



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

Tesi di dottorato di:

Marzio Nese

Matricola n. 8800600012

Indice

Introduzione.....	5
1. L'elaborazione teorica dei principi generali.....	7
1.1. La separazione tra diritto e morale.....	7
1.2. I dogmi della completezza del diritto e della volontà legislativa. Il giuspositivismo cd. legalistico	10
1.2.1. <i>Segue</i> : la sussunzione del fatto nel principio inespresso e nella norma contenente clausola generale. La <i>Begriffsjurisprudenz</i>	12
1.3. La valutatività dissimulata dalla sussunzione. La <i>Interessenjurisprudenz</i> e la <i>Wertungsjurisprudenz</i>	17
1.4. Il disconoscimento della natura normativa dei principi. La separazione tra Costituzione e legislazione.....	21
1.5. Il riconoscimento della natura normativa dei principi e le distinzioni, c.dd. forte e debole, tra essi e le regole. La Costituzione come fondamento della giuridicità.....	27
2. I principi generali e la costituzionalizzazione del diritto privato	35
2.1. I principi generali oltre e nel giuspositivismo	35
2.2. Il valore (para)normativo della giurisprudenza monofilattica alla luce della disciplina del processo civile	42
2.3. La costituzionalizzazione del diritto attraverso la <i>Drittwirkung</i> (im)mediata dei principi costituzionali.....	49
2.3.1. <i>Segue</i> : l'impossibilità di diretta disapplicazione di regola legislativa incostituzionale	53
2.4. La diretta applicazione dei principi generali per l'individuazione della disciplina adeguata alla valorizzazione degli interessi evidenziati dal caso concreto	59
3. I principi generali e il contratto.....	65
3.1. La prossimità concettuale tra causa e tipo è inversamente proporzionale a quella tra contenuto ed effetti del contratto. Atto I: l'immodificabilità giudiziale del contratto	65
3.2. Il contratto nella legalità costituzionale, eurounitaria e convenzionale	69
3.2.1. <i>Segue</i> : la <i>Drittwirkung</i> della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.....	73
3.2.2. <i>Segue</i> : l'etero-integrazione del regolamento contrattuale ad opera delle Autorità Amministrative Indipendenti	77
3.3. La prossimità concettuale tra causa e tipo è inversamente proporzionale a quella tra contenuto ed effetti del contratto. Atto II: il superamento della distinzione tra contratti tipici e atipici.....	80

3.4. I principi generali e l'(in)esistenza della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento.....	82
3.4.1. <i>Segue</i> : la nullità per violazione di principio generale tra <i>Drittwirkung</i> (in)mediata e (in)meritevolezza di tutela.....	89
3.5. I principi generali e l'integrazione del contratto. L'integrazione conseguente alla vessatorietà della clausola nei contratti del consumatore	101
3.5.1. Intermezzo: la congruità a funzione e all'interesse tutelato come criterio ermeneutico generale di attivazione e selezione (o ricostruzione) della disciplina integrativa	114
3.5.2. Il dovere di clare loqui <i>ex art.</i> 35 cod. cons., co. 1, tra interpretazione, integrazione e principio di proporzionalità.....	122
3.6. Rilevi conclusivi.....	131
Bibliografia	137

Introduzione

Un discorso sui princípi 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 ámbito di operatività dei princípi 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 princípi.

Il presente lavoro si propone di giustificare, sia in punto di effettività che sulla base del dato positivo, la normatività dei princípi (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 princípi 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 princípi 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, ovvero sia 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.

1. L'elaborazione teorica dei principi generali

1.1. La separazione tra diritto e morale

Lo studio dei principi generali dell'ordinamento giuridico, ove effettuato dal civilista per saggiarne le ricadute pratico-applicative nei settori di pertinenza, non può che muovere da riflessioni di teoria generale sull'interpretazione giuridica e sui relativi metodi nonché, più in generale, sui concetti fondamentali di norma e di ordinamento. Esso spinge il giurista a rimettere in discussione gli stessi attrezzi del suo mestiere¹, il suo ruolo nella società e, così, i rapporti tra questa e il diritto.

Il ripensare al metodo, nell'attuale età diversamente definita dei diritti², del ritorno al diritto³ ovvero della sua eclissi⁴, non asseconda più soltanto una rigorosa esigenza di sistemazione speculativa, bensì un'impellente necessità di offrire all'interprete strumenti epistemologici e pratici capaci di cogliere le modificazioni dell'ordinamento e di dare significato al rinnovato *modus operandi* di legislatori e organi dell'applicazione.

Il giuspositivismo cd. esclusivo ci tramanda l'idea, variamente articolata, della separazione del diritto dalla morale. L'unico diritto vigente è quello *positivum*, quale “*prodotto umano artificiale e istituzionale*”, complesso di norme poste da organi formalmente investiti del potere di emanarle o comunque

¹ Efficacemente L. MENGONI, *Diritto e politica nella dottrina giuridica* (1974), ora in ID., *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica* (a cura di A. Albanese, C. Castronovo, A. Nicolussi), Milano, 2011, p. 179-180, rileva: “*Segno immancabile che una scienza si trova in crisi è l'insorgere di discussioni sopra il metodo e gli strumenti di lavoro da esso apprestati. Solo in tempi normali, quando la loro coscienza non è inquieta e non li spinge a interrogarsi sul senso del loro lavoro, gli addetti a una scienza applicano i loro metodi e li tramandano con l'ausilio di casi applicativi, senza farli esplicitamente oggetto di riflessione e di trattazioni teoretiche*”. Si veda altresì P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 78.

² Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990; S. RODOTÀ, *Nuovi diritti. L'età dei diritti*, in M. REVELLI (a cura di), *Lezioni Bobbio. Sette interventi su etica e politica*, Torino, 2006.

³ Cfr. P. GROSSI, *o.c.*

⁴ Cfr. C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

effettive in un determinato contesto spaziale e temporale⁵. Principi di scaturigine morale non hanno rilevanza giuridica alcuna se non tradotti in norme così intese.

La prospettiva della separazione tra diritto e morale, in realtà, non fa capo a un unico movimento, bensì accomuna una congerie di impostazioni filosofiche del diritto che, a partire dalla fine del XIX secolo, si suole riunirle sotto l'etichetta del positivismo giuridico⁶. Dal punto di vista storico, occorre anzitutto volgere lo sguardo all'esegesi del diritto codificato in Francia (la cd. Scuola dell'esegesi), all'utilitarismo e alla “*jurisprudence* analitica” in Inghilterra, allo storicismo in Germania (la cd. Scuola storica)⁷.

Le Scuole dell'esegesi e storica, riconducibili al giuspositivismo cd. ideologico (o dottrinale), giustificano in termini ideologici la necessità di distinguere il diritto *com'è* da quello naturale e/o ideale *che*, ove non già positivizzato, *dovrebbe essere*, come conforme a giustizia di natura o comunque a canoni etici e/o religiosi. La regola che non sia positiva non è regola giuridica perché soltanto la volontà generale e la vita del popolo, come rispettivamente e storicamente incarnate nella legge dello Stato (per la Scuola dell'esegesi) e nella coscienza sociale (per la Scuola storica), sono degne di obbedienza. Viene in tal modo postulato un giudizio *prescrittivo* di prevalenza assiologica del diritto sulla morale: la pura obbedienza alla norma è l'unico valore da perseguire, indipendentemente dai suoi contenuti che non è ad alcuno dato sindacare: *Gesetz ist Gesetz*⁸. Il diritto dev'essere esattamente così com'è.

⁵ Cfr. P. CHIASSONI, *Positivismo giuridico*, in AA.VV., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo* (estratto, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa), Torino, 2013, p. 6.

⁶ In tal senso *ivi*, p. 18.

⁷ Impostazioni teoriche sorte tra i secoli XIX e XX. Cfr. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, *Ottocento e Novecento* (ed. aggiornata a cura di C. Faralli), Roma-Bari, 2001, p. 6.

⁸ In conformità a tale idea, si veda F. LAURENT, *Corso elementare di diritto civile*, trad. G. Trono, Napoli, 1880, p. 72: “[*l*]a violazione della legge da parte del giudice è maggior scandalo che

Il giuspositivismo cd. epistemologico (o scientifico), che nella giurisprudenza analitica trova le sue premesse concettuali⁹, mira di contro a che il discorso sul diritto sia puramente scientifico e, come tale, avalutativo e *descrittivo*. Si dà in tal modo sviluppo alla nota distinzione benthamiana tra giurisprudenza cd. espositoria e giurisprudenza cd. censoria¹⁰. La prima ha per oggetto il diritto *com'è*, reale: *fatto sociale* esclusivamente a mezzo del quale è possibile accertare esistenza e validità delle norme. L'altra si occupa invece del diritto *come dev'essere*, ideale: *valore*.

Rimonta alla giurisprudenza espositoria l'approccio scientifico, avalutativo¹¹, secondo cui il criterio per la conoscenza del diritto è “*la derivazione da fatti accertabili, come l'essere stata emanata da certi organi con certe procedure, o l'essere stata effettivamente seguita per un certo periodo di tempo da un certo gruppo di persone, e non la corrispondenza o meno con un certo sistema di valori*”¹². È ammessa apertura a valori con esclusivo riguardo a quelli epistemici, “*della verità, della chiarezza concettuale, della coerenza logica e terminologica, della capacità esplicativa, dell'onestà intellettuale*”¹³.

un matrimonio incestuoso. L'incesto non è che un'onta individuale, mentre la violazione della legge è un crimine sociale?”.

⁹ Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. R. Treves, Torino, 2000, p. 186.

¹⁰ Cfr. J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, in *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, ed. J.H. Burns and H.L.A. Hart, Londra, 1977, pp. 397-398: “[A]o the province of Expositor it belongs to explain us what as he supposes, the Law is: to that of the Censor, to observe to us what he thinks it ought to be. The former, therefore, is principally occupied in stating, or in inquiring after facts: the latter, in discussing reason... To the Expositor it belongs to shew what the Legislator and his underworkman the Judge have done already: to the Censor it belongs to suggest what the Legislator ought to do in future”.

¹¹ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. G. Zaccaria e S. Patti, Napoli, 1983, p. 68, evidenzia che “*la 'sussunzione causale' è la logica del positivismo, che voleva intendere il ruolo del giudice come quello di un meccanico esecutore della legge, che può soltanto dolersi dell'attuazione del suo 'triste risultato', ma non lo può impedire*”.

¹² N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977, p. 106. L'Autore stesso, *ivi*, p. 12-13, in quanto *scienziato e uomo libero*, si professa rispettivamente *positivista e giusnaturalista*.

¹³ P. CHIASSONI, *Positivismo giuridico*, cit., p. 19. È a tali valori che s'informa la cd. analisi logica del linguaggio normativo, secondo cui la scienza “*non è questione di verità, ma questione*

1.2. I dogmi della completezza del diritto e della volontà legislativa. Il giuspositivismo cd. legalistico

Il dogma della completezza del diritto è corollario della separazione tra diritto e morale. In ossequio a esso, come inteso dal giuspositivismo esclusivo, il diritto riesce sempre a fornire al caso concreto, qualsivoglia siano i caratteri da questo esibiti, una disciplina per la cui determinazione non è mai necessario né consentito ricorrere ad argomenti ed esigenze morali.

Il concepire per compartimenti stagni diritto – quale fatto sociale tangibilmente accertabile – e morale ha condotto dottrina, legislatore e giurisprudenza a identificare il diritto continentale moderno nella sua principale fonte di produzione: la legge. Conseguendone che il significato normativo attribuibile alla singola disposizione di legge dev'essere quello corrispondente alla volontà soggettiva di quel legislatore che quella disposizione ha emanato.

Tuttavia, per debellare in partenza il rischio che, in sede ricostruttiva di tale volontà, l'interprete possa surrettiziamente alterarla sovrapponendo valutazioni morali a quelle giuridiche, esclusivamente rimesse alla legge, viene stabilito che “*nell'applicare la legge non si p[ossa] ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*” (art. 12 disp. prel. cod. civ., co. 1). Ove la *littera legis* esprima (*recte*: contenga) norma dal contenuto perspicuo, l'*intenzione del legislatore* non va arguita attraverso l'interpretazione perché già assorbita dalla

di rigore; e, poiché concetti e nozioni si esprimono in parole, la scienza, qualsiasi scienza, si fa e si svolge in analisi di linguaggio”: N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, in ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, p. 91. Quanto al contesto italiano, manifesti di dell'impostazione riferita sono i saggi di N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1950, p. 342 ss., e di U. SCARPELLI, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 212 ss.

chiarezza del testo: *in claris non fit interpretatio*¹⁴. Si preferisce affidare l'intenzione stessa, anziché al giudice, al dizionario.

La disciplina del caso concreto è rinvenibile vuoi in disposizione di legge che espressamente lo contempra oppure regoli caso simile (*analogia legis*), vuoi nei principi generali dell'ordinamento positivo, induttivamente derivati da un complesso più o meno cospicuo di norme (*analogia iuris*)¹⁵. In ogni caso, a ricevere applicazione è, mediante sussunzione in essa della fattispecie concreta, norma di diritto positivo¹⁶: *lex semper loquitur*.

Se è vero che la storia dell'analogia è la storia stessa del pensiero umano¹⁷, l'asserzione non può che avere valore pregnante in ambito giuridico, dove l'analogia ha assunto e assume certe forme, certi significati e non altri a seconda di quale sia l'impostazione teorica da cui si muove.

Il dogma della completezza del diritto esclude rinvio a canoni extra-legislativi anche qualora l'analogia, *legis* o *iuris*, non sia praticabile.

Lacuna di *espressa* disciplina, colmabile mediante analogia o interpretazione estensiva¹⁸, si ha nelle ipotesi nelle quali un complesso di

¹⁴ Recentemente in termini Cass., 14 ottobre 2016, n. 26808, in *www.dejure.it*, secondo la quale “nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad individuarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, mercè l'esame complessivo del testo, della mens legis, specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma sì come inequivocabilmente espressa dal legislatore; (...) non essendo consentito all'interprete correggere la norma nel significato tecnico proprio delle espressioni che la compongono nell'ipotesi in cui ritenga che tale effetto sia solo inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma stessa è intesa”, salva l'eccezionale ipotesi di incompatibilità della *littera legis* col sistema normativo.

¹⁵ Cfr. art. 12 disp. prel. cod. civ., co. 2.

¹⁶ Il positivismo codicistico non ammette la possibilità di principi che non siano norme. In tal senso A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, I, Torino, 1982, p. 226.

¹⁷ Così V. VELLUZZI, *Alcune considerazioni su ragionamento analogico e diritto positivo*, in *Analisi e diritto*, 1997, p. 199; cfr. E. MELANDRI, *La teoria e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Bologna, 1968.

¹⁸ È insegnamento risalente e diffuso che nell'interpretazione estensiva, diversamente da quella analogica, il disciplinamento del caso non previsto avviene mediante applicazione di “precisa disposizione” (cfr. art. 12 disp. prel. cod. civ., co. 2), all'uopo riscritta per adeguarne la portata letterale alla funzione. Cfr. nella manualistica, per tutti, A.

disposizioni o una di queste, alla luce delle rispettive *rationes*, “*si rivelino insufficienti a regolare nel caso concreto tutte le fattispecie che invece per volontà della legge dovrebbero regolare*”¹⁹.

Non v'è lacuna, invece, se sia possibile inferire che “*non esiste affatto la norma che contempra e regoli [, neanche per implicito,] una determinata fattispecie perché, in tal caso, l'assenza della norma si risolve nel senso di togliere ogni limite alla libera esplicazione di quell'attività che la fattispecie, in astratto, dovrebbe esprimere*”²⁰. Ciò mercé la cd. regola generale esclusiva²¹, alla cui stregua la legge stessa, non ponendo norma suscettibile di regolare la fattispecie concreta, “*manifesta indirettamente la volontà che non si applichino per la ipotesi non regolata comandi giuridici che essa non ha emanato*”; ipotesi così confinata nella sfera del giuridicamente irrilevante: *quod non est in lege, nec in iure*.

1.2.1. Segue: la sussunzione del fatto nel principio inespreso e nella norma contenente clausola generale. La Begriffsjurisprudenz

Il giuspositivismo cd. legalistico, or ora tratteggiato, presenta il diritto quale insieme astratto – e perciò storico – di regole (im)poste una volta per tutte, le cui sfera di applicazione (fattispecie) e conseguenze (effetti) sono nitidamente e dettagliatamente descritte dalla disposizione, che pertanto è essa stessa norma. Il diritto è valido purché esprima una regolarità puramente procedurale, cui è collegata una presunzione di razionalità²².

TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* (23a ed. a cura di F. Anelli-C. Granelli), Milano, 2017, p. 56.

¹⁹ Cass., 3 ottobre 1953, n. 3171, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1576.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Si discorre altresì di *argumentum a contrario* (*ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*).

²² Presunzione “*che in realtà è una finzione*”: L. MENGONI, *Diritto e tecnica* (2001), ora in ID., *Scritti*, cit., p. 44.

Il fatto concreto acquista rilevanza giuridica nel momento in cui perde la sua quintessenza, la sua vitalità, scarnificandosi e convertendosi in freddo²³ termine (o schema), *sub specie* di premessa minore, di sillogismo avendo riguardo al quale la premessa maggiore è data dalla fattispecie. Perché il diritto lo riconosca, necessario e sufficiente è che esso fatto esibisca tutte e soltanto quelle caratteristiche possedute dalla premessa maggiore²⁴, come selezionate dal legislatore in esito a un “*calcolo di prevedibilità*” dei fatti a venire ritenuti meritevoli di disciplinamento. La *species facti* è presidio di certezza delle conseguenze giuridiche, utilizzato dal legislatore per “*dominare l'imprevedibile*”. L'evento concreto, fatto naturale o atto umano, è in quanto tale imprevedibile ma, se sussumibile in fattispecie, riconoscibile e quindi eretto dal diritto a *caso* abilitato alla produzione di effetti²⁵.

Di contro, l'evento o alcuni dei suoi tratti esperenziali, allorché non previamente e astrattamente presi in considerazione da quello o quell'altro *casus legis*, sono irriconoscibili e pertanto irrilevanti in “*un mondo spettrale nel quale né la vita né la storia sono possibili*”²⁶, quello del diritto – così concepito.

Come anticipato²⁷, neanche l'*analogia legis* e l'applicazione dei principi generali del diritto si sottraggono, sempre secondo il giuspositivismo legalistico, alla logica astrattizzante della fattispecie, significandone al

²³ Discorre di “*gelida logica della Grundnorm e della Stufenbau*” G.B. FERRI, *L'autonomia dei privati come sistema ordinato ed ordinante nel pensiero di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano. Giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze, Milano, 2007, p. 35.

²⁴ “*In luogo di dar voce alla scomposta varietà delle circostanze, il giudice costringe la vita a tipizzarsi nello schema normativo, a farsi 'caso' di una o altra legge, la quale trova così vera e propria applicazione (...). Orbene, la sentenza è un momento, forse il più arduo e alto, del processo astrattivo, risolvendosi nel tipizzare il fatto, nello spogliarlo di caratteristiche soggettive (ma non, come è ovvio, di quelle previste e considerate dalla legge), e perciò nel renderlo eguale ad altri e nel richiamarlo entro l'unità logica delle fattispecie*”: N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, pp. 72, 82.

²⁵ Così ID., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss., nonché in ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 19 ss.

²⁶ G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in ID., *Opere*, V, Milano, 1959, p. 350.

²⁷ *Supra*, § 1.2.

contrario rigorosa espressione. Sia la regola ricavata da “*disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe*” (art. 12 disp. prel. cod. civ., co. 1), sia il principio generale sono fattispecie, come le altre, attinte unicamente dalla volontà del legislatore. La particolarità risiede nella circostanza che fonte di tale attingere è disposizione o pluralità di esse in cui non sia, *expressis verbis*, contemplato il caso concreto oggetto d’esame.

Il giudice è chiamato a effettuare un’ulteriore opera di schematizzazione, cd. astrazione generalizzante, consistente nella selezione degli elementi delle fattispecie rilevanti nei quali è racchiuso il *razionale fondamento* della struttura e del trattamento giuridico di esse²⁸, onde addivenire a una norma, il principio²⁹, avente per oggetto una fattispecie più ampia e perciò suscettiva di abbracciare anche il caso non previsto³⁰. Il principio è allora da intendersi come *regola* (più) *generale* che, poiché legislativamente *inespressa*, è *concetto*³¹ che postula la sistemazione scientifica del diritto positivo *espreso*, “*per via*

²⁸ Risalente e ricorrente in giurisprudenza è la massima: “*il ricorso alla analogia è consentito per regolare un caso non preveduto dalla legge con la disciplina prevista per un caso analogo, che abbia, cioè, lo stesso fondamento razionale, e consiste in un processo logico per risalire dalle norme espresse particolari, al principio generale che le governa*”. Cfr., *ex pluribus*, Cass., Su.Uu., 27 aprile 2010, n. 9960, in *www.dejure.it*.

²⁹ È stato rilevato che anche l’*analogia legis* darebbe luogo a sussunzione del caso concreto nel principio, ossia in quello sotteso alla regola che disciplina il caso simile. La differenza, rispetto all’*analogia iuris*, risiederebbe nel carattere qui indiretto della sussunzione. Così N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, cit., p. 895. Cfr. altresì L. CAIANI, voce *Analogia*. b) *Teoria generale*, in *Enc. dir.*, II, 1958, p. 358, il quale correttamente nota che *analogia legis* e *analogia iuris* sono distinguibili in termini puramente quantitativi, dacché “*la ratio di una norma (...) non sembra essere diversa qualitativamente dal principio se non per il suo minor grado di generalità*”. Nello stesso senso, si veda G. CARCATERRA, voce *Analogia*, in *Enc. giur. Treccani*, II, 1958, p. 20.

³⁰ Per i sostenitori di questa tesi, avendo riguardo all’art. 3 cod. civ. 1865, co. 2, “*con l’espressione « principi generali di diritto » il legislatore aveva voluto riferirsi esclusivamente a norme generali inesprese ricavabili per successive generalizzazioni dalle norme particolari del sistema*”: N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 891.

³¹ Da intendersi, secondo la definizione di L. MENGONI, *Dogmatica giuridica* (1988), ora in ID., *Ermenutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 32, *ordinatore*. Concetto che, diversamente da quello *normativo*, è elaborato dalla dottrina, non formulato dal legislatore.

*razionalistica, in una compiuta costruzione logica*³² e *formale*: la cd. dogmatica³³. Questa, ricavando concetti giuridici generali – “*convalidati dalla verifica letterale*”³⁴ – da “*norme esistenti come dogmi*”³⁵, in nome della weberiana avalutatività (*Wertfreiheit*) della scienza giuridica, erige la cd. giurisprudenza dei concetti³⁶ (*Begriffsjurisprudenz*). “*Dall'accoppiamento dei concetti, dalla loro fusione, nascono ulteriori concetti, più ampi, e dal coordinamento di tutti questi concetti nasce l'ordinamento giuridico. Si ha, quindi, un sistema giuridico piramidale, in cui ogni concetto più stretto rinvia ad un concetto più ampio di grado superiore*”³⁷.

L'individuazione dogmatica di nuove fattispecie è auto-integrativa dell'ordinamento perché avente natura squisitamente ricognitiva. Il diritto “*porta il suo senso in sé (...) e soltanto in sé*”, come “*qualità fattuale o quasi-fattuale, positiva o quasi-positiva del testo*”³⁸.

L'impianto giuspositivista è fondato sulla precisione e determinatezza della disposizione, sulla ferma coerenza del sistema, garantita dall'astrazione e, dunque, dall'impermeabilità del diritto alla morale. In ragion di ciò, sembra ch'esso impianto sia insidiato dalla clausola generale, elemento di disposizione costituente termine o sintagma indeterminato, come tale recante norma incompleta. Indeterminatezza e incompletezza cui è chiamata a far

³² L. ZAVATTA, *Il praxeologismo giuridico*, Torino, 2016, p. 130.

³³ In quest'ottica, i principi altro non sono che i paradigmi sottesi alle regole espresse, chiamati a renderle intelleggibili a una ordinata e coerente lettura: A. JANNARELLI, *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico*, in AA.VV., *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma, 14-15 novembre 2014, in *Riv. it. sc. giur.*, numero speciale, 2014, p. 36.

³⁴ N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, cit., p. 92.

³⁵ L. ZAVATTA, *o.c.*, p. 130.

³⁶ L'espressione fu coniata da Philipp Heck per screditare la Pandettistica. Cfr. A. SOMMA-P.G. MONATERI, *Il modello di civil law*, 2016, Torino, p. 120; K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. a cura di S. Ventura, Milano, 1966, p. 66.

³⁷ F. TODESCAN, *Compendio di Storia della filosofia del diritto*, Padova, 2009, p. 352.

³⁸ J. HRUSCHKA, *La comprensione dei testi giuridici*, trad. R. De Giorgi, Camerino-Napoli, 1983, pp. 28-29.

fronte norma (*id est: standard*) sociale cui la legge stessa rinvii onde perfezionare, riempire di contenuto la prescrizione normativa.

La clausola generale è ritenuta meritevole di tolleranza perché ulteriore espediente per ovviare a lacune oppure a giudizi di irrilevanza, nonché in virtù del riconoscimento al giudice di una funzione non già valutativa, bensì meramente ricognitiva della norma extrapositiva, da trasporre nell'ordinamento così com'è. Neanche qui si sarebbe allora al di là del modello sussuntivo, dovendosi solamente registrare la “*particolarità che (...) la premessa maggiore del sillogismo non è formulata direttamente dalla legge, bensì per rinvio*”³⁹.

In definitiva, secondo la logica della fattispecie, poiché è ampliando il ventaglio delle fattispecie che è possibile sottrarre all'irrilevanza fatti meritevoli di dar luogo a vicende giuridiche, *analogia legis*, principi generali *inespressi* e clausole generali sono gli unici strumenti di cui è possibile disporre per integrare lacune disciplinari.

Direttive che, quantunque aventi addentellato legislativo, non possano essere espresse secondo la formula della fattispecie, non sono positive perché incerte e controverse. Vanno collocate sul terreno dell'argomentazione morale su come il diritto *dovrebbe essere*; terreno che all'interprete è precluso lambire perché sono le norme a dover costituire l'oggetto esclusivo della sua attenzione, quali “*dati a quel modo stesso in cui, per le scienze fisiche e naturali, sono dati i fiori di campo o le orbite stellari o gli elementi primi della materia*”⁴⁰.

³⁹ Così L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 12, criticando tale modo di intendere le clausole generali.

⁴⁰ N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, cit., p. 91.

Il giudice è, secondo il mito illuministico, romantica “bocca della legge”⁴¹ e/o, propendendo verso orientamenti analitico-linguistici, “operario addetto al passaggio dalle proposizioni primitive alle proposizioni derivate”⁴².

1.3. La valutatività dissimulata dalla sussunzione. La Interessenjurisprudenz e la Wertungsjurisprudenz

La fattispecie, se formalmente adempie alla funzione di preservare la certezza del diritto attraverso la più rigorosa separazione del potere legislativo da quello giudiziario, nella sostanza è stata il formidabile strumento teorico di cui lo Stato liberale ottocentesco si è avvalso per cristallizzare la propria filosofia⁴³.

Il diavolo si nasconde(va) nei dettagli. Identificare il diritto nel comando chiaro e preciso della legge era opzione tutt’altro che assiologicamente neutrale⁴⁴, dacché servente a cingere il giuridico, negare asilo a istanze e bisogni altri, non canalizzati nel sistema parlamentare (mono-)rappresentativo borghese, nel quale tutto e soltanto ciò che fosse rilevante era minuziosamente previsto e descritto nei codici.

⁴¹ Secondo C. AMODIO, *Au nom de la loi. L’esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, 2012, p. 24, questa immagine, tramandata da Montesquieu, è stata per lungo periodo trattenuta dalla Francia, “*adagiandosi sulla finzione per cui il giudice, colmando le lacune lasciate dalla legge, altro non fa che sviluppare l’intenzione del legislatore; tuttavia, vale la pena sottolineare che a differenza delle dogmatizzazioni e delle astrazioni che se ne sono fatte nel corso degli anni, anche quella celebre formula dava in un certo senso per presupposta, o quantomeno non escludeva, la capacità del giudiziario di esprimere un livello di giuridicità diverso e ulteriore a quello incarnato dal legislativo*”.

⁴² N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, cit., p. 94.

⁴³ In tal senso P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 37-38.

⁴⁴ Così P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, 1994, Napoli, p. 66, il quale evidenzia che l’ideologia della sussunzione ha sortito l’effetto di deresponsabilizzare la dottrina. “*Le sistematiche e le nozioni, nella loro apparente neutralità valutativa, sono in realtà l’ombra dietro la quale generazioni di giuristi hanno, talvolta inconsapevolmente, contribuito alla staticità e alla stabilità di vecchi valori*”: ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 85.

L'eguaglianza *formale*, croce e delizia: da un lato nel suo nome si è sugellato il rivoluzionario superamento dei legami sociali e giuridici, strutturati su base cetuale, propri dell'*Ancien Régime*; dall'altro essa significava disconoscimento giuridico degli interessi del cittadino che non corrispondesse al *tipo* di uomo borghese ideale: diligente amministratore della sua ricchezza immobiliare ed esperto di affari⁴⁵.

La proprietà liberale era situazione giuridica esistenziale, il cui acquisto era a ciascuno formalmente e astrattamente spettante quale aspetto della dignità umana. L'eventuale mancato accesso a essa non poteva che imputarsi a negligenza o stupidità del cittadino⁴⁶. Di qui la pienezza, l'esclusività e l'imprescrittibilità della proprietà, la facoltà anche di non goderne, il disfavore nei confronti delle relative limitazioni⁴⁷.

Unico scopo dello Stato doveva essere quello di garantire i diritti di libertà, a mezzo di funzioni a ciò strettamente necessarie: giurisdizionale, tutela dell'ordine pubblico, difesa militare, politica estera ed emissione della moneta (concezione del cd. Stato minimo). Astenendosi lo Stato dall'intervenirvi, la sfera economica era affidata alle relazioni e alle autoregolazioni dei privati⁴⁸.

Il contratto, essenzialmente considerato quale modo d'acquisto del diritto dominicale⁴⁹, aveva forza di legge in quanto corrispondente alla volontà delle parti, intima – per la cd. teoria volontaristica – o come dichiarata – per la cd. teoria precettiva⁵⁰. Mercé l'eguaglianza in senso puramente formale dei

⁴⁵ K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali* (a cura di A. Di Majo-A. Gambaro), trad. B. Pozzo, Milano, 1998, p. 115.

⁴⁶ P. GROSSI, *o.c.*, p. 39.

⁴⁷ Basti pensare al “*rilievo quasi costituzionale*” che soleva attribuirsi ai principi del *numerus clausus* e di tipicità dei diritti reali. Sul tema, si veda U. MORELLO, *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in A. GAMBARO-U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali. Proprietà e possesso*, I, Milano, 2010, p. 67 ss.

⁴⁸ Così R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Torino, 2017, p. 32.

⁴⁹ Come noto, il *Code civil* contiene la disciplina del contratto nel Libro III (“*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*”).

⁵⁰ Cfr., *infra*, § 3.1.

paciscenti, non v'era debolezza economica e/o informativa che potesse giustificare interventi giudiziali correttivi della regola contrattuale; la parte era il miglior giudice dei propri interessi⁵¹. Conseguendone l'ambito conservazione degli assetti esistenti: il borghese restava borghese e il miserabile era lasciato “*completamente immerso nella sua miseria*”⁵².

Che l'applicazione del diritto non potesse e non possa essere qualcosa di eticamente trasparente è consapevolezza che tuttavia non tardò, sul piano teorico, a essere acquisita.

La cd. Giurisprudenza degli interessi (*Interessenjurisprudenz*), corrente di pensiero tedesca sorta tra i secoli XXIX e XX in contrapposizione alla Giurisprudenza dei concetti, ha fatto rifluire sul piano metodologico-ermeneutico la finalmente riconosciuta funzione del diritto di “*tutela di interessi*”⁵³. Ha messo in luce che dell'*intenzione del legislatore* occorre interessarsi sempre, non solo ricorrendovi al fine d'impiegare un correttivo per eventuali oscurità di senso (delle parole) della disposizione. La norma non contiene, bensì esprime significato⁵⁴, il quale narra in forma deontologica dell'esigenza di saturazione di interessi “*di carattere materiale, nazionale, religioso ed etico*”⁵⁵. Il giurista deve interrogare la società per “*riconoscere in maniera storicamente esatta gli interessi*”⁵⁶ *reali che hanno provocato la legge*”⁵⁷, onde sviluppare le scelte

⁵¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 319.

⁵² P. GROSSI, *o.c.*, p. 39.

⁵³ P. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 112 (1914), p. 17: “*i comandi legislativi non sono « soltanto destinati a delimitare interessi, ma sono essi stessi il prodotto di interessi, come tutti gli altri comandi attivi »*”.

⁵⁴ Cfr. *ivi*, pp. 33, 120 ss. *Non in legendo, sed in intelligendo leges consistunt*.

⁵⁵ *Ivi*, p. 60.

⁵⁶ *Ivi*, p. 11 definiti “*desideri e (...) tendenze appetitive esistenti nella comunità giuridica, sia materiali che ideali*”.

⁵⁷ *Ivi*, p. 60.

valutative fissate dalle norme positive⁵⁸. Si assiste a una nuova sistemazione di concetti, stavolta teleologicamente informati⁵⁹.

Tributo alla giurisprudenza degli interessi è dovuto per aver decretato il superamento dei dogmi dell'avalutatività dell'interpretazione e quindi della separazione del diritto dalla morale. La norma non coincide con la disposizione⁶⁰; il suo ámbito di applicazione, ossia il dato fattuale, extra-testuale, del segmento di realtà (*id est*: la piattaforma d'interessi) su cui essa norma incide concorre a definirne il senso⁶¹. Il pensiero giuridico non si riduce “*a puri atti di sussunzione secondo il paradigma del calculus ratiocinator*”⁶², ma è valutazione, discrezionalità, scelta di significato teleologicamente informata.

Affinando gli esiti della Giurisprudenza degli interessi, la cd. Giurisprudenza dei valori, naturale continuazione della prima⁶³, ha rilevato che i valori ordinativi debbano essere i necessari criteri di apprezzamento

⁵⁸ Cfr. L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica* (1988), ora in L. MENGONI-F. MODUGNO-F. RIMOLI, *Sistemi e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2017, p. 120. Sull'interpretazione giuridica quale “*procedimento ricognitivo diretto a identificare e a riprodurre negli apprezzamenti dell'interprete la valutazione comparativa degli interessi in conflitto contenuta nelle norme di legge*”, si veda E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, ed. riveduta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano, 1971, p. 124.

⁵⁹ Tuttavia, L. MENGONI, *o.u.c.*, p. 120, osserva che il trapasso dalla *Begriffsjurisprudenz* alla *Interessenjurisprudenz* sia stato una “*rivoluzione di palazzo*”, risolvendosi nella sostituzione di una dogmatica operante con concetti di interesse a un'altra operante con concetti ordinatori o di struttura.

⁶⁰ Insegnamento di V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 195.

⁶¹ Sulla necessità di distinzione non solo tra disposizione e norma, bensì anche tra norma e ámbito normativo, cfr. L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica* (1992), ora in ID., *Scritti*, cit., p. 245, nt. 19.

⁶² L. MENGONI, *Il contratto di lavoro* (a cura di M. Napoli), Milano, 2004, pp. 49-50.

⁶³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 113.

degli interessi⁶⁴ legislativamente disciplinati⁶⁵. La regola, oltre a essere composizione di “*collisioni di interessi umane, sociali, concrete o di massima*”⁶⁶, è espressione di un’“*idea ordinativa*”⁶⁷: il principio. “*Applicare il diritto significa dare validità ad idee giuridiche, non ricondurle a concetti giuridici generali*”⁶⁸.

Postulato fondamentale della Giurisprudenza dei valori è che i principi siano direttive storicamente condizionate. Compito dell’interpretazione non è quello di ricostruire ed eternare la valutazione legislativa alla luce degli interessi che l’hanno storicamente occasionata, bensì di realizzare i valori del sistema i quali variano come e perché il sistema stesso diacronicamente varia⁶⁹.

1.4. Il disconoscimento della natura normativa dei principi. La separazione tra Costituzione e legislazione

Recuperate la valutatività e la storicità al diritto, *vexata quaestio* è però, ora come allora, il discernimento delle forme di manifestazione dell’eticità giuridicamente rilevante e della stessa discrezionalità interpretativa. Peraltro, a moltiplicare e complicare le possibilità di soluzione è il fatto stesso che i modi di intendere i principi generali del diritto sono talmente numerosi da

⁶⁴ Secondo H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster, 1955, p. 14 ss., l’interesse è altro rispetto alle “*misure legislative di valutazione*”, dovendo essere limitato alle “*rappresentazioni appetitive (...) che hanno o debbono avere le parti di una controversia giudiziaria, se aspirano alla conseguenza giuridica ad essi favorevole*”.

⁶⁵ “*Gli interessi da tenere in considerazione, infatti, non possono di per se stessi offrire un criterio per la loro valutazione (...). Gli interessi reali assumono per il diritto maggiore o minore importanza dopo che sono passati attraverso il filtro dei criteri assiologici (Wertmassstäbe), della cui elaborazione si fa carico la giurisprudenza dei valori*”: G. ORRÙ, *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, 1997, p. 68.

⁶⁶ P. HECK, *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und des Staates*, Vienna, 1949, p. 178.

⁶⁷ H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlino, 1950, p. 251.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen*, cit.: “*ogni epoca ed ogni popolo*” deve “*sviluppare per sé nuovamente*” le valutazioni legislative. Cfr. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., p. 179 ss.

render necessario, ogniqualvolta se ne faccia uso, l'elaborazione di una definizione di partenza⁷⁰.

Altro è la valutatività, che impone il rifiuto della pigrizia letterale degli interpreti⁷¹, altro è scorgere norme in dati, oltre che extra-positivi, extra-testuali. Questa è l'opinione di coloro i quali, per scongiurare la *tirannia dei valori* del giudice⁷², attribuiscono dignità normativa esclusivamente ai significati (più o meno) agevolmente ricavabili – quantunque teleologicamente – da disposizioni⁷³. L'interpretazione è sì (meta-)linguaggio valutativo e non puramente descrittivo⁷⁴ ma, avendo per oggetto altro linguaggio (*i verba legis*), di questo ne rispecchia miserie e fortune. La riferita impostazione esalta l'interpretazione quale fonte genetica delle norme⁷⁵, cionondimeno scorge nella fattispecie l'unico vero strumento di controllo del – e vincolo al – ragionamento ermeneutico.

Norme, siano esse regole o principi, espresse o inesprese, sarebbero tali solamente allorché il loro contatto coi fatti di vita sia mediato dalla fattispecie⁷⁶; in assenza della quale non v'è criterio limitativo della scelta interpretativa, che è perciò arbitraria – e non già discrezionale –, intuizionismo, proiezione psicologica di un giudicante lasciato dalla legge *solo* verso l'inafferrabile mondo dei valori, “*un aldilà, metafisico o ideologico, dove si proiettano, e prendono forma, soggettive aspirazioni e insoddisfatti desideri*”⁷⁷.

⁷⁰ Così G. ALPA, *I principi generali*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2006, p. 13.

⁷¹ N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, cit., p. 69.

⁷² Cfr. C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Brescia, 2008, p. 46; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 51.

⁷³ N. IRTI, *o.u.c.*, p. 66: il diritto “*è tutto e solo nella prosa del legislatore, e fuori di esso è frutto di arbitraria o oscura volontà*”.

⁷⁴ Come, invece, secondo il modo di vedere di Austin, Kelsen e Bentham. Cfr. R. GUASTINI, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, 2017, p. 89.

⁷⁵ N. IRTI, *o.u.c.*, p. 63, riferendosi ai principi.

⁷⁶ *Ibid.* Il diritto “*è tutto e solo nella prosa del legislatore, e fuori di esso è frutto di arbitraria o oscura volontà*”: *ivi*, p. 66.

⁷⁷ *Ivi*, p. 70. Per l'Autore (cfr. spec. *ivi*, p. 73), il linguaggio legislativo dev'essere tecnico, preciso, asciutto, onde evitare letture emozionali e rendere controllabile e calcolabile il

Coerentemente alle premesse, tutti i princípi sono norme e pertanto tratti dal testo di legge, taluni corrispondendo *al significato di precise disposizioni legislative* (princípi espressi in senso stretto o espliciti), mentre altri sono *elaborati dai giuristi sul diritto vigente*⁷⁸ (princípi inespressi o impliciti).

