/o mancante della sottoscrizione del presidente dell'assemblea». Per assolvere ai molteplici fini che gli sono assegnati (funzione di prova, controllo e informazione: prova dei fatti verificatisi in assemblea; controllo della regolarità del procedimento assembleare; informazione a soci e terzi su dati e fatti concernenti la società), «il verbale assembleare necessita di tempi di redazione direttamente proporzionali alla complessità del "fatto assembleare", al grado di analiticità richiesto o ritenuto opportuno e alle conseguenti difficoltà incontrate nella verbalizzazione, per assicurarne la fedeltà, la precisione e la completezza nell'interesse dei soci e dei terzi … Resta fermo che l'ultimazione del verbale non può legittimamente protrarsi per un periodo di tempo ingiustificato alla luce delle esigenze della verbalizzazione e al punto di mettere in pericolo l'affidamento sulla memoria e sulla capacità del verbalizzante, e dunque sulla fedeltà della verbalizzazione».

Nella questione rappresentata si manifesta uno degli episodi più evidenti di contributo del Notariato all'innovazione giuridica e all'evoluzione del sistema. L'orientamento si è infatti tradotto in una norma di legge, che ne accoglie i principi: ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2375 c.c., nella formulazione attualmente vigente, «il verbale deve essere redatto senza ritardo», e quindi non contestualmente alla vicenda assembleare, «nei tempi necessari per la tempestiva esecuzione degli obblighi di deposito o di pubblicazione». Si supera così, tramite una norma di diritto positivo, ogni margine di dubbio circa il tempo di redazione del verbale, sconfessando definitivamente la tesi della contestualità della medesima rispetto all'assemblea, e sancendo, di contro, la diversa regola della tempestività.

L'opera interpretativa tuttavia non si arresta: all'emanazione della norma di legge consegue sovente la necessità di forgiare un regolamento applicativo che valga a superare gli inevitabili margini di incertezza interpretativa che possono permanere. In tale prospettiva sono seguite la massima n. 45 in tema di «tempi e regole per la formazione del verbale di assemblea», e, di recente, la massima

[18] G. RESCIO, *Problemi in tema di verbale assemblea per atto pubblico*, cit., 846.

161, che si occupa, fra l'altro, della verbalizzazione delle assemblee speciali ai sensi dell'art. 2376 c.c.
La ragionevolezza della soluzione accolta nell'ultimo comma dell'art. 2375 c.c. alla luce della tutela degli interessi a cui è funzionale la redazione del verbale di un'adunanza, che sono fondamentalmente i medesimi a prescindere dalla natura dell'organo o finanche dell'ente, ha indotto parte della dottrina a sostenerne l'applicabilità generalizzata ad ogni tipologia di verbale, sia esso notarile o meno, in quanto l'esigenza di non contestualità è coerente e sussidiaria all'attuazione delle finalità ad esso ascritte dalla legge.
L'intuizione interpretativa necessita tuttavia del conforto di una norma di *soft law* per essere serenamente attuabile: di qui l'importanza della massima 45 dello stesso Consiglio notarile di Milano, secondo la quale «pur in assenza di un espresso richiamo legislativo si applicano alla verbalizzazione per atto notarile dell'adunanza e delle deliberazioni degli organi collegiali diversi dall'assemblea le regole dettate per la redazione del verbale assembleare», fra cui quella della non contestualità.

5. Istanze delle prassi e mediazione del Notariato in funzione dell'evoluzione del sistema

La percezione continua della realtà rende potenzialmente incessante l'attività di integrazione interpretativa o di stimolo innovativo operati dal Notariato.
Ulteriormente emblematica in tal senso è la regolamentazione dell'assemblea attuata mediante l'ausilio di mezzi telematici.
Ancor prima che la riforma del 2003 provvedesse alla sua legittimazione formale mediante la scarna previsione dell'art. 2370 c.c. (ai sensi della quale «lo statuto può consentire l'intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione»), la massima I del Consiglio notarile di Milano affermava che «è lecita la clausola statutaria che prevede la possibilità che l'assemblea ordinaria e straordinaria di una società di capitali si svolga con interventi dislocati in più luoghi, contigui o distanti, audio/video collegati, a condizione che siano rispettati il metodo collegiale e i principi di buona fede e di parità di trattamento dei soci».
L'orientamento notarile mirava a consentire ai notai di "stare al passo" con i tempi, sposando soluzioni interpretative innovative nel rispetto del principio di precauzione a cui si è più volte fatto in precedenza cenno, nell'ambito di

uno scenario interpretativo, teorico e giurisprudenziale, alquanto contrastato[19]. Infatti, a fronte di aperture interpretative sia dottrinali[20], sia giurisprudenziali, si registravano prese di posizione chiaramente contrarie, talora anche autorevoli[21]. La Massima notarile coglie la duplice necessità di adeguare le regole allo sviluppo sociale, in questo caso tecnico, senza compromessi sul piano dei principi fondamentali, in consonanza con lo spirito che dovrebbe animare quotidianamente l'opera innovatrice dei notai: in tal senso attua pienamente l'esigenza, rilevata dalla dottrina, di far soggiacere le condotte nuove «ad una valutazione ad opera del giurista che abbia ad oggetto la loro conformità ai principi generali e, quindi, all'ordine giuridico nel suo complesso»[22].

Massima tuttora attuale, poiché la delega concessa sul punto dall'art. 2370 c.c. all'autonomia privata – essendo necessaria una previsione statutaria per consentire l'intervento in assemblea mediante mezzi di telecomunicazione – richiede una regola interpretativa condivisa sul piano della disciplina attuativa, regola che si ritrova nella medesima massima, che già declinava le modalità di attuazione che oggi vengono replicate pedissequamente negli statuti, senza che nessuno, nemmeno fra gli operatori giuridici diversi dai notai e fra gli imprenditori, dubiti della necessità di rispettare le scelte compiute nella massima, che sono norma, sebbene di "*soft law*".

Nella medesima logica evolutiva dell'ordinamento in materia di disciplina dell'assemblea si ritrova anche la massima n. 14 che estende alle Srl, pur nel totale silenzio normativo, la possibilità di avvalersi sia di mezzi telematici, sia del voto per corrispondenza. Ora, se quest'ultima prerogativa ha forse solo un valore di principio astratto e non applicativamente vissuto, la prima rappresenta compiutamente la realtà sociale e l'evoluzione dei mezzi di comunicazione, che non potrebbe trovare ostacoli, per mancanza di ragionevolezza, nel modello organizzativo adottato, soprattutto quando è quello più impiegato dagli imprenditori. Pertanto, anche «nella Srl devono ritenersi ammissibili le assemblee tenute con mezzi di telecomunicazione e i voti per corrispondenza alle stesse condizioni in presenza delle quali tali modalità di svolgimento delle riunioni assembleari e di partecipazione alle decisioni dei soci sono ammesse nella SpA che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio».

---

[19] Per una puntuale ricostruzione S. TURELLI, *Assemblea di società per azioni e nuove tecnologie*, *Riv. soc.*, 2004, I, 116, ove ampi riferimenti dottrinali.

[20] G. RESCIO, *L'assemblea della* public company *e la sua verbalizzazione*, in *Riv. soc.*, 1998, 1366 ss.

[21] Massime del Tribunale di Milano, in *Riv. soc.*, 2001, 1018. Fra gli altri, in dottrina, I. DEMURO, *Collegialità societaria e nuove tecnologie*, in *Riv. not.*, 2001, 59 e ss.

[22] G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo fra i diversi formanti*, cit., 1564.

Gli esempi proposti rendono evidente il contributo della prassi notarile sia all'innovazione giuridica, sia alla certezza del diritto, in un campo, come quello assembleare, nel quale le spinte antagoniste dei partecipanti alla vicenda organizzativa sono tali da degenerare facilmente in conflitti e in contenzioso.
Allo stesso tempo, rappresentano uno stimolo a proseguire sulla via tracciata dalle massime richiamate, e da molte altre, poiché la loro qualità tecnica, coniugata al ruolo del notaio nell'ordinamento, le ha rese punto di riferimento anche per le altre categorie di operatori, dai professionisti agli imprenditori.

