



VNIVERSIDAD D SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

**AUTONOMÍA NEGOCIAL, INTEGRACIÓN DEL CONTRATO,
DERECHOS FUNDAMENTALES Y ACTO DE CONSUMO**

PRESENTADA POR:

PIETRO PICCIONI

DIRECTORES:

Dr. D. EUGENIO LLAMAS POMBO

NOMBRE

LLAMAS POMBO

EUGENIO - NIF

07833470S

Firmado digitalmente por NOMBRE LLAMAS POMBO
EUGENIO - NIF 07833470S
Nombre de reconocimiento (DN):
1.3.6.1.4.1.16533.30.1=POMBO, sn=LLAMAS,
givenName=EUGENIO, serialNumber=07833470S,
title=Abogado, st=Madrid, c=ES, o=Ilustre Colegio de
Abogados de Madrid / ICAM / 2045, ou=28001 /
86586, cn=NOMBRE LLAMAS POMBO EUGENIO - NIF
07833470S, email=secretaria@llamasabogados.com
Fecha: 2020.06.18 13:34:33 +02'00'

Dra. Dña. LAURA DI BONA

SALAMANCA, 2020

ÍNDICE

ABREVIACIONES

INTRODUCCIÓN

INTEGRACIÓN DEL CONTRATO, DERECHO DEL CONSUMO, DERECHOS FUNDAMENTALES Y MÉTODO

CAPITOLO I

WER MENSCHHEIT SAGT, LÜGT

(IL PARADIGMA DELLA RICERCA)

1. *Wer Menschheit sagt, lügt*.....p. 2
2. Il relativismo metodologico.....p. 3
3. Il paradigma della ricerca.....p. 10
4. Il ruolo del giurista e della «scienza giuridica».....p. 13
5. Il diritto come immaginario.....p. 16
6. L'immaginario sociale. La società plurale e postmoderna.....p. 20
7. L'immaginario giuridico. Funzione, condizione di esistenza e struttura.....p. 25
8. *Segue: a)* L'immaginario giuridico. Diritto e valori.....p. 27
9. *Segue: b)* L'immaginario giuridico. Valori e principi.....p. 31
10. *Segue: c)* L'immaginario giuridico. Funzione, giustizia e ragionevolezza.....p. 35
11. *Segue: d)* L'immaginario giuridico. Il punto di vista dello «spazio giuridico euro-italiano» e dell'«ordinamento del caso concreto».....p. 37
12. Diritti fondamentali, tutela del consumatore ed eterointegrazione del regolamento contrattuale.....p. 42

CAPITOLO II

L'AUTONOMIA NEGOZIALE

(PERCORSI NAZIONALI E INFLUENZA DEL DIRITTO UE)

1. Diritto soggettivo, autonomia negoziale e diritti fondamentali: alle radici dell'autonomia soggettiva e morale della persona.....p. 50
2. *Segue:* Diritto soggettivo, autonomia negoziale e diritti fondamentali: la risalita della *tilde*.....p. 56
3. Le due strade dell'autonomia negoziale.....p. 58
4. Dallo *status* al contratto e dal contratto allo *status*.....p. 60
5. Dalla separazione degli interessi pubblici da quelli privati al contratto come «strumento a plurimo impiego».....p. 65
6. La «campana di vetro» del modello contrattuale.....p. 67
7. Il processo di svalutazione del canone della parità formale dei contraenti attraverso il codice civile e il diritto privato europeo.....p. 71
8. L'incidenza del diritto dei consumi di derivazione europea sull'autonomia negoziale.....p. 75
9. La *Constitutional asymmetry* del diritto europeo del consumo.....p. 77

CAPITOLO III

IL DIRITTO CONTRATTUALE DEL CONSUMO: UN DIRITTO ALIENO

(I LIMITI COMUNITARI E LA RICERCA DI UN'AUTONOMIA NEGOZIALE ALTERNATIVA A QUELLA STRUMENTALE)

1. Il diritto contrattuale del consumo: un diritto alieno.....p. 84
2. I limiti comunitari all'autonomia negoziale.....p. 89
3. La prevalenza degli obblighi d'informazione.....p. 91
4. Il principio di uniforme applicazione del diritto comunitario e la tecnica dell'armonizzazione massima.....p. 94
5. L'eterointegrazione del contratto attraverso l'informazione precontrattuale.....p. 98
6. Le clausole vessatorie nei contratti B2C: uno «scandalo inintegrabile».....p. 103
7. La concezione «rimediale» dell'integrazione contrattuale.....p. 115
8. «La volpe sa molte cose, ma il riccio ne sa una grande»: due percorsi alternativi alla ricerca dell'autonomia negoziale.....p. 118
9. L'autonomia negoziale tra *Drittwirkung* ed egualitarismo *liberal*.....p. 127

CAPITOLO IV

L'ETEROINTEGRAZIONE CONTRATTUALE (NATURA, OGGETTO E PRESUPPOSTI OPERATIVI)

1. Autonomia ed eterointegrazione: introduzione allo studio dell'integrazione contrattuale.....p. 136
2. L'eterointegrazione e le trasformazioni del sistema delle fonti di costruzione del regolamento contrattuale: dall'integrazione antagonista dell'autonomia negoziale alla teoria precettiva.....p. 144
3. *Segue*: L'eterointegrazione e le trasformazioni del sistema delle fonti di costruzione del regolamento contrattuale: dall'art. 1374 c.c. come norma sulle fonti del regolamento negoziale al c.d. nuovo diritto dei contratti.....p. 150
4. Interpretazione (c.d. evolutiva) e integrazione del regolamento negoziale.....p. 157
5. *Segue*: Il contratto come interpretazione.....p. 162
6. L'oggetto dell'integrazione: la genesi della bipartizione contenuto-effetti del contratto.....p. 166
7. *Segue*: L'oggetto dell'integrazione: il regolamento di interessi e il «valore» dell'autonomia negoziale.....p. 171
8. Il problema dei presupposti operativi dell'integrazione contrattuale.....p. 177
9. *Segue*: La lacuna contrattuale, il criterio della normalità dell'operazione e la divergenza tra il punto di vista dei privati e quello ordinamentale.....p. 181
10. *Segue*: La relativizzazione del concetto di lacuna.....p. 189
11. *Segue*: La defettibilità delle clausole e le c.d. lacune assiologiche.....p. 191
12. La sistematica del contratto tra autonomia negoziale ed eterointegrazione.....p. 196

CAPITOLO V

LE FONTI DI INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO

(LA GERARCHIA «PRATICA» E LE FUNZIONI OPERATIVE)

1. La gerarchia «pratica» delle fonti di integrazione del contratto.....p. 206
2. La fonte legale: i molteplici atteggiamenti della legge rispetto all'autonomia negoziale..... p. 209
3. *Segue*: Il problema di coordinamento tra gli artt. 1374 e 1339 c.c.....p. 216
4. *Segue*: L'integrazione per sottrazione, per sostituzione e per addizione.....p. 219
5. Gli usi integrativi del contratto.....p. 227
6. *Segue*: Il falso problema della natura dell'uso e l'inserzione del contratto in un determinato contesto sociale o economico-negoziale..... p. 231
7. L'integrazione giudiziale.....p. 234
8. L'equità integrativa: «*Jus legislatori, aequitas iudici magis convenit*» o «*Aequitas legislatori, jus iudici convenit*».....p. 237
9. *Segue*: L'equità come «procedimento c.d. puro» di integrazione.....p. 242
10. *Segue*: L'equità come «fonte di chiusura».....p. 248
11. Introduzione all'analisi della buona fede.....p. 253
12. *Segue*: La precisazione per differenziazione del concetto di buona fede: la correttezza..... p. 254
13. *Segue*: La precisazione per differenziazione del concetto di buona fede: la diligenza..... p. 259
14. *Segue*: La questione dell'ammissibilità della buona fede c.d. integrativa.....p. 263
15. *Segue*: La buona fede e il cielo in una stanza.....p. 271

CAPITOLO VI

L'INTEGRAZIONE ASSIOLOGICA DEL CONTRATTO

(CLAUSOLE DEFETTIBILI, LACUNE DI COLLISIONE E ASSIOLOGICHE E INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO PER MEZZO DEI DIRITTI FONDAMENTALI)

1. L'integrazione assiologica tra buona fede e diritti fondamentali.....p. 280
2. La prima costituzionalizzazione del diritto privato italiano e *the Constitutionalization of European Private Law*.....p. 280
3. *Segue*: La nuova costituzionalizzazione del diritto privato italiano.....p. 283
4. La necessità di distinguere tra diritti e principi fondamentali.....p. 286
5. La funzione dei principi e dei diritti fondamentali: l'«effetto di irradiazione» dei diritti fondamentali sull'intero Sistema giuridico.....p. 291
6. Il problema dell'efficacia integrativa dei diritti e dei principi fondamentali.....p. 293
7. I diritti fondamentali e il nuovo «volto demoniaco del potere»: la *Drittwirkung* diretta e immediata.....p. 295
8. I diritti fondamentali e i procedimenti d'integrazione del contratto.....p. 307
9. *Segue*: Lacuna di collisione e integrazione per sottrazione e sostituzione.....p. 308
10. *Segue*: Clausola defettibile e lacuna assiologica.....p. 310
11. Le integrazioni del contratto per mezzo del diritto e del principio di uguaglianza..... p. 313
12. *Segue*: L'efficacia integrativa del principio di uguaglianza, avuto particolare riguardo ai c.d. «contratti normativi o regolamentari».....p. 315

13. *Segue*: L'integrazione dei contratti P2P e B2C per mezzo del diritto di uguaglianza.....p. 319

CONCLUSIONES

LA PROTECCIÓN AXIOLÓGICA DEL CONTRATISTA DÉBIL Y EL «*RITORNO AL DIRITTO*» DE LA NORMATIVA DEL CONSUMO

ABREVIATURAS DE LAS REVISTAS CITADAS

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Abreviaciones

a./aa.	autor/autores
AA.VV.	autores varios
App.	Corte d'Appello
art./artt.	artículo/artículos
BGB	<i>Bürgerliches Gesetz-Buch</i>
<i>BVerfG</i>	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
c. cons.	codice del consumo
c.c.	codice civile
c.c. esp.	código civil español
c.c. Pisanelli	codice civile italiano del 1865
c.d./c.dd.	llamado/llamados
c.p.c.	codice di procedura civile
Cass.	Corte Suprema di Cassazione
CEDU	Convenio Europeo de Derechos Humanos
cf.	compara
cit./citt.	citado/citados
<i>contra</i>	contra
Corte cost.	Corte Costituzionale
Corte giust.	Corte di Giustizia dell'Unione Europea
cost.	Costituzione
d.l.	decreto legge
d.lg.	decreto legislativo
disp. prel.	disposizioni preliminari al codice civile
es.	ejemplo
ID./IDD.	mismo autor/mismos autores
<i>infra</i>	ver adelante
l./ll.	legge/leggi
<i>o.c.</i>	obra citada
<i>o.u.c</i>	última obra citada
p./pp.	página/páginas
P.A.	Pubblica amministrazione
s./ss.	y siguiente/y siguientes
<i>supra</i>	ver atrás
TFUE	Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea
TUB	Testo unico bancario
TUE	Tratado de la Unión Europea
v.	ver
§/§§	párrafo/párrafos

INTRODUCCIÓN

Al observar los numerosos estudios que tienen por objeto la heterointegración del contrato¹, destaca una constante inusual: una clara propensión al análisis estructural del fenómeno, o, mejor dicho, al estudio de sus límites². Esta tendencia se mantiene sustancialmente inalterada incluso en aquellos años en los que el estudio y la concepción del derecho fueron en cierto modo revolucionados por la evocadora fórmula «de la estructura a la función»³. Es precisamente de esta insólita contingencia de la que parte el presente estudio, ya que una reflexión sobre las razones que han mantenido la heterointegración del contrato a salvo de análisis de tipo funcional⁴ puede ayudar a arrojar luz sobre aquellas características del fenómeno que, aunque esenciales, permanecen ocultas tras la cortina del mero dato normativo.

La hipótesis de partida es la convicción de que el problema de la función de la heterointegración contractual sólo puede abordarse de forma provechosa mediante la resolución de una serie de cuestiones preliminares que, refiriéndose a la autonomía negocial y sus límites, atañen estrictamente a la relación que se establece entre un ordenamiento jurídico (determinado históricamente) y el

¹ Tradicionalmente definida como el fenómeno de la concurrencia, junto con el acuerdo de los contratistas, de fuentes heterónomas en la construcción del reglamento contractual. V. A. FEDERICO, *L'integrazione del contratto e la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle clausole abusive*, in M. TRIMARCHI, A. FEDERICO, M. ASTONE, C. CIRAOLLO, A. LA SPINA, F. RENDE, E. FAZIO, S. CARABETTA (a cura di), *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione. Convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisi*, Milano, 2017, p. 303.

² Observa S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 2, que «gli accenni, non sempre esaurienti, che i teorici del negozio giuridico o del contratto dedicano all'integrazione, danno [...] l'impressione di passaggi obbligati, che lo studioso si rassegna a percorrere senza essere perciò convinto della reale consistenza dell'argomento affrontato. Non è casuale il fatto che rare volte accade di veder trattata l'integrazione al di là dello schema scolastico delle distinzioni o delle concordanze: interpretazione ed integrazione, qualificazione e integrazione, integrazione del contenuto o degli effetti, integrazione legale e convenzionale».

³ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, *passim*. Véase también P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, *passim*.

⁴ Si bien son pocos los estudios sobre la función de este instituto (o mejor dicho, dirigidos a comprender el condicionamiento circular recíproco que se establece entre la función y la estructura de un determinado fenómeno jurídico, y cómo este proceso acaba influyendo en su fisonomía), por el contrario se ha asistido a su funcionalización masiva, sobre todo, como se verá, poniéndolo como instrumento para la realización en el ámbito jurídico de los resultados de otros campos científicos, en particular el económico. Aquí, en cambio, nos interesa investigar el condicionamiento mutuo que se establece entre la función del instituto y su estructura. Es decir, su propia estructura termina inevitablemente condicionando su función, impidiendo o permitiendo, de cierta manera, los efectos directos o indirectos que puede producir. Sin embargo, al mismo tiempo, la función que se pretende conseguir acaba condicionando la interpretación concreta de los elementos estructurales, dando lugar a diversas lecturas posibles de los mismos.

individuo⁵. Es decir, asuntos que, al referirse a cuestiones no homogéneas y no conectadas a un centro sistemático-conceptual unitario⁶, no pueden ser tratados sino a partir de posiciones ideológicas previamente asumidas como premisa. Por el contrario, un enfoque meramente formal y neutro corre el riesgo de conducir a resultados pleonásticos, cuando no estériles, ya que es incapaz de captar el significado profundo y la lógica que caracteriza al instituto. Esto es, ese núcleo esencial que facilita su adecuada comprensión, permitiendo captar su potencial sistémico y operativo⁷.

Por lo tanto, el estudio funcional de la integración del contrato es fructífero sólo a partir de ciertas «elecciones de campo» del intérprete, que constituirán el fundamento a través del cual elaborar una de las posibles reconstrucciones del fenómeno. Por el contrario, la tradicional veneración reservada al dogma de la división de poderes, a la mitología de la ley y a la consecuente concepción del derecho reducido a norma legislativa (y, como tal, expresión del poder político)⁸ han marcado fuertemente la actitud de los juristas. Con el fin de escapar a los riesgos de la crítica y la censura, estos últimos han preferido ocultar cuánto de evaluativo hay en el estudio del derecho, es decir, el carácter imponderable de las premisas que están en la base del discurso jurídico, así como las transformaciones y los «saltos lógicos»⁹ a través de los cuales éste se articula y toma forma concreta. Con lo que sigue en términos de impracticabilidad del análisis de un fenómeno, cómo la integración del contrato, cuyo fundamento y función no representan sino el producto de las diversas combina-

⁵ «[L'autonomia privata] richiama l'attenzione sulla posizione del singolo nell'ambito della sua sfera giuridica [...] nonché nei confronti di altri soggetti (singoli, enti privati, enti pubblici), o di collettività più o meno rigidamente organizzate, aperte o chiuse, e infine nei confronti della massima organizzazione o istituzione, che è, nell'epoca moderna, lo Stato. Soltanto l'impostazione e la risoluzione dei problemi generali accennati può consentire di determinare, volta per volta, la portata e il significato del termine "autonomia privata"» Así S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1950, p. 367. V. también P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, p. 23 ss.; R. SACCO, voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, *Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 517 ss.; P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 379 ss.; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, p. 9 ss.

⁶ Cfr. S. PUGLIATTI, *o.u.c.*, p. 367.

⁷ Cfr. M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, p. 65, donde el A. señala cómo la heterointegración contractual [o mejor dicho, las interpretaciones que la han visto como protagonista] «difícilmente si presta ad essere compresa nella dimensione pragmatica e a-temporale che talvolta si vorrebbe dare alla scienza giuridica».

⁸ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, *passim*.

⁹ Es decir, operaciones que son parcialmente evaluativas y que no pueden justificarse deductivamente, ya que se refieren a un razonamiento jurídico cuya naturaleza no es exclusivamente lógico-deductiva. A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, *passim*; ID., *The Passion for Reason*, in L.J. WITGENS (a cura di), *The Law in Philosophical Perspective*, Dordrecht, 1997, p. 173 ss.

ciones de cuestiones que no se pueden rastrear y limitar a la sola esfera jurídica.

Anteriormente se hizo referencia a la estrecha relación entre la heterointegración contractual y el particular vínculo que se establece en un momento histórico determinado entre un sistema jurídico y el individuo. Por lo tanto, la primera elección que se debe hacer será identificar el espacio jurídico dentro del cual se puede reconstruir este fenómeno. Desde este punto de vista, la estricta actualidad del sistema de fuentes del derecho nos lleva a la elección de ese extraño híbrido que resulta de la contaminación recíproca del sistema jurídico italiano con el «espacio jurídico europeo».

Identificar la relación que se establece entre este último y los individuos que interactúan con él no significa más que buscar su fundamento, es decir, el factor del que extrae su legitimidad y justificación. La función del derecho y las características concretas de la sociedad a la que está llamado a servir guían esta investigación. Según este enfoque, las características de la sociedad contemporánea (que se pueden resumir con la fórmula «sociedad plural y postmoderna») encaminan hacia un sistema de legitimación del derecho de tipo flexible y ascendente. Es decir, que no caiga desde lo alto de un texto constitucional, sino que se eleve desde abajo, desde las características del caso concreto. Esto impone una concepción diferente de la Constitución, que debe entenderse ahora como el centro hacia el que todo debe converger.

Dicho mecanismo de legitimación sólo es posible a partir de la valoración de los derechos humanos fundamentales, que se consigue a través de la utilización de aquellos instrumentos jurídicos que permiten su cuidado, promoción e irradiación en todos los ámbitos del ordenamiento. De hecho, es precisamente de la síntesis de las múltiples y cambiantes relaciones que se establecen a causa de la confrontación cotidiana de los derechos fundamentales de donde deriva ese sentido de justicia que, si se deja fluir a través de las arterias del Sistema, permite que el derecho cumpla su función fundamental: la preservación de la coexistencia pacífica de la sociedad.

Se trata, por lo tanto, de entender cómo se puede realizar esta legitimación desde abajo por medio de los derechos fundamentales. Una posible solución puede encontrarse prestando atención al acto de consumo (o, mejor dicho, a los intereses y valores fundamentales que lo impregnan) y las relaciones negociales por medio de las cuales se materializa. Al menos en la hipótesis en que se considere el consumo como aquella actividad económica a través de la cual el individuo no busca el enriquecimiento o el mero placer material, sino que, al afirmar sus valores mediante el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales, desarrolla su personalidad.

Sin embargo, el derecho europeo del consumidor, aunque imbuido de facticidad (económica), no parece ser consciente del potencial que presenta *in*

nuce, permaneciendo completamente impermeable a la esfera no económica de la persona. En otras palabras, es un derecho no constitucionalizado, o, dicho de otro modo, constitucionalizado según el modelo ordo-liberal. Por lo tanto, un derecho privado concebido como un mero instrumento a través del cual alcanzar los resultados de otros campos disciplinarios (en particular la esfera económica) en el mundo jurídico. Por estas razones, un derecho «reducido», que con su rigidez, abstracción y alejamiento de las particularidades del caso concreto termina por negarse a sí mismo, presentándose como inadecuado respecto a la necesidad de protección efectiva¹⁰ de la parte más débil y planteándose como un posible medio para perpetrar la explotación de una parte sobre la otra. Un derecho, en pocas palabras, injusto, ya que es ajeno al contexto fáctico y de valores en el que opera.

Esto nos lleva a la última pregunta, con la que se cierra el círculo del discurso: ¿cómo podemos proceder con una constitucionalización del derecho de consumo que destaque su conexión con los derechos humanos fundamentales?

La constitucionalización del derecho consiste en la inclusión de los valores morales en el derecho positivo mediante el uso de los principios y derechos fundamentales. Es una actividad, estrechamente vinculada a los principios, que se articula tradicionalmente a través de la técnica de la interpretación conforme y el relleno axiológico del contenido de las cláusulas generales. Sin embargo, cuando se conciben los derechos fundamentales como algo distinto de los principios, se comprende que este tipo de constitucionalización es técnicamente inapropiado en relación con las características de estas particulares categorías jurídicas. Tanto es así, que los derechos fundamentales, por su propia naturaleza, carecen de las obligaciones primarias y secundarias que permiten su puesta en práctica. Por este motivo, necesitan una técnica jurídica que permita el surgimiento de aquellas estructuras operativas necesarias para su funcionamiento concreto. Las cuales, teniendo en cuenta la necesidad de efectividad de estas situaciones jurídicas fundamentales, no pueden limitarse a las relaciones verticales solamente, requieren una operatividad también horizontal (*drittwirkung*)¹¹.

¹⁰ Sobre la efectividad de la tutela, véase V. ZENO ZENCOVICH e M.C. PAGLIETTI, *Il diritto processuale dei consumatori. L'influenza del diritto dei consumi sul diritto processuale. Postilla a Calais-Auloy, 20 anni dopo*, in AA.VV., *Obligations, Procès et droit savant. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Beauchard*, Poitiers, 2013, p. 154; A. ROTTOLA, *L'effettività dell'ordinamento comunitario e del suo sistema giurisdizionale*, Bari, 2008, p. 10; S. RODOTÀ, *Prentazione*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna, 1977, *passim*; P. BIAVATI, *Europa e processo*, Torino, 2003, p. 121 ss.; S. PRECHAL, N. SHELKOPLYAS, *National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijdel to Eco Swiss*, in *Eur. bus. L. rev.*, 2004, p. 591.

¹¹ H.C. NIPPERDEY, *Die Würde des Menschen*, in K.A. BETTERMANN, H.C. NIPPERDEY (eds.), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin, 1954, p. 748 ss.;

El estudio estructural de los derechos fundamentales, en particular de sus actitudes en el ámbito del derecho civil, mostrará que la heterointegración del contrato es el instrumento más adecuado para este fin. Esto dará lugar a un nuevo tipo de constitucionalización, logrado a través de la inclusión directa e inmediata de los derechos fundamentales en el reglamento privado establecido por las partes contratantes. Una nueva constitucionalización que opera fácticamente respecto a cada regulación contractual concreta, la cual, en consecuencia, constituirá el momento individual de legitimación de todo el ordenamiento.

La operación reconstructiva que se llevará a cabo no sólo llegará a un estudio funcional de la heterointegración destinado a valorizar el universo de posibilidades al que ésta da acceso, sino que también conducirá a una transformación de toda la disciplina contractual del consumidor, mediante la realización en este ámbito de los imperativos de la justicia contractual.

A este fin, si se desea estudiar el condicionamiento recíproco entre la función y la estructura de una determinada figura jurídica, el procedimiento metodológico más adecuado exige partir del delineamiento del imaginario subyacente. Es decir, identificar su fundamento, para luego derivar consecuentemente los contornos y perfiles estructurales que lo caracterizan. Así las cosas, con respecto al objeto de estudio, será necesario buscar la raíz de la autonomía subjetiva de la persona, para poder identificar la estrecha conexión entre los derechos fundamentales y la autonomía negocial. La construcción de este puente entre las dos figuras arrojará luz sobre el aspecto funcional de la integración contractual. En particular, no se trata de una limitación a la libertad negocial de las partes, sino del instrumento que permite al reglamento de intereses adaptarse a la realidad material y jurídica que pretende transformar. En otras palabras, el fenómeno de la integración contractual asegura la observan-

ID., *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld, 1961, p. 13 ss.; W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München, 1960, p. 332 ss.; T. RAMM, *Die Freiheit der Willensbildung. Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsstruktur der Vereinigung*, Stuttgart, 1960, p. 38 ss.; A. BLECKMANN, *Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte*, in *DVBl*, 1988, p. 938 ss.; J. HAGER, *Grundrechte im Privatrecht*, in *Juristenzeitung*, 1994, p. 383 ss. Si v. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, p. 183 ss.; ID. (a cura di), *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, Torino, 2017, *passim*; P. FEMIA (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un Percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018, *passim*; O.O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, München, 2007, *passim*; C. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 46 ss.; J. GARCÍA TORRES, A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derecho fundamentales y relaciones entre particulares: La «Drittwirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986, p. 21 ss.

cia espontánea del reglamento de intereses, haciéndolo parecer justo, adecuado y eficaz, en primer lugar, a los ojos de las propias partes contratantes y, en segundo lugar, al resto de la Comunidad.

En el contexto de una función esbozada de esta manera, por lo tanto, adquiere un papel primordial la fuente integradora puesta a defensa de la estructura axiológica fundamental del sistema: los derechos fundamentales. Estos derechos – dirigiéndose especialmente a las relaciones contractuales asimétricas, compensando la falta de poder negocial de la parte más débil y garantizando al reglamento de intereses un reforzamiento axiológico – contribuyen a informar, irradiándolo, el contrato a la idea de justicia que está en la base del ordenamiento jurídico.

El objetivo que se pretende alcanzar con esta operación reconstructiva es el «retorno al derecho»¹² de la disciplina del consumo, entendiéndola cómo el rechazo de todas aquellas concepciones reduccionistas que quisieran hacerla coincidir con una específica fuente normativa (la ley) y como herramienta al servicio de otras áreas disciplinares (la economía) o poderes (el mercado). En conclusión, el estudio propone una relectura de este derecho, que debe entenderse ahora como dirigido, en primer lugar, a la concretización de ese mutable sentido de justicia que, surgiendo del caso concreto, se encarna en los derechos fundamentales y que, a través de la incorporación de estos últimos en el reglamento contractual celebrado por el consumidor, contribuye también a la legitimación de todo el espacio jurídico.

¹² P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., *passim*.

CAPITOLO I

WER MENSCHHEIT SAGT, LÜGT

(IL PARADIGMA DELLA RICERCA)

SOMMARIO: 1. WER MENSCHHEIT SAGT, LÜGT – 2. IL RELATIVISMO METODOLOGICO – 3. IL PARADIGMA DELLA RICERCA – 4. IL RUOLO DEL GIURISTA E DELLA «SCIENZA GIURIDICA» – 5. IL DIRITTO COME IMMAGINARIO – 6. L'IMMAGINARIO SOCIALE. LA SOCIETÀ PLURALE E POSTMODERNA – 7. L'IMMAGINARIO GIURIDICO. FUNZIONE, CONDIZIONE D'ESISTENZA E STRUTTURA – 8. *SEGUE: A)* L'IMMAGINARIO GIURIDICO. DIRITTO E VALORI – 9. *SEGUE: B)* L'IMMAGINARIO GIURIDICO. VALORI E PRINCIPI – 10. *SEGUE: C)* L'IMMAGINARIO GIURIDICO. FUNZIONE, GIUSTIZIA E RAGIONEVOLEZZA – 11. *SEGUE: D)* L'IMMAGINARIO GIURIDICO. IL PUNTO DI VISTA DELLO SPAZIO GIURIDICO EURO-ITALIANO E DELL'ORDINAMENTO DEL CASO CONCRETO – 12. DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UOMO, TUTELA DEL CONSUMATORE ED ETEROINTEGRAZIONE DEL REGOLAMENTO CONTRATTUALE

1. Wer Menschheit sagt, lügt

Qualsiasi studio, teoria, analisi o ricerca si articola e sviluppa all'interno di un determinato «paradigma»¹. Ovverosia, rispetto a un sistema (di credenze, valori, nozioni, concetti, tecniche, regole, ecc.) che ne costituisce la premessa, il contorno, nonché il limite. In altri termini, un modello² elaborato a partire da specifiche problematiche, rispetto alle quali intende proporre delle soluzioni, influenzate da una determinata visione del mondo e da uno specifico *humus* culturale (c.d. forma di vita)³ e scientifico⁴.

Pertanto, non sembrerebbe esistere uno *standard* di verità neutrale, slegato dall'ambiente sociale e accademico. Una qualsivoglia teoria guadagna la stimata della «correttezza»⁵ solo in quanto riesca a porsi in maniera coerente con il suo paradigma di riferimento, incontrando il consenso della specifica comunità a cui si rivolge. Difatti, è da tale archetipo che scaturisce il significato e la portata di uno studio, costituendone non solo la necessaria premessa di partenza, ma anche il criterio di controllo dei risultati e delle conclusioni cui lo stesso condurrà.