Tuttavia, una volta affermate la necessità che anche i princípi siano muniti di fattispecie e la loro separazione dai valori sociali, i princípi stessi, espressi e no, non possono che evidentemente concepirsi, ancóra una volta⁷⁹, quali regole generali o generalissime, negandosene di fatto un'autonoma unità concettuale⁸⁰. Attesa la rilevanza ermeneutica dei soli interessi integranti *rationes* di regole⁸¹, parrebbe che nuove esigenze socialmente emergenti meritino l'attenzione dell'interprete, onde permettere un certo grado di (più che lenta) evoluzione dell'ordinamento, solo allorché veicolate da *standard* sociale cui clausola generale rinvii⁸².

Risalente e autorevole orientamento ricostruttivo⁸³ segnala invece che proprio i princípi forniscano, ma in via residuale, viatico per il riconoscimento giuridico di nuove esigenze sociali o comunque di interessi che non siano già stati oggetto di valutazione normativa. In particolare,

perimetro applicativo delle norme, dacché costituito da possibilità e limiti di significato attribuibile al testo.

⁷⁸ *Ivi*, p. 61-62.

⁷⁹ Cfr., *supra*, § 1.2.1.

⁸⁰ Il medesimo rilievo è possibile avanzare nei confronti di L. MENGONI, *Principi e diritti fondamentali*, cit., p. 240 ss., ma con esclusivo riguardo ai princípi dall'Autore definiti *dogmatici* (o *assiomatici*). I quali, configurati come “*fattispecie normative comprendenti non una sola ipotesi determinata, ma una serie indeterminata di ipotesi*” – e diversamente da quelli *problematici* (o *dialettici*) –, non avrebbero bisogno di giustificazione di ordine sostanziale, sicché, espressi o meno, il loro modo di applicazione è la sussunzione e non già il bilanciamento con altri princípi (sul quale si veda, *infra*, § 1.5).

⁸¹ Il “divorzio tra realtà e senso” rappresenta postulato del nichilismo giuridico, orientamento di pensiero la cui matrice è riconducibile a F. Nietzsche e di cui N. Irti è, come noto, esponente (cfr. ID., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004). Secondo F. NIETZSCHE, *Frammenti postumi 1885-1887*, in *Opere complete*, trad., VIII, 1, Milano, 1975, p. 299, 7 [60], non esistono fatti, ma solo interpretazioni.

⁸² Cfr. N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, cit., p. 63.

⁸³ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., spec. p. 305 ss.

innanzi al *perenne fluire della vita sociale*⁸⁴, essi debbono essere invocati dall'interprete allorché “*avverta la insufficienza o deficienza della disciplina legislativa rispetto al caso non previsto testualmente, sottoposto a decisione*”; essendo “*per ciò stesso condotto a ravvisare in esso un « caso dubbio » ai sensi dell'art. 12 capv. disp. prel.*”. Dubbio *non logico, ma assiologico*⁸⁵, da risolvere a mezzo dei princípi nella loro veste di criteri di valutazione – proprio – da *eccedenza di contenuto deontologico (o assiologico)*⁸⁶ caratterizzati. Unitamente alle norme, i princípi sono sì elementi costitutivi dell'ordine giuridico, ma da queste si differenziano, non rispecchiandone la natura. Agli stessi il giudice, inappagato dall'*argomentum a contrario*, può volgere lo sguardo a fini di (etero-)integrazione della disciplina legislativa insufficiente o deficiente, però soltanto dopo aver inutilmente richiesto responso (auto-integrativo) alle norme, sperando la via dell'*analogia legis*. Così, mentre le norme sono caratterizzate da oggettiva incontrovertibilità dacché poste in virtù di una competenza normativa, è la giurisprudenza (teorica e pratica) competente a elaborare princípi di diritto quali *formulazioni teoretiche di un pensiero speculativo*, in quanto tale controvertibile, non cristallizzato e recalcitrante a una precisa formulazione precettiva⁸⁷.

Le prospettive qui riferite assurgono a sintesi di uno dei poli del dibattito dottrinale sui princípi generali, principalmente alimentato in riferimento al testo normativo che di essi fa primario utilizzo: la Carta costituzionale. Facilmente intuibile è quanto breve sia stato il passaggio dalla negazione del

⁸⁴ *Ivi*, p. 325-326.

⁸⁵ *Ivi*, p. 307-308.

⁸⁶ *Ivi*, p. 316.

⁸⁷ *Ivi*, pp. 255 ss., 308 ss. I princípi generali, quali *matrici* del diritto positivo storicamente condizionato, riposerebbero sul “*fondo comune del diritto positivo e dell'ethos, quale si denunzia nel costume sociale generalmente osservato (...) e negli ideali di vita che esso suggerisce*”: *ivi*, pp. 312, 319.

valore normativo dei principi espressi all'assegnazione di una funzione puramente programmatica a quelli costituzionali⁸⁸.

Le disposizioni costituzionali di principio sono ritenute suscettive non già di *applicazione* giudiziale, bensì – se del caso – di *attuazione* ad opera del legislatore, solamente al quale compete di dotarle del campo di applicazione (la fattispecie) di cui sono prive⁸⁹. La Costituzione è allora servente non altro che a dettare le regole del gioco. Definisce i procedimenti per la valida formazione della legge e traccia la *sfera dell'indecidibile*⁹⁰, sottraendo certi beni – protetti *sub specie* di diritti costituzionali – alla libera disponibilità del circuito deliberativo della politica.

L'attività legislativa è, nei limiti *esterni* costituzionalmente predefiniti, libera nel fine. In un quadro di incomunicabilità tra diritto pubblico e privato, difettando criteri e valori che complessivamente facciano sistema, ovverosia che coordinino e conformino in positivo la produzione legislativa, questa si parcellizza in branche, settori e micro-settori⁹¹, ciascuno avente autonomi principi inidonei a imporsi all'esterno⁹².

⁸⁸ Sulla suddivisione delle norme costituzionali in precettive e programmatiche, cfr. Cass. pen., SS.UU., 7 febbraio 1948, in *Foro it.*, 1948, IV, c. 81.

⁸⁹ Sulla distinzione tra attuazione e applicazione della Costituzione, ma su altro versante teorico, si veda M. LUCIANI, *Ermeneutica costituzionale e "massima attuazione della costituzione"*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Napoli, 2018, p. 43 ss. Rigida la posizione di N. IRTI, *o.u.c.*, p. 78, 81, il quale biasima gli enunciati di principio, etichettandoli quali *merci di contrabbando e affaccendato o affaristico tramestio linguistico*, avversativi della logica propria del diritto, che sarebbe quella *dello schematico e del tipico*.

⁹⁰ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 14, 1998, 2, p. 15.

⁹¹ Così N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1986, p. 25, per il quale le leggi e i diritti speciali "*costituiscono micro-sistemi di norme con proprie autonome logiche*", insuscettibili di estensione analogica.

⁹² Un'eco di questo approccio può, a titolo esemplificativo, rinvenirsi nella proposta di suddivisione – in compartimenti stagni – delle "categorie" contrattuali in primo, secondo e terzo contratto. Sul tema, si veda: G. GITTI-G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008.

Netta è la separazione dello spazio giuridico tra legislazione e Costituzione⁹³, che sono fonti rispettivamente *di* produzione e *sulla* produzione del diritto. Mentre la prima riceve vera e propria applicazione ad opera del giudice, quello comune, l'altra no, essendo mero parametro per il vaglio di legittimità della legge (*id est*: di rispetto della *sfera dell'indecidibile*), spettante alla Corte costituzionale. La quale è giudice della legge in senso stretto, cd. legislatore negativo⁹⁴ che deve annullare la legge incostituzionale ma non anche attivamente concorrere al processo di attuazione della Costituzione⁹⁵.

Neppure la mancanza di regola legislativa renderebbe opportuna l'applicazione della Costituzione. Qui a disciplinare il caso concreto provvede, se non i principi di diritto nettamente intesi, la regola generale esclusiva⁹⁶. E allorché a questa norma, alla legge immanente, si attagliano dubbi di costituzionalità, giammai il giudice può disapplicarla, essendo invece tenuto a sottoporla al giudizio della Corte costituzionale⁹⁷.

Come è stato rilevato⁹⁸, una costruzione del genere può reggere se i confini tra Costituzione e legge – e quindi delle funzioni di Corte costituzionale e giudice comune – siano fissati da disposizioni costituzionali chiare e precise e se la loro interpretazione sia ad ogni modo effettuata

⁹³ G. PINO, *Costituzione come limite, costituzione come fondamento, costituzione come assiologia*, in *Diritto e Società*, 2017, 1, p. 95 ss.

⁹⁴ H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)* (1928), ora in ID., *La giustizia costituzionale*, trad. a cura di C. Geraci, Milano, 1981, p. 173: “Per quanto si possa distinguerle, la differenza tra la funzione giurisdizionale e la funzione legislativa consiste anzitutto nel fatto che questa crea norme generali mentre quella crea solo norme individuali. Ora, annullare una legge significa porre una norma generale, giacché tale annullamento ha lo stesso carattere di generalità della formazione della legge, essendo per così dire una formazione di segno negativo, e quindi una funzione legislativa. E un tribunale che ha il potere di annullare le leggi è di conseguenza organo del potere legislativo”.

⁹⁵ G. PINO, *o.c.*, p. 100.

⁹⁶ Su cui si veda, *supra*, § 1.2.

⁹⁷ In tal senso R. GUASTINI, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001, pp. 241-242.

⁹⁸ G. PINO, *o.c.*, p. 95 ss.

attraverso tecniche che consentano di individuare diritti costituzionali aventi contenuto – dal legislatore inviolabile – ben definito⁹⁹. Tecniche tra cui, in particolare, si annoverano l'argomento dell'intenzione soggettiva del legislatore costituzionale nonché, contraddittoriamente, la cd. interpretazione della Costituzione alla luce della legge¹⁰⁰ che, da oggetto di giudizio, ne diviene invece parametro.

1.5. Il riconoscimento della natura normativa dei principi e le distinzioni, c.dd. forte e debole, tra essi e le regole. La Costituzione come fondamento della giuridicità

Qualora si avverta la necessità di non degradare i principi – *in primis* costituzionali – a enunciazioni programmatiche *tali da lasciare il tempo che trovano*¹⁰¹, si dà finalmente riconoscere che la Costituzione è fondamento della giuridicità e vertice della gerarchia delle fonti, non possono che a essi autenticamente attribuirsi valore e forza di norma. Il problema diventa allora di elaborazione di nuove tecniche applicative, conformi alla struttura del principio quale norma: a) linguisticamente generica e vaga, a cagione dell'apertura semantica che esibisce; b) deonticamente indeterminata, attesa la carenza della premessa e/o delle conseguenze di applicazione¹⁰².

⁹⁹ In altre parole, occorre che i principi siano depotenziati al punto da non essere più tali.

¹⁰⁰ Tecniche ad esempio impiegate, quantomeno formalmente, da Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, parte I, c. 1367 ss.: “*la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942 (...). Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto*”. Sull'interpretazione delle disposizioni costituzionali alla luce della legislazione ordinaria, si veda R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, p. 18 ss.

¹⁰¹ E. BETTI, *o.c.*, p. 313.

¹⁰² In questo senso R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. a cura di L. Di Carlo, Bologna, 2012, p. 82 ss. Cfr. G. BONGIOVANNI, *Il neocostituzionalismo: i temi e gli autori*, in AA.VV., *Filosofia del diritto*, cit., p. 65.

Sul punto la ricostruzione teorica e pratica è tributaria delle riflessioni del neocostituzionalismo, teoria del diritto sorta in opposizione al giuspositivismo¹⁰³. Ribaltando integralmente l'asserto – vero e proprio mito – della separazione tra diritto e morale, la teoria propugna la centralità dei principi¹⁰⁴ affermati nelle costituzioni, lunghe e rigide, del secolo scorso. Costituzioni che, non limitandosi a incensarle, statuiscono tavole di valori che richiedono *diretta* applicazione al fatto concreto¹⁰⁵, cioè di là da mediazioni di legge e clausole generali¹⁰⁶.

I principi costituzionali esigono concretamento contenutistico¹⁰⁷, alternativamente effettuato: dal legislatore, a mezzo dell'emanazione di regole

¹⁰³ Tra i cui principali esponenti notoriamente s'annoverano R. Dworkin, R. Alexy, C.S. Nino e G. Zagrebelsky. Il secondo, in particolare, in ID., *Law, Morality, and the Existence of Human Rights*, in *Ratio Juris*, 1, 2012, p. 6, definisce la sua teoria “non positivismo inclusivo”.

¹⁰⁴ Il principio “è un bene iniziale che chiede di realizzarsi attraverso attività consequenzialmente orientate. Esso ha contenuto normativo rispetto all'azione o al giudizio. Il criterio di validità dell'azione e del giudizio è la riconducibilità logica al principio. L'agire e il giudicare “per principi” sono intrinsecamente regolati e delimitati dal principio medesimo di cui sono conseguenza: ex principiis derivationes”: G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, 2002, II, p. 873.

¹⁰⁵ Applicazione cui sono tenuti, a monte, gli stessi consociati, in segno del trapasso dall'agire prescrittivo all'agire elettivo, caratteristico della posmodernità. Nella azione elettiva “il sistema normativo continua a regolare sia i fini ed i mezzi che il loro rapporto reciproco ma si distingue appunto per un certo grado di libertà che permette all'attore di compiere delle scelte proprie anziché obbligarlo ad un corso d'azione determinato”: G. GERMANI, *Sociologia della modernizzazione*, Roma-Bari, 1975, p. 25. Su tali profili, si veda altresì M.A. QUIROZ VITALE, *Il diritto liquido*, Milano, 2012, spec. p. 11 ss. e p. 82 ss.

¹⁰⁶ “Mentre le norme – direi, le ‘vecchie’ norme ordinarie e costituzionali – si appagano della ‘validità’, del loro essere emanate secondo le procedure proprie dell'ordinamento considerato, i valori valgono in sé e per sé, non hanno bisogno di altre norme o di tramiti, ma si appoggiano soltanto su se stessi”: N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 27. Ma in tal modo per l'Autore (*ivi*, p. 28) “non si rende (...) buon servizio alle norme costituzionali, sovrapponendo ad esse, nella loro oggettiva positività, l'intuizionismo dei valori”.

¹⁰⁷ Ossia “riduzione a una formula che contenga una fattispecie riferibile a un accadimento storico e la conseguenza che ne deve derivare”: G. ZAGREBELSKY, *o.c.*, pp. 875-876.

a essi in maniera opaca¹⁰⁸ informate; dal giudice, all'atto della risoluzione di controversia concernente fatto non sussumibile in regola legislativa¹⁰⁹.

La mancanza o meno di fattispecie astratta rifluisce sul *modus operandi* del giudice. La regola, sempreché costituzionalmente legittima, offre a quest'ultimo la premessa maggiore della conseguenza giuridica da annodare al fatto (premesse minore), di modo che la relativa applicazione risponde alla logica del *tutto-o-niente*¹¹⁰. Essa postula *ubbidienza*¹¹¹: in tanto si applica e integralmente in quanto vi sia totale coincidenza tra premesse maggiore e minore del sillogismo, dovendosi escludere che alla verifica del fatto condizionante non consegua l'effetto previsto.

Di contro, ai principi *si aderisce*¹¹², andando loro ascritta la dimensione del peso o importanza¹¹³. Essi si prestano ad applicazioni graduali (*più-o-meno*), trattandosi di *precetti di ottimizzazione* (*Optimierungsgebote*), vale a dire di “*norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali*”¹¹⁴, alla luce delle quali si specifica volta a volta il relativo ambito applicativo, non predefinito né predefinibile in astratto. L'elasticità delle norme in parola ne fa essenziali strumenti di tutela ed espansione dei diritti.

¹⁰⁸ Differentemente dai principi, le regole non rivelano *expressis verbis* il valore che intendono realizzare, prescrivendo direttamente una modalità deontica (divieto, permesso o obbligo) funzionale al suo perseguimento. Cfr. G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 52; ID., *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 11, 2011, p. 75 ss.; S.R. PERRY, *Two Models of Legal Principles*, in *82 Iowa Law Review*, 1996, 7, p. 788.

¹⁰⁹ Si veda G. ZAGREBELSKY, *o.c.*, p. 876, per il quale detta concretizzazione guarda, nella prima ipotesi, agli accadimenti futuri; nell'altra, a quelli passati.

¹¹⁰ Così R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. F. Oriana, Bologna, 1982, p. 93, sull'assunto che la differenza tra principi e regole è di carattere logico; nonché R. ALEXY, *o.c.*, p. 107: “[s]e una regola è valida, allora è obbligatorio fare esattamente ciò che essa richiede, né più né meno. Le regole contengono determinazioni (Festsetzungen) nello spazio di ciò che è fattualmente e giuridicamente possibile”.

¹¹¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, p. 149.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ R. DWORKIN, *o.c.*, p. 96.

¹¹⁴ R. ALEXY, *o.c.*, p. 106.

La regola del caso concreto applicativa di principi è frutto di *bilanciamento* degli stessi, talché la massima attuazione possibile di uno di essi costituisce la massima inosservanza possibile degli altri – e viceversa. Possibilità giuridiche e fattuali di applicazione s'intrecciano. L'ambito delle prime è determinato da principi e regole collidenti¹¹⁵, ma le relazioni di compatibilità tra le norme sono tante quanto diversi *possano* essere i fatti di vita rispetto ai quali le norme stesse s'impongono. Il principio che prevale su altro principio sotto circostanze determinate, sotto altre può soccombere. “[I] *principi, nei casi concreti, hanno diverso peso, e (...) ha la priorità il principio con il peso di volta in volta maggiore*”¹¹⁶.

Da quanto descritto deriverebbe importante conseguenza. Mentre la risoluzione di antinomia tra regole è necessariamente affidata all'abrogazione ovvero all'annullamento di una di esse, l'incompatibilità tra principi importa esclusivamente disapplicazione di quelli ritenuti inappropriati a disciplinare il caso esaminato. Diversamente dalla seconda, nella prima ipotesi la norma recessiva non racchiude più interesse protetto dall'ordinamento.

Per vero, la descrizione di principi e regole quali norme costituenti categorie assolutamente distinte¹¹⁷ – con conseguente differenziazione di tecniche applicative (rispettivamente, bilanciamento e sussunzione) – si mostra troppo rigida e di conseguenza inidonea a qualificare norme che, al tempo stesso, esibiscano tratti caratteristici sia delle prime che degli altri.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ivi*, p. 110.

¹¹⁷ Distinzione cd. forte, prospettata, oltre che dai sopracitati R. Dworkin, R. Alexy e G. Zagrebelsky., da R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 9 ss.; F. MODUGNO, *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in ID. (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, 2000, pp. 85 ss; L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in ID., *Ermenutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 126 ss.; A. BALDASSARRE, *L'interpretazione della costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, pp. 215 ss.

Basti già solo pensare alle regole contenenti clausole generali o comunque elementi normativi¹¹⁸.

Da più ampio angolo visuale, le disposizioni “*presentano sempre un certo grado di indeterminazione e consentono la estraneazione di una pluralità di norme*”¹¹⁹. Ogni regola è principio nella misura in cui è ermeneuticamente possibile estenderne l'applicazione a casi diversi da quelli contemplati dalla fattispecie¹²⁰. D'altro canto, la regola è altresì principio, come tale sottoposta a valutazioni di peso e importanza, allorché queste ultime suggeriscano di non applicarla a causa della sua *inadeguatezza* alle circostanze fattuali, con ciò non disconoscendosi il valore (*id est*: principio) di cui è portatrice¹²¹, da realizzare in altri contesti di valutazione.

In conclusione, la tecnica del *tutto-o-niente*, estranea all'operatività sia dei principi che delle regole, non può utilmente né legittimamente essere inserita nello strumentario ermeneutico del giurista. La si voglia chiamare regola o

¹¹⁸ Del che, tra l'altro, hanno consapevolezza gli stessi autori neocostituzionalisti. In tal guisa R. DWORKIN, *o.c.*, pp. 97-98, il quale, premettendo che “[q]ualche volta una regola e un principio possono giocare quasi lo stesso ruolo e la differenza fra di essi è pressoché solamente una questione di forma”, prende atto che termini quali “ragionevole”, “negligente”, “ingiusto”, “significativo” facciano funzionare la previsione normativa logicamente come regola ma sostanzialmente come principio; nonché R. ALEXY, *o.c.*, p. 121, che ammette la defettibilità – cioè la possibilità di disapplicazione – delle regole attraverso l'inserimento di clausole d'eccezione che “*non sono, diversamente da quanto suppone Dworkin, teoricamente numerabili*”.

¹¹⁹ A. FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2018, p. 807.

¹²⁰ In questo senso anche la norma eccezionale, “*in quanto singolare relazione tra regola e principio*”, è applicabile analogicamente “*all'interno del proprio contesto: in tutte le ipotesi ascrivibili a quella relazione è giustificabile l'applicazione analogica*”: P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, p. 12. Di qui, tranne che per le fattispecie penali incriminatrici, andrebbe rivalutata l'utilità della differenza tra interpretazioni estensiva e analogica, e dunque dello stesso art. 14 disp. prel. cod. civ. Infatti, “*che il procedimento analogico venga chiamato in certe situazioni interpretazione estensiva non è tanto il riconoscimento da parte del giudice di un limite alla propria libertà interpretativa di fronte all'art. 14 prel., quanto un modo per giustificare un limite superato*”: N. BOBBIO, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia*, in *Giur. it.*, 1968, c. 696.

¹²¹ La regola, in casi del genere, non può perciò ritenersi invalida o abrogata.

principio, conta la ragione della decisione¹²², come ricavata dal materiale legislativo vigente, talché del tutto graduale è la distinzione che si voglia tracciare tra regole e principi¹²³.

Cionondimeno, delle impostazioni neocostituzionaliste va conservata l'idea del conferimento di valore normativo ai principi anche ove del tutto privi di fattispecie¹²⁴, sicché essi a pieno titolo integrano “l'insieme delle ragioni

¹²² Ai sensi dell'art. 118 disp. att. cod. proc. civ., la motivazione della sentenza consiste nella succinta esposizione dei fatti di causa e, significativamente, delle *ragioni giuridiche della decisione*, anche con riferimento a precedenti conformi.

¹²³ Secondo A. FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, cit., p. 807, riprova di ciò è il disaccordo che sovente si riscontra tra gli studiosi in ordine alla qualificazione di determinate norme come regole o principi. A titolo esemplificativo, Luigi Ferrajoli afferma che la maggior parte dei principi costituzionali in realtà sia, contrariamente a quanto comunemente si ritiene, un complesso di regole, per l'appunto definite principi *regolativi* (cfr. ID., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, p. 2771 ss.). Nel senso del carattere quantitativo della distinzione in analisi, già V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 39: “[L]a differenza tra norme particolari e norme-principio è dunque essenzialmente relativa, e spesso praticamente irrilevante, poiché una norma che si atteggia come principio, se considerata rispetto ad una o più altre subordinate, appare invece come semplice norma particolare nei confronti di una norma-principio ulteriore, che la ricomprenda a sua volta”; si vedano altresì: A. FEDERICO, *o.c.*, p. 805 ss.; G. PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 75 ss.; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, p. 429 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi* (1985), ora in ID., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino, 2008, p. 173 ss.; M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2008, p. 108 ss.; A. PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, 1982, p. 19 ss.; P. COMANDUCCI, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in ID., *Assaggi di metaetica due*, Torino, 1998, p. 81 ss.; L. FERRAJOLI, *o.m.c.*, p. 2771 ss.; W. TWINING-D. MIERS, *Come fare cose con regole*, Milano, 1990, p. 180 ss.

¹²⁴ S'intende qui per fattispecie il “fatto (o talora un complesso di fatti), descritto ipoteticamente da una norma ad indicare quanto deve verificarsi affinché si produca una data conseguenza giuridica”: A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 13. *Contra*: G. D'AMICO, *Problemi dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato*, in G. ALPA-G. CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018, p. 389, che osserva che non può aversi assoluta mancanza di fattispecie, altrimenti “qualunque principio sarebbe applicabile a qualunque situazione di fatto”; nonché, ma muovendo da diversa nozione di fattispecie, G. PINO, *Costituzione come limite, costituzione come fondamento, costituzione come assiologia*, cit., p. 96, nt. 14, al quale “sfugge cosa mai possa essere una norma senza fattispecie, quantomeno se definiamo la fattispecie come il campo di applicazione della norma stessa”.

che possono portare alle decisioni”¹²⁵; nel quale (insieme) il diritto va identificandosi come “*complessa pratica interpretativa ed argomentativa*”¹²⁶.

“*Il valore (...) non ha bisogno di fattispecie, di una qualche figura o descrizione di fatti, poiché vale in sé*”¹²⁷. Non aderendo a tale esito, ai principi espressi si finirebbe per riservare unicamente rilevanza interpretativa, quali *meta*-norme integranti il *fondamento giustificativo* (*id est*: la *ratio legis*) di norme, esplicite o implicite, tratte da leggi ordinarie, ma si negherebbe che possano direttamente applicarsi ai singoli casi¹²⁸.

La Costituzione, invece, permea in modo diretto e completo l’ordinamento; “*pressoché ogni conflitto giuridico si trova in un immaginario spazio giuridico nel quale si sovrappongono le aree di protezione di due o più diritti o interessi costituzionali*”¹²⁹, legislativamente disciplinati o no.

Tutti i giudici, nel rispetto delle diverse funzioni attribuite dall’ordinamento costituzionale e processuale, fanno delle norme costituzionali – e delle altre – l’*oggetto diretto* della loro attività interpretativo-applicativa¹³⁰, in tal guisa concorrendo all’attuazione del disegno costituzionale di società giusta. La Corte costituzionale non è mero legislatore negativo.

La mancanza di fattispecie rende le norme costituzionali perfetti strumenti di “ottimizzazione” costituzionale di ogni norma e settore

¹²⁵ G. BONGIOVANNI, *Il neocostituzionalismo*, cit., p. 69.

¹²⁶ P. CHIASSONI, *Positivismo giuridico*, cit., p. 38.

¹²⁷ Così, criticamente, N. IRTI, *o.u.c.*, p. 28.

¹²⁸ Così C. LUZZATI, *Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica*, in AA.VV., *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico* (a cura di G. D’Amico), Milano, 2017, pp. 31-32.

¹²⁹ R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2002, 2, p. 123. Allo stesso modo Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 996, nonché P. PERLINGIERI, *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Annali SISDiC*, 2017, 1, p. 3: “*se ogni interesse è correlabile almeno ad un valore, mediante l’analisi degli interessi si dovranno individuare quali fra essi estrinsecano valori che hanno nella Costituzione hanno riconoscimento e tutela*”.

¹³⁰ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 203.

dell'ordinamento, finalmente inteso come sistema e non già somma di monadi giuridiche¹³¹. La sfida che lanciano i principi generali dell'ordinamento è quella di responsabilizzare l'interprete¹³² in ordine alla consapevolezza che il dato etico, morale e ideologico non solo penetra, con l'avvento della Costituzione, in quello giuridico, bensì ne costituisce il momento giustificativo. Il valore è positivizzato, è norma, *id est*: principio.

La realizzazione dei valori costituzionali assurge a fondamento di validità e applicazione di qualsivoglia norma giuridica. L'attività legislativa non è libera nei fini, sicché la validità stessa dev'essere concepita, oltre che come conformità alle norme formali sulla produzione giuridica, anche e soprattutto in senso sostanziale. E non solo sotto forma di rispetto di limiti negativi costituiti dai diritti costituzionali¹³³, bensì in termini di piena *legittimità*, quale (*positiva*) attuazione *dei valori (espressi dai corrispondenti principi) costituzionali*¹³⁴.

¹³¹ In quest'ottica, che sottende anche la necessità di superare la visione di un diritto pubblico antitetico al diritto privato, la migliore dottrina ha proposto di discorrere, anziché di diritto privato, di diritto civile, da intendersi quale “*diritto dei cives, titolari di diritti nei confronti non solo degli altri cittadini, ma anche dello Stato e del mercato*”: *ivi*, pp. 138-139.

¹³² Cfr. P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *o.c.*, pp. 115-116.

¹³³ Cfr., *supra*, § 1.4.

¹³⁴ P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *o.c.*, p. 25. Non è più “questione di metodo, *ma, per così dire*, (...) di merito: *non della legalità, ma della legittimità del diritto*”: N. IRTI, *La filosofia di una generazione*, cit., p. 96. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 87, indica la trasformazione del principio di legalità *in una sorta di principio di giuridicità*.

2. I principi generali e la costituzionalizzazione del diritto privato

2.1. I principi generali oltre e nel giuspositivismo

Ogni regola è il prodotto del bilanciamento di una pluralità di principi¹³⁵. Scopo dell'interpretazione è proprio quello di dare concretizzazione contenutistica ai principi generali dell'ordinamento per quanto rilevanti nel caso concreto¹³⁶, alla stregua di “*un blocco di ghiaccio che, a contatto con le circostanze concrete della vita, si spezza in molti frammenti, in ciascuno dei quali si trova la stessa sostanza del blocco originario*”¹³⁷.

Non può allora revocarsi in dubbio che ciò ponga l'ermeneutica, quale attività di costruzione di significati normativi, al centro del fenomeno giuridico. Il riferimento ai principi generali, esplicito o no, è connaturale al procedimento applicativo, con conseguente rigetto dell'idea dell'analogia quale *extrema ratio* nonché di ogni possibilità di distinzione tra *analogia legis* e *analogia iuris*¹³⁸. Se da qui ci si possa spingere verso l'attribuzione all'interpretazione giudiziale, quella immediatamente funzionale all'applicazione, ruolo di fonte del diritto è tema che ora qui occupa.

¹³⁵ “Ogni norma postula il suo principio”: V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in AA.VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, p. 240.

¹³⁶ Anche la regola legislativa più eccezionale risponde a una *ratio legis* riflettente una particolare modalità di combinazione di principi, attenendo l'eccezionalità, ancor prima che alla regola, alla singolarità di tale combinazione. Cfr. P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *o.c.*, pp. 11-12, i quali distinguono tra eccezionalità da concorso atipico di principi ed eccezionalità da attuazione atipica di principio.

¹³⁷ La bella metafora è utilizzata da G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 873.

¹³⁸ Così N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia* (2011), ora in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 70. Cfr., *supra*, nt. 29.

Il momento applicativo e decisionale è creativo del diritto? Il superamento della concezione del diritto come insieme di regole, di comandi implica anche quello, a piè pari, dello stesso giuspositivismo? Tentativi di risposta possono essere avanzati solamente in esito all'indagine del rapporto sussistente tra interessi e princípi, tra cultura e norme di diritto positivo.

Un certo ordine di idee intravede l'essenza della normatività, se non un vero e proprio ordinamento giuridico altro rispetto a quello positivo¹³⁹, nei valori sociali per come messi in evidenza dalle prassi. Il valore è norma in quanto socialmente condiviso, il diritto è *vivente* in quanto *spontaneamente attuato*. Su questa base, opzioni di taglio giusrealistico e/o sociologico demandano alla comunità interpretativa¹⁴⁰, all'effettività e, di qui, alla giurisprudenza il compito di carpire i valori sociali al fine di farne oggetto di applicazione¹⁴¹, non nutrendosi dubbio alcuno sulla designazione della giurisprudenza quale fonte formale di produzione di norme giuridiche¹⁴² o quantomeno di indice di effettività della norma¹⁴³.

¹³⁹ Cfr. S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto* (1954), ora in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, p. 87 ss.

¹⁴⁰ Su cui, su tutti, si vedano F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto ed interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 1999; E. PARIOTTI, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000.

¹⁴¹ Tale opzione ricostruttiva pare in certa misura essere sottesa all'art. 79 d.l. 21 giugno 2013, n. 69, che prevede la modificazione, poi decaduta per mancata conversione, dell'art. 118 disp. att. cod. proc. civ., mediante sostituzione del primo e del secondo comma con il seguente: "La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella concisa esposizione dei fatti decisivi e dei princípi di diritto su cui la decisione è fondata, anche con esclusivo riferimento a precedenti conformi ovvero mediante rinvio a contenuti specifici degli scritti difensivi o di altri atti di causa. Nel caso previsto nell'articolo 114 del codice debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione".

¹⁴² Così N. LIPARI, *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 207.

¹⁴³ Si vedano, tra gli altri, C.M. BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, Milano, 2002, p. 43 ss.

L'idea di una giuridicità *altra* che muova dal basso della realtà pratica ed empirica della vita associata¹⁴⁴ conduce autorevolmente a identificare le norme con i valori sociali¹⁴⁵ e la sociologia in una “*tecnica di conferma di esiti attuati in punto di fatto e, per ciò stesso, giuridicizzati*”¹⁴⁶ e ricondotti a posteriori a quello o a quell'altro enunciato, sull'assunto che problema del posmoderno non sia quello di enucleare la norma dalla disposizione, bensì di reperire preventivamente la fonte stessa¹⁴⁷. Il dato positivo sarebbe in grado di esprimere norme – e pertanto di *divenire* fonte – se e in quanto esse facciano capo a valori diffusi nel contesto storico-sociale del momento¹⁴⁸, per come recepiti dalla comunità interpretativa.

Siffatta impostazione, se sicuramente ha il pregio di esaltare il carattere storico ed esperenziale del diritto, pecca per eccesso nella misura in cui esaspera il condizionamento sociologico del processo ermeneutico, così rischiando di ridurre il diritto a prassi ed esautorare l'aspetto ideale e promozionale del diritto positivo¹⁴⁹. Quello della creatività

¹⁴⁴ Cfr. V. SCALISI, *Dalla Scuola di Messina un Contributo per l'Europa*, in P. PERLINGIERI-A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 195.

¹⁴⁵ In quest'ottica, “*la soluzione va accolta non per la forza di un enunciato, ma per la persuasività di una motivazione, forza che non può che discendere, all'interno di una comunità interpretativa, dal suo richiamo ad un quadro di valori condivisi*”: N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del posmoderno* (1998), ora in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 277. L'Autore osserva che i principi costituzionali, in particolare, “*allargano l'ambito di riferimento del giudice inducendolo a valutare i valori prevalenti nel contesto sociale in relazione ai beni e agli interessi implicati nel conflitto*”: ID., *Intorno ai “principi generali del diritto”* (2016), ora in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 96.

¹⁴⁶ E non già “*in un possibile procedimento per attribuire significato ad un enunciato*”: N. LIPARI, *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del posmoderno*, cit., p. 277.

¹⁴⁷ N. LIPARI, *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, cit., p. 209, nt. 37.

¹⁴⁸ Cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 323, sulla scia dell'insegnamento di P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953, p. 431: “*la voluntas di chi detiene il potere legislativo tanto più vale quanto più è razionalizzata dalla vita dell'ordinamento, convalidata dalle conferme della sua validità*”.

¹⁴⁹ In tal senso P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 93 ss. Sovrapporre effettività a esistenza del diritto, peraltro, appiattisce la profondità della distinzione, elaborata da Angelo Falzea, tra *tipo di vita* e *stile di vita* della società: “*l'uno rappresentato dal modello di esistenza comune che la società riesce in concreto a costituirsi; l'altro dal più ambizioso modello di una esistenza migliore che la società è perennemente impegnata a realizzare*”. Non

dell'interpretazione è problema che va impostato nell'ossequio ai principi, costituzionalmente accolti, di legalità e di separazione dei poteri: i giudici sono soggetti (soltanto) alla legge (art. 101 Cost., co. 2).

“La teoria dei valori ha cancellato dal nostro dibattito il problema delle lacune[, tutto si è ormai riempito”¹⁵⁰. Essa è conforme a legalità se e nella misura in cui la *posizione* dei valori normativi compete esclusivamente al potere legislativo, essendo invece di spettanza dell'interpretazione la concreta attribuzione – che è creazione – di significato ai valori stessi.

La norma deriva dall'interpretazione, storicamente condizionata, 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. Per questa ragione essa norma non perde la propria *virtualità* e la propria *perfettibilità*, non identificandosi il *dover essere* nell'essere e ben potendo l'ordinamento complessivamente inteso “*esprimere valori anche più progrediti rispetto all'interpretazione corrente sia pure giurisprudenziale*”¹⁵¹. Virtualità e perfettibilità implicanti che i valori siano *verità provvisorie*, “*oggettività ideali, il cui modo di*

persuasivo risulta però l'affidare, da parte del Maestro messinese, esclusivamente ai principi costituzionali l'implementazione dello stile di vita. Cfr. A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico* (1998), ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, p. 485 ss.; nonché ID., *I principi generali del diritto*, *Relazione introduttiva* al Convegno dell'Accademia dei Lincei su *I principi generali del diritto*, Roma, 27-29 maggio 1991, ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., p. 359, ove si legge: “*nell'entrare a far parte del diritto positivo i principi fondamentali non perdono del tutto l'originario tratto ottativo, che consente ad essi di mantenere le distanze dalle norme comuni e di tenerne in costante evidenza, col fatto stesso della loro presenza, la condizione di perfettibilità, proponendosi come modello e traguardo del loro perfezionamento*”.

¹⁵⁰ N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 27.

¹⁵¹ P. PERLINGIERI, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia* (1978), in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 91. “*Il maggiore impegno non è tanto nell'individuare costanti e diversità di comportamenti, quanto soprattutto nel sottoporli al giudizio di meritevolezza, sí da impedire che una pratica distorta possa con il tempo incidere talmente sulla cultura e sulla formazione del giurista da condizionare l'attuazione delle scelte del legislatore e tradire ogni istanza di rinnovamento fondata sulla sovranità del consenso legittimamente manifestato*”: ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 110-111.

essere non è l'esistenza, ma la possibilità": per non "scadere nel soggettivismo e nel relativismo empirico dei valori, alla cui stregua tutto si riduce a un problema di rilevazione statistica delle valutazioni correnti", occorre contentarsi di una semplice verosimiglianza dei giudizi di valore¹⁵².

La creatività dell'interpretazione – e della giurisprudenza – è altro dalla creatività del legislatore, la prima supponendo l'avvenuto esercizio dell'altra¹⁵³. L'ermeneutica effettua provvisorie e perciò perfettibili specificazioni di senso dei valori enucleabili dal diritto positivo, è creativa ma non arbitraria proprio perché attività di interpretazione e qualificazione di fatti a mezzo di datità assiologiche preesistenti che all'interprete non è dato di non applicare ove non rispondenti al gradimento dei più. L'argomentazione è creativa perché asseconda la necessità di sviluppo, rispetto a evoluzioni sociali e/o normative, dei valori stessi, dovendosi invece escludere che possa concorrere a porne¹⁵⁴. L'ambito di concorso è limitato, se si preferisce, alla *produzione di diritto soggettivo, ma non di diritto oggettivo*¹⁵⁵.

¹⁵² L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., pp. 123-124.

¹⁵³ N. LIPARI, *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, cit., p. 209. "Il legislatore e il giudice agiscono su piani diversi: l'uno introduce nell'ordinamento un *quid novi* che rende obbligatorio per tutti un precetto o una regola di comportamento; l'altro applica al caso concreto la legge intesa secondo le comuni regole dell'ermeneutica (...) e in tal modo ne disvela il significato corretto, pur sempre insito nella stessa, in un dato momento storico, quale espressione di un determinato contesto sociale e culturale. La giurisprudenza assolve (...) a una funzione meramente dichiarativa, intesa a riconoscere l'esistenza e l'effettiva portata del diritto già posto (art. 101 Cost., comma 2)": Cass., SS.UU., 12 febbraio 2019, n. 4135, in www.dejure.it.

¹⁵⁴ "Scaturisce dalla sensibilità dei migliori giuristi ciò che dà origine a quelle interpretazioni fortemente evolutive nell'ordinamento, mai tuttavia inventando ex novo il diritto, ma procedendo nel senso di 'estrarre' dal dettato costituzionale quei segmenti di valore che essi sono in grado di intuire dal loro tenore complessivo e di introdurre nel gradimento sociale come un dato che non da tutti è inizialmente percepito come espressione del nostro ordinamento, ma che successivamente rende disponibili alla sua accettazione": L. LONARDO, *Ordine pubblico*, in G. PERLINGIERI-M. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 10-11 novembre 2016, Napoli, 2017, p. 329.

¹⁵⁵ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2013, p. 4. Il giudice svolge il "ruolo – costituzionalmente diverso da quello affidato al legislatore – di organo chiamato, non a produrre un *quid novi* sulla base di una libera scelta o a stabilire una disciplina di carattere generale,

L'interesse socialmente emergente ed evidenziato dal caso oggetto di giudizio merita l'attenzione dell'interprete che non si trinceri dietro all'argomentazione *a contrario* in tal modo: esso costituisce oggetto di valutazione e non già di applicazione. La sua eventuale meritevolezza di realizzazione discende non altro che dall'applicazione di principio del quale la regola del caso concreto, soddisfattiva di quell'interesse, è *nuova* modalità di attuazione. “[U]na valutazione di carattere meramente fenomenologico (...) non ha titolo di pervadere il ragionamento quando essa non sia riguardata secondo la prospettiva giuridicamente orientata delle norme positive di riferimento”¹⁵⁶.