Prassi e interpreti nella "creazione" della rinunzia anticipata all'azione di restituzione

Guglielmo Bevivino
Avvocato Foro di Firenze
Assegnista di ricerca, Università di Firenze

Il processo di produzione giuridica rappresenta oramai una procedura molto complessa nella quale l'interpretazione non può essere più considerata quale momento esterno alla medesima produzione giuridica. La crisi della lettura giuspositivistica deriva, infatti, oltre che dal continuo avvicendarsi di differenti impostazioni teoriche, dal verificarsi costante, nella prassi, di ipotesi nelle quali la soluzione da applicare al caso concreto è il risultato del lavorìo congiunto degli organi deputati alla produzione delle disposizioni e dei differenti formanti. In questo quadro non può assolutamente trascurarsi il ruolo della prassi che, oltre a fungere da costante pungolo nei confronti dei differenti fattori produttori del diritto, elabora, spesso, delle vere e proprie soluzioni giuridiche sulle quali si attesta, più o meno ordinatamente, il lavoro dei differenti formanti. La rinunzia anticipata all'azione di restituzione – sulla quale ci soffermeremo in questo lavoro – rappresenta esemplificazione lampante della complessità del processo di produzione giuridica e della intensità del dialogo fra prassi e differenti formanti.

The process of legal production represents a very complex procedure. Moreover the interpretation is not an external element of the legal production. The crisis of legal positivism derives from the approaching of different theoretical points of view and from the presence of many hypotheses in which the solution of the single case is the result of the work of the different legal formants. In this framework is also very important the role played by the "practice" that is a constant stimulus for the legal formants and is also able to elaborate legal solutions that become the object of the attention of the legal formants. The "anticipated waiver to the restitution action" is one of the examples of the legal production complexity and of the constant dialogue between the different legal formants.

Sommario: 1. Premessa. Problemi socio-economici legati alla tutela reale della legittima: il rischio di immobilismo nella circolazione immobiliare. – 2. La riforma degli artt. 561 e 563 c.c. e l'inadeguatezza della risposta offerta dalla legge n. 80 del 14 maggio 2005 e successive modifiche. – 3. Prassi (negoziale) e rinunzia anticipata all'azione di restituzione: il superamento del dato normativo quale opzione plausibile. – 4. (Segue) Le diverse opinioni espresse dalla dottrina sull'ammissibilità della figura giuridica. – 5. (Segue) La giurisprudenza: la recente pronunzia del Tribunale di Torino del 26 settembre 2014 e le ragioni della tesi a favore della rinunzia anticipata. – 6. Osservazioni conclusive: i labili confini fra produzione e interpretazione giuridica e il ruolo della prassi (negoziale) all'interno dei fenomeni giuridici.

1. Premessa. Problemi socio-economici legati alla tutela reale della legittima: il rischio di immobilismo nella circolazione immobiliare

La maturata consapevolezza di come il fenomeno della produzione giuridica rappresenti, in realtà, un fenomeno complesso che non si esaurisce nella mera attività di promulgazione delle leggi, richiamando invece a sé anche il momento dell'interpretazione, è l'effetto, oltre che della disamina delle diverse correnti gius-filosofiche, o più in generale culturali, che hanno contributo alla formazione di tale coscienza, della "mera" descrizione di alcune realtà giuridiche che si sono imposte al più recente dibattito.

Anche, quindi, attraverso un processo che potremmo definire induttivo appare possibile risalire da momenti specifici, connotanti determinate vicende giuridiche, a questioni e, quindi, principi, che governano queste ultime, di carattere più ampio e generale.

Avendo già avuto l'occasione di affrontare, in altre sedi, seppur incidentalmente, le tematiche sulle quali ci soffermeremo subito a seguire, abbiamo già potuto appurare come dallo studio della riforma dell'azione di restituzione possa ricavarsi il dato più generale della commistione fra interpretazione e produzione giuridica[1] e quello della influenza delle questioni socio-economiche sui fenomeni appena evocati[2].

---

[1] Si è di recente icasticamente sottolineata l'opportunità di «concepire il testo normativo non come un bozzolo irrimediabilmente chiuso dalla promulgazione del capo dello Stato, ma come una realtà aperta alle circostanze vigoreggianti nel momento della sua applicazione»: in questi termini P. GROSSI, *Per ripensare le fonti del diritto (su un libro recentissimo e sulle sue sollecitazioni)*, in *Quad. fiorentini*, 2015, 1049.

[2] Sulla relazione fra realtà extra-giuridica e istituti giuridici, senza pretesa di completezza, T. ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in ID. (a cura di), *Saggi giuridici*, Milano, 1949, 84 ss. Per un commento organico al pensiero di Ascarelli, le classiche pagine di N. BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 216 ss. Sul potere dei fatti di plasmare e

Riprendendo anche in questa sede quelle riflessioni può osservarsi come il sistema di tutela reale della legittima ante-riforma[3] – ricavabile essenzialmente dal combinato disposto degli artt. 561 e 563 e 2652, n. 8 c.c. – oltre a rendere difficile il concorso dei presupposti per la salvaguardia dei diritti dei terzi *sub*-acquirenti di immobili con provenienza donativa, abbia provocato forti ostacoli di natura socio-economica alla circolazione dei beni[4].

Da un lato si pone, infatti, l'esigenza di tutelare una categoria di soggetti, i c.d. terzi *sub*-acquirenti, spesso ignari ed in perfetta buona fede; dall'altro lato rileva l'opportunità di ridimensionare il rischio di immobilismo degli scambi commerciali, legato principalmente al processo di svalutazione dell'oggetto negoziato.

Tale ultimo processo rappresenta, infatti, il risultato dell'incertezza giuridica[5] (rispetto all'*an* e al *quomodo*) sulla definitività dell'acquisto che lascia i soggetti ai quali abbiamo sopra fatto riferimento in una sorta di situazione di quiescenza

condizionare il diritto, le penetranti osservazioni di P. GROSSI, *Sull'odierna fattualità del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 12 ss.; si considerino inoltre i rilievi di P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 319.

[3] Anteriore, cioè, all'introduzione del nuovo testo degli artt. 561 e 563 c.c. che rappresenta il frutto, come è noto, della modifica al codice realizzata attraverso la legge n. 80 del 14 maggio 2005, per come integrata dalla legge n. 263 del 28 dicembre 2005. Tale regolamentazione ha convertito in legge il d.l. 14 marzo 2005, n. 36. Sulle ragioni della riforma, *ex multis*, A. BUCELLI, *Dei legittimari*, in SCHLESINGER (fondato da) e BUSNELLI (diretto da), *Codice civile commentato*, Milano, 2012, 649 ss.

[4] La gravità e l'urgenza delle problematiche a cui abbiamo fatto riferimento nel testo sono dimostrate dall'impiego della tecnica della decretazione di urgenza, in conformità all'art. 77, comma 2, Costituzione, ai fini dell'adozione del provvedimento di riforma sul quale ci soffermeremo più compiutamente nel corso di questa trattazione. Tali motivazioni si inseriscono in un quadro di valutazioni più ampio che induce a rimeditare il micro-sistema successorio in generale e, in particolare, la tematica della legittima e quella dei patti successori per come sono strutturati all'interno del nostro ordinamento. Nella stessa relazione di accompagnamento alla legge di conversione n. 89 del 2005 può leggersi, infatti: «in attesa che – anche sulla base delle iniziative adottate dalle istituzioni comunitarie – si proceda, per un verso, ad un'organica revisione della disciplina dei patti successori e della tutela dei legittimari, e, per altro verso, a mitigare il divario fra la disciplina adottata dal nostro legislatore e quella vigente nella maggior parte dei paesi dell'Unione europea, nella prospettiva di una doverosa armonizzazione tra i vari ordinamenti giuridici, si ritiene urgente fornire una risposta al problema della tutela dell'acquirente dei beni immobili di provenienza donativa, il quale problema appare di maggiore evidenza dopo la riforma attuata con l'abrogazione dell'imposta di successioni e donazioni».

[5] L'attenzione da parte del legislatore alle esigenze di sicurezza nella circolazione dei beni, manifestate in ambiti diversi da quelli qui in esame, è posta in evidenza, ad esempio, da F. GALGANO, *Conclusioni*, in SESTA (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1994, 128.

rispetto alla titolarità di diritti acquistati, in ogni caso, sulla base di attività negoziali regolarmente e validamente poste in essere[6].

Le cause di questa incertezza sono, sebbene possa apparire, ad una prima disamina, paradossale sottolinearlo, giuridiche. Si tratta, infatti, degli effetti che potremmo definire "deleteri" del combinato disposto al quale abbiamo già fatto cenno.

Sulla base di tali disposizioni, infatti, perché i *sub*-acquirenti mantenessero la titolarità dei diritti acquistati dal donatario o dal legatario erano necessari: a) la trascrizione della domanda di riduzione successiva al decorso di dieci anni dall'apertura della successione; b) la priorità della trascrizione del *sub*-acquisto rispetto a quella della domanda di riduzione.