Anteporre alla ricerca il compiuto paradigma entro il quale la si intende sviluppare costituisce non solo il necessario procedere metodologico per un «discorso»⁶ sopra il diritto che ambisca alla coerenza, razionalità e ragionevolezza (avuto riguardo al contesto di riferimento). Sopra ogni cosa, rappresenta condizione indispensabile affinché lo studio sia dotato di uno specifico parametro di attribuzione di senso. Ovverosia, di quel presupposto che ne scongiuri l'arbitrio, ostacolando quella tendenza alla vaghezza, genericità e incertezza circa il significato dei termini e delle proposizioni che consente l'occultamen-

¹ T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 2009, *passim*.

² Sull'insostituibilità dell'uso di modelli (o tipi ideali) in qualsiasi tentativo di rendere i pensieri intellegibili e di descrivere in modo coerente le risultanze confuse dell'esperienza umana si v. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, trad. it., *Economia e società*, in M. WEBER, *Teorie delle categorie sociologiche*, Milano, 1968, p. 18 ss.

³ L. WITTGENSTEIN, *Über die Gewißheit*, Frankfurt a.M., 1970, p. 358. Si v. la nota 53.

⁴ In altri termini, la costruzione di un dato paradigma dipende dal modo in cui si guarda il mondo, si scelgono e intendono le domande e si individuano le risposte considerate accettabili. Al punto che «cambiare paradigma significa riconcettualizzare il mondo». Si v. T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, cit., *passim*.

⁵ Da intendersi come «accettabilità razionale» della tesi proposta. Per un confronto con il concetto di «verità» si v. A. AARNIO, *Argumentation theory and beyond. Some remarks on the rationality of legal justification*, in *Rechtstheorie*, 1983, p. 385 ss.

⁶ «L'argomentazione giuridica viene concepita come un'attività linguistica che si svolge in situazioni differenti tra loro, come ad esempio, nel processo o nella discussione condotta dalla scienza giuridica. [Omissis]. Sarà opportuno definire una tale attività come "discorso"». Così ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, 1978, trad. it., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998, p. 16. Si v. anche A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in G. IUDICA E P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2013, *passim*.

to di intenti meramente ideologici o moralizzanti (a volte volutamente celati). Propensione questa che può spingersi sino a situazioni limite, dando vita a scenari sgraditi, se non addirittura minacciosi. Difatti, anche un principio alto, come quello di giustizia, se non equipaggiato con un precisato paradigma di riferimento, può contenere e giustificare tutto e il contrario di tutto, anche la sua negazione⁷.

Questa sembrerebbe la reale lezione che il giurista può trarre dalla nota critica mossa da Carl Schmitt⁸ alla filosofia dei valori. Insegnamento riassumibile con la formula *wer Menschheit sagt, lügt*⁹.

2. Il relativismo metodologico

Sovente si è soliti aprire un elaborato monografico con una ricostruzione storica della particolare figura che si intende sottoporre ad analisi, o meglio, di quelli che vengono individuati come i suoi antecedenti temporali¹⁰. Peral-

⁷ Basti ricordare che «la violenza nazista fu commessa non per il gusto di commetterla, ma per dovere; non per sadismo, ma per virtù; non per piacere, ma per metodo; non nello scatenamento di pulsioni selvagge e nell'abbandono degli scrupoli, ma in nome di scrupoli superiori, con competenza professionale e pensando costantemente all'opera da seguire». Così A. FINKIELKRAUT, *L'humanité perdue. Essai sur le Xxe siècle*, 1996, trad. it., *L'umanità perduta. Saggio sul XX secolo*, Roma, 1997, p. 75.

⁸ Critica portata da C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, Struttgart, 1967, trad. it., *La Tirannia dei valori*, Milano, 2008, p. 50 ss., principalmente alla filosofia dei valori di M. SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik. Neur Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus*, 1913, trad. it., *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori*, Milano, 2013, *passim*, la quale stava esercitando una grande influenza sul pensiero giuridico tedesco del ventesimo secolo. Sul tema P. PREMOLI DE MARCHI, *Norms without Values. Philosophical Reflections on Carl Schmitt's Tyranny of Values*, in *Phenomenology and Mind*, 2013, p. 138 ss.; T. GAZZOLO, «Valore» e «limite» in Carl Schmitt. *Per una lettura della Tirannia dei valori*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2010, p. 417 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quad. fiorentini*, 2012, p. 865 ss.

⁹ Traducibile in «chi parla di umanità, mente». Si v. C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, 1932, trad. it., *Le categorie del «politico»*, Bologna, 1972, p. 139. «Se uno stato combatte il suo nemico politico in nome dell'umanità, la sua non è una guerra dell'umanità, ma una guerra per la quale un determinato stato cerca di impadronirsi, contro il suo avversario, di un concetto universale per potersi identificare con esso (a spese del suo nemico), allo stesso modo come si possono utilizzare a torto i concetti di pace, giustizia, progresso e civiltà, per rivendicarli a sé e sottrarli al nemico». Cfr. J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen*, 1996, trad. it., *L'inclusione dell'altro*, Milano, 1998, p. 199 ss.

¹⁰ Spesso facendo riferimento solo ad una mera e superficiale continuità terminologica, con rispetto alla quale, peraltro, possono sussistere significative rotture sotto il profilo del significato semantico. Dovute soprattutto al fatto che il significato di una parola è inevitabilmente legato al contesto sociale, culturale, testuale, ecc. in cui si trova ad operare. Sul tema A.M. HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, 1999, trad. it., *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999, p. 12 ss.

tro, spesso, uno studio siffatto mira ad ottenere effetti adiaforizzanti¹¹, con rischi analoghi a quelli poc'anzi evidenziati parlando del discorso scientifico¹². In altri termini, se ne fa un uso legittimante del diritto statuito¹³ e del lavoro dei giuristi, ponendolo come barriera rispetto alla critica sociale¹⁴, dietro la quale nascondere quanto di politico¹⁵ (e non neutrale) c'è in qualsiasi scelta o decisione giuridica¹⁶.

Diversamente, lo studio storico del diritto ha un senso solo in quanto permetta di «problematizzare il presupposto implicito e acritico delle discipline dogmatiche, ossia il presupposto secondo il quale il diritto dei nostri giorni è

¹¹ Ovverosia, si dichiara la neutralità etica di determinate azioni cariche di scelta morale o politica in modo tale da esentarle dalla valutazione e dalla cesura. Cfr. Z. BAUMAN, *Consuming Life*, 2007, trad. it., *Consumo, dunque sono*, Roma-Bari, 2008, p. 116.

¹² Difatti, lo studio storico costituisce una delle strategie argomentative attraverso cui i giuristi occultano le premesse (ideologiche) dei propri discorsi, cercando di far apparire le scelte, le interpretazioni e le soluzioni proposte come neutrali, ovverosia come se fossero le uniche opzioni tecniche suggerite dal sistema. Si v. A. M. HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, cit., p. 12 ss.

¹³ Costruendo un consenso sociale attorno alla necessità di prestare obbedienza a un determinato corpo di norme.

¹⁴ Analogamente, anche il giuspositivismo – distinguendo tra diritto e politica, tra diritto e morale, tra diritto e società e tra teoria e prassi – non intende far altro che proporre una teoria rappresentata come semplicemente descrittiva di un oggetto preesistente ad essa e sul quale non esercita alcun effetto concreto. Così facendo, la teoria può presentarsi come innocente, pura, perché irresponsabile rispetto agli eventi che si danno sul piano della prassi. Così M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo: Una vicenda teorica*, Milano, 1996, p. 5.

¹⁵ Difatti, non appare condivisibile la concezione, propria della teoria politica liberale, secondo cui il potere politico è qualcosa che ha a che fare esclusivamente con lo Stato [J. CHEVALIER, I. LOSCHAK, *Science administrative. Théorie générale de l'institution administrative*, II, Paris, 1978, *passim*]. Ciò non si deve tanto alla crisi dello Stato come modello di organizzazione politica [P. LEGENDRE, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, 1974, trad. it., *Gli scomunicati. Saggio sull'ordine dogmatico*, Venezia, 1976, *passim*; ID., *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Paris, 1992, *passim*; ID., *Trésor historique de l'État en France. L'administration classique?*, Paris, 1992, p. 13 ss. Cfr. W. BLOCKMANS, *Les origines des États modernes en Europe, XIIIe-XVIIIe siècles: état de la question et perspectives*, in ID. e J.-P. GENET, *Visions sur le développement des États européens. Théories et historiographies de l'État moderne*, Roma, 1993, p. 1 ss.; G. LEVI, *The Origins of the Modern State and the Microhistorical Perspective*, in J. SCHLURNBOHRN (a cura di), *Mikrogeschichte – Makrogeschichte: komplementär oder inkommensurabel?*, Göttingen, 1998, *passim*; E. ROTELLI, P. SCHIERA, *Lo Stato moderno*, III, Bologna, 1971, *passim*], bensì alla scoperta di una politica del quotidiano, ovverosia all'esistenza di una serie di meccanismi multipli di organizzazione e disciplina che tengono unita la società, a prescindere dall'effettiva esistenza di un'entità statale. Pertanto, la politica non è monopolio dello Stato, essa appartiene e si sviluppa nella società, secondo vari livelli di produzione del potere e in diversi ambiti, incluso quello della scienza giuridica. Cfr. M. FOUCAULT, *Microfisica del potere. Interventi politici*, Torino, 1977, *passim*; B.S. SANTOS, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, London, 1995, *passim*; A. SARAT, T.R. KEARNS, *Law in Everyday Life*, Ann Arbor, 1993, *passim*; G. LEVI, *Le pouvoir au village. Histoire d'un exorciste dans le Piémont du XVIIe siècle*, Paris, 1989, *passim*.

razionale, necessario e definitivo»¹⁷.

Assumendo quest'angolo prospettico e metodologico decostruttivo, pertanto, la storia (anche giuridica) ci apparirà caratterizzata da una particolare dinamica. Ovverosia da un susseguirsi incessante di tentativi da parte dell'uomo di realizzare un mondo per lui vivibile¹⁸, nell'intento di soddisfare il suo bisogno fisiologico di dominare la realtà¹⁹.

Questa necessità viene appagata attraverso valutazioni, o meglio giudizi di valore sulla realtà, le quali formulano per via logico-razionale delle ipotesi. Queste ultime danno vita a esperimenti attuativi, ovverosia a rappresentazioni del reale secondo l'ipotesi formulata²⁰. Si tratta in altri termini di creare finzioni, le quali sono tanto necessarie quanto ineliminabili²¹.

Pertanto, trattare un immaginario come se si trattasse della realtà non è un

¹⁶ Ad esempio, la storia può essere utilizzata per dimostrare che certe soluzioni giuridiche appartengono alla natura delle cose e derivano dalle categorie della giustizia e della ragione giuridica. Oppure si fa uso di un modello storico evolucionista, presentando il diritto del presente come l'esito di un processo lineare di accumulazione progressiva e perfezionamento del sapere giuridico. In altri termini, «la storia progressista promuove una sacralizzazione del presente, glorificato come meta, come unico orizzonte possibile dell'evoluzione umana». Così A. M. HESPANHA, *o.c.*, p. 17. Infine, e soprattutto, la storia può costituire un importante strumento di giustificazione del lavoro dei giuristi con rispetto alla critica sociale. Ovverosia, essa consente di occultare la natura politica intrinseca in ogni decisione giuridica, così da poterle presentare come una opzione puramente scientifica, separata dai conflitti sociali sottostanti. Sul tema A. M. HESPANHA, *o.c.*, p. 12 ss.; P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, *passim*; J. M. SCHOLZ, *Éléments pour une histoire du droit moderne*, in *Cerdà y Ruiz Funes e Salvador Coderch*, 1985, *passim*; P. BOURDIEU, *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champs juridique*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, p. 3 ss.; M. WEBER, *Wirtschaft*, cit., *passim*.

¹⁷ Così A. M. HESPANHA, *o.c.*, p. 11. Mentre il diritto appare più correttamente un prodotto arbitrario di un dato gruppo sociale sito in un determinato contesto storico-sociale. Si v. R. MANGABEIRA UNGER, *The Critical Legal Studies Movement*, in *Harvard L. Rev.*, 96, 1986, p. 561 ss.

¹⁸ Difatti, il mondo nel quale viviamo ci appare caratterizzato da caducità, provvisorietà e precarietà. Un mondo mutevole, precario e occasionale nel quale non sembra possibile vivere, se non da estranei. Pertanto, è necessario presupporre un mondo fittizio, ma nel quale è possibile vivere, in quanto sottratto al mutamento e ove l'uomo possa soddisfare la propria esigenza di stabilità. Cfr. F. NIETZSCHE, *Frammenti postumi*, in *Opere complete di Friedrich Nietzsche*, Milano, 1968, *passim*; A. BALLARINI, *Trasvalutazione dei valori e ontologia giuridica in Nietzsche*, in AA.VV., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino, 2010, p. 153 ss.

¹⁹ Questo è il motore che muove la storia (c.d. «Volontà di potenza») secondo F. NIETZSCHE, *Frammenti postumi*, cit., VIII/1, 2, p. 107 ss.; V/2, 12, p. 418 ss. Si v. A. BALLARINI, *o.u.c.*, p. 176.

²⁰ F. NIETZSCHE, *o.u.c.*, *passim*; A. BALLARINI, *o.u.c.*, p. 170 ss.

²¹ In ragione del fatto che esse costituiscono l'unico modo che l'uomo ha di rispondere al suo bisogno primario di dominare la realtà. Così F. NIETZSCHE, *o.u.c.*, VII/3, p. 40 ss., «L'illusione è la vera ed unica realtà delle cose, così che in esse non c'è contrapposizione tra illusione e realtà. Piuttosto, l'illusione è realtà».

errore. Lo è, viceversa, considerarlo una verità immodificabile²², perfino dinanzi al palesarsi dell'incapacità di compiere con la sua funzione, ovverosia produrre un mondo nel quale l'uomo e i suoi bisogni si sentano appagati²³.

Tali considerazioni, pertanto, impongono l'elezione di un metodo²⁴ di studio che consenta di non cadere in tali equivoci. Il cui rispetto assicuri parallelamente la produzione di un discorso sul diritto non arbitrario e capace di realizzare le proprie finalità²⁵.

A tal fine, la problematica principale appare quella della verificabilità (o, se si preferisce, falsificabilità o falsificazione) delle affermazioni²⁶, ovverosia del controllo dei risultati conseguiti. In altri termini, una volta avanzata un'ipotesi circa quelli che appaiono essere i bisogni dell'uomo (attraverso l'elaborazione di un immaginario sociale) cui il diritto è chiamato a dare una risposta, sarà necessario individuare un procedimento (c.d. di precisazione)²⁷ che consenta di giungere a un risultato rispondente a questa specifica funzione²⁸,

²² A. BALLARINI, *o.u.c.*, p. 171 ss.

²³ F. NIETZSCHE, *o.u.c.*, VIII/1, 107; V/2, p. 418 ss.

²⁴ Per metodo giuridico deve qui intendersi il modo di procedere ragionato determinato in funzione degli obiettivi di una ricerca e codificato da regole ordinanti le sue varie fasi, in particolare la scelta di tecniche adeguate per pervenire alla soluzione di problemi giuridici. Così G. ALPA, *Il metodo nel diritto civile*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 357 ss.; N. BOBBIO, voce *Metodo*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968, III, p. 602 ss.; G.L. BERGEL, *Métodologie juridique*, Paris, 2001, *passim*; Voce *Méthodes*, *De la sociologie du droit*, 372 ss.; Voce *Méthodologie juridique*, *De la sociologie du droit*, p. 374 ss.; A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto, Il concetto di diritto*, Milano, 2008, *passim*.

²⁵ Non si ha l'ambizione, tipica delle scuole positiviste, di elevare la dogmatica giuridica al rango di vera e propria scienza (cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934, trad. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, *passim*; H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 1961, trad. it., *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, *passim*; J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, trad. it., *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1995, *passim*), bensì, più semplicemente, di individuare una metodologia che consenta di condurre il discorso in maniera coerente e ragionevole, e, soprattutto, che permetta di verificare gli esiti dello stesso con rispetto alle premesse assunte.

²⁶ Sul tema A. ROSS, *On Law and Justice*, 1958, trad. it., *Diritto e giustizia*, Torino, 1990, p. 38 ss.; N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950, *passim*; U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, p. 126 ss.; K. POPPER, *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, London, 1989, p. 37 ss.

²⁷ Ossia un insieme di regole il cui rispetto consenta di giungere alla migliore soluzione, in quanto sostenuta dalla migliore giustificazione con rispetto alle premesse assunte. Così R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 14.

²⁸ Il riferimento alla funzione è strettamente legato al principio di ragione sufficiente (*nihil est sine ratione cur potius sit quam non sit*), secondo il quale esiste sempre una ragione per cui ogni cosa è quello che è. Tale ragione può essere rinvenuta nella giustificazione (nel fondamento) della sua verità, o, per l'appunto, nella sua causa efficiente e nella sua funzione, ovverosia nel fine che un determinato oggetto è chiamato a soddisfare. Per un'applicazione di tale principio al campo del diritto v. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, in P. DI LUCIA (a cura di), Milano, 2006, p. 135 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. e*

ma che allo stesso tempo lasci sempre aperta la possibilità di modificare l'ipotesi iniziale e dar vita a un nuovo esperimento. Si tratta, in sintesi, di creare una metodologia che sia tanto utile ed efficace, quanto che si presenti come nulla più che una «tecnica dell'opinione»²⁹, ovverosia che accetti la valenza relativistica e provvisoria dei suoi esiti³⁰. Ciò impone, come si trattasse di una sorta di contrappeso, che la tecnica prescelta sia in grado di garantire una qualche corrispondenza con la realtà³¹. In tal modo, facilitando l'accettabilità dei risultati nel contesto sociale di riferimento³² e, conseguentemente, realizzando una sorta di tendenziale oggettivizzazione e universalizzabilità degli

comm., Milano, 1998, I, 1, p. 285 ss.; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971, 165 ss.

²⁹ G. DAMELE, *Retorica e persuasione nelle teorie dell'argomentazione giuridica*, Genova, 2008, p. 148.

³⁰ Difatti, nelle moderne società contemporanee, connotate dal pluralismo e dalla complessità, non appare possibile identificare un'unica risposta corretta rispetto ad una qualsiasi questione giuridica. Sul punto si v. soprattutto A. AARNIO, *On Truth and Acceptability of Interpretative Propositions in Legal Dogmatics*, in *Rechtstheorie*, 1981, p. 33 ss.; ID., *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokio, 1986, *passim*. A ciò si aggiunga una caratteristica propria dell'argomentazione giuridica, che la distingue dall'argomentazione generale. Ovverosia il fatto che essa nasce dalla controversia e dalla contrapposizione di tesi opposte, e pertanto lo scopo principale che la caratterizza è la vittoria dell'avversario («agire strategico»). Mentre nel caso dell'argomentazione pratica generale, si possono individuare diversi scopi, quali la composizione di un disaccordo, oppure la persuasione dell'interlocutore circa la fondatezza delle proprie posizioni («agire comunicativo»). Si v. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1991, *Fatti e norme*, Roma-Bari, 2013, p. 275 ss.; R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., *passim*; Sul tema v. G. DAMELE, *Retorica e persuasione nelle teorie dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 90 ss. Tale carattere comporta l'inevitabile defettibilità del ragionamento giuridico (C.E. ALCHOURRÓN, *Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals*, in J.-J. CH. MEYER e R.J. WIERINGA (a cura di), *Deontic Logic in Computer Science. Normative System Specification*, New York, 1993, *passim*). Pertanto, il giurista deve costantemente rivedere le proprie conclusioni alla luce di nuove e ulteriori informazioni, in quanto il suo ragionamento si basa su premesse rivedibili e giunge sempre a conclusioni dotate di carattere provvisorio. Sul tema C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, Bari, 2005, p. 80.

³¹ Proprio questa esigenza impedisce di far riferimento agli approcci di tipo logico-formale (c.d. logicismo giuridico), i quali viceversa prescindono dai contesti sociali. Cfr. G. DAMELE, *Retorica e persuasione nelle teorie dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 128; C. PERELMAN e L. OLBRECHTS TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1966, p. 8.

³² Risultato questo raggiungibile attraverso un processo di elaborazione razionale. Cfr. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 136. Affinché tali obiettivi possano essere conseguiti occorrerà far riferimento a due tipologie di criterio di verifica, gli uni che consentano di valutare l'efficacia dell'argomentazione, ovverosia il cui rispetto consenta di assicurare la tendenziale condivisibilità immediata dell'interlocutore, e gli altri che permettano di valutare la razionalità e l'oggettività dell'argomentazione, in modo tale da garantire un fondamento razionale e pertanto una giustificazione in termini di validità dell'intero discorso, consentendo la tendenziale universalizzabilità dei risultati. Con i primi, di conseguenza, si farà riferimento a un uditorio particolare, costituito dalla comunità dei giuristi e tecnici del diritto, dando pertanto prevalenza ai criteri propri della scienza giuridica (come le regole dell'ermeneutica, la teoria delle

stessi³³.

La necessità da ultimo evidenziata si traduce nell'esigenza che il discorso possa essere giustificato razionalmente³⁴. A tal fine, va premesso che non esiste una sola e unica razionalità. Essa assume contenuti differenti al variare delle caratteristiche del discorso³⁵. In alcune fasi privilegiando maggiormente il criterio della ragionevolezza, in altre quello della congruenza (c.d. razionalità dialettica) e in altre ancora la ragione logico-formale (c.d. razionalità logica).

Ciò impone di suddividere in parti l'itinerario argomentativo attraverso il quale si articolerà lo studio. Le quali, seppur strettamente interconnesse, dovranno essere trattate differientemente in quanto dominate nel loro sviluppo da logiche e regole non perfettamente coincidenti. Nello specifico, si possono distinguere: l'iniziale delineazione del paradigma di riferimento – ossia delle premesse e dei fondamenti della ricerca – retta soprattutto dal principio di ragionevolezza e, come si vedrà, nella quale assume scarso peso l'attività giustificativa della scelta; la fase della trasformazione in soluzione delle premesse, nella quale ricoprono un peso dominante le regole del discorso pratico genera-

fonti, la dogmatica giuridica, la legge, ecc.). Con i secondi, diversamente, si farà riferimento a un auditorio universale (come immaginato dall'autore secondo le proprie convinzioni e aspirazioni) e si prediligeranno le regole e i principi del discorso pratico generale. Cfr. G. DAMELE, *Retorica e persuasione*, cit., p. 130 ss.. Si tratterà, in altri termini, di integrare le regole del «controllo di correttezza» con quelle del «controllo di concordanza». Sul tema J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, trad. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983, p. 19.

³³ Un'ampia trattazione del principio di universalizzabilità è contenuta in R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., pp. 55 ss., 115 ss., 151, 155, 160, 177, 179 ss., 197 ss., 213, 216 ss., 221, 227 ss., 309, 323, 344.

³⁴ Proprio la giustificazione, difatti, è in grado di garantire la correttezza delle soluzioni, escludendone il carattere arbitrario e l'adeguatezza con rispetto alle finalità preposte e all'aspettativa propria del preciso contesto sociale a cui è diretta. Difatti la correttezza di una soluzione non dipende dalla possibilità di determinare l'esistenza di un'unica risposta corretta, bensì da quella di giustificare razionalmente le decisioni assunte, attraverso il rispetto di determinati criteri e regole predeterminati. Ciò consente di escludere l'assoluta soggettività del discorso e, conseguentemente, di limitare il moltiplicarsi incontrollato delle possibilità. Cfr. A. AARNIO, *On Truth and Acceptability of Interpretative Propositions*, cit., p. 33 ss.; ID., *The Rational as Reasonable*, cit., *passim*. Per un'analisi del pensiero dell'autore scandinavo v. C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, cit., p. 51 ss.

³⁵ Pur integrandosi in un unico «procedimento di precisazione» (R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 14) che consenta di giungere alla migliore soluzione, in quanto sostenuta dalla migliore giustificazione con rispetto alle premesse assunte.

le³⁶ e quelle del discorso giuridico³⁷; infine, il controllo di integrabilità della soluzione con il diritto vigente (c.d. controllo di consistenza) e con il contesto sociale di riferimento³⁸.

Quest'ultima fase del discorso – in cui l'individuazione di un parametro che consenta di valutare la correttezza dei risultati raggiunti costituisce il problema centrale – condiziona tutta la complessiva metodologia impiegata, ma allo stesso tempo è influenzata da essa, secondo un procedimento non dissimile dal noto «circolo ermeneutico»³⁹.

Come anticipato, la concezione di diritto che si intende adottare è influenzata dalla convinzione che non esistano valori permanenti, in quanto il concetto di giustizia è il prodotto di valutazioni legate a un determinato contesto socio-culturale. Ragion per cui, non esiste un diritto universalmente giusto, in quanto trattasi di un fenomeno fortemente relativo⁴⁰.

Pertanto, qualsiasi discorso sul diritto costituisce un'affermazione elaborata a partire dall'esperienza soggettiva dell'autore, e, in quanto tale, rappresenta esclusivamente una proposta (od opzione), rispetto alla quale il proponente deve assumere la responsabilità, non potendo nascondersi dietro la presunta scientificità dei risultati delle proprie elaborazioni.

Inoltre, trattandosi solo di evidenze personali, influenzate dall'ambiente in cui si è formato e opera il giurista, le opzioni e i valori che quest'ultimo avanza non si possono imporre. La validità e il successo del proprio discorso è rimesso esclusivamente al raggiungimento di un «consenso»⁴¹, o meglio, di po-

³⁶ Il rispetto di tali regole dovrà essere soggetto a specifico controllo (c.d. di coerenza), volto a garantire la congruenza dei risultati con le premesse prescelte. Per un elenco e un'ampia trattazione delle regole del discorso pratico generale si rinvia a R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 235 ss. L'A. (*ibidem*, p. 15 ss.) evidenzia come la riflessione sul metodo giuridico dipenda da regole discorsive e schemi argomentativi aventi origine in altre discipline (nel moderno dibattito sull'etica, nella filosofia analitica del linguaggio, nelle teorie dell'argomentazione). Analogamente L. PRIETO SANCHIS, *La teoría del derecho de Principia iuris*, in *Jueces para la democracia*, n. 64, 2009, p. 58 ss.

³⁷ Si v. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 239 ss.; U. NEUMANN, *Theorie der juristischen Argumentation*, in W. BRUGGER, U. NEUMANN, S. KIRSTE (a cura di), *Rechtphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 2008, p. 233 ss.

³⁸ Difatti, lo stesso criterio di ragionevolezza (che, come anticipato, svolge un ruolo fondamentale lungo tutto il corso dello studio, ma in maniera particolare nella scelta delle premesse dello stesso), per diventare plausibile, deve innervarsi nelle strutture dogmatiche del discorso giuridico, le quali ne verificano l'integrabilità nel sistema giuridico. Così L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996;

³⁹ H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, 1983, p. 553 ss.

⁴⁰ Ciò, peraltro, non impedisce l'adesione personale a valori, né indebolisce la forza di tale adesione. Come pure non costituisce un ostacolo all'accettazione pragmatica di valori consensuali, né pregiudica l'osservanza di regole di indagine. Così A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999, p. 63 ss.

⁴¹ Si tratta dell'orientamento noto come «consensualismo», i cui principali sostenitori sono J. HABERMAS, *Vorstudien und Ergänzungen zu einer Theorie des kommunikativen Handelns*,

sizioni comuni che permettano la convivenza delle differenze individuali, attraverso il continuo confronto delle opinioni.

Ragion per cui, il parametro ultimo di controllo della correttezza degli esiti del presente studio sarà costituito proprio dal consenso, o meglio dall'«accettabilità»⁴² dei risultati dello stesso per la specifica comunità (giuridica) cui la ricerca si rivolge⁴³. Un consenso (aperto, pragmatico e provvisorio) fondato principalmente sull'appartenenza a una stessa «forma di vita»⁴⁴ e cultura giuridica, ovverosia su un comune bagaglio di conoscenze e valori.

Questa maniera di procedere, autoresponsabilizzante, tollerante e dialogica prende il nome di «relativismo metodologico»⁴⁵.

3. Il paradigma della ricerca

Il punto di partenza non può che essere costituito dalla delineazione del paradigma di riferimento, principalmente attraverso la fissazione di quelle premesse che costituiranno il fondamento della ricerca⁴⁶, nonché le coordinante

Frankfurt am Main, 1984, *passim*; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, 1972, trad. it., *Una teoria della giustizia*, Milano, 2008, *passim*. Per una critica si v. in particolare M. WALZER, *Thin and Thick. Moral Argument at Home and Abroad*, New York, 1994, *passim*.

⁴² L. JONATHAN COHEN, *An Essay on Belief and Acceptance*, Oxford, 1995, *passim*.