Nell'interesse, insomma, il principio rinviene l'*occasione* del proprio sviluppo e quindi dell'ottimizzazione del valore di cui è portatore. In tal senso è possibile sostenere che *ex facto oritur ius*: il fatto concorre alla definizione della normativa – e non ne è fonte esclusiva – perché non v'è interpretazione né bilanciamento “*se non si conoscono e si raffrontano le peculiarità [e quindi gli interessi] che caratterizzano il fatto*”¹⁵⁷.

Così, ad esempio, secondo consolidato orientamento delle Corti costituzionale e di Cassazione¹⁵⁸, la protezione giuridica delle coppie, eterosessuali o omosessuali, non coniugate e aventi stabile relazione, discende non già e di per sé dalla diffusione sociale di convivenze e famiglie di fatto non rimontanti al tradizionale modello matrimoniale, bensì dal riconoscimento che quelle coppie costituiscono, ai sensi dell'art.

ma a individuare e dedurre la regola del caso singolo bisognoso di definizione dai testi normativi e dal sistema”: Cass., SS.UU., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.*, 2017, I, c. 477 ss.

¹⁵⁶ V. BARBA, *sub art.* 1197, in E. GABRIELLI, (diretto da), *Commentario del codice civile. Delle obbligazioni. Artt. 1173 - 1217*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2012, p. 576.

¹⁵⁷ P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, cit., p. 666.

¹⁵⁸ Cfr., su tutte, Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1361 ss., con nota di F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*; Cass., Sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, in *Giur. it.*, 2012, p. 742 ss.

2 Cost., formazioni sociali in cui ha svolgimento la personalità degli individui che la compongono¹⁵⁹.

Altro esempio è offerto da quella giurisprudenza¹⁶⁰ che, quantunque confermi la bipolarità del sistema della responsabilità aquiliana, traducendosi nell'atipicità del danno patrimoniale e nella tipicità di quello non patrimoniale, ritiene che l'apertura dell'art. 2 Cost. incanali l'art. 2059 cod. civ. verso la configurazione di una *tipicità evolutiva* del danno non patrimoniale¹⁶¹, ovvero sia tale da “*consenti[re] all'interprete [di] rinvenire nel complessivo sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano, non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale attenendo a posizioni inviolabili della persona umana*”.

Ancóra, può richiamarsi quel risalente orientamento¹⁶² alla stregua del quale, in caso di assenza di vincolo contrattuale, il paziente non può pretendere la prestazione sanitaria dal medico ma, se questi ciononostante interviene, l'esercizio della sua attività non può essere contenutisticamente differente da quello che abbia fonte contrattuale: gli artt. 2 e 32 Cost. s'annoverano tra le fonti dell'ordinamento in conformità del quale l'intervento medico è considerato fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 cod. civ., talché l'eventuale responsabilità del medico ha radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria, con imputazione di responsabilità a contenuto

¹⁵⁹ Orientamento recepito dal legislatore che, con la l. 20 maggio 2016, n. 76, “*istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto*” (art. 1, co. 1).

¹⁶⁰ Cass., SS.UU., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 913 ss.

¹⁶¹ E. NAVARRETTA, *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in EAD. (a cura di), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004, p. 12.

¹⁶² Cass., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 441 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

contrattuale e non già ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. Anche qui la fonte di disciplina è la norma, non il cd. contatto sociale qualificato in sé¹⁶³.

Contatto che viene evocato¹⁶⁴, peraltro, per configurare come contrattuale la responsabilità precontrattuale, di cui agli artt. 1337 e 1338 cod. civ., della pubblica amministrazione relativamente a comportamenti da essa serbati antecedentemente al (mancato) perfezionamento del vincolo contrattuale, ma ciò sembra puramente esornativo, dacché “*reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione ex art. 2946 c.c.*”, derivano non già dal contatto, bensì dagli stessi artt. 1337 e 1338.

2.2. Il valore (para)normativo della giurisprudenza monofilattica alla luce della disciplina del processo civile

L'interpretazione deve assecondare orientamenti correnti e prassi sociali emergenti solamente ove quegli orientamenti e prassi riflettano ciò che possa autenticamente definirsi norma, siano cioè la migliore modalità possibile di implementazione, *id est*: la più *ragionevole*, (dei valori) del sistema giuridico nel momento storico dato¹⁶⁵.

L'oscillazione che caratterizza la ricostruzione del ruolo della giurisprudenza, tra fonte formale e formante¹⁶⁶ sostanziale di norme

¹⁶³ *Contra*: F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, 1, p. 119, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, che ritiene che il richiamo al diritto alla salute (art. 32 Cost.) si traduca in “*un tiepido omaggio destinato a restare sullo sfondo o in una incauta applicazione di principi costituzionali*” e che il nucleo della decisione sia altro, ossia l'assimilabilità del rapporto di fatto o da contatto sociale a un rapporto contrattuale.

¹⁶⁴ Cass., Sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Corr. Giur.*, 2016, p. 1504 ss.

¹⁶⁵ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 540, perspicuamente evidenzia la natura per definizione evolutiva dell'interpretazione.

¹⁶⁶ R. SACCO, voce *Formante*, in *Dig. disc. Priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 438 ss.

giuridiche, ha immediati riscontri nella disciplina del processo civile¹⁶⁷, avuto particolare riguardo agli artt. 65 ord. giud. (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12), 374, 363 cod. proc. civ. e, da ultimo (per gli effetti della l. 18 giugno 2009, n. 69), 118 disp. att. cod. proc. civ. e 360-*bis* cod. proc. civ., n. 1). Quest'ultima disposizione, sancendo l'inammissibilità del ricorso per Cassazione “*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*”, non può che rappresentare recisa presa di posizione del legislatore in ordine al valore vincolante, da un lato, e perfettibile, dall'altro, dell'interpretazione della Corte di Cassazione che, nelle vesti di organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, nonché l'unità del diritto oggettivo nazionale (art. 65 ord. giud.)¹⁶⁸.

L'art. 360-*bis*, allo scopo di “filtrare” ricorsi “inconsistenti”, esime la Corte dal prendere posizione sull'orientamento giurisprudenziale corrente, laddove la pronuncia impugnata si sia adeguata alla giurisprudenza di legittimità e il ricorrente non l'abbia criticata adeguatamente. Trattasi di “inammissibilità di merito”, compatibile con la garanzia dell'art. 111 Cost., co. 7¹⁶⁹. Ne deriva, con tutta evidenza, che non può più ritenersi – se mai sia stato possibile – che la nomofilachia della Corte spieghi un'efficacia solamente *persuasiva*, come se l'autorità

¹⁶⁷ Ma lo stesso è a dirsi per i processi amministrativo (art. 99 cod. proc. amm.), penale (art. 618 cod. proc. pen., come recentemente novellato dall'art. 1, l. 23 giugno 2017, n. 103, co. 66) e contabile (artt. 11 e 117 cod. giust. cont. [adottato con il d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174]).

¹⁶⁸ Specularmente: ai sensi dell'art. 19 Trattato sull'Unione europea, la Corte di Giustizia dell'Unione europea “[a]ssicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati”; l'art. 11 cod. giust. cont., co. 1, dispone: “Le sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti, quali articolazione interna della medesima Corte in sede d'appello, sono l'organo che assicura l'uniforme interpretazione e la corretta applicazione delle norme di contabilità pubblica e nelle altre materie sottoposte alla giurisdizione contabile”.

¹⁶⁹ Così Cass., SS.UU., 21 marzo 2017, n. 7155, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1181 ss.

della relativa giurisprudenza sia meramente *morale* o *di fatto* e quindi come se il legislatore, con l'art. 65 cit., si limiti a raccontare o fotografare situazioni di fatto anziché attribuirne di diritto, contrariamente già alla rubrica (“*Attribuzioni della Suprema corte di cassazione*”)¹⁷⁰.

Di contro, il consolidato orientamento della Cassazione è vincolo, *giuridico* e non puramente morale, all'argomentazione dal quale è possibile bensì discostarsene, pena la violazione dei principi di legalità e di separazione dei poteri, ma soltanto “*per ragioni gravi o congrue a giustificare il sacrificio dei (...) principî della certezza del diritto e dell'uguaglianza, con il congiunto dovere di motivare tale distacco mediante l'allegazione di quelle ragioni*”¹⁷¹. Le quali certezza e uguaglianza, diversamente da quanto insegna il giuspositivismo legalistico, proprio nel rafforzamento del valore (quantomeno) paranormativo¹⁷² della giurisprudenza, e in particolare di quella nomofilattica, rinvengono importante fonte di nutrimento.

¹⁷⁰ G. GORLA, *L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi* (1976), ora in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, pp. 512 e 523, il quale *ivi*, p. 519, nt. 1, soggiunge che “*la funzione della Corte di cassazione di « assicurare la uniforme interpretazione della legge » non sta nel momento del « cassare », ma in quello di decidere una controversia o un « caso » costituendo all'uopo una « giurisprudenza »*”.

¹⁷¹ Così *ivi*, p. 512, trentatré anni prima della l. 18 giugno 2009, n. 69. In termini, *ex pluribus*, Cass., SS.UU., 31 luglio 2012, n. 13620, in *www.dejure.it*, la quale segnala che lo *stare decisis* costituisce “*un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente all'ordinamento, in base alla quale non ci si può discostare da una interpretazione del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione nomofilattica, senza delle forti ed apprezzabili ragioni giustificative*”. La Corte specifica che “*una diversa interpretazione giurisprudenziale di una norma di legge rispetto a quella precedentemente affermata non ha ragione di essere allorché entrambe siano compatibili (...) con la lettera della legge, essendo da preferire l'interpretazione sulla cui base si è formata una certa stabilità di applicazione*”. In materia processuale, si veda Cass., SS.UU., 6 novembre 2014, n. 23675 in *www.dejure.it*, secondo la quale l'*overruling* delle Sezioni Unite è giustificato solo quando l'interpretazione fornita dal precedente risulti manifestamente arbitraria e pretestuosa e/o comunque dia luogo (eventualmente anche a seguito di mutamenti intervenuti nella legislazione o nella società) a risultati disfunzionali, irrazionali o ingiusti, giacché l'affidabilità, la prevedibilità e l'uniformità dell'interpretazione delle norme processuali costituiscono imprescindibili presupposti di uguaglianza tra i cittadini e di giustizia del processo.

¹⁷² A. FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, cit., p. 807, rileva che “*gli orientamenti della Corte costituiscono parametro normativo per la decisione al pari delle regole di legge (o, se si vuole paranormativo)*”.

In questa cornice risulta non poco rafforzato il significato dell'enunciazione del principio di diritto nell'interesse *della legge* ai sensi dell'art. 363 cod. proc. civ.¹⁷³, che “*delinea un tipo di giudizio svincolato dall'esigenza di composizione degli interessi delle parti, ed interamente rivolto alla soddisfazione dell'interesse – generale ed oggettivo – all'esatta interpretazione della legge*”¹⁷⁴ (*id est*: del diritto)¹⁷⁵. E altresì nuova luce si proietta sul divieto, gravante sulle Sezioni semplici, di pronunciare in maniera difforme da principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite (art. 374 cod. proc. civ., co. 3¹⁷⁶); nonché sulla motivazione della sentenza “*anche con riferimento a precedenti conformi?*” (art. 118 cod. proc. civ., co. 1).

¹⁷³ Il procedimento disciplinato dall'art. 363 cod. proc. civ., co. 1, che adempie funzione nomofilattica *pura* o *in senso stretto*, deve “*dirsi caratterizzato dai seguenti presupposti processuali: / a) l'avvenuta pronuncia di almeno uno specifico provvedimento giurisdizionale non impugnato o non impugnabile, tanto meno per Cassazione; / b) la reputata illegittimità del provvedimento stesso (o, in caso di pluralità di provvedimenti divergenti, di almeno uno di essi), quale indefettibile momento di collegamento ad una controversia concreta; / c) un interesse della legge, quale interesse pubblico o trascendente quello delle parti, all'affermazione di un principio di diritto per l'importanza di una sua formulazione espressa*”: Cass., SS.UU., 18 novembre 2016, n. 23469, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3753 ss. Quanto all'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge nei giudizi amministrativo e penale, si vedano rispettivamente l'art. 99 c.p.a., co. 5 (“*Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato*”) e l'art. 618 cod. proc. pen., co. 1-ter (“*Il principio di diritto può essere enunciato dalle sezioni unite, anche d'ufficio, quando il ricorso è dichiarato inammissibile per una causa sopravvenuta*”).

¹⁷⁴ Corte cost., 25 giugno 2015, n. 119, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2602 ss., con specifico riferimento al co. 3, il quale contempla “*una giurisdizione che è (anche) di diritto oggettivo, in quanto volta a realizzare l'interesse generale dell'ordinamento all'affermazione del principio di legalità, che è alla base dello Stato di diritto*”. Di qui la Corte riconosce la legittimazione della Cassazione, in sede di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, a sollevare questione di costituzionalità, onde salvaguardare “*l'interesse generale dell'ordinamento alla legalità costituzionale attraverso l'incontro ed il dialogo di due giurisdizioni che concorrono sempre – e ancor più in questo caso – alla definizione del diritto oggettivo*”.

¹⁷⁵ Nell'interesse della legge è anche la correzione della sentenza erroneamente motivata in diritto, quando il dispositivo sia conforme al diritto (art. 384 cod. proc. civ., co. 4).

¹⁷⁶ Simmetriche a tale disposizione sono quelle di cui agli artt. 99 cod. proc. amm., co. 3 (“*Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso*”), 618 cod. proc. pen., co. 1-bis (“*Se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso*”), nonché 117 cod. giust. cont. (“*La sezione giurisdizionale di appello che ritenga di non condividere un principio*

In definitiva, il quadro teorico e normativo tratteggiato permette di concludere che ogni giudice, di merito e di legittimità, deve avere la consapevole responsabilità di essere parte attiva del processo nomofilattico di uniformazione dell'interpretazione¹⁷⁷, essendo giuridicamente e non già solo moralmente tenuto a conformarsi alla giurisprudenza di legittimità. Il che non equivale a passivo ossequio, bensì a obbligo di prendere le mosse dall'interpretazione attualmente accolta onde verificare se essa, ove lo sia stata, sia ancora quella che consenta il massimo sviluppo possibile dei valori dell'ordinamento al momento dell'applicazione. L'argomentazione è tanto più necessaria quanto meno sia stata dai formanti già elaborata la disciplina del caso considerato – che, in ogni caso, abbisogna di riferimenti normativi e giurisprudenziali per la sua giustificazione.

Quello della certezza del diritto, affinché non ridondi in mito, non è postulato da dichiarare, bensì obiettivo da perseguire attraverso l'argomentazione, vincolata sì ma non al punto da smentire se stessa.

Il contrasto tra orientamenti permette al discorso di avere riflessi più perspicui. In tal caso, salvo non debba procedersi a declaratoria d'inammissibilità *ex art. 360-bis* cod. proc. civ. – la cui *ratio*, come visto, potenzia il valore paranormativo (o *tendenzialmente* normativo) della giurisprudenza di legittimità – è richiesta al giudice un'effettiva adesione all'uno o all'altro orientamento (se uno di essi sia corretto), sempre avendo riguardo in sede argomentativa alle ragioni dell'altro. Egli è tenuto a render ragione, oltre che nella propria mente, in motivazione delle

di diritto di cui debba fare applicazione, già enunciato dalle sezioni riunite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione dell'impugnazione?)

¹⁷⁷ “L'ordinamento, inteso come esperienza, non compie mai repentine conversioni e si muove sempre con una continuità che va, volta a volta, spiegata”: N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto* (2015), in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 196.

argomentazioni contrarie, tra le quali, onde effettivamente contribuire alla valorizzazione della funzione della Cassazione di assicurare “l’unità del diritto oggettivo nazionale” (art. 65 ord. giud.), anche quelle proposte dalla giurisprudenza di merito più accessibile.

L’esigenza di uniformazione dell’interpretazione impone tutto ciò perché ogni decisione è, nei limiti sopra indicati, potenzialmente norma¹⁷⁸ e, in quanto tale, parte costitutiva dell’ordinamento come esperienza, da intendersi quale *ordo ordinans* e non già *ordinatus*¹⁷⁹. Il giudice che voglia davvero rendere giustizia nel caso sottopostogli deve trarre dall’esperienza, quindi da realtà sociale, dottrina e giurisprudenza, le sollecitazioni necessarie affinché la regola applicata sia la più adeguata alle caratteristiche del fatto e al contesto storico-normativo dato.

Peraltro, il dato innovativo che l’interpretazione giudiziale introduce nel sistema, nella maggior parte dei casi – celebri o no – non dà luogo a *revirement* rispetto a soluzione interpretativa consolidata, quindi non produce nuovo e diverso significato normativo, nuova regola e nuovo precedente, essendo l’argomentazione per principi, a fronte di carenza di specifica disciplina legislativa o di sua inadeguatezza¹⁸⁰, sovente china sulle specifiche caratteristiche del caso sottoposto a giudizio¹⁸¹, sì da selezionare il “prevalente interesse meritevole di tutela al fine della successiva

¹⁷⁸ Sulla possibilità di generalizzazione delle decisioni applicative di principi e clausole generali, si veda G. D’AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in ID-S. PAGLIANTINI, *L’armonizzazione degli ordinamenti dell’Unione Europea tra principi e regole*, Torino, 2018, p. 10, nt. 14.

¹⁷⁹ A. GENTILI, *L’abuso del diritto come argomento*, in V. VELLUZZI (a cura di), *L’abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012, p. 172, mette in evidenza che in un *ordo ordinans* la soluzione del caso richiede un ragionamento che ricomponga argomenti pro e contro.

¹⁸⁰ Sulla quale si veda, *infra*, § 2.4.

¹⁸¹ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, online in *Questione giustizia*, 2016, 4, spec. § 5 e § 6, distingue l’argomentazione sulla norma da quella sulle caratteristiche della fattispecie concreta.

*individuazione della regola*¹⁸². In tal senso, se sicuramente costituiscono precedenti le sentenze che hanno espunto dal nostro ordinamento l'occupazione acquisitiva¹⁸³, configurato come norma primaria – e non più secondaria – l'art. 2043 cod. civ.¹⁸⁴ ovvero avviato la riscrittura della disciplina del risarcimento del danno non patrimoniale¹⁸⁵, lo stesso non può esemplificativamente dirsi avendo riguardo alla dolorosa vicenda Englaro¹⁸⁶, laddove “[i] giudici (...) hanno ancorato i loro ragionamenti a una serie amplissima di norme (...), non hanno «creato regole». Hanno estratto dal sistema tutti gli elementi che impongono il riconoscimento dell'autonomia della persona”¹⁸⁷.

A ben vedere, questa declinazione di utilizzo dei principi riecheggia la descrizione tradizionalmente offerta delle clausole generali, secondo cui esse “impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione: esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta (...). Nell'ambito normativo in cui si inserisce la clausola generale introduce un criterio ulteriore di rilevanza giuridica, a stregua del quale il giudice seleziona certi fatti o comportamenti per confrontarli con un determinato parametro e trarre dall'esito del confronto certe conseguenze giuridiche”¹⁸⁸.

¹⁸² A. FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, cit., pp. 816-817.

¹⁸³ Cass., SS.UU., 19 gennaio 2015 n. 735, in *Riv. giur. ed.*, 2015, I, p. 1189 ss.

¹⁸⁴ Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, I, c. 2487 ss., con nota di A. PALMIERI-R. PARDOLESI; in *Giur. cost.*, p. 4045 ss., con note di F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile* e G. AZZARITI, *La risarcibilità degli interessi legittimi tra interpretazioni giurisprudenziali e interventi legislativi. Un commento alla sentenza n. 500 del 1999 della Corte di Cassazione*.

¹⁸⁵ Cass., Sez. III, 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828, in *Dir. resp.*, 2003, p. 816 ss.

¹⁸⁶ Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Fam. dir.*, 2008, p. 129 ss., con nota di R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*.

¹⁸⁷ S. RODOTÀ, *Chi decide sul morire*, in *La Repubblica*, 25 ottobre 2007, online in <https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2007/10/25/chi-decide-sul-morire.html>.

¹⁸⁸ L. MENGONI, *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, cit., pp. 170-171.

Assorbita siffatta funzione selettiva dal principio, perde ogni costrutto la concezione della clausola generale quale ponte tra il piano dei principi – e/o degli *standard* sociali – e quello delle norme. Il principio è norma; in quanto tale, si applica indipendentemente dalla sussistenza di clausola generale nella quale riversarne il contenuto. Quest’ultima degrada così a tecnica legislativa preordinata a orientare l’interprete nella selezione non già dell’interesse prevalente, bensì dei principi a cui quest’ultima compete¹⁸⁹, con ciò talvolta azzerandosi la sua pratica utilità¹⁹⁰.

2.3. La costituzionalizzazione del diritto attraverso la Drittwirkung (im)mediata dei principi costituzionali

La necessità di rivalutazione dell’incidenza dell’interpretazione, specialmente di quella giurisprudenziale, nella produzione del diritto è vieppiù avvertita nell’attuale conformazione costituzionale

¹⁸⁹ Si pensi all’ordine pubblico che, quale limite opposto dall’ordinamento nazionale all’ingresso di istituti e valori a esso estranei, isola da tutti gli altri principi quelli fondamentali, “*desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione, ma anche dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e, indirettamente, dalla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo*”: Cass., 16 maggio 2016, n. 9978, in *Corr. giur.*, 2016, 7, p. 909 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*. P. FEMIA, *Tre livelli di (in)distinzione tra principi e clausole generali*, in G. PERLINGIERI-M. D’AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, cit., p. 209 ss., intuisce che la concretizzazione delle clausole generali sia attuazione di una particolare *strategia di effettuazione dei principi*, messa in pratica dall’interprete che non intenda “*resistere alla forza di significazione che un gruppo egemone imprime alla regolazione effettuata mediante frammenti vaghi di norme*”. Di contro, “[o]gni qual volta prevalga l’esigenza di rottura rispetto a quella continuità i principi tornano ad essere interpretati come richiedenti una fondazione di una norma concreta di decisione idonea a destituire le significazioni fino a quel momento fondate dalle clausole generali?”.

¹⁹⁰ Così, ad esempio, l’illiceità causale del contratto per violazione di principio costituzionale (su cui si veda, *infra*, § 3.4.1.) integra, ai sensi dell’art. 1343 cod. civ., contrarietà a norma imperativa e non già all’ordine pubblico, nel quale i principi costituzionali venivano tradizionalmente fatti confluire. In tal senso A. FEDERICO, *Art. 1343 (Causa illecita)*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro IV. Delle obbligazioni, I (artt. 1173-1536), Napoli, 2010, p. 563.

dell'ordinamento, come risultante dell'irrompere dei fenomeni della *decodificazione* e della *depatrimonializzazione*¹⁹¹.

La Costituzione del 1948, ponendosi a vertice e presidio del sistema normativo, indubbiamente prende il posto del codice civile del 1942 in ordine all'unificazione del sistema¹⁹². Anzi, essa positivizza valori *direttamente applicabili* e in potenziale conflitto con quelli affermati dalla legislazione ordinaria, obbligando l'interprete, ove non sia necessaria la scure della Corte costituzionale, a interventi di significazione normativa delle leggi volti a renderle conformi al mutato quadro assiologico.

L'adeguamento è stato tutt'altro che immediato e indolore, come paradigmaticamente testimoniano il mutamento del titolo delle *Istituzioni di diritto civile* di Francesco Santoro Passarelli¹⁹³, sei anni dopo l'entrata in vigore della Carta fondamentale, in *Dottrine generali del diritto civile*, a enfatizzare il formalismo della sistemazione concettuale del Maestro; nonché le accuse di lirismo tutt'ora formulate nei confronti di chi trascorra “*dall'effetto al valore, di qui all'extrapatrimoniale, dall'extrapatrimoniale alla costituzione*”¹⁹⁴.

¹⁹¹ Il diritto non può essere inteso come “*mera tecnica di organizzazione sociale, misconoscendone la funzione di realizzare storicamente un sistema di valori distinto e sovraordinato ai valori puramente economici. (...) [O]gni ordinamento giuridico ha una propria struttura, una propria essenza immanente, onde la costruzione delle categorie giuridiche segue proprie regole, diverse da quelle determinate dai fini puramente economici?*”: L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica* (1963), ora in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 158.

¹⁹² Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 175-177.

¹⁹³ F. SANTORO PASSARELLI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1944.

¹⁹⁴ R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2004, p. 412, nt. 4.

Propedeutica alla *scoperta della Costituzione*¹⁹⁵ è stata, in nome della massima attuazione di questa¹⁹⁶, la necessità di assegnare ai principi di solidarietà e di eguaglianza “*forza espansiva [tale] da incidere direttamente nell’ambito dei rapporti privati e da assumere la funzione (...) di direttive fondamentali per la elaborazione e l’attuazione degli istituti civilistici*”¹⁹⁷. Direttive tenacemente seguite e sviluppate, a partire dagli anni Sessanta, da una parte della dottrina¹⁹⁸ e soprattutto da quella del diritto civile nella legalità costituzionale¹⁹⁹, cui si deve la sistemazione teorica della diretta applicazione dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato, nonché della *depatrimonializzazione* del diritto civile²⁰⁰. La quale consegue al riconoscimento che la persona è valore fondante dell’ordinamento, sia come singolo sia nelle formazioni sociali in cui si estrinseca la propria identità (art. 2 Cost.), posto “*alla base di una serie aperta di situazioni esistenziali*”, le quali “*non assumono di necessità la forma del diritto soggettivo e non devono fare perdere di vista l’unitarietà del valore coinvolto*”²⁰¹.

La personalità non segue la logica proprietaria della tipicità dei diritti soggettivi, essendo invece valore primario al quale le situazioni

¹⁹⁵ L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, p. 63 ss. C. SALVI, *La giusprivatistica tra codice e scienza*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall’Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990, p. 233 ss., parla di *disgelo costituzionale*.

¹⁹⁶ S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1949/50, I, p. 189 ss.

¹⁹⁷ R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 909.

¹⁹⁸ Cfr. tra gli altri, *ivi*, p. 904 ss; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; ID., *Le fonti di integrazione del contratto* (1965), Milano, 2004 (rist. integrata); A. LISERRE, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971; F. GALGANO, *Il diritto privato tra codice e Costituzione*, Bologna, 1978; P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.

¹⁹⁹ Ci si riferisce chiaramente a Pietro Perlingieri, la *summa* del pensiero del quale è costituita dal volume *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit.

²⁰⁰ Cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972.

²⁰¹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 720.

patrimoniali debbono essere funzionalizzate²⁰². Di qui la centralità della funzione sociale nella configurazione *delle* proprietà²⁰³; la concezione del contratto non più come fattispecie e valore in sé ma come regolamento di interessi sottoposto a giudizio di meritevolezza, intesa quale idoneità all'attuazione dei valori fondanti l'ordinamento e racchiusi nei principi costituzionali²⁰⁴; il trapasso della responsabilità civile dalla dimensione sanzionatoria e (quasi esclusivamente) patrimoniale a quella riparatoria e attenta ai profili attinenti alla persona²⁰⁵.

La *decodificazione* è l'altro lato della medaglia della costituzionalizzazione del diritto civile, con essa intendendosi il venir meno della tradizionale previsione di disciplina di tutti gli interessi ritenuti meritevoli di tutela in un unico testo normativo, il codice, a seguito del subentrare di altre fonti²⁰⁶. Alle quali, in un contesto politico e culturale pluralista e caratterizzato da fulmineità del progresso tecnologico e scientifico²⁰⁷, la

²⁰² Cfr. C. DONISI, *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.

²⁰³ Si vedano S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954 (rist. 1964), p. 145 ss.; S. RODOŤA, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim.*, 1960, p. 1252 ss.

²⁰⁴ Si vedano, su tutti, P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 322; A. FEDERICO, *L'elaborazione giurisprudenziale del controllo di meritevolezza degli interessi dedotti nei contratti c.dd. sportivi*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Napoli, 2009, p. 374. “[I]n un ordinamento costituzionale, nessun interesse, esigenza, utilità è meritevole di realizzazione e di tutela, se non è giustificabile secondo i principi della Costituzione, nel rispetto, cioè, della legalità costituzionale”: M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in P. PERLINGIERI-A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, cit., p. 253, nt. 27; ID., *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 710, nt. 24.

²⁰⁵ C. SALVI, *Norme costituzionali e diritto privato. Attualità di un insegnamento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 243.

²⁰⁶ Così Cass., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Corr. giur.*, 3, 2010, p. 365 ss.

²⁰⁷ Si pensi all'inadeguatezza delle disposizioni codicistiche sulla procreazione naturale rispetto alle nuove modalità di procreazione (cfr. App. Napoli, 4 luglio 2018, n. 145, in *www.dejure.it*), al complicato tema del trattamento algoritmico dei dati, nonché ai problemi di regolamentazione etica e giuridica che con la roboetica e la neuroetica iniziano ad affacciarsi.

formulazione di principi generali espressi è imposta dall’*“incontrovertibile necessità di mettere in evidenza e tutelare la complessità sociale e governare i dissensi”*²⁰⁸. Si trascorre dal previsto all’imprevedibile. Non servono più regole che cristallizzino in diritti gli interessi giuridicamente da tutelare, bensì principi che ne costituiscano gli strumenti di valutazione²⁰⁹. L’ordinamento, da *ordo ordinatus* di fattispecie, diritti e obblighi, da constatare, diviene *ordo ordinans* di valori, pretese ed eccezioni giudizialmente perseguibili, da argomentare²¹⁰: *“l’interpretazione, ieri concepita come un’appendice esterna ed estranea al procedimento di formazione della norma, si trasforma (...) nel momento più rilevante, giacché è quello che determina il disciplinamento”*²¹¹ del caso concreto, *“combinando e collegando disposizioni, le più varie, anche di rango e provenienza diversi per riuscire a trarre dal caos legislativo la soluzione più congrua, nel rispetto dei valori e degli interessi considerati normativamente prevalenti nonché dei canoni della equità, proporzionalità e ragionevolezza”*²¹².

2.3.1. Segue: l’impossibilità di diretta disapplicazione di regola legislativa incostituzionale

Diversamente dalla giurisprudenza, per la conformazione dell’ordinamento ai nuovi valori la prevalente dottrina non ha seguito e ancora non segue la via della diretta applicazione delle norme costituzionali nei rapporti interpretati, bensì quella della cd. rilettura degli istituti privatistici *alla luce della Costituzione* (o interpretazione

²⁰⁸ A. FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, cit., p. 801.

²⁰⁹ “[I] valori esprimono totalità di senso, e perciò dominano l’imprevedibile, ignorano spazi vuoti, danno risposta a tutte le domande”: N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, cit., p. 27.

²¹⁰ Cfr. A. GENTILI, *L’abuso del diritto come argomento*, cit. p. 172.

²¹¹ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 87.

²¹² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 209.

costituzionalmente orientata o adeguata), nonché quella del *riempimento* delle clausole generali ad opera di quelle norme.

E ciò sul presupposto (*recte*: pregiudizio²¹³) che i principi costituzionali siano criteri di validità e di interpretazione di norme, ma non norme. Solo se così intesi i principi in parola opererebbero “*non sovrapponendosi alle norme del Codice e in genere della legislazione ordinaria (...), ma nell’ambito della sfera discrezionale che ogni applicazione di norme, di qualsivoglia norma giuridica, consente, anzi richiede, all’interprete*”²¹⁴.

Il timore che più frequentemente anima gli studiosi rispetto alla *Drittwirkung* immediata dei principi costituzionali – e al conseguente effettivo abbandono della logica della fattispecie – concerne la considerazione che i suoi esiti operativi determinerebbero, in caso di conflitto tra quei principi e le norme di legge ordinaria, la possibilità di diretta disapplicazione delle seconde in favore dei primi, cioè senza necessità di coltivare questione di costituzionalità²¹⁵. In tal guisa aggirandosi il sindacato accentrato di legittimità costituzionale, che “*non interessa tanto perché testimonia di una difficoltà del giudice costituzionale, quanto perché determina un malfunzionamento generale dell’ordinamento e un costo molto alto nella prospettiva di quel valore della certezza che è la stessa ragion d’essere dello Stato*”²¹⁶.

Ancóra, se l’attingere direttamente alla Costituzione per il disciplinamento del caso concreto fosse ammesso laddove invece sussista

²¹³ Cfr. P. PERLINGIERI, *I principi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, cit., p. 1 ss.

²¹⁴ C. SALVI, *Norme costituzionali e diritto privato*, cit., p. 240.

²¹⁵ Notoriamente ammessa è invece, a partire da Corte cost., 8 giugno 1970, n. 170, in *Foro.it.*, 1984, I, c. 2062 ss., con nota di A. TIZZANO, *La corte costituzionale e il diritto comunitario: vent’anni dopo*, la disapplicazione di legge nazionale contrastante con norma di diritto eurounitario *self executing*; disapplicazione ritenuta costituire limitazione di sovranità necessaria “*ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*” (art. 11 Cost.).

²¹⁶ M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, p. 473.

specifica disposizione di legge – nella quale sussumerlo – che, quantunque costituzionalmente legittima, non massimizzi l’attuazione del principio costituzionale considerato, nuovamente avrebbe luogo la disapplicazione della norma ordinaria in favore di regola ricavata dal giudice sulla base della sua personale concretizzazione del principio medesimo²¹⁷.

Le riferite perplessità sembrano essere frutto di un equivoco. Premessa l’impossibilità di distinguere criteri ermeneutici da principi sostanziali perché l’interpretazione è autenticamente tale – e non già mero gioco logico – se estrae i primi dai secondi²¹⁸, è lo stesso principio di legalità (art. 101 Cost., co. 2) a imporre che l’ottimizzazione del principio costituzionale – come di ogni altra norma giuridica – sia altro dall’implementazione del relativo valore, per così dire, fino alle sue estreme conseguenze. L’ottimizzazione incontra duplice limite, giuridico e fattuale: il massimo livello *possibile* di realizzabilità (*id est*: ottimizzazione) delle norme con cui il principio concorre al disciplinamento del caso e la effettiva riferibilità della norma costituzionale a interesse da quel caso evidenziato.

Anche senza scomodare la teoria della distinzione tra (*agire per*) valori e (*agire per*) principi²¹⁹, la logica del diritto è quella del *ragionevolmente possibile*. Solo l’assoluta incompatibilità assiologica tra principio costituzionale e regola legislativa esige la pronuncia d’incostituzionalità della seconda al fine di escluderne (anche parziale) applicazione. Qualora, invece, la regola

²¹⁷ G. D’AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in AA.VV., *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, cit., p. 61, nt. 26.

²¹⁸ In tal senso P. PERLINGIERI, *I mobili confini dell’autonomia privata*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 22. In definitiva, il criterio ermeneutico o è norma – e, come tale, vincolo argomentativo, il cui rispetto sia giudizialmente sindacabile – o non è.

²¹⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., spec. pp. 872-874, per il quale il valore, diversamente dal principio, “*vale come autorizzazione all’azione o al giudizio diretti al risultato, non come criterio di azione e di giudizio legittim?*”.

esprima valore (storicamente condizionato) che, seppur confliggente, non si ponga in frontale e irresolubile contrasto col principio costituzionale in gioco, tali norme *debbono*, nei limiti delle anzidette possibilità giuridiche e fattuali, trovare contestuale applicazione.

La regola legislativa, applicata *in combinato disposto* col principio costituzionale, è la regola del caso concreto se e in quanto il concreto conflitto d'interessi rimonti al suo spettro di valutazione. Talché ogni possibilità di elaborazione di regola diversa da – e che quindi importi disapplicazione di – quella legislativa e costituente diversa modalità di concretizzazione del principio detto va esclusa in quanto questo trova nella regola legislativa il limite delle proprie possibilità giuridiche di applicazione²²⁰.

Ad esempio, benché certamente pertinente, il principio di solidarietà costituzionale (art. 2 Cost.) non può essere invocato, in caso di doppia alienazione immobiliare, per rendere inopponibile, nei confronti del primo acquirente secondo trascrivente, l'acquisto effettuato dal secondo acquirente di mala fede che abbia trascritto il suo titolo anteriormente alla trascrizione del titolo del primo avente causa²²¹. La regola di cui all'art. 2644 cod. civ., a tutela della certezza e stabilità dei traffici concernenti

²²⁰ Rispondendo così senz'altro negativamente anche alla domanda posta da S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, cit., p. 40: “*possono compararsi due norme, rispettivamente la regola derivata nazionale e quella ricavabile, eventualmente mediante estrazione da altro diritto derivato nazionale, in virtù di un'applicazione diretta dell'art. 47 [Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea], «reputate espressive di un medesimo valore», con la seconda evidentemente valutata (dal giudicante) come maggiormente rispondente all'attuazione del principio sovraordinato?»*”

²²¹ Esso principio permette però di qualificare in termini di illiceità, foriera di responsabilità risarcitoria ex art. 2043 cod. civ., la condotta serbata dal secondo acquirente, trattandosi di cosciente cooperazione nell'inadempimento contrattuale dell'alienante nei confronti del primo acquirente. Così, *ex pluribus*, Cass., Sez. II, 13 gennaio 1995, n. 383, in *Riv. not.*, 1995, I, p. 1565 ss.

diritti reali immobiliari, intende affidare esclusivamente alla pubblicità (dichiarativa) della trascrizione la composizione dei conflitti tra titoli incompatibili. In altri termini, l'art. 2644 non può essere riguardato sul punto come norma cd. sovra-inclusiva, cioè recante una lacuna assiologica²²² rispetto alla *ratio* che la giustifica: l'interesse all'inopponibilità dell'acquisto del secondo acquirente di mala fede è già dalla norma recessivamente valutato (*id est*: bilanciato) rispetto all'esigenza di stabilità e certezza delle contrattazioni. Conseguendone che qualora il giudice ritenga che la norma in discorso racchiuda bilanciamento incompatibile a Costituzione, per evitarne l'applicazione non ha altra strada che sollevare incidente di costituzionalità (*in parte qua*).

Allo stesso modo ma in direzione inversa, la norma estraibile dalla disposizione legislativa deve avere contenuto conforme a quello in concreto attribuibile al principio costituzionale nel quale essa, a sua volta, rinviene proprio limite giuridico di significato. Così, esemplificativamente, se la disciplina dell'azione di ingiustificato arricchimento generalmente assegna dimensione fattuale di evento oggettivo all'arricchimento, allorché l'azione si eserciti nei confronti di pubblica amministrazione, l'applicazione del principio di buon andamento dell'attività amministrativa (art. 97 Cost., co. 2) postula invece che all'amministrazione sia riconosciuto di eccepire – e provare – il rifiuto dell'arricchimento o l'impossibilità del rifiuto per la sua inconsapevolezza, al fine di evitare arricchimenti c.dd. imposti²²³.

Correttamente è stato messo in luce che, in realtà, “*il ragionamento decisorio del giudice consiste non tanto nell'interpretare disposizioni legislative in senso*

²²² Lacuna di quella regola e giammai dell'ordinamento, posto che lacuna in riferimento a quello potrebbe aversi solamente se vi fosse una fonte unitaria di norme. Così N. LIPARI, *Morte e trasfigurazione dell'analogia*, cit., p. 73.

²²³ Cfr. Cass., SS.UU., 26 maggio 2015, n. 10798, in *www.dejure.it*.

conforme a Costituzione [e viceversa], quanto nell'elaborare una nuova norma – nuova cioè rispetto a quelle che si ricavano da distinti elenchi di interpretazioni possibili delle disposizioni A e B – che si ponga come punto di confluenza tra le due disposizioni e come condizione di una loro reciproca compatibilità. La “saldatura” si realizza quindi mediante l'elaborazione di un precetto che non era compreso tra le norme ricavabili da ciascuna delle due disposizioni isolatamente prese”²²⁴.

In questa cornice ideale va correttamente a iscriversi il senso della prospettata diffusività del sindacato di legittimità costituzionale²²⁵, in conformità all'insegnamento costantemente impartito della Corte costituzionale: *“le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”²²⁶*. Il giudice delle leggi pienamente abilita quello comune a interpretare e applicare la Carta costituzionale, superando qualsiasi tentativo pur autorevolmente effettuato di distinguere, sul punto, tra l'uno e l'altro giudice²²⁷.

²²⁴ O. CHESSA, *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, in E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI, *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001, Torino, 2002, pp. 424-425. In termini S. BARTOLE, *I principi generali fra due convegni (1940-1991), dall'ordinamento statuario-fascista all'ordinamento repubblicano ed alle sue aperture sovranazionali*, in AA.VV., *I principi nell'esperienza giuridica*, cit., p. 22: *“La congiunzione fra norma di dettaglio e principio richiede che il contenuto normativo di quest'ultimo incida sulla individuazione della norma del caso: il linguaggio dei pratici usa per vicende normative siffatte la inelegante espressione «combinato disposto», cui i costituzionalisti raramente hanno fatto ricorso in materia, e però nella sua rozzezza quella espressione lascia chiaramente capire che, nella pratica definizione di un caso, il precetto della norma di dettaglio si accoppia con il contenuto normativo del principio”*.