La lunghezza del termine di decadenza concesso per la prima trascrizione e la sua decorrenza – che spesso iniziava molto tempo dopo la stipula della liberalità – rendevano difficile il concorso dei presupposti utili alla salvaguardia dei diritti dei terzi.

Da un punto di vista apicale, inoltre, il rinvenimento di un fondamento costituzionale per la protezione degli interessi della famiglia nel dovere di solidarietà familiare, isolabile, secondo alcune letture, anche rispetto all'istituto della legittima o all'istituto successorio più in generale[7], pare offuscare, se non correttamente inteso, la presenza di ulteriori istanze che necessiterebbero, quanto meno, di adeguata attenzione[8].

Queste, in estrema sintesi, le cause giuridiche ed extra-giuridiche che rendono necessario l'intervento riformatore – sul cui contenuto ci soffermeremo subito nel prosieguo[9]: il codice del '42 plasma, in altri termini, un modello di disciplina che non riesce a stare al passo con le esigenze di speditezza e certezza negli scambi commerciali che sono sottese alle economie più moderne e, pertanto, anche alla nostra[10].

---

[6] In arg., per più ampie riflessioni, H. DE SOTO, *Il mistero del capitale. Perché il capitalismo ha trionfato in occidente e ha fallito nel resto del mondo*, Milano, 2000, 32 ss.

[7] P. PERLINGIERI, *La funzione sociale del diritto successorio*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 132 ss.

[8] Si osserva in dottrina come il sistema delle successioni sia correlato da un lato alla famiglia, dall'altro lato al mercato: in questi termini, ad esempio, C. CAMARDI, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2007, 406 e ss.

[9] Per un quadro relativo ai principali aspetti della riforma dell'azione di restituzione, cfr., fra i molti, P. VITUCCI, *Tutela dei legittimari e circolazione dei beni acquistati a titolo gratuito*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 555 ss.

[10] La struttura del codice civile del '42, probabilmente, si conformava sulla base di un modello economico all'interno del quale le esigenze di celerità, speditezza e certezza nei traffici giuridici non assumevano un ruolo e una funzione così primari. La valorizzazione di principi come quello della legittima in natura lasciano trapelare, del resto, una presa di posizione in senso assiologico

2. La riforma degli artt. 561 e 563 c.c. e l'inadeguatezza della risposta offerta dalla legge n. 80 del 14 maggio 2005 e successive modifiche

Il nucleo centrale del provvedimento di modifica dell'azione di restituzione, originariamente disciplinata dal vecchio testo degli artt. 561 e 563 c.c., è rappresentato, come è noto, dalla previsione di un temperamento all'efficacie reale della tutela della legittima[11].

Quest'ultimo è a sua volta rappresentato dalla previsione di un termine ventennale, decorrente dalla trascrizione della donazione, il cui vano trascorrere provoca la stabilizzazione degli effetti giuridici relativi ai trasferimenti operati dai donatari.

La medesima riforma prevede, quale contrappeso a favore dei futuri legittimari, un diritto di opposizione il cui esercizio realizza la sospensione del termine ventennale e la salvaguardia, quindi, dell'efficacia reale della tutela della legittima.

L'inadeguatezza della riforma rispetto al tentativo di ovviare ai problemi socio-economici sui quali ci siamo soffermati nel primo paragrafo ha indotto la letteratura giuridica a esprimersi in termini non certamente lusinghieri nei confronti del riformatore. Si è, infatti, parlato di "inutile riforma" degli artt. 561 e 563 c.c.[12]; ovvero, per limitarsi a richiamare alcune delle notazioni prospettate, si è sottolineato il tradimento, da parte della novella, delle aspettative che la situazione antecedente a quest'ultima aveva generato nei confronti degli operatori giuridici, degli operatori economici e anche della classe degli studiosi[13].

Ad alimentare il giudizio di censurabilità complessiva sulla riforma contribuiscono una serie di fattori ai quali occorre, seppur in maniera necessariamente stilizzata, fare riferimento anche in questa sede.

In primo luogo, incide in modo negativo sulla portata della riforma la scelta di fondo del mantenimento del principio della tutela reale della legittima quale corollario della riserva in natura[14]. In secondo luogo, si pone in tutta la sua

---

del sistema del codice civile del '42 nel quale, sulla base di una immaginaria scala di valori, è possibile assegnare una posizione di assoluta preminenza a taluni soggetti (in tal caso legittimari) piuttosto che a soggetti quali i terzi acquirenti di beni di provenienza donativa.

[11] Su tale principio, *ex multis*, C. GIANNATASIO, *Delle successioni. Disposizioni generali. Successioni legittime, in Commentario del codice civile*, a cura di magistrati e docenti, Torino, 1971, 278 ss.

[12] Cfr. V. MARICONDA, *L'inutile riforma degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Corr. giur.*, 2005, 1175 ss.

[13] Sia consentito il rinvio, sempre per un giudizio critico, a G. BEVIVINO, *Le aspettative tradite dalla riforma degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Notariato*, 2007, 573 e ss.

[14] Per un'interessante valutazione critica del principio della legittima in natura, le riflessioni di G.

portata, l'irragionevole lunghezza del termine (ventennale) per il consolidamento degli acquisti in capo ai *sub*-acquirenti che vale a ridimensionare fortemente l'efficacia della deroga al principio sopra richiamato[15].

La previsione del diritto di opposizione, infine, annulla di fatto l'efficacia già ridimensionata del temperamento; surreale risulterebbe la figura dell'ignavo legittimario che attendesse "serenamente" lo spirare del termine ventennale senza compiere l'atto di opposizione la cui natura stragiudiziale dovrebbe, del resto, ritenersi pacifica.

D'altro canto l'analisi critica di un provvedimento riformatore non può assolutamente essere avulsa da una valutazione delle situazioni concrete che la novella, che nello specifico stiamo prendendo in considerazione, pare avallare[16].

Anche valutazioni di carattere sistematico confermano il giudizio critico nei confronti della riforma dell'azione di restituzione: da un tale tipo di considerazioni emergerebbe, infatti, una ingiustificata e irrazionale disparità di trattamento fra terzi *sub*-acquirenti nella disciplina della risoluzione, della rescissione, della revocatoria, dell'annullamento, da un lato, e terzi *sub*-acquirenti nella regolamentazione qui in esame, dall'altro[17].

In altri termini, non sarebbe possibile individuare ragioni valide che appaiano utili a giustificare un regime giuridico differenziato per i soggetti richiamati che si trovino a dover fronteggiare una delle azioni evocate.

AMADIO, *Anticipata successione e tutela dei legittimari*, in AA.VV., *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, 664 ss.

[15] In arg. F. GAZZONI, *Competitività e dannosità della successione necessaria (A proposito dei novellati artt. 561 e 563 c.c.)*, consultato sul sito *www.judicium.it*.

[16] Un bilancio assolutamente critico sembra riguardare anche l'altra recente riforma – sulla quale non è possibile soffermarsi nell'economia di questa trattazione – che ha caratterizzato la materia della quale trattiamo;il riferimento, naturalmente, è alla l. 14 febbraio 2006, n. 55 recante «Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia»: tale normativa è stata trasfusa, come è noto, negli artt. 768-*bis* – 768-*octies* c.c. In questa prospettiva di analisi le riflessioni di L. BALESTRA, *Il patto di famiglia a un anno dalla sua introduzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 727 ss. In tema di patto di famiglia, senza pretesa di esaustività, A. PALAZZO, *Il patto di famiglia tra tradizione e innovamento del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 273 ss.; A. CHECCHINI, *Patto di famiglia e principio di relatività del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 297 ss.; P. ZANELLI, *La riserva "pretermessa" nei patti di famiglia*, in *Contr. impr.*, 2007, 895 ss.; G. PERLINGIERI, *Il patto di famiglia tra bilanciamento dei principi e valutazioni comparativa degli interessi*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 177 ss.; E. MOSCATI, *Il patto di famiglia*, in LIPARI - RESCIGNO (diretto da) e ZOPPINI (coordinato da), *Diritto civile*, II, 1, *Le successioni e le donazioni*, Milano, 2009, 361 e ss.; G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2010, 166 ss.

[17] Sul sistema quale risultato delle attività sistematorie dei giuristi, *ex multis*, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e comm.*, Milano, 2010, 414 e ss.

3. Prassi (negoziale) e rinunzia anticipata all'azione di restituzione: il superamento del dato normativo quale opzione plausibile.