⁴³ Il riferimento a una determinata comunità in funzione della quale sviluppare l'argomentazione implica la scelta di un uditorio c.d. particolare. Peraltro, il rispetto del principio di ragionevolezza e delle regole di trasformazione attinenti al discorso pratico generale assicura in misura minima anche l'accettabilità del discorso rispetto al c.d. uditorio ideale particolare (particolare – in quanto i suoi componenti condividono un determinato insieme di valori – e ideale – in quanto si tratta di un uditorio i cui partecipanti si impegnano a lasciarsi convincere soltanto da argomenti razionali). Il riferimento a un uditorio universale garantisce la tendenziale validità oggettiva dei risultati dell'argomentazione, conferendo carattere normativo al complessivo discorso. Difatti, mentre l'adesione dell'uditorio particolare costituisce un criterio di verifica dell'efficacia di un'argomentazione, l'adesione dell'uditorio ideale diviene il criterio per valutarne la razionalità e l'oggettività. Si v. A. AARNIO, *The Rational as Reasonable*, cit., p. 280 ss.; C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, cit., p. 5 ss.; R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 134 ss.; Per un approfondimento si v. G. DAMELE, *Retorica e persuasione*, cit., *passim*.

⁴⁴ Per forma di vita si intende «la prassi di vita comune che sta alla base dei singoli giochi linguistici e che è improntata da determinate regole e convinzioni di fondo». Così L. WITTGENSTEIN, *Über die Gewißheit*, cit., p. 358. Cfr. J.F.M. HUNTER, «Forms of Life» in *Wittgenstein's Philosophical Investigations*, in *American phil. quart.*, 1968, p. 233 ss.

⁴⁵ A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, cit., p. 63 ss.

⁴⁶ «Ciò che è davvero fondamentale, per ciò stesso non può mai essere posto ma deve sempre essere presupposto. [...] Ciò che conta e da cui tutto dipende è l'idea del diritto, della costituzione, del codice, della legge, della sentenza». Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 3. Sull'importanza condizionante delle idee, concezioni o teorie giuridiche in ordine alla pratica operatività del diritto si v. M. DOGLIANI, *Interpretazione della Costituzione*, Milano, 1982, *passim*.

secondo cui il discorso dovrà articolarsi⁴⁷. La questione è comprendere in cosa consista questa attività e quali regole e logiche debba seguire al fine di rispettare il criterio di ragionabilità.

Conformemente con la metodologia prescelta, si tratterà di dar corpo a una specifica «immagine del mondo»⁴⁸ (giuridico), attraverso l'individuazione delle componenti fondamentali che sembrano caratterizzarla. Attività questa che si concretizza per mezzo di un'interpretazione del diritto e di tutto ciò che a esso è legato, consonante con la particolare «forma di vita» cui l'interprete appartiene⁴⁹.

Questa immagine non è giustificabile, ragion per cui non può essere né giusta né sbagliata, né corretta né scorretta⁵⁰. Difatti, l'attività di giustificazione è possibile solo a partire da un determinato paradigma, il quale non può a sua volta essere giustificato⁵¹.

⁴⁷ Cfr. S. PUGLIATTI, *Crisi della scienza giuridica*, in ID., *Diritto civile, Metodo-teoria-pratica*, Milano, 1951, p. 697 ss.

⁴⁸ Sul concetto di «immagine del mondo» e sulla relazione esistente con quello di «forma di vita» L. WITTGENSTEIN, *Über die Gewißheit*, cit., p. 29 ss.; ID., *Philosophische Untersuchungen*, in L. WITTGENSTEIN, *Schriften*, I, Frankfurt a.M., 1969, *passim*. Cfr. G.H. VON WRIGHT, *Wittgenstein on Certainty*, in G.H. VON WRIGHT (a cura di), *Problems in the Theory of Knowledge*, The Hague, 1972, p. 58 ss. Sul tema v. J.F.M. HUNTER, «Forms of Life», cit., p. 233 ss.

⁴⁹ Ovverosia, esplicitare una visione delle cose, una rappresentazione propria dell'autore, che scaturisce dall'osservazione della realtà e che è fortemente influenzata dalla prassi di vita comune, dai valori e convinzioni di fondo che caratterizzano il determinato contesto sociale in cui l'interprete è inserito e di cui si fa interprete. In altri termini, si tratta di assumere il c.d. punto di vista interno. Ovverosia, si tratta di assumere la prospettiva di un componente di una determinata società, in quanto tale partecipa delle dinamiche della stessa e con la quale condivide un determinato sistema di valori sostanziali di giustizia. Da questo punto di vista (interno), le regole sociali rappresentano valide ragioni per agire in un certo modo, per aspettarsi dagli altri membri della società una certa condotta e per formulare certi giudizi circa la loro condotta in relazione alla conformità o meno del sistema di valori su cui la stessa si fonda. Cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 106 ss.

⁵⁰ Così L. WITTGENSTEIN, *Über die Gewißheit*, p. 57 ss. «Chi vuole indurre qualcuno ad accettarle, può farlo solo facendo ricorso alla persuasione, ma non fornendo delle ragioni, giacché le ragioni esistono solo all'interno di una forma di vita o di un'immagine del mondo». Così R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 44, riportando il pensiero di L. WITTGENSTEIN, *o.u.c.*, §§ 105, 612, 262.

⁵¹ Si tratta della tesi secondo cui le giustificazioni e la critica non sono possibili senza un qualche presupposto e, pertanto, ciò che viene presupposto alla fin fine non può essere messo in discussione (né giustificato né criticato), perché a tal fine occorrerebbe assumere a sua volta un altro presupposto, e così procedendo all'infinito, nella direzione di una chiara *probatio diaboli*. Ragion per cui, non è concepibile una situazione in cui tutto è giustificato. Cfr. L. WITTGENSTEIN, *Über die Gewißheit*, cit., § 204 e ID., *Philosophische Untersuchungen*, cit., § 217. Ciò chiaramente varrà solo ai fini di un singolo discorso, però nulla impedisce di avviarne di nuovi assumendo nuovi presupposti. Sul punto si v. K.R. POPPER, *Normal Science and its Dangers*, in I. LAKATOS e A. MUSGRAVE (a cura di), *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge, 1970, p. 56 ss. Il problema della delimitazione della scelta dei presupposti del discorso deve risolversi ancora una volta facendo ricorso al principio di ragionevolezza. Diversa-

Da ciò derivano due conseguenze. La mancata giustificabilità non libera l'interprete dalla responsabilità di individuare premesse che siano il più possibile corrispondenti ai bisogni e alle caratteristiche del contesto sociale di riferimento. In secondo luogo, l'impossibilità di fondare un dato paradigma come «vero» comporta l'inevitabile relatività dei risultati della ricerca, in quanto non esistono elementi tali da escludere l'esistenza di paradigmi alternativi. Pertanto, sarà sempre possibile apportare un nuovo argomento e, così facendo, condurre il discorso verso una conclusione differente. Con la conseguenza che la validità dei risultati raggiunti potrà essere valutata solo all'interno del paradigma di appartenenza, ovverosia facendo stretto riferimento alle premesse prescelte.

L'esigenza di dar vita a un paradigma che possa condurre a dei risultati accettabili per il contesto sociale di riferimento, impone che in quest'attività giochi un ruolo dominante la ragionevolezza. Difatti, si tratta di un concetto valutativo che rimanda a criteri che ne consentono l'accertamento. In ambito giuridico tali criteri coincidono con i valori di fondo di un dato ordinamento, rispetto ai quali tale principio garantisce aderenza e coerenza⁵².

Ciò detto, come anticipato, le premesse⁵³ svolgono la fondamentale funzione di predeterminare le coordinate attraverso cui l'argomentazione del giurista deve articolarsi, scandendone la struttura, predeterminandone la direzione e

mente L. FERRAJOLI (L. FERRAJOLI e J.R. MANERO, *Due modelli di costituzionalismo. Un dialogo sul diritto e sui diritti*, Napoli, 2012, p. 64), ritiene che le assunzioni primitive, pur non essendo né vere né false, sono «razionalmente giustificate o argomentate sulla base della loro idoneità a fondare una teoria dotata di adeguata capacità esplicativa».

⁵² Cfr. S. COGNETTI, *Il principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, p. 202, il quale richiama il pensiero di R. ALEXY, *Ragionevolezza nel diritto costituzionale*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, *passim*. Si tratta, pertanto, di un principio che rimanda strettamente alla sensibilità giuridica dello studioso, non preso singolarmente, bensì come parte di una comunità di tecnici del diritto, che, attraverso la riflessione e il costante confronto sviluppatasi lungo generazioni, giunge all'enucleazione dei suddetti valori e delle categorie giuridiche che ne sono espressione. Seppur, come anticipato e come si chiarirà in seguito a proposito dell'individuazione del ruolo della scienza giuridica e del giurista, l'immaginario del giurista, inteso quale apporto personale e individuale, seppur fortemente influenzato dall'ambiente in cui quest'ultimo si trova ad operare e da cui ha tratto la propria formazione tecnica, sembra svolgere un ruolo tutt'altro che secondario. Cfr. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 18 ss.

⁵³ La tecnica di ricerca delle premesse del discorso (c.d. «topica», v. G. OTTE, *Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben*, in *Rechtstheorie*, I, 1970, p. 183 ss.) è destinata a relativizzarsi in ragione della sua permeabilità rispetto all'oggetto del discorso. Pertanto l'individuazione dei punti di partenza dell'argomentazione dovrà essere guidata dal tipo di discorso, dalle finalità dello stesso e dalle caratteristiche del tema che si intende sviluppare.

gli svolgimenti successivi⁵⁴. Il che equivale a dire che esse definiscono i limiti⁵⁵ entro cui deve attenersi un dato discorso giuridico, vincoli che si andranno a sommare a quelli che caratterizzano il discorso pratico generale⁵⁶.

Tale proprietà guida la scelta della prima premessa: l'individuazione del ruolo del giurista e della scienza giuridica. Difatti, da tale valutazione sarà possibile derivare il concetto di diritto⁵⁷ e, conseguentemente, il ruolo e i limiti della dogmatica, della legge e dei precedenti giudiziari. In altri termini, permetterà di delineare in maniera congruente quell'ordinamento (o spazio) giuridico entro cui verrà condotta l'analisi e la ricostruzione del tema oggetto della ricerca⁵⁸.

4. Il ruolo del giurista e della «scienza giuridica»

Una concezione ingenua del diritto tende a considerarlo soltanto come un sistema di norme destinate a regolare le relazioni sociali, secondo i valori

⁵⁴ Pur non potendosi parlare dello studio del diritto in termini di scienza, in senso propriamente detto, è pur vero che esso non si sottrae al c.d. principio di verificaione (A. ROSS, *On Law and Justice*, cit., p. 38 ss.) anche se non inteso in un significato propriamente lato. Difatti, la c.d. scienza giuridica si distingue nettamente dalle altre scienze (naturali e sociali) di tipo causale, in quanto sprovvista di una base empirica che possa consentire il controllo delle sue affermazioni (Cfr. H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 86 ss.; N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, 1950, ora in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1950, p. 287 ss.; ID., *Teoria della scienza giuridica*, cit., *passim*). Peraltro, traendo ispirazione dai principi della scienza empirica moderna, sembra in ogni caso necessario che una proposizione circa la realtà implichi che, adottando certe procedure e sussistendo certe condizioni, seguano certe esperienze dirette. In altri termini, i discorsi dei giuristi devono essere considerati e strutturati come elaborazioni tecnico-linguistiche che si presentano come sistemi di proposizioni, di cui sono esattamente definite le proposizioni iniziali e le regole di trasformazioni e che si svolgono coerentemente con le premesse poste e le regole date. Così N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, cit., p. 213.

⁵⁵ Le c.d. condizioni limitative entro cui deve svolgersi il discorso giuridico, ricomprendono sia quei limiti per così dire esterni (come il vincolo della legge, i precedenti giurisprudenziali, il necessario confronto con la dogmatica elaborata dalla dottrina) che circoscrivono il perimetro argomentativo, sia quelli interni, che viceversa guidano la scelta tra possibili soluzioni alternative tutte ricomprese entro i limiti esterni, e che devono guidare l'attività del giurista nella ricerca della soluzione corretta, o meglio giustificata.

⁵⁶ Sulla tesi secondo cui il discorso giuridico è un caso particolare del discorso pratico generale si v. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 170 ss.

⁵⁷ «L'attività argomentativa del giurista avviene necessariamente sullo sfondo di un determinato concetto di diritto, dunque sulla base di una determinata posizione giusfilosofica». Così U. NEUMANN, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 233.

⁵⁸ Difatti, come noto, «la questione relativa al concetto di diritto precede logicamente quella relativa al contenuto di un ordinamento giuridico. Infatti, il contenuto normativo di un ordinamento giuridico non può essere identificato prima che siano stati fissati i confini tra le norme di diritto, da un lato, e le regole di altri ordinamenti normativi come la morale, il costume e la religione, dall'altro». Così U. NEUMANN, *o.u.c.*, cit., p. 233. Cfr. G. RADBRUCH, *Grundzuge der Rechtsphilosophie*, 1914, in ID. e VON A. KAUFMANN, *Gesamtausgabe*, Heidelberg, 1993, p. 46 ss.

prodotti da altre sfere dell'attività culturale⁵⁹. In verità, prima di organizzarla, il diritto immagina la società e dà corpo istituzionale a questo immaginario. In questo senso il diritto crea la realtà su cui opera e i valori su cui si fonda⁶⁰. Ragion per cui, il diritto è, in primo luogo, un «immaginario giuridico» relazionato con un determinato «immaginario sociale».

Con il concetto di «immaginario»⁶¹ si intende qui far riferimento a un determinato fenomeno, che trae origine dalla fisiologica asimmetria esistente tra il c.d. diritto vigente⁶² (frutto della legislazione), che è prodotto della finzione, e la realtà della società. Dal momento che il diritto vigente, a causa della sua astrattezza e generalità, non coincide totalmente con quest'ultima, esso produce spazi di indeterminazione⁶³. Vuoti che l'interprete (la dottrina e la giurispru-

⁵⁹ Ben diverso (e sostanzialmente condivisibile) è l'approccio fatto proprio da R. DREIER, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtslehre?*, Tübingen, 1975, p. 21, il quale considera la scienza giuridica moderna come una «disciplina di frontiera», la cui funzione sarebbe quella di verificare «le informazioni, sia empiriche che teoriche, delle scienze vicine riguardo alla loro rilevanza per la scienza del diritto in senso stretto». Cfr. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 279, nota 44.

⁶⁰ Così A. M. HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, cit., p. 67 ss. «Esso [il diritto] non solo assicura la pace e la sicurezza. Crea anche, in buona misura, i valori sui quali esse si fondano. È in sostanza un'attività culturale altrettanto creativa dell'arte, dell'ideologia o dell'organizzazione della produzione economica. Prima di organizzarla, il diritto immagina la società. Genera modelli mentali dell'uomo e delle cose, dei vincoli sociali, dei rapporti politici e giuridici. Poi poco a poco dà corpo istituzionale a questo immaginario, offrendo anche gli strumenti concettuali adeguati. Entità come "persone" e "cose", "uomo" e "donna", "contratto", "Stato", "sovrantà", e così via, non esistevano prima che i giuristi li immaginasero, li definissero concettualmente e ne traessero le conseguenze dogmatiche. In questo senso il diritto crea la realtà su cui opera. Il "fatto" non esiste prima e indipendentemente dal "diritto"». Cfr. C. GEERTZ, *Antropologia interpretativa*, Bologna, 1988, p. 216 ss.

⁶¹ Nel presente paragrafo si tenterà di applicare al diritto gli esiti della c.d. estetica della ricezione, il cui principale esponente è W. ISER (ID., *Das Imaginäre: kein isolierbares Phänomen*, in D. HENRICH, W. ISER, *Funktionen des Fiktiven, Poetik und Hermeneutik*, X, München, 1983, 479 ss.; ID., *Der Akt des Lesens*, München, 1976, *passim.*; ID., *Die Appellstruktur der Texte. Unbestimmtheit als Bedingung literarischer Prosa*, in R. WARNING, *Rezeptionsästhetik – Theorie und Praxis*, München, 1970, p. 228 ss.). Quest'ultima studia il ruolo del lettore nell'atto della lettura di un'opera letteraria, attribuendogli un ruolo fondamentale nel processo di comprensione del testo. In particolare, l'estetica della ricezione studia il modo in cui una realtà non ancora formulata come quella testuale viene elaborata dal lettore, il quale, sebbene condizionato dalle strutture del testo, partecipa attivamente alla creazione dell'oggetto estetico durante la lettura. A. GERRATANA, *Il ruolo del lettore nell'estetica della ricezione e nelle teorie postmoderne*, in *BAIG*, 2011, p. 25 ss.

⁶² Ovverosia l'insieme degli enunciati normativi. Mentre si suole definire diritto vivente l'insieme dei loro significati quale risulta dalla loro interpretazione e applicazione. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, p. 13.

⁶³ Cfr. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 343, «l'ordinamento della vita secondo le regole del diritto e del costume è qualcosa di incompleto, che ha bisogno di un'integrazione produttiva». S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, p. 82, parla al riguardo di «principio di indeterminazione».

denza in rapporto dialogico) è indotto a colmare a partire dalla propria prospettiva individuale⁶⁴, in accordanza con quello che è il sentimento comune della comunità sociale e giuridica di cui lo stesso fa parte (il c.d. punto di vista interno).

Il diritto vigente contiene elementi propri del mondo reale e fa riferimento a quest'ultimo senza esaurirsi nella relazione con esso. La ripetizione di un elemento reale nel testo legislativo è già atto di finzione attraverso il quale la realtà si tramuta in norma giuridica con l'ausilio dell'immaginazione dell'interprete. Gli atti di finzione fanno da tramite tra gli elementi della realtà e la facoltà immaginativa dell'interprete, che si può definire, per l'appunto, immaginario.

Tali atti di finzione, da una parte rendono irreali nel testo legislativo ciò che è reale, dall'altra rendono reale l'immaginario dell'interprete. In tal modo si verifica nel diritto una riformulazione nel mondo: il diritto vigente fa riferimento alla realtà del mondo e ne utilizza gli elementi, che seleziona e rielabora fino a creare un mondo proprio. La realtà presente nei testi legislativi fa riferimento alla realtà sociale ma non è identica a essa, quindi rimanda a una dimensione che non esiste.

L'interprete si rapporta al diritto vigente come se esistesse realmente e si costituisce così un duplice rapporto tra il primo e il mondo rappresentato nel secondo. Da una parte il giurista attribuisce caratteristiche di realtà al mondo del diritto pur sapendo che esso è una costruzione fittizia, dall'altra entra in contatto, tramite la legge, con un mondo irreali, che dà forma concreta alla sua immaginazione e conferisce a essa carattere di esperienza. Nel diritto vivente l'elemento fittizio e l'immaginario entrano in una relazione dialettica nella quale l'elemento fittizio porta all'evidenza l'immaginario e contemporaneamente gli assicura la possibilità di apparire, lo definisce e gli dà forma, senza coincidere con esso⁶⁵. Proprio questo rapporto assicura la comunicazione del sistema giuridico col suo ambiente, del quale la sfera morale-culturale della società (cui l'interprete appartiene) è una componente essenziale⁶⁶.

Da questa concretizzazione dell'immaginario del giurista nasce quello che si è soliti nominare «diritto vivente», poiché i contenuti del suo immaginario colmano il potenziale di significato del diritto vigente⁶⁷.

⁶⁴ Cfr. W. ISER, *Die Appelstruktur der Texte*, cit., p. 228 ss. A. GERRATANA, *Il ruolo del lettore nell'estetica della ricezione e nelle teorie postmoderne*, cit., p. 26.

⁶⁵ Cfr. W. ISER, *Das Imaginäre*, cit, p. 416 ss.; A. GERRATANA, *Il ruolo del lettore*, cit., p. 27.

⁶⁶ Cfr. L. MENGONI, *La questione del diritto giusto nella società postliberale*, in *Fen. soc.*, 1988, p. 11, «oggi il sistema dogmatico e scientifico del diritto positivo non ha più una funzione autofondante. Il problema della fondazione si ripropone come problema di comunicazione del sistema giuridico col suo ambiente, del quale la sfera morale-culturale è una componente essenziale».

⁶⁷ Cfr. N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Jus civ.*, 2016, p. 304, «il giudice deve necessariamente “misurarsi con la comprensione del diritto pro-

5. Il diritto come immaginario

La concezione del diritto (vivente) come immaginario, ovvero sia come frutto del rapporto dialogico tra diritto vigente e immaginario sociale del giurista, sottintende un determinato modo di intendere e concepire il diritto.

In primo luogo, il rifiuto – in quanto impraticabile – di un qualsiasi approccio di tipo «scientifico»⁶⁸, che tratti le norme come un oggetto collocato in una propria dimensione rigidamente separata dalle altre sfere del sistema sociale e dotate di una propria verità suscettibile di conoscibilità oggettiva. Concretamente si tratta di respingere la c.d. teoria formale del diritto⁶⁹, che lo identifica con la norma e conseguentemente ne limita lo studio alla sola struttura, prescindendo dalla considerazione della funzione cui quest'ultima serve e del contenuto (dei valori) che essa racchiude⁷⁰.

Al contrario il diritto appare non come una entità trascendente e astratta, bensì come una realtà calata in un determinato contesto sociale storicamente finito⁷¹. L'ordinamento giuridico risponde alle concrete esigenze che connotano quella specifica comunità⁷².

Il diritto deve pertanto aprirsi alla società. In quest'ottica, tuttavia, la legge di Hume⁷³ impedisce di accogliere tutte quelle concezioni riduzionistiche che

pria di interi gruppi sociali" [P. RESCIGNO, Introduzione a J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, trad. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983, X] e quindi la norma, quale precetto dell'azione, non discende da una struttura di enunciati gerarchicamente ordinati, ma da una connessione tra un sistema di enunciati ed una prassi, tra disposizioni formalmente enunciate e il loro uso nel comportamento degli operatori giuridici e dei consociati».

⁶⁸ Sulla natura prescrittiva e non descrittiva della dogmatica giuridica, e quindi sull'impossibilità di una trattazione scientifica del diritto si v. soprattutto N. BOBBIO, *Esser e dover essere nella scienza giuridica*, in *Riv. fil.*, 1967, p. 235 ss.; U. SCARPELLI, *Etica senza verità*, Bologna, 1982, *passim*. Ben note sono le vicende che portarono i due A. a questa svolta, i quali, in una prima fase avevano creduto possibile un accostamento meramente scientifico al diritto. Sul tema M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, 1987, p. 35 ss.; C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, cit., p. 8 ss.

⁶⁹ Si parla di formalismo giuridico. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., *passim*; ID., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, *passim*; ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, *passim*. Sul tema v. R. GUASTINI, *Analisi del linguaggio e teoria formale del diritto*, I, II e III, in *Mat. st. cult. giur.*, 1978/1980, *passim*; A. RUÍZ MIGUEL, *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, 1983, *passim*.

⁷⁰ Cfr. C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, cit., p. 4.

⁷¹ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., *passim*; ID., *Prima lezione del diritto*, Roma-Bari, 2013, *passim*.

⁷² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 166; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale. Secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, I, Napoli, 2006, p. 7.

⁷³ Ovverosia il principio filosofico in base al quale è logicamente scorretto partire da osservazioni descrittive per trarne conclusioni prescrittive. D. HUME, *A treatise of human nature*, trad. it., *Trattato sulla natura umana*, Milano, 2005, p. 929. Tale principio è alla base del principio della fallacia naturalistica elaborato da G.E. MOORE, *Principia ethica*, Cambridge, 1903, p.

ne sminuiscono la portata a mera registrazione di un fatto naturale (sociologico) o a mero strumento per la realizzazione nella sfera giuridica dei risultati prodotti da altro ambito disciplinare (economia, sociologia, neuroscienza, ecc.).

Diversamente, il diritto, per poter adempiere con la propria funzione, necessita di un approccio che guardi innanzitutto ai valori etico-politici⁷⁴ e ai concreti interessi che innervano il contesto sociale di riferimento. Difatti, proprio il collegamento che si instaura con questi piani esprime la dimensione fondativa dell'ordinamento giuridico. Quest'ultimo, come si mostrerà a breve, trae da tale base morale la propria giustificazione, nonché la propria forza vincolante.

Ciò detto, tenendo bene a mente la differenza esistente tra attività prescrittive e descrittive, nonché dell'impossibilità di ricavare precetti da semplici asserzioni, tale attività non potrà risolversi nella mera rilevazione «scientifica» – ossia facendo uso degli strumenti propri di altri ambiti disciplinari – dei valori e degli interessi così come appaiono cristallizzati tra le pieghe sociali.

In altri termini, il lavoro del giurista consiste, in primo luogo, in un'attività valutativa⁷⁵. Egli deve far uso del filtro che gli è proprio, ovvero sia di tutto quell'armamentario che si è fissato nella pratica dei tecnici del diritto nei secoli⁷⁶, andando a costituire patrimonio comune e strumento irrinunciabile ai fini di una lettura (o meglio, interpretazione) della realtà che non si allontani dal comune sentire della collettività, ma che allo stesso tempo non si limiti a una mera osservazione della situazione socio-economica in atto.

In altri termini, il giurista non dovrà cedere a logiche conservatrici e reazionarie volte alla conservazione degli equilibri in essere. Un atteggiamento siffatto, oltre che riduttivo del diritto, appare contraddittorio rispetto a quella

51.

⁷⁴ J. HABERMAS, *Recht und Moral*, in ID., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1993, p. 568; L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim.*, 2002, p. 92 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., *passim*; ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2016, *passim*; R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, *passim*.

⁷⁵ K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1975, p. 150; FR. MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlin, 1976, p. 167; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, cit., p. 9, secondo il quale «le valutazioni [hanno] un'importanza centrale in tutte le decisioni minimamente problematiche»; M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1976, p. 96; K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 1970, trad. it., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1971, p. 107.

⁷⁶ Cfr. J. HABERMAS, *Erkenntnis und Interesse*, in *Tecnick und Wissenschaft als Ideologie*, Frankfurt a.M., 1968, p. 158 ss.; R. GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2009, p. 60 ss.; G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, p. 105 ss.; F. VIOLA, *La comunità interpretativa nel diritto e nella teologia*, in *Hermeneutica*, 1988, p. 21 ss.

che è la sua funzione, ovverosia la risoluzione dei conflitti secondo giustizia. In quanto non consente di cogliere le trasformazioni in atto nel contesto di riferimento, ponendosi come ostacolo ai fisiologici e inarrestabili movimenti che caratterizzano l'ambiente sociale. Ciò condurrebbe alla cesura del collegamento tra diritto e società, ovverosia a quell'isolamento del fenomeno giuridico rispetto al contesto che ne costituisce il fondamento e la ragion d'essere. Un ordinamento siffatto non saprebbe garantire la coesistenza pacifica degli individui⁷⁷, con l'inevitabile esplodere di conflitti sociali e istituzionali. Come tante volte è capitato di vedere nella storia (anche recente), se il diritto non è in grado di anticipare o, prospettiva ben peggiore, se ostacola la transizione da uno scenario socio-economico a un altro, questa transizione si verifica ugualmente, ma dolorosamente⁷⁸.

Pertanto, il compito del giurista non è quello di rilevare gli assetti in essere⁷⁹, ovverosia i valori e gli interessi propri di una data società, bensì quello di dare risposta a quelle determinate esigenze che, facendo uso del filtro della giuridicità, individuati come emergenti in quel preciso contesto storico⁸⁰. Poco importa, poi, che esse siano legate a un desiderio di stabilità, oppure connesse alla fisiologica tendenza evolutiva dell'organismo sociale. Queste esigenze dovranno trovare specifico riscontro sul piano pre-giuridico e giuridico, in primo luogo attraverso la «creazione» di quei valori che consentono di dare corpo e attuazione a questi nuovi bisogni⁸¹.

⁷⁷ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1991, *passim*; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 7.

⁷⁸ Basti al riguardo osservare come le nuove istanze che siamo soliti definire «illuministe» si affermarono in un ambiente giuridico-politico che non ne ostacolò l'ingresso, cercando di recepirle seppur in maniera mediata (c.d. assolutismo illuminato), rispetto alle modalità rivoluzionarie che portarono alla loro consacrazione in un contesto politico deciso a conservare gli assetti in essere. Si v. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, II, Milano, 2005, p. 65 ss.

⁷⁹ *Contra* S. SATTI, *Metodo nel diritto*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, III, Padova, 1970, p. 140, «compito del giurista è quello di scoprire la realtà e il diritto, il tessuto o il contesto che dir si voglia, ma ben si intende quello attuale, non quello futuro o pseudo futuro».

⁸⁰ «Il giurista deve dare una risposta, in termini comprensibili e razionalmente accettabili all'ambiente sociale circostante, alle esigenze e ai problemi che hanno prodotto le aspettative della comunità» L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 24.

⁸¹ D'altronde, come la crisi dello Stato Moderno ha posto in luce, il diritto è un fenomeno che trascende l'apparato statale. In particolare, si tratta di un'entità altra e diversa rispetto al solo diritto statale. Un fenomeno più ampio e complesso, che vive nella società e la cui forza preceptiva si basa più sull'osservanza spontanea della regola da parte della collettività che sulla forza coercitiva. Ma affinché ciò avvenga è necessario che il singolo individuo percepisca la regola come giusta, in quanto conforme a un sistema di valori che egli condivide e che gli consente di considerarla come qualcosa che gli è proprio, in quanto legato alla propria identità. Da qui il ruolo fondamentale del giurista, il quale non può limitarsi a registrare assetti socio-economici in essere (i quali possono essere percepiti come ingiusti) o a dar vita a costruzioni concettuali

Si tratterà, in estrema sintesi, di dare una risposta all'«orizzonte di attesa»⁸² della società, individuando ed enucleando quelli che possono essere definiti «valori in potenza», non avendo timore di riconoscere l'insopprimibile ruolo creativo (e di fonte del diritto) della dottrina⁸³. Questa è la condizione affinché non si produca quell'effetto straniante rispetto alla società poc'anzi paventato.