²²⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica, L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 4 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 317 ss.

²²⁶ Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 356, in *Giur. cost.*, 1996, 5, p. 3096 ss. Ciò però *“non significa che ove sia improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito”* dalla Corte costituzionale: da ultimo, Corte cost., 19 aprile 2018, n. 77, in www.cortecostituzionale.it.

²²⁷ Secondo A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento giuridico*, cit., p. 474, il giudice ordinario è tenuto, nell'adeguamento della norma ai principi costituzionali, a ubbidire ai criteri interpretativi dettati dagli artt. 12-14 disp. prel. cod. civ., non potendo invece

Conclusivamente, la diretta applicazione delle norme costituzionali nei rapporti di diritto privato e la diffusività del sindacato di costituzionalità implicano uniformità di criteri interpretativi, identità di parametri normativi e giammai attribuzione al giudice comune del potere di direttamente disapplicare norma ordinaria incostituzionale o che sia frutto di bilanciamento di interessi che, benché costituzionalmente legittimo, non concreti *assoluta* o comunque maggiore realizzazione di un principio costituzionale. La soggezione del giudice al diritto è soggezione ai criteri di compatibilità e di preferenza tra norme come dall'ordinamento stabiliti nel rispetto della pluralità e della gerarchia delle sue fonti.

2.4. La diretta applicazione dei principi generali per l'individuazione della disciplina adeguata alla valorizzazione degli interessi evidenziati dal caso concreto

La *disapplicazione stricto sensu* non va confusa con la *non-applicazione* di regola che solo apparentemente sia pertinente ai fini del disciplinamento del caso concreto²²⁸. Si ha *non-applicazione* allorché la regola sia sovra-inclusiva rispetto agli interessi evidenziati dal fatto e, come tale, risulti inidonea a qualificarli: “[i]l modo in cui il caso è testualmente regolato non dà il dovuto ruolo ad un elemento rilevante alla luce della ratio, e dietro di esso ad un principio interno al sistema, che invece dovrebbe averlo”²²⁹. In altre parole, la *saldatura* tra regole e principi, connaturale ad ogni interpretazione preordinata alla valorizzazione degli interessi concretamente meritevoli di

avvalersi degli ulteriori criteri ermeneutici di cui la Corte Costituzionale può far uso “*sia per la ricostruzione sistematica della norma ordinaria sia per la interpretazione sistematica dell’enunciato costituzionale*”.

²²⁸ Così A. FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, cit., pp. 816-817.

²²⁹ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 466.

disciplinamento e perciò *in funzione applicativa, sistematica e assiologica*²³⁰, dev'essere qui effettuata bilanciando (il peso del)le potenzialità normogenetiche di disposizioni diverse da quella *non-applicata*. Si ha quindi un problema di *inadeguatezza* funzionale della regola al principio conferente, a cagione del fatto che questa non lo prende affatto in considerazione, neppure sancendone la totale recessività in esito a bilanciamento con altri principi. Non quindi, come invece nella disapplicazione, un problema di antinomia non risolubile a mezzo di bilanciamento tra norme tutte aventi attitudine regolatoria del caso concreto²³¹.

La norma *non applicata* non esprime alcun (dis)valore da realizzare nel contesto valutativo dato. Qualora invece la norma, in quanto conferente, esprima disvalore rispetto al caso concreto ma valore in altri contesti, dev'essere fatta oggetto di declaratoria d'incostituzionalità *in parte qua*.

Non varrebbe addurre come obiezione l'opinabilità del giudizio di pertinenza e adeguatezza della norma al fatto, attenendo la complessità a ogni procedimento interpretativo che sia autenticamente tale in quanto sviluppato mediante argomentazione per principi.

²³⁰ Su tutti, si veda P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., spec. pp. 563 ss.

²³¹ In tal senso, si veda P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, cit., p. 95 ss., per il quale “*spetta [al giudice] decidere se fra le norme ordinarie ed una o più norme costituzionali esista una incompatibilità assoluta ed insanabile, cioè un'antiteticità e/o contraddittorietà di grado ed intensità tali che dall'applicazione delle prime derivi inevitabilmente la disapplicazione del precetto costituzionale; o se nel rapporto tra le norme ordinarie ed una o più norme costituzionali sia ravvisabile non un'incompatibilità assoluta ed insanabile bensì una non conformità, una inadeguatezza funzionale della norma*”. La valorizzazione di interessi esistenziali del minore induce il Maestro a giustificare l'inapplicabilità dell'art. 2 cod. civ., co. 1, nei confronti di minore che denoti capacità di discernimento in relazione alla concreta scelta esistenziale in esame: cfr. ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 137 ss.; 145 ss.; si veda altresì P. STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975, p. 260 ss.

Conformemente alle indicazioni date, attenta giurisprudenza riconosce che “*il principio del superiore interesse del minore*²³², per la sua primaria rilevanza sia costituzionale e di diritto interno, sia europea sia internazionale, svolge una funzione integratrice, ma anche di adeguamento, conformazione e di correzione dello stesso principio di legalità (da qui, ad es., la rilevanza dei rapporti familiari anche solo di fatto), consentendo di temperare o al limite di disapplicare²³³ talune norme che incidono sui minori?”. In particolare, onde disporre l’adozione *in casi particolari* di cui all’art. 44 l. 4 maggio 1983, n. 184, co. 1, lett. d), in favore del *partner* dello stesso sesso del genitore biologico del minore, non viene data applicazione all’art. 1 l. 20 maggio 2016, n. 76, co. 20, che *expressis verbis* “*esclude l’applicazione diretta alle parti dell’unione civile delle disposizioni del codice civile non richiamate e della l. adozioni 184/1983, ma non osta certo, in presenza di identità di ratio, all’applicazione analogica delle medesime disposizioni*”²³⁴. Ratio rinvenuta, quanto all’art. 44, co. 1, lett. d) cit., proprio nell’esigenza di rispetto del preminente interesse del minore, da realizzare nel caso *de quo* mediante salvaguardia della continuità affettiva ed educativa dei legami in atto del minore con i soggetti che se ne prendano cura.

Siffatto modo di argomentare è tutt’altro che isolato in giurisprudenza. Noto è l’orientamento della Suprema Corte di Cassazione²³⁵ secondo cui, nel caso in cui la donna abbia, al momento della nascita del figlio, reso dichiarazione di non voler essere nominata (ai sensi dell’art. 30 d.P.R. 3

²³² Non è qui dirimente affrontare il problema della correttezza d’inquadramento del superiore interesse del minore come principio anziché – come sembra preferibile – quale clausola generale.

²³³ *Disapplicazione* da intendersi come *non-applicazione* per inadeguatezza funzionale.

²³⁴ App. Napoli, 4 luglio 2018, n. 145, cit.

²³⁵ Cfr. Cass., 21 luglio 2016, n. 15024, in *Corr. giur.*, 2017, p. 24 ss., con nota di V. CARBONE, *Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l’anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto*; Cass., Sez. I, 9 novembre 2016, n. 22838, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 319 ss., con nota di M.G. STANZIONE, *Adozione e affidamento – «scelta della madre per l’anonimato e diritto dell’adottato di conoscere le proprie origini»*; Cass., 7 febbraio 2018, n. 3004, in *www.dejure.it*.

novembre 2000, co. 1) come madre, in esito al decesso della stessa va riconosciuto al figlio il diritto di conoscere le proprie origini biologiche, il cui sotteso bisogno “*rappresenta uno di quegli aspetti della personalità che possono condizionare l'intimo atteggiamento e la stessa vita di relazione di una persona in quanto tale*”²³⁶, non applicandosi così l'art. 93 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, co. 2. Il quale stabilisce che chi vi abbia interesse può avere accesso al certificato di assistenza al parto o alla cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che con l'anzidetta dichiarazione non voglia esserlo, solamente decorsi cento anni dalla formazione del documento. Termine il quale, ove operativo anche successivamente alla morte della madre, frustrerebbe del tutto le ragioni di reversibilità del segreto, di contro ritenute dall'ordinamento meritevoli di tutela già durante la vita della madre (ora anche *ex* Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278²³⁷) e che, pertanto, debbono essere ermeneuticamente poste a fondamento della disciplina del caso concreto – diversamente dall'art. 93 cit., co. 2, la cui inappropriatezza (*id est*: irrilevanza) agli interessi in gioco esclude necessità (*id est*: possibilità) di coltivare questione di costituzionalità²³⁸.

²³⁶ Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in www.cortecostituzionale.it.

²³⁷ La sentenza dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 28 l. 4 maggio 1983, n. 184 (*Diritto del minore ad una famiglia*), co. 7, come sostituito dall'art. 177 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (*Codice in materia di protezione dei dati personali*), co. 2, nella parte in cui non prevede, attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza, la possibilità per il giudice di interpellare, su richiesta del figlio, la madre che abbia reso dichiarazione di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30 d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (*Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127*), co. 1, ai fini di una eventuale revoca della dichiarazione. Cass., Sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.*, 2017, I, c. 477 ss., ammette la possibilità di interpello, ancorché il legislatore non ne abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale, “*fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità*”.

²³⁸ Come noto, la questione di legittimità costituzionale è irrilevante allorché il giudizio possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della stessa (art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87, co. 2).

Tra le ipotesi paradigmatiche di non applicazione della regola a causa della sua inadeguatezza funzionale agli interessi oggetto di giudizio non possono che annoverarsi quelle riconducibili al cd. abuso del diritto, dove a essere abusiva, prima ancora che il diritto e il suo esercizio, è la stessa (richiesta di) applicazione della norma ad opera di chi voglia farne valere gli effetti.

Si richiama qui esemplificativamente l'abuso della domanda giudiziale²³⁹, riscontrato in particolare in caso di frazionamento, da parte di creditore di somma di denaro dovuta in forza di unico rapporto obbligatorio, del credito in plurime richieste giudiziali di adempimento (contestuali o scaglionate nel tempo), laddove la scissione sia operata dal creditore per sua esclusiva utilità non riflettente interesse oggettivamente e meritoriamente valutabile, con unilaterale modificazione peggiorativa della posizione del debitore²⁴⁰.

L'azione, come qualsivoglia altra situazione giuridica (sostanziale o processuale), è tutelata nei limiti della corretta realizzazione dell'interesse che ne è posto a fondamento. Il riconoscere tutela giurisdizionale al creditore si pone in contrasto col principio di giusto processo (art. 111 Cost.), nonché coi doveri (rispettivamente riconducibili al principio di cui all'art. 2 Cost. e alle clausole generali di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ.) di solidarietà, correttezza e buona fede, che devono improntare il

²³⁹ Si ha altresì esemplarmente abuso “quando la banca receda in tronco dal finanziamento a chi non ha ragione di aspettarselo, quando il datore ricorra a tutto lo strumentario di poteri unilaterali per vessare il dipendente, quando il lavoratore usi il congedo parentale per svolgere un'altra occupazione, quando la maggioranza eserciti il voto per fini extrasociali?": A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., p. 466. Si rinvia al § 3.4.1. per riferimenti all'interruzione arbitraria delle trattative e all'esercizio abusivo del diritto di recesso *ad nutum*.

²⁴⁰ Cfr., *ex multis*, Cass., SS.UU., 11 novembre 2007, n. 23726, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 458 ss., e in *Corr. giur.*, 2008, p. 745 ss., con nota di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni unite)*; Cass., Sez. III, 20 novembre 2009, n. 24539, in *Guida dir.*, 2010, 4, p. 42 ss.; Cass., Sez. VI, 27 luglio 2018, n. 19898 in *www.dejure.it*; Cass., Sez. VI, 26 novembre 2018, n. 30586, *ibid*.

rapporto tra le parti non solo durante la fase fisiologica dell'attuazione, ma anche in quella patologica e processuale. Derivandone l'improponibilità della domanda giudiziale abusiva.

3. I princípi generali e il contratto

3.1. La prossimità concettuale tra causa e tipo è inversamente proporzionale a quella tra contenuto ed effetti del contratto. Atto I: l'immodificabilità giudiziale del contratto

L'esame del rapporto intercorrente tra autonomia negoziale e princípi generali del diritto impone preliminarmente di prendere posizione in ordine al fondamento del potere negoziale. Le tesi tradizionali, seppur con diversità di accenti, sembrano alternativamente ricondursi all'idea del negozio come *valore* ovvero a quella del negozio come *fattispecie*.

Nella prima direzione, si reputa che l'autonomia negoziale trovi esplicazione in una dimensione pre-giuridica, quella sociale: causa immediata – in senso giuridico e non già solo psichico – degli effetti dell'atto è la volontà privata quale valore che il diritto *a posteriori* riconosce e fa proprio, assistendo di sanzione la relativa violazione²⁴¹.

Le tesi del negozio come fattispecie, invece, al fine di ovviare ai pericoli di psicologismo ai quali inevitabilmente espone l'altra impostazione²⁴², rinviene nell'ordinamento la causa immediata degli effetti negoziali. Tuttavia, al netto di una certa opzione ricostruttiva²⁴³, la dimensione sociale e il potere dispositivo dei privati risultano tutt'altro che ridimensionati, dacché quella negoziale, diversamente dalle altre fattispecie, “*contiene, già essa stessa,*

²⁴¹ In seno a tale filone, però, in conformità alla celebre teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, v'è chi si spinge a conferire giuridicità al negozio già prima del “*riconoscimento dell'ordinamento privato da parte dell'ordinamento statale*”, sul presupposto che il negozio, in particolare il contratto, costituisca appunto ordinamento a sé, munito di proprie sanzioni (private). Il riferimento va a SALV. ROMANO, *Autonomia privata (appunti)*, Milano, 1957, p. 27; ID., *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, Napoli, 1964, p. 212.

²⁴² Cfr. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, pp. 199-200.

²⁴³ D. BARBERO, *Rilevanza della volontà nel negozio*, in *Studi in memoria di B. Scorza*, Roma, 1940, p. 36, degrada l'iniziativa privata a mero schema di fatto.

*l'enunciazione o l'attuazione di un precetto da osservare nell'interferenza tra sfere di interessi*²⁴⁴. L'alternatività rispetto alla tesi del negozio come valore è allora più apparente che reale, traducendosi – in estrema sintesi – nella preferenza della volontà dichiarata e affidante rispetto all'intimo volere²⁴⁵. Preesista o no all'ordinamento, sia da questo riconosciuta, autorizzata o delegata, l'autonomia è la matrice de(l contenuto del)la regola, che è e resta privata.

Questa è la base ideologica, volgendo ora lo sguardo precipuamente al contratto, della distinzione tra *contenuto* – che *le parti possono liberamente determinare* (art. 1322 cod. civ., co. 1) – ed *effetti* dell'atto, tracciata per giustificare e – soprattutto – circoscrivere l'intervento integrativo di legge, usi ed equità (art. 1374). Intervento che “*trova il suo limite nella conformazione del dato fenomenico*”²⁴⁶ da integrare, vale a dire il contratto inteso quale *mero manufatto pattizio*²⁴⁷, del quale non va compromessa l'essenza (*id est*: il contenuto, sia esso fattispecie o valore pre-giuridico), potendo legge, usi ed equità incidere esclusivamente sul piano effettuale²⁴⁸.

Una tesi non manca peraltro di riguardare l'art. 1374, unitamente agli artt. 1340 e 1368, come disposizioni che, *sic et simpliciter*, impongono l'adeguamento degli effetti a quanto comunemente si pratica²⁴⁹: l'integrazione

²⁴⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Torino, 1960, p. 49. L'Autore, però, come noto subordina la libertà dei privati di concludere contratti atipici “*alle valutazioni economiche o etiche della coscienza sociale*” (*ivi*, p. 196), cioè alla tipicità sociale delle operazioni economiche.

²⁴⁵ Per una sintesi sulle teorie volontaristica e precettiva, entrambe postulanti il dogma dell'autonomia privata, si veda P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 319-322.

²⁴⁶ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 141.

²⁴⁷ Tagliente formula utilizzata da E. CAPOBIANCO, *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi*, in A. D'ANGELO-V. ROPPO (diretto da), *Annuario del contratto 2015*, Torino, 2016, p. 65.

²⁴⁸ “[U]n potere generale di revisione del contratto (...) sarebbe in contrasto con il principio fondamentale dell'immodificabilità e dell'obbligatorietà del contratto stesso”: Cass., SS.UU., 27 gennaio 1959, n. 224, in *Foro it.*, 1960, I, p. 456 ss.

²⁴⁹ Cfr. G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al Codice civile*, IV, II, Torino, 1980, p. 304.

permetterebbe l'emersione “*dal contratto [di] tutte quelle conseguenze che appartengono alla normalità dell'operazione economica, in esso già espressa*”²⁵⁰, adempiendo una funzione puramente ancillare all'interpretazione e alla specificazione della volontà delle parti.

L'integrazione è ritenuta essere esclusivamente suppletiva: può a essa darsi luogo allorché le parti non abbiano disciplinato alcuni aspetti del rapporto²⁵¹, giammai potendo l'ordinamento sostituirsi ai privati nella determinazione del contenuto contrattuale²⁵².

In definitiva, distinguere contenuto da effetti serve in ogni caso a rendere la pattuizione privata impermeabile a interventi di ortopedia giuridica, correttivi e/o sostitutivi, da parte del giudice. Con ciò sancendosi l'eccezionalità di quelle norme che, anziché contribuire a esplicitare il senso di *quella* regola stabilita dai privati ovvero – in presenza di *un'entità oscura da salvare* – a identificare *una* regola²⁵³, concretino – in caso di sostituzione automatica di clausole (artt. 1339 e 1419, co. 2, cod. civ.) – la sovrapposizione dell'effetto al contenuto del contratto²⁵⁴.

L'intangibilità della regola privata, al pari di quella della disposizione legislativa (*in claris non fit interpretatio*)²⁵⁵, risponde al bisogno liberista di netta separazione tra Stato e cittadini – e tra interesse pubblico e interesse privato –, quindi di astratta uguaglianza formale dei paciscenti: il contratto giusto è

²⁵⁰ G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1989, p. 217.

²⁵¹ In giurisprudenza, si veda, tra le altre, Cass., Sez. III, 15 luglio 2005, n. 15030, in *www.dejure.it*.

²⁵² Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 84 ss.

²⁵³ Sui rapporti tra interpretazione, interpretazione cd. integrativa e integrazione, si veda L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto. Artt. 1362-1371*, in F. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2013, spec. p. 25 ss.

²⁵⁴ Cass., Sez. II, 11 luglio 2012, n. 11749, in *Arch. loc. cond.*, 2012, p. 658, ammette la sostituzione automatica di clausole con esclusivo riguardo a “*element[um] rigidamente predeterminat[um]*” dalla legge. Ancor più dura è la posizione di G. STOLFI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. XI ss., per il quale l'intervento integrativo necessariamente degrada il negozio ad atto.

²⁵⁵ Cfr., *supra*, § 1.1 ss.

quello voluto dai contraenti, come tale è insuscettibile di interpolazioni ad opera del giudice, mero custode dei limiti posti nell'interesse generale da norme imperative, ordine pubblico e buon costume – integranti (*altra*) *sfera dell'indecidibile*²⁵⁶. Ancóra una volta in favore dell'individualismo economico milita la configurazione di fonti unitarie di norme: la legge per la tutela dell'interesse pubblico, il consenso delle parti per la regolamentazione dei *loro* interessi.

Lungo questa direttrice è possibile collocare quelle impostazioni dottrinarie e giurisprudenziali che forniscono letture volte a rafforzare la riserva di legge di cui al terzo comma dell'art. 41 Cost., irradiandola sul secondo comma²⁵⁷: esclusivamente la legge può riempire di contenuto l'utilità sociale che la libertà di iniziativa economica non può contrastare, ponendo limiti negativi a tale libertà a mezzo di “*disposizioni legislative dotate di adeguata portata specificativa*”²⁵⁸ – e quindi non mediante principi generali *espressi* o comunque norme a maglie larghe.

La sfiducia verso giudice e principi permette d'individuare il punto di convergenza tra l'idea del primato della legge e quella dell'immodificabilità del contratto nella causa di questo, intesa oggettivamente e in astratto quale dispositivo di riconduzione della concreta operazione economica al tipo legale. Se il diritto s'identifica con la legge e viene concepito come insieme di regole, non possono che essere queste la lente attraverso cui ispezionare l'accordo. Al fine di fornirne qualificazione, il contratto va ridotto a fattispecie suscettibile di sussunzione, attraendo alla causa di esso esclusivamente quegli elementi legalmente previsti e necessari a riportarlo a

²⁵⁶ Altra rispetto a quella, costituita dalle libertà (costituzionali) *dallo* Stato, sulla quale il legislatore non può incidere. Cfr., *supra*, § 1.4.

²⁵⁷ Cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 3, e in ID., *Scritti*, cit., p. 104; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, 1, Padova, 2004, p. 242.

²⁵⁸ Corte cost., 14 febbraio 1962, n. 5, in *Foro it.*, 1962, I, c. 404.

quello o a quell'altro tipo. Siffatto procedimento finisce per identificare la causa col tipo di contratto in cui l'operazione economica viene sussunta²⁵⁹, cosicché il giudizio di liceità ha senso con esclusivo riguardo ai contratti atipici: per quelli tipici la conformità all'ordinamento è stata già acclarata dal legislatore, in astratto e una volta per tutte, all'atto della loro regolamentazione.

Consentanee a questo approccio ricostruttivo, ma notoriamente diverse quanto a matrice ideologica, sono le celebri formule della causa come funzione economico-sociale e come sintesi degli effetti giuridici essenziali²⁶⁰.

3.2. Il contratto nella legalità costituzionale, eurounitaria e convenzionale

La Carta costituzionale realizza una rivoluzione assiologica che non può essere sminuita: come decreta la necessità di espunzione della logica formalistica della fattispecie dalla teoria dell'interpretazione, così richiede la conformazione ai suoi valori di ogni istituto giuridico. E il contratto non può più andarne esente: se prima era valore (giuridico o pre-giuridico) in sé, non deve ora svolgersi in contrasto con l'utilità sociale né in modo da recare

²⁵⁹ “La riconduzione del contratto atipico ad un tipo legale si configura quale tecnica esclusiva in un contesto che esclude l'utilizzazione da parte della giurisprudenza di strumenti alternativi, come i principi generali e le clausole generali. La riverenza verso i tipi legali costituisce il riflesso del condizionamento esercitato dalla legge scritta e, quindi, dell'identificazione tra diritto e legge”: A. FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, in C. PERLINGIERI-L. RUGGERI (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 174.

²⁶⁰ Mentre la prima formula (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 172 ss.) viene elaborata allo scopo di assicurare il controllo, demandato al giudizio di meritevolezza sui contratti atipici, di razionalità del mercato, con l'altra (S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in ID., *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p. 105 ss.) s'intende depurare la qualificazione del contratto da dati extra-giuridici, con conseguente immedesimazione del giudizio di meritevolezza in quello di liceità. Cfr. A. FEDERICO, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, in www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it, 2018, p. 10; M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Torino, 2015, p. 155 ss.

danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana (art. 41 Cost., co. 2). In altre parole, non è puro e semplice affare privato; l'ordinamento in tanto gli riconosce protezione giuridica in quanto costituisca attuazione dei *suoi* valori, dei suoi principi²⁶¹.

Non è ammessa sovrapposizione tra liceità e meritevolezza, tra limiti e utilità sociale, né basta che il contratto non violi norme imperative – e ordine pubblico e buon costume –, deve riflettere in positivo i valori racchiusi nelle norme dell'ordinamento. A tal fine, l'intervento regolatore di legge e altre fonti non è un attentato alla volontà dei privati²⁶², né va considerato come esclusivamente operante sul piano interpretativo e chiarificatore di quella volontà, assumendo di contro assoluta centralità per la comprensione del fenomeno contrattuale.

L'art. 1374 cod. civ. è norma sulle fonti del contratto²⁶³, non sull'interpretazione e/o integrazione di una soltanto di esse. Ritrae in termini unitari il regolamento contrattuale, come risultante dal concorso delle sue fonti, autonoma ed eteronoma. Unitarietà postulante il superamento della distinzione tra contenuto ed effetti, talché tra primo e secondi non v'è un prima e un dopo nella costruzione del regolamento.

Vanno di conseguenza messi da parte anche i tentativi di considerazione autonoma, accanto all'integrazione, dei fenomeni di volta in volta descritti come modificazione, rettifica, correzione, completamento, ampliamento o arricchimento del contratto²⁶⁴. Anzi, sempre più di frequente

²⁶¹ “[È] l'ordinamento che seleziona gli interessi meritevoli di tutela, non il titolare. La *lex mercatoria* e l'ansia di lucrosi affari non hanno riconoscimento giuridico se non corrispondono a interessi ed esigenze meritevoli di tutela”: M. COSTANTINO, *Titolarità giuridica e appartenenza economica: nozioni astratte e destinazioni specifiche per il trustee – I Parte*, in *Trusts*, 2003, p. 22.

²⁶² *Contra*: D. RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, p. 531, che auspica l'abrogazione dell'art. 1339 cod. civ.

²⁶³ Si vedano, su tutti, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., spec. p. 72 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., spec. p. 334 ss.

²⁶⁴ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 103.

il contratto incide su interessi la cui rilevanza collettiva e/o generale esige una regolazione eteronoma di pervasività tale da convertire l'atto d'autonomia in atto d'iniziativa – e talvolta neppure libera –, non per questo perdendo la sua natura negoziale²⁶⁵.

In questo nuovo scenario il diritto eurounitario, primario e derivato, e il suo obiettivo del mercato concorrenziale giocano un ruolo fondamentale. Affatto singolare è peraltro che le “libertà fondamentali” (*id est*: di circolazione delle persone, dei servizi, dei beni, dei capitali, di stabilimento) dell'Unione europea mettano d'accordo tutti: la stessa dottrina che non riveste di valore normativo i principi costituzionali ammette la *Drittwirkung* immediata delle libertà fondamentali, esaltando il loro essere necessarie a garantire l'esistenza e l'efficiente funzionamento del mercato unico. Libertà intese quali situazioni soggettive già non finali, bensì *strumentali* a incrementare il benessere collettivo – *id est*: l'utilità sociale – e pertanto non in contrasto con l'iniziativa economica, il cui ambito e la cui proiezione oggettiva sono da esse opportunamente definite²⁶⁶.

Insomma, sebbene interessi strumentali abbiano statura assiologica logicamente inferiore rispetto a quella degli interessi finali alla cui protezione sono diretti, a questi ultimi viene negata l'idoneità a direttamente conformare l'autonomia contrattuale, mentre agli interessi strumentali, (ma) in nome di quelli finali (*scilicet*: il benessere collettivo), viene contraddittoriamente riconosciuta. Non si vede perché, così come in riferimento agli obiettivi del

²⁶⁵ “L'elemento costante nella teoria degli atti e dell'attività dei soggetti è l'iniziativa, non l'autonomia negoziale, poiché in concreto l'autoregolamento può mancare”: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 322-323.

²⁶⁶ Così A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea. (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, online in <http://romatrepress.uniroma3.it>, p. 27 ss., quantunque riconosca che “talune delle argomentazioni che sono spese per contrastare l'applicazione diretta delle norme costituzionali possono proporsi anche nei confronti dell'efficacia, orizzontale e diretta, delle norme del Trattato [sull'Unione europea]”.

mercato unico, anche rispetto ai valori costituzionali non debba essere vietato all'autonomia privata “*di fare ciò che al legislatore è impedito*”²⁶⁷.

Il potere contrattuale è legittimamente esercitato solo se concreta utilità sociale, la quale sarebbe formula vuota – come tale richiedente intervento di specificazione contenutistica, per regole, ad opera della legge – solamente all'interno di un ordinamento nel quale la libertà di iniziativa economica fosse fine assoluto e insuscettibile di bilanciamento con altri valori se non ad opera del legislatore – ordinamento *pertanto* inteso quale somma di comandi. Il diritto vigente, all'opposto, si regge su valori reclamanti conformazione a essi di ogni potere normativo, legislativo, amministrativo e negoziale²⁶⁸. In questa direzione, l'art. 41 Cost. non vanta valore esclusivo nella disciplina dell'iniziativa economica e, in particolare, del contratto, il quale nella prospettiva costituzionale è mezzo e non fine²⁶⁹, disciplinato dal sistema nel suo complesso, quale “*insieme di fonti eterogenee ma reciprocamente armonizzate seppur non in senso paritario bensì secondo un rigoroso rapporto gerarchico al cui vertice è la [C]ostituzione che, in modo diretto o indiretto, assegna a ciascuna di esse la propria funzione normativa*”²⁷⁰.

²⁶⁷ *Ivi*, p. 33.

²⁶⁸ Sulla diversificazione dei fondamenti, costituzionale e comunitario, dell'autonomia negoziale, si veda, su tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 326 ss.

²⁶⁹ M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 41. Il contratto non è valore in sé, lo *diviene* se l'interesse alla cui realizzazione le parti ambiscono è positivamente valutato dall'ordinamento. “*La funzionalizzazione del contratto, infatti, non comporta l'attuazione di interessi diversi da quelli dei contraenti ma impone la selezione delle regole contrattuali conformi ai principi generali posti a base del sistema ordinamentale*”: A. FEDERICO, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, cit., p. 20.

²⁷⁰ Cass., Sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, cit.

3.2.1. Segue: la Drittwirkung della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

Se avendo riguardo alle libertà fondamentali dell'Unione europea la dottrina non pare stracciarsi le vesti rispetto alla loro diretta applicazione nei rapporti interprivati, ciò invece accade, come per i principi costituzionali, per quelli della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. L'efficacia orizzontale della CEDU viene negata, oltre che per l'atavico allarme destato dalla generalità e vaghezza dei diritti fondamentali da essa affermati, i quali “*non sono che il nome in termini di diritto soggettivo di quelli che in termini di diritto oggettivo sono principi generali*”²⁷¹, a causa di duplice e indebita sovrapposizione di piani. Sotto un primo aspetto, altro è rilevare che le norme della CEDU “*non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto*”²⁷² (*id est*: senza sollevare incidente di legittimità costituzionale), altro è affermare che le norme convenzionali non producono effetti diretti *tout court*. La CEDU, quale trattato internazionale multilaterale, è ritenuta dal giudice delle leggi essere fonte sub-costituzionale integrante

²⁷¹ A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 196.

²⁷² Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, *considerato in diritto*, punto 3.3, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3475 ss. (tondo aggiunto). Da chi disconosce la *Drittwirkung* dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU, talvolta non viene citata la proposizione subordinata del periodare della Corte: “*tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte*” (così A. PLAIA, *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato e diritto privato*, in F. MEZZANOTTE [a cura di], *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, cit., p. 86, nt. 19), talaltra viene riportato (solamente) altro enunciato: “*La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico soprannazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti*” (in tal guisa G. CONTE, *Il processo di neo-costituzionalizzazione del diritto privato. Notazioni sull'efficacia precettiva e sulle modalità applicative dei diritti e delle libertà fondamentali*, in G. ALPA-G. CONTE [a cura di], *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, cit., p. 624, nt. 57).

parametro interposto di costituzionalità della legge, ai sensi dell'art. 117 Cost., co. 1. Non trattasi dunque, diversamente dal diritto eurounitario (primario e derivato), di fonte facente capo a *“sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri”*²⁷³.

Tale ragionamento – indipendentemente dalla persistenza o meno della sua validità a seguito della previsione, da parte dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, dell'adesione dell'Unione alla CEDU (par. 2) e della qualificazione dei diritti fondamentali garantiti dalla convenzione (*“e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”*) in termini di principi generali dell'Unione europea (par. 3) – concerne il rango spettante alla CEDU nella gerarchia delle fonti, non intaccando affatto il dato che il trattato *“è pur sempre una legge [quella con la quale è stata ratificata] e che i giudici alle leggi stesse sono (esclusivamente) soggetti”*²⁷⁴. E legge rimane quantunque *“nessuna disposizione della Convenzione preved[a] meccanismi esecutivi diretti”* delle decisioni della Corte EDU, *“le quali creano reciproci vincoli obbligatori tra gli Stati membri [ma] non danno luogo ad obbligazioni di tipo privato nei confronti dei ricorrenti vittoriosi”*²⁷⁵. *Adducere inconueniens* – tra l'altro – non generali bensì legati alla specificità del *thema decidendum* del giudizio di cui è investita la Corte, vale a dire l'accertamento del rispetto degli impegni derivanti dal trattato allo Stato aderente (art. 19),

²⁷³ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, cit. In termini, Corte giust. UE, 24 aprile 2012, *Servet Kamberaj*, C-571/10, in <https://eur-lex.europa.eu>. *“Il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa”*.

²⁷⁴ A. RUGGERI, *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XV, *Studi dell'anno 2011*, Torino, 2012, p. 41.

²⁷⁵ TAR Sicilia, Catania, 6 febbraio 2014, n. 424, in *Foro amm.*, II, 2014, 2, p. 709 ss.

*non est solvere argumentum*²⁷⁶. Al contrario, siffatti *inconveniens*²⁷⁷ rendono più pressante la necessità ermeneutica di garantire alla disciplina convenzionale la massima realizzazione possibile, sia *sub specie* di efficacia verticale sia *sub specie* di efficacia orizzontale, sul piano interno: il ricorso individuale *ex art.* 34 CEDU costituisce strumento di tutela del diritto fondamentale, oltre che estrema, *aggiuntiva* rispetto a quelli che l'ordinamento nazionale è tenuto a riconoscere al privato “*nel rispetto dei vincoli derivanti (...) dagli obblighi internazionali?*” (art. 117 cit., co. 1). Ordinamento che non può offrire soltanto *ex post* tutela al diritto, in esito a condanna della Corte di Strasburgo, senza violare frontalmente gli artt. 24 Cost., 6 (“*Diritto a un processo equo*”) e 13 (“*Diritto a un ricorso effettivo*”) CEDU, senza cioè contraddire se stesso.

In virtù della funzione nomofilattica dal nostro ordinamento riconosciuta alla Corte di Strasburgo – per mezzo della legge di ratifica (4 agosto 1955, n. 848) – in relazione “*a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli*” (art. 32 CEDU), “*il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima*”²⁷⁸.

²⁷⁶ *Contra*: A. PLAIA, *o.c.*, pp. 751-754.

²⁷⁷ Ai quali non può non aggiungersi quello per cui gli artt. 395, 396 cod. proc. civ. e 106 cod. proc. amm., diversamente – a seguito della relativa declaratoria di incostituzionalità parziale (Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, in www.cortecostituzionale.it) – dall'art. 630 cod. proc. pen., non conosce – né è costituzionalmente imposto (così Corte cost., 26 maggio 2017, n. 123, in www.cortecostituzionale.it) – il caso della revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 CEDU, par. 1, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

²⁷⁸ “*In tale attività, egli incontra, tuttavia, il limite costituito dalla presenza di una legislazione interna di contenuto contrario alla CEDU: in un caso del genere – verificata l'impraticabilità di una interpretazione in senso convenzionalmente conforme, e non potendo disapplicare la norma interna, né farne applicazione, avendola ritenuta in contrasto con la Convenzione e, pertanto, con la Costituzione, alla luce di quanto disposto dall'art. 117, primo comma, Cost. – deve sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna, per violazione di tale parametro costituzionale (ex plurimis, sentenze n. 150 del 2015, n. 264 del 2012, n. 113 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 e n. 239 del 2009)*”: Corte cost., 11 maggio 2017, n. 109, in www.cortecostituzionale.it.

Di sicuro impatto nell'ordinamento italiano sono le – poche – sentenze dalla Corte rese in materia di diritto contrattuale. Così, esemplificativamente, il principio di diritto secondo cui “[*l*]a generalizzata esclusione di soggetti legati in una relazione omosessuale dalla successione in una locazione non può essere accettata come necessaria per la protezione della famiglia concepita in senso tradizionale”²⁷⁹, affermato in relazione alla disciplina polacca sulla locazione, da un lato, vale ad ampliare, in caso di morte del conduttore, anche il novero dei successori di cui all’art. 6, co. 1, della legge italiana sulla locazione di immobili urbani (27 luglio 1978, n. 392)²⁸⁰; dall’altro, in combinato disposto con l’art. 6 cit. e in quanto specificazione contenutistica degli artt. 8, 14 CEDU e 3, 13 e 14 Cost., non può che integrare il regolamento di quel contratto, anche in sostituzione di clausola che ne concreti violazione (artt. 1339 e 1419, co. 2, cod. civ.).

Va evidenziata, inoltre, la circostanza che la Corte EDU è “*tenuta non ad esaminare in abstracto la legislazione e la prassi pertinenti, bensì a verificare se la loro applicazione al ricorrente abbia violato la Convenzione*”²⁸¹. In altri termini, tale giudice non valuta se il diritto nazionale considerato ammetta interpretazione diversa da quella (corrente) sospetta di violare la convenzione. È il giudice nazionale che del precedente sovranazionale – sempreché conforme a legalità costituzionale ed eurounitaria – deve fare tesoro per attivare le tecniche argomentative atte, sulla base e nei limiti delle possibilità di senso del diritto vigente (*id est*: salvo il divieto di disapplicazione della norma interna), a

²⁷⁹ Corte EDU, 2 marzo 2010, *Kozak* c. Polonia, n. 13102/02. Tale esclusione è discriminatoria ai sensi degli artt. 8 (“*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*”) e 14 (“*Divieto di discriminazione*”) CEDU.

²⁸⁰ “*In caso di morte del conduttore, gli succedono nel contratto il coniuge, gli eredi ed i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi?*”. Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1654 ss., ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non prevede tra i successori nel contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente *more uxorio*.

²⁸¹ Corte EDU, 20 ottobre 2009, *Vallauri* c. Italia, n. 39128/05, in www.giustizia.it.

rimuovere l'antinomia tra convenzione e diritto vivente. In questa direzione, ad esempio, la riscontrata violazione degli artt. 13 CEDU (“*Diritto a un ricorso effettivo*”) e 1 Prot. n. 1 alla convenzione (“*Protezione della proprietà*”), da parte dello Stato italiano, dovuta al fatto che il diritto interno, per come *applicato*, consente sì alle autorità giudiziarie di esaminare la legalità formale della scelta del curatore fallimentare di sciogliersi (art. 72 l. fall.) da contratto preliminare di compravendita, ma non anche le relative necessità e proporzionalità²⁸², impone un reciso ampliamento, in chiave ermeneutica, dell’oggetto di scrutinio del giudice comune, onde ammettersi l’invalidazione dello scioglimento *abusivo*.

3.2.2. Segue: l’etero-integrazione del regolamento contrattuale ad opera delle Autorità Amministrative Indipendenti

L’approdo alla concezione *funzionale* del contratto quale incontro della volontà delle parti con quella dell’ordinamento²⁸³ consente di conferire piena legittimazione anche all’etero-integrazione contrattuale ad opera delle fonti di rango secondario e, tra queste, anzitutto ai regolamenti delle *Authorities*. L’art. 41 Cost., co. 2, non pone infatti alcuna (implicita) riserva di legge perché l’utilità sociale non limita ma fonda – e conforma – l’autonomia contrattuale. Quello della legittimità dell’intervento sul contratto ad opera delle Autorità Amministrative Indipendenti non è un problema di rispetto di una pretesa riserva di legge ai sensi dell’art. 41 Cost., co. 2, bensì di legalità del potere autoritativo – i cui generali referenti costituzionali sono altri, ossia

²⁸² Corte EDU, 4 febbraio 2014, *Ceni c. Italia*, n. 25376/06, in www.giustizia.it.

²⁸³ “[L]a delimitazione del concetto di autonomia è imprescindibile dall’analisi della norma: quest’ultima, nel riconoscere, appunto, poteri di autosistemazione e autoregolamentazione di interessi, individua al tempo stesso le funzioni e i limiti dei medesimi poteri”: F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, 2008, p. 55.

gli artt. 97, 24, 113 nonché, con riferimento alle ablazioni personali e a quelle reali, rispettivamente gli artt. 23 e 42 Cost. Problema che peraltro viene ulteriormente ridimensionato alla luce degli ultimi sviluppi normativi e giurisprudenziali.

In conformità alle esigenze valorizzate dal principio di sussidiarietà cd. verticale (art. 118 Cost., co. 1) – secondando le quali lo svolgimento delle funzioni pubbliche deve avvenire al livello più prossimo ai relativi destinatari –, la regolazione delle Autorità Amministrative Indipendenti, caratterizzate da tecnicità e (in quanto sfuggenti al tradizionale circuito della responsabilità politica) neutralità, esprime scelta legislativa “finalizzata alle esigenze che emergono dal settore da regolare, sì che coerentemente le regole si ricavano dall’oggetto da regolare”²⁸⁴. I rapporti tra Stato ed economia sono improntati al criterio per il quale la etero-regolamentazione non si contrappone al mercato e alla sua logica, bensì ne diventa parte integrante in vista del suo corretto funzionamento²⁸⁵.