Occorre, a questo punto, provare ad appurare se i problemi socio-economici ai quali abbiamo accennato, uniti all'insufficienza del dato normativo, per come complessivamente risultante dall'impostazione del codice del '42 e dalla riforma evocata, siano o possano essere in grado di avallare interpretazioni del dato normativo che vadano oltre la mera esegesi del testo ed oltre, pertanto, gli effetti direttamente ricollegabili al tessuto normativo.
Per far ciò è necessario individuare, prima di tutto, il testo al quale intendiamo fare riferimento in questa analisi.
La mini-novella, come chiarito, riguarda la modificazione del contenuto degli artt. 561 e 563 c.c. Per quel che qui interessa più nello specifico, occorre, tuttavia, guardare al comma 4 dell'art. 563 c.c. che recita testualmente: «salvo il disposto del n. 8 dell'art. 2652, n. 8, il decorso del termine di cui al primo comma e di quello di cui all'art. 561, primo comma, è sospeso nei confronti del coniuge e dei parenti in linea retta del donante che abbiano notificato e trascritto, nei confronti del donatario e dei suoi aventi causa, un atto stragiudiziale di opposizione alla donazione; il diritto dell'opponente è personale e rinunziabile»[18].
Il tema più squisitamente funzionale a questa riflessione, che pare emergere dalla lettura della disposizione, è quello della plausibilità di una interpretazione che sia in grado di superare il dato letterale[19] della disposizione e, quindi, di favorire anche la soluzione di una rinunzia che ecceda (rispetto al suo ambito oggettivo) il mero diritto ad ottenere la sospensione del termine ventennale, decorso invano il quale gli acquisti da parte dei *sub*-acquirenti di beni immobili con provenienza donativa divengono intoccabili.
Tale quesito attiene, inoltre – cogliendo quelle sollecitazioni che raffigurano il diritto anche quale fenomeno che sale dal basso[20] – alla verifica della piena

[18] La novella, come è facile ricavare già dai riferimenti sino a qui fatti, prende in considerazione diversi aspetti disciplinari sui quali non è possibile soffermarsi in maniera approfondita in questa sede e in riferimento ai quali si rinvia alla letteratura che si è occupata approfonditamente di tali tematiche.
[19] Per una lettura critica del principio *in claris non fit interpretatio*, fra gli altri, L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione*, Milano, 1994, 63 ss. La formula racchiuderebbe non tanto una causa di esclusione dell'attività interpretativa non meramente esegetica, quanto il limite sino al quale l'attività ermeneutica dovrebbe spingersi.
[20] Cfr. F.D. BUSNELLI, Ars notaria *e diritto vivente*, in *Riv. not*., 1991, 3 ss. Più di recente le riflessioni di N. LIPARI, *La codificazione nella stagione della globalizzazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2015, 880 ss. Sul movimento ascendente e discendente del processo giuridico, cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, voce *Giurisprudenza: Teoria generale*, in *Enc. giur*., 1989, 7.

legittimità o meno del processo di formazione di prassi negoziali[21] che, al fine di ovviare agli inconvenienti socio-economici legati all'efficacia reale della tutela della legittima e all'insufficienza della risposta del dato normativo, plasmino soluzioni in grado di andare oltre tale ultima carenza.

Questo fattore (quello legale in senso stretto), infatti, ammettendo la mera rinunzia al diritto di opposizione[22], sembra circoscrivere la potenziale attività negoziale, che è propria dei soggetti legittimati a compierla, alla auto-preclusione del potere di sospensione del termine ventennale[23], utile al consolidamento degli acquisti in capo ai terzi *sub*-acquirenti.

La rinunzia anticipata all'azione di restituzione, quale figura ritenuta in grado di eliminare (o, quanto meno, ridimensionare ulteriormente) gli ostacoli ai quali abbiamo fatto riferimento, rappresenterebbe esemplificazione di una prassi negoziale utile alla soluzione di problemi socio-economici prodotti dal medesimo sistema normativo, frutto essa stessa di una interpretazione del dato normativo in grado di superare la mera interpretazione letterale.

Il fenomeno della prassi (*rectius* delle prassi), come si è già chiarito in altri luoghi, si declina in diversi modi. Accanto alla c.d. prassi attuativa (che presuppone la preesistenza di una regola giuridica), si colloca, infatti, la prassi genetica (che si realizza nelle ipotesi di totale assenza di una disposizione regolamentativa di una determinata fattispecie)[24].

Dall'osservazione dei fenomeni giuridici possono emergere, inoltre, ipotesi, come quella in esame, nelle quali è la regola privata che è in grado di dare impulso a processi che partano dal basso e che siano capaci di instaurare un dialogo efficace fra i diversi formanti[25] e utile a dare risposte al quesito

---

[21] Sul fenomeno delle prassi negoziali, per tutti, G. ALPA, *La prassi*, in AA.VV., *Le fonti del diritto italiano. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, in SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1999, 106.

[22] Il frammento della disposizione che interessa in questa sede recita, infatti, come già riportato nel testo: «il diritto dell'opponente è personale e rinunziabile».

[23] Sull'anomalia dell'effetto sospensivo, *ex multis*, G. BARALIS, *Riflessioni sull'atto di opposizione alla donazione a seguito della modifica all'art. 563 c.c.*, in *Riv. not.*, 2006, 291 ss.

[24] G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo fra i diversi formanti*, in *Contr. impr.*, 2016, 1563 e ss.; sul ruolo della prassi notarile nel quadro delle fonti del diritto, si vedano i diversi passaggi contenuti nei saggi raccolti nel volume di M. PALAZZO, *La funzione del notaio al tempo di internet*, Milano, 2017, *passim*. Utili spunti di riflessione sul tema anche in P. ZANELLI, *Note minime su funzioni giurisdizionali e notarili*, in *Contr. impr.*, 2017, 31 ss.

[25] Per una disamina in chiave storica, ad esempio, della rilevanza della cultura giuridica notarile, cfr. U. SANTARELLI, *L'esperienza giuridica basso-medievale*, Torino, 1991, 146 ss. Ivi si osserva come la sapienza notarile fece del notaio un personaggio di primissimo piano, oltre che nell'Alto Medioevo, anche nel Basso Medioevo. Un ruolo di prim'ordine nella formazione e

relativo alla conformità di una determinata soluzione giuridica all'ordinamento giuridico.

In tali ipotesi si rende necessario un controllo attinente la meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso regole negoziali[26] frutto di prassi innovative rispetto agli strumenti tradizionalmente messi a disposizione dal legislatore ai privati[27].

Questa prospettiva di analisi deve essere in grado di restituire un senso più alto e profondo al ruolo dell'autonomia privata all'interno del nostro sistema giuridico[28].

Attraverso di essa il diritto può mutare ed evolversi ove si riconosca, comunque, un ruolo attivo e creativo in capo alle parti[29], artefici veri di queste modificazioni.

Tale evoluzione implica il riconoscimento, in capo all'individuo, del potere di attuare nuove condotte al fine della realizzazione di esigenze e bisogni nuovi collegati alla mutevolezza delle esigenze socio-economiche. Queste condotte devono, ad ogni modo, soggiacere ad una valutazione del giurista che abbia ad oggetto la conformità dei contegni assunti ai principi generali e, quindi, all'ordinamento giuridico nel suo complesso[30].

Tali comportamenti si traducono, quindi, come detto, anche in forme di espressione dell'autonomia negoziale che assumono la veste dell'atipicità e giustificano, pertanto, un controllo quale quello di meritevolezza per come tratteggiato dall'art. 1322 del codice civile.

stratificazione di questa cultura fu svolto dalle scuole di Notariato; esse produssero una letteratura del Notariato con caratteri assolutamente peculiari nell'ambito della scienza civilistica.

[26] Sulla sostanziale identità fra controllo di liceità della causa e controllo di meritevolezza si rinvia, sulla base di una indicazione bibliografica essenziale, a G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 406 ss.; A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ*., 1994, 799 e ss.; A. GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto atipico*, in *Riv. dir. comm*., 1989, 221 ss. Osserva Gazzoni, tuttavia, come non distinguendo fra meritevolezza e liceità dell'interesse viene da interrogarsi sul senso dell'art. 1322, secondo comma del codice civile. Cfr. F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ*., 1978, 52 ss.

[27] La relazione, nel caso di specie, è fra la rinunzia al diritto di opposizione normativamente prevista e la rinunzia anticipata all'azione di restituzione.

[28] Sulla collocabilità dell'autonomia privata all'interno delle fonti del diritto, *ex multis*, V. ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Pol. dir*., 2001, 529 ss.

