



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

Dipartimento di Scienze giuridiche (Scuola di Giurisprudenza)

Corso di Dottorato di Ricerca in Scienze giuridiche

XXXI ciclo – *curriculum* civilistico

a.a. 2018-19

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Geminello Preterossi

PRINCÍPI GENERALI E AUTONOMIA NEGOZIALE

Tutor:

Chiar.mo Prof. Andrea Federico

Abstract della tesi di dottorato di:

Marzio Nese

Matricola n. 8800600012

Un discorso sui principi generali del diritto non può prescindere dall'indagine sul ruolo che la giurisprudenza assume rispetto alla loro elaborazione. Anzi, distinguere non è possibile: l'indagine si sovrappone al discorso.

Le diverse impostazioni teoriche su natura e ambito di operatività dei principi generali oscillano tra l'assoluta negazione del concorso dell'interpretazione nella costruzione della regola del caso concreto e l'attribuzione alla giurisprudenza della qualità di fonte formale – e non già solo (di formante) sostanziale – del diritto. Si assiste, cioè, a graduazioni concettuali e ideologiche del riconoscimento della natura normativa dei principi.

Il presente lavoro si propone di giustificare, sia in punto di effettività che sulla base del dato positivo, la normatività dei principi (espressi e no) e il valore (quantomeno) paranormativo della giurisprudenza. Dal che consegue non un passivo ossequio all'interpretazione giudiziale corrente, bensì l'obbligo di prendere le mosse da essa onde verificare se sia ancora, ove lo sia stata, quella che meglio offra concretizzazione e sviluppo, per il medio del bilanciamento dei principi e regole conferenti, all'idealità del sistema normativo in relazione alle circostanze fattuali d'applicazione.

L'attuale sistema ordinamentale, complesso e multilivello, il quale sempre più fa *espresso* ricorso ai principi generali per governare la complessità, non può essere ridotto a insieme di regole, comandi da applicare a mezzo di automatismi avalutativi, secondando impostazioni dogmatiche informate alla logica sussuntiva della fattispecie concreta in quella astratta e alla cui stregua unico dispositivo di valorizzazione delle peculiarità del caso concreto è, se del caso, offerto dal ventaglio di possibilità di significazione linguistica di clausole generali e concetti giuridici indeterminati.

Di contro, con l'avvento della Costituzione il dato etico penetra in quello giuridico, fornendogli di senso e legittimità. Il valore è positivizzato, è norma, *id est*: principio, *direttamente* applicabile nei rapporti interprivati. Esso costituisce giustificazione di qualsivoglia effetto giuridico; ciò impone di rivalutare in chiave unitaria lo stesso fondamento dei poteri, legislativo, amministrativo e negoziale, di regolazione di *interessi*.

Rilevata l'apprezzabilità della distinzione tra principi e regole esclusivamente in termini quantitativi, ovverosia non strutturali, al procedimento ermeneutico è connaturale

l'applicazione sistematica dei principi, l'analogia, onde è da ritenere parimenti quantitativa – se non puramente descrittiva – l'ulteriore distinzione tra *analogia legis* e *analogia iuris*, cara all'art. 12 disp. prel. cod. civ.

Vivo banco di prova delle asserzioni che precedono è il diritto contrattuale, nel quale la relazione tra principi generali, giurisprudenza e autonomia contrattuale esige una riscrittura conformativa del rapporto tra fatto e valore, tra problema e sistema.

L'autonomia contrattuale non costituisce (più) valore in sé, che il diritto integralmente recepisce e a cui questo munisce di forza di legge (art. 1372 cod. civ.), purché non contrastante con norme imperative, ordine pubblico e buon costume. Il valore non limita, ma fonda e conforma la regola contrattuale, alla realizzazione del quale contribuiscono, unitamente alla fonte autonoma, regole e principi di fonte e rango diversi (art. 1374 cod. civ.), ragionevolmente bilanciati acciocché il regolamento compiutamente esprima l'ordinamento giuridico nel suo complesso, se e per quanto riflesso nel valore manifestato dalla concreta operazione economica. In tal senso, si offre una rilettura di alcune annose questioni del diritto contrattuale, tra le quali il rapporto tra causa e tipo, la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, la correzione giudiziale del contratto – da ammettere in ossequio al principio di congruità funzionale della regola da applicare con gli interessi messi in evidenza dalle parti.

A discourse on the general principles of law cannot ignore the investigation of the role that the judicial interpretation plays with respect to their elaboration. Indeed, it is not possible to distinguish: the investigation overlaps with the discourse.

The different theoretical approaches on the nature and on the scope of the general principles oscillate between the absolute negation of the interpretation's contribution in making the rule of the concrete case and the attribution to the precedent of the quality of formal source of law. That is to say, we are witnessing conceptual and ideological graduations of the recognition of the principles' normative nature.

The present work aims to justify the normativity of the (expressed and not) principles and (at least) the paranormative nature of the precedent. From this does not follow a passive deference to the current judicial interpretation, but rather the obligation to start from it in order to verify whether it is still, if it has been, the one that offers the best concretization and development to legal system's values in relation to the factual circumstances of application, through the balancing of relevant principles and rules.

The current complex and multilevel legal system, which increasingly uses the general principles to govern complexity, cannot be reduced to a set of rules, commands to be executed mechanically, according to the subsumption's dogmatic logic, for which the only way to valorize the peculiarities of the concrete case, eventually, is offered by the range of possibilities of linguistic signification of general clauses and undetermined legal concepts.

On the other hand, with the advent of the Constitution the ethical datum penetrates into the juridical one, providing it with meaning and legitimacy. The value is positivized, it is norm, *id est*: principle, directly applicable in private law relations. It constitutes justification of any legal effect; this requires re-reading the foundation of legislative, administrative and contractual powers of regulation of *interests* in a single key.

Appreciated exclusively from the quantitative point of view the distinction between principles and rules, the systematic application of principles (*id est*: the analogy) is inherent in the hermeneutical procedure, so that the further distinction between *analogia legis* and *analogia iuris* (art. 12 disp. prel. cod. civ.) is also to be considered purely quantitative.

The real test of the previous statements is contract law, in which the relationship between general principles, interpretation and contractual autonomy requires a conformative rewriting of the relationship between fact and value, between problem and system.

The contractual autonomy does not constitute (anymore) value in itself, which the law fully recognizes and to which gives the force of law (art. 1372 cod. civ.), provided it is not in contrast with mandatory rules, public policy and good morals. The value does not limit but bases and conforms the contractual rule. Together with the autonomous source, rules and principles of different sources and rank (art. 1374 cod. civ.) contribute to the value's realization, they are to be balanced so that the regulation fully expresses the legal system as a whole, if and how reflected in the value manifested by the concrete economic operation. In this sense, a re-reading of some controversial issues of contract law is offered, including the relationship between *causa* and *tipo*, the difference between rules affecting the validity of contract and rules regulating the conduct of the parties, the judicial correction of contract – imposed by the principle of functional congruity of the rule to be applied with the interests highlighted by the parties.