Di qui la necessaria genericità della fonte primaria attributiva del potere, dovuta al particolare tecnicismo dei settori cui le Autorità sono preposte. Tecnicismo che le obbliga, a salvaguardia dell’assetto concorrenziale e della stabilità del mercato di riferimento, al costante adeguamento del contenuto delle regole tecniche all’evoluzione del settore²⁸⁶: il principio di legalità (in senso sostanziale), il quale impone sia l’indicazione dello scopo che la pubblica amministrazione deve perseguire sia la

²⁸⁴ A. FEDERICO, *Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative Indipendenti. Il ruolo dell’Autorità Nazionale Anticorruzione nella costruzione del regolamento contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 3, p. 824. Si veda altresì M. IMBRENDA, *Asimmetria di posizioni contrattuali, contratto predisposto e ruolo delle Authorities*, in www.comparazioneDirittocivile.it, 2018.

²⁸⁵ Così L. GIANI-F. VETRÒ, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2015, p. 629.

²⁸⁶ Cfr. art. 23 l. 28 dicembre 2005, n. 262, co. 3, ai sensi del quale Banca d’Italia, CONSOB, IVASS e COVIP “sottopongono a revisione periodica, almeno ogni tre anni, il contenuto degli atti di regolazione da esse adottati, per adeguarli all’evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori”.

predeterminazione, in funzione di controllo e garanzia, del contenuto e delle condizioni di esercizio dell'attività, avendo riguardo alle *Authorities* dev'essere diversamente foggiate; ma senza pregiudizio delle predette esigenze di controllo e garanzia²⁸⁷. Si necessita l'instaurazione di *“una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri regolatori e amministrativi in bianco, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori”*. L'attività delle Autorità Amministrative Indipendenti, benché sostanzialmente normativa, viene dalla legge assoggetta al principio del giusto procedimento, al contraddittorio – nonché al vaglio consultivo del Consiglio di Stato²⁸⁸. Dal che l'importante conseguenza che il controllo sull'esercizio del potere è affidato, preventivamente, alla consultazione degli organismi rappresentativi degli operatori e, successivamente – in deroga all'art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241, co. 2²⁸⁹ –, alla motivazione del regolamento²⁹⁰. La quale, in assenza di stringenti

²⁸⁷ Cons. St., 2 maggio 2012, n. 2521, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, p. 1284, che evoca la teoria dei poteri impliciti per ravvisare un fondamento legale al potere regolamentare genericamente conferito alle Autorità Amministrative Indipendenti.

²⁸⁸ Così Cons. St., Comm. Spec., 14 settembre 2016, n. 1920, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che altresì registra, in virtù dei contributi conoscitivi provenienti dagli operatori di settore e dalle associazioni di categoria, il miglioramento della qualità della regolazione.

²⁸⁹ *“La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale”*.

²⁹⁰ Cfr., emblematicamente, l'art. 23 l. 28 dicembre 2005, n. 262, co. 1 e co. 2: *“1. I provvedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'[IVASS] e della COVIP aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna, devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono. / 2. Gli atti di cui al comma 1 sono accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. Nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le Autorità di cui al comma 1 tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari. A questo fine, esse consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori”*.

parametri di legittimità legislativamente prefissati, non può che essere particolarmente approfondita e adeguata nell'esplicitare le ragioni poste a fondamento della decisione (*id est*: i *principi* che si è proceduto a bilanciare)²⁹¹.

3.3. La prossimità concettuale tra causa e tipo è inversamente proporzionale a quella tra contenuto ed effetti del contratto. Atto II: il superamento della distinzione tra contratti tipici e atipici

Gli orientamenti che identificano causa e tipo si sviluppano in un contesto ordinamentale non omogeneo rispetto a quello presente, sicché appare poco proficuo rappresentarne gli esiti ricostruttivi e verificarne l'impatto nel tempo attuale²⁹²: l'autonomia privata dev'essere determinata non già aprioristicamente e in astratto, ma ricostruendo e coerentemente applicando il diritto vigente²⁹³.

Il contratto è cambiato perché l'ordinamento è cambiato. Il tipo non è (più) servente a razionare l'atipicità o a depurare l'atto di autonomia²⁹⁴; rappresenta lo schema regolamentare, *id est*: la minima unità di effetti, *anche* legali²⁹⁵, diretti ed essenziali²⁹⁶ dell'operazione contrattuale. Schema la cui

²⁹¹ “*Sul piano del sindacato sostanziale, l'assenza di parametri rigidi volti a delimitare gli spazi di intervento del regolatore ha certamente determinato un ridimensionamento del vizio di violazione di legge, a fronte però di una crescente valorizzazione dell'eccesso di potere. L'eccesso di potere è stato utilizzato tenendo conto della particolare natura (più di regolazione che amministrativa) dell'atto oggetto di sindacato. L'eccesso di potere è diventato così lo strumento per valutare il rispetto da parte dei regolatori dei principi della coerenza, proporzionalità, ragionevolezza, logicità, adeguatezza della regola imposta agli operatori di settore*”: Cons. St., Comm. Spec., 14 settembre 2016, n. 1920.

²⁹² A. FEDERICO, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, cit., p. 10.

²⁹³ In tal senso, su tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 314; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 196; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 42.

²⁹⁴ Cfr., *supra*, p. 69, testo e nt. 260.

²⁹⁵ A. FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, cit., p. 178.

²⁹⁶ Sulla nozione di effetto diretto ed essenziale, si veda P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 619-625.

attuazione non segue la logica del *tutto-o-niente*²⁹⁷, prestandosi di contro a essere relativizzato rispetto ai concreti interessi perseguiti dai contraenti.

La conformità del contratto a diritto va vagliata alla luce dell'ordinamento nel suo complesso: non essendo (più) solamente il tipo legale il parametro di valutazione, liceità e meritevolezza vanno verificate sempre, sia considerato tipico o meno il contratto oggetto d'interpretazione²⁹⁸.

Tuttavia, l'approdo giurisprudenziale sulla necessità di apprezzamento in concreto dell'elemento causale, descritto²⁹⁹ come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare di là dal modello, anche tipico, adoperato, se non dà il giusto *peso* agli effetti prospettati dal tipo compromette la conoscenza razionale di quegli interessi e così arbitrariamente sottrae il contratto alla sua vera disciplina. Che non coincide con quella (imperativa o dispositiva) recata dal tipo legale, ma deriva dall'interpretazione “*di una pluralità di regole e principi disseminati nel codice civile, nella legge speciale, nei codici di settore, nelle disposizioni sovranazionali, nelle regole convenzionali*”³⁰⁰. Ed è proprio la causa, nelle sue vesti di strumento di interpretazione³⁰¹ e qualificazione del contratto, a consentire l'individuazione del regolamento.

²⁹⁷ A. FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, cit., pp. 173-174, segnala che l'evocazione giurisprudenziale dell'atipicità del contratto sovente rappresenta un'espedito verbale per consentire l'esclusione, dovuta a precomprensione, dell'applicazione di una specifica regola del tipo legale.

²⁹⁸ “[L]a qualificazione di un negozio come atipico ha mera rilevanza descrittiva ed è quindi priva di significato normativo”: U. MAJELLO, *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 500.

²⁹⁹ A partire da Cass., Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, p. 299 ss., e in G. PERLINGIERI-G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli, 2012, p. 212 ss., con nota di O. CLARIZIA, *Valutazione della causa in concreto e superamento del tipo legale*, ivi, p. 411 ss.

³⁰⁰ A. FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, cit., p. 177.

³⁰¹ Vanno bandite “*interpretazioni cavillose delle espressioni letterali contenute nelle clausole contrattuali, non rispondenti alle intese raggiunte (...) e deponenti per un significato in contrasto con la*

Il tipo non è chiamato a incasellare la concreta operazione economica all'interno dei suoi confini legali³⁰², ma identifica gli effetti che vengono relativizzati, “«colorati» dai concreti interessi sottesi all'operazione, perché la qualificazione non può essere operata soltanto in base agli elementi indicati dalle parti, ma anche sulla base di quelli posti dalle diverse fonti che partecipano alla costruzione del regolamento contrattuale”³⁰³. Un medesimo interesse dà vita a cause e discipline diverse se sotteso a tipi diversi³⁰⁴. Non è indifferente ai fini del disciplinamento che l'interesse abitativo sia dedotto in locazione anziché in contratto costitutivo di diritto reale; così come non lo è ritenere che il cd. preliminare di preliminare sia preordinato alla costituzione di obbligo di concludere altro contratto preliminare anziché alla regolazione del procedimento di formazione del contratto³⁰⁵.

3.4. I principi generali e l'(in)esistenza della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento

Il regolamento contrattuale è disciplina di interessi costituzionalmente meritevoli di tutela (artt. 41 Cost., co. 2 e 1322 cod. civ., co. 2). Ma le modalità

ragione pratica o causa concreta dell'accordo negoziale”: Cass., Sez. III, 22 novembre 2016, n. 23701, in *www.dejure.it*.

³⁰² Tra l'altro, che ascrivere questa funzione al tipo sia riduttivo è circostanza chiara anche ai sostenitori della teoria della sussunzione e al codificatore, indubbiamente ispirato a quella teoria. Basti pensare alla necessità di ricorso alle figure del negozio indiretto, del contratto in frode alla legge (art. 1344 cod. civ.) e del contratto concluso per motivo illecito comune alle parti (1345 cod. civ.).

³⁰³ A. FEDERICO, *o.u.c.*, p. 178. La causa rappresenta “il quid che “illumina” il contratto nella dimensione di valore, cioè di regolamento di interessi, e che costituisce un “elemento” idoneo a riflettere le tensioni dei contraenti nei riguardi di certi risultati, vale a dire i concreti interessi alla realizzazione dei quali i negozi sono diretti”: ID., *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, cit., p. 9.; P. PERLINGIERI-A. FEDERICO, *Causa*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 496-504.

³⁰⁴ “[A] meno di voler attribuire all'interesse una consistenza ontologica che non può essere ravvisata a prescindere dall'intervento dell'ordinamento giuridico”: A. FEDERICO, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, cit., p. 15.

³⁰⁵ Cfr. Cass., SS.UU., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 2, p. 619; A. FEDERICO, *Tipicità e atipicità dei contratti*, cit., pp. 178-179.

di intervento de(i princípi de)lla Costituzione sul contratto, per le prospettive che comunque lo ammettano, sono oggetto di riflessioni tutt'altro che incontroverse e di esiti applicativi che in giurisprudenza non celano ambiguità scaturenti da una non del tutto convinta adesione né alla dottrina della (mera) rilettura del diritto privato alla luce della Costituzione, né a quella che ammette la *unmittelbare Drittwirkung* dei princípi costituzionali.

Il cuore del problema può sintetizzarsi nei termini che seguono: le norme costituzionali possono *direttamente* ergersi a parametro di validità del contratto e a esse conformarlo? Chiarita la generale inammissibilità teorica della distinzione tra criteri ermeneutici e norme³⁰⁶, sussistono ragioni di diritto positivo per le quali la costituzionalizzazione del diritto civile debba seguire percorsi *sui generis* con riferimento al contratto, onde qui legittimare quella distinzione?

La dottrina che demanda ai princípi costituzionali una valenza eminentemente ermeneutica – talvolta limitandosi persino a scorgere in essi, in riferimento alle clausole generali, un limite negativo alle possibilità di significato³⁰⁷ e non anche direttive in positivo suscettibili di concretizzarne il contenuto³⁰⁸ –, non può che favorevolmente salutare la celebre tesi della separazione tra regole di validità e regole di comportamento. La quale tesi postula che la nullità contrattuale per violazione di norme imperative (art. 1418 cod. civ., co. 1) sia predicabile avendo esclusivo riguardo alle norme la cui inosservanza refluisca sugli elementi c.dd. intrinseci della fattispecie negoziale, struttura o contenuto³⁰⁹, ovvero che, in assoluto o in presenza o

³⁰⁶ Cfr., *supra*, § 2.3.1.

³⁰⁷ Così G. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali*, cit., p. 96.

³⁰⁸ Cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, ora in ID., *Scritti*, cit., p. 111: “il contenuto assiologico 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”.

³⁰⁹ Cass., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 1, 2006, 25 ss., con nota di V. ROPPO-G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*.

difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, vietino in sé la stipulazione del contratto (ad es., in assenza di autorizzazione richiesta dalla legge o in mancanza d'iscrizione di uno dei contraenti in albi o registri cui la legge condizioni la relativa legittimazione a stipulare). Di comportamento (o di responsabilità), invece, sarebbero le regole che, disciplinando la condotta delle parti nel corso delle trattative o dell'esecuzione del contratto, non attengono alla fattispecie: la violazione di esse dà luogo, se del caso, a responsabilità risarcitoria (precontrattuale o contrattuale) e/o espone l'autore della violazione ad azioni contrattuali avverso l'inadempimento, ma non comporta, salvo espressa disposizione di legge (art. 1418 cod. civ., co. 3), invalidità contrattuale. Ciò a causa della (estrema) genericità di siffatte regole: i doveri di comportamento, quali anzitutto quelli di correttezza e buona fede, *“sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite”*³¹⁰. Il problema della genericità potrebbe, a ben vedere, ritenersi superato laddove la legge – e non già l'interprete – stabilisca specifici obblighi di condotta (ad es., a contenuto informativo) a carico dei contraenti, o a uno solo di essi³¹¹, quantunque non preveda espressamente comminatoria di nullità.

Condivisibile è la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento se d'ausilio alla comprensione di ciò, che la nullità del contratto ha per presupposto la violazione di norme dalla cui applicazione consti la dannosità sociale, totale o parziale, del contratto.

Qualora il disvalore del comportamento non ridondi in disvalore di struttura e/o funzione del negozio, può affermarsi che la norma che quel comportamento prescriva, *in concreto*, non disciplina la validità del singolo

³¹⁰ Cass., SS.UU., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, c. 784.

³¹¹ Si veda G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 732 ss, e in AA.VV., *Le forme della nullità*, Torino, 2009, p. 1 ss.

contratto al vaglio dell'interprete, ben potendo farlo in riferimento ad altre fattispecie. Sicché la qualificazione in termini di regola di validità o di comportamento di una norma è operazione realizzabile esclusivamente *a posteriori*, posto che tra comportamento e atto c'è “*logica connessione e necessaria compenetrazione nel momento formativo, costitutivo e regolamentare*”³¹². Lo stesso legislatore indirizza in questa direzione: l'art. 1337 cod. civ. statuisce che le parti devono comportarsi secondo buona fede non solo nello svolgimento delle trattative, ma anche *nella formazione*, strutturale e contenutistica, del contratto³¹³. Non può affatto persuadere allora l'addurre l'esigenza di certezza del diritto, “*particolarmente importante quando è in gioco la sorte stessa degli atti giuridici*”³¹⁴, come giustificazione per negare che dalle disposizioni di principio e da quelle contenenti *alcune* clausole generali (quali “*buona fede, diligenza, correttezza, ragionevolezza, ecc.*”³¹⁵) possano trarsi regole di validità, così riducendo il giudizio di validità – ma non quello di responsabilità – “*a mera operazione di sussunzione della fattispecie concreta a quella astratta*”³¹⁶. Non vi sono ragioni (né regole o principi) di diritto positivo per le quali la discrezionalità interpretativa debba essere limitata al punto da escludere che possano esistere “nullità senza fattispecie”, quando invece il diritto contrattuale vigente volge in direzione opposta. Per giungere a questa conclusione è sufficiente anche soltanto prendere in considerazione pochi articoli del codice: è puro esercizio retorico ritenere che, tra gli altri, sintagmi – li si voglia chiamare clausole generali o concetti giuridici indeterminati – quali ordine pubblico, buon

³¹² G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, spec. p. 30 e 47.

³¹³ Cfr. A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 11, per il quale la formazione del contratto *ex art. 1337 cod. civ.* allude a una fase diversa dalle trattative, ossia a quella che più direttamente investe la costruzione del contratto.

³¹⁴ G. D'AMICO, *o.n.c.*, p. 9, nt. 11.

³¹⁵ *Ivi*, p. 10, nt. 13.

³¹⁶ M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti*» del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995, p. 5, nt. 11.

costume, immeritevolezza e mancanza di causa, impossibilità (giuridica o materiale) e mancanza dell'oggetto integro fattispecie idonee a fornire a parti e giudice l'immediata percezione della regola (in senso stretto) che dica loro se quel contratto rispettivamente possa essere e sia stato validamente confezionato.

Né la nullità testualmente sancita da disposizione di taglio regolamentare esime dall'effettuazione di complesse operazioni di significazione, onde anzitutto accertare se la norma che se ne ricavi effettivamente integri, alla luce degli interessi in gioco per come valutati dall'intero sistema, la disciplina del caso concreto. Ad esempio, che il requisito della forma scritta *ad substantiam* del contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento esiga o no, oltre alla sottoscrizione dell'investitore, anche quella dell'intermediario, non sembra affatto oggetto di questione che la testualità della nullità di cui all'art. 23 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, co. 1, ult. periodo (*“Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo”*), di per sé possa risolvere. In senso negativo, sull'assunto che la *ratio* di siffatta prescrizione legale di forma sia il bisogno di riequilibrio dell'asimmetria informativa tra i contraenti, si afferma³¹⁷ che il consenso dell'intermediario possa essere desunto anche alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso serbati.

Analogamente, anteriormente alla novella recata dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, l'espressa previsione della nullità, ad opera del previgente testo dell'art. 2103 cod. civ., co. 2, di ogni patto contrario al divieto – tra gli altri – del demansionamento del lavoratore, non è servita all'esclusione applicativa del divieto allorché l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori a quelle precedentemente svolte rappresentasse l'unica alternativa praticabile in luogo

³¹⁷ Cass., SS.UU., 16 gennaio 2018, n. 898, in *www.iusexplorer.it*.

del licenziamento, che è per il lavoratore fonte di pregiudizio evidentemente maggiore rispetto a quello scaturente dal demansionamento³¹⁸.

Né la giurisprudenza si è ritenuta ermeneuticamente astretta dal rigore della formulazione regolamentare dell'art. 636 cod. civ., co. 1 (*“È illecita la condizione che impedisce le prime nozze o le ulteriori?”*) – tra l'altro neppure ricorrendo all'argomento costituzionale –, laddove, in conformità alla dottrina tradizionale, ha affermato che dalla stessa *ratio* sottesa all'art. 636, co. 1, *“di tutelare la libertà personale nella scelta inerente a uno dei diritti più sacri dell'uomo, qual è quello di contrarre o meno matrimonio”*, discenderebbe che ove la condizione testamentaria (risolutiva) di contrarre matrimonio *“sia dettata non dal fine di influire sulle decisioni al riguardo del chiamato all'eredità, bensì da quello di provvedere in modo più adeguato alle sue esigenze, connesse ad una scelta di vita che lo privi di aiuti materiali e morali, la condizione non è illecita”*³¹⁹.

In altre parole, è dal sistema che si estraggono regole e principi chiamati a disciplinare validità e contenuto del contratto. Del tutto

³¹⁸ Così, su tutte, Cass., Sez. lav., 19 novembre 2015, n. 23698. Il vigente art. 2103 cod. civ. ora, con i commi 2, 4, 6, 7 e 8 colma la “lacuna assiologica”: *“(…) In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale. (...) Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi. / Nelle ipotesi di cui al secondo e al quarto comma, il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa. / Nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita. Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro. (...) Salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e al quarto comma e fermo quanto disposto al sesto comma, ogni patto contrario è nullo”*.

³¹⁹ Cass., Sez. II, 21 febbraio 1992, n. 2122, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1753 ss., con nota di N. DI MAURO, *Brevi considerazioni in tema di condizioni testamentarie illecite*. *Contra*: Cass., Sez. II, 15 aprile 2009, n. 8941, in *Fam. pers. Succ.*, 2009, p. 598 ss. – con nota di N. DI MAURO, *Illiceità della condizione testamentaria di contrarre matrimonio: la Cassazione apre alla Drittwirkung per le successioni mortis causa* –, su cui si veda, *infra*, p. 92 testo e nt. 329.

ininfluente è il modo (espresso o inespresso) attraverso cui si le norme si manifestano. Il margine di discrezionalità è insito in ogni decisione e la norma, sia essa regola o principio, dev'essere sempre applicata alla fattispecie concreta secondo ragionevolezza, indipendentemente dal “tasso di analicità” della/e disposizione/i da cui è tratta³²⁰.

Ogni norma dell'ordinamento, se pertinente, *dev'essere* applicata al fatto. Ordinamento nel quale, acquisite la gradualità della distinzione tra regole e principi e la centralità della clausola di utilità sociale (art. 41 Cost., co. 2) nella ricostruzione del fenomeno contrattuale, non è dato riscontrare alcun addentellato per la configurazione, quanto alle norme sulla validità contrattuale, di una “riserva di fattispecie”. Il che riceve singolare conferma dalla circostanza che la dottrina che disconosce il valore normativo dei principi *positivizzati* dalla Costituzione – nel senso che ne esclude la possibilità di diretta applicazione nei rapporti contrattuali – reputa che il principio di separazione tra regole di validità e regole di comportamento non abbia fondamento positivo: esso, “*inteso nella sua precisa ratio (...) di assicurare la «certezza del diritto»*”, rappresenterebbe “un principio di tipo «politico» (e, dunque, un principio di tipo «deduttivo»), e non invece (come pure spesso sembra pensarsi) un principio che si ricavi per induzione (e successiva generalizzazione) dalla disciplina positiva *delle invalidità dettata dal legislatore*”³²¹.

³²⁰ Così G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità*, cit., p. 35, nt. 45 e p. 43.

³²¹ G. D'AMICO, *o.u.c.*, cit., pp. 9-10, testo e nt. 12. Nello stesso senso, si veda R. NATOLI, *Il contratto «adeguato». La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, p. 80 ss.

3.4.1. Segue: la nullità per violazione di principio generale tra Drittwirkung (im)mediata e (im)meritevolezza di tutela

Dal riconoscimento del valore normativo e *imperativo* dei principi generali non consegue affatto che essi assurgano in ogni caso a regole di validità né che quindi ad ogni loro violazione debba automaticamente corrispondere la nullità del contratto. L'art. 1418 cod. civ., co. 1, lo conferma: la contrarietà a norme imperative è causa di nullità (cd. virtuale) del contratto, “*salvo che la legge disponga diversamente*”. In altre parole, non nel co. 1 cit., ma nel sistema va cercata la giustificazione della sanzione di nullità. Nell'ordinamento vigente – complesso e multilivello –, il quale ripudia l'interpretazione come attività puramente logico-formale e la concezione del giudice quale “bocca della legge”, la *legge* che può “disporre diversamente” è l'ordinamento stesso per come specificamente riflesso nella normativa del caso concreto, non *precise disposizioni* o – eventualmente – principi inespressi, da queste ricavati.

La nullità segue alla violazione di norma imperativa solamente allorché costituisca reazione ordinamentale adeguata alla *ratio* di quella norma, cioè alla protezione degli interessi che ne sono sottesi, e non sproporzionata rispetto ad altri interessi concretamente coi primi in conflitto.

Il potere negoziale ha per contenuto l'evidenziazione e, se del caso, la regolamentazione di interessi la cui soddisfazione è condizionata dalle possibilità giuridiche e fattuali di applicazione delle norme, concorrenti al disciplinamento del negozio, con essi contrastanti. Talché assai varie sono le possibilità di conflitto tra norme auto-determinata ed etero-determinate (regole e principi). Solo per fare qualche esempio: la causa dell'operazione economica può esprimere disvalore (illiceità), nessun valore (immeritevolezza), ovvero essere positivamente apprezzata dall'ordinamento

ma risultare in concreto irrealizzabile; il disvalore può ricadere, anziché sulla causa, sul modo attraverso il quale ne è pattiziamente prospettata la realizzazione, delineando una disciplina non congrua con gli interessi dedotti in contratto; ancora, il regolamento contrattuale può essere considerato nullo oppure integrante fattispecie complessa non perfezionata non già in esito alla formulazione di un giudizio di riprovazione sugli effetti programmati, bensì per ragioni di politica del diritto protese alla protezione di interessi pubblici o collettivi comunque implicati nell'atto di autonomia³²², con buona pace dell'idea della netta separazione tra diritto/interesse pubblico e diritto/interesse privato.

Sulla base di queste coordinate è possibile tentare di fornire uno spaccato sul modo d'intendere, da parte della giurisprudenza di legittimità, l'incidenza dei principi generali del diritto sul contratto.

L'idea della necessità di *interpositio legislatoris* per l'operatività dei principi espressi è dura a morire, ed esplicitamente condivisa da quel recente orientamento che, sul presupposto che “[l]a norma di cui all'art. 97 Cost., comma 2, concern[a] non la materia contrattuale ma l'azione della pubblica amministrazione”, richiede, affinché essa norma possa avere ricadute sul piano delle relazioni contrattuali della pubblica amministrazione, “l'interposizione di una regola

³²² Esemplicativamente, per ragioni di prelievo fiscale l'art. 1 l. 30 dicembre 2004, n. 311, co. 346, richiede, per la validità dei contratti costitutivi di diritti relativi di godimento su beni immobili, la registrazione degli atti, integrante “coelemento di validità extranegoziale” secondo Cass., SS.UU., 9 ottobre 2017, n. 23601, in *www.dejure.it*. La quale, dall'interpretazione del combinato disposto degli artt. 17, co. 1, primo periodo (“L'imposta dovuta per la registrazione dei contratti di locazione e affitto di beni immobili (...) è liquidata dalle parti contraenti ed assolta entro trenta giorni”), e 38, co. 1, d.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 (“La nullità o l'annullabilità dell'atto non dispensa dall'obbligo di chiedere la registrazione e di pagare la relativa imposta”), deduce che la registrazione tardiva del contratto di locazione valga a sanare con effetti *ex tunc* la nullità sancita dal co. 346 cit., ritenuta – essere *sopravvenuta* (alla scadenza del termine di trenta giorni), *da inadempimento* (dell'obbligo di registrazione) e – avere finalità persuasive e dissuasive, rendendo non conveniente alle parti l'omissione della registrazione (salvo provvedervi in caso di sopravvenuto conflitto tra di esse).

*legislativa che ne attui il principio e funga da norma imperativa*³²³. Affermazione che peraltro sembra cadere in un'inversione logica: se il più contiene il meno, riferendosi l'art. 97, co. 2, all'agire della pubblica amministrazione in generale, non può che disciplinarne anche quello contrattuale. Infatti, l'attività contrattuale della P.A., quand'anche svolta in regime privatistico, è pur sempre attività d'interesse pubblico³²⁴. E sono proprio i principi costituzionali di buon andamento e d'imparzialità a imporre il superamento di qualsiasi interpretazione ispirata al rigido autoritarismo dell'attività della P.A. e quindi la riscrittura *secundum Constitutionem* delle categorie fondamentali (interesse pubblico, potere amministrativo e interesse legittimo) su cui si fonda l'attività amministrativa³²⁵.

Opposta è la direzione seguita da quella giurisprudenza che ammette la nullità della regola pattizia per *diretta* violazione di principio costituzionale. Con tale sanzione, in particolare, viene colpita la clausola contrattuale che vieti al conduttore di ospitare stabilmente persone non appartenenti al suo nucleo familiare, dacché confliggente con “*l'adempimento dei doveri di solidarietà [ex art. 2] che si può manifestare attraverso l'ospitalità offerta per venire incontro ad altrui difficoltà*”³²⁶. Stesso esito per la trasgressione dello stesso precetto costituzionale si ammette in relazione alla caparra confirmatoria (art. 1385 cod. civ.), ove rifletta “*un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente*

³²³ Cass., Sez. III, 31 ottobre 2017, n. 25844, in *www.dejure.it*.

³²⁴ Sull'incidenza di tale interesse sulla causa dei contratti stipulati dalla pubblica amministrazione, si veda A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli «accordi» tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, spec. p. 119.

³²⁵ Così, su tutti, *ivi*, p. 23 ss., spec. p. 28; M. PENNASILICO, *L'ermeneutica contrattuale tra pubblico e privato*, in *Contr.*, 2014, p. 187 ss., spec. pp. 188 e 198.

³²⁶ Cass., 19 giugno 2009, n. 14343, cit., per la quale nella struttura gerarchica dell'ordinamento “*una posizione preminente hanno quelle norme che attengono ai valori inviolabili della persona umana ed il cui dettato non si esaurisce in formule meramente programmatiche, ma è dotato d'un valore precettivo che le rende direttamente applicabili anche ai rapporti intersoggettivi*”.

sbilanciato in danno di una parte”, valorizzando i “*possibili margini di intervento riconoscibili al giudice*”³²⁷.

La diretta applicazione dei principi costituzionali viene altresì invocata per rafforzare la caratura assiologica della regola di cui all’art. 636 cod. civ., co. 1, che testualmente sancisce la nullità della condizione testamentaria che impedisca le nozze, onde dar luogo a *revirement* rispetto al già menzionato³²⁸ orientamento il quale reputava che questa disposizione non disciplinasse anche l’ipotesi in cui la condizione fosse finalizzata non già a ostacolare le nozze, bensì a far fronte a bisogni dell’istituto legati alla *scelta* di non sposarsi. La condizione diverrebbe allora in ogni caso “*in contrasto con norme imperative e con l’ordine pubblico (...) in quanto contraria alla esplicazione della libertà matrimoniale, fornita di copertura costituzionale attraverso gli artt. 2 e 29 Cost.*”³²⁹.

In posizione intermedia si colloca invece quel filone giurisprudenziale che dà sì rilievo ai principi generali, espressi o inespressi, onde disconoscere protezione giuridica al contratto o alla clausola con essi contrastanti, ma per il medio del canone della (im)meritevolezza di tutela degli interessi contrattualmente dedotti (art. 1322 cod. civ., co. 2). In questa prospettiva, in nome dell’interesse oggettivo dell’ordinamento a che l’autonomia

³²⁷ Così Corte cost., attestando che i doveri inderogabili di solidarietà *ex* art. 2 Cost. “*attribuiscono vis normativa*” al canone di buona fede, nelle note declaratorie di manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell’art. 1385 cod. civ., co. 2: 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, c. 382 ss., e in *Contr.*, 2014, p. 926 ss., con nota di G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*; 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035 ss., con note di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti tra 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?*.

³²⁸ *Supra*, p. 87.

³²⁹ “*Pertanto, essa si considera non apposta [ai sensi dell’art. 634 cod. civ.], salvo che risulti che abbia rappresentato il solo motivo ad indurre il testatore a disporre, ipotesi nella quale rende nulla la disposizione testamentaria*” (art. 626 cod. civ.): Cass., Sez. II, 15 aprile 2009, n. 8941, cit., secondo la quale “[n]on è (...) revocabile in dubbio la diretta efficacia delle norme costituzionali concernenti i diritti fondamentali della persona, oltre che nei confronti dei pubblici poteri, anche nei rapporti tra privati: deve, pertanto, escludersi che ad essa possa essere sottratto, in virtù del principio della salvaguardia della libertà testamentaria, il plesso della disciplina codicistica delle successioni mortis causa”.

contrattuale non travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appaia meritevole di tutela³³⁰, vengono affermate, in particolare, l'immeritevolezza:

- a) di contratto atipico tra imprenditori (nella specie, farmacisti) diretto a restringere l'esercizio di facoltà, loro riconosciute dalla legge in vista dell'“*effettiva realizzazione di un assetto concorrenziale del mercato*”³³¹;
- b) per “*contrasto con i principi generali dell'ordinamento di cui all'art. 41 Cost. [co. 1], e di economicità vigenti in tema di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*”, di clausola che, inserita in una concessione di derivazione di acque pubbliche, imponga al concessionario il pagamento del canone anche nel caso di mancata fruizione della derivazione per sopravvenuta impossibilità a lui non imputabile³³²;
- c) di clausola penale – originariamente o per effetto di parziale esecuzione dell'obbligazione principale – manifestamente eccessiva (art. 1384 cod. civ.), con conseguente riducibilità *ex officio* della stessa³³³;
- d) del sindacato di voto privo di termine di durata, ricadente “*nell'area di disfavore [legislativo] che circonda le obbligazioni destinate a durare indefinitamente nel tempo*”³³⁴;
- e) *possibile* di clausola che, inserita in un mutuo di scopo collegato a una compravendita di bene mobile, impedisca al mutuatario compratore di eccepire al mutuante l'inadempimento del

³³⁰ Cass., SS.UU., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Notariato*, 2006, p. 13 ss., con nota di M. TATARANO, *C'era una volta l'intangibilità del contratto*.

³³¹ Cass., Sez. III, 8 febbraio 2013, n. 3080, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1295 ss., con nota di S. TONETTI, *Intesa anticoncorrenziale e giudizio di meritevolezza*.

³³² Cass., SS.UU., 17 febbraio 2017, n. 4222, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2007 ss.

³³³ Cfr. Cass., SS.UU., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.

³³⁴ Cass., Sez. I, 20 settembre 1995, n. 9975, in *www.dejure.it*.

venditore, in esito a bilanciamento dell'interesse del mutuante – il quale avrebbe la possibilità di ripetere la somma dal venditore al quale l'abbia già consegnata – con quello del mutuatario – che, anche a fronte della mancata consegna del bene, dovrebbe continuare a restituire somme mai percepite, ma entrate direttamente nella sfera di disponibilità del venditore³³⁵;

- f) di contratto recante a effetto l'acquisto di prodotti finanziari mediante mutuo erogato dalla stessa banca che emette o gestisce quegli strumenti, costituiti in pegno a garanzia dell'eventuale mancato rimborso del finanziamento, allorché ponga l'alea dell'operazione esclusivamente in capo al risparmiatore, il quale paghi un saggio d'interesse (non tenue) senza seria prospettiva di corrispondente lucro, con vantaggio invece certo per la controparte³³⁶. L'immeritevolezza viene sovente denunciata *sub specie* di violazione degli artt. 38 e 47 Cost.³³⁷;
- g) di clausola (cd. *claims made* mista o impura) inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile, per effetto della quale la copertura assicurativa è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo danneggiato avvengono nel periodo di durata del contratto: la clausola realizzerebbe ingiusto e sproporzionato vantaggio per

³³⁵ Cass., Sez. III, 19 luglio 2012, n. 12454, in *Contr.*, 2012, p. 993 ss., con nota di G. CARADONNA, *Rilevanza del collegamento contrattuale nel mutuo di scopo e nelle operazioni di credito al consumo*.

³³⁶ Cass., Sez. I, 10 novembre 2015, n. 22950 – in relazione al contratto *My Way* –, in *Società*, 2016, p. 725 ss., con nota di M. COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*.

³³⁷ In tal senso – rispetto al contratto *4 You* –, *ex pluribus*, Cass., Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 137 ss., con nota di A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*; Cass., Sez. I, 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Foro nap.*, 2017, p. 189 ss., con nota di V. GIUSTI, *Il contratto di investimento for you e la nullità per immeritevolezza degli interessi*.

l'assicuratore, ponendo l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione³³⁸.

Il ricorso al filtro della meritevolezza per comunque privare di efficacia³³⁹ contratto o clausola contrastante con principio generale esprime il contraddittorio tentativo della giurisprudenza di riconnettere ai principi generali, nella sostanza, quel valore normativo che essi, in tesi, formalmente non avrebbero³⁴⁰. Ma siffatto iato tra forma e sostanza conduce alla pericolosa sottrazione dell'applicazione dei principi al sindacato di legittimità *ex art. 360 cod. proc. civ., n. 3)*³⁴¹, "limitato" alle *norme di diritto* e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro.

Peraltro, riserve sono formulabili anche in ordine alla *reductio ad unum*, sotto il prisma dell'art. 1322 cod. civ., co. 2, di fattispecie le ragioni delle cui nullità non sempre sono omogenee.

In quest'ottica, la vicenda dei contratti *My Way* e *4 You*, *sub f)*, merita inquadramento a sé. In particolare, sembra qui utilizzabile la categoria dell'irrealizzabilità della causa dell'operazione economica (in maniera decettiva) prospettata dall'intermediario finanziario al risparmiatore. Con

³³⁸ Cass., Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506, in *Contr.*, 2017, p. 383 ss, per la quale affinché "un patto atipico possa dirsi "immeritevole", ai sensi dell'art. 1322 c.c., non è necessario che contrasti con norme positive: in tale ipotesi sarebbe infatti di per sé nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c. / L'immeritevolezza discenderà invece dalla contrarietà (non del patto, ma) del risultato che il patto atipico intende perseguire con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. Il giudizio di immeritevolezza, in definitiva, non costituisce che una parafrasi moderna del secolare ammonimento di Paolo nei Libri LXII ad edictum, ovvero non omne quod licet, honestum est (Dig., 50, XVII, 144)".

³³⁹ "[S]i parli poi di invalidità, o, più frequentemente, di inefficacia o irrilevanza giuridica del contratto": Cass., Sez. I, 10 novembre 2015, n. 22950, cit. Per Cass., Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 19559, cit., "la valutazione di non meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti con un contratto atipico non comporta la nullità del contratto, ma semplicemente – come fatto palese dalla struttura stessa e dal tenore letterale della disposizione – l'esclusione del ricollegamento di ogni concreto effetto giuridico alla specifica autoregolamentazione negoziale intercorsa tra le parti, alla quale l'ordinamento resta appunto indifferente".

³⁴⁰ Cfr. A. FEDERICO, *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, cit., pp. 18-19.

³⁴¹ In tal senso, Cass., SS.UU., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Corr. giur.*, 2016, p. 921 ss., con nota di R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*.

quei contratti costui, solo formalmente edotto delle prospettive, riceverebbe prestazioni assolutamente svantaggiose se non rovinose, con ripartizione del rischio contrattuale del tutto incompatibile rispetto all'interesse a ricevere un finanziamento – per l'acquisto di strumenti finanziari – con finalità previdenziali. Interesse il quale oggettivamente integra la causa contrattuale avuta di mira dal risparmiatore, del tutto lecita e meritevole di protezione giuridica ai sensi degli artt. 38 e 47 Cost. Il disvalore da violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede *nella formazione del contratto* ex artt. 1337 cod. civ. e 2 Cost., da parte dell'intermediario, si ripercuote invece sul modo attraverso il quale viene disciplinato quell'interesse e ciò al punto da renderlo in concreto insuscettibile di soddisfacimento. Talché gli artt. 1337 e 2 citt. orientano l'interprete, prima ancora che in direzione della nullità da violazione di principio, verso la nullità da irrealizzabilità – o, se si preferisce, mancanza – della causa³⁴² ai sensi degli artt. 1418, cpv., e 1325, n. 2), cod. civ.³⁴³ In altri termini, l'irrealizzabilità causale qui sostenuta non è diversa da quelle della vendita di cosa propria, dell'assicurazione senza rischio (art. 1895) oppure del vitalizio su persona defunta³⁴⁴.

Ipotesi di nullità da violazione di norma imperativa sono invece quelle *sub a)* e *sub d)*. Nella prima, il contratto tra farmacisti si poneva quantomeno in contrasto con la *regola* di cui all'art. 3 l. reg. Campania 1° febbraio 1980, n. 7, co. 1 (nella sua formulazione precedente alle modifiche apportate dall'art.

³⁴² P. PERLINGIERI-A. FEDERICO, *Illiceità ed immeritevolezza della causa*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 585, ritengono più corretto discorrere di "irrealizzabilità" più che di "mancanza" della causa.

³⁴³ Non è ipotizzabile l'alternativa qualificazione contrattuale in termini di annullabilità per dolo (art. 1439 cod. civ.) giacché, diversamente dai casi in esame, dal contratto annullabile residua una potenziale utilità per la parte legittimata a domandare la caducazione degli effetti; utilità che giustifica la provvisoria produzione di questi nonché la possibilità di una loro stabilizzazione.

³⁴⁴ In riferimento al contratto di *Interest rate swap*, alla medesima conclusione perviene G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità*, cit., p. 63.

1 l. reg. Campania 15 gennaio 2010, n. 1, co. 2: “Fermo restando l’obbligo di garantire il numero di farmacie di servizio, le farmacie non di turno hanno la facoltà di restare aperte”) sicché, in presenza di “norma di diritto”, pare inesatto discorrere di immeritevolezza anche ove ci si collochi nella prospettiva negatrice del valore normativo dei principi generali: “persegue[ndo il contratto] solamente una finalità di regolamentazione dei flussi di clientela a beneficio esclusivo dei partecipanti all’accordo, ma con positiva frustrazione delle finalità di incremento della concorrenza insite nelle previsioni regionali e comunque imposte dall’ordinamento nazionale e comunitario”, l’improduttività di effetti discende dalla nullità dell’accordo per illiceità causale *ex* artt. 1343 e 1418, co. 2, cod. civ.³⁴⁵ E a non diverse valutazioni si presta l’altra ipotesi, nella quale la nullità (ai sensi dell’art. 1418, co. 1) del sindacato di voto *sine die* consegue alla violazione del principio di disfavore per le obbligazioni a tempo indeterminato, come desunto da pluralità di regole (“di diritto”) codicistiche³⁴⁶.