[29] Sulla prospettiva evoluzionista, M. BARBERIS, *L'evoluzione del diritto,* Torino, 1988, *passim*; più di recente, ID., *Il miglior diritto possibile. Lombardi Vallauri e il diritto giurisprudenziale*, in AA.VV., *Scritti per Luigi Vallauri*, Milano, 2016, 74 e ss.

[30] M. GRONDONA, *Il giudice e la legge nella teoria e nella politica del diritto di Friederich August Von Hayek*, in *Pol. dir*., 2009, 342 e ss.

4. (Segue) Le diverse opinioni espresse dalla dottrina sull'ammissibilità della figura giuridica

Venendo adesso più direttamente alla fattispecie in esame: la figura della rinunzia anticipata all'azione di restituzione è stata oggetto dell'attenzione, oltre che delle prassi negoziali e, quindi, degli operatori giuridici, della letteratura giuridica che si è occupata di questa materia.
La rinunziabilità disciplinata dal comma 4, dell'art. 563 c.c. ha dato adito a differenti letture. Provando a individuare una essenziale tassonomia è possibile richiamare, in estrema sintesi, le seguenti letture.
Una prima impostazione ha evidenziato come la rinunzia evocata dalla disciplina rappresenterebbe, indirettamente, atto rinunziativo dell'azione di riduzione[31]. Si precisa, infatti, che rinunzia al diritto di opposizione e esercizio dell'azione di riduzione si porrebbero quali atti fra loro assolutamente incompatibili.
Ulteriore argomento a sostegno di questa impostazione sarebbe l'argomento comparativo. Si evidenzia, infatti, come anche in Francia, ad esempio, la c.d. retroattività reale della tutela della legittima si mostri del tutto compatibile con la rinunzia preventiva all'azione di riduzione[32].
Una differente impostazione ha evidenziato come l'effetto abdicativo previsto dall'art. 563 ultimo comma abbia, in realtà, ad oggetto il diritto di esercitare l'azione di restituzione sul bene; si precisa a riguardo che la rinunzia ha più senso se «la si intende come rinunzia all'esercizio dell'azione di restituzione e cioè come strumento per dare immediatamente certezza all'acquisto dei terzi, tagliando corto rispetto al termine ventennale che altrimenti dovrebbe arrivare a scadenza perché il terzo acquirente sia sicuro dell'intangibilità dell'acquisto»[33].
Riprendendo in chiave critica queste sollecitazioni sembrerebbe tuttavia corretto soffermarsi, in relazione alla tematica in esame, sulla opportunità di distinguere una figura normativamente tratteggiata da una figura, frutto dell'attività degli interpreti e delle prassi, che nel testo di legge qui in esame trova soltanto un pretesto.
La lettura maggioritaria afferma, invece, che la rinunzia disciplinata e, quindi, ammissibile sarebbe quella in grado di importare la preclusione della facoltà di sospensione del decorso del termine ventennale; occorrerebbe in ogni caso

[31] Cfr. A. PALAZZO, *Vicende delle provenienze donative dopo la l. n. 80 del 2005*, in *Vita not.*, 766.
[32] In questi termini, G. D'AMICO, *La rinunzia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, in *Riv. not.*, 2011, 1272 ss.
[33] Cfr. C. CASTRONOVO, *Sulla disciplina nuova degli artt. 561 e 563 c.c.*, in *Vita not.*, 2007, 999 ss.

attendere il vano spirare di tale termine al fine di vedere realizzato l'effetto del consolidamento definitivo degli acquisti in capo ai terzi *sub*-acquirenti.
Tale impostazione si mostra in linea con la considerazione secondo cui la rinunzia, avendo ad oggetto il diritto di opposizione, non impingerebbe nel divieto dei patti successori ricavabile dal combinato disposto degli artt. 458 c.c. e 557 c.c.[34]
Seguendo una lettura tradizionale della materia in esame, la rinunzia anticipata all'azione di restituzione contrasterebbe, infatti, con il divieto di patti successori; sebbene azione di riduzione[35] e azione di restituzione siano da intendersi quali iniziative giudiziali autonome[36], non può negarsi il vincolo di stretta interdipendenza fra le medesime.
Il passaggio in giudicato dell'azione di riduzione rappresenta, infatti, nelle concrete applicazioni giurisprudenziali di questi istituti, presupposto per l'esercizio dell'azione di restituzione.
In ultimo non può tuttavia sottacersi come parte della dottrina abbia osservato, con particolare riferimento alla relazione fra rinunzia all'azione di restituzione e divieto dei patti successori[37], come la mancata replica del contenuto dell'art. 458 c.c. all'interno dell'art. 563 c.c. sia, in realtà, dimostrazione del dato per cui la rinunzia all'azione di restituzione durante la vita del donante non debba ritenersi vietata[38].
Non pare, ad ogni modo, lettura da condividersi quella in virtù della quale si sostenga che la rinunzia anticipata all'azione di restituzione rappresenti, in

[34] In arg., *ex multis*, S. DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema delle tutele del legittimario*, Milano, 2008, 94 e ss.; G. GABRIELLI, *Tutela del legittimario e tutela degli aventi causa dal beneficiario di donazione lesiva: una riforma attesa, ma timida*, in *Studium iuris*, 2005, 1134.
[35] In arg., per tutti, A. TULLIO, *La tutela dei diritti dei legittimari*, in BONILINI (diretto da), *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, III, Milano, 2009, 373 ss.
[36] *Ex multis*, L. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile comm.*, Milano, 2000, 309.
[37] Su questa relazione V. BARBA, *I patti successori e il divieto di disposizione della delazione*, Napoli, 2015, 128 ss.; per una prospettiva di analisi funzionale, G. PERLINGIERI, *Il «Discorso preliminare di Portalis» tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia*, in *Dir. succ. e fam.*, 2015, 674, nt. 6. Sul divieto di patti successori, senza pretesa di completezza, M. V. DE GIORGI, *I patti sulle future successioni*, Napoli, 1976, *passim*; E. DEL PRATO, *Sistemazioni contrattuali in funzione successoria: prospettive di riforma*, in *Riv. not.*, 2001, 626 ss.; L. BALESTRA - V. MARTINO, *I patti successori*, in *Trattato di diritto delle successioni e delle donazioni*, cit., 63 ss.
[38] G. D'AMICO, *La rinunzia all'azione di restituzione nei confronti del terzo acquirente di bene di provenienza donativa*, cit., 1293 ss.; in arg. anche G. IACCARINO, *Rinunzia all'azione di restituzione prima della morte del donante: soluzione operative*, in *Notariato*, 2012, 406 ss.

realtà, una ipotesi di deroga al divieto di patti successori. Una tale deviazione necessiterebbe, infatti, di una esplicita previsione che nel caso di specie non sarebbe rinvenibile anche in ragione del fatto che la fattispecie in esame pare piuttosto il frutto di una operazione ermeneutica dell'attuale quadro normativo che il risultato di una mera esegesi del testo di legge.

Quanto rilevato in questa parte della trattazione esige qualche precisazione. In particolare, può ritenersi che la rinunzia all'azione di restituzione debba considerarsi, nonostante le opinioni contrarie, quale fattispecie concretamente isolabile e distinta, tanto dalla rinunzia all'azione di riduzione, quanto dalla rinunzia all'opposizione di cui all'art. 563 c.c.

Con precipuo riferimento alla diversificazione di questa "nuova" figura dalla rinunzia all'azione di riduzione si possono sottolineare essenzialmente due aspetti. In primo luogo, il dato per cui quest'ultima ipotesi debba ritenersi vietata in virtù dell'art. 557 c.c.[39], mentre la rinunzia all'azione di restituzione, anche alla luce di quanto sopra chiarito, può ritenersi, plausibilmente, valida. In secondo luogo, rileva la diversa portata degli effetti: infatti, mentre la rinunzia all'azione di restituzione ha quale effetto quello di precludere esclusivamente la c.d. recuperabilità "reale" del bene oggetto dell'azione di riduzione, la rinunzia all'azione di riduzione, ove astrattamente da ritenersi valida, impedirebbe al legittimario, che abbia subito una lesione della legittima, di agire ai fini della reintegrazione di quest'ultima.

Del pari fuorviante può considerarsi la sovrapposizione fra la rinunzia al diritto di opposizione, normativamente disciplinata, e la rinunzia all'azione di restituzione frutto, per come chiarito dalle osservazioni sin qui proposte, di un consolidamento di prassi e interpretazione.