Nel riconoscimento della natura inevitabilmente creativa dell'opera della dottrina⁸⁴ e, pertanto, del carattere fittizio (o meglio, artificiale) del diritto, sta il secondo (e più importante) sottinteso dell'espressione «immaginario giuridico». Il diritto è prima di tutto una costruzione, in quanto tale non può essere

astratte frutto di mera speculazione intellettuale (in quanto del tutto estranee e insensibili al contesto sociale in cui si trova ad operare). Egli deve interpretare la precisa realtà storica di riferimento impiegando l'armamentario giuridico di cui dispone, in modo da individuare quelle soluzioni che consentano di dare risposta a quelle che sono le esigenze cui il diritto deve rispondere. Si tratta di un'attività che non può essere rimessa all'opera del singolo giurista, essa deve costituire il risultato dello stratificarsi degli sforzi prolungatisi nel tempo di un'intera classe di studiosi, non solo del diritto. In modo tale che da questa opera di riflessione, confronto e correzione emerga quello che può essere definito il «filtro del giuridico», ovverosia quella gamma di strumenti che consentono di leggere la realtà e dare una risposta giuridica adeguata alle sue esigenze, in tal modo adempiendo la funzione ultima del diritto, ovverosia il mantenimento della pacifica convivenza sociale. Tra questi strumenti un ruolo determinante va riconosciuto al principio di ragionevolezza, in quanto via privilegiata di comunicazione e scambio tra il «mondo dell'essere» e il «mondo del dover essere».

⁸² Con il concetto di «orizzonte di attesa» si intende far rinvio alla teoria della ricezione di H.R. JAUSS, *Pour une esthétique de la réception*, 1978, trad. it., *Storia della letteratura come provocazione*, Torino, 1999, p. 218. Tale termine suole indicare le aspettative che si formano nel lettore sia in base a quel che sa del testo che si appresta a leggere sia in base a una lettura già avviata, ma non conclusa. Nell'ambito del discorso che si sta conducendo, con tale concetto si fa riferimento a quelle aspettative che si generano nella società in base alle circostanze del contesto storico-sociale, e che il giurista deve intercettare e soddisfare al fine di dar seguito ad una visione del diritto che non sia meramente conservativa delle condizioni in essere. Tale concetto ha trovato spazio nel discorso dei giuristi soprattutto in riferimento all'interpretazione. Si v. soprattutto J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl*, cit., p. 136.

⁸³ L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, *passim*; G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1939, oggi in *Opere*, II, Milano, 1959, *passim*; R. SACCO, *La dottrina, fonte del diritto*, in AA.Vv., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, 457 ss.; N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 295 ss. *Contra* C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 87 ss.; L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., p. 13 ss., il quale individua almeno tre differenti correnti della «giurisdizione come fonte creativa del diritto»: l'orientamento ermeneutico (H.G. GADAMER, *o.c.*, p. 369 ss.; G. ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, in ID., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, p. 15 ss.; A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano, 2003, *passim*), che sviluppa la sua critica sul piano dell'epistemologia; quello del neocostituzionalismo principalista (R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1992, p. 93 ss.; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1986, trad. it., *Teoria dei diritti fondamentali*, 1994, Bologna, 2012, p. 106 ss.; M. ATIENZA e J. MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcellona, 1996, p. 9 ss.), che la sviluppa sul piano della teoria del diritto; quello storicista o neopandettista (P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in G. ALPA (a cura di), *Paolo Grossi*, Roma-Bari, 2011, 27 ss.; ID.,

vero o falso, ma solamente adeguato o meno al paradigma di riferimento e allo scopo prefissato. Da ciò consegue che esso potrà sempre essere messo in discussione da chiunque e in qualsiasi momento, e che ogni tentativo di ricostruzione del sistema costituirà soltanto una mera proposta, la cui fortuna sarà strettamente legata al consenso che saprà attirare su di sé, dovuta in particolare alla sua capacità di dare una risposta adeguata rispetto alle caratteristiche della società che intende regolare. Una validità necessariamente temporanea e sempre suscettibile di essere rimessa in discussione e superata da nuove teorizzazioni che meglio rispondano all'orizzonte d'attesa della società⁸⁵.

6. L'immaginario sociale. La società pluralista e postmoderna

Nel delineare l'immaginario sociale che costituirà il referente dell'immaginario giuridico che si intende qui articolare, si può, in primo luogo, far uso della formula «società post-moderna»⁸⁶. Pur nella consapevolezza dell'universo di significati cui essa fa inevitabilmente rinvio, in questa sede il suo impiego è relazionato principalmente con una concezione del contesto sociale attenta alla sua «complessità»⁸⁷.

Oltre le mitologie giuridiche della modernità, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, 71 ss.), che la sviluppa sul piano della pratica giuridica e dell'esperienza storica.

⁸⁴ O meglio, della dottrina in combinazione con l'opera della giurisprudenza. «Dottrina e giurisprudenza creano interagendo» così R. SACCO, *La dottrina, fonte del diritto*, cit., 459. Si v. anche N. LIPARI, *o.u.c.*, p. 302, «entrambe [giurisprudenza e dottrina] non si limitano ad offrire la conoscenza di un diritto interamente formato, ma contribuiscono alla stessa formazione del diritto, all'interno di una collettività che è l'unica in grado di offrire i parametri di giustizia per la verificabilità delle soluzioni offerte. Esse finiscono inevitabilmente per parlare ai consociati, dei quali sono peraltro le più attente ascoltatrici, anche quando la legge pretende di essere l'unica a parlare».

⁸⁵ «Il diritto non appare e non si realizza che per la intermediazione della scienza, cioè del pensiero riflesso che incessantemente scopre rivela e traduce la sintesi tra l'idea costitutiva e il fatto della vita», così G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 585.

⁸⁶ Si v. M. FOUCAULT, *L'archéologie du savoir*, 1969, trad. it., *L'archeologia del sapere*, Milano, 1971, *passim*; ID., *Microfisica del potere*, cit., *passim*; J.F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, trad. it., *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, 1981, *passim*; A. RIBEIRO SOUSA, *Modernismo e pós-modernismo. O ponto da situação*, in *Rev. crít. ciên. soc.*, 1988, p. 23 ss. Sul postmodernismo giuridico si v. G. MINDA, *Postmodern Legal Movements*, New York, 1995, *passim*; C. DOUZINAS, *Postmodern Jurisprudence. The Law of the Text in the Texts of Law*, London, 1991, *passim*; D.E. LITOWITZ, *Postmodern philosophy and Law*, Kansas City, 1997, *passim*. Per quel che concerne le trasformazioni del diritto italiano ed europeo ad opera del postmodernismo si v. V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, *passim*; A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 367 ss.

⁸⁷ La complessità, considerata la categoria madre della postmodernità (A. VILLANI, *Le chiacchiere del postmoderno: un dialogo a distanza*, Napoli, 1988, p. 16 nota 6), viene intesa come progressivo scoprimento della diversità (E. JAYME, *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 829), nell'ottica della valorizzazione e preser-

Le moderne società occidentali si caratterizzano, rispetto alle precedenti, per il fenomeno del pluralismo⁸⁸ (culturale, ma non solo). Ovverosia, la convivenza conflittuale in uno stesso contesto (territoriale e sociale) di differenti lingue, culture e, soprattutto, valori⁸⁹. Questi ultimi, in particolare, si rivelano irriducibilmente eterogenei⁹⁰ e, pertanto, non appare possibile una loro ricompressione entro un sistema rigido e unitario, e benché meno entro uno specifico ordine gerarchico⁹¹. Pertanto, per loro natura⁹² sono destinati a entrare in conflitto, attraverso l'affermazione in concreto di interessi incompatibili con quella espressione di sistemi antitetici di valori.

Lungi dal voler affrontare la questione del multiculturalismo⁹³, in questa

vazione della stessa (U. CERRONI, *La libertà dei moderni*, Bari, 1973, p. 83 ss.). Si v. inoltre T.R. LA PORTE, *Organized Social Complexity*, New Jersey, 1975, *passim*; N. LUHMANN, *Macht*, 1975, trad. it., *Potere e complessità sociale*, Milano, 1979, *passim*; E. MORIN, *Introduzione al pensiero complesso. Gli strumenti per affrontare la sfida della complessità*, Milano, 1993, *passim*; A. FALZEA, voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, p. 201 ss.

⁸⁸ Sul tema v. C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, cit., p. 87 ss.; T. BONAZZI, M. DUNNE (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994, *passim*; E. VITALE, *Taylor, Habermas, Sen: Multiculturalismo, stato di diritto e disegualianza*, in *Teoria politica*, 1995, p. 65 ss.; F. D'AGOSTINO (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Torino, 1996, *passim*; L. MANCINI, *Società multiculturale e diritto. Dinamiche sociali e riconoscimento giuridico*, Bologna, 2000, *passim*; G. SARTORI, *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, Milano, 2000, *passim*; A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, 2001, *passim*; E. CEVA, *Verso una definizione di Pluralismo*, in *Dissensi*, 2003, p. 185 ss.

⁸⁹ Parla di pluralità dei valori come «il fatto (o fenomeno) sottostante al pluralismo, inteso a sua volta come riconoscimento di tale fatto» E. CEVA, *Le molte facce del pluralismo. Un approccio procedurale*, in *Politico*, 2004, p. 57 ss. Si v. anche M. STOCKER, *Plural and Conflicting Values*, Oxford, 1990, *passim*; J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., *passim*; ID., *Liberalismo Politico*, Milano, 1999, *passim*.

⁹⁰ I. BERLIN, *The Crooked Timber of Humanity*, London, 1991, p. 80 ss.

⁹¹ Cfr. I. BERLIN, B. WILLIAMS, *Pluralism and Liberalism: A Reply*, in *Political Studies*, XLII, 1996, p. 649 ss.; E. CEVA, *Giustizia procedurale e pluralismo dei valori*, in M. RICCIARDI, C. DEL BÒ (a cura di), *Pluralismo e libertà fondamentali*, Milano, 2004, p. 31 ss.; C. LARMORE, *Pluralism and Reasonable Disagreement*, in *Soc. phil. pol.*, 1994, p. 61 ss.

⁹² Si tratta del meccanismo di sopraffazione legato alle modalità di affermazione dei valori messo in luce da C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, cit., p. 50 ss.

⁹³ Ovverosia se tale pluralismo vada o meno valorizzato, nonché quale approccio sia più adeguato al fenomeno. Il multiculturalismo contemporaneo nasce dalla tradizionale contrapposizione tra due modi alternativi di affrontare la questione: da un lato il tradizionale orientamento legato al c.d. liberalismo, il quale si basa sul principio di separazione tra la sfera pubblica e quella privata (ben noto il dibattito instauratosi sul punto tra H.L.A. HART (ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, trad. it., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in ID., *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, p. 105 ss.) e P. DEVLIN (ID., *The Enforcement of Morals*, London, 1965, 1 ss.)), che si traduce nell'affermazione della neutralità dello Stato rispetto alla domanda di sostegno delle identità particolari (Cfr. C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, cit., p. 87 ss.); Per contro, dall'altro lato, si pone il c.d. pensiero comunitario, il quale pone l'accento sul ruolo fondamentale che svolge la comunità nella determinazione dell'identità dell'individuo e conseguentemente postula la necessità di inter-

sede interessa valutare le ripercussioni sulla Costituzione (e sul Sistema tutto⁹⁴) del passaggio da una società tendenzialmente omogenea – che in quella Carta rispecchiò il proprio sistema valoriale – a una eterogenea e sprovvista di un quadro di valori condiviso⁹⁵. Questa trasformazione sociale si riflette inevitabilmente sui principi e sulle istituzioni fondamentali della democrazia liberale, sui principi costituzionali improntati su valori individualistici e universalistici⁹⁶, nonché finisce per incidere sulla concezione stessa di diritto. Difatti, Il passaggio da un unico sistema valoriale a una galassia scomposta e cangiante di valori, impone all'interprete un ripensamento del diritto contemporaneo alla luce delle nuove condizioni che minacciano la convivenza⁹⁷. In particola-

venti a favore delle identità minoritarie (C. TAYLOR, *Sources of the Self. The Making of Modern Identity*, Cambridge, 1989, trad. it., *Radici dell'io. La costruzione dell'identità moderna*, Milano, 1993, *passim*; Con diverse sfumature I.M. YOUNG, *Justice and the Politics of Difference*, 1990, trad. it., *Le politiche della differenza*, Milano, 1996, *passim*). Il multiculturalismo odierno nasce dall'ideale dialogo tra queste due concezioni e tenta di coniugarne e coordinarne le istanze principali, in particolare prefiggendosi l'obiettivo di proteggere e riconoscere le tradizioni culturali dei gruppi minoritari al fine di proteggere la libertà dell'individuo e quella allo sviluppo della propria identità. Per questo orientamento si v., in particolare, J. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law of Politics*, Oxford, 1994, *passim*; W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minorities Rights*, 1995, trad. it., *La cittadinanza multicultural*, Bologna, 1999, *passim*.

⁹⁴ Meritevoli d'attenzione sono le trasformazioni che hanno riguardato alcune categorie fondamentali del diritto privato, le quali sono passate da una sostantivizzazione al singolare ad una al plurale (ad es. dal diritto naturale ai diritti naturali, dalla proprietà alle proprietà, dalla famiglia alle famiglie, dall'autonomia contrattuale alle autonomie contrattuali). Questi operazioni terminologiche nascondono l'emergere nel diritto privato di visioni del mondo non più omogenee e tendenzialmente conflittuali. Cfr. G. ALPA, *Le «autonomie contrattuali» tra mercato e persona*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 210 ss.; A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., *passim*.

⁹⁵ A ciò si aggiunga un'ulteriore osservazione. Ove si intenda, come si aspira con questo studio, assumere la prospettiva non dell'ordinamento italiano, bensì del più complesso, articolato e disomogeneo spazio giuridico euro-italiano, il fenomeno del pluralismo si presenta particolarmente acuito a ragione del radicamento dei sistemi valoriali in tradizioni sviluppatesi attorno a ben definite comunità storiche (o, se si preferisce, «nazionali»). Ciò dà origine a quella particolare forma di società plurale caratterizzata dal «multinazionalismo» e «polietnismo», ovvero la coesistenza entro un'unica entità sovranazionale di differenti protagonisti dotati di proprie istituzioni, di un proprio territorio e di una cultura di gruppo distinta. Sul tema v. W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, cit., p. 32 ss. Pertanto, trattasi di un fenomeno, non semplicemente legato ai flussi migratori, ma strettamente interconnesso all'immaginario dell'Unione Europea e alla sorte che vorremo riservare a questo incompiuto progetto politico e giuridico.

⁹⁶ J. TULLY, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in a Age of Diversity*, Cambridge, 1995, *passim*; Sul tema si v. anche F. BELVISI, *Società multicultural e costituzione*, in G. BONGIOVANNI (a cura di), *La filosofia del diritto costituzionale e i problemi del liberalismo contemporaneo*, Bologna, 1998, p. 79 ss.

⁹⁷ In particolare, il pluralismo radicale, ovvero «la molteplicità di visioni normative del mondo radicalmente differenti e generalmente indifferenti le une alle altre», mina le basi della vita in comune. Così E. CEVA, *Le molte facce del pluralismo*, cit., p. 57 ss.

re, sembrerebbe necessario un meccanismo inverso rispetto a quello tutt'oggi operante. Ovverosia, si deve pensare alla Costituzione non più come a un centro dal quale tutto deriva, ma come centro verso cui tutto deve convergere⁹⁸. In altri termini una Costituzione pluralista e aperta⁹⁹, che tragga i propri valori dal basso (dal caso concreto) e che consenta il loro confronto in maniera leale¹⁰⁰ e flessibile, con l'obiettivo di conservarne il pluralismo al fine della pacifica convivenza della società.

Chiariti gli aspetti che connotano la complessità sociale (ma soprattutto valoriale) della società post-moderna, non resta che osservarne i caratteri economico-organizzativi, andando così a completare il mosaico dei dati fattuali a partire dai quali poter elaborare l'immaginario giuridico.

Sotto il profilo giuridico, quel che più interessa è il cambiamento che ha caratterizzato il passaggio dalle società industriali alle attuali società post-industriali e «comunicative» (c.d. terza ondata)¹⁰¹, nelle quali assumono importanza centrale ai fini della creazione della ricchezza e, più in generale, dell'efficiente gestione ed esercizio del potere, la conoscenza (o meglio, l'informazione)¹⁰² e la comunicazione¹⁰³.

In quest'ottica, pertanto, l'attuale sovrastruttura organizzativa centralista

⁹⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 10, il quale precisa che «la politica costituzionale per mezzo della quale si punta a quel centro non è esecuzione della Costituzione, ma realizzazione della Costituzione, in uno dei mutevoli equilibri in cui può rendersi effettiva». Cfr. M. FIORAVANTI, *Quale futuro per la costituzione?*, in *Quad. fiorentini*, XXI, 1992, p. 623 ss. Cfr. F. VIOLA, *Il futuro del diritto. Lectio magistralis di commiato – 26 novembre 2012*, in *www.academia.edu*, l'A. afferma che «poiché il testo costituzionale è un atto di positivizzazione, c'è indubbiamente un'intenzione retrostante, ma essa si limita a recepire certi valori, a porli alla base della vita associata, ma non è padrone di essi, non li domina, anzi è da essi dominata».

⁹⁹ Ossia una Costituzione che, entro i limiti costituzionali, permetta «sia la spontaneità della vita sociale che la competizione per l'assunzione della direzione politica, entrambe condizioni della sopravvivenza di una società pluralista e democratica». Così G. ZAGREBELSKY, *o.u.c.*, p. 10.

¹⁰⁰ Nell'ottica di una «mitezza» costituzionale fondata sulla coesistenza e sul compromesso. Così G. ZAGREBELSKY, *o.u.c.*, p. 11.

¹⁰¹ A. TOFFLER, *The Third Wave*, New York, 1980, trad. it., *La terza ondata*, Milano, 1987, *passim*. Come noto, l'A. descrive le trasformazioni economico-sociali individuando tre grandi periodi, definiti per l'appunto «onde del cambiamento». In particolare, l'A. evidenzia come ad un'originaria fase agricola (prima onda), si sia passati negli anni Cinquanta e Sessanta ad una fase industriale, caratterizzata dalla produzione di massa e dal ruolo centrale svolto dalle macchine (seconda onda) e come attualmente si stia attraversando una fase post-industriale e informatizzata (terza onda), ove il ruolo predominante viene giocato dall'informazione e dai mezzi di comunicazione. Cfr. A. M. HESPANHA, *Panorama histórico*, cit., p. 317 ss.

¹⁰² Il ruolo centrale svolto dall'informazione nelle moderne società post-industriali venne colto in maniera, per così dire, pionieristica già con le opere di A. TOFFLER, *The Third Wave*, cit., *passim* e J.J. SERVAN SCHREIBER, *Le défi mondial*, Paris, 1980, *passim*.

¹⁰³ Sul tema v. A. TOFFLER, *o.u.c.*, *passim*; ID., *Future Shock*, New York, 1971, trad. it., *Lo choc del futuro*, Milano, 1988, *passim*; ID., *Powershift: Knowledge, Wealth and Violence at the Edge of 21st Century*, New York, 1990, *passim*.

della società – vale a dire un apparato pubblico articolato in forma gerarchizzata che immagina la società, e ne affronta i problemi, attraverso un approccio generale e astratto, predisponendo soluzioni universali – appare del tutto inadeguata.

Tale sistema, d'altronde, è figlio della sua epoca e va storicizzato di conseguenza. Appaiono evidenti, in particolare, le ragioni ideologiche¹⁰⁴ che ne costituiscono il fondamento, come, d'altra parte, palese è la sua inefficienza rispetto ai tempi dell'oggi e la necessità di un suo ripensamento radicale. Difatti, un sistema che assuma come angolo prospettico quello del generale e astratto finisce inevitabilmente per perdere un patrimonio importante di informazioni, ovverosia tutti quei dati che connotano il caso concreto configurandone la peculiarità e irripetibilità.

A ciò si aggiunga che un'organizzazione di tipo centralistico e gerarchico genera un grave difetto di comunicazione, in quanto costringe tutta l'informazione in un unico centro decisionale, con ciò che ne consegue in termini di perdita di efficienza dovuta alla difficoltà di gestire in modo accentrato un importante capitale informativo, nonché per le problematiche legate ai ritardi e alla perdita di dati dovuti all'ingorgo dei canali comunicativi¹⁰⁵.

Avendo ben a mente queste problematiche, sarebbe ben più appropriato un modello organizzativo flessibile (c.d. «*flex-organizations*»)¹⁰⁶. Una struttura non gerarchizzata, bensì dotata di un'architettura a rete, ove il potere viene gestito ed esercitato da una pluralità di poli autonomi e indipendenti gli uni dagli altri e collocati in prossimità del singolo caso (e del concreto assetto di interessi e valori che esso esprime), le cui peculiarità e specificità devono orientare in via primaria e prioritaria l'esercizio delle funzioni decisionali¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Ciò è particolarmente evidente ove si miri specificamente al fronte giuridico, in particolare alla tecnica di normazione per regole generali e astratte. L'affermarsi di questo sistema si deve tradizionalmente a ragioni di carattere ideologico. Difatti, come noto, esso è tributario dell'ideale illuminista di democrazia, cui corollario è la generalità della legge, considerata l'unica forma capace di garantire un trattamento uguale e non discriminatorio. Non vanno, peraltro, sottovalutate anche ragioni di economicità, legate ai maggiori vantaggi offerti da un unico regime normativo generale rispetto alla previsione di un reticolo di regimi disciplinari particolari. Cfr. A. M. HESPANHA, *Panorama histórico*, cit., p. 318.

¹⁰⁵ L'incremento esponenziale dell'informazione nell'attuale società è stato oggetto di studio da parte di I. RAMONET, *La tyrannie de la communication*, 1999, trad. it., *La tirannia della comunicazione*, Trieste, 1999, p. 184 ss. Secondo l'A. negli ultimi trent'anni sarebbero state prodotte più informazioni che nei cinque millenni precedenti, mentre «un solo numero domenicale del *New York Times* contiene più informazioni di quante ne poteva consumare un erudito del Settecento in tutta la sua vita».

¹⁰⁶ Concetto questo, e connesso immaginario, elaborati da A. TOFFLER, *Powershift*, cit., p. 165 ss.

¹⁰⁷ In un modello siffatto la flessibilità e l'adattabilità della struttura vengono assicurate dall'assenza di un polo centrale. Si osserva, inoltre, che per rispondere adeguatamente alle esigenze della c.d. terza ondata questo tipo di organizzazione sola non è sufficiente. Ad essa deve ac-

Sarebbe ingenuo pensare a un'agevole concretizzazione di questo modello a livello nazionale, soprattutto a causa di quell'ideologia statalista che occupa ancora uno spazio decisamente ingombrante nella mente di molti giuristi, politici, ma anche del semplice cittadino, al punto da apparire come un dato naturale e irrinunciabile. La prospettiva cambia radicalmente pensando all'Unione Europea, almeno nel momento in cui la si guardi come a un progetto incompiuto in cerca di un immaginario alternativo a quello di Stato¹⁰⁸.

7. L'immaginario giuridico. Funzione, condizione d'esistenza e struttura

Delineato l'immaginario sociale di riferimento, può ora aprirsi la riflessione sul tipo di diritto a esso confacente.

L'immaginario giuridico tradizionale è figlio dell'immaginario sociale precedentemente riportato, e di cui sono già state evidenziate le inadeguatezze rispetto a quelli che appaiono i bisogni della società contemporanea. In particolare, si tratta di un diritto statalista, gerarchizzato, centralista, generale e astratto, fondato su un assetto valoriale rigido e strettamente legato alla peculiare fase storica e sociale che ha dato origine alla Carta costituzionale.

Viceversa, l'immaginario sociale delineato richiede un diritto che presenti anch'esso il carattere della flessibilità, che salga dal caso concreto, valorizzando le peculiarità, non legato strettamente a un potere centrale e a un rigido (e chiuso) sistema di fonti¹⁰⁹. In altri termini, un ordinamento giuridico che

compagnarsi anche un sistema di comunicazione di nuova generazione, non basata su modelli generali e astratti di informazione, ma su descrizioni personalizzate, esaurienti ed attente alle dimensioni non puramente razionali delle situazioni. Così A. TOFFLER, *o.u.c.*, p. 182 ss. Dal punto di vista giuridico, esso richiama un'idea di diritto prettamente giurisprudenziale, armonizzato in maniera flessibile attraverso una legislazione composta prevalentemente da principi e clausole generali.

¹⁰⁸ Cfr. P. HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1991, p. 261 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 10 ss.; I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *Eur. L. rev.*, 2002, p. 511 ss. D'altronde «il diritto europeo ha bisogno, più che di un ordinamento storicamente radicato, di fare i conti con la dottrina, di misurare in concreto la forza di quest'ultima nell'indirizzare gli esiti ricostruttivi, di verificarne cioè nello specifico la capacità di essere fonte del diritto». Tale diritto «induce a riconsiderare il ruolo della dottrina nel quadro delle fonti storiche del sistema», e, allo stesso tempo, «sollecita altresì quest'ultima a capire che gli strumenti di cui si vale sono a loro volta storicamente condizionati e quindi si pongono con gli indici normativi in un rapporto dialettico, nel quale ciascuno dei due termini risulta influenzato dall'altro». Così N. LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim.*, 2000, pp. 21 e 22.

¹⁰⁹ Cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 30 ss., «forse, mai come oggi si avverte l'esigenza di un diritto sufficientemente duttile. Più che norme scritte, autoritarie, rigide, convengono (almeno nell'ampio settore del diritto privato, che è il più sacrificato in dettagliatissimi Codici) principi e decisioni su casi concreti, e sembrano particolarmente vocate ad avere un ruolo decisivo la dottrina e la giurisprudenza pratica; e non a torto si parla fittamente di giudizialità quale

origina dal basso e che si forma attraverso il rapporto dialogico tra legislatore, dottrina e giurisprudenza¹¹⁰. La questione è come giustificare razionalmente un immaginario giuridico con queste caratteristiche.

Il diritto appare caratterizzato da una funzione (la composizione dei conflitti¹¹¹), da una ragion d'essere (la conservazione della coesistenza pacifica della società) e da una struttura (la concreta conformazione attraverso cui si manifesta).

La funzione costituisce il faro che guida l'opera del giurista, in quanto parametro fondamentale attraverso cui controllarne la legittimità. Da questo punto di vista, peraltro, occorre abbandonare visioni centrate sul momento patologico della violazione della norma. Difatti, il fulcro della giuridicità non va rinvenuto nella sanzione, bensì nella spontanea osservanza delle regole da parte della comunità.

La considerazione da ultimo formulata è la diretta conseguenza della ragion d'essere del diritto (la coesistenza pacifica di una determinata società). Quest'ultima, difatti, impone che un ordinamento giuridico sia osservato non perché temuto, bensì in quanto percepito come giusto e ragionevole dal contesto sociale nel quale si inserisce e che è chiamato a servire¹¹². Pertanto, proprio la società, attraverso i valori che esprime¹¹³, ne costituisce la fonte e il

carattere della odierna svolta della dimensione giuridica».

¹¹⁰ Questa sembra essere la necessaria condizione affinché il diritto rispecchi il pluralismo dei valori e le loro dinamiche relazionali, evitandone il conflitto. Le quali emergono in forme sempre distinte a seconda delle caratteristiche del caso concreto.

¹¹¹ S. RODÒ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, p. 124 ss. Proprio tale funzione distingue il diritto da altri ambiti disciplinari adiacenti. N. BOBBIO, *Dalla Struttura alla funzione*, cit., p. 8 ss. Risoluzione dei conflitti secondo un'idea di giustizia suggerita dal concreto assetto dei valori. In quest'ottica, pertanto, compito del diritto è quello di rispondere alla richiesta di giustizia che proviene dal caso concreto. Ciò lo differenzia dalla politica, che diversamente guarda alla giustizia delle istituzioni e della società in generale. Si v. F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, cit., p. 1 ss.

¹¹² Una società esiste nel momento in cui un individuo è disposto a sopportare un sacrificio in favore dell'altro. In particolare, nel momento in cui sia disposto a rinunciare alla violenza come strumento per far valere le proprie ragioni. Tale predisposizione alla rinuncia in favore del prossimo, o se si preferisce, del quieto vivere comune, costituisce il nucleo della solidarietà civile. La quale, peraltro, per sussistere concretamente necessita di forme che creino o implementino la coesione sociale. Ovverosia, che creino quella condizione nella quale un soggetto è portato a considerare l'altro non come un estraneo, o peggio un nemico, bensì come parte di una stessa comunità. In questo senso, la collocazione dei valori come sistema giustificativo dello strumento cui è attribuita la funzione di comporre i conflitti tra i consociati, ossia il diritto, costituisce una delle forme più significative attraverso cui implementare la coesione sociale. Difatti, solo la ragionevolezza della decisione, in quanto conforme a quelli che vengono considerati anche i propri valori, può portare all'accettazione da parte dell'individuo di una decisione che, seppur lesiva dei propri interessi concreti, si presenti come giusta, in quanto conforme al sistema valoriale che egli stesso condivide.