Infine, l’applicazione dell’art. 1322, co. 2, neppure in riferimento alle clausole *sub* b), c), e) e g) può essere affermata. Infatti, la nullità di esse è predicabile in ragione della loro disfunzionalità agli interessi in concreto perseguiti da *entrambi* i paciscenti.

Il contraente che faccia in modo che vengano inserite clausole così connotate dà nuovamente vita, in uno, a un comportamento e a un precetto

³⁴⁵ In tal senso, F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi* (ristampa con una Introduzione dell’A.), Frosinone, 2017, pp. XX-XI.

³⁴⁶ Regole che “valgono appunto ad evitare il sorgere di obbligazioni siffatte, talvolta espressamente subordinandone la validità alla predeterminazione della durata (si pensi agli artt. 1379 e 2125, primo comma, c.c.) o direttamente stabilendo per esse un limite temporale (si pensi agli artt. 1574, 1630, 2125, secondo comma, 2143, 2596 e 2604 c.c.), altre volte contemperando la mancata prefissazione di un termine finale con la potestà di recesso unilaterale dei contraenti (si pensi agli artt. 1596, secondo comma, 1616, 1750, secondo comma, 1810, 1833, primo comma, 1845, ultimo comma, e 2118, primo comma). Ed è importante sottolineare come tale disfavore non riguardi solo i contratti di scambio, ma sia altresì riscontrabile nella disciplina legale dei contratti associativi, come palesemente attestano l’art. 24, secondo comma, e l’art. 2285, primo comma, c.c.”: Cass., Sez. I, 20 settembre 1995, n. 9975, cit.

contrari a buona fede nella formazione del contratto³⁴⁷. Il potere negoziale viene qui esercitato, prima che in maniera immeritevole (*id est*: non attuativa di valori dell'ordinamento), in frontale contrasto con l'ordinamento per quanto in concreto riflesso nel valore manifestato (al netto della clausola nulla) dall'atto d'iniziativa. Precisamente, il contrasto è col principio di congruità del regolamento contrattuale con la sua funzione. Come si chiarirà successivamente³⁴⁸, a presidio di tale congruità si erge poi, ove necessario, la normativa *in concreto* indisponibile ai privati e di diritto inserita nel contratto in luogo della clausola nulla (artt. 1339 e 1419, co. 2)³⁴⁹.

Così, nell'integrazione della concessione di derivazione di acque pubbliche *sub b*), il principio di congruità "colora" di concreta indisponibilità la norma di cui all'art. 1464, co. 1, per gli effetti della quale il concessionario, a seguito della sopravvenuta impossibilità parziale (*ratione temporis*) della prestazione di controparte, ha diritto alla corrispondente riduzione del canone e a recedere dal contratto (qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale). Norma che invece ben può essere derogata allorché la formazione contenutistica del contratto avvenga in conformità a buona fede³⁵⁰; ciò che si ha se l'irriducibilità del canone e l'esclusione della facoltà di recesso siano *unilateralmente* stabilite ma

³⁴⁷ Per G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in ID.-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 222, è già la lettera dell'art. 1322 cod. civ., co. 1 ("Le parti..."), d'altronde, a stabilire che esclusivamente in via bilaterale possa essere liberamente determinato il contenuto del contratto.

³⁴⁸ *Infra*, § 3.5.1.

³⁴⁹ Normativa, se del caso, di ricostruzione giudiziale – come proprio ai sensi dell'art. 1384. Sulla questione, si veda *ibid.*

³⁵⁰ Secondo A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, cit., p. 390, "la buona fede – al netto delle incertezze contenutistiche - [è] in grado di attraversare indenne tutti i paradigmi contrattuali, vecchi e nuovi: in essa, allora, si può identificare l'unico collante in grado di tenere insieme una figura generale di contratto, che possa abbracciare – in un contesto oramai caratterizzato dalla coesistenza di più modelli – i diversi cerchi delle debolezze, protagonisti indiscussi delle trasformazioni registrate dal contratto nel corso degli ultimi decenni?".

corrispettivamente bilanciate da effetti tali da rendere equilibrato il regolamento³⁵¹, ovvero qualora vi sia convergenza effettiva delle volontà delle parti sull'introduzione di siffatti elementi di gratuità.

L'imperatività o la derogabilità di una norma, la sua attitudine o meno a disciplinare e come la (in)validità del contratto e/o a sanzionare la condotta della parte³⁵² non possono essere dichiarate una volta per tutte e in astratto, indipendentemente dall'analisi della singola operazione con cui l'ordinamento è empiricamente chiamato a confrontarsi³⁵³. L'effetto non è *sic et simpliciter* esito dell'applicazione della norma, bensì dispositivo di interpretazione e qualificazione, a loro volta insuscettibili di operatività se non in via contestuale. La qualificazione del fatto giuridico è pertanto, nella circolarità e unitarietà dell'ermeneutica, “[i]l procedimento che dalla determinazione della funzione giunge fino alla individuazione della disciplina”³⁵⁴. In tanto si applica una data disciplina (im)produttiva di determinati effetti in quanto essa

³⁵¹ Trattasi di valutazione facente capo a sindacato non già sull'equilibrio economico tra le prestazioni, di per sé rimesso all'autonomia negoziale, bensì “di adeguatezza del contratto agli interessi in concreto avuti di mira dai paciscenti” (Cass., SS.UU., 24 settembre 2018, n. 22437, in *www.dejure.it*). Cfr., *infra*, § 3.5.1.

³⁵² La circostanza che l'illiceità del comportamento (*id est*: del fatto) non si riverberi sul contratto (*id est*: sul valore) non esclude affatto responsabilità risarcitoria. La disciplina del dolo incidente è sul punto emblematica (art. 1440). Cass., Sez. III, 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, p. 1192 ss., con nota di T. DALLA MASSARA, *Dolo incidente: quantum risarcitorio e natura della responsabilità*, afferma che il dolo incidente costituisca applicazione dell'art. 1337.

³⁵³ Improntate al criterio della determinazione casuistica delle conseguenze, legate cioè alle specifiche caratteristiche dei contratti oggetto di giudizio, sono Cass., SS.UU., 17 febbraio 2017, n. 4222, cit. (decisione *sub b*), Cass., Sez. III, 19 luglio 2012, n. 12454 (decisione *sub e*) nonché, in particolare – in materia di clausola *claims made* –, Cass., SS.UU., 24 settembre 2018, n. 22437, cit. (“la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva”) e Cass., SS.UU., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.

³⁵⁴ P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *o.c.*, p. 80.

costituisca risposta ordinamentale adeguata, ragionevole e proporzionata alla soddisfazione dell'esigenza di tutela dal fatto manifestata, per come apprezzata dalle norme positive di riferimento.

Un altro esempio. La violazione dell'art. 2 Cost. determina o meno la nullità del recesso (cfr. art. 1324 cod. civ.) abusivo secondoché esso rispettivamente intervenga nella fase attuativa del rapporto contrattuale ovvero durante lo svolgimento delle trattative. In questo caso, prospettare la nullità lederebbe irragionevolmente la libertà di contrarre, obbligando la parte scorretta alla prosecuzione delle trattative e alla conclusione del contratto³⁵⁵: il risarcimento del danno è il “giusto rimedio”³⁵⁶. Laddove invece il recesso, quantunque pattiziamente riconosciuto *ad nutum*, concerna vincolo contrattuale già sorto, la clausola che lo prevede ne costituisce regola di validità³⁵⁷: essa è dalla giurisprudenza applicata e interpretata unitamente agli artt. 2 Cost., 1366, 1175 e 1375 cod. civ., di modo che non può ricevere applicazione allorché il recesso abbia luogo secondo tempi e modalità tali da

³⁵⁵ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità*, cit., p. 93.

³⁵⁶ Sul quale si vedano P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.; G. PERLINGIERI, *Alla ricerca del «giusto rimedio» in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 665 ss.

³⁵⁷ Per C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 108, “*il vero oggetto della valutazione di abusività è la clausola che prevede il recesso, non l'esercizio di esso*”. Il che è verità parziale: fatto (recesso) e norma (la clausola e l'ordinamento) sono entrambi oggetto del procedimento interpretativo unitariamente inteso quale osmosi tra interpretazione e qualificazione. Cfr. P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *o.c.*, pp. 80-82.

ledere gli interessi di controparte³⁵⁸, alla cui preservazione ciascuna parte è tenuta nei limiti di un apprezzabile sacrificio³⁵⁹.

3.5. I principi generali e l'integrazione del contratto. L'integrazione conseguente alla vessatorietà della clausola nei contratti del consumatore

Il contratto è fonte del diritto, “ordinamento del caso concreto”³⁶⁰, regolamento *integrato* da tutti i (pertinenti) principi e regole atti ad assicurare la massima realizzazione possibile degli interessi attratti dall'atto di iniziativa. Principi e regole di diversa origine (nazionale, sovranazionale) e rango, rimontanti alla formula riassuntiva “legge” di cui all'art. 1374 cod. civ.³⁶¹

Dal riconoscimento del valore normativo dei principi generali consegue che non può esservi lacuna dei livelli di norme che compongono l'ordinamento³⁶², sicché da sole si traggono le conseguenze in ordine all'importanza del ruolo dall'art. 1374 assegnato, “in mancanza” di

³⁵⁸ Così Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1577 ss.: “[l] criterio della buona fede costituisce, quindi, uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo – anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale”. Si veda altresì Cass., Sez. I, 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, I, p. 449 ss., secondo cui è annullabile, ex artt. 1375 e 2377 cod. civ., la delibera assembleare adottata, a proprio esclusivo vantaggio, dai soci di maggioranza di una società di capitali, in danno di quelli di minoranza, posto che “le determinazioni prese dai soci durante lo svolgimento del rapporto associativo debbono essere considerate, a tutti gli effetti, come veri e propri atti di esecuzione, perché preordinati alla migliore attuazione del contratto sociale”.

³⁵⁹ Così, nello specificare il contenuto dell'obbligo di buona fede ex artt. 1175 e 1375 cod. civ., Cass., Sez. II, 18 ottobre 2004, n. 20399, in *Contr.*, 2005, I, p. 429; Cass., Sez. VI, 14 gennaio 2019, n. 622, in *nmv.dejure.it*. “[N]e consegue, pertanto, che (...) l'abuso del diritto è da escludere (...) allorché il recesso non motivato dal contratto sia consentito dalla legge, la sua comunicazione sia avvenuta secondo buona fede e correttezza e l'avviso ai clienti si prospetti come doveroso”: Cass., 7 maggio 2013, n. 10568, in *Lav. giur.*, 2014, p. 269 ss., con commento di V. SANGIOVANNI, *Abuso del diritto nel recesso del preponente dal contratto di agenzia*.

³⁶⁰ P. PERLINGIERI, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss.

³⁶¹ *Contra*: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 787, secondo cui l'art. 1374, richiamando la legge, non può che far riferimento alla legge puntuale, altrimenti non vi sarebbe mai quella “mancanza” cui è condizionata la rilevanza di usi ed equità.

³⁶² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 208.

determinazione pattizia, legge e usi, all'equità. Non parimenti è a dirsi con riferimento agli usi: per effetto dell'operatività dell'analogia (*legis e iuris*), a poter mancare è la "legge" puntuale, non anche quella di principio, da bilanciare con l'uso normativo vigente all'atto della costruzione del concreto regolamento contrattuale.

Le due specie di integrazione, entrambe (secondo i più) riconducibili all'art. 1374³⁶³, alle quali il codice civile ha adusato gli interpreti sono le seguenti: suppletiva e cogente. Mediante la prima il diritto dispositivo interviene per disciplinare aspetti del rapporto non regolati dai contraenti. L'integrazione cogente, invece, è quella disposta dall'art. 1339, a mente del quale la normativa imposta dalla legge – o da atti amministrativi di questa attuativi³⁶⁴ – s'inserisce automaticamente nel contratto, "*anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti*". L'inserzione (o la sostituzione) automatica di clausole soddisfa interessi che la legge reputa meritevoli di realizzazione indipendentemente dalla loro rispondenza alla valutazione dei contraenti, talché l'etero-integrazione interviene su un regolamento comunque da conservare e perciò da sottrarre al giudizio ipotetico di cui all'art. 1419, co. 1³⁶⁵.

³⁶³ *Contra*: G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., p. 232; A. D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»: regole dispositive in funzione «conformativa» ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in A. BELLAVISTA-A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, spec. p. 380 ss.; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, IV, Torino, 2004, p. 45, secondo il quale non è possibile "*l'iscrizione nell'ambito operativo dell'art. 1374 c.c. del concorso alla costruzione del regolamento contrattuale di fonti cogenti che implicino l'elisione di regole pattizie (la cui operatività è del resto già esaurientemente disciplinata (...) dagli artt. 1339 e 1419 c.c.)*".

³⁶⁴ "[Q]uando [l'art. 1339 cod. civ.] allude alle clausole imposte dalla legge non si riferisce soltanto al caso nel quale la legge individui essa stessa direttamente la clausola da inserirsi nel contratto (come sarebbe stato se il Codice avesse richiesto che la clausola sia prevista direttamente o espressamente dalla legge), ma allude anche all'ipotesi in cui la legge preveda che l'individuazione della clausola sia fatta da una fonte normativa da essa autorizzata": Cass., Sez. III, 27 luglio 2011, n. 16401, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1967 ss.

³⁶⁵ Autorevole dottrina giustifica l'esclusione applicativa dell'art. 1419, co. 1, registrando l'impossibilità di qualificazione – anziché la qualificazione negativa – della clausola pattizia violativa della disciplina legale imperativa. Detta clausola, esprimendo comportamento

Sul ruolo dell'integrazione *ex fide bona* (art. 1375), di qui sul se essa costituisca fonte legale o giudiziale del contratto – e dell'obbligazione (art. 1175) – e sul se la medesima sia suppletiva o cogente, v'è notoriamente dibattito. Che, in realtà, pare avere interesse più speculativo che pratico. Gli orientamenti inclini a ricavare contenuti normativi esclusivamente dalle disposizioni munite di fattispecie non di rado escludono persino che la buona fede adempia funzione integrativa, concedendole soltanto di specificare obblighi già posti dalle fonti di cui all'art. 1374, onde evitare applicazioni formalistiche della disciplina contrattuale, auto- ed etero-determinata. Ma – ribadendo l'impossibilità di distinguere tra indici interpretativi e normativi³⁶⁶ – tale ricostruzione solo apparentemente descrive in maniera differente la vicenda³⁶⁷, conformandosi nella sostanza all'arresto giurisprudenziale secondo cui la clausola di buona fede “*consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso*

eccedente il potere di autonomia dei privati “*alla stregua del principio fondamentale di utilità sociale*”, non sarebbe neppure astrattamente suscettibile di integrare fattispecie a sua volta oggetto di qualificazione (positiva o negativa). Così M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 128 ss. In termini, si veda S. PAGLIANTINI, *Vecchio e nuovo sull'integrazione del contratto abusivo nel prisma armonizzato delle fonti (partendo da un caso recente)*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2015², p. 109 ss., il quale rimarca la distinzione tra nullità parziale e sostituzione automatica di clausole sul presupposto che la seconda, veicolando una valutazione legale tipica, diversamente dall'altra costituirebbe “rimedio” contro la nullità, assoggettante la cd. clausola pattizia difforme non già alla sanzione del mancato prodursi dell'effetto voluto, bensì all'effetto conforme.

³⁶⁶ Cfr., *supra*, § 2.3.1.

³⁶⁷ Sull'inutilità della distinzione tra buona fede ed equità, giacché entrambe preordinate alla conformazione *integrativa* del regolamento contrattuale, si veda V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2011, pp. 465-466: “*è vero che la buona fede è riferita dalla legge al momento dell'esecuzione del contratto, e viene invocata prevalentemente per decidere liti su inadempimento e responsabilità (...). Ma per risolvere problemi del genere bisogna pur sempre trovare la regola del contratto (non scritta nel testo, non definita dall'accordo), e dunque conformare il regolamento contrattuale: con il che è difficile negare anche alla buona fede quella funzione determinativa che si vorrebbe riservare all'equità*”.

*del diritto*³⁶⁸. In tal senso, non può che essere affermato il carattere cogente dell'integrazione recata attraverso la clausola medesima: specificare e/o integrare la normativa contrattuale in ogni caso significa individuare regole teleologicamente informate alla tutela degli interessi attinti dall'esecuzione del rapporto, espungendo o correggendo eventuali contenuti della convenzione contrari a buona fede (*recte*: ai principi selezionati dalla clausola)³⁶⁹. La buona fede è “*limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo, quindi, alla relativa conformazione (...) per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientare l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375[c.c.]), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio*”³⁷⁰.

Il principio di solidarietà costituzionale è vieppiù da considerarsi norma immediatamente conformativa del contratto alla luce della recente normativa, di derivazione eurounitaria, volta a contrastare l'abuso di potere contrattuale. Il riferimento chiaramente va alla disciplina dei contratti del consumatore, a quella dell'abuso di posizione dominante³⁷¹, allo statuto dell'imprenditore debole³⁷², nonché agli altri e plurimi interventi normativi che ad alcuni “*sembra[no] aprire ad una nuova declinazione della debolezza*

³⁶⁸ Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, cit. Si veda altresì Cass., Sez. III, 26 giugno 2018, n. 16823, in *www.dejure.it*.

³⁶⁹ Sulla mancanza di autonomo significato normativo delle clausole generali, si veda, *supra*, § 2.2.

³⁷⁰ Cass., Sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. giur.*, 1994, p. 566 ss., con nota di V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*.

³⁷¹ Art. 3 l. 10 ottobre 1990, n. 287.

³⁷² Spec. l. n. 18 giugno 1998, n. 192, sulla subfornitura nelle attività produttive; l. 6 maggio 2004, n. 129, sull'affiliazione commerciale; d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

*contrattuale, destinata ad incarnarsi nella figura del « cliente », dai confini decisamente più ampi rispetto a quelli che racchiudono il consumatore e l'imprenditore debole*³⁷³. E il tema dell'integrazione del contratto, conseguente alla nullità della clausola frutto di abuso, si presta in modo particolare a dare riscontro operativo al riconoscimento del valore normativo dei principi generali del diritto.

La normativa consumeristica pone all'interprete un problema di compatibilità della stessa col riferito duplice modello integrativo (cogente e suppletivo), in quanto – in via generale – prospetta la nullità della pattuizione vessatoria con conservazione del regolamento contrattuale non viziato (art. 36 cod. cons., co. 1), “*sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive*”³⁷⁴, ma resta silente sul se e sul come la lacuna occasionata dall'espunzione della clausola nulla debba essere integrata.

L'abusività risiede nell'illegittimità dello squilibrio giuridico tra porzioni di disciplina. Si dà luogo cioè alla seguente scissione: una parte del regolamento è liberamente determinata (art. 1322 cod. civ., co. 1) o comunque è conforme all'effettiva *comune* intenzione dei paciscenti; l'altra invece è unilateralmente stabilita e risponde all'interesse del solo predisponente, ove non sia addirittura finalizzata a risultato incompatibile con quello integrante la funzione da *entrambe* le parti – conformemente a diritto – assegnata all'atto di autonomia nel suo complesso o a una sua

³⁷³ A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, pp. 382-383, che si riferisce, unitamente ad altri segnali, a quelli ricavabili: dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, n. 2005/29/CE, sulle pratiche commerciali scorrette (VIII considerando); dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE, sui servizi (art. 4, n. 3); tra le altre in materia di assicurazione, dalla direttiva del Consiglio, 18 giugno 1992, n. 92/49/CEE; dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 8 giugno 2000, n. 2000/31/CE, sull'*e-commerce*; dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 13 novembre 2007, n. 2007/64/CE, sui servizi di pagamento (XX considerando); dalle disposizioni recate dal d.l. 4 luglio 2006, n. 223, in materia di assicurazione sulla responsabilità civile per la circolazione dei veicoli (art. 8, co. 1).

³⁷⁴ Art. 6 direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, n. 93/13/CEE.

clausola. Vengono cioè introdotti elementi di gratuità, del tutto leciti ove effettivamente oggetto d'accordo³⁷⁵, qui all'opposto disapprovati dall'ordinamento perché frutto di abuso.

La dottrina suole ricondurre al fenomeno in analisi il delicato tema dell'abusiva violazione del diritto dispositivo che, derogabile (ai sensi dell'art. 1322 cod. civ., co. 1, *nei limiti imposti dalla legge*) in via bilaterale, lo è anche unilateralmente a condizione che la deroga non determini, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e obblighi contrattuali (art. 33 cod. cons., co. 1). In caso di deroga bilaterale, infatti, l'eventuale introduzione dei predetti elementi di gratuità s'innesta proprio sul piano determinativo della funzione dell'assetto di interessi complessivo o di una determinata clausola, di modo che risulta a monte inconfigurabile un problema di squilibrio o disfunzionalità.

Venendo al problema: l'illegittima deroga al diritto dispositivo comporta, oltre alla nullità della clausola vessatoria, l'integrazione ad opera del diritto medesimo? Nessuna integrazione? Ovvero l'elaborazione giudiziale di nuova regola (cd. integrazione giudiziale)? E cosa può fare il giudice in carenza di disciplina dispositiva, ossia laddove la vessatorietà non faccia coppia con la difformità da regole di *default*?

Sembra sia il consueto timore di attentati alla volontà dei privati, ad opera di interventi giudiziali non ancorati a precisa fattispecie legale³⁷⁶, a indurre parte della dottrina a riconoscere quale effetto "naturale" della caducazione della clausola illegittimamente derogatoria il venir meno della

³⁷⁵ "Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale" (art. 34 cod. cons., co. 4).

³⁷⁶ "[N]on si può fare discendere dalla attribuzione al giudice della facoltà di giudicare patti iniqui altresì un potere di correzione del contratto: un conto sono le scelte dell'ordinamento quanto alla disapprovazione di un patto, altro conto quelle scelte che – imponendo regole e non limitandosi a caducare contratti – sono ben più "intrusive" rispetto all'autonomia privata": A. D'ADDA, *o.c.*, p. 392.

deroga, con conseguente riespansione “*in via meccanica*”³⁷⁷ del diritto dispositivo³⁷⁸. Il che avverrebbe in base agli stessi artt. 1339 e 1419, co. 2, cod. civ., secondo alcuni³⁷⁹, in base all’art. 1374, interpretato evolutivamente, secondo altri³⁸⁰. Trattandosi di integrazione ad ogni modo sostitutiva – benché ritenuta conformare il contratto *in senso debole*³⁸¹ –, l’applicazione dell’art. 1419, co. 1, è esclusa, pena la vanificazione della finalità di contrasto dell’abuso.

Spazio alcuno è lasciato alla possibilità di correzione ad opera del giudice, sia in presenza che in carenza³⁸² di diritto dispositivo. Nell’ultimo caso l’alternativa è secca, avendo luogo la pura e semplice espunzione della clausola vessatoria – con salvezza del regolamento non inficiato da nullità – ovvero, qualora la nullità investa elemento essenziale (il contenuto cd. minimo del contratto), la caducazione dell’intero contratto.

Il limite di tale impostazione è nell’individuazione, in presenza di regola dispositiva, della ragione della nullità nell’illegittima difformità della pattuizione privata da quella regola³⁸³, della quale è pertanto necessario e naturale il ripristino in via sostitutiva. Quasi a scorgere diversità di fondamenti delle nullità da vessatorietà: l’iniquità o l’abusiva violazione del

³⁷⁷ In tal senso, *ivi*, p. 376.

³⁷⁸ Così ID., *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2013, 1, p. 28.

³⁷⁹ ID., *La correzione del «contratto abusivo»*, cit., p. 388, secondo il quale, benché non operino direttamente nel caso in esame, gli artt. 1339 e 1419, co. 2, suggeriscono una regola “di sistema”, “*per la quale appare ragionevole che, ogni volta che la disapprovazione di un patto derivi dal contrasto di esso con una disciplina legale, quest’ultima possa “inserirsi” nel regolamento legale*”.

³⁸⁰ G. D’AMICO, *L’integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., spec. p. 241 ss. Interpretazione evolutiva perché affianca alla tradizionale funzione suppletiva (riguardante le lacune “originarie”) del diritto dispositivo quella correttiva (in relazione alle lacune “sopravvenute”), adempiuta *sub specie* di integrazione – ad ogni modo – cogente (cfr. *ivi*, spec. p. 245).

³⁸¹ *Ivi*, p. 249.

³⁸² Contraddittoriamente, però, per chi ancora l’integrazione a mezzo di norme dispositive all’art. 1374 cod. civ., il quale invece dischiude alle conseguenze derivanti dall’equità in mancanza di legge e usi.

³⁸³ Cfr. *ivi*, p. 389.

diritto dispositivo, secondoché questo rispettivamente difetti o meno. O meglio: nella seconda ipotesi l'iniquità dovrebbe essere *in re ipsa*, in virtù della presunzione che “*le norme dispositive dettano regole che rappresentano un equo contemperamento degli interessi delle parti di un negozio ed esprimono così un assetto normale dell'affare, oltre ad essere predeterminate e perciò conoscibili dalle parti (che non resterebbero così vincolate da regolamenti “a sorpresa”)*”³⁸⁴.

Chiara è, in siffatta prospettiva, l'esclusione di un'approfondita disamina casuistica degli interessi frustrati dall'abuso, di contro necessaria a che la reazione ordinamentale a quest'ultimo sia sì adeguata alla loro protezione, ma non sproporzionata avendo riguardo agli altri interessi meritevoli di essere coi primi bilanciati. Si ha sproporzione in caso di caducazione non già solamente del disvalore, bensì anche dell'eventuale parte di valore espresso – per così dire, nell'*an* e non (del tutto) nel *quantum* – dalla clausola vessatoria e pertanto postulante di essere recuperato all'efficacia giuridica. “[*Q*ualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti”³⁸⁵.

La giurisprudenza eurounitaria taglia la testa al toro: vieta al giudice la sostituzione o la revisione delle clausole abusive, onde non compromettere l'effetto dissuasivo, avuto di mira dalla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, n. 93/13/CEE³⁸⁶, esercitato sul professionista dalla mera disapplicazione delle stesse. “[*L*]'accertamento giudiziale del carattere abusivo di una clausola (...), in

³⁸⁴ *Ivi*, p. 390. *Contra*: S. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, cit., p. 97, il quale opportunamente ammonisce che “contenuto normale e contenuto equo non sono abitualmente un'endiadi”.

³⁸⁵ *Ex pluribus*, Corte giust. UE, 20 marzo 2018, *Luca Menci*, C-524/15, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 46.

³⁸⁶ L'art. 7, par. 1, della direttiva dispone: “*Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori*”.

*linea di massima, deve produrre la conseguenza di ripristinare, per il consumatore, la situazione di diritto e di fatto in cui egli si sarebbe trovato in mancanza di tale clausola*³⁸⁷. Ammettendo la rettifica del contratto i professionisti rimarrebbero tentati dall'inserimento di clausole abusive, giacché da essa scaturirebbe un riequilibrio normativo comunque conforme ai loro interessi³⁸⁸.

Senz'altro meritorio è l'approccio che la Corte di giustizia utilizza nel motivare il divieto di correzione del regolamento contrattuale alla luce della necessità – anziché di non intromissione nelle scelte dei privati – di sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale. Ben vero è però che, escludendo qualsivoglia possibilità d'intervento integrativo, qualora la vessatorietà della clausola investa *essentiale negotii*, ciò “*può, in punto di fatto, portare alla vanificazione della sanzione della nullità, poiché il consumatore, posto di fronte all'alternativa tra un contratto con clausole vessatorie e nessun contratto, sarà con ogni probabilità indotto a preferire la prima ipotesi*”³⁸⁹. Con autentico cambiamento di prospettiva, la nullità rischierebbe di essere più favorevole al professionista che alla controparte³⁹⁰, deludendone la preordinazione all'esclusivo *vantaggio del consumatore* (art. 36 cod. cons., co. 3). Secondo il giudice di Lussemburgo, sono le clausole generali di effettività della tutela e di elevata protezione dei consumatori (artt. 38 e 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, 169 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) a sciogliere il problema: solamente laddove il contratto non possa rimanere in vigore dopo l'eliminazione della clausola abusiva, il che di massima è di pregiudizio per il

³⁸⁷ Corte giust. UE, 21 dicembre 2016, cause riunite *Francisco Gutiérrez Naranjo, Ana María Palacios Martínez ed Emilio Irlés López*, rispettivamente C-154/15, C-307/15 e C-308/15, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 61.

³⁸⁸ Cfr. Corte giust. UE, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 69.

³⁸⁹ E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014³, p. 91.

³⁹⁰ S. PAGLIANTINI, *Interpretazione (ed integrazione) dei contratti asimmetrici (Atto secondo)*, in *Contr.*, 2016, 12, p. 1154.

consumatore, la sostituzione (se ammessa dal diritto nazionale) di clausola nulla con norma suppletiva di diritto nazionale non contrasta con l'art. 6 direttiva cit., par. 1³⁹¹.

Ciò significativamente conferma che il fondamento della vessatorietà non va ricercato nell'abusiva difformità da un (eventuale) diritto dispositivo da applicare in via sostitutiva, bensì nel concreto squilibrio normativo originato dalla pattuizione privata³⁹². Quel diritto viene piuttosto chiamato in causa dalla giurisprudenza per evitare applicazioni disfunzionali all'obiettivo di garantire un elevato ed effettivo livello di protezione del consumatore.

La giurisprudenza stessa, tuttavia, ha modo di precisare che neppure l'interesse del consumatore sia in termini esclusivi determinante per disciplinare la sorte del contratto attanagliato da clausola abusiva. Infatti, la tutela del singolo consumatore non può essere disgiunta da quella dell'interesse pubblico, giustificativo di ogni declaratoria di nullità e qui coincidente con “*valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost. [...]), poiché lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese*”³⁹³.

³⁹¹ Così Corte giust. UE, 30 aprile 2014, *Árpad Kásler*, C-26/13, in <https://eur-lex.europa.eu>, spec. punti 80 ss., avendo riguardo a clausola vessatoria che determina l'ammontare delle obbligazioni restitutorie, derivanti da mutuo espresso in valuta estera, in base a tasso di cambio diverso da quello applicato all'atto dell'erogazione del credito. La mancata integrazione “*ha in via di principio per conseguenza di rendere immediatamente esigibile l'importo residuo dovuto a titolo del prestito in proporzioni che potrebbero eccedere le capacità finanziarie del consumatore e, pertanto, tende a penalizzare quest'ultimo piuttosto che il mutuante il quale non sarebbe di conseguenza dissuaso dall'inserire siffatte clausole nei contratti da esso proposti*”: *ivi*, punto 84.

³⁹² In termini, cfr. S. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, cit., p. 67 ss.; G. FURGIUELE, *Tre osservazioni e due corollari per l'attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive*, in AA.VV., *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: l'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padova, 1996, p. 473 ss.

³⁹³ Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Foro it.*, 2015, I, c. 862 ss., con note di R. Pardolesi, A. Palmieri, A. Proto Pisani, M. Adorno, F. Di Ciommo, S. Pagliantini, S. Menchini.

L'interesse del consumatore non necessariamente coincide con quello al corretto funzionamento medesimo³⁹⁴: il secondo richiede certezza e stabilità giuridica delle attività economiche – quantunque sanzionabili ove abusivamente esercitate – e pertanto, finché possibile, conservazione del contratto, anche laddove la nullità totale sia per avventura la soluzione più aderente all'interesse del consumatore³⁹⁵. La finalità senz'altro sanzionatoria esplicitata dalla nullità *ex art. 36 cod. cons.* non significa infatti iperprotezione del contraente debole, il che munirebbe l'invalidità di un'eccedenza punitiva che va al di là della *ratio legis*³⁹⁶.

Conformemente a questi spunti, merita di essere rivalutata la chiusura giurisprudenziale alla possibilità di affermare la *regolarità* degli interventi

³⁹⁴ La contestualità della tutela dell'interesse economico generale e della tutela di quello del consumatore è finalizzata ad “assicurare maggiore trasparenza, equità ed efficienza ai rapporti contrattuali di mercato e di rendere il mercato stesso più competitivo e al riparo da distorsioni e pericolosi fallimenti” (F.G. VITERBO, *Il controllo di abusività delle clausole nei contratti bancari con i consumatori*, Napoli, 2018, pp. 69, 114). Infatti, “la legislazione consumeristica ha come obbiettivo il governo del mercato, non l'equilibrio contingente di una contrattazione specifica” (S. PAGLIANTINI, *o.u.c.*, p. 129), talché questa, se dannosa, lo è “perché è dannosa la serie contrattuale della quale è parte, mentre non sarebbe possibile affermarne la dannosità considerando[a] isolatamente” (P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in G. GITTI-G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, p. 291).

³⁹⁵ Così Corte giust. UE, 15 marzo 2012, *Jana Pereničová*, C-453/10, in <https://eur-lex.europa.eu>, punti 31-33. Cionondimeno, “la direttiva 93/13 ha effettuato solo un'armonizzazione parziale e minima delle legislazioni nazionali relativamente alle clausole abusive, riconoscendo al contempo agli Stati membri la possibilità di garantire un livello di tutela per i consumatori più elevato di quello previsto dalla direttiva stessa. Così, l'articolo 8 di detta direttiva prevede espressamente la possibilità per gli Stati membri di «adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla (...) direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il Trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore»”: *ivi*, punto 34.

³⁹⁶ Preziosa è l'indicazione metodologica secondo cui l'effettività *ex art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* “funge da canone selettivo non del rimedio che meglio appaghi il bisogno di tutela del consumatore quanto e piuttosto di quello iscritto nel perimetro protettivo apprestato di volta in volta dalla direttiva di riferimento. Tradotto, è un'effettività soddisfatta non di una qualsiasi utilità il consumatore danneggiato voglia riappropriarsi bensì della sola utilità corrispondente al tipo di interesse protetto”: S. PAGLIANTINI, *Armonizzazione ed il canone della “maggior tutela” per il consumatore: spigolature critiche (e chiarimenti) sulla cumulabilità elettiva dei rimedi*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, cit., p. 119.

integrativi, ma allo stesso tempo va scongiurata un'indistinta applicazione del diritto dispositivo in luogo sia della semplice eliminazione sia della cd. riduzione conservativa della clausola nulla.

Sulla base dell'art. 8 direttiva n. 93/13/CEE deve affermarsi la generale ammissibilità dell'applicazione di una normativa nazionale – quanto a quella italiana, per come estratta dalle fonti di cui all'art. 1374 cod. civ. –, anche di principio (*sub specie* di integrazione giudiziale), che “*garanti[sca] un livello di protezione più elevato per il consumatore*”, vale a dire non solo nelle ipotesi in cui quell'applicazione sia essenziale alla validità dell'intero contratto. A tal fine, l'art. 1469-*bis* cod. civ. sancisce che il Titolo II (“*Dei contratti in generale*”) del codice civile debba ricevere applicazione ai contratti del consumatore “*ove non derogat[o] dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore*”. E, per rispettarne la medesima *ratio*, non può che preferirsi, a norma ricavabile dal codice del consumo, la disciplina generale allorché dalla sua applicazione scaturisca *miglior effetto utile* per il consumatore³⁹⁷. Tra l'altro, non farlo significherebbe: a) compromettere l'effettività (art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) della tutela apprestata al consumatore dall'art. 36 cit., co. 3, a mente del quale la nullità opera *soltanto a vantaggio* di costui; nonché b) realizzare un'incostituzionale (perché irragionevole) disparità di trattamento giuridico tra rapporti contrattuali comuni e di consumo.

Ebbene, delle due l'una: o si ritiene – come fa la Corte di giustizia – che l'art. 36, co. 1, esiga null'altro che la caducazione del patto abusivo, ma

³⁹⁷ In termini, U. BRECCIA, *sub* art. 1323, in E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), *Commentario del codice civile. Dei contratti in generale. Artt. 1321 - 1349*, Torino, 2011, p. 157, secondo cui il legislatore “*ha codificato, in termini generali, il principio della prevalenza delle «disposizioni più favorevoli per il consumatore»; ossia, ha introdotto un criterio-guida che ha affiancato al primato (in sé, almeno in apparenza, neutro) della disciplina speciale sulla disciplina generale la massima difesa, normativamente possibile, di una delle parti in conflitto, in maniera indipendente dalla previa imputazione di generalità o di specialità della disposizione che si decida, a tal fine, di applicare*”.

in tal caso la norma non può essere applicata, ai sensi dell'art. 1469-*bis* cod. civ., qualora l'intervento *lato sensu* correttivo (legittimato dall'art. 1374 e/o dagli artt. 1339 e 1419, co. 2, cod. civ.) offra al consumatore un trattamento giuridico migliore; o, preferibilmente, si prospetta che l'articolo in commento nulla dica e nulla escluda in relazione al se e al come colmare la lacuna scaturente dall'intervento demolitorio³⁹⁸, affidando all'interprete la selezione della conseguenza³⁹⁹. Ad esempio, non è affatto detto che l'eliminazione della clausola penale manifestamente eccessiva sia sempre per il consumatore conseguenza più favorevole rispetto alla relativa riconduzione a equità. Invero, alla pura caducazione altro non può che seguire l'applicazione – in via comunque integrativa⁴⁰⁰ – dello statuto ordinario della responsabilità per inadempimento, venendo così meno il possibile vantaggio che il consumatore sortirebbe dalla limitazione del danno risarcibile all'ammontare che risulti dalla riduzione *ex art.* 1384 cod. civ.⁴⁰¹

³⁹⁸ Beninteso ferma, si acceda all'una o all'altra lettura, l'efficacia della clausola abusiva qualora il consumatore, avendovi interesse, si opponga alla declaratoria di nullità. Così Corte giust. UE, 4 giugno 2009, *Pannon*, C-243/08, in <https://eur-lex.europa.eu>, e Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, citt. Al consumatore, ad esempio, può per avventura risultare di vantaggio convenire in giudizio il professionista ovvero essere da questi convenuto presso il foro convenzionale, la cui designazione unilaterale è (presuntivamente) considerata vessatoria dall'art. 33 cod. cons., co. 2, lett. u). Sulla relatività della legittimazione a far valere la nullità delle clausole vessatorie anche nei contratti *inter pares* (artt. 1341, co. 2, 1342, co. 2, cod. civ.), si veda Cass., Sez. II, 23 ottobre 1991, n. 11213, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Contratto in genere*, n. 256.

³⁹⁹ Per N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 161, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, co. 2, lett. e) – che prevede il diritto fondamentale del consumatore *alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali* –, 33, co. 1, 34, co. 1, cod. cons., deve “*ritersi (...) ampliato il potere del giudice giungendo ad attribuirgli anche il compito di adottare misure idonee a correggere il contenuto del contratto*”.

⁴⁰⁰ Questo è uno di quei casi in cui non si dà neppure l'alternativa tra nuda caducazione e integrazione mercé diritto dispositivo. Sul punto, si veda A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2013, 1, p. 26.

⁴⁰¹ Così *ivi*, p. 27, nt. 19.

3.5.1. Intermezzo: la congruità a funzione e all'interesse tutelato come criterio ermeneutico generale di attivazione e selezione (o ricostruzione) della disciplina integrativa

Per ogni contratto, simmetrico e no, l'applicazione del diritto dispositivo per colmare lacuna occasionata da nullità parziale è tutt'altro che effetto *naturaliter* connesso all'espunzione della pattuizione invalida, non essendo per tale applicazione sufficiente unicamente il fatto che la nullità lasci privo di disciplinamento un aspetto del rapporto che invece ne necessita. Muovendo dal fatto alla norma e non già viceversa, in chiave di conservazione dei valori giuridici e di congruità funzionale della regola agli interessi in gioco, il diritto dispositivo merita di ergersi a disciplina applicabile laddove in concreto *divenga* cogente⁴⁰², ai sensi degli artt. 1339 e 1419, co. 2, cod. civ.⁴⁰³, in quanto: a) per un verso, sia coerente con lo scopo della norma *imperativa* violata; e b) per l'altro, non si palesi assiologicamente lacunoso rispetto agli eventuali interessi che, non correttamente disciplinati dalle parti, siano comunque meritevoli di tutela – e (pertanto di) regolamentazione –

⁴⁰² In termini, M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, p. 71: è “l'intera disciplina che (...) diventa [inderogabile] nel momento in cui l'esercizio abusivo del potere contrattuale della parte forte piega la clausola a raggiungere l'effetto vietato”. Di contrario avviso sono G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 261: “siccome non si può pensare che [le norme derogabili] si trasformino in norme “cogenti” a seguito della deroga “abusiva” posta in essere dagli accordi dei contraenti, è evidente che il fondamento normativo della inserzione nel contratto delle norme legali pertinenti (in sostituzione delle clausole dichiarate nulle) non può che essere ricercato in disposizioni diverse dagli artt. 1339 e 1419 c.c.”; S. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, cit., p. 74, secondo il quale, rispetto all'integrazione ex art. 7 d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, co. 1, “non si possono qualificare come imperative – seppure a posteriori – delle norme (...) subordinanti l'invalidità del patto in deroga al medio di un accertamento finalistico complesso – e a largo compasso (...) – circa una sua – eventuale – grave iniquità”.