Il secondo istituto evocato, come si è detto, preclude la recuperabilità "reale" del bene oggetto di azione di riduzione (*rectius* del bene oggetto del negozio a sua volta destinatario dell'azione di riduzione). Diversamente la rinunzia al diritto di opposizione si limita a consumare e, pertanto, annullare il potere del legittimario di opporsi e, quindi, di provocare la sospensione del termine ventennale ai fini del consolidamento degli acquisti di immobili di provenienza donativa.

Se ne inferisce che una volta posto in essere l'atto abdicativo dovrà comunque attendersi, per la realizzazione della cristallizzazione degli effetti acquisitivi in capo ai terzi *sub*-acquirenti, il decorso del termine ventennale, previsto dalla

[39] Il secondo comma dell'art. 557 c.c. dispone, infatti, riferendosi ai legittimari che «essi non possono rinunziare a questo diritto, finché vive il donante, né con dichiarazione espressa, né prestando il loro assenso alla donazione».

mini-riforma degli artt. 561 e 563 c.c., che parte dalla trascrizione dell'atto di donazione.
Da quanto detto discende, riassuntivamente, che rinunzia all'azione di riduzione, rinunzia al diritto di opposizione e rinunzia anticipata all'azione di restituzione rappresentano autonome figure giuridiche, rispetto alle quali è possibile individuare, sia peculiari fonti che le originano, sia peculiari regimi disciplinari. I tratti differenziali fra rinunzia all'azione di riduzione e rinunzia all'azione di restituzione varranno, ad esempio, a escludere l'applicazione del divieto di patti successori a quest'ultima; i tratti accomunanti rinunzia all'azione di restituzione e rinunzia al diritto di opposizione consentiranno un'estensione della disciplina che regolamenta quest'ultima figura alla prima.

5. (Segue) La giurisprudenza: la recente pronunzia del Tribunale di Torino del 26 settembre 2014 e le ragioni della tesi a favore della rinunzia anticipata

La questione relativa all'ammissibilità della rinunzia anticipata all'azione di restituzione è stata affrontata, oltre che dalla prassi e dal formante dottrinario, anche dalla giurisprudenza[40]. Non può ancora contarsi su di un apporto stratificato del formante giurisprudenziale, ma ciò discende, principalmente, dalla relativa freschezza della riforma degli artt. 561 e 563 c.c.
Alcune prese di posizione tuttavia già esistono. In particolare, il Tribunale di Torino, in una recente pronunzia[41], ha statuito che «la disponibilità dell'azione di restituzione, e quindi la sua espressa rinunciabilità prima del decorso del ventennio dalla trascrizione della donazione, è avvalorata dal fatto che la perdita della possibilità di agire in restituzione è indipendente dall'evento morte in quanto, in caso di inerzia del legittimario, l'azione è destinata a perire con il decorso del ventennio anche se il donante sia ancora in vita»[42].

[40] Sulla possibilità di considerare anche la massimazione notarile quale vero e proprio formante abbiamo preso già posizione in altra sede e non pare opportuno ritornare in questa occasione: sia consentito, pertanto, il rinvio a G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo fra i diversi formanti*, cit., 1563 ss. Sul tema delle massime notarili, le riflessioni di M. NOTARI, *Le massime notarili in materia societaria: dalla giurisprudenza onoraria agli orientamenti interpretativi dei consigli notarili*, in AA.VV, *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 943 ss.; cfr. anche P. ZANELLI, *Gli atti e i verbali societari. Controlli e massime notarili*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2006, 11 ss.
[41] Cfr. Trib. Torino, 26 settembre 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 262 ss., con nota di L. BALLERINI, *Tutela dei legittimari e circolazione immobiliare: è ammissibile (e si può trascrivere) la rinuncia preventiva all'azione di restituzione* ex *art. 563 c.c.?*
[42] Per ragioni di completezza occorre tuttavia evidenziare che la medesima pronuncia pone al

Il provvedimento valorizza, inoltre, oltre all'argomento giuridico appena sopra segnalato, l'esigenza di favorire la commerciabilità dei beni donati; questa medesima esigenza può essere soddisfatta, infatti, «mediante annotazione dell'atto di rinuncia all'azione di restituzione a margine della trascrizione dell'atto di donazione assoggettabile a riduzione».

L'orientamento appena tratteggiato pare confermato da una ancora più recente pronunzia del Tribunale di Pescara (decreto n. 250 del 25 maggio 2017) che ha statuito che la rinunzia all'azione di restituzione ai sensi dell'art. 563 c.c. è sicuramente possibile, in quanto azione del tutto diversa e distinta dall'azione di riduzione di cui agli artt. 553 e ss. (non rinunziabile ai sensi dell'art. 557, comma 2 c.c.), in assenza di espresso divieto ed anzi legislativamente ritenuta, per via implicita, rinunziabile con l'introduzione (attraverso la novella n. 80 del 2005), nell'ambito del disposto del primo comma dell'articolo in esame, del limite temporale di esercizio del ventennio dalla trascrizione della donazione.

Il medesimo provvedimento ha statuito che la rinunzia in parola non rappresenterebbe patto rinunziativo (ai sensi dell'art. 458 c.c. in tema di patti successori), poiché con la donazione il bene è fuoriuscito dal patrimonio del donante, futuro *de cuius*, prima del suo decesso e, quindi, prima della conseguente apertura della successione.

La pronunzia offre chiarimenti anche in relazione ai profili relativi alla pubblicità dell'atto, osservando che, pur non potendosi ipotizzare una autonoma trascrizione[43] della rinunzia non prevista dal codice civile, è da considerare tuttavia possibile l'annotazione della stessa, a titolo informativo, a margine della donazione, visto che non solo una tale annotazione non è in grado di nuocere ai terzi, ma, al contrario, può favorire l'acquisizione di tutte le notizie veritiere ed utili relative al regime giuridico del bene. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, le determinazioni della pronuncia si pongono su di una linea di assoluta continuità con il precedente sopra preso in considerazione, mostrando la compattezza del formante giurisprudenziale su questa delicata tematica[44].

---

contempo in risalto come «l'anticipata rinunzia all'azione di restituzione aumenti l'alea del legittimario che, essendo ancora in vita il donante al momento della rinunzia all'azione di restituzione, non è in grado di conoscere l'entità del patrimonio che sarà relitto dal futuro *de cuius* e neppure il valore della sua quota di legittima; sicché, in caso di incapienza del donatario, il rinunciante vedrà compromessa definitivamente la quota ad esso riservata in relazione alla donazione in alcun modo riducibile».

[43] Per una trattazione critica dei diversi aspetti del regime giuridico degli atti soggetti a trascrizione cfr., ad esempio, F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in SCHLESINGER (a cura di), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 1998, 100 ss.

[44] Tale soluzione deve d'altro canto ritenersi preferibile in ragione del principio di tassatività

6. Osservazioni conclusive: i labili confini fra produzione e interpretazione giuridica e il ruolo della prassi (negoziale) all'interno dei fenomeni giuridici

Si ritiene opportuno tralasciare, a questo punto dell'analisi, ogni più compiuta e approfondita disamina critica delle differenti opinioni e dei diversi orientamenti espressi dai formanti sul tema della rinunzia anticipata all'azione di restituzione. Nel far ciò e nel congedare questa tematica ci si limita, comunque, a interrogarsi su quale peso possa o debba avere sulla scelta ermeneutica da ritenersi preferibile rispetto al tema in esame[45] la esplicitazione della *ratio legis* da parte del riformatore: intenzione del legislatore che coincide con il «fine di agevolare la circolazione dei beni immobili già oggetto di atti di disposizione a titolo gratuito»[46].

Preme piuttosto evidenziare a questo punto come il procedimento volto alla individuazione della disciplina di una determinata fattispecie concreta possa, in taluni casi, essere rappresentato da un complesso *iter* nel quale i differenti operatori del diritto giocano un ruolo essenziale[47]. Tale affermazione, sebbene *prima facie* possa apparire un dato quasi scontato, evidentemente tale non è se la letteratura più sensibile ha di recente avvertito l'esigenza di precisare quanto subito nel prosieguo.