¹¹³ I valori etico-politici, proclamati dai diritti fondamentali, esprimono «la ragione sociale delle istituzioni politiche democratiche, cioè le finalità dell'artificio giuridico che rispetto ad

propulsore. Per questa ragione essa influenza la struttura e l'evoluzione del diritto, garantendone l'adeguamento alle proprie esigenze.

Questo germe grezzo da cui trae origine il diritto dovrà poi essere concretizzato attraverso la predisposizione di una specifica struttura (giuridica), che rispecchi e soddisfi i bisogni del contesto sociale. A tal fine, questa operazione può essere realizzata a partire dal dato positivo predisposto dal legislatore, che il giurista (la dottrina e la giurisprudenza in rapporto dialogico), sfruttando la sua fisiologica indeterminatezza, è chiamato a trasformare facendo uso della «sensibilità»¹¹⁴ che gli deriva dall'essere parte sia di quella stessa comunità sociale (c.d. punto di vista interno)¹¹⁵ che il diritto è chiamato a regolare, sia di quella tradizione che ha tramandato nei secoli un importante armamentario tecnico-giuridico a tal fine utilizzabile.

8. Segue: a) L'immaginario giuridico. Diritto e valori

I valori, per le ragioni poc'anzi evidenziate, assumono un ruolo fondamentale e prioritario. Difatti, la questione della giustificazione del diritto può essere sottaciuta rispetto a un diritto, per così dire, già giustificato, ossia fondato su un assetto di valori già preliminarmente enucleato e cristallizzato nel testo di una Carta costituzionale. La situazione muta radicalmente quando i sistemi valoriali di una data società divengono eterogenei, plurali e non più corrispondenti con quanto positivamente espresso o presupposto¹¹⁶. In uno scenario siffatto il diritto necessita di essere giustificato rispetto a ogni sua singola applicazione concreta¹¹⁷. Soltanto in questo modo, non venendo percepito come un

esse è un mezzo, e precisamente, uno strumento di garanzia». Così L. FERRAJOLI e J.R. MANERO, *Due modelli di costituzionalismo*, cit., p. 45.

¹¹⁴ Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, p. 6 ss. Si v. M. GRONDONA, *Fiducia nel diritto, fiducia nel giudice, teoria democratica (uno sguardo su Hayek: The political Order of a Free People)*, in C.A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESE (a cura di), *Ius Dicere in a Global World*, Roma, 2018, p. 296, in merito al problema della giurisdizione quale fattore di mediazione sociale e della connessione tra giudice e società, e tra diritto e cultura.

¹¹⁵ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 106 ss.

¹¹⁶ Cfr. L. MENGONI (in LIPARI pp. 303-304), «oggi il sistema dogmatico e scientifico del diritto positivo non ha più una funzione autofondante. Il problema della fondazione si ripropone come problema di comunicazione del sistema giuridico col suo ambiente, del quale la sfera morale-culturale è una componente essenziale. Dal rapporto tra comunità giuridica e contesto sociale discende inevitabilmente, al di là delle tensioni e contraddizioni del nostro tempo, una funzione stabilizzatrice nel rapporto tra diritto e valori con esito tanto più significativo nelle società pluralistiche dove il diritto dello stato non può optare per una determinata morale, ma può soltanto e deve rendere possibile la morale, rimettendo la determinazione ai processi di formazione del consenso sociale».

¹¹⁷ Giustificazione che non potrà calare dall'alto, da un rigido reticolato di norme generali, bensì dovrà salire dal basso, assumendo le forme necessarie a garantire la convivenza sociale, tenuto conto delle caratteristiche della comunità storicamente determinata che il diritto è chiamato a servire. Ciò è inevitabile rispetto a una galassia di valori i cui equilibri sono in continuo

corpo estraneo e oppressore, l'ordinamento giuridico verrà spontaneamente osservato.

Da qui la necessità di porre la questione dei valori, e del fondamentale ruolo giustificativo che si intende qui riconoscergli, come pregiudiziale rispetto a un qualsiasi discorso sul diritto.

Quando si attribuisce tale rilevanza ai valori, non ci si può esimere dal darne una definizione o chiarirne il significato¹¹⁸, pena l'arbitrarietà dell'intero discorso che su di essi si edifica. Peraltro, trattasi di un compito affatto agevole e non privo di insidie. Difficoltà fondamentale legate alla natura di tale concetto, ovverosia al suo carattere indeterminato e incerto, nonché alla possibilità che assuma una carica fortemente etica e morale. E ciò che caratterizza i concetti tipicamente etici è il fatto di non avere in sé alcun significato. Questi ultimi lo assumono in virtù della situazione a cui sono applicati e dipendono da una conoscenza di ciò che sono gli esseri umani, presi nel contesto delle loro attività di pensiero e di scelta¹¹⁹, in altri termini, nel loro «sentimento della vita»¹²⁰. Pertanto, quando si maneggiano concetti come quello di valore si finisce inevitabilmente per giungere a risultati relativi e variabili¹²¹.

Se non sembra percorribile la via della ricerca di una nozione universal-

mutamento, i quali, pertanto, non possono trovare rigida cristallizzazione nella legge. È necessario, in altri termini, uno strumento normativo che consenta l'adeguamento continuato e tempestivo rispetto al sistema di valori.

¹¹⁸ Considerata la dimensione e l'eterogeneità degli esiti, non è possibile riportare in questa sede il dibattito plurisecolare che si è svolto attorno alla questione. Si fa pertanto rinvio a R. TRENTIN, *Gli atteggiamenti sociali. Teoria e ricerca*, Torino, 1991, *passim*; M. ROKEACH, *The nature of human values*, New York, 1973, *passim*; M. WEBER, *Wirtschaft*, cit., *passim*; W.R. GOLDSCHMIDT, *Values and the field of comparative sociology*, in *American soc. rev.*, 1953, p. 287 ss.; E.M. ALBERT, *The classification of values. A method and illustration*, in *American anthropologist*, 1956, p. 221 ss.; V.J.W. DETH, E. SCARBROUGH, *The impact of values*, Oxford, 1995, *passim*; É. DURKHEIM, *L'éducation morale*, 1925, trad. it., *L'educazione morale*, Roma, 1974, *passim*; J. HABERMAS, *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*, Frankfurt a.M., 1976, trad. it., *Per la ricostruzione del materialismo storico*, Milano, 1979, *passim*; C. KLUCKHOHN, *Towards a comparison of value-emphases in different cultures*, in L.D. WHITE (a cura di), *The state of the social sciences*, Chicago, 1956, p. 116 ss.; M. OSSOWSKA, *Social determinants of moral ideas*, London, 1971, *passim*.

¹¹⁹ G.E.M. ANSCOMBE, *Modern moral philosophy*, in *Ethics, Religion and politics. Collected philosophical papers*, III, Minneapolis, 1981, p. 32 ss.; P. GEACH, *Good and evil*, in *Analysis*, XVII, 1956, p. 33 ss.

¹²⁰ «L'uomo non ha della vita un'idea, una nozione assoluta, bensì un sentimento mutabile e vario, secondo i tempi, i casi e la fortuna» così L. PIRANDELLO, *L'umorismo*, in M. LO VECCHIO MUSTI (a cura di), *Saggi*, Milano, 1952, p. 180. Cosicché, noi apprendiamo e conosciamo il diritto per come ci appare, a seconda della nostra educazione, della nostra mentalità e della situazione in cui ci troviamo. In altri termini, noi apprendiamo attraverso quello che è il nostro «sentimento della vita».

¹²¹ *Contra* I. BERLIN, *The Crooked Timber of Humanity*, cit., p. 80 ss. L' A. ritiene che i valori siano dotati di una loro oggettività e che possano conseguentemente essere oggetto di rilevazione empirica.

mente valida o anche solo oggettiva¹²², peraltro, è pur sempre possibile elaborarne una di tipo stipulativo¹²³. A tal fine, sono individuabili delle costanti nelle nozioni che sono andate succedendosi nel tempo. In particolare, sono due le caratteristiche che si è soliti ricondurre ai valori: il fatto di assumere una connotazione normativa¹²⁴, e quindi di possedere la capacità di orientare e guidare le scelte e le condotte umane; la circostanza di realizzarsi storicamente, ossia di connettersi a una determinata realtà sociale¹²⁵, mutando con essa¹²⁶, o meglio, con l'evoluzione dei suoi bisogni¹²⁷. A questi due caratteri se ne può aggiungere un terzo, generalmente sotto-inteso, ovverosia il fatto che i valori non coincidono perfettamente né con le regole o i parametri di condotta¹²⁸, né con i bisogni che a essi si ricollegano. In altre parole, si tratta di entità che necessitano di essere enucleate attraverso l'attività riflessiva dell'interprete¹²⁹. Da

¹²² Con la cesura illuministica, gli orientamenti (fatta eccezione per quelli legati al cristianesimo) relativi ai più svariati ambiti del sapere e della cultura europea, non riconoscono più valori assoluti e universali (F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit; unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1967, trad. it., *Storia del diritto privato moderno con particolare riferimento alla Germania*, Milano, 1967, *passim*). Sui diversi tentativi di fondare in maniera tendenzialmente oggettiva un sistema di valori si v. A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, cit., p. 302 ss.

¹²³ Ovverosia, individuare una definizione che presenti tutti gli elementi che sembrano caratterizzare il concetto di valore (le sue proprietà necessarie), limitatamente però a quei connotati che possano avere un qualche rilievo rispetto al discorso che si sta conducendo. Pertanto, una nozione strumentale allo studio e valida solo entro i confini e le finalità dello stesso. La quale, seppur con tutti i limiti del caso, consentirà la controllabilità dell'argomentazione impiegata.

¹²⁴ Cfr. B. STRAUB, *Zur Tyrannei der Werte*, Stuttgart, 2010, p. 73 ss.

¹²⁵ M. WEBER, *Wirtschaft*, cit., *passim*.

¹²⁶ R. INGLEHART, *The silent revolution. Changing values and political styles among Western publics*, 1977, trad. it., *La rivoluzione silenziosa*, Milano, 1983, *passim*; ID., *Culture shift in advanced industrial society*, 1990, trad. it., *Valori e cultura politica nella società industriale avanzata*, Torino, 1993, *passim*. L'A. evidenzia come nelle società industriali avanzate si sia verificato il passaggio da un sistema di «valori materialisti», che pongono l'accento sulla sicurezza fisica ed economica, ad un sistema di «valori postmaterialisti», che enfatizzano il senso di appartenenza, l'autorealizzazione e la qualità della vita. Cfr. L. SCIOLLA, voce *Valori*, in *Enc. Treccani delle scienze sociali*, VIII, Roma, 1998, p. 750 ss.

¹²⁷ Parla di valori in termini di «concezione del desiderabile», esplicita o implicita, C. KLUCKHOHN, *Values and value-orientations in the theory of action: an exploration in definition and classification*, in T. PARSONS, E. SHILS (a cura di), *Toward a general theory of action*, Cambridge, 1951, p. 395.

¹²⁸ Sull'irriducibilità dei valori al comportamento É. DURKHEIM, *Introduction à la morale*, in *Rev. phil.*, 1920, p. 79 ss.

¹²⁹ Cfr. A.O. HIRSCHMAN, *Against parsimony*, in *Economics and philosophy*, 1985, trad. it., *Contro la parsimonia: tre modi facili di complicare alcune categorie del discorso economico*, in *Come applicare l'economia*, Bologna, 1988, p. 422; R. DÖBERT, G. NUNNER-WINKLER, *Value change and morality*, in G. LINDT (a cura di), *Moral development and social environment*, Chicago, 1985, 125 ss. Gli Aa. evidenziano l'importanza del tipo di argomentazione che si utilizza per giustificare un valore (e la sua prevalenza su altri concorrenti) nell'evoluzione degli stessi in

questo punto di vista, pertanto, si tratta di beni ideali.

Sulla base di questi dati può perciò affermarsi che il valore nasce da una riflessione sopra il desiderabile. Ovverosia, si tratta di un bene ideale, dotato della capacità di orientare le condotte, che esprime il bisogno di appagamento di una o più esigenze¹³⁰. L'individuo aderisce a un dato valore, ossia a esso orienta il suo comportamento, in ragione di un determinato apparato argomentativo che, facendo leva su diversi fattori come la ragione, la cultura, la storia, elementi socio-economici, dinamiche sociali, sentimenti, ecc., lo faccia apparire condivisibile (o meglio, desiderabile).

Con l'attività riflessiva sul valore (o meglio, sulla sua esistenza) può farsi coincidere la sua creazione. Difatti, un valore può esistere in potenza, ma per emergere, per esplicare a pieno il suo potenziale e la sua capacità orientatrice di condotte, ha bisogno di essere enucleato dall'interprete. Tale attività ricopre un ruolo centrale nel processo di rilevazione del sistema valoriale, potendo giungere sino alla teorizzazione di valori che la società ancora non ritiene di avere o non percepisce come propri¹³¹.

Il collegamento esistente tra valori e bisogni (attuali o potenziali) della società è di grande importanza per una duplice ragione.

In primo luogo, una volta individuata la conservazione della convivenza pacifica della società quale ragion d'essere dell'ordinamento – dà realizzare attraverso la valorizzazione dei suoi bisogni e di ciò che per essa è importante – diviene automatica l'elezione dei valori come sistema giustificativo del diritto.

In secondo luogo, assumendo una nozione di valore espressa in termini di desiderabilità dell'appagamento di un bisogno, l'interesse può essere ricostruito come una specifica declinazione nel caso concreto di uno o più valori. In altri termini, come il tentativo da parte dell'individuo di affermare il proprio assetto di valori. Pertanto, se l'interesse è la concreta affermazione imperativa di uno o più valori, il giudice per risolvere la controversia dovrà rivolgersi prioritariamente ai singoli interessi coinvolti, e successivamente dovrà comporne il conflitto non limitandosi al solo diritto vigente, bensì guardando al di-

un dato contesto sociale. In particolare, l'affermarsi o meno di un valore, in luogo di un altro, sarebbe strettamente legato all'efficacia dell'argomentazione utilizzata nelle controversie pubbliche per risolvere questioni morali. Cfr. R. BOUDON, *Le juste et le vrai. Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, 1995, trad. it., *Il vero e il giusto*, Bologna, 1997, p. 205.

¹³⁰ Difatti, «il valore di una cosa è dato dalla sua desiderabilità». Così C.V. EHRENFELS, *System der Werttheorie*, Leipzig, 1897, p. 53.

¹³¹ Una parziale conferma di questa nozione può rinvenirsi in quegli studi comparativi dei sistemi valoriali dei paesi occidentali che mostrano un mutamento degli stessi con l'avvento degli anni del benessere economico. A partire dai quali il soddisfacimento dei bisogni primari di sussistenza ha consentito, a differenze delle generazioni precedenti, l'affermarsi di orientamenti volti al soddisfacimento di bisogni secondari, quali il bisogno di cultura e di una migliore qualità della vita. Cfr. R. INGLEHART, *The silent revolution*, cit., *passim*; ID., *Culture shift in advanced industrial society*, cit., *passim*; L. SCIOLLA, *Valori*, cit., p. 750 ss.

ritto vivente. Ossia, fornendo un'interpretazione e applicazione del diritto positivo, attraverso l'uso dei meccanismi normativi che consentono la penetrazione nel mondo giuridico dei valori¹³², conforme al sistema valoriale condiviso nello specifico contesto storico-sociale in cui si è verificato il conflitto, secondo la rilevanza suggerita dal caso concreto¹³³. In tal modo, venendosi a configurare un diritto che, lungi dallo scendere dall'alto, salga dal basso.

Questa è il presupposto necessario affinché la decisione giudiziale risulti «giusta» (in quanto ragionevole e condivisibile) rispetto allo specifico marco sociale di riferimento e, pertanto, vincolante in quanto giustificata. Questa, in altre parole, è la condizione ultima affinché non si produca quel divorzio tra diritto e società che sembra da tempo in procinto di realizzarsi.

9. *Segue: b*) L'immaginario giuridico. Valori e principi

«Il valore copre di sé qualsiasi azione e interesse corrispondente. Il più nobile valore può giustificare la più abietta delle azioni»¹³⁴. Difatti, pur avendo carattere normativo, ovverosia la capacità di orientare le condotte, i valori non hanno un contenuto normativo¹³⁵, bensì, al contrario, sono caratterizzati da una propensione totalitaria¹³⁶, facendo appello esclusivamente all'agire sen-

¹³² Data questa nozione di valore è possibile osservare come norme, principi, clausole generali, diritti fondamentali appaiano tutti come tecniche differenti per soddisfare i bisogni connessi ad un determinato sistema valoriale, orientando le condotte secondo le regole di comportamento riconducibili ai valori. In quest'ottica, pertanto, la differenza tra tali tecniche di normazione va precisamente individuata nelle diverse modalità con cui esse svolgono questo compito. In particolare, se le norme sembrano incorporare uno o più valori in maniera tendenzialmente rigida, ovverosia in accordanza con il sistema di valori che il legislatore ha inteso realizzare, altre tecniche (come i principi, le clausole generali, ecc.) sembrano invece rimettere, in maniera più o meno elastica, all'interprete il compito di realizzare un assetto di valori non prestabilito. A questo fine, inoltre, sembrano rispondere anche alcuni istituti giuridici, come l'interpretazione e l'eterointegrazione, i quali consentono all'interprete di adeguare l'assetto di valori sottostanti alla normazione ai cambiamenti sociali, oppure aprono (come il caso dell'eterointegrazione) il diritto all'ingresso di assetti valoriali non considerati dal legislatore.

¹³³ «Nel caso concreto, bisogna prescindere dall'esattezza rigorosa della legge». Così H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 369 ss. Come noto, l'A., rifacendosi alla tesi di Aristotele sull'equità come giustizia del caso concreto contrapposta all'inflessibilità della legge, adotta una concezione del diritto quale risultato di un'attività interpretativa creativa e volta al perfezionamento della legge, finalizzata alla ricerca della giustizia nel caso concreto.

¹³⁴ Così G. ZAGREBELSKY, *Diritto per*, cit., p. 872.

¹³⁵ «L'agire e il giudicare "per valori" sono infatti refrattari a criteri regolativi e delimitativi oggettivi, non essendo riconducibili a ragioni razionalmente controllabili». Così G. ZAGREBELSKY, *o.u.c.*, p. 872.

¹³⁶ E. FORSTHOFF, *Das Umbildung des Verfassungsgesetzes*, in *Festschrift für Carl Schmitt*, 1959, p. 35 ss.; C. SCHMITT, *Die Tyranne der Werte*, cit., p. 16 ss.; J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 309 ss.

tito soggettivamente¹³⁷. Ovverosia, nella logica dei valori manca la mediazione con altri valori antagonisti, nonché la possibilità di un soddisfacimento parziale. Con i rischi conseguenti in termini di oppressione e annientamento del pluralismo. Per questa ragione i valori, di per sé, non posso trovare accesso diretto alla regolazione del comune vivere sociale. Necessitano di giuridicizzazione¹³⁸, ovverosia di essere tradotti in diritto, secondo le diverse strutture possibili, in particolare principi, regole (incluso quel particolare ibrido costituito dalle clausole generali)¹³⁹, nonché diritti fondamentali¹⁴⁰.

La relazione più stretta con i valori (salvo quanto si dirà riguardo ai diritti fondamentali)¹⁴¹ la si incontra nei principi¹⁴². Difatti, in entrambi i casi si tratta di criteri in grado di giustificare una determinata condotta, volta al soddisfacimento di un bisogno. Peraltro, con il principio, in quanto dotato di contenuto normativo, l'agire e il giudicare sono «intrinsecamente regolati e delimitati dal principio medesimo di cui sono conseguenza»¹⁴³. Ragion per cui, il principio fornisce quei parametri che consentono di realizzare i valori, ma, allo stesso tempo, rendendoli capaci di dar forma alla convivenza civile di un determinato popolo¹⁴⁴, invece che distruggerla.

Ben meno incisiva è la relazione tra regole e valori. Difatti, mentre il principio indica una direzione, senza però indicare le modalità attraverso cui realizzare il sistema di valori, diversamente le regole, in quanto norme con fattispecie, cristallizzano in maniera rigida le azioni o decisioni attraverso cui realizzare il valore. In altri termini, «ai principi si aderisce», perciò è importante comprendere il mondo di valori di cui sono parte, al quale le parole non fanno che una semplice allusione. Mentre «alle regole si ubbidisce», pertanto è im-

¹³⁷ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 873.

¹³⁸ O, se si preferisce, «urbanizzati». Così F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, cit., p. 6.

¹³⁹ Come osserva R. DWORKIN, difatti, una regola può trasformarsi in principio semplicemente aggiungendole clausole come «ragionevolmente», «di norma», «per quanto è lecito aspettarsi», «buona fede», «negligente», «ingiusto», «irrelevante o insignificante». G. ZAGREBELSKY, *o.u.c.*, p. 895.

¹⁴⁰ Come correttamente chiarito, sullo sfondo della relazione tra valori e strutture normative sono in gioco questioni capitali come la concezione di diritto, la democrazia e la separazione dei poteri. Così G. ZAGREBELSKY, *o.u.c.*, p. 872.

¹⁴¹ Si v. L. FERRAJOLI e J.R. MANERO, *Due modelli di costituzionalismo*, cit., p. 45, secondo l'A. «la formulazione delle norme costituzionali nella forma dei diritti anziché degli imperativi vale ad esprimere in maniera assai più esplicita e diretta i valori etico-politici da esse proclamati e le clausole del patto costituzionale».

¹⁴² «I principi sono la forma in cui si esprimono giuridicamente le società plurali del nostro tempo». Così G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 879 ss.

¹⁴³ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 873. L'A. chiarisce come valori e principi abbiano in comune il nucleo, coincidente con i beni ai quali fanno riferimento. Difatti, uno stesso bene può essere trattato come valore o come principio, peraltro, con esiti diametralmente opposti.

¹⁴⁴ Cfr. F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, cit., p. 6 ss., «I principi non indicano cosa fare, ma che bisogna rispettare determinati valori in tutto ciò che s'intende fare».

portante stabilire con precisione i precetti che il legislatore enuncia per mezzo delle formulazioni che le contengono¹⁴⁵. Ciò comporta che, mentre il principio conserva un contenuto fortemente valoriale – consentendo il costante adattamento rispetto alle particolari modalità attraverso cui l'assetto di valori si presenta nel caso concreto, nonché alle inevitabili e continue evoluzioni socio-culturali che lo investono – lo stesso non vale per la regola. In quanto, dal momento della positivizzazione della stessa si realizza un distanziamento, senonché una cesura, dai valori che intende realizzare, in quanto già oggetto di valutazione da parte del legislatore.

Per questa ragione, il fine della conservazione della coesistenza pacifica della società – sul quale si fonda il concetto di giustizia, da intendersi come conformità rispetto all'assetto valoriale in essere – impone l'instaurazione di una relazione tra principi e regole¹⁴⁶. Ovverosia, il fondamento stesso del diritto assegna al principio anche¹⁴⁷ il compito di garantire un collegamento tra regole e valori. Pertanto, non c'è regola che non risponda a un principio e non c'è principio che non si colleghi a un valore. La rottura di questa catena¹⁴⁸, «costitutiva della validità del diritto»¹⁴⁹, comporta la mancanza di giustificazione della regola in quanto intrinsecamente irragionevole, arbitraria o manifestamente ingiusta¹⁵⁰.

Il mosaico sin qui delineato si completa con i diritti fondamentali¹⁵¹. Pre-

¹⁴⁵ Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 149.

¹⁴⁶ «Non c'è regola che non risponda a un principio e non c'è principio che non si colleghi a un valore. Il principio è il *medium* nel quale troviamo un'apertura morale al valore e un'apertura pratica alla regola». G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 877. Cfr. K. LARENZ, *Derecho justo. fundamentos de ética jurídica*, Madrid, 1993, p. 32 ss.

¹⁴⁷ Come noto, anche i principi, proprio come le regole, sono norme, anche se sprovviste di fattispecie. In quanto tali, non svolgono solo questa funzione di raccordo, bensì sono anche direttamente applicabili al caso concreto. Anche se, a tal fine, necessitano di concretizzazione, ovverosia di essere ridotte a una formula che contenga una fattispecie riferibile a un accadimento storico e la conseguenza che ne deve derivare. In conclusione, in un ordinamento giuridico, il principio opera spesso congiuntamente o parallelamente alla regola. G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 876 ss. Cfr. K. LARENZ, *Derecho justo*, cit., p. 32 ss.

¹⁴⁸ Come nel caso in cui un regola contraddica o sia sprovvista di un principio che la giustifichi, o in cui un principio risulti incompatibile con il sistema di valori vigente.

¹⁴⁹ G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 877.

¹⁵⁰ G. ZAGREBELSKY, *o.u.c.*, p. 877, evidenzia come tali espressioni vengano ormai poste regolarmente dalla Corte Costituzionale alla base di cesure di costituzionalità delle leggi. Si v. R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit., *passim*; Id., *On Necessary Relations Between Law and Morality*, in *Ratio Juris*, 1989, p. 167 ss.

¹⁵¹ Il massiccio ingresso negli ordinamenti giuridici dei diritti umani è una delle più importanti novità che caratterizzano il diritto contemporaneo, imponendo un ripensamento radicale della cultura giuridica. In particolare, l'approccio interpretativo dei diritti umani si comunica a tutto il diritto positivo e contribuisce a rimodellarne il concetto generale. Difatti, l'opera di concretizzazione di questi diritti, la loro implementazione e operatività nell'ordinamento, si risolve necessariamente in un dibattito sulle ragioni che rendono fondamentali certi diritti. Di conse-

mettendo che tali figure verranno delineate nella fase finale dello studio¹⁵², in quanto le questioni relative alla loro struttura e funzione sono strettamente legate al tema del loro intervento integrativo nel regolamento contrattuale, conviene in questa sede accennare solo ad alcuni interrogativi relazionati con la ricostruzione di queste entità giuridiche.

In particolare, è necessario comprendere se si tratti di figure con le caratteristiche, e quindi riconducibili, ai principi o alle regole, o se diversamente si pongano come *tertium genus*. In una prospettiva esclusivamente descrittiva, si può anticipare che sembra innegabile la circostanza che essi presentino analogie con entrambe le figure. In particolare, una stretta e mobile relazione con il sistema valoriale, l'indeterminatezza a priori dei mezzi che ne assicurano la concretizzazione¹⁵³, il fatto di essere diritti che non implicano necessariamente una relazione fra due persone, e, infine, la mancata correlazione tra diritto e dovere.

Ciò detto, in questa fase dello studio interessa principalmente l'affinità che i diritti fondamentali presentano rispetto a una particolare categoria di principi, quelli costituzionali¹⁵⁴. Difatti, in entrambi i casi¹⁵⁵ si tratta della giuridificazione non di valori qualsiasi, bensì di valori fondamentali e irrinunciabili ai fini della pacifica convivenza della società. In altri termini, di quei valori che vanno a formare (o meglio, che sono diretta espressione di) quella che è stata definita la «costituzione materiale»¹⁵⁶ dell'ordinamento giuridico.

guenza, grazie all'influenza di questi corpi giuridici, la prescrizione giuridica dipende sempre più dalla solidità delle ragioni (relative a fatti o a valori) su cui poggia e sempre meno dalla forza imperativa dell'autorità. Si v. F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, cit., p. 2 ss.; ID., voce *Diritti umani*, in *Enciclopedia filosofica*, III, Milano, 2006, p. 2931 ss.

¹⁵² Cap. VI, §§ 5,6 e 7.

¹⁵³ Difatti, la forma di potere che i diritti fondamentali attribuiscono deriva dal tipo di ragione alla base del loro riconoscimento, il quanto il relativo potere deve essere in grado di soddisfare le finalità per cui è attribuito. F. VIOLA, voce *Diritti umani*, cit., p. 2931 ss.

¹⁵⁴ I principi costituzionali e la loro pluralità riflettono una situazione storico-sociale in cui un'unità sociale non è data, ma è problematica e l'accentuata distanza politica, economica e culturale delle componenti della società richiede di essere riconosciuta e garantita costituzionalmente contro la forza della maggioranza. Essi non producono un'unità staticamente realizzata, ma un'unità da realizzarsi dinamicamente. In altri termini, rispetto al passato ove tali principi svolgevano un «compito riassuntivo» dell'unità logica dell'ordinamento, oggi sono chiamati a svolgere un «compito costitutivo» dell'unità, per così dire, dialogica del diritto delle società complesse, rette nelle forme dello stato costituzionale. Così G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 880. Cfr. K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1982, p. 127 ss.; E. DENNINGER, *Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe*, in *Festschrift für Rudolf Wassermann*, Frankfurt a. Main, 1985, p. 279 ss.

¹⁵⁵ In entrambi i casi si tratta di figure giuridiche poste a concretizzazione di valori fondamentali sostanzialmente legati alla persona. Peraltro, nei diritti fondamentali tale relazione è ben più stretta, ovverosia il valore non si presenta mediato da altri valori riconducibili alla persona solo indirettamente.