⁴⁰³ G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, pp. 618-619, riconduce all'art. 1419, co. 2, non solo la sostituzione di clausola nulla con regola legale inderogabile, ma anche quella di clausola nulla con regola legale derogabile. E ciò, quanto al secondo tipo di sostituzione, tanto nei casi in cui quest'ultima sia espressamente sancita, quanto nelle ipotesi nelle quali essa sia dall'interprete ritenuta necessaria per salvaguardare la finalità della norma imperativa violata.

secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, co. 2). Rispettando queste condizioni, «*il carattere dispositivo della norma rileva soltanto fino al momento della conclusione del contratto. Dopo quel momento (...) [essa norma] rappresenta la « legge » del contratto e ha la stessa « forza » della norma imperativa*»⁴⁰⁴.

Tornando alla clausola penale manifestamente eccessiva, l'effetto di limitare il risarcimento, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, alla prestazione in essa dedotta, costituisce utilità da conservare eliminando esclusivamente la “porzione” della regola auto-determinata che non rifletta valore. Secondo la valutazione ordinamentale, il “giusto rimedio” è quello indicato dall'art. 1384, la diminuzione equitativa; non va ricercato nella disciplina dispositiva della responsabilità per inadempimento, da ritenersi qui sovra-inclusiva⁴⁰⁵ perché non prende – ovviamente – in considerazione il meritevole interesse alla realizzazione degli effetti di cui all'art. 1382, in vista dei quali le parti scelgono di derogarla.

Del pari può risultare inadeguata, ma per irrazionalità rispetto allo scopo della norma imperativa violata, la sostituzione della clausola nulla con norma dispositiva in caso di abuso di posizione dominante concretantesi nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, in spregio al divieto di cui agli artt. 102 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, par. 1 e par. 2, lett. a), 3 l. 14 ottobre 1990, n. 287, lett. a). Il divieto intende far sì che l'impresa in posizione dominante adotti regole contrattuali non divergenti da quelle praticate in mercati concorrenziali, sicché non v'è garanzia che le regole dispositive rispecchino l'ipotetico esito del gioco concorrenziale⁴⁰⁶. Nemmeno l'imposizione di condizioni contrattuali

⁴⁰⁴ S. PATTI, *Il contratto tra « autonomie de la volonté » e moderno « zwingendes Vertragsrecht »*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 2, p. 381.

⁴⁰⁵ Cfr., *supra*, § 2.4.

⁴⁰⁶ M.R. MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere. Costruzione di un modello unitario di rimedio invalidativo o pluralità di modelli?*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, V, Milano, 2007, p. 258 ss.

discriminatorie dante luogo ad abuso, da parte di un'impresa, dello stato di dipendenza economica nel quale si trovi, nei suoi riguardi, un'impresa cliente o fornitrice (art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192), può essere superato per mezzo dell'applicazione della disciplina suppletiva: la discriminazione permarrrebbe laddove le condizioni applicate dalla prima impresa nei confronti di quelle non dipendenti fossero migliori delle condizioni previste dalla disciplina in parola⁴⁰⁷. La quale dunque non ricalcherebbe la *ratio* dell'art. 9.

L'integrazione a mezzo della normativa di *default* (ex artt. 2263, 2346, co. 4, 2420-*bis*, co. 2, cod. civ.) è invece, esemplificativamente, affatto conforme allo scopo di protezione sotteso al divieto del patto cd. leonino, mediante il quale uno o più soci sono totalmente esclusi dalla partecipazione agli utili o alle perdite. Quella normativa consente di determinare, proporzionalmente al valore del conferimento, la parte spettante, nei guadagni o nelle perdite, al socio estromesso. Gli effetti della nullità risultano in tal modo circoscritti al solo patto leonino, evitando l'applicazione dell'art. 1420 e dando corretta applicazione all'art. 2265, che “*vuole tener salve da un lato [il proseguimento della] società e dall'altro la partecipazione stessa del socio*”⁴⁰⁸.

In ipotesi di nullità parziale, tra mera espunzione, riduzione conservativa e integrazione a mezzo di diritto (*astrattamente*) dispositivo non può esservi allora alcuna differenza funzionale, poiché la scelta tra l'una, l'altra o l'altra ancora non è mai un fatto automatico o “naturale”, ma dev'essere effettuata in favore di quella che colpisca tutto e soltanto il disvalore recato dalla regola auto-determinata, *preservando e rinsaldando l'intera utilità (in termini assiologici) del contratto, nel rispetto dell'interesse protetto dalla norma violata*.

⁴⁰⁷ Cfr., EAD., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Torino, 2003, p. 177.

⁴⁰⁸ E. SIMONETTO, *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959, p. 199. In termini, F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2007, p. 276.

Del resto, la logica conservativa che sorregge queste deduzioni è la stessa che plasma la *ratio* dell'art. 1419, co. 1. Noto è infatti l'approdo giurisprudenziale alla concezione cd. oggettiva della volontà ipotetica dei paciscenti, da ricostruire teleologicamente, ossia alla luce della funzione propria del contratto e non già in termini psicologici: “[La regola è (...) che la nullità parziale non si estende all'intero contenuto della disciplina negoziale se permane l'utilità del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti, secondo quanto emerge dall'attività ermeneutica svolta dal giudice; per converso, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità parziale costituisce l'eccezione, da provarsi dalla parte interessata”⁴⁰⁹. Tuttavia, l'art. 1419 cod. civ., co. 1, come l'art. 36 cod. cons., co. 1, nulla dice e nulla esclude sul se e sul come colmare la lacuna regolamentare “sopravvenuta” – *id est*: conseguente alla caducazione della regola nulla. Esso si limita a indicare il presupposto della mancata estensione a tutto il contratto della nullità parziale o di singole clausole, ovverosia la conformità a funzione della disciplina che resta. Viene regolamentata la fase della scelta tra nullità

⁴⁰⁹ Cass., Sez. III, 21 maggio 2007, n. 11673, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 5. Utilità coincidente con la *comune intenzione delle parti ex art. 1362*, la quale, da indagare al fine di ricavare la norma dalla disposizione contrattuale, “non è certo un dato psichico reale constatabile”, un fatto storico, il significato di un’asserzione, un essere, bensì la *specifica razionalità del contratto*, il significato di una prescrizione, un dover essere. Essa raccorda gli interessi in vista dei quali le parti addivengono al contratto al regolamento che ne prospetta la realizzazione (così A. GENTILI, *sub art. 1362*, in E. NAVARRETTA-A. ORESTANO [a cura di], *Commentario del codice civile. Dei contratti in generale. Artt. 1350 - 1386*, Torino, 2011, p. 355 ss., spec. p. 437 ss.), conformando l’ultimo ai primi. Il testo contrattuale, unitamente al comportamento complessivo delle parti – anche successivo alla conclusione del contratto – (art. 1362, co. 2), costituiscono *significanti*, non significati in sé, dovendosi superare il significato letterale delle parole usate laddove difforme dalla *concorde determinazione causale*, dal *concorde intento pratico delle parti*, cui in definitiva si riferisce l’art. 1362 (E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., pp. 412-413). Il quale va sempre applicato congiuntamente all’art. 1366: attribuire al contratto significati divergenti dall’assetto di interessi effettivamente voluto dai contraenti equivale a darne interpretazione contraria a buona fede. Sul ruolo “superprimario” della buona fede e sull’interpretazione correttiva come interpretazione ragionevole del contratto, si veda M. PENNASILICO, *Contratto e giustizia dello scambio nella prospettiva ermeneutica*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furginele*, III, Mantova, 2017, p. 302 ss.

totale e nullità parziale, logicamente antecedente a quella, eventuale, dell'integrazione⁴¹⁰. Che è necessaria ogniqualvolta vi sia effettivamente lacuna sopravvenuta di disciplina, cioè allorché il giudizio di disvalore ricada non già sugli interessi messi in evidenza dalle parti, bensì sul relativo programma attuativo, al fine di rendere quest'ultimo congruo con quelli – nonché, se del caso, con gli ulteriori interessi sui quali gli effetti del contratto incidano. Può di qui affermarsi che v'è tutt'altro che incompatibilità applicativa tra co. 1 e co. 2 dell'art. 1419 cit. La differenza che è possibile tracciare tra applicazione “pura” del co. 2 e applicazione combinata dei commi 1 e 2 è in ciò, che mentre con la prima la sostituzione della regola privata con quella legale avviene per il perseguimento di un interesse generale, indipendentemente dall'aderenza di questo alla volontà (ipotetica) e al piano degli interessi delle parti⁴¹¹, all'inverso l'altra è chiamata ad assicurare la congruità del regolamento alla funzione negoziale, quante volte un contraente abbia inserito (nelle contrattazioni per adesione) o applicato (quali condizioni generali di contratto) clausole da questa discordanti, in spregio agli artt. 2 Cost. e 1337 cod. civ.

Congruità che incarna principio generale del quale una serie di disposizioni, codicistiche e speciali, costituiscono piana espressione⁴¹². In

⁴¹⁰ Ai sensi dell'art. 1419, co. 1, “*si tratta soltanto di verificare se il regolamento si mantiene aderente alla funzione negoziale cui deve assolvere anche senza la parte invalida: se la risposta è affermativa, si danno una serie di alternative*”: S. POLIDORI, *Integrazione del contratto e nullità parziali*, in A. FEDERICO-G. PERLINGIERI (a cura di), *Il contratto*, Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 6-9 settembre 2017 – Università degli Studi di Salerno, Napoli, 2019, p. 72.

⁴¹¹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 815.

⁴¹² Sul principio di congruità del programma attuativo prospettato con gli interessi messi in evidenza si veda A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 231 ss. Esso è principio che, come tutti gli altri, dev'essere bilanciato con le eventuali altre norme che proteggano interessi, coinvolti dall'esecuzione contrattuale, ulteriori rispetto a quelli direttamente rimontanti al sinallagma. Paradigmaticamente, l'implicazione della persona del lavoratore nel contratto di lavoro subordinato richiede che la retribuzione sia non solo proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro prestato, ma

particolare, il principio segnala l'esorbitanza, nei confronti del tipo negoziale prescelto, del patto commissorio (art. 2744 cod. civ.)⁴¹³ e del già citato patto leonino, avendo rispettivamente riguardo alla società e a contratto costitutivo di garanzia reale.

In un'economia di mercato, è invece *in re ipsa* la congruità delle clausole determinative di prezzo e oggetto del contratto. L'equilibrio dello scambio è "soggettivo", affidato alla *libera* scelta degli operatori⁴¹⁴, proprio perché la concorrenza serve da argine a possibili comportamenti abusivi⁴¹⁵. Però, laddove vi siano *failure market* e/o indici rivelatori dell'abuso dell'altrui debolezza contrattuale, l'iniziativa economica privata non è (per entrambe le parti) davvero libera. In tali ipotesi l'equilibrio deve ad ogni modo essere oggettivo – e, come tale, sindacabile –, a tale stregua presidiandosi le "condizioni che consentono all'autonomia negoziale di realizzare la funzione ad essa attribuita dall'ordinamento, vale a dire la prospettazione di un regolamento rispondente agli interessi messi in evidenza nell'atto"⁴¹⁶. In questa logica ricevono sistemazione concettuale i parametri di rilevanza della sproporzione nel contratto rescindibile – di cui agli artt. 1447 (mala fede e stato di pericolo) e 1448 cod.

anche sufficiente a garantirgli un'esistenza libera e dignitosa (art. 36 Cost.): cfr., *ivi*, spec. p. 244.

⁴¹³ Sulla possibilità di riduzione del patto commissorio si veda, in senso negativo, S. PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della direttiva 2014/17 UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, I, p. 202 ss. In senso positivo muove di contro chi ancora la nullità del patto commissorio "all'accertamento dell'esistenza in concreto di una effettiva sproporzione tra valore del bene alienato in garanzia ed entità del debito garantito, e nei soli modi della reale sproporzione, in modo da bilanciare – mediante appunto una nullità parziale – le ragioni del creditore (finanziatore) e i bisogni del mercato da un lato con gli interessi del debitore (finanziato) e le esigenze di protezione del contraente debole dall'altro": A. LUMINOSO, *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000, 27.4, p. 503/I.

⁴¹⁴ Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 392; N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 289 ss. "Non esiste, infatti, un «giusto» valore obiettivo che non sia il riflesso dei valori espressi dalle scelte individuali dei singoli nelle contrattazioni": A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 235.

⁴¹⁵ Per questa ragione, ai sensi dell'art. 34 cod. cons., co. 4, vengono sottratte al giudizio di vessatorietà "le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale".

⁴¹⁶ *Ibid.*

civ. (approfittamento, stato di bisogno ed eccedenza *ultra dimidium* della prestazione rispetto alla controprestazione). Logica che altresì illumina la *ratio* dei presupposti della mancanza di negoziazione *ex* art. 34 cod. cons., co. 4, dello stato di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge sulla subfornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192), nonché della posizione dominante *ex* art. 3 l. 14 ottobre 1990, n. 287, necessari affinché possa discorrersi di abuso⁴¹⁷.

Poi, in attuazione del riferito principio di congruità, talvolta è lo stesso legislatore a riconoscere espressamente al giudice il potere di intervenire sul regolamento nella forma della ri(con)duzione a equità (*id est*: a funzione). Della riducibilità della clausola penale manifestamente eccessiva (art. 1384 cod. civ.) si è già detto. L'art. 1526 cod. civ., co. 2, prevede che la clausola con la quale, in caso di risoluzione di vendita con riserva della proprietà per inadempimento del compratore, “*si sia convenuto che le rate pagate restino acquisite al venditore a titolo d'indennità, il giudice, secondo le circostanze, può ridurre l'indennità convenuta*”. Sempre nella direzione tracciata, l'elaborazione pretoria ritiene che l'offerta di riconduzione a equità del contratto rescindibile (art. 1450 cod. civ.), se formulata in giudizio, possa anche semplicemente tradursi nella richiesta al giudice di rideterminare la prestazione⁴¹⁸. Infine, non può non meritare menzione la previgente formulazione dell'art. 7 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, co. 1, attuativo della direttiva 2000/35/CE, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. La disposizione,

⁴¹⁷ L'esigenza di congruità regolamentare chiaramente può far coppia con ulteriori finalità legislative. È il caso dei contratti dell'impresa in posizione dominante, lì dove il legislatore eurounitario vuole che quell'impresa operi come se il mercato fosse concorrenziale. Lo stesso dicasi circa i rapporti tra imprese delle quali l'una si trovi, verso l'altra, in stato di dipendenza economica: la *policy* della relativa disciplina è quella di proteggere la competitività dell'impresa debole nonché, più in generale, il tessuto produttivo italiano. Cfr. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, spec. pp. 143 e 155.

⁴¹⁸ Cfr. Cass., Sez. II, 19 maggio 2014, n. 10976, in *www.dejure.it*.

anteriormente alla novella del 2012⁴¹⁹, prevedeva che il giudice, a fronte della nullità dell'accordo gravemente iniquo in danno del creditore, riguardante la data del pagamento o le conseguenze del ritardato pagamento, dovesse applicare i termini legali ovvero ricondurre a equità il contenuto dell'accordo medesimo. L'enunciato attuale, confermando la nullità della clausola iniqua, si limita a *salomonicamente*⁴²⁰ disporre che la lacuna sopravvenuta debba essere colmata facendo applicazione degli articoli 1339 e 1419, co. 2, cod. civ., assecondando più sulla carta che nella sostanza le critiche rivolte dalla dottrina prevalente alla espressamente riconosciuta possibilità di intervento correttivo del giudice. Anzi, si è fornito ulteriore argomento alla tesi contraria, per la quale lo strumento tecnico per colmare una lacuna regolamentare sopravvenuta, a fini di adeguamento del contratto alla sua funzione, sia sempre la sostituzione automatica di clausole, avvenga quest'ultima per mezzo del diritto (*astrattamente*) dispositivo ovvero nella forma della riduzione a equità.

Insomma, la cogenza o meno di una norma non può che predicarsi in concreto. In astratto può solamente discorrersi di generico riconoscimento ai privati del potere di concorrere a determinare la funzione delle loro manifestazioni di autonomia. Funzione alla quale, una volta (da parti e ordinamento) "assegnata", deve *inderogabilmente* corrispondere una disciplina, ricavabile dalle fonti di cui all'art. 1374 cod. civ., con essa congruente⁴²¹, vi siano o meno lacune, originarie o sopravvenute.

⁴¹⁹ Recata dall'art. 1 d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192, co. 1, lett. g).

⁴²⁰ S. POLIDORI, *Integrazione del contratto e nullità parziali*, cit., p. 84.

⁴²¹ Cfr. A. FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, cit., p. 811: "i bilanciamenti destinati ai c.dd. interventi correttivi sul contratto sono sovente dettati dalla necessità di assicurare la congruità degli interessi messi in evidenza; dunque si tratta di assicurare all'autonomia privata l'effettività della funzione a meno che non si debba procedere ad una riqualificazione del contratto". L'Autore, *ivi*, p. 810, nt. 62, richiama l'esempio della caparra esageratamente esorbitante, la quale "non configura una caparra in senso tecnico ovvero non realizza un interesse protetto, sì che può giustificarsi una sua riconduzione a proporzionalità per soddisfare gli interessi in gioco meritevoli di tutela".

Lo stesso approccio volontaristico dovrebbe, a conti fatti, guardare con maggior sospetto l'integrazione mercé diritto dispositivo nonché, a maggior ragione, la stessa caducazione pura: il timore di "intrusioni" ben può insidiare alla volontà dei privati più di quanto rischierebbe di fare l'adattamento giudiziale. L'"*intervento riequilibratore del giudice (...) non costituisce certamente un "attentato" alla intangibilità del contenuto patrimoniale del contratto, ma rappresenta lo strumento predisposto per assicurare che l'autonomia dei contraenti sia esercitata per realizzare le funzioni meritevoli per le quali il potere stesso gli è riconosciuto*"⁴²².

3.5.2. Il dovere di clare loqui ex art. 35 cod. cons., co. 1, tra interpretazione, integrazione e principio di proporzionalità

Assai controverso è il tipo di protezione da riservare al consumatore in caso di violazione, da parte del professionista, del dovere di trasparenza, cioè di redigere *in modo chiaro e comprensibile* il contratto predisposto (art. 35 cod. cons., co. 1). La problematicità concerne anzitutto le relazioni di compatibilità tra gli artt. 33 e 35, co. 2, cod. cons., nei casi di "opacità" della clausola determinativa dell'oggetto del contratto, in riferimento alla quale, in deroga al generale divieto di cui all'art. 34, co. 2, il sindacato di vessatorietà *ex art. 33 cit. dev'essere svolto*⁴²³.

⁴²² G. RECINTO, *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2008, pp. 238-239.

⁴²³ "[I]enuto conto anche del carattere derogatorio dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 e dell'obbligo di un'interpretazione restrittiva che ne deriva, le clausole contrattuali rientranti nella nozione di «oggetto principale del contratto» ai sensi di tale disposizione devono intendersi come quelle che fissano le prestazioni essenziali dello stesso contratto e che, come tali, lo caratterizzano. / Per contro le clausole che rivestono un carattere accessorio rispetto a quelle che definiscono l'essenza stessa del rapporto contrattuale non possono rientrare nella nozione di «oggetto principale del contratto» ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 (...)": Corte giust. UE, 30 aprile 2014, *Árpád Kásler*, C-26/13, cit., punti 49-50.

Autorevole dottrina⁴²⁴ asserisce l'inapplicabilità della norma di cui all'art. 34, co. 2, nella parte in cui estende siffatto sindacato alle clausole "economiche" ambigue. Le alternative possibili sarebbero le seguenti: *interpretatio contra stipulatorem*⁴²⁵, ponendo a carico di questi i dubbi sul senso della clausola *dubbia ma valida*; ovvero (salvo *inserzione* – più che *sostituzione* ad opera – di clausola prevista da diritto dispositivo) nullità dell'intero regolamento per indeterminabilità dell'oggetto.

Secondo questa opinione, se l'incertezza è risolvibile a mezzo della regola *interpretativa* di cui all'art. 35, co. 2, non v'è (più) oscurità legittimante la sindacabilità dell'equilibrio cd. economico. Qualora, invece, lo sforzo di significazione sia vano, ugualmente la clausola è insindacabile, ma a causa della mancanza dello stesso oggetto di scrutinio: "*come si può valutare – si sostiene –, cioè accordare un valore a ciò che è oscuro senza cadere in una contraddizione?*"⁴²⁶. Sicché, ove non sussistano referenti normativi utili alla determinazione (*integrativa*) delle prestazioni, non può che seguirne nullità totale per indeterminabilità dell'oggetto, ai sensi degli artt. 1418, co. 2, e 1346 cod. civ. A partire da questa preziosa indicazione, è possibile tentare di dare sistemazione alla questione.

L'effettività del *diritto fondamentale* del consumatore (e dell'utente) "*ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità*" (art. 2 cod. cons., co. 2, lett. c) esige – come chiarito dalla giurisprudenza eurounitaria – che la trasparenza della regola unilateralmente confezionata sia valutata non unicamente alla luce della sua oggettiva comprensibilità sui piani formale e grammaticale,

⁴²⁴ L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, ora in ID., *Scritti*, cit., p. 354.

⁴²⁵ Già prevista dall'art. 1370 cod. civ. per le condizioni generali di contratto e per le clausole inserite in moduli contrattuali uniformi, ora generalizzata dall'art. 35 cod. cons., co. 2, a tutti i contratti del consumatore per adesione, vale a dire anche a quelli destinati a disciplinare un singolo e specifico affare.

⁴²⁶ *Ibid.*

bensì anche – e soprattutto – alla stregua delle conoscenze proprie del “consumatore medio, ossia (...) normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto”⁴²⁷, integrate da quelle eventualmente trasmesse dal professionista prima della conclusione del contratto⁴²⁸. Di qui, la descrizione del meccanismo di operatività della clausola individuativa dell’oggetto contrattuale non vale a escludere l’oscurità di quest’ultima allorché il consumatore non sia stato concretamente posto in grado di intendere il funzionamento del meccanismo e, quindi, le sue conseguenze economiche⁴²⁹.

L’interpretazione *ex art. 35 cod. cons., co. 2*, non può *tout court* essere sovrapposta a quella di cui all’art. 1370 cod. civ. Diversi possono essere i rispettivi oggetti. La seconda riguarda clausola suscettiva di più interpretazioni ma non indeterminabile. L’altra, dovendo assumere come parametro di valutazione il consumatore medio, di regola ha per oggetto clausola che neppur si presti, nell’ottica del consumatore stesso, a plurime interpretazioni; talché per costui – e quindi per il diritto – la clausola, prima che intrasparente, è indeterminata (art. 1346 cod. civ.)⁴³⁰.

⁴²⁷ Corte giust. UE, 20 settembre 2017, *Ruxandra Paula Andriciuc e altri*, C-186/16, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 47. A mente del XX considerando della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, n. 93/13/CEE, “*i contratti devono essere redatti in termini chiari e comprensibili, (...) il consumatore deve avere la possibilità effettiva di prendere conoscenza di tutte le clausole e (...), in caso di dubbio, deve prevalere l’interpretazione più favorevole al consumatore*”.

⁴²⁸ Secondo F.G. VITERBO, *Il controllo di abusività delle clausole nei contratti bancari con i consumatori*, cit., p. 69, in tal caso il professionista, anziché invocare la chiarezza e la comprensibilità della clausola, può o deve provare che la clausola oscura sia stata negoziata con il consumatore, escludendosi così il controllo di vessatorietà ai sensi non già del co. 2, bensì del co. 4 dell’art. 34 cod. cons.

⁴²⁹ Corte giust. UE, 20 settembre 2017, *Ruxandra Paula Andriciuc e altri*, C-186/16, cit., punto 45.

⁴³⁰ La casistica, per vero, sarebbe variegata. Qualora, sempre assumendo come parametro il consumatore medio, la clausola sia ambigua ma non incomprensibile, il criterio ermeneutico di proporzionalità prescrive di interpretarla nel modo più favorevole al consumatore (art. 35 cod. cons., co. 2), senza addivenirne all’eliminazione o alla sostituzione. Ciò purché la clausola, (sebbene) interpretata in modo da porre il dubbio a carico del predisponente, non risulti vessatoria sulla base di giudizio imposto dalla violazione del dovere di trasparenza (art. 34, co. 2). Le clausole che, invece, siano incomprensibili a qualunque soggetto di media capacità e intelligenza, consumatore o

La regola di cui all'art. 35 cit., co. 2 è, sul piano ermeneutico nonché sostanziale, null'altro che una peculiare applicazione del principio generale di conservazione dei valori giuridici, del quale la disciplina di origine comunitaria sulla protezione del contraente debole “*richiede, necessariamente, la massima realizzazione possibile (...) in funzione di tutela del contraente “debole”*”⁴³¹.

Esso principio, quanto all'oggetto oscuro di contratto predisposto, in virtù del suo combinato operare con le clausole dell'esclusivo vantaggio (36 cod. cons., co. 3) e del miglior effetto utile (art. 1469-bis cod. civ.) per il consumatore, permette quanto sarebbe altrimenti vietato dall'art. 1418 cod. civ., co. 2, ossia di rinvenire valore normativo in ciò che – alla stregua delle cognizioni del consumatore medio – non lo manifesti. Il principio e le clausole cennati, insomma, danno sinergicamente vita a norma che autorizza l'interprete all'individuazione integrativa dell'oggetto di contratto del consumatore per adesione con oggetto indeterminabile. In assenza di essa norma e di diritto dispositivo, infatti, l'indeterminabilità dell'oggetto non sottrarrebbe il contratto alla scure della nullità *ex art.* 1418, co. 2. Ecco il punto. Anche a volere – correttamente – ritenere vigente il principio generale di proporzionalità, intesa come *giusta proporzione o quantificazione*⁴³²,

meno, sono inefficaci già ai sensi della disciplina di diritto comune, perché non conoscibili usando l'ordinaria diligenza (art. 1341 cod. civ., co. 1). Cfr. C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018, p. 425.

⁴³¹ M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, pp. 317-318. In tal senso, si veda altresì V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore» (La novella al codice civile)*, Napoli, 1997, p. 91.

⁴³² P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 382. Per l'Autore il principio, il quale ha plurimi fondamenti costituzionali (artt. 3, 36, 53, 97 Cost. [*ivi*, pp. 379 ss.]), “*costituisce un interesse primario dell'ordinamento e, pertanto, assolve una funzione di controllo sugli atti di autonomia*” (ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 344): “*sebbene operativo tra elementi quantificabili, costituisce uno di quei momenti normativi di rilevanza assiologica i quali contribuiscono a recuperare coerenza ed efficienza al sistema giuridico e corretta competitività concorrenziale al mercato, nel giusto equilibrio tra libertà e solidarietà, tra libertà e meritevolezza dei contenuti*” (ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 383). Quanto agli addentellati codicistici, M. PENNASILICO, «*Ménage à trois*»: *la correzione giudiziale dei contratti*, ora in *Correzione e integrazione del contratto*, opera diretta da F. Volpe, Bologna, 2016, p. 71 ss., richiama gli artt. 763, 1123, co. 2, 1384, 1448, 1584, co. 1, 1668,

L'ottimizzazione dello stesso *in contra proprium* limite giuridico nell'art. 1418, co. 2, ai sensi del quale, in virtù del rinvio ai requisiti stabiliti dall'art. 1346, “*la determinabilità [secondo criteri definiti dalle parti] esprime un'esigenza indeclinabile per l'esistenza stessa dell'atto di autonomia*”⁴³³. Con ciò non si disconosce la valenza normativa del principio, anzi, ne si evidenzia l'intima natura, richiedente la massima attuazione giuridicamente e fattualmente *possibile*. “*Il principio di proporzionalità è (...) una norma, applicabile anche quando manchino regole ad hoc, [ma] da coordinare con altri principi sistematicamente collegati ad esso*”⁴³⁴. Il quale non può di per sé recuperare a validità contratto con oggetto né determinato né determinabile.

È allora ai sensi dell'art. 35 cit., co. 2, che la nullità viene evitata in quanto dall'ordinamento considerata conseguenza frustrante la finalità della nullità di protezione (art. 36, co. 3), nonché la *ratio* dissuativo-sanzionatoria della disciplina consumeristica, al cospetto di comportamenti abusivi del professionista, nella specie traducendosi nella lesione del diritto fondamentale del consumatore “*ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità*”. Ed è siffatta *ratio* ad abilitare, in via residuale (*id est*: in mancanza di diritto dispositivo applicabile)⁴³⁵, il principio generale di proporzionalità quale criterio per la determinazione, eccezionalmente sottratta al gioco del libero mercato e della concorrenza, della prestazione del professionista.

co. 1, 1907, 2872 ss. Si vedano altresì, in materia societaria, gli artt. 2263, 2346, co. 4, 2420-*bis*, co. 2.

⁴³³ E. GABRIELLI, *sub* art. 1346, in E. NAVARRETTA-A. ORESTANO (a cura di), *Commentario del codice civile. Dei contratti in generale. Artt. 1321 - 1349*, cit., p. 755.

⁴³⁴ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 382-383.

⁴³⁵ L'applicazione della normativa derogabile (ad es., art. 1474 cod. civ.) in luogo del principio di proporzionalità non appare disfunzionale alla protezione del consumatore, posto che l'asimmetria che la disciplina consumeristica intende perequare è di tipo essenzialmente informativo. Il consumatore vede applicarsi la stessa disciplina su cui avrebbe fatto affidamento in assenza della condotta abusiva del professionista. In tal senso, M.R. MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere*, cit., p. 256.

Non può tuttavia escludersi l'ipotesi – probabilmente scolastica – di clausola economica la quale, benché non comprensibile dal consumatore ma chiara al contraente esperto, offra al primo un'utilità superiore a quella assicurategli dalla normativa sostitutivamente applicabile. In tal caso, salva l'eventuale responsabilità precontrattuale del professionista⁴³⁶, con tutta evidenza il contenuto del contratto non va corretto perché è proprio quello contemplante l'assetto disciplinare “*più favorevole al consumatore*”.

Il giudice di Lussemburgo, tuttavia, non apre alle possibilità ermeneutiche offerte dall'art. 5 direttiva n. 93/13/CEE, secondo periodo⁴³⁷ – corrispondente all'art. 35 cod. cons., co. 2 –, ritenendo che la clausola redatta in violazione del dovere di chiarezza e comprensibilità sia *in re ipsa* vessatoria ogniqualvolta il professionista non “*avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che [il consumatore medio] aderisse ad una siffatta clausola nell'ambito di un negoziato individuale*”⁴³⁸. In virtù di una triplice presunzione, il consumatore, mentre sul piano normativo (*id est*: dell'equilibrio “oggettivo”) verserebbe sempre in posizione di debolezza informativa⁴³⁹, sul piano economico (*id est*: dell'equilibrio “soggettivo”) all'opposto sarebbe *price conscious*⁴⁴⁰, conseguendone la sindacabilità giudiziale dell'equilibrio economico, *in re ipsa* ridondante in abusività⁴⁴¹, esclusivamente qualora il contraente stesso non abbia avuto concretamente modo di esprimere una scelta consapevole a

⁴³⁶ Ad esempio, in relazione a danno da perdita di occasioni contrattuali più vantaggiose.

⁴³⁷ Si veda però, in controtendenza, Corte giust. UE, 15 gennaio 2015, *Birutė Šiba*, C-537/13, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 34, che, in relazione a contratti aventi per oggetto servizi di assistenza legale, afferma: “*spetta al giudice del rinvio tener conto della natura particolare di tali servizi nel valutare la chiarezza e la comprensibilità delle clausole contrattuali, conformemente all'articolo 5, prima frase, della direttiva 93/13, e dare ad esse, in caso di dubbio, l'interpretazione più favorevole al consumatore, ai sensi della seconda frase di tale articolo*”.

⁴³⁸ Corte giust. UE, 20 settembre 2017, *Ruxandra Paula Andriciuc e altri*, C-186/16, cit., punto 47; 14 marzo 2013, *Mohamed Aziz*, C-415/11, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 69.

⁴³⁹ Prima presunzione.

⁴⁴⁰ Seconda presunzione.

⁴⁴¹ Terza presunzione.

causa dell'omissione di controparte di informazioni precontrattuali essenziali. Anche qui alla vessatorietà viene associata la pura e semplice eliminazione della clausola o, qualora l'opacità di significato concerna *essentiale negotii* – e salvo diritto dispositivo che “*garanti[sca] un livello di protezione più elevato per il consumatore*” (art. 8 direttiva cit.) –, la nullità dell'intero contratto. A questa stregua, al professionista sarebbe sufficiente “*inserire sempre nei contratti (...) un oggetto non trasparente per garantirsi la via di fuga verso la nullità di pieno diritto*”⁴⁴².

Questa interpretazione è peraltro circolante anche in alcuni ordinamenti nazionali. Il riferimento in particolare va all'art. 209 cod. civ. ungherese, co. 4 e co. 5⁴⁴³, e alle interpretazioni (rispettivamente giurisprudenziale e dottrinale) che sembrano essere correnti negli ordinamenti spagnolo⁴⁴⁴ e tedesco⁴⁴⁵.

Altro orientamento dottrinale⁴⁴⁶ e, da ultimo, giurisprudenziale⁴⁴⁷, sostiene che la violazione degli artt. 5 direttiva cit., primo periodo, e 35 cit.,

⁴⁴² E. NAVARRETTA, *Il contratto democratico e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1280.

⁴⁴³ “4. Una clausola contrattuale generale, o una clausola contrattuale che non è stata oggetto di negoziato individuale di un contratto stipulato con un consumatore, è altresì abusiva per il sol fatto di non essere redatta in modo chiaro o comprensibile. / 5. Le disposizioni relative alle clausole contrattuali abusive non possono essere applicate né alle clausole contrattuali che definiscono l'oggetto principale del contratto né a quelle che determinano l'equilibrio tra prestazione e controprestazione, a condizione che dette clausole siano redatte in modo chiaro e comprensibile”.

⁴⁴⁴ Cfr. N. MATO PACÍN, *El contrato de servicios bancarios: las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario*, in *Jus civile*, 2017, 3, p. 247 ss.

⁴⁴⁵ Cfr. F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, p. 37 ss.

⁴⁴⁶ Si vedano G. D'AMICO, *Mancanza di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà (Variazioni sul tema dell'armonizzazione minima)*, in ID.-PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, cit., p. 87 ss., per il quale “[n]on è l'intrasparenza (del comportamento) a far presumere l'esistenza di un significativo squilibrio della clausola, ma è semmai l'effetto squilibrante che l'operare della clausola potrebbe avere sul rapporto a rendere rilevante l'informazione omessa” (*ivi*, pp. 98-99, nt. 23); S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione minima tra regole e principi*, cit., p. 60.

⁴⁴⁷ Corte giust. UE, 26 gennaio 2017, *Banco Primus SA*, C-421/14, in <https://eur-lex.europa.eu>, punto 67: “qualora il giudice del rinvio ritenga che una clausola contrattuale (...) non sia formulata in modo chiaro e comprensibile ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, [della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, n. 93/13/CEE], spetta ad esso esaminare se tale clausola sia abusiva ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della medesima direttiva”.

co. 1, non sia sufficiente a decretare l'abusività della clausola opaca: ai sensi degli artt. 3 direttiva cit., co. 1, e 33 cod. cons., co. 1, la vessatorietà qui sarebbe tale perché derivante, oltre che dalla violazione dell'obbligo di *clare loqui*, anche dal *significativo* squilibrio dei diritti e degli obblighi contrattuali.

Con riferimento alle clausole economiche, la mancanza di chiarezza costituirebbe semplicemente presupposto, richiesto dagli artt. 4 direttiva cit., co. 2, e 34 cod. cons., co. 2, per lo scrutinio di vessatorietà, non identificandosi con questa. Laddove all'oscurità di senso non si accompagni squilibrio, la clausola va interpretata *contra proferentem*, non caducata, pena la fagocitazione, da parte del combinato disposto degli artt. 34, co. 2, e 36, co. 1, cod. cons., co. 2, del canone dell'interpretazione più favorevole che, quantunque alla lettera rappresenti il rimedio manutentivo governante la fattispecie della clausola opaca, vedrebbe il suo perimetro circoscritto al solo segmento delle clausole normative⁴⁴⁸.

Invero, astrattamente sono sostenibili tutte e tre le tesi passate in rassegna quanto alla riconduzione del rimedio avverso l'intrasparenza all'art. 35 ovvero all'art. 36.

Ciò che non può convincere della seconda e della terza impostazione è altro, ossia l'affermazione della totale inefficacia del contratto con oggetto oscuro e, secondo l'ultima tesi, gravemente sbilanciato, quante volte difetti disciplina legale cui suppletivamente ancorare la conservazione del contratto. Questo è il vero *punctum dolens*: può il giudice ricorrere alla proporzionalità, all'equilibrio economico (oggettivo) dello scambio per far fronte a oscurità dell'oggetto e mantenere in vita il contratto, in mancanza di diritto dispositivo? Oppure “*l'ambito del suo potere decisionale de[ve] rimanere vincolato alla scelta del “male minore” per il consumatore tra la conservazione della clausola ([opaca e/ o] abusiva) e del contratto, da una parte, e, dall'altra, l'invalidazione della clausola e*

⁴⁴⁸ S. PAGLIANTINI, *o.u.c.*, p. 52.

dell'intero contratto"⁴⁴⁹? Rispondendo positivamente alla prima domanda – come qui suggerito –, diviene problema puramente nominalistico ritenere che l'attività di ridefinizione dell'oggetto incomprensibile ne costituisca specificazione *interpretativa* (art. 35 cod. cons., co. 2) oppure sostituzione *integrativa* (artt. 1339, 1374 e 1419, co. 2, cod. civ.). Da un lato, non sembra che giovi sul piano effettuale preferire l'una o l'altra ricostruzione, dall'altro, nell'unitarietà e circolarità del procedimento di individuazione della normativa del caso concreto, non può non prendersi atto del vacillare dei confini tra interpretazione e integrazione del contratto⁴⁵⁰, entrambe appartenenti “*allo stesso genus, quello dell'ermeneutica giuridica*”⁴⁵¹. Una netta separazione (crono)logica tra esse può essere tracciata soltanto ove si ritenga che l'una attenga al contenuto e l'altra agli effetti del contratto⁴⁵², inteso come puro affare privato – integrato in via eccezionale, *dopo* esser stato interpretato ai sensi degli artt. 1362-1371 cod. civ. – e non quale regolamento conforme ai valori dell'ordinamento. Ma interpretare significa estrarre dal contratto non il significato corrispondente all'intangibile volontà delle parti, bensì quello

⁴⁴⁹ F.G. VITERBO, *Il controllo di abusività delle clausole nei contratti bancari con i consumatori*, cit., p. 114.

⁴⁵⁰ Così P. PERLINGIERI-V. RIZZO, *Integrazione*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 631 ss. In termini, N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto*, in *Atti del Convegno per il Cinquantenario della Rivista: « Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? »*, Treviso, 23-25 maggio 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 215 ss., per il quale l'integrazione “*diventa essenziale e preliminare momento di passaggio per lo svolgimento di qualsiasi procedimento interpretativo*” (*ivi*, p. 227). *Contra*, A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II. *Tecnica*, Torino, 2015, p. 583: “*l'intervento correttivo (...) non si chiama tecnicamente interpretazione ma invalidità (pura o con sostituzione di clausole o riduzione ad equità o integrazione legale, secondo che tagli o aggiunga). (...) In sintesi: le correzioni additive si fanno solo con l'integrazione, le ablativo solo con l'invalidazione*”.

⁴⁵¹ “[C]he ha il suo pilastro appunto nell'argomentazione quale ragione fondante la giuridicità, anche rispetto alla democraticità di un ordinamento che si attua tanto nel momento della deliberazione (legislativo) quanto in quello della decisione (giudiziario)”: M. GRONDONA, *Integrazione del contratto e norme dispositive (con uno sguardo su Salvatore Satta)*, in A. FEDERICO-G. PERLINGIERI (a cura di), *Il contratto*, cit., p. 66.

⁴⁵² Si veda, *supra*, § 3.1.

che appaia maggiormente aderente ai valori stessi: ciò che s'interpreta, infatti, è il contratto integrato⁴⁵³.

3.6. Rilievi conclusivi

Indubbio *trend* dell'ordinamento è quello di elevare l'equilibrio *normativo* del contratto a interesse generale dell'ordinamento, “*che non può tollerare abusi, squilibri eccessivi e asimmetrie ingiustificate, a garanzia non dirigistica o paternalistica, ma costituzionalmente orientata, dell'autonomia contrattuale*”⁴⁵⁴.