Si è limpidamente posto in risalto come «nelle ricerche sulle codificazioni, sul formarsi del diritto positivo sulle strutture dei modelli nazionali si tende, nelle esperienze dell'Europa continentale, a passare sotto silenzio l'apporto della giurisprudenza, che implica non solo l'apporto dei giudici, ma anche quello

delle trascrizioni, in virtù del quale dovrebbe ritenersi inammissibile un'autonoma trascrizione dell'atto di rinunzia all'azione di restituzione, nell'assenza di una espressa previsione di legge che autorizzi una tale soluzione: per maggiori approfondimenti sul punto cfr. G. IACCARINO, *La rinunzia anticipata all'azione di restituzione*, in *Notariato*, 2015, 191 ss. Sul principio di tassatività degli atti soggetti a trascrizione, cfr., *ex multis*, G. PETRELLI, *L'evoluzione del principio di tassatività nella trascrizione immobiliare. Trascrizioni, annotazioni, cancellazioni: dalla "tassatività" alla "tipicità"*, Napoli, 2009, 37 ss.; R. TRIOLA, *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, Torino, 2012, 8 ss.

[45] Tale scelta attiene, ovviamente, all'alternativa fra ammissibilità o non ammissibilità della rinunzia anticipata all'azione di restituzione.

[46] Il riferimento è all'art. 2, comma 4-*novies* del d.l. 14 marzo 2005, n. 36 c.d. "Decreto sulla competitività". Il testo del decreto richiamato nella trattazione pare, sebbene il tema meriterebbe maggiore spazio, indice a favore di interpretazioni volte ad affermare applicazioni estensive di figure ricavabili dal testo della riforma e in grado di rappresentare più efficaci ostacoli alle problematiche socio-economiche legate alla circolazione di immobili di provenienza donativa.

[47] In arg. sia consentito il rinvio a G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo fra i diversi formanti*, cit., 1569 ss.

degli avvocati, che ne preparano l'intervento attraverso la strategia della causa, le domande, le prove, le conclusioni»[48].

Da tale riflessione discende il dato per cui la formazione del diritto positivo risulta processo al quale partecipano, con funzioni e contributi assolutamente diversi, differenti operatori giuridici e non soltanto, pertanto, gli organi normativamente deputati alla produzione giuridica.

Le problematiche socio-economiche alle quali abbiamo fatto riferimento soprattutto nei passaggi iniziali di questo lavoro – originate da un sistema giuridico improntato al principio della legittima in natura e all'efficacia reale della tutela di quest'ultima – ricevono una prima risposta mediante l'intervento riformatore frutto di una scelta squisitamente politica. La riforma degli artt. 561 e 563 c.c. rappresenta, in quanto scelta politica, soluzione di compromesso che tenta di contemperare esigenze differenti attraverso la protezione di interessi diversi.

La lacunosità dell'intervento rispetto ai fini perseguiti sollecita l'attività del formante dottrinario, ma non solo; prende, infatti, piede gradualmente l'attività degli operatori economici, coadiuvati dalle differenti categorie di operatori giuridici (avvocati e notai), i quali elaborano una prassi negoziale[49] che adotta quale contenuto – ma ancor prima quale soluzione concreta a problemi

[48] Cfr. le riflessioni di G. ALPA, *La dialettica fra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita: riflessioni in prospettiva storica nella recente letteratura*, in *Contr. impr.*, 2015, 646-647.

[49] La natura negoziale della fattispecie discenderebbe dall'assenza di effetti meramente conservativi conseguenti alla sua formalizzazione. Diversamente dovrebbe ritenersi per l'atto di opposizione alla donazione, espressamente disciplinato dalla riforma dell'azione di restituzione. Tale atto non realizza alcuna disposizione (innovazione) della realtà giuridica preesistente, ma si limita (e in questo risiederebbero gli effetti meramente conservati) a garantire la conservazione della tutela reale in capo al potenziale legittimario-opponente. Su questa tipologia di effetti (meramente conservativi) e per una proposta di differenziazione fra meri atti giuridici e negozi giuridici, A. FALZEA, *Atto reale e negozio giuridico*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 805 ss. Diversi sono stati, tuttavia, i tentativi volti a delineare i tratti caratterizzanti del negozio giuridico. La direzione della volontà verso l'effetto pratico è, ad esempio, il tratto distintivo richiamato nel pensiero di L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., 61 ss. Per la differente impostazione secondo cui il negozio rappresenterebbe dichiarazione o comportamento con contenuto precettivo in ordine a una materia di autonomia privata, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, 154 ss. Su questa complessa tematica, e senza pretesa di esaustività, cfr. G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2004, *passim*; R. SACCO, *Il fatto, l'atto il negozio*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto civile*, Milano, 2005, 273 ss. Per una critica alla categoria concettuale negoziale, senza pretesa di completezza, F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile comm.*, Milano, 2002, 17 ss.

principalmente di natura socio-economica – quello della rinunzia anticipata all'azione di restituzione.
Una conferma a quest'ultimo assunto è ricavabile dal dato secondo cui si va via via consolidando la prassi della trascrizione della rinunzia in esame da parte di differenti Uffici dei Registri immobiliari.
È proprio il rifiuto della trascrizione opposto da un Conservatore dei Registri immobiliari, quello di Torino, che dà avvio al processo che culmina con il provvedimento al quale abbiamo fatto riferimento nel paragrafo precedente e che propende, come del resto già chiarito, per la soluzione dell'ammissibilità della figura giuridica della rinunzia anticipata all'azione di restituzione.
Anche i Consigli notarili si occupano del tema e, ad esempio, lo studio n. 7 del Consiglio notarile dei distretti riuniti di Cuneo, Alba, Mondovì e Saluzzo, approvato il 7 aprile 2014, aderisce alla soluzione positiva evidenziando, soprattutto, la conformità dell'atto al contenuto precettivo dell'art. 1322 c.c.
Il risultato di dare stabilità e certezza al trasferimento di beni con provenienza donativa – e di agevolare, quindi, la circolazione di tali beni – non può che considerarsi in grado di realizzare, al contempo, gli interessi (socialmente apprezzabili) meritevoli di tutela evocati dalla disposizione del codice civile da ultimo richiamata.
La funzione dell'autonomia privata, alla quale abbiamo già fatto riferimento, di garantire l'evoluzione del sistema è coadiuvata, in questo caso, dalla corrispondenza dell'atto posto in essere in esecuzione di tale potere al controllo di cui alla disposizione prevista all'interno della disciplina della parte generale del contratto.

Cercando, ora, di trarre qualche riflessione di portata più generale da quanto sin qui evidenziato rispetto al tema in esame, è possibile porre in risalto come l'insufficiente risposta normativa ai problemi socio-economici derivanti dalla tutela reale della legittima ha alimentato la speculazione dottrinaria, sollecitata dall'attività negoziale realizzata dagli operatori economici per mezzo della sapienza degli operatori giuridici che si sono premurati di proporre soluzioni sulle quali si è poi attestato, anche se probabilmente in maniera ancora non definitiva, l'intervento della giurisprudenza.
Le due pronunce richiamate in questo lavoro sembrerebbero, tuttavia, confermare il consolidamento di alcuni dati interpretativi. Tali risultati sarebbero l'ammissibilità giuridica della figura giuridica in esame e la possibilità di ricorrere a forme di pubblicità al fine di informare i soggetti interessati della presenza di una tale atto all'interno della catena negoziale.
Questo complesso *iter* ricostruttivo potrebbe condurre a un nuovo intervento legislativo per mezzo del quale le risposte alle problematiche socio-economiche

si mostrino, auspicabilmente, più efficaci rispetto a quelle sin qui prospettate.
Tale considerazione si fonda sulla premessa per cui l'esperienza giuridica si esprime quale dialettica fra la norma e i rapporti socio-economici[50]; il profilo scientifico e quello di politica dl diritto sembrano inseparabili[51].
Un certo modo di intendere i rapporti fra i profili evocati potrebbe esigere la codificazione della soluzione della rinunzia anticipata all'azione di restituzione quale risultato del diritto vivente; una diversa posizione potrebbe, invece, esigere un mero controllo della rispondenza della soluzione adottata, e sulla quale ci siamo soffermati in questa sede, ai principi generali e all'ordinamento giuridico nel suo complesso.
Si sposterebbe così dal legislatore al giudice la competenza del recepimento di alcune innovazioni che trovano il proprio fondamento nella concezione del diritto come fenomeno che sale dal basso.
Una lettura ancora più avanzata potrebbe reclamare una ulteriore e maggiore enfatizzazione del diritto vivente; quest'ultimo, come autorevolmente si è di recente messo in evidenza, non dovrebbe limitarsi a consolidamenti giudiziali, ma dovrebbe invocare anche una sorta di coralità notarile volta a «un tipo di consolidazione extra-legislativa, che … appare un segno caratteristico nello sviluppo dell'ordine giuridico»[52].