10. *Segue: c) L'immaginario giuridico. Funzione, giustizia e ragionevolezza*

Quanto sin qui delineato riguardo l'immaginario giuridico da adottare conduce conseguenzialmente a un primo punto di sintesi. Il diritto è un concetto interpretativo¹⁵⁷, aperto alla controversia e alla discussione. Assume forme diverse a seconda del contesto ed è soggetto a differenti canoni o criteri, giacché questi dipendono dalle diverse attività entro le quali si svolge o alle quali si applica. Peraltro, ciò non comporta *caos*, incertezza, arbitrio. Difatti, il diritto non si esaurisce in un insieme di norme, oltre a esse si rinvencono i diritti fondamentali e i principi. Questi ultimi, in particolar modo la proporzionalità e la ragionevolezza, tengono insieme l'ordinamento come sistema di «certezze»¹⁵⁸. La loro origine, come criteri di diritto, non si ritrova nella decisione concreta di un giudice o di un legislatore, bensì in un senso di ragionevolezza che si è fissato nella pratica dei giuristi e dei cittadini nel corso del tempo¹⁵⁹.

Ciò che distingue il diritto da altri sistemi (economico, culturale, politico) è la sua funzione¹⁶⁰, tradizionalmente identificata nella disciplina della composizione dei conflitti¹⁶¹, finalizzata alla conservazione della convivenza pacifica della società. Proprio quest'ultima finalità impone che i conflitti non vengano ricomposti in un modo qualsiasi, bensì secondo una determinata idea di giustizia. La quale, per le ragioni sin qui esposte, trova la propria anima in quel complesso di valori fondamentali¹⁶² che danno corpo all'identità di una data comunità in un dato momento storico. Nel contesto italiano del secondo dopoguerra, tali valori fondamentali furono accolti nella Carta Costituzionale¹⁶³. Quest'ultima, come noto, è un prodotto culturale¹⁶⁴, si limita a recepire certi valori fondamentali, rendendoli capaci di dar forma alla convivenza civile di

¹⁵⁶ C. MORTATI, voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 162 ss. Cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 72 ss. L'A. riprendendo, soltanto in parte le parole di Mortati, parla di «ordine fondamentale intrinseco di una società, che è ordine e che è fondamentale perché è lo strato di valori che sorregge tutto l'edificio costituzionale. Che riesce a costituirlo. Strato non estraneo all'edificio, che lo fonda e ne garantisce l'autosufficienza».

¹⁵⁷ R. DWORKIN, *Law's Empire*, London, 1986, p. 31 ss.

¹⁵⁸ Cfr. J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo*, cit., p. 22 ss.

¹⁵⁹ R. DWORKIN, *The model of rules*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 1967, p. 41.

¹⁶⁰ N. BOBBIO, *Dalla Struttura alla funzione*, cit., p. 8 ss.

¹⁶¹ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., p. 124 ss.

¹⁶² Cfr. L. FERRAJOLI e J.R. MANERO, *Due modelli di costituzionalismo*, cit., p. 53. In particolare, MANERO afferma che «i valori che informano i nostri ordinamenti non consistono nella verità, bensì in fondamenti etico-politici o di giustizia».

¹⁶³ «Alla sovranità dello Stato si è sostituita la sovranità della Costituzione». Così F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 47. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 8 ss.

¹⁶⁴ P. HÄBERLE, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, 1996, Roma, 2001, *passim*.

una determinata comunità. Ma non è padrone di essi, non li domina¹⁶⁵. In altri termini, si tratta di un atto di positivizzazione, e, come tale, necessita di essere storicizzato¹⁶⁶.

Un atteggiamento differente, orientato alla difesa dell'immutabile cristallizzazione di quanto recepito nel testo Costituzionale, porterebbe alla chiusura dell'ordinamento e vi introdurrebbe un grave elemento di contraddizione e incongruenza. Difatti, così operando si ostacolerebbe lo sviluppo del diritto secondo quella stessa idea di giustizia che pur aveva giustificato l'adozione di una costituzione rigida¹⁶⁷.

La legge costituzionale non è un insieme di precetti che regolano la condotta dei consociati, è una norma fondamentale della convivenza civile¹⁶⁸. In quanto tale, deve essere intesa in senso «aperto»¹⁶⁹. Ovverosia, come un insieme di materiali, la cui combinazione e costruzione in concreto dipende da una politica costituzionale¹⁷⁰ che consenta il mantenimento del pluralismo dei valori, nella prospettiva della sopravvivenza pacifica di una determinata società in un dato momento storico¹⁷¹.

Ne risulta un'idea di giustizia, espressione della finalità da ultimo indicata, caratterizzata da una sostanza estremamente dinamica e flessibile, a causa dei connotati della società nella quale viene a concretizzarsi. Ragion per cui, diviene fondamentale l'individuazione di un criterio che possa conferirle forma e struttura. Ovverosia, un principio c.d. ordinatore che, guidando l'interpretazione (e l'applicazione) del diritto, gli conferisca quel carattere di tendenziale oggettività e coerenza che faccia apparire l'attività giustificativa impiegata corretta agli occhi della comunità¹⁷², in quanto conforme ai valori fondamentali che la qualificano.

¹⁶⁵ Cfr. F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, cit., p. 8.

¹⁶⁶ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Dubbi sulla costituzione*, in *Opere*, Milano, 1959, p. 108, «una costituzione per essere tale deve essere proprio l'effetto e l'atto di un comune potente vissuto pensiero».

¹⁶⁷ Cfr. A. GAMBARO, *Alcuni problemi in tema di diritto e giustizia nella tradizione giuridica occidentale*, in J. DERRIDA e G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, 1998, p. 63 ss.; F. VIOLA, *o.u.c.*, p. 5 ss.

¹⁶⁸ F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, cit., p. 6; «la costituzione deve essere il centro, il punto fermo attorno a cui si deve raccogliere, e trovare unità e sostegno, la infinita mobilità della vita storica di un popolo». Così G. CAPOGRASSI, *Dubbi sulla costituzione*, cit., p. 107.

¹⁶⁹ Nel senso dell'assunzione del pluralismo nelle forme di una costituzione democratica. così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 10.

¹⁷⁰ Cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 31 ss., «la giustizia costituzionale [...] consiste anche nel render conto di questi valori inespressi che costituiscono le ragioni di un intero ordine giuridico».

¹⁷¹ Questa è la condizione di sopravvivenza delle attuali società pluraliste. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 8 ss.

¹⁷² Il riferimento è alle note teorie sull'argomentazione giuridica, in particolare a quella elaborata da R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., p. 1 ss.

Imprescindibile affinché tale operazione riesca è che il giurista vivifichi la conoscenza del diritto vigente con la partecipazione alla vita della cultura nella società in cui opera¹⁷³. I principi che maneggia costituiscono esattamente il ponte tra sfera giuridica e sfera sociale. Tra questi, un rilievo speciale va riconosciuto al principio di ragionevolezza¹⁷⁴, in quanto garante della concordanza tra il diritto e la gerarchia mobile dei valori della Costituzione materiale, così come suggerita di volta in volta dal caso concreto. In altri termini, la ragionevolezza, in combinata azione con l'uguaglianza e la proporzionalità, assicura la giustizia del diritto, scongiurandone il divorzio dalla società. Pertanto, merita di essere considerata il vero nucleo principalista della costruzione giuridica.

11. Segue: d) L'immaginario giuridico. Il punto di vista dello spazio giuridico euro-italiano e dell'ordinamento del caso concreto

Sin qui si è cercato di porre l'accento sull'importanza di andare oltre la costituzione formale, nell'ottica della valorizzazione di quella che è stata definita costituzione materiale. Con tale immagine si è soliti far riferimento a un qualcosa di presupposto e fondante il testo costituzionale. Un'entità sottratta alla decisione politica e vero fondamento giuridico dell'ordinamento, in quanto culturalmente legata alla società di cui deve garantire la sopravvivenza pacifica¹⁷⁵. In questo senso, pertanto, essa non è strettamente legata a un contesto prettamente statale, bensì a una determinata comunità di persone. Conseguentemente, uno studio che intenda adottare il concetto di costituzione materiale come categoria del proprio discorso, non potendo appoggiarsi sui comodi (ma ormai desueti) steccati dello Stato, deve gioco forza relazionarsi con il problema dell'individuazione del contesto sociale di riferimento, a partire dal quale ricostruire l'ordinamento confacente all'immaginario giuridico in divenire.

¹⁷³ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, cit., p. 886.

¹⁷⁴ In combinata azione con i principi di proporzionalità e uguaglianza. I tre principi garantiscono la parità di trattamento in situazioni eguali, la diversità di trattamento in casi eterogenei e l'aderenza ai valori di fondo di un dato ordinamento giuridico. Cfr. H.L.A. HART, *The concept of law*, cit., p. 185 ss. Cfr. S. COGNETTI, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 202, il quale richiama il pensiero di R. ALEXY, *Ragionevolezza nel diritto costituzionale*, cit., p. 151 ss. L'A. afferma che «mentre la ragione detta culturalmente i parametri applicativi di ogni regola astratta, la proporzione utilizza tecnicamente quei parametri per misurare in modo lineare e neutrale le distanze tra i rispettivi destinatari di ogni regola». Sulla ragionevolezza, si v. A. RUGGERI, *Ragionevolezza e valori attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2001, p. 567 ss.; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel diritto costituzionale*, Milano, 2000, *passim*.

¹⁷⁵ Cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 31 ss., «la Costituzione preesiste alle istituzioni del potere; essa, infatti, esiste prima di essere scritta, fatto originario della comunità radicato negli strati più profondi di essa, che trova nei centotrentanove articoli unicamente una manifestazione».

In quest'ottica, l'attuale sistema di fonti italiano¹⁷⁶ impedisce di fare riferimento al solo contesto nazionale¹⁷⁷. In quanto l'integrazione con l'ordinamento dell'Unione Europea è tale da far ritenere che dinanzi si stagli un solo ordinamento giuridico¹⁷⁸, seppur di nuovo genere¹⁷⁹, in quanto estremamente complesso, variegato e pluralista¹⁸⁰. La vera questione, peraltro, è scegliere un punto di vista a partire dal quale ricostruire questo (che, più propriamente, dovrebbe essere definito) «spazio giuridico»¹⁸¹.

In questo senso, sembrano due le possibilità, riassumibili con le formule «ordinamento italo-comunitario»¹⁸² e «ordinamento euro-italiano». Con le quali, in questa sede, si intende porre in evidenza una prospettiva che ricostruisca l'ordinamento italiano come integrato da quello europeo (ordinamento italo-comunitario) o, viceversa, uno scenario in cui l'ordinamento italiano si presenti come parte e peculiare manifestazione dell'ordinamento comunitario

¹⁷⁶ Ciò, come noto, quale conseguenza del processo di integrazione nell'Unione Europea, sviluppatosi, in una prima fase, sotto il cappello dell'art. 11 cost., per poi trovare una copertura più esplicita con il modificato art. 117, comma 1, cost.

¹⁷⁷ «[...] al giurista oggi s'impone la responsabilità politica di adeguare il proprio ordinamento in senso europeo [...]. Non sarebbe corretto sottovalutare la portata precettiva delle norme richiamate come non sarebbe corretto ignorare le istanze di metodo che esse impongono. Di qui la necessità di una cultura transnazionale». Così G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim.*, 1998, p. 20; Si v. anche G. GORLA, *Unificazione legislativa e unificazione giurisprudenziale. L'esperienza del diritto comune*, in *Foro it.*, 1977, IV, p. 92 ss.

¹⁷⁸ La questione del rapporto tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario resta controversa. Si contrappongono principalmente teorie c.d. moniste (in questo senso Corte giust., 15 luglio 1964, c. 6/64, Costa, in *Racc.*, 1964, p. 1127 ss.) e teorie c.d. dualiste. Sul tema si v. L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti del diritto comunitario e fonti del diritto interno degli Stati membri*, in *Riv. trim.*, 1997, p. 523 ss. Diversamente A. CARRINO, *Sovranità e Costituzione nella crisi dello Stato moderno. Figure e momenti della scienza del diritto pubblico europeo*, Torino, 1998, p. 189, si esprime, sulla relazione tra i due ordinamenti, in termini di non integrabilità, in quanto l'ordinamento italiano è a vocazione generale, mentre quello comunitario è a vocazione settoriale. *Contra* L. TULLIO, *Dal sovrano alla sovranità. Stato e Costituzione nell'integrazione europea*, in O. BEAUD, *La potenza dello Stato*, Napoli, 2002, p. 483 ss.

¹⁷⁹ Corte giust., 5 febbraio 1963, c. 26/62, Van Gend en Loos, in *Racc.*, 1963, p. 3 ss., utilizza l'espressione «ordinamento giuridico di nuovo genere» per distinguere il diritto comunitario dal diritto internazionale.

¹⁸⁰ Si v. E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze e sovranità nell'esperienza giuridica dell'integrazione europea*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 74 ss.; A.J. ARNAUD, *Legal Pluralism and the Building of Europe*, in H. PETERSEN, H. ZAHLE (a cura di), *Legal Plurality: Consequences of Pluralism in the Law*, Adershot, 1995, p. 149 ss.; C. RICHMOND, *Preserving the Identity Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law*, in *Law phil.*, 1997, p. 377 ss.

¹⁸¹ C. HARDING, *The Identity of European Law: Mapping Out the European Legal Space*, in *Eur. L. J.*, 2000, p. 128 ss.; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma, 2003, *passim*.

¹⁸² P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, pp. 59 e 91 ss. In verità l'A., più che parlare di ordinamento (italo-comunitario) discorre di sistema di fonti. Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 428 ss.

nell'ambito della sotto-comunità italiana¹⁸³ (ordinamento euro-italiano).

Come anticipato, questa seconda soluzione sembra l'unica – in quanto registra e anticipa gli esiti di quel processo di disgregazione delle entità statali tuttora in corso – compatibile con l'immaginario sociale delineato precedentemente¹⁸⁴, e, in quanto tale, in questa sede è ad essa che occorre dare preferenza.

Un ordinamento (o meglio, spazio giuridico) siffatto presenta evidentemente molteplici difficoltà ricostruttive. Peraltro, ai fini delle problematiche che si fronteggeranno con il presente studio, interessa principalmente chiarire il movimento (ascensionale o discensionale) attraverso cui esso si forma e si sviluppa.

Sin qui è stata delineata una nozione di diritto come «ordinamento del caso concreto»¹⁸⁵. Ovverosia, come fenomeno che trova la propria essenza e il motore del proprio sviluppo nel momento della sua concretizzazione, coincidente con la decisione giudiziale. Un diritto che nasce dal basso, indirizzato dalle peculiarità del caso concreto (a cominciare dall'assetto di interessi in esso emergente), quale conseguenza della funzione di comporre conflitti secondo giustizia, garantendo la convivenza pacifica dei consociati. Esigenza quest'ultima che, in una società fortemente eterogenea e dinamica come quella contemporanea, non può essere soddisfatta a partire da una gerarchia rigida di valori calati dall'alto. Al contrario, la forte conflittualità e mutabilità degli stessi, impone che sia il caso concreto a suggerire di volta in volta quei punti di vista

¹⁸³ Cfr. E. DE MARCO, *La sovranità dello Stato tra pluralismo e integrazione sovranazionale*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, pp. 358 e 361 ss.; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali nell'integrazione comunitaria*, Torino, 1994, p. 189 ss.

¹⁸⁴ Difatti, l'Unione Europea è incompatibile con un modello di organizzazione della società e con un diritto di tipo statale. La ragione si rinviene nella sua complessa eterogeneità, nel raggruppare popoli, nazioni, culture estremamente differenziate e provviste di una propria cultura giuridica. Rispetto a uno scenario siffatto è preferibile un'organizzazione del potere a rete, non gerarchizzata, nonché un diritto a carattere tendenzialmente giurisprudenziale. Solo così l'ordinamento comunitario può svilupparsi in accordanza con la complessa società europea, differenziandosi al contatto con le diverse esperienze che connotano i vari territori dell'Unione. In questo modo, con un meccanismo di reciproca compenetrazione tra ordinamento comunitario e ordinamenti statali, il primo trae linfa dell'esperienza dei secondi (cfr. Corte cost., 30 marzo 1995, n. 94, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, p. 559 ss.; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 431 ss.), in forza dei richiami contenuti agli artt. 288, comma 2, Tratt. CE (principi generali comuni ai diritti degli Stati membri), 6, comma 2, Tratt. UE (tradizioni costituzionali comuni), manifestandosi in maniera differenziata nei vari contesti europei.

¹⁸⁵ H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 382; P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 298 ss.; ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 13; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, *passim*. Nella convinzione che il livello più adeguato per conoscere non sia quello generale e globale, ma quello della micro-prospettiva, del particolare. D.E. LITOWITZ, *Postmodern philosophy and law*, cit., *passim*.

e quegli interessi che consentono di gerarchizzarli¹⁸⁶.

Ne consegue un ordinamento giuridico europeo come sintesi dell'universo degli ordinamenti del caso concreto emergenti dalle singole decisioni pronunciate dai giudici europei, secondo contesti, diritti e sistemi valoriali non coincidenti. Uno spazio giuridico fortemente pluralista, in cui l'ordinamento italiano non rappresenta altro che una delle sue componenti emergenti dal basso. Un Sistema dotato di più equilibri, posti a differenti livelli (dall'ambito locale interno, a quello nazionale, a quello europeo), però pur sempre accomunati da un'unica logica, ovverosia quella della continua ricerca di un'unità dinamica del Tutto, coincidente con la fondamentale esigenza di garantire la coesistenza pacifica della società europea¹⁸⁷.

Questa scelta trova parziale conferma nella centralità assunta nell'ordinamento dell'Unione Europea, nonché in quelli nazionali, dal principio di sussidiarietà (verticale e orizzontale)¹⁸⁸. Difatti, come noto, tale principio rappresenta il fattore di stabilità posto alla base della costruzione giuridica comunitaria¹⁸⁹, in quanto garantisce un equilibrio multi-stabile e flessibile delle strutture decisionali. Per di più, per quel che qui interessa, alla sussidiarietà si riconosce un importante ruolo nel potenziamento della legittimazione dal basso del processo politico¹⁹⁰, proprio a ragione della preferenza da essa accordata all'intervento del potere (pubblico o privato) più vicino al caso concreto¹⁹¹.

Un ordinamento (o spazio giuridico) siffatto necessita di un fondamento giuridico forte, che possa compensare i presunti *deficit* democratici¹⁹² dell'in-

¹⁸⁶ Questo, come noto, è il tradizionale orientamento c.d. topico, in contrapposizione al normativismo. Si v. T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 1953, trad. it., *Topica e Giurisprudenza*, Milano, 1962, *passim*; J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, *passim*; C. PERELMAN, *Traité de l'argumentation*, Paris, 1958, *passim*.

¹⁸⁷ «Uniti nella diversità», recita il motto dell'Unione Europea.

¹⁸⁸ Si v. I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003, p. 1 ss.; D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008, p. 1 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 5 ss.; R. CARLEO, *Sussidiarietà verticale e orizzontale*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, I, p. 6 ss.

¹⁸⁹ M. FALCONE, *Il rafforzamento della legittimazione democratica dell'Unione: Il principio di sussidiarietà*, in *Sud in Europa*, 2010, in www.sudineuropa.net.

¹⁹⁰ P. RIDOLA, *Sussidiarietà e Democrazia*, in G. DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e Democrazia, esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2008, p. 27 ss.

¹⁹¹ Cfr. A. D'ATENA, *Dimensione e problemi sulla sussidiarietà*, in G. DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e Democrazia, esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2008, p. 30 ss.

¹⁹² Si v. Bverf, 12 ottobre 1993, in *Giur. cost.*, 1994, p. 677 ss. Peraltro, occorre precisare che si parla di *deficit* democratico dell'Unione Europea facendo riferimento alla concezione classica di democrazia, ovverosia come esercizio del potere politico a opera di una maggioranza di eletti dal popolo, e, in quanto tale, capaci di esprimerne la volontà. In verità, si tratta di un ideale democratico che si basa sulla concezione che i più condividano un'idea comune di giustizia (F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, Milano,

compiuto progetto politico. Proprio quest'esigenza latente, ma evidente, ha spinto il diritto europeo verso la formazione di una Costituzione materiale¹⁹³ – a compensazione della mancanza di una formale – forgiata sui valori fondamentali dell'Unione¹⁹⁴, nonché sui principi costituzionali nati in seno alle diverse tradizioni giuridiche nazionali.

In questo contesto, un ruolo di prim'ordine ai fini della legittimazione dell'ordinamento europeo va riconosciuto ai diritti fondamentali¹⁹⁵ e alle nuove concezioni di democrazia e sovranità che li vedono protagonisti¹⁹⁶. Difatti, i diritti fondamentali agiscono come fattori di integrazione politica e sociale,

2000, p. 386 ss.). Tale presupposto, come più volte evidenziato, è improponibile nelle moderne società pluraliste, e *a fortiori* nella società multinazionale europea. Si v. M. LOUGHLIN, «*Rights, Democracy, and Law*», in T. CAMPBELL, K. EWING, A. TOMKINS (a cura di), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, 1992, p. 42 ss., il quale chiarisce che «la democrazia deve essere qualcosa di più che un piccolo insieme di procedimenti politici fondamentali», in quanto il suo scopo è «fornire le condizioni per un pieno e libero sviluppo delle capacità umane essenziali di tutti i membri della società».

¹⁹³ Si v. J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999, *passim*; K.J. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, 2001, *passim*.

¹⁹⁴ Valori fondamentali che trovano espressione giuridica attraverso i diritti inviolabili della persona e i principi fondamentali, i quali non a caso costituiscono limite invalicabile all'azione del diritto comunitario. Si v. Corte cost., 24 aprile 1989, n. 232, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1001 ss.; Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 108 ss.; Corte cost., 29 dicembre 1995, n. 536, in *Giur. cost.*, 1995, p. 4459 ss.; Corte cost., 18 dicembre 1995, n. 509, in *Foro it.*, 1996, p. 784 ss. In Germania si v. BverfG, 22 ottobre 1986, caso Solange II, in *Eur.*, 1987, p. 51 ss. Sul tema si v. I. VIARENGO, *Diritto comunitario e valori fondamentali tra sindacato di costituzionalità e controllo di validità della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 367 ss.

¹⁹⁵ Difatti, i diritti e i principi fondamentali possono svolgere una duplice funzione: da un lato, impedendo la disintegrazione dell'ordinamento giuridico, guidandone viceversa l'integrazione attraverso la previsione di obiettivi e valori comuni da realizzare; dall'altro, garantendo un'evoluzione ordinata del diritto attraverso il dialogo che si instaura sulla protezione dei diritti e l'attuazione dei principi fondamentali. Si v. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, *passim*; G. PINO, «*La lotta per i diritti fondamentali in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*», in I. TRUJILLO, F. VIOLA (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, 2007, p. 109 ss.; G. ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, p. 34 ss., il quale precisa che «il discorso giuridico sull'Europa, da sempre recettivo nei confronti di tematiche giusnaturalistiche, inizia o, forse, ritorna a dire che il diritto, sia esso comunitario o statale, vale perché preordinato all'attuazione di certi diritti e principi fondamentali; ogni potere, a prescindere dalla sua collocazione nell'uno o nell'altro ordinamento, è soggetto al dovere inderogabile, prevalente su ogni altra considerazione, della loro protezione e attuazione. È ovvio che possano esserci prospettive divergenti su che cosa valga come principio fondamentale e su quale pretesa in conflitto debba prevalere perché “più fondamentale”. Ma è proprio questa la ragione per cui, si dice, la decisione sul conflitto deve in linea di massima valere solo per il caso deciso, come giudizio di bilanciamento sensibile alle circostanze di specie: per essere accettata dalle altre autorità, una decisione del genere deve essere sempre difettibile».

generando la percezione degli altri come uguali e il senso comune di appartenenza a una medesima comunità politica. Essi non traggono la loro legittimità dal consenso delle maggioranze, ma dalla garanzia di tutti. In quanto, la loro funzione non è quella di rappresentare la comune volontà di un popolo, bensì al contrario quella di garantire l'uguaglianza e la convivenza pacifica tra soggetti e interessi diversi e virtualmente in conflitto¹⁹⁷.

12. Diritti fondamentali dell'uomo, tutela del consumatore ed eterointegrazione del regolamento contrattuale

Uno spazio giuridico europeo fondato sul rispetto dei diritti fondamentali significa sostanzialmente porre l'esigenza di tutela e cura di queste peculiari situazioni giuridiche alla base dell'intera costruzione giuridica. Essa ne giustifica l'esistenza e ne guida gli sviluppi, garantendo un costante adeguamento rispetto alle trasformazioni del contesto sociale. Ragion per cui, qualsiasi attività ricompresa nell'ambito di questo spazio giuridico, per poter ambire alla

¹⁹⁶ La teoria democratica costruita attorno al principio di sovranità popolare (J.-J. ROUSSEAU, *Del contratto sociale*, 1762, trad. it., in P. ROSSI (a cura di), *Opere*, Firenze, 1972, *passim*), come noto, è stata oggetto, da più parti, di contestazione e revisione. Si v. J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, 1954, trad. it., Milano, 1955, *passim*; K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, 1945, trad. it., Roma, 1973, *passim*; G. MOSCA, *Elementi di scienza politica*, in ID., *Scritti politici*, Torino, 1982, p. 608 ss. In particolare, per quel che qui interessa, si è evidenziato come la maggioranza parlamentare democratica in realtà non esprima la volontà generale del popolo che l'ha eletta, in quanto quest'ultima non esiste (si v. in particolare J.A. SCHUMPETER, *o.u.c.*, p. 272 ss.). Partendo da tale critica le successive teorie democratiche si sono tendenzialmente polarizzate attorno a due modelli, centrati rispettivamente sul problema dell'allocazione delle scelte politiche (J.A. SCHUMPETER, *o.u.c.*, p. 272 ss.) e su quello della responsabilità di coloro che sono chiamati a compiere tali scelte (K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, cit., *passim*). Negli ultimi anni, diversamente, va affermandosi un modello di democrazia c.d. deliberativa, ovvero sia fondato sulla forza legittimante della formazione dell'opinione e della volontà di tipo discorsivo. Il quale, pertanto, non può non basarsi su un nucleo condiviso di principi sostanziali i quali garantiscono le libertà fondamentali e le condizioni oggettive per il congruo dispiegarsi della procedura dialogica. Così facendo, le teorie riconducibili a tale modello, istituiscono un nesso di co-originarietà tra principio democratico e diritti fondamentali. A. GUTMAN e D. THOMPSON, *Democracy and disagreement*, Cambridge, 1996, p. 52 ss.; J. FISHKIN e P. LASLETT, *Debating deliberative Democracy*, Oxford, 2003, *passim*; J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 147, «il principio democratico può presentarsi solo come nucleo di un sistema di diritti. La genesi logica di questi diritti forma un processo circolare, all'interno del quale il codice giuridico e il meccanismo generativo di diritto legittimo (cioè il principio democratico) si costituiscono fin dall'inizio co-originariamente». Sul tema A. LIPAHRT, *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 2001, *passim*; L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, *passim*; ID. e J.R. MANERO, *Due modelli di costituzionalismo*, cit., p. 19; S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 467 ss.

¹⁹⁷ Così L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, cit., p. 182.

«meritevolezza»¹⁹⁸, e, pertanto, alla giuridicità, deve in primo luogo essere diretta anche alla cura di questi diritti¹⁹⁹.

Tale pretesa costituisce un imperativo del Sistema, il quale accorda tutela giuridica (mettendo a disposizione il proprio armamentario coercitivo) solo a condizione che l'attività pubblica o privata contribuisca alla legittimazione dell'intero spazio giuridico, concretizzando quell'idea di giustizia che promana proprio da tali situazioni giuridiche fondamentali. Ragion per cui, tale imperativo si impone con la stessa forza in ogni articolazione dell'ordinamento, differenziando le forme della sua concreta manifestazione a seconda delle caratteristiche delle varie aree giuridiche. Per quel che qui interessa, occorrerà studiarne gli svolgimenti nell'ambito del diritto contrattuale²⁰⁰, e – utilizzando una formula di sintesi – in tal contesto potrà parlarsi di «giustizia contrattuale»²⁰¹.

¹⁹⁸ Non vi è unità di vedute in dottrina sull'ambito di operatività della clausola di meritevolezza (art. 1322, comma 2, c.c.), ovverosia se essa operi solo nell'area dei contratti atipici, oppure se costituisca una clausola generale che pervade di sé anche il campo dei contratti tipici. Per un'approfondita ricostruzione del dibattito sul tema v. R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, 3^a ed., Torino, 2004, p. 848 ss. Coerentemente con le premesse del discorso, nel presente contributo si accoglie una concezione della meritevolezza intesa come coerenza del regolamento di interessi con i valori espressi dalle fonti gerarchicamente sovraordinate. Tale elemento distingue l'impegno negoziale serio, e come tale meritevole di azionabilità, da quello che, seppur non illecito, si presenti capriccioso. (cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 338; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 190). Pertanto, non solo ogni contratto (tipico o atipico) è soggetto al giudizio di meritevolezza, ma anche ogni singola clausola contrattuale.

¹⁹⁹ Difatti, come anticipato, ciò che contraddistingue i diritti fondamentali è il loro contenuto fortemente morale. Il che comporta una logica applicativa differente a quella delle regole. Mentre queste ultime garantiscono uno spazio di intangibilità, individuando in negativo le condotte permesse in quanto non vietate, i diritti fondamentali indicano una direzione, un obiettivo, e impongono l'adozione di tutte le misure necessarie al suo raggiungimento. Pertanto, la loro logica impone l'adozione di condotte positive e non la semplice astensione.