Cionondimeno, restano plurimi gli ámbiti di rilevanza dello squilibrio regolamentare. Mentre la disciplina di diritto comune assegna all'aderente una protezione legata a dati formali (la conoscibilità e la specifica approvazione per iscritto della clausola vessatoria) nonché (secondo i più) circoscritta alle sole contrattazioni standardizzate⁴⁵⁵ e alla casistica di cui all'art. 1341 cod. civ., co. 1, generalizzata e di tipo sostanziale è invece la tutela consumeristica. Come sostanziale è il controllo, generalizzato anche in

⁴⁵³ M. PENNASILICO, «Ménage à trois»: *la correzione giudiziale dei contratti*, cit., p. 59 ss. Nel senso che l'interpretazione secondo buona fede (art. 1366 cod. civ.) “*consent[er] al giudice di intervenire anche in senso modificativo sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto*”, si veda Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

⁴⁵⁴ M. PENNASILICO, *o.u.c.*, p. 80. Più in generale, sulla tendenza dell'esperienza giuridica contemporanea ad anteporre l'esigenza di equità e socialità del contratto al principio di libertà contrattuale, si veda ID., *Contratto e giustizia dello scambio nella prospettiva ermeneutica*, cit., p. 279 ss., spec. p. 283 ss.

⁴⁵⁵ Si veda, da ultimo, Cass., Sez. II, 19 marzo 2018, n. 6753, in *www.dejure.it*: “*possono qualificarsi come contratti “per adesione”, rispetto ai quali sussiste l'esigenza della specifica approvazione scritta delle clausole vessatorie, soltanto quelle strutture negoziali destinate a regolare una serie indefinita di rapporti, tanto dal punto di vista sostanziale (se, cioè, predisposte da un contraente che espliciti attività contrattuale all'indirizzo di una pluralità indifferenziata di soggetti), quanto dal punto di vista formale (ove, cioè, predeterminate nel contenuto a mezzo di moduli o formulari utilizzabili in serie), mentre non possono ritenersi tali i contratti predisposti da uno dei due contraenti in previsione e con riferimento ad una singola, specifica vicenda negoziale*”. *Contra*, tra gli altri: V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 854, il quale asserisce che l'art. 1342 cod. civ., co. 2, pena la sua superfluità, riguardi fattispecie ulteriori a quelle coperte dall'art. 1341, co. 1, tra le quali, appunto, quella dell'utilizzo di modulo o formulario relativamente a contratto singolo.

riferimento alle clausole economiche, da effettuarsi sul patto concretante abuso di dipendenza economica *ex art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192, co. 1.*

Premesso ciò, come non può postularsi la sussistenza di un unico paradigma di asimmetria contrattuale, idoneo ad aprioristicamente livellare di contro debite (in ragione della diversità di *rationes*) differenziazioni di trattamento giuridico⁴⁵⁶, così non può tuttavia cedere alla formalistica tentazione configurativa di pluralità di modelli (contratto di diritto comune, primo, secondo e terzo contratto asimmetrico) tra loro incomunicabili e alternativi. Quel che conta stabilire è il grado di vocazione generale delle singole discipline, dei relativi principi⁴⁵⁷, con ciò concorrendo a ridefinire la stessa parte generale del contratto.

In consentaneità a quest'approccio ricostruttivo, può esemplificativamente citarsi quella dottrina per la quale lo scrutinio di adeguatezza economica dello scambio dev'essere, nei contratti del consumatore, realizzato non solo nell'ipotesi di fisiologica asimmetria informativa ridondante in patologica opacità delle clausole *ex art. 35 cod. cons., co. 2*⁴⁵⁸, bensì anche in caso di asimmetria economica, al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 9 della legge sulla subfornitura, co. 1., secondo periodo, *“e cioè quando in presenza di una posizione in senso lato monopolistica dell'imprenditore sia difficile al consumatore reperire sul mercato alternative*

⁴⁵⁶ Livellamento praticamente realizzabile attraverso la generalizzata applicazione della normativa che con più organicità protegge il contraente debole, quella del consumatore. Si delineerebbe in tal modo lo statuto della nullità di protezione, concernente ogni forma di asimmetria di poteri contrattuali: legittimazione relativa, parzialità necessaria e rilevanza d'ufficio.

⁴⁵⁷ Sostanzialmente in termini M.R. MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere*, cit., spec. p. 253 ss., la quale si discorre di pluralità di modelli contrattuali, ma dota ciascuno di questi di *“intrinseca valenza assiologica e forza espansiva”*. *“Il rischio cui oggi si può andare incontro, nel seguire la prospettiva di destrutturazione del sistema delle invalidità, è quello di sostituire alla dottrina tradizionale un diverso tipo di essenzialismo”*: EAD., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 178.

⁴⁵⁸ Si veda, *supra*, § 3.5.2.

*soddisfacenti*⁴⁵⁹. Anche in questo caso, infatti, non sussistono i presupposti del corretto dispiegarsi dell'autonomia negoziale, in presenza dei quali il punto di equilibrio economico stabilito dalle parti è per ciò solo ritenuto giusto dall'ordinamento⁴⁶⁰. Altro esempio è offerto dall'opportuna estensione del citato art. 9 a tutti i contratti tra imprese delle quali l'una economicamente dipenda dall'altra⁴⁶¹.

Sicuramente integranti la parte generale del diritto contrattuale vigente sono i principi di solidarietà costituzionale e di congruità del regolamento agli interessi messi in evidenza dalle parti. Di ciò è testimone, unitamente al diritto positivo, il segnalato⁴⁶² filone giurisprudenziale che, sebbene non discorra di nullità per violazione di principio generale bensì – impropriamente – di immeritevolezza di tutela degli interessi (art. 1322 cod. civ., co. 2), comunque perviene a disconoscere effetti, anche nei contratti *inter pares*, a clausola disfunzionale. L'incongruità va ben al di là del *significativo* (o *eccessivo*) *squilibrio* (artt. 33 cod. cons., co. 1; 9 l. 18 giugno 1998, n. 192, co. 1), descrivendosi con essa l'incompatibilità contenutistica della clausola con la

⁴⁵⁹ E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, in G. VETTORI (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 385 ss. *Contra*: M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 207 ss., per la quale l'estensione dell'art. 9 ai contratti del consumatore in stato di dipendenza economica importa compressione dell'iniziativa economica privata, in spregio alla riserva di legge di cui all'art. 41 Cost., co. 3.

⁴⁶⁰ Cfr., *supra*, § 3.5.1.

⁴⁶¹ In tal senso, *ex multis*, F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002, p. 297; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 162; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 665 ss. Soluzione avallata dalla giurisprudenza a partire da Trib. Roma, ord. 27 ottobre 2003, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 856 ss., con nota di C. CREA, *Concessione di vendita e dinamiche concorrenziali*; Trib. Taranto, ord. 22 dicembre 2003, *ivi*, 2005, p. 259 ss., con nota di L. TRIGLIONE, *L'abuso di dipendenza economica nella recente giurisprudenza di merito*. *Contra*: R. RINALDI-F. TURRITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in P. SPOSATO-M. COCCIA (a cura di), *La nuova disciplina del contratto di subfornitura nella l. n. 192 del 1998*, Torino, 1999, p. 121 ss.

⁴⁶² *Supra*, § 3.4.1.

funzione della clausola medesima ovvero dell'atto di iniziativa nel suo complesso⁴⁶³.

In direzione inversa e restrittiva, mentre alla luce della lettura oggettiva che la giurisprudenza dà dell'art. 1419 cod. civ., co. 1⁴⁶⁴, si riducono sensibilmente le differenze tra i contratti del consumatore e gli altri (asimmetrici o meno), quanto all'esigenza e alle possibilità di conservazione del rapporto, l'asimmetria informativa che connota i primi esclude invece l'estensione ai secondi delle norme che su tale asimmetria distintamente si fondono. Per esempio, in caso di indeterminabilità dell'oggetto, giammai il principio di conservazione dei valori giuridici può essere invocato, nei rapporti di diritto comune, per derogare all'art. 1418 cod. civ., co. 2, come viceversa accade in caso di incomprendibilità (al consumatore medio) dell'oggetto di contratto del consumatore per adesione⁴⁶⁵. In questa ipotesi, la nullità totale si mostra assiologicamente lacunosa rispetto, prima che al principio di conservazione, alle esigenze di corretto funzionamento del mercato – da soddisfare a mezzo dell'elevazione della protezione del consumatore –, a loro volta richiedenti la massima realizzazione possibile di quel principio. Allo stesso modo, la nullità del contratto è disfunzionale alla tutela del contraente debole nelle fattispecie di abuso di posizione dominante e di abuso di dipendenza economica, (quantomeno) allorché l'impresa “forte” sia anche monopolista⁴⁶⁶.

⁴⁶³ Si veda, *supra*, § 3.5.1.

⁴⁶⁴ Cfr. *ibid.*

⁴⁶⁵ Si veda, *supra*, § 3.5.2.

⁴⁶⁶ Cfr. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 196, che ipotizza, ai fini perequativi avuti di mira dall'art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192, la sostituzione della clausola nulla con quella di mercato; EAD., *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere*, cit., p. 261: “[l]’interesse [tutelato dalla normativa di contrasto all’abuso di posizione dominante] potrà essere raggiunto o con la sostituzione della clausola abusiva con quella praticata sul mercato concorrenziale, o con il risarcimento del danno, o con l’annullamento del contratto, o con la nullità dello stesso (queste due opzioni, che fra loro non sono fungibili ma dipendono anche dall’interesse che ha l’ordinamento alla sopravvivenza del contratto, potrebbero risultare contrarie allo scopo della norma solo se l’impresa

I principi, in definitiva, “partecipano alla ricostruzione della regola del caso concreto soltanto ove sia in concreto presente l’esigenza di protezione difesa dal principio”⁴⁶⁷, non riconoscibile se non attraverso la valorizzazione delle peculiarità della concreta fattispecie contrattuale (le qualità dei contraenti, la natura del bene oggetto del contratto, le circostanze, lo stato di avanzamento e le modalità del procedimento di conclusione del contratto, ecc.), nella consapevolezza che l’interpretazione è autenticamente tale se muove “non [già] dalla norma al fatto; bensì dal fatto (...) alla normativa adeguata. Dal problema al sistema: il problema inquadrato nel sistema; e il sistema non già quale risultato ma quale processo e metodo conoscitivo”⁴⁶⁸. I principi generali del diritto sono l’anello di congiunzione tra problema e sistema.

dominante fosse anche monopolista)”. Da Trib. Massa, ordd. 26 febbraio 2014 e 15 maggio 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, III, p. 218 ss., con nota di V. BACHELET, *La clausola squilibrata è nulla per abuso di dipendenza economica e il prezzo lo fa il giudice: note a margine di un caso pilota*, la nullità è stata considerata soluzione inadeguata in caso di imposizione di prezzo discriminatorio, dante luogo ad abuso di dipendenza economica originata da patto di esclusiva nell’approvvigionamento: “[s]e in siffatte situazioni non fosse consentito un intervento integrativo giudiziale, si finirebbe col pervenire a soluzioni opposte a quelle di tutela del contraente debole, il quale non ha facilità di trovare soluzioni alternative e che, quindi, ha interesse a preservare il rapporto contrattuale e non a far risolvere lo stesso a causa di anomalie, genetiche o sopravvenute, di funzionalità del sinallagma negoziale”.

⁴⁶⁷ A. FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, cit., p. 811.

⁴⁶⁸ P. PERLINGIERI, *Introduzione*, in L. MEZZASOMA-V. RIZZO-L. RUGGERI (a cura di), *Il controllo di legittimità costituzionale e comunitaria come tecnica di difesa. Corte costituzionale italiana e spagnola a confronto*, Napoli, 2010, p. 47.

Bibliografia

ALEXY, R., *Law, Morality, and the Existence of Human Rights*, in *Ratio Juris*, 1, 2012, pp. 2-14.

ALEXY, R., *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. a cura di L. Di Carlo, Bologna, 2012.

ALPA, G., *I principi generali*, in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2006.

AMODIO, C., *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, 2012.

AZZARITI, G., *La risarcibilità degli interessi legittimi tra interpretazioni giurisprudenziali e interventi legislativi. Un commento alla sentenza n. 500 del 1999 della Corte di Cassazione*, nota a Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giur. cost.*, p. 4045 ss.

AZZARRI, F., *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, p. 37 ss.

BACHELET, V., *La clausola squilibrata è nulla per abuso di dipendenza economica e il prezzo lo fa il giudice: note a margine di un caso pilota*, nota a Trib. Massa, ordd. 26 febbraio 2014 e 15 maggio 2014, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, III, p. 218 ss.

BALDASSARRE, A., *L'interpretazione della costituzione*, in PALAZZO, A. (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 215 ss.

BARBA, V., *sub art. 1197*, in GABRIELLI, E. (diretto da), *Commentario del codice civile. Delle obbligazioni. Artt. 1173 - 1217*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2012, p. 544 ss.

BARBERIS, M., *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2008.

BARBERO, D., *Rilevanza della volontà nel negozio*, in *Studi in memoria di B. Scorza*, Roma, 1940, p. 13 ss.

BARCELLONA, M., *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Torino, 2015.

BARTOLE, S., *I principi generali fra due convegni (1940-1991), dall'ordinamento statutario-fascista all'ordinamento repubblicano ed alle sue aperture sovranazionali*, in AA.VV., *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma, 14-15 novembre 2014, in *Riv. it. sc. giur.*, numero speciale, 2014, pp. 3-29.

BENEDETTI, A.M., voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 374 ss.

BENTHAM, J., *A Fragment on Government*, in BURNS, J.H., H.L.A. HART (edited by), *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, Londra, 1977, pp. 393-552.

BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, ed. riveduta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano, 1971.

BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. Vassalli*, Torino, 1960.

BIANCA, C.M., *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, Milano, 2002, p. 35 ss.

BIANCA, C.M., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018.

BIGLIAZZI GERI, L., *L'interpretazione del contratto. Artt. 1362-1371*, in BUSNELLI, F., (diretto da), *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2013.

BIN, R., *Diritti e argomenti*, Milano, 1992.

BIN, R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2002, 2, pp. 115-131.

BIN R., G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Torino, 2017.

BOBBIO, N., *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia*, in *Giur. it.*, 1968, c. 695 ss.

BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977.

BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

BOBBIO, N., voce *Principi generali di diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 887 ss.

BOBBIO, N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1950, p. 342 ss.

BONGIOVANNI, G., *Il neocostituzionalismo: i temi e gli autori*, in AA.VV., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo* (estratto, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa), Torino, 2013, pp. 55-87.

BRECCIA, U., *sub art. 1323*, in NAVARRETTA E., A. ORESTANO (a cura di), *Commentario del codice civile. Dei contratti in generale. Artt. 1321 - 1349*, Torino, 2011, p. 145 ss.

CAIANI, L., voce *Analogia. b) Teoria generale*, in *Enc. dir.*, II, 1958, p. 349 ss.

CALVO, R., *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, nota a Cass., SS.UU., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Corr. giur.*, 2016, p. 921 ss.

CAMPIONE, R., *Stato vegetativo permanente e diritto all'identità personale in un'importante pronuncia della Suprema Corte*, nota a Cass., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Fam. dir.*, 2008, p. 129 ss.

CAPOBIANCO, E., *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi*, in D'ANGELO, A., V. ROPPO (diretto da), *Annuario del contratto 2015*, Torino, 2016, p. 64 ss.

CAPOBIANCO, E., *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, in VETTORI, G. (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 377 ss.

CAPOGRASSI, G., *Impressioni su Kelsen tradotto*, in ID., *Opere*, V, Milano, 1959, pp. 311-356.

CARADONNA, G., *Rilevanza del collegamento contrattuale nel mutuo di scopo e nelle operazioni di credito al consumo*, nota a Cass., Sez. III, 19 luglio 2012, n. 12454, in *Contr.*, 2012, p. 993 ss.

CARBONE, V., *Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto*, nota a Cass., 21 luglio 2016, n. 15024, in *Corr. giur.*, 2017, p. 24 ss.

CARBONE, V., *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, nota a Cass., Sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. giur.*, 1994, p. 566 ss.

CARCATERRA, G., voce *Analogia*, in *Enc. giur. Treccani*, II, 1958.

CASTRONOVO, C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

CATAUDELLA, A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966.

CHESSA, O., *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, in MALFATTI, E., R. ROMBOLI, E. ROSSI, *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001, Torino, 2002, p. 420 ss.

CHIASSONI, P., *Positivismo giuridico*, in AA.VV., *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo* (estratto, a cura di G. Pino, A. Schiavello, V. Villa), Torino, 2013, pp. 3-54.

CLARIZIA, O., *Valutazione della causa in concreto e superamento del tipo legale*, nota a Cass., Sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in PERLINGIERI, G., G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L'«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli, 2012, p. 411 ss.

COING, H., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlino, 1950.

COMANDUCCI, P., *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in ID., *Assaggi di metaetica due*, Torino, 1998, p. 81 ss.

CONTE, G., *Il processo di neo-costituzionalizzazione del diritto privato. Notazioni sull'efficacia precettiva e sulle modalità applicative dei diritti e delle libertà fondamentali*, in ALPA, G., G. CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018, p. 601 ss.

COSTANTINO, M., *Titolarità giuridica e appartenenza economica: nozioni astratte e destinazioni specifiche per il trustee – I Parte*, in *Trusts*, 2003, p. 15 ss.

COSTANZA, M., *For you for nothing o immeritevolezza*, nota a Cass., Sez. I, 10 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, p. 725 ss.

CREA, C., *Concessione di vendita e dinamiche concorrenziali*, nota a Trib. Roma, ord. 27 ottobre 2003, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 856 ss.

CRISAFULLI, V., voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 195 ss.

CRISAFULLI, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

CRISAFULLI, V., *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in AA.VV., *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, p. 175 ss.

D'ADDA, A., *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2013, 1, pp. 16-31.

D'ADDA, A., *La correzione del «contratto abusivo»: regole dispositive in funzione «conformativa» ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in BELLAVISTA, A., A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, pp. 361-398.

D'AMICO, G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, nota a Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Contr.*, 2014, p. 926 ss.

D'AMICO, G., *Appunti per una dogmatica dei principi*, in ID., S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, Torino, 2018, pp. 1-33.

D'AMICO, G., *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in ID., S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 213 ss.

D'AMICO, G., *Mancanza di trasparenza di clausole relative all'oggetto principale del contratto e giudizio di vessatorietà (Variazioni sul tema dell'armonizzazione minima)*, in ID., S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, Torino, 2018, pp. 87-116.

D'AMICO, G., *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 732 ss, e in AA.VV., *Le forme della nullità*, Torino, 2009, p. 1 ss.

D'AMICO, G., *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in AA.VV., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico* (a cura di G. D'Amico), Milano, 2017, pp. 49-115.

D'AMICO, G., *Problemi dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato*, in ALPA, G., G. CONTE (a cura di), *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Torino, 2018, p. 359 ss.

D'ANGELO, A., *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, IV, Torino, 2004.

DAL CANTO, F., *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, nota a Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1361 ss.

DALLA MASSARA, T., *Dolo incidente: quantum risarcitorio e natura della responsabilità*, nota a Cass., Sez. III, 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, p. 1192 ss.

DE NOVA, G., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011.

DI MAJO, A., *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, nota a Cass., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 441 ss.

DI MAJO, A., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009.

DI MAURO, N., *Brevi considerazioni in tema di condizioni testamentarie illecite*, nota a Cass., Sez. II, 21 febbraio 1992, n. 2122, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1753 ss.

DI MAURO, N., *Illiceità della condizione testamentaria di contrarre matrimonio: la Cassazione apre alla Drittwirkung per le successioni mortis causa*, nota a Cass., Sez. II, 15 aprile 2009, n. 8941, in *Fam. pers. Succ.*, 2009, p. 598 ss.

DICIOTTI, E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999.

DONISI, C., *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.

DWORKIN, R., *I diritti presi sul serio*, trad. F. Oriana, Bologna, 1982.

ESSER, J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. G. Zaccaria e S. Patti, Napoli, 1983.

FALZEA, A., *I principi generali del diritto, Relazione introduttiva al Convegno dell'Accademia dei Lincei su I principi generali del diritto*, Roma, 27-29 maggio 1991, ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, pp. 337-365.

FALZEA, A., *La Costituzione e l'ordinamento giuridico* (1998), ora in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, pp. 455-517.

FASSÒ, G., *Storia della filosofia del diritto*, III, *Ottocento e Novecento* (ed. aggiornata a cura di C. Faralli), Roma-Bari, 2001.

FEDERICO, A., *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2018, pp. 797-818.

FEDERICO, A., *Art. 1343 (Causa illecita)*, in PERLINGIERI, G. (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro IV. Delle obbligazioni, I (artt. 1173-1536), Napoli, 2010, pp. 553-566.

FEDERICO, A., *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli «accordi» tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999.

FEDERICO, A., *Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative Indipendenti. Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nella costruzione del regolamento contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 3, pp. 818-837.

FEDERICO, A., *L'elaborazione giurisprudenziale del controllo di meritevolezza degli interessi dedotti nei contratti c.dd. sportivi*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Atti del 3° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Napoli, 2009, pp. 369-388.

FEDERICO, A., *La causa del contratto tra «regole» e «principi»*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2018.

FEDERICO, A., *Tipicità e atipicità dei contratti*, in PERLINGIERI, C., L. RUGGERI (a cura di), *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, pp. 165-181.

FEMIA, P., *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in GITTI, G., G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, p. 287 ss.

FEMIA, P., *Tre livelli di (in)distinzione tra princípi e clausole generali*, in PERLINGIERI, G., M. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, cit., p. 209 ss.

FERRAJOLI, L., *Contro la giurisprudenza creativa*, online in *Questione giustizia*, 2016, 4.

FERRAJOLI, L., *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, p. 2771 ss.

FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 14, 1998, 2, pp. 3-33.

FERRAJOLI, L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999.

FERRI, G.B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1989.

FERRI, G.B., *L'autonomia dei privati come sistema ordinato ed ordinante nel pensiero di Salvatore Romano*, in *Salvatore Romano. Giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze, Milano, 2007, p. 17 ss.

FURGIUELE, G., *Tre osservazioni e due corollari per l'attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive*, in AA.VV., *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: l'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padova, 1996, p. 473 ss.

GABRIELLI, E., *sub art. 1346*, in NAVARRETTA E., A. ORESTANO (a cura di), *Commentario del codice civile. Dei contratti in generale. Artt. 1321 - 1349*, Torino, 2011, p. 707 ss.

- GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale*, III, I, Padova, 2004.
- GALGANO, F., *Il diritto privato tra codice e Costituzione*, Bologna, 1978.
- GALGANO, F., *Le società in genere. Le società di persone*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2007.
- GAMBINO, F., *Le obbligazioni*, 1, in *Tratt. dir. civ. Sacco*.
- GAZZONI, F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi* (ristampa con una Introduzione dell'A.), Frosinone, 2017.
- GAZZONI, F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015.
- GENTILI, A., *sub art. 1362*, in NAVARRETTA, E., A. ORESTANO (a cura di), *Commentario del codice civile. Dei contratti in generale. Artt. 1350 - 1386*, Torino, 2011, p. 355 ss.
- GENTILI, A., *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 183 ss.
- GENTILI, A., *Il diritto come discorso*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2013.
- GENTILI, A., *L'abuso del diritto come argomento*, in VELLUZZI, V., (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2013, p. 149 ss.
- GENTILI, A., *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II. *Tecnica*, Torino, 2015.
- GERMANI, G., *Sociologia della modernizzazione*, Roma-Bari, 1975.
- GIANFORMAGGIO, L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi* (1985), in ID., *Filosofia del diritto e*

ragionamento giuridico, a cura di E. Diciotti e V. Velluzzi, Torino, 2008, p. 173 ss.

GIANI, L., F. VETRÒ, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in SCOCA, F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2015, pp. 613-650.

GITTI, G., G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008.

GIULIANI, A., *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, I, Torino, 1982.

GIUSTI, V., *Il contratto di investimento for you e la nullità per immeritevolezza degli interessi*, nota a Cass., Sez. I, 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Foro nap.*, 2017, p. 189 ss.

GORLA, G., *L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi (1976)*, ora in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, pp. 511-542.

GRONDONA, M., *Integrazione del contratto e norme dispositive (con uno sguardo su Salvatore Satta)*, in FEDERICO, A., G. PERLINGIERI (a cura di), *Il contratto*, Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 6-9 settembre 2017 – Università degli Studi di Salerno, Napoli, 2019, pp. 33-67.

GROSSI, P., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

GUASTINI, R., *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001.

GUASTINI, R., *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino, 2017.

HECK, P., *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und des Staates*, Vienna, 1949.

HECK, P., *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 112 (1914), pp. 1-318.

HRUSCHKA, J., *La comprensione dei testi giuridici*, trad. R. De Giorgi, Camerino-Napoli, 1983.

IMBRENDA, M., *Asimmetria di posizioni contrattuali, contratto predisposto e ruolo delle Authorities*, in *www.comparazioneDirittocivile.it*, 2018.

IRTI, N., *I 'cancelli delle parole'*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, pp. 57-88.

IRTI, N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1986.

IRTI, N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss., e in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, pp. 19-32.

IRTI, N., *La filosofia di una generazione*, in ID., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, pp. 19-32.

IRTI, N., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004.

IRTI, N., *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 289 ss.

JANNARELLI, A., *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico*, in AA.VV., *I principi nell'esperienza giuridica*, Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma, 14-15 novembre 2014, in *Riv. it. sc. giur.*, numero speciale, 2014, pp. 33-76.

KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. R. Treves, Torino, 2000, pp. 173-206.

KELSEN, H., *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)* (1928), in ID., *La giustizia costituzionale*, trad. a cura di C. Geraci, Milano, 1981, p. 143 ss.

LARENZ, K., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. a cura di S. Ventura, Milano, 1966.

LAURENT, F., *Corso elementare di diritto civile*, trad. G. Trono, Napoli, 1880.

LENER, G., *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*, nota a Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035 ss.

LIPARI, N., *Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno* (1998), ora in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, pp. 271-292.

LIPARI, N., *I civilisti e la certezza del diritto* (2015), in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, pp. 155-189.

LIPARI, N., *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, p. 297 ss.

LIPARI, N., *Intorno ai "principi generali del diritto"* (2016), ora in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, pp. 83-100.

LIPARI, N., *L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza*, in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, pp. 191-234.

LIPARI, N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.

LIPARI, N., *Morte e trasfigurazione dell'analogia* (2011), ora in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, pp. 60-82.

LIPARI, N., *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto*, in *Atti del Convegno per il Cinquantenario della Rivista: « Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? »*, Treviso, 23-25 maggio 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 215 ss.

LISERRE, E., *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1971.

LONARDO, L., *Ordine pubblico*, in PERLINGIERI, G., M. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 10-11 novembre 2016, Napoli, 2017, p. 317 ss.

LUCIANI, M., *Ermeneutica costituzionale e "massima attuazione della costituzione"*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Napoli, 2018, p. 37 ss.

LUCIANI, M., voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, p. 391 ss.

LUMINOSO, A., *Lease back, mercato e divieto del patto commissorio*, in *Giur. comm.*, 2000, 27.4, p. 489 ss.

LUZZATI, C., *Clausole generali e principi. Oltre la prospettiva civilistica*, in AA.VV., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico* (a cura di G. D'Amico), Milano, 2017, p. 15 ss.

MACARIO, F., *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 665 ss.

MAJELLO, U., *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 487 ss.

MANTOVANI, M., *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

MATO PACÌN, N., *El contrato de servicios bancarios: las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario*, in *Jus civile*, 2017, 3, p. 247 ss.

MAUGERI, M.R., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Torino, 2003.

MAUGERI, M.R., *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere. Costruzione di un modello unitario di rimedio invalidativo o pluralità di modelli?*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, V, Milano, 2007, pp. 249-261.

MELANDRI, E., *La teoria e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Bologna, 1968.

MENGONI, L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, pp. 1-20, e in ID., *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica* (a cura di A. Albanese, C. Castronovo, A. Nicolussi), Milano, 2011, pp. 101-122.

MENGONI, L., *Diritto e politica nella dottrina giuridica* (1974), ora in ID., *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica* (a cura di A. Albanese, C. Castronovo, A. Nicolussi), Milano, 2011, pp. 149-164.

MENGONI, L., *Diritto e tecnica* (2001), ora in ID., *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica* (a cura di A. Albanese, C. Castronovo, A. Nicolussi), Milano, 2011, pp. 41-50.

MENGONI, L., *Forma giuridica e materia economica* (1963), ora in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 147 ss.

MENGONI, L., *Dogmatica giuridica* (1988), ora in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, p. 25 ss.

MENGONI, L., *I principi generali del diritto e la scienza giuridica* (1992), ora in ID., *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica* (a cura di A. Albanese, C. Castronovo, A. Nicolussi), Milano, 2011, pp. 239-253.

MENGONI, L., *Il contratto di lavoro* (a cura di M. Napoli), Milano, 2004.

MENGONI, L., *Interpretazione e nuova dogmatica* (1988), ora in ID., F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistemi e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2017, p. 117 ss.

MENGONI, L., *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1966, p. 126 ss.

MENGONI, L., *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, in ID., *Scritti, I, Metodo e teoria giuridica* (a cura di A. Albanese, C. Castronovo, A. Nicolussi), Milano, 2011, pp. 343-355.

MENGONI, L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.

MINERVINI, E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014³.

MIRABELLI, G., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al Codice civile*, IV, II, Torino, 1980.

MODUGNO, F., *Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali*, in ID. (a cura di), *Esperienze giuridiche del '900*, Milano, 2000, p. 85 ss.

MORELLO, U., *Tipicità e numerus clausus dei diritti reali*, in GAMBARO A., U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali. Proprietà e possesso*, I, Milano, 2010, p. 67 ss.

NATOLI, R., *Il contratto «adeguato». La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012.

NAVARRETTA, E., *I danni non patrimoniali nella responsabilità extracontrattuale*, in EAD. (a cura di), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004, pp. 3-57.

NAVARRETTA, E., *Il contratto democratico e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1263 ss.

NICOLÒ, R., voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 904 ss.

NIETZSCHE, F., *Frammenti postumi 1885-1887*, in *Opere complete*, trad., VIII, 1, Milano, 1975.

NUZZO, M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975.

ORRÙ, G., *I criteri extralegali di integrazione del diritto positivo nella dottrina tedesca contemporanea*, Milano, 1997.

PAGLIANTINI, S., *Armonizzazione ed il canone della “maggior tutela” per il consumatore: spigolature critiche (e chiarimenti) sulla cumulabilità elettiva dei rimedi*, in D’AMICO, G., S. PAGLIANTINI, *L’armonizzazione degli ordinamenti dell’Unione Europea tra principi e regole*, Torino, 2018, p. 117 ss.

PAGLIANTINI, S., *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della direttiva 2014/17 UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, I, p. 181 ss.

PAGLIANTINI, S., *Interpretazione (ed integrazione) dei contratti asimmetrici (Atto secondo)*, in *Contr.*, 2016, 12, p. 1147 ss.

PAGLIANTINI, S., *L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)*, in D'AMICO, G., S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, Torino, 2018, pp. 35-86.

PAGLIANTINI, S., *Vecchio e nuovo sull'integrazione del contratto abusivo nel prisma armonizzato delle fonti (partendo da un caso recente)*, in D'AMICO, G., S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2015², pp. 81-150.

PAGLIANTINI, S., *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in D'AMICO G., S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2015², p. 67 ss.

PALMIERI, A., R. PARDOLESI, nota a Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, I, c. 2487 ss.

PARDOLESI, R., *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, nota a Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035 ss.

PARIOTTI, E., *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*, Torino, 2000.

PATTI, S., *Il contratto tra « autonomie de la volonté » e moderno « zwingendes Vertragsrecht »*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 2, p. 369 ss.

PENNASILICO, M., «Ménage à trois»: *la correzione giudiziale dei contratti*, ora in *Correzione e integrazione del contratto*, opera diretta da F. Volpe, Bologna, 2016, p. 43 ss.

PENNASILICO, M., *Contratto e giustizia dello scambio nella prospettiva ermeneutica*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Fargiuele*, III, Mantova, 2017, p. 279 ss.

PENNASILICO, M., *L'ermeneutica contrattuale tra pubblico e privato*, in *Contr.*, 2014, p. 187 ss.

PENNASILICO, M., *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 702 ss.

PENNASILICO, M., *Legalità costituzionale e diritto civile*, in PERLINGIERI, P., TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, pp. 247-292.

PENNASILICO, M., *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011.

PERLINGIERI, G., *Alla ricerca del «giusto rimedio» in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 665 ss.

PERLINGIERI, G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.

PERLINGIERI, P., *«Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 204 ss.

PERLINGIERI, P., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 317 ss.

PERLINGIERI, P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.

PERLINGIERI, P., *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica, L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in FEMIA, P. (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 1 ss.

PERLINGIERI, P., *I mobili confini dell'autonomia privata*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 15 ss.

PERLINGIERI, P., *I princípi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo*, in *Annali SISDiC*, 2017, 1, p. 1 ss.

PERLINGIERI, P., *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

PERLINGIERI, P., *Introduzione*, in MEZZASOMA, L., V. RIZZO, L. RUGGERI (a cura di), *Il controllo di legittimità costituzionale e comunitaria come tecnica di difesa. Corte costituzionale italiana e spagnola a confronto*, Napoli, 2010, p. 45 ss.

PERLINGIERI, P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972.

PERLINGIERI, P., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.

PERLINGIERI, P., *Profili del diritto civile*, 1994, Napoli.

PERLINGIERI, P., *Relazione conclusiva*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile, Napoli, 2018, p. 659 ss.

PERLINGIERI, P., *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia* (1978), ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 73 ss.

PERLINGIERI, P., A. FEDERICO, *Causa*, in PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, pp. 496-504.

PERLINGIERI, P., A. FEDERICO, *Illiceità ed immeritevolezza della causa*, in PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, pp. 582-585.

PERLINGIERI, P., P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali*, in PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, p. 3 ss.

PERLINGIERI, P., RIZZO, V., *Integrazione*, in PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, p. 631 ss.

PERRY, S.R., *Two Models of Legal Principles*, in *Iowa Law Review*, 82, 1996, 7, pp. 787-819.

PINO, G., *Costituzione come limite, costituzione come fondamento, costituzione come assiologia*, in *Diritto e Società*, 2017, 1, pp. 91-120.

PINO, G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010.

PINO, G., *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 11, 2011, pp. 75-110.

PINTORE, A., *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, 1982.

PIOVANI, P., *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953.

PLAIA, A., *Alcune considerazioni sul rapporto tra libertà fondamentali del Trattato e diritto privato*, in MEZZANOTTE, F. (a cura di), *Le «libertà fondamentali»*

dell'Unione europea e il diritto privato, Roma, 2016, online in <http://romatrepress.uniroma3.it>, pp. 79-95.

POLIDORI, S., *Integrazione del contratto e nullità parziali*, in FEDERICO, A., G. PERLINGIERI (a cura di), *Il contratto*, Scuola estiva dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 6-9 settembre 2017 – Università degli Studi di Salerno, Napoli, 2019, pp. 69-87.

PROSPERI, F., *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002.

PUGLIATTI, S., *Continuo e discontinuo nel diritto* (1954), ora in ID., *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, pp. 77-100.

PUGLIATTI, S., *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954 (rist. 1964), p. 145 ss.

PUGLIATTI, S., *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1949/50, I, p. 189 ss.

PUGLIATTI, S., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in ID., *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p. 105 ss.

QUIROZ VITALE, M.A., *Il diritto liquido*, Milano, 2012.

RECINTO, G., *I patti di inesigibilità del credito*, Napoli, 2008.

RESCIGNO, P., *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni unite)*, nota a Cass., SS.UU., 11 novembre 2007, n. 23726, in *Corr. giur.*, 2008, p. 745 ss.

RINALDI, R., F. TURRITTO, *L'abuso di dipendenza economica*, in SPOSATO, P., M. COCCIA (a cura di), *La nuova disciplina del contratto di subfornitura nella l. n. 192 del 1998*, Torino, 1999, p. 121 ss.

RIZZO, V., *Trasparenza e «contratti del consumatore» (La novella al codice civile)*, Napoli, 1997.

RODOTÀ, S., *Chi decide sul morire*, in *La repubblica*, 25 ottobre 2007, online in <https://ricerca.repubblica.it/repubblica/archivio/repubblica/2007/10/25/chi-decide-sul-morire.html>.

RODOTÀ, S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

RODOTÀ, S., *Le fonti di integrazione del contratto* (1965), Milano, 2004 (rist. integrata).

RODOTÀ, S., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim.*, 1960, p. 1252 ss.

RODOTÀ, S., *Nuovi diritti. L'età dei diritti*, in REVELLI, M. (a cura di), *Lezioni Bobbio. Sette interventi su etica e politica*, Torino, 2006.

ROMANO, SALVATORE, *Autonomia privata (appunti)*, Milano, 1957.

ROMANO, SALVATORE, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, Napoli, 1964.

ROPPO, V., G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, nota a Cass., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 1, 2006, 25 ss.

ROPPO, V., *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2011.

RUBINO, D., *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, p. 530 ss.

RUGGERI, A., *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, XV, *Studi dell’anno 2011*, Torino, 2012.

SACCO, R., voce *Formante*, in *Dig. disc. Priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 438 ss.

SACCO, R., G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 2004.

SALVI, C., *La giusprivatistica tra codice e scienza*, in SCHIAVONE, A. (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall’Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, 1990, pp. 233-273.

SALVI, C., *Norme costituzionali e diritto privato. Attualità di un insegnamento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 235 ss.

SANGIOVANNI, V., *Abuso del diritto nel recesso del preponente dal contratto di agenzia*, commento a Cass., 7 maggio 2013, n. 10568, in *Lav. giur.*, 2014, p. 269 ss.

SANTORO PASSARELLI, F., *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 1944.

SBORDONE, F., *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, 2008.

SCALISI, V., *Dalla Scuola di Messina un Contributo per l’Europa*, in PERLINGIERI, P., A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 169 ss.

SCARPELLI, U., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, p. 212 ss.

SCHMITT, C., *La tirannia dei valori*, Brescia, 2008.

SCOCA, F.G., *Per un’amministrazione responsabile*, nota a Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giur. cost.*, p. 4045 ss.

SCODITTI, E., *Il diritto dei contratti tra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, nota a Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035 ss.

SCOGNAMIGLIO, C., *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, nota a Cass., 16 maggio 2016, n. 9978, in *Corr. giur.*, 2016, 7, p. 909 ss.

SIMONETTO, E., *Responsabilità e garanzia nel diritto delle società*, Padova, 1959.

SOMMA, A., P.G. MONATERI, *Il modello di civil law*, 2016, Torino.

STANZIONE, M.G., *Adozione e affidamento – «scelta della madre per l'anonimato e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini»*, nota a Cass., Sez. I, 9 novembre 2016, n. 22838, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 319 ss.

STANZIONE, P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975.

STOLFI, S., *Teoria generale del negozio giuridico*, Padova, 1947.

TATARANO, M., *C'era una volta l'intangibilità del contratto*, nota a Cass., SS.UU., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Notariato*, 2006, p. 13 ss.

TIZZANO, A., *La corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo*, nota a Corte cost., 8 giugno 1970, n. 170, in *Foro.it.*, 1984, I, c. 2062 ss.

TODESCAN, F., *Compendio di Storia della filosofia del diritto*, Padova, 2009.

TONETTI, S., *Intesa anticoncorrenziale e giudizio di meritevolezza*, nota a Cass., Sez. III, 8 febbraio 2013, n. 3080, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1295 ss.

TORRENTE, A., P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* (23a ed. a cura di F. Anelli-C. Granelli), Milano, 2017.

TRIGLIONE, L., *L'abuso di dipendenza economica nella recente giurisprudenza di merito*, nota a Trib. Taranto, ord. 22 dicembre 2003, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 259 ss.

TUCCI, A., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, nota a Cass., Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 137 ss.

TWINING, W., D. MIERS, *Come fare cose con regole*, Milano, 1990.

VELLUZZI, V., *Alcune considerazioni su ragionamento analogico e diritto positivo*, in *Analisi e diritto*, 1997, pp. 199-220.

VENUTI, M.C., *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004.

VIOLA, F., G. ZACCARIA, *Diritto ed interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 1999.

VITERBO, F.G., *Il controllo di abusività delle clausole nei contratti bancari con i consumatori*, Napoli, 2018.

WESTERMANN, H., *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster, 1955.

ZAGREBELSKY, G., *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, 2002, II, pp. 865-897.

ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

ZAVATTA, L., *Il praxeologismo giuridico*, Torino, 2016.

ZOPPINI, A., *Il diritto privato e le «libertà fondamentali» dell'Unione europea. (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in MEZZANOTTE, F.

(a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, online in <http://romatrepress.uniroma3.it>, pp. 9-39.

ZWEIGERT, K., H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali* (a cura di A. Di Majo-A. Gambaro), trad. B. Pozzo, Milano, 1998.