L'espressione consolidazione extra-legislativa pare strumento in grado di destituire gerarchie all'interno del processo di produzione giuridica e di conferire a ogni operatore giuridico un ruolo fondamentale in quest'ultimo contesto.
Sulla base di quanto sin qui osservato, è possibile rilevare, per come del resto già osservato in altra sede, come «il fenomeno della produzione giuridica si presenta quale procedura complessa in cui, oltre al peso della normazione quale attività squisitamente formale e politica, deve apprezzarsi il ruolo della dottrina, quello della prassi negoziale e, in ultimo, quello del formante giurisprudenziale; quest'ultimo interviene, spesso in una fase patologica, al fine di avvalorare la validità o la confutabilità di alcune letture stratificatesi nell'impostazione degli studiosi e nella prassi dei traffici giuridici»[53].
Oltre, quindi, al ruolo della normazione, quale scelta eminentemente politica, si deve registrare, in termini di presenza ineludibile, un costante processo osmotico

---

[50] Cfr. P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Camerino-Napoli, 1999, 6.
[51] In questi termini L. LOMBARDI VALLAURI, voce *Giurisprudenza. Teoria generale*, cit., 3.
[52] Cfr. P. GROSSI, *Conclusioni*, in PALAZZO (a cura di), *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*, Milano, 2016, 182.
[53] Cfr. G. BEVIVINO, *Il ruolo delle massime notarili nel dialogo fra i diversi formanti*, cit., 1572 e ss.

(e le continue contaminazioni) fra diritto pratico e diritto teorico; così il tema della rinunzia all'azione di restituzione conferma come dalla dimensione pratica nascano spesso esigenze che vengono codificate in schemi logici dalla teoria; al contempo, dalla dimensione teorica possono nascere schemi interpretativi, suggerimenti e suggestioni che soltanto nella pratica possono trovare la loro più compiuta realizzazione.

Queste categorie e queste tassonomie paiono ad ogni modo destinate ad assumere, nel tempo, contorni esclusivamente didascalici e, in ogni caso, sempre più evanescenti, in quanto il fenomeno giuridico, globalmente inteso, deve essere apprezzato nei suoi risvolti complessivi, senza dover dare prevalenza a un modello rispetto all'altro.

In questa direzione paiono andare alcune recenti riflessioni secondo cui «la scienza è certo cosa del giurista, e la prassi è comune a tutti gli operatori del diritto, ma già da questo si desume che anche i giuristi possono operare nella prassi, ed anzi necessariamente ne devono essere contaminati; e si desume che anche i pratici possono essere giuristi, e comunque fare in qualche modo capo all'opera dei giuristi»[54].

Su questa linea di pensiero si innesta perfettamente la riflessione per cui occorrerebbe che il giurista smettesse di rifugiarsi nelle imperfezioni del dato normativo formale (quello, in altri termini, il cui epilogo è dato dalla promulgazione) al fine di reclamare continuamente ulteriori interventi normativi migliorativi o quanto meno chiarificatori di quelli precedenti e si abituasse a guardare alla produzione giuridica quale processo complesso (e, forse, non mai completamente definitivo) frutto dell'attività "corale" dei diversi protagonisti di volta in volta coinvolti.

Quanto appena osservato non implica, tuttavia, una sostituzione della "fissità" rappresentata dal dato positivo con un'altra (anche se nuova) "fissità" rappresentata, questa volta, dalla coralità dei giuristi; ciò in quanto quest'ultimo fattore risulta comunque il risultato di un'attività di mediazione, operata dai diversi operatori del diritto, fra realtà sociale – ed esigenze a essa connesse – e dato normativo. La rinunzia anticipata alla azione di restituzione rappresenta, quindi, sulla base delle riflessioni qui proposte, una delle tante possibili esemplificazioni di come alcune figure giuridiche possano trovare la propria genesi nell'opera delle diverse categorie di giuristi di adeguamento del dato normativo alla realtà socio-economica, mobile ed in continua evoluzione.

Ciascuna delle categorie richiamate dà il proprio contributo sulla base, non

[54] In questi termini, C.A. CANNATA, *Scienza giuridica e prassi*, in VACCA (a cura di), *Scienza giuridica e prassi. Convegno Aristec. Palermo 26-28 novembre 2009*, Napoli, 2011, 29 ss.

soltanto delle peculiarità della cultura giuridica che rappresenta in virtù del compimento di un determinato processo di formazione, ma anche sulla base di una suddivisione di competenze che attribuisce a ciascun operatore o classe di operatori specifiche funzioni e precisi ruoli.

Note

Note

Per la legge italiana la fotocopia di una pubblicazione (o parte di essa) coperta da diritto d'autore (Copyright) è illecita. Quindi ogni fotocopia che né eviti l'acquisto è reato.
Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4, della legge 22 aprile 1941 n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.
Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, fax 02 89280864, e-mail: autorizzazioni@aidro.org.

Periodico semestrale registrato presso il Tribunale di Roma al n. 39/2018 del 22 febbraio 2018

I testi e l'elaborazione dei testi, anche se curati con scrupolosa attenzione, non possono comportare specifiche responsabilità dell'Editore per involontari errori e/o inesattezze; pertanto il lettore è tenuto a controllare l'esattezza e la completezza del materiale utilizzato. Le opinioni espresse negli scritti firmati impegnano solo gli Autori, non riflettendo necessariamente quelle della rivista. Questo numero è stato chiuso in redazione il 5 ottobre 2018.

La Direzione della rivista è presso la Fondazione Italiana del Notariato, via Flaminia, 160 - 00196 Roma - tel. 06. 36.209.410 - fax 06.32.20.479 - Internet: http://www.fondazionenotariato.it - e-mail: info.fondazione@notariato.it
L'Amministrazione è presso la casa editrice Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A., via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02.38.089.200 - fax 02.38089432 - Internet: http://www.giuffre.it - e-mail: vendite@giuffre.it
Pubblicità: Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Servizio Pubblicità, via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02.38.089.335 - fax 02.38089426 - e-mail: periodici@giuffre.it
Direttore responsabile: Antonio Delfino
R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)
Pubblicità inferiore al 45%

rivista associata all'Unione della Stampa Periodica Italiana

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO PER IL 2018

Unione europea ..... € **50,00**

Paesi extra Unione europea ..... € **100,00**

Prezzo di un singolo numero ..... € **25,00**
(Extra U.E. € 50,00)

Il pagamento può effettuarsi direttamente all'Editore:
- con versamento sul c.c.p. 721209, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento;
- a ricevimento fattura (riservata ad enti e società);
- acquisto on-line tramite sito "shop.giuffre.it";
- oppure tramite gli Agenti Giuffrè a ciò autorizzati (cfr. pagine gialle).

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.
Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano.

I contributi pubblicati in questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

La Fondazione, costituita per volontà del Consiglio Nazionale del Notariato e della Cassa Nazionale del Notariato, ha per scopo la valorizzazione e la diffusione della conoscenza del ruolo storico e sociale della cultura notarile e del notariato italiano, a garanzia dei diritti dei cittadini e del pubblico interesse.

BIBLIOTECA DELLA FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

CRISI DELLA LEGGE E PRODUZIONE PRIVATA DEL DIRITTO

La metamorfosi del diritto non va nel senso della sua fine, bensì nella direzione opposta. La fine della legolatria dei moderni e l'ingresso nella postmodernità non rappresentano una perdita cui reagire con nevrosi, ma un evento storico che restituisce al notaio un ruolo da protagonista nella costruzione del diritto vivente, un fatto di cui cogliere tutte le opportunità di emancipazione da pesanti ipoteche culturali, ancora pressoché intatte nella mente e nel cuore di parecchi giuristi.
I temi e i problemi posti al centro del progetto di ricerca "Crisi della legge e produzione privata del diritto" formano oggetto dei contributi di studio che sono pubblicati nel presente volume. Questi lavori sono stati discussi in vari incontri – svolti tra gennaio 2016 e novembre 2017 – tra i partecipanti alla ricerca ed i coordinatori della stessa (Giuseppe Conte e Massimo Palazzo) e sono stati presentati nel corso del convegno "La funzione notarile oggi e domani" che si è tenuto a Roma, il 9 novembre 2017, alla presenza del Presidente della Corte Costituzionale il Prof. Paolo Grossi che ha tenuto in tale occasione una *Lectio Magistralis* dal titolo *"Sull'esperienza giuridica pos-moderna"*.

FONDAZIONE ITALIANA DEL NOTARIATO

Via Flaminia, 160 - 00196 Roma
www.fondazionenotariato.it

21101038