²⁰⁰ A tal fine, punto di riferimento obbligato è la teoria della *Drittwirkung*. In merito alla quale v. H.C. NIPPERDEY, *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, in *Recht der Arbeit*, 1950, p. 121 ss.; Id., *Grundrechte und Privatrecht*, cit., *passim*; IPSE, *Gleichheit*, in NEUMANN, NIPPERDEY, SCHEUNER (Hg.), *Die Grundrechte*, Berlin, 1954, p. 111 ss.; W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., p. 312 ss.; A. BLECKMANN, *Neue Aspekte der Drittwirkung*, cit., p. 942 ss.; C. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law*, cit., p. 47 ss.; E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 878 ss.

²⁰¹ «Chi riflette sulla giustizia contrattuale si interroga sulla concezione di autonomia privata che prevale nel diritto contemporaneo». Così F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 233. Sul tema della giustizia contrattuale si v. R. SACCO, voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 2012, p. 534 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., *passim*; F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr./Eur.*, 2005, p. 509 ss.; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una riflessione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 599 ss.; A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p.

Affinché i diritti fondamentali possano svolgere la fondamentale funzione legittimante da ultimo accennata, è indispensabile provvedere alla loro effettiva realizzazione. Ovverosia, predisporre dei meccanismi che possano garantire in concreto l'inclusione nel diritto dei fondamentali valori etico-politici di cui sono espressione²⁰². In questo senso, lo spazio giuridico dell'Unione Europea è ben corredato di diritti fondamentali, però manca di leggi d'attuazione, ovverosia di garanzie, sia primarie che secondarie, degli stessi²⁰³. Ragion per cui, necessita di essere implementato attraverso l'impiego di tecniche che possano consentire nuove vie alla costituzionalizzazione del diritto²⁰⁴, attraverso un meccanismo che partendo dal caso concreto salga verso la ricerca di un equilibrio unitario. In tal modo, adeguando costantemente il concetto di giustizia contrattuale al comune sentire sociale e, di risulta, scongiurando il di-

625 ss.; E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 411 ss.; A. BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, Milano, 1998, p. 11 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, *passim*; V. CALDERAI, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, Milano, 2014, p. 447 ss. Si v., infine, l'accurata analisi di M.W. HESSELINK, *Democratic Contract Law*, in *ERCL*, 2014, p. 81 ss., il quale raggruppa le varie teorie sulla giustizia contrattuale entro cinque concezioni alternative (*Libertarian theories, Utilitarian theories, Liberal-equalitarian theories, Communitarian or Traditional theories, Republican theories*).

²⁰² Come noto, questa operazione prende il nome di costituzionalizzazione del diritto. Le teorie c.d. costituzionalistiche del diritto, rifiutando le visioni che separano rigidamente diritto e morale, postulano un processo di inclusione dei contenuti morali nel diritto, attraverso l'azione dei principi e dei diritti inviolabili degli individui, che tal genere di contenuti esprimono. Si tratta in particolare delle teorie di R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., *passim*, e R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1992, *passim*; ID., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, 1978, *passim*. Per quel che concerne la costituzionalizzazione del diritto civile italiano si v., in particolare, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., *passim*; P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1988, p. 18 ss.

²⁰³ L. FERRAJOLI, *o.u.c.*, p. 183, parla della mancanza delle garanzie dei diritti fondamentali come di una caratteristica intrinseca degli stessi. Si v. anche ID., *Diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 28. Richiamando il pensiero dell'A. da ultimo citato E. NAVARRETTA [*Libertà fondamentali dell'U.E.*, cit., p. 880] evidenzia come «l'effettività nella tutela dei diritti fondamentali della persona si alimenta, nelle giurisprudenze nazionali, all'intollerabilità di quelle che FERRAJOLI definiva lacune nella loro garanzia e, dunque, è giustificata dal bisogno di assicurare a valori assiologicamente primari una difesa estesa ad ogni tipo di rapporto e di conflitto, senza che la loro tutela debba necessariamente attendere l'iniziativa legislativa degli Stati. La proiezione orizzontale dei diritti fondamentali della persona garantisce [...] «una doppia forza» a diritti, che sono la sola forza di chi è in posizione di debolezza».

²⁰⁴ V., in particolare, le dottrine appartenenti al c.d. neocostituzionalismo principalista. Tra le quali, soprattutto R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., *passim*; R. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., *passim*. Tali dottrine fanno riferimento a un costituzionalismo del diritto realizzato per il tramite dell'attività interpretativa. Peraltro, come si vedrà, quest'ultima se ben si presta all'inclusione nel diritto dei valori di cui sono espressione i principi, non garantisce lo stesso esito quando si tratta di diritti fondamentali, a ragione delle differenze ontologiche, strutturali e funzionali degli stessi.

vorzio tra diritto e società.

In questo scenario, la svalutazione del ruolo dello Stato²⁰⁵ e del suo diritto (la legge)²⁰⁶, nonché la sempre maggiore centralità ricoperta dal principio di sussidiarietà (orizzontale), spingono l'attenzione dell'interprete sulla c.d. legge privata²⁰⁷. Difatti, il contratto rappresenta uno di quei processi di costruzione spontanea del diritto in grado di garantire l'emersione non solo degli interessi che innervano il concreto della vita sociale²⁰⁸, ma anche la maniera secondo cui la comunità intende le relazioni giuridiche²⁰⁹.

Il punto, pertanto, consiste nel trovare una connessione tra regolamento contrattuale e diritti fondamentali, nell'ottica della legittimazione dello spazio giuridico.

Come si ricorderà, delineando l'immaginario sociale della ricerca, erano stati utilizzati i caratteri della pluralità e postmodernità. A ben vedere, il mosaico così delineato può essere ulteriormente arricchito aggregando anche la connotazione «consumistica»²¹⁰. Ovverosia, una società in cui il consumo ha acquistato una «importanza particolare, se non centrale, trasformandosi nello scopo stesso dell'esistenza»²¹¹. Peraltro, cos'è l'atto di consumo se non quell'attività economica che, non essendo diretta alla produzione di ricchezza, viene posta in essere dal consumatore al fine di realizzare la propria personalità, esercitando quelle libertà e quei diritti connessi con i propri bisogni materiali²¹².

²⁰⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 5 ss.

²⁰⁶ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., *passim*

²⁰⁷ Locuzione ormai diffusa per alludere al contratto, ricavata dalla formulazione dell'art. 1372 c.c., secondo il quale «il contratto ha forza di legge tra le parti».

²⁰⁸ Si noti, inoltre, che «solo l'agire spontaneo è capace di fondare forme di convivenza pacifiche». Così F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., p. 361.

²⁰⁹ Così facendo, pertanto, verrebbe soddisfatta la condizione affinché il costituzionalismo non perda le sue credenziali democratiche, ovverosia la garanzia della sua penetrazione nel sistema economico e nel tessuto sociale. Così C. JOERGES, *Cosa resta della Costituzione economica europea?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 36.

²¹⁰ Sul passaggio dalla c.d. società dei produttori a quella dei consumatori, ampiamente Z. BAUMAN, *Consuming Life*, cit., *passim*.

²¹¹ Così C. CAMPBELL, *I shop therefore I know that I am: the metaphysical basis of modern consumerism*, in K.M. EKSTRÖM, H. BREMBECK (a cura di), *Exclusive Consumption*, New York, 2004, p. 27 ss.

²¹² Cfr. J. BAUDRILLARD, *La société de consommation. Ses mythes, ses structures*, Paris, 1970, *passim*. L'A. definisce il consumo come «l'atto esistenziale molto complesso in cui l'uomo esprime e manifesta compiutamente se stesso, la propria personalità, il proprio stile di vita, il proprio modo di essere nel mondo, i significati e i valori che attribuisce a se stesso, alle cose e alle situazioni, i giudizi e le scelte che compie nei confronti della totalità dell'esistenza». Si veda anche Z. BAUMAN, *Consuming Life*, cit., p. 77, «nella sua fase conclusiva il passaggio dalla società dei produttori e dei soldati alla società dei consumatori è normalmente ritratto come processo di graduale emancipazione degli individui (destinata a completarsi) dalle originarie condizioni di "assenza di scelte" e dalle successive condizioni di "scelta limitata", da scenari

In quest'ottica, conseguentemente, consumando il soggetto non soddisfa solo una bassa esigenza materiale. Egli, spesso, attraverso questa attività economica esercita in maniera più o meno mediata i propri diritti e libertà fondamentali²¹³. Il che si traduce nella costituzione di una serie di relazioni negoziali cariche di quei valori²¹⁴ che caratterizzano il contesto socio-culturale di cui fa parte²¹⁵.

Peraltro, affinché lo scenario poc'anzi descritto si concretizzi è necessario che il consumatore sia posto nella condizione di poter effettivamente manifestare e sviluppare attraverso l'atto di consumo la propria personalità. Condizione, questa, ostacolata non solo dalle asimmetrie che come noto caratterizzano il rapporto di consumo, ma anche dalla impermeabilità del regolamento contrattuale ai valori che il consumatore intende concretamente affermare. Solo ponendo rimedio a questi *deficit*, l'atto di consumo, in quanto incessante e spontanea opera di realizzazione dell'assetto valoriale in essere, potrà svolgere una funzione di integrazione sociale²¹⁶, contribuendo a quella legittimazione dal basso dello spazio giuridico che appare oggi condizione indispensabile per la pacifica sopravvivenza della società pluralista europea²¹⁷. Questa,

predefiniti e *routine* obbligate, da vincoli preordinati e prestabiliti e da schemi di comportamento coercitivi, o quanto meno indiscutibili. In sintesi, questo passaggio è rappresentato come nuovo balzo, probabilmente definitivo, dal mondo dei vincoli e dell'assenza di libertà, all'autonomia individuale e al controllo di sé. Il più delle volte tale passaggio è dipinto come il definitivo trionfo del diritto individuale all'autoaffermazione, visto in primo luogo come sovranità indivisibile del soggetto privo di vincoli». Si v. anche H.W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim.*, 2016, p. 882 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 443 ss.; V. RIZZO, *Contratto e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 349 ss.

²¹³ Cfr. con la nozione di «modernità economica», definita come autonoma determinazione dei modi attraverso i quali i bisogni umani vengono soddisfatti. Così F. BLOCK, *Towards a New Understanding of Economics Modernity*, in C. JOERGES, B. STRATH, P. WAGNER (a cura di), *The economy as a polity. The political construction of modern capitalism – an interdisciplinary perspective*, London, 2004, p. 1 ss. Si pone in antitesi il pensiero riassumibile con la formula «industria culturale». Si v. T.W. ADORNO, M. HORKHEIMER, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, 1947, trad. it., *Dialettica dell'illuminismo*, Torino, 1966, *passim*.

²¹⁴ Per giungere a tale conclusione è sufficiente porre in relazione la nozione, in precedenza fornita, di valore e la circostanza che gli «acquirenti desiderano procurarsi merci da consumare se, e soltanto se, il loro consumo promette di soddisfarne i desideri». Così Z. BAUMAN, *Consuming Life*, cit., p. 15.

²¹⁵ D'altronde gli stessi «mercati sono necessariamente inseriti in complesse matrici politiche e culturali che danno agli atti di consumo risonanza e senso specifici». Anche da qui discende «la notevole ricchezza e diversità del consumo moderno e la difficoltà di far confluire tale varietà in unico quadro interpretativo». Così J. BREWER e F. TRENTMANN, *Consuming Cultures. Global Perspectives*, New York, 2006, *passim*.

²¹⁶ Cfr. C. CAMPBELL, *I shop therefore I know that I am*, cit., p. 27 ss.; Z. BAUMAN, *Consumo, dunque sono*, cit., p. 36 ss.; M. DOUGLAS, *In the Active Voice*, London, 1982, p. 24 ss.

²¹⁷ Questo «movimento ascensionale» è correlato anche ad una caratteristica intrinseca delle società postmoderne. Difatti, il capitalismo consumista e l'impatto delle nuove tecnologie della

pertanto, appare essere la reale giustificazione dell'esigenza di tutelare fortemente il consumatore nelle sue relazioni con il professionista.

Ragion per cui, in un contesto, come quello del diritto europeo, in cui la tutela del contraente debole nelle relazioni di consumo va assumendo rilievo sempre più pregnante²¹⁸, e sulla scia del processo di depatrimonializzazione del diritto civile²¹⁹, questa relazione tra diritti fondamentali e contratto del consumatore consente di sperimentare una nuova forma di legittimazione dell'ordinamento²²⁰. Dal basso, spontanea e in continuo divenire in ogni quotidiana operazione di consumo.

Nonostante ciò, come si vedrà a breve, l'attuale disciplina consumeristica rende il contratto B2C insensibile a tale ricchezza, a causa della tecnica regolamentare prescelta (generale, astratta, rigida, frammentaria e avversa alla clausole generali), ai dogmi del vecchio diritto statale (certezza del diritto e la sua nuova incarnazione nel principio della conforme applicazione del diritto comunitario), nonché a un approccio economicistico che, seppur degradato rispetto alle finalità della tutela, è ancora fortemente presente nel modo di intendere e concepire (in maniera riduttiva) il diritto. Al punto che il vero sovrano dello spazio giuridico europeo sembra essere il mercato dei beni di consumo, di cui la politica diviene esecutore e il diritto un semplice strumento²²¹.

comunicazione hanno creato una cultura massificata, periferica e autonoma dalle *élites* (intelletuali, giornalisti e, soprattutto, politici), dotata della capacità di modellare a propria immagine la loro. Ovverosia, la cultura delle *élites*, prigioniera delle necessità dei sistemi di consumo e di comunicazione di massa, deve adattarsi alle aspettative del pubblico consumatore. In altre parole, si trova obbligata ad assumerne i valori. Così A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, cit., p. 312; B.S. TURNER, *Theories of Modernity and Postmodernity*, London, 1991, p. 5 ss.

²¹⁸ Tale centralità è testimoniata dal fatto che la materia consumeristica è andata via via acquisendo importanza nell'ambito dell'ordinamento comunitario, sino a conquistare «valore di ordine pubblico» e di «impegno di rilevanza costituzionale». Corte giust., 26 ottobre 2006, c. 168/06, E.M. Mostanza Claro c. Centro Móvil Milenium SL, in *Guida dir.*, 2006, p. 60 ss.; Corte giust., 6 ottobre 2009, c. 40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 491 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di «non vincolatività» delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?*. Sul tema si v. N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 361 ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, p. 51 ss.

²¹⁹ C. DONISI, *Verso la depatrimonializzazione del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, ivi, 2000, p. 418 ss.; ID., *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, ivi, 2005, p. 1 ss.; L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000, p. 63 ss.; I. TARDIA, *Interessi non patrimoniali e patti sanzionatori*, Napoli, 2006, p. 12 ss.

²²⁰ Sui legami tra consumo e democrazia si v. F. FUREDI, *Consuming Democracy. Activism, elitism and political apathy*, 2001, in *www.geser.net*. Cfr. N. LAWSON, *Dare More Democracy*, London, 2000, p. 18 ss.; Z. BAUMAN, *Consumo, dunque sono*, cit., p. 182 ss.

²²¹ Cfr. Z. BAUMAN, *Consumo, dunque sono*, cit., p. 82 ss.

Pertanto, assumendo una prospettiva *de iure condito*, è necessario un ripensamento di quelle categorie giuridiche che consentono, giuridicizzandolo, il penetrare del patrimonio valoriale proprio del caso concreto nel regolamento contrattuale B2C. Come si mostrerà, tale risultato non è realizzabile esclusivamente attraverso il ricorso all'attività interpretativa. Quest'ultima, difatti, pur consentendo l'inclusione, per mezzo dei principi, dei valori nel diritto, non produce risultati altrettanto soddisfacenti in relazione ai diritti fondamentali, a causa dei connotati che sembrano caratterizzarli. In tal modo, svalutandone la portata e le molteplici potenzialità, con grave detrimento per l'intero Sistema.

Per tale ragione, affinché i diritti fondamentali possano svolgere un ruolo legittimante dello spazio giuridico europeo, permeando l'intero diritto del mobile senso di giustizia di cui sono portatori²²², occorrerà mirare altrove, ad altre figure giuridiche. In particolare, all'ormai «neutralizzata» eterointegrazione del contratto.

Tale istituto, nato come strumento al servizio della politica e in contrapposizione al potere economico, svolgeva tradizionalmente questa funzione includente dei valori etico-politici nel regolamento contrattuale. Salvo poi convertirsi in mero utensile attraverso cui realizzare nel campo giuridico gli esiti o i modelli propri di altri ambiti disciplinari. Tale strumentalizzazione e riduzione dell'istituto è particolarmente evidente ove si miri all'impiego dell'eterointegrazione nell'ambito del diritto europeo del consumatore. Ovverosia, a quel comparto giuridico che, secondo l'ipotesi ricostruttiva qui proposta, potrebbe ricoprire un ruolo di prim'ordine per l'intero spazio giuridico europeo, contribuendo a trasformarlo.

Pertanto, partendo da queste premesse, la presente ricerca si ripropone uno studio dell'eterointegrazione del regolamento contrattuale che miri alla valorizzazione delle potenzialità (in termini di legittimazione e giustizia) che essa sembra consentire, almeno se posta in relazione con la materia consumeristica e i diritti fondamentali. Così facendo, si mostrerà come tale istituto costituisca il mezzo attraverso il quale queste situazioni giuridiche fondamentali possono trovare operatività nell'ambito del regolamento contrattuale. Andando a formare nell'ambito del diritto civile quella struttura giuridica applicativa di cui i diritti fondamentali sono sprovvisti. A tal fine, peraltro, occorrerà in primo luogo stabilire una connessione tra diritti fondamentali e autonomia negoziale, andando alla ricerca delle radici dell'autonomia soggettiva della persona.

²²² Mobilità dovuta al perenne movimento che caratterizza la vita di consumo, relazionata anche al continuo mutamento degli assetti valoriali che vivificano il caso concreto. Cfr. D. SLATER, *Consumer Culture and Modernity*, Cambridge, 1997, p. 100 ss. L'A., diversamente, ne individua la causa nelle caratteristiche intrinseche alla cultura del consumo, ovverosia nel fatto che i bisogni non devono avere fine, in quanto la soddisfazione degli stessi viene associata alla stagnazione economica.

CAPITOLO II

L'AUTONOMIA NEGOZIALE

(PERCORSI NAZIONALI E INFLUENZA DEL DIRITTO UE)

SOMMARIO: 1. DIRITTO SOGGETTIVO, AUTONOMIA NEGOZIALE E DIRITTI FONDAMENTALI: ALLE RADICI DELL'AUTONOMIA SOGGETTIVA E MORALE DELLA PERSONA – 2. *SEGUE*: DIRITTO SOGGETTIVO, AUTONOMIA NEGOZIALE E DIRITTI FONDAMENTALI: LA RISALITA DELLA *TILDE* – 3. LE DUE STRADE DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE – 4. DALLO STATUS AL CONTRATTO E DAL CONTRATTO ALLO STATUS – 5. DALLA SEPARAZIONE DEGLI INTERESSI PUBBLICI DA QUELLI PRIVATI AL CONTRATTO COME «STRUMENTO A PLURIMO IMPIEGO» – 6. LA «CAMPANA DI VETRO» DEL MODELLO CONTRATTUALE – 7. IL PROCESSO DI SVALUTAZIONE DEL CANONE DELLA PARITÀ FORMALE DEI CONTRAENTI ATTRAVERSO IL CODICE CIVILE E IL DIRITTO PRIVATO EUROPEO – 8. L'INCIDENZA DEL DIRITTO DEI CONSUMI DI DERIVAZIONE EUROPEA SULL'AUTONOMIA NEGOZIALE – 9. LA *CONSTITUTIONAL ASYMMETRY* DEL DIRITTO EUROPEO DEL CONSUMO

1. Diritto soggettivo, autonomia negoziale e diritti fondamentali: alle radici dell'autonomia soggettiva e morale della persona

Prima di iniziare il discorso sull'autonomia negoziale, pare opportuno affrontare un tema, quello del diritto soggettivo²²³, che, nel momento in cui finisce per coincidere con i concetti di libertà d'azione individuale²²⁴ e di esercizio dell'autonomia soggettiva, lega inestricabilmente le sue sorti all'oggetto del presente studio, sia avuto riguardo al fenomeno dell'autonomia negoziale²²⁵ che a quello dei diritti fondamentali²²⁶, permettendo una maggiore precomprensione delle connessioni in essere tra queste due figure.

La dottrina moderna del diritto soggettivo²²⁷, nella sua fase iniziale, fu fortemente influenzata dalla filosofia idealistica del diritto²²⁸. Quest'ultima ne rin-

²²³ Per una bibliografia essenziale sul tema si v. S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, p. 46 ss.; W. CESARINI SFORZA, *Avventura del diritto soggettivo*, in ID., *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milano, 1956, *passim*; F.B. CICALA, *Il rapporto giuridico*, Milano, 1959, p. 57 ss.; U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943, *passim*; R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in ID., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e Storia*, Bologna, 1978, p. 115 ss.; M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., *passim*; ID., *La «lotta contro il diritto soggettivo»*. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista, Milano, 1988, *passim*.

²²⁴ «I diritti soggettivi stabiliscono i limiti all'interno dei quali un soggetto è autorizzato a esercitare liberamente la sua volontà». Così J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 98.

²²⁵ Non a caso, per descrivere il fulcro caratterizzante il diritto soggettivo sono stati impiegati concetti come libertà, potere, giustizia, ecc. Si v., in particolare, W.N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969, p. 47 ss.

²²⁶ Difatti, i diritti fondamentali possono essere considerati una particolare specie di diritti soggettivi (c.d. diritti pubblici soggettivi). Questa è la posizione assunta dai giuspositivisti, che li considerano diritti riflessi dal potere dello Stato, ovvero limiti che, lungi dall'essere preesistenti alla nascita dello stesso, costituiscono una limitazione che lo Stato impone a se stesso. Si v. sul punto N. BOBBIO, *L'eredità della grande Rivoluzione*, in ID., *L'età dei diritti*, Torino, 1992, p. 138 ss. Peraltro, come si vedrà in seguito, parte della dottrina (A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, 1984, p. 32 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, p. 950 ss.; J. BALLESTREROS, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, 1989, p. 54 ss.; B. CLAVERO SALVADOR, *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988, p. 56 ss.) sostiene la tesi della natura autonoma e separata dei diritti fondamentali. Si v. sul tema M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 65 ss.

²²⁷ Il diritto soggettivo – seppur già noto alle esperienze giuridiche precedenti – inizia ad assumere rilevanza centrale nelle ricostruzioni dottrinali a partire dal diciannovesimo secolo. Si v., ad es., F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840, trad. it., *Sistema del diritto romano attuale*, Milano, 2010, *passim*; E.I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1886, §18. Per una ricostruzione della vicenda storica si v. M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in AA.VV., *Il diritto soggettivo*, 2, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001, p. 3 ss.

²²⁸ Si v. I. KANT, *Metafisica dei costumi. Introduzione alla dottrina del diritto*, trad. it., Torino, 1916, p. 29 ss., che, individuando nel principio del «dovere per il dovere» il fondamento della vita etica dell'uomo, ossia in una ragione superiore che ne guida il volere e l'agire (ragion

veniva il fondamento (e la forza legittimante) nel loro contenuto morale, coerentemente con una visione del diritto che individuava nella stessa personalità umana la propria pietra angolare²²⁹. Pertanto, secondo questa concezione, l'autonomia del soggetto poggia sull'autonomia della persona e, in quanto tale, i diritti soggettivi si fondano unicamente sulla volontà²³⁰. In particolare, vengono configurati come diritti negativi, posti a protezione di margini d'azione individuale rispetto a comportamenti illeciti²³¹. Ragion per cui, in questa fase, l'autonomia privata viene assicurata principalmente attraverso il diritto a stipulare contratti e ad acquistare la proprietà.

Stando così le cose, un dualismo tra diritto soggettivo e diritto oggettivo neanche si poneva, in quanto è l'insieme dei diritti soggettivi che forma l'ordinamento²³². Solo con la crisi dell'illuminismo, con l'affermarsi del pensiero romantico e con l'avvento delle codificazioni²³³ emerge tale dicotomia, presentandosi da subito sbilanciata in favore del diritto oggettivo. Così, il diritto soggettivo, con il graduale imporsi dell'immaginario giuspositivista del diritto (oggettivo), inizia la sua trasformazione da categoria fondante a categoria fondata. Il «diritto non si manifesta più in diritti, bensì in norme positive»²³⁴. Si interrompe così il legame tra diritto e morale.

In un primo momento si affermò che il diritto soggettivo «non è più una sfera di potere individuale fondata sull'autonomia dell'individuo, ed esistente

pura), presuppone, quale condizione fondamentale della vita morale, la libertà della persona. Quest'ultima si pone alla base sia della morale (che regola la vita interiore di ciascun individuo secondo una innata libertà interna) che del diritto (il quale disciplina le azioni che l'uomo compie esercitando un'altrettanto congenita libertà esterna). Pertanto, la persona umana è un valore prioritario rispetto alla società (intesa come somma di individui liberi, ciascuno elevato a soggetto indipendente in virtù della propria attitudine ad agire moralmente, ciascuno portatore di una volontà irrinunciabilmente autonoma). Dalla libertà quale attributo naturalmente irrinunciabile di ogni singolo soggetto discende sul piano del diritto la concezione della capacità giuridica come diritto innato di ciascuno e sottratto alla disponibilità del legislatore. La quale, a sua volta, implica la eguaglianza civile dei cittadini e si estrinseca nel riconoscimento dell'autonomia privata come spettanza garantita dallo Stato. Si v. sul tema A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., p. 279 ss. e *ivi* ulteriore bibliografia.

²²⁹ F. DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale*, I, Pisa, 1844, p. 28 ss.; M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 3 ss.

²³⁰ G.F. PUCHTA, *Institutionem*, Leipzig, 1841, p. 8 ss.

²³¹ Ossia di spazi «protetti» nei quali l'attività degli individui possa svolgersi in maniera libera e sicura. Si v. F.C. VON SAVIGNY, *System*, cit., § 4; G.F. PUCHTA, *o.u.c.*, § 4.

²³² S. SATTA, *Il diritto questo sconosciuto*, in *Id.*, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, p. 114.

²³³ Sulla trasformazione delle Costituzioni liberali, da dichiarazioni di diritti preesistenti a Costituzioni costitutive di questi, si v. B. CLAVERO SALVADOR, *Los derechos y los jueces*, cit., p. 41 ss.

²³⁴ M. LA TORRE, *o.u.c.*, p. 62. Cfr. C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it., Bologna, 1990, p. 44; R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, cit., p. 162 ss.

di per sé in ragione dell'esistenza della persona morale, bensì un mero punto di ascrizione di beni»²³⁵. In altri termini, si tratterebbe di un interesse che, per diventare diritto, abbisogna del riconoscimento e della protezione dell'ordinamento. Il diritto soggettivo, pertanto, non sarebbe altro che un interesse giuridicamente protetto²³⁶.

Si preciserà poi che l'interesse del soggetto presuppone la volontà, in quanto l'interesse è stimolo ad agire e la volontà è la molla dell'azione. Il diritto, dunque, protegge gli interessi mediante il riconoscimento di un potere giuridico²³⁷ al detentore dello stesso. Il diritto soggettivo diviene la potestà del volere che ha l'uomo, riconosciuta e protetta dall'ordinamento giuridico solo in quanto sia rivolta a un bene o a un interesse²³⁸. Va precisato, tuttavia, che più che la volontà dell'individuo, si tratta della volontà dello Stato, il quale, nel concedergli il diritto, parallelamente lo investe di una funzione da assolvere in suo nome e nel suo interesse²³⁹.

Sicché, nella nozione del diritto soggettivo – incardinata sull'elemento materiale, ossia sull'oggetto della tutela (l'interesse) e sul mezzo tipico di attuazione della tutela medesima (la volontà) – andò ad aggiungersi la necessaria presenza di un elemento formale: il riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico, in virtù del quale interesse e volontà diventano un potere giuridico²⁴⁰. Secondo questi orientamenti, pertanto, è l'elemento formale che imprime

²³⁵ In questi termini U.K. PREUSS, *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Frankfurt a.M., 1979, p. 23, sulla teoria di Jhering.

²³⁶ R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1888, p. 331 ss. Cfr. B. BARRY, *Derechos humanos, individualismo y excepcionalismo*, in *Doxa*, 1992, p. 219 ss.; J.S. MILL, *Austin on Jurisprudence*, in Id., *Dissertation and Discussion Political, Philosophical, and Historical*, London, 1867, p. 230 ss., secondo il quale ciò che caratterizza il diritto soggettivo è il fatto di essere sempre attribuito nell'interesse di qualcuno. Si v. sul punto S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 57 ss.; M. LA TORRE, *o.u.c.*, p. 63.

²³⁷ Si tratti di una «pretesa» – ossia della facoltà di esigere da un altro soggetto una determinata prestazione o condotta (così W.N. HOHFELD, *Concetti giuridici fondamentali*, cit., p. 19 ss.) – o di un'azione processuale orientata allo stesso fine (così A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, 1878, p. 218 ss.).

²³⁸ Così S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 57 ss., in merito all'orientamento di F. GÉNY, *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911, p. 138 ss.; B. MATTHIAS, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Berlin, 1910, p. 27 ss.; G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Friburgo, 1892, p. 43 ss.; I. VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1920, p. 107 ss.

²³⁹ M. LA TORRE, *o.u.c.*, p. 65, osserva che la teoria della volontà si converte in teoria della pretesa, secondo la quale il diritto soggettivo consiste nel potere di promuovere un'azione processuale dinanzi a un organo giudiziario. Pertanto, il diritto soggettivo «consiste in un'azione con cui un soggetto dà inizio a un procedimento giuridico dinanzi a un giudice». Si v., in particolare, A. THON, *Rechtsnorm*, cit., p. 218 ss.

²⁴⁰ E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, p. 103 ss. L'A. afferma che «la norma di diritto privato non crea rapporti giuridici ex ni-

il carattere della giuridicità al diritto soggettivo, mentre la norma è la fonte di ogni effetto giuridico.

I diritti soggettivi, conseguentemente, vennero considerati come mero riflesso di un ordinamento giuridico che trasferisce sugli individui il potere-volontà oggettivamente incarnato dalla legge²⁴¹. Ragion per cui, il diritto soggettivo si configura come il potere di far diventare efficaci gli imperativi del diritto oggettivo²⁴². Di conseguenza, non vi è più dualismo tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, come, parallelamente, non può più parlarsi di una distinzione tra diritto privato e diritto pubblico. In questa visione riduzionistica esiste soltanto il diritto oggettivo e pubblico²⁴³.

Questo orientamento volto alla positivizzazione del diritto soggettivo assunse connotati ben più accentuati con l'affermazione di diverse tendenze²⁴⁴ che, attraverso una riformulazione del concetto di volontà, riconoscevano la prevalenza dell'elemento formale su quello sostanziale, nella direzione dell'elaborazione di teorie fondate alternativamente (e a volte congiuntamente) sul-

hilo, ma solo riconosce come legittima, entro certi limiti da essa fissati, la volontà (attività) individuale diretta a soddisfare un particolare interesse privato. Mediante tale riconoscimento la norma, in quanto disposizione di effetti giuridici, crea qualcosa che prima non era. Crea cioè obbiettivamente una garanzia o sicurezza dell'aspettativa: potere del privato come tale, *uti singulus*». Si v. anche S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 57 ss.

²⁴¹ «Diritto è un potere della volontà, o un dominio della volontà, conferito dall'ordinamento giuridico». Così B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a.M., 1906, § 37. Si v. anche A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1966, p. 45, nella parte in cui afferma che la forza che il diritto soggettivo fa valere non è del titolare del diritto, bensì «è la forza dell'ordinamento giuridico [...] che il soggetto può volgere in difesa dei suoi interessi». V., infine, N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1976, p. 77 ss., il quale considera il diritto soggettivo come il riflesso di un obbligo positivo posto a carico di un soggetto differente dal titolare del diritto.

²⁴² A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, Padova, 1951, p. 228 ss.

²⁴³ H. KELSEN, *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes*, in H. KURZ (a cura di), *Volkssouveränität und Staatssouveränität*, Darmstadt, 1970, p. 175 ss. Per un approfondimento si v. M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 66 ss., il quale osserva che in questa fase (della parabola della nozione in parola) il diritto soggettivo non si dà più come qualcosa di distinto ed esterno alle norme giuridiche. L'ambiguità della posizione che, da un lato, ricostruisce il diritto soggettivo facendo riferimento a criteri extragiuridici (l'interesse) e, dall'altro, lo ridimensiona a non più che diritto in senso soggettivo viene risolta rinunciando a definire il diritto soggettivo in termini autonomi rispetto alla norma.

²⁴⁴ In questa direzione si mossero anche le teorie realistiche del diritto (ad. es. A.V. LUNDSTEDT, *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, in Id., *Die falschen Vorstellungen von objektivem Recht und subjektiven Rechten*, Berlin-Grunewald, 1932, p. 94 ss.), per le quali il diritto soggettivo è un effetto eventuale dell'individualizzazione del diritto oggettivo. Così L. DÍEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, 1987, p. 73 ss.

l'obbedienza a un comando²⁴⁵, sul dovere²⁴⁶, sull'obbligo²⁴⁷, sul potere²⁴⁸ o sullo scopo.

In questa sede interessano principalmente queste ultime, dal momento in cui, riconducendo il diritto soggettivo allo Stato, senza chiarirne i presupposti della tutela²⁴⁹, permettevano lo sviluppo di logiche funzionalistiche del diritto. In particolare, considerando l'utilità (invece che la volontà) quale sostanza dello stesso, poté affermarsi una concezione del diritto soggettivo come potere legale che l'ordinamento mette a disposizione dell'individuo quale mezzo per la soddisfazione di un determinato interesse²⁵⁰. Ragion per cui, il diritto soggettivo viene concepito come strumento per la realizzazione di un fine²⁵¹.

Il diritto soggettivo diviene forma, non più contenuto, inizia ad essere considerato come ciò che protegge, e non più come ciò che è protetto²⁵², e la volontà diviene solo l'organo attraverso il quale la persona gode e dispone dei propri diritti²⁵³. In altri termini, i diritti soggettivi cessano di essere considerati una fonte del diritto²⁵⁴ e, in alcune ricostruzioni, giungono sino all'estremo di

²⁴⁵ R.M. HARE, *Wrongness and Harm*, in ID., *Essays on the Moral Concept*, London, 1972, p. 98 ss.

²⁴⁶ A. HÄGERTRÖM, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Stockholm, 1953, p. 230 ss.

²⁴⁷ J. AUSTIN, *The Providence of Jurisprudence Determined*, Cambridge, 1995, p. 236 ss.

²⁴⁸ Secondo queste teorie, il diritto soggettivo è una posizione di preminenza costituita dalla norma in favore di un determinato soggetto rispetto agli altri. E.R. BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Gotha, 1883, p. 68 ss.; ID., *Juristische Prinzipienlehre*, Freiburg, 1894, p. 201 ss. Si v. S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 57 ss.; G. DALLARI, *Il nuovo contrattualismo nella filosofia sociale e giuridica*, Milano, 1911, p. 465 ss.

²⁴⁹ Ossia senza stabilire i limiti entro cui il legislatore può legiferare in materia di diritti soggettivi e quali mezzi assicurano il compiuto rispetto di tali limiti. Si v. M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, cit., p. 15.

²⁵⁰ Si v. R. VON JHERING, *o.u.c.*, p. 338 ss.; L. ENNECCERUS, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen, 1959, p. 72.

²⁵¹ Si v., ad es., A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., p. 284 ss., quando afferma che «il diritto è solo il mezzo per rendere possibile un godimento presente o futuro». R. VON JHERING, *o.u.c.*, p. 325 ss., osserva che «i diritti non esistono affatto al fine di realizzare l'idea della volontà giuridica astratta, essi servono, al contrario, per garantire gli interessi della vita, a soddisfarne i bisogni, a realizzare gli scopi. Tale è la loro missione, tale è il fine e la misura della volontà».

²⁵² H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsätze*, Tübingen, 1911, p. 619 ss. Si v. sul tema M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 209 ss.

²⁵³ R. VON JHERING, *o.u.c.*, p. 319.

²⁵⁴ «Alla fine della parabola compiuta dalla teoria dei diritti soggettivi questi non sono più visti come una "fonte" (inferiore quanto si voglia) del diritto, bensì nel migliore dei casi come un meccanismo interno al sistema normativo: un espediente tecnico che serve a connettere la norma generale con la norma individuale, la legge con la sentenza, la volontà del legislatore con la decisione giudiziale». Così M. LA TORRE, *o.u.c.*, p. 69 ss.

non avere altro significato se non quello di mezzo meramente sintattico²⁵⁵.

Questo processo di svalutazione dei diritti soggettivi in favore del diritto oggettivo²⁵⁶, attraverso lo svuotamento dei contenuti morali dei primi, giunge a compimento con il distaccamento del concetto giuridico di persona non solo dalla persona morale, ma anche da quella fisica²⁵⁷, e assume connotati estremi con l'avvento dei regimi totalitari del secolo passato²⁵⁸. Questo sganciamento del soggetto morale e naturale dal sistema giuridico permetterà alla dottrina giuridica di concepire i diritti soggettivi in maniera puramente strumentale e funzionalistica²⁵⁹.

²⁵⁵ In altri termini, il diritto soggettivo non sarebbe altro che uno strumento sistematico, quale mezzo di connessione di proposizioni. In questo senso principalmente A. ROSS, *Tû-tû*, in *Harvard Law Review*, 1956-1957, p. 822 ss.; ID., *On Law and Justice*, cit., § 6.

²⁵⁶ Osserva M. LA TORRE, *o.u.c.*, p. 3 ss., che la storia del concetto di diritto soggettivo è strettamente intrecciata alle vicende della scienza giuridica moderna e dello Stato. In particolare, come vi sia un legame strettissimo tra l'insorgenza di questa forma politica e il positivismo giuridico. «Quest'ultimo ha contribuito fortemente a che fosse possibile concepire lo Stato come la forma per eccellenza del "giuridico", ed ha permesso che questo fosse messo in pratica come tale. In questa operazione di costruzione del concetto [...] di Stato la scienza giuridica ha trovato sul suo cammino l'ostacolo di una categoria, il diritto soggettivo, la quale, nell'accezione di "giuridico" adottata da quel sapere, finiva per risultare pregiudicata se non talvolta addirittura anti-giuridica. Tale categoria era spesso carica di un significato politico in contrasto con quello che stava alla base dell'impresa giuspositivista fondata sul dogma dell'onnipotenza dello Stato. Più in generale il diritto soggettivo come situazione normativa che segna o garantisce libertà e immunità mal si concilia con una concezione del diritto (oggettivo) per la quale questo è eminentemente statuizione di obblighi, potere di supremazia, forza e coazione. Di conseguenza, la scienza giuridica, tanto quella europea continentale quanto quella dei sistemi di *common law*, per aver legato il proprio destino all'affermazione dello Stato moderno, si è trovata dapprima a dover addomesticare quella nozione (il diritto soggettivo), per poi con qualche tentennamento e non pochi sussulti tentare di espungerla dalla concettualizzazione del diritto e dal sistema giuridico. La via seguita per giungere a questi risultati è stata principalmente quella di trasformare un discorso basato eminentemente sui "diritti" in un discorso differente, pretesamente equivalente al primo e concettualmente superiore ad esso, centrato attorno alla nozione di "dovere". Questa strategia andava di pari passo con quell'altra tendente a fare del diritto un oggetto neutro, del tutto distinto dalla morale e dalla società, e del sapere giuridico qualcosa di altrettanto "puro", una scienza vera e propria dotata di canoni di oggettività paragonabili per rigore e avallatività a quelli delle scienze naturali».

²⁵⁷ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Bad Homburg, 1868, p. 64 ss.; G. Schwarz, *Rechtssubjekt und Rechtszweck. Eine Revisione der Lehre von den Personen*, in *Arch. bürg. Recht*, 32, 1908, p. 34 ss.

²⁵⁸ Le dottrine dominanti quella fase storica proponevano di considerare i diritti soggettivi (e tutte le situazioni giuridiche soggettive) come funzioni o posizioni subordinate alla dinamica e ai bisogni dell'ordinamento sociale complessivo. Si v. ad es. W. Schönfeld, *Der Kampf wider das subjektive Recht*, in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1937, p. 107 ss. Nello stesso senso L. Raiser, *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht*, in *Juristenzeitung*, 1961, p. 465 ss. Sul tema ampiamente M. La Torre, *La «lotta contro il diritto soggettivo»*, cit., *passim*.

²⁵⁹ I diritti, ad es., per H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, cit., *passim*, costituirebbero solo il ponte tra norme generali e norme individuali. Per un approfondimento sui vari orientamenti

2. *Segue: Diritto soggettivo, autonomia negoziale e diritti fondamentali: la risalita della tilde.*

Il percorso seguito dall'evoluzione del diritto soggettivo può essere espresso graficamente con una *tilde*. Così, mentre nel precedente paragrafo si è descritta l'iniziale parabola, ora si passerà alla successiva fase ascendente, coincidente con un progressivo ripristino del ruolo dei diritti soggettivi²⁶⁰, anche grazie all'affermarsi di una nuova concezione di giustizia fondata sulla titolarità degli stessi²⁶¹.

Così avvenne, almeno timidamente, con l'ordoliberalismo. Quest'ultimo, considerandoli meccanismo utile all'efficiente allocazione dei beni²⁶², ne riaffermò una concezione riduttivamente individualistica²⁶³. Diversamente, il tentativo di restituire al diritto privato un contenuto morale si presentò ben più accentuato nell'ambito del paradigma del «diritto materializzato» dello Stato sociale²⁶⁴. Quest'ultimo riaffermò l'importanza delle libertà classiche nel momento in cui servono ad assicurare l'autoaffermazione del soggetto nella società, precisando però la necessaria integrazione per mezzo dei diritti sociali.

La dottrina dello Stato sociale, così come le teorie costituzionalistiche del diritto – in particolare quelle solidaristiche – portano all'affermazione di una concezione intersoggettiva dei diritti soggettivi, individuandone il fondamento nel riconoscimento reciproco di soggetti giuridici tra loro cooperanti. Pertanto, i diritti non devono essere riferiti a individui atomisticamente alienati, egoisticamente irrigiditi l'uno con l'altro. Come elementi dell'ordinamento giuridico, essi presuppongono la collaborazione di soggetti che si riconoscono come consociati liberi ed eguali. In questo senso, i diritti soggettivi sono cooriginari al diritto oggettivo, giacché quest'ultimo non può che discendere da diritti che i soggetti si riconoscono mutuamente²⁶⁵.

In conclusione, «un diritto non è né un'arma né la manifestazione d'un es-

strumentalisti si v. M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 322 ss. Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 103.

²⁶⁰ Quale conseguenza di una tendenziale riscoperta dei diritti nell'ambito del dibattito giuridico globale. Si v. R. MARTIN, *On the Justification of Rights*, in G. FLØISTAD (a cura di), *Contemporary Philosophy. A New Survey*, The Hague, 1982, p. 153 ss.

²⁶¹ R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 74 ss.

²⁶² Si v. sul punto R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1986, pp. 30 ss. e 585 ss.; U.K. PREUSS, *The Concept of Rights and the Welfare State*, in G. TEUBNER (a cura di), *Dilemmas of Law in Welfare State*, Berlin, 1986, p. 158 ss.

²⁶³ Si v. P. BARCELLONA, *L'individualismo proprietario*, Torino, 1988, *passim*.

²⁶⁴ Osserva M. LA TORRE, *o.u.c.*, p. 72 che «nello Stato sociale il diritto è utilizzato come strumento per raggiungere direttamente – e non in via indiretta mediante il comportamento di individui e di gruppi cui esso offre solo un quadro regolativo rimandando alla loro autonomia decisionale – fini sostanziali».

²⁶⁵ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 105.

sere umano isolato». È una relazione e una pratica sociale, e, in entrambi tali aspetti essenziali, si tratta di un fatto che esprime un rapporto di connessione. I diritti sono proposizioni pubbliche, che comportano obblighi verso gli altri, così come pretese nei confronti di questi. Sono una forma di cooperazione sociale²⁶⁶, perché si hanno diritti solo se tutti i consociati possono esserne titolari, in quanto ciascun diritto, per poter ambire alla legittimità e all'efficacia, è sottoposto al riconoscimento dell'altro, del soggetto verso il quale viene rivendicato. Questo riconoscimento, a sua volta, è connesso a una pregiudiziale accettazione del diritto dell'altro. Il «diritto della forza bruta non è un diritto, giacché non può essere fatto valere: può essere solo imposto»²⁶⁷.

Dalle vicende che hanno interessato il diritto soggettivo, pertanto, possono trarsi tre conclusioni rilevanti ai fini del presente studio, in quanto strettamente correlate all'autonomia negoziale, ai diritti fondamentali, nonché alle interconnessioni che qui si intendono stabilire tra questi due piani.

Il diritto soggettivo è, nella storia giuridica dell'Occidente, l'istituto, il concetto, il meccanismo che esprime e mette in moto il potere normativo del soggetto rispetto al diritto oggettivo. Accentando questa figura – e, soprattutto, dimostrando di non poterne fare a meno²⁶⁸ – il sistema giuridico lascia aperto un varco attraverso il quale i bisogni e il movimento della società penetrano entro le mura del diritto oggettivo, contribuendo a renderlo flessibile alle trasformazioni²⁶⁹. Ciò avviene attraverso l'esercizio del diritto soggettivo e delle sue più rilevanti manifestazioni, come, in particolare, il riconoscimento ai privati di un potere di autonomia relativo sia all'applicazione delle regole giuridiche generali, sia alla creazione di ulteriori regole valide solo tra le parti²⁷⁰ (c.d.

²⁶⁶ F.I. MICHELMAN, *Justification and the Justifiability of Law*, in *Nomos*, 1986, p. 91. Cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 105; M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. IX.

²⁶⁷ M. LA TORRE, *o.u.c.*, p. X.

²⁶⁸ M. LA TORRE, *o.u.c.*, p. 360 ss.; ID., *La «lotta contro il diritto soggettivo»*, cit., *passim*, osserva che l'espulsione completa della soggettività e dell'autonomia del soggetto dal sistema giuridico risulta impraticabile. Persino quelle dottrine che a tal fine dedicarono gli sforzi più radicali, negando la validità o l'utilità del concetto, non riuscirono a fare a meno dell'intenzionalità dell'azione giuridica. Anche al sistema giuridico più chiuso si rende necessario lasciare spazi all'autonomia soggettiva.

²⁶⁹ Così M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 360.

²⁷⁰ Si. v. M. LA TORRE, *o.u.c.*, p. 402 ss., il quale evidenzia come il diritto soggettivo sia «una manifestazione della soggettività giuridica, o meglio della capacità giuridica tipica dei sistemi liberali, in specie quella forma di manifestazione che attribuisce all'individuo umano (a) innanzitutto una dignità morale elevata, (b) poi un potere di autonomia sia per quanto concerne l'applicazione di regole giuridiche generali sia con riferimento alla determinazione di ulteriori regole aventi validità solo tra le parti, e dunque una certa qualità di legislatore privato, di “fonte” (sia pure subordinata) di diritto in ambiti vitali rilevanti, (c) infine di immunità rispetto a certi provvedimenti restrittivi provenienti dal potere pubblico o dai privati, costituendo anche talvolta una causa di giustificazione di condotte altrimenti ritenute illecite. [...] il soggetto non è solo destinatario di norme, ma è anche produttore e applicatore di regole, non è solo oggetto

autonomia negoziale).

Il diritto soggettivo ha inoltre un'elevata potenzialità egualitaria e svolge una funzione destabilizzante dello statalismo moderno²⁷¹. Proprio la crisi di questo, come della «scienza giuridica positivista», spinge verso una rinascita dei diritti soggettivi, in particolare, di quella particolare specie rappresentata dai diritti fondamentali. Lo Stato costituzionale democratico, difatti, sottopone la sovranità della legge alla Costituzione, la quale è permeata di principi e diritti fondamentali. Il che implica il superamento della netta distinzione tra diritto e morale, come tra diritti pubblici e diritti privati. I diritti divengono il centro e fondamento del sistema, da essi dipende la forza vincolante del diritto e su di essi si erge il concetto di giustizia.

Alla riscoperta dei diritti (soggettivi) si lega inscindibilmente una diversa forma di intendere il diritto (oggettivo): il diritto come garanzia. Difatti, gli individui hanno diritti quando, per qualche ragione, un fine collettivo non rappresenta una giustificazione sufficiente per negare loro ciò che essi desiderano o per imporre loro qualche perdita o danno. In altri termini, i diritti, in particolare quelli fondamentali, impediscono che considerazioni di carattere utilitaristico e le politiche sociali soffochino l'esigenza di autonomia individuale e annullino valori connessi alla concezione liberale della persona²⁷².

Queste sono le premesse fondamentali che verranno assunte alla base dello studio dell'autonomia negoziale.

3. Le due strade dell'autonomia negoziale

I discorsi dei giuristi attorno l'autonomia negoziale²⁷³ tendono ad articolarsi

di prescrizioni e di obblighi ma è anche e soprattutto soggetto di diritti». Cfr. L. DIEZ PICAZO, A. GULLON, *Sistema de derecho civil*, Madrid, 1975, p. 406 ss.; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 40 ss.; J. HABERMAS, *Nachwort*, in ID., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M., 1994, p. 665 ss.; F.W. FLUME, *El negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1998, p. 23.

²⁷¹ M. LA TORRE, *o.u.c.*, p. XI.

²⁷² Così R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, 1991, p. xi, come interpretato da M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 73.

²⁷³ La bibliografia in tema di autonomia negoziale è ampia e non conosce confini. In Italia si v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, *passim*; S. ROMANO, *Autonomia*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, *passim*; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, *passim*; S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, cit., p. 367 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, *passim*; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Rimini, 1997, *passim*; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, *passim*; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, cit., p. 517 ss.; In Germania si v. F. BYDLINSKI, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, Wien-New York, 1967, *passim*; P. DERLEDER, *Privatautonomie Wirtschaftstheorie und Ethik des rechtsgeschäftlichen Handlns*, in *Festschrift Wassermann*, 1985, p. 643 ss.; L. FASTRICH, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, München, 1992, *passim*; F.W. FLUME, *Rechtsgeschäft*

lungo due sentieri alternativi²⁷⁴: da un lato, il concetto viene trattato attraverso una riflessione centrata sulla ricostruzione del rapporto dialettico che si instaura nel regolamento contrattuale tra interesse pubblico e quello privato; dall'altro, si predilige un approccio volto alla verifica della relazione, interna al contratto, tra libertà e giustizia²⁷⁵, ponendo l'accento sul collegamento che si instaura tra tecnica contrattuale ed esigenze del mercato²⁷⁶.

In altri termini, l'autonomia negoziale viene considerata espressione della libertà personale dell'individuo o, viceversa, estrinsecazione della sua libertà economica, concentrando l'attenzione, nel primo caso, sulla relazione che si

und Privatautonomie, in *Festschrift Deutscher Juristentag*, 1960, p. 135 ss.; F.A. VON HAYEK, *Gesetzgebung und Freiheit*, II, *Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit*, München, 1981, *passim*; In Spagna si v. L. DíEZ PICAZO, *La autonomía privada y el Derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, in *An. der. civ.*, 1956, p. 1160 ss.; ID. y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 2012, p. 367 ss.; J.A. AGUILA REAL, *Autonomía Privada y Derechos fundamentales*, in *An. der. civ.*, 2003, p. 57 ss.; F. DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1985, p. 11 ss.; J.F. LÓPEZ AGUILAR, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid, 1990, p. 31 ss. Nella dottrina agloamericana si v. P.S. ATIYAH, *Contract and Fair Exchange*, in ID., *Essay on Contract*, Oxford, 1988, p. 329 ss.; ID., *The rise and the fall of freedom of contract*, Oxford, 1979, *passim*; G. GILMORE, *The death of contract*, Columbus, 1974, *passim*; F.H. BUCKLEY, *The fall and rise of freedom of contract*, Durham, 1999, *passim*. Per uno sguardo più ampio sulle diverse nozioni che è andata assumendo l'autonomia privata si v. F. RÖDL, *Contractual Freedom, Contractual Justice, and Contract Law (Theory)*, in *76 Law cont. probl.*, 2013, p. 59 ss. Quella qui riportata è una selezione estremamente ristretta di una bibliografia altrimenti imponente, la cui mole si deve al fatto che tale istituto «connota di sé l'immagine e lo spirito della scienza del diritto privato come forse nessun altro». Così S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 278 ss.

²⁷⁴ Percorsi che – con la sola variante della sostituzione dell'elemento della libertà con quello dell'efficienza nel rapporto dialogico con la giustizia – si rinvencono anche negli studi relativi al diritto contrattuale del consumatore. Ad es. mettono in luce questa duplice prospettiva C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 718 ss.; E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262 ss.; M.R. MAUGERI, *The Rules Applicable when Standard Contract Terms are Avoided and Contracts with Inequality of Bargaining Power: Construction of a Unitary Model of Invalidity or a Plurality of Models?*, in H. COLLINS (edited by), *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Kluwer Law International, UK, 2008, p. 177 ss.; M.W. HESSELINK, *Towards a Sharp Distinction between B2B and B2C? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive*, in *Eur. rev. P. L.*, 2010, p. 57 ss. Diversamente, F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 186 ss., individua tre prospettive da cui muovere l'indagine sull'autonomia privata. Un approccio positivista, che individua nell'art. 1322 c.c. la norma che da sola è in grado di delimitare i poteri dei privati. Una prospettiva che tende ad analizzare l'autonomia privata in un contesto positivo più ampio, comprendente l'insieme delle leggi. Infine, un terzo punto di vista che affronta la questione da un angolo visuale non esegetico, ma piuttosto ideologico.

²⁷⁵ Si v. L. RAISER, *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, Milano, 1989, *passim*; A. BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, cit., p. 11 ss.; U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 161 ss.;

instaura tra libertà e potere pubblico e, nel secondo, sul fisiologico attrito tra questa e altri diritti individuali o collettivi²⁷⁷.

Si mostrerà come, in realtà, le due prospettive finiscano per intrecciarsi e sovrapporsi²⁷⁸, e come da entrambe possano essere tratti importanti elementi per la corretta lettura dell'istituto. Può sin d'ora anticiparsi che tale sovrapposizione diviene evidente ove si concentri l'attenzione sull'analisi del modello contrattuale e come la chiave che consente la composizione tra questi profili fisiologicamente in tensione debba essere rinvenuta nella clausola di meritevolezza.

4. Dallo *status* al contratto e dal contratto allo *status*

La storia contemporanea delle discipline nazionali in materia contrattuale può essere sinteticamente riassunta come il passaggio da una concezione del contratto come «astrazione pensata in termini di volontà»²⁷⁹ ad una come «astrazione costruita in funzione dell'esigenza oggettiva di una produzione di massa»²⁸⁰.

La definizione «volontaristica» del contratto risente fortemente della teoria del negozio giuridico, almeno come concepita in una prima fase²⁸¹. Difatti, le

P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 229 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.

²⁷⁶ Cfr. G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 325 ss.; A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 6 ss.

²⁷⁷ Cfr. C. SALVI, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 442 ss.

²⁷⁸ Secondo alcuni autori, nel diritto europeo del consumo «non c'è antagonismo, né contrapposizione tra interesse pubblico e interesse privato, perché l'obiettivo perseguito è pur sempre quello dell'efficienza del mercato attraverso la giustizia del contratto. È quindi l'interesse pubblico in direzione di scambi corretti ed efficienti che postula inevitabilmente la difesa dell'interesse privato mediante il rimedio della nullità. Del resto, non vi può essere contrattazione efficiente senza libertà da parte del consumatore». Così G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 249 ss. Si v. ID., *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012, *passim*; G. BONFIGLIO, *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 861 ss.; S. POLIDORI, *Disciplina della nullità ed interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 114 ss.

²⁷⁹ F. GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978, p. 76.

²⁸⁰ F. GALGANO, *o.u.c.*, p. 76.

²⁸¹ G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., p. 16, osserva come la prima formulazione organica del negozio giuridico sia da far risalire a Savigny, il quale ne parla in termini di «dichiarazione di volontà che non solo costituisce un atto libero, ma nel quale la volontà dell'autore è direttamente tesa alla costituzione o allo scioglimento di un rapporto giuridico». Si v. A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., *passim*; F. PERGOLESÌ, *I negozi giuridici come fonti normative*, in *Foro it.*, 1937, col. 250; C. ESPOSITO, voce *Norma giuridica*, in *Nuovo dig. it.*, VIII, Torino, 1939, p. 1051 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., *passim*; N.

prime formulazioni del concetto ne individuavano il fondamento nella c.d. signoria della volontà²⁸². In altri termini, tali teorie (c.d. soggettive)²⁸³ fondavano l'essenza del negozio giuridico sulla volontà dei contraenti, intesa come unica fonte creatrice di effetti giuridici.

Sotto il peso delle esigenze (di certezza dei traffici giuridici e dell'affidamento del terzo) di un capitalismo fattosi più maturo²⁸⁴, iniziò un processo volto alla svalutazione della volontà²⁸⁵. In un primo momento in favore della dichiarazione intesa come fatto socialmente apprezzabile²⁸⁶, per poi sfociare in teorie del negozio giuridico apertamente oggettive²⁸⁷. Queste ultime ricondu-

BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p. 10 ss.

²⁸² Sulla signoria della volontà in relazione alle teorie del negozio giuridico e del diritto soggettivo si v. B. WINDSCHEID, *Il diritto delle Pandette*, trad. it., Torino, 1902, p. 770 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. XXVIII ss.; ID., *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giur. it.*, 1948, p. 41 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Volontà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 1046 ss.; W. CESARINI SFORZA, voce *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 659 ss.; ID., *Il diritto dei privati*, Milano, 1963, *passim*; F.C. VON SAVIGNY, *System*, cit., p. 831 ss.; G.F. PUCHTA, *Vorlesung über das heutige römische Recht*, Leipzig, 1847, p. 66 ss. Per una critica al volontarismo si v. F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, p. 318 ss. Si v. inoltre l'esauritiva ricognizione delle critiche alla nozione di volontà contrattuale di R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 423 ss.

²⁸³ V. G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., p. 41 ss., il quale riunisce le teorie soggettive attorno a una comune definizione di negozio giuridico, ovvero sia come dichiarazione di volontà. Peraltro, mentre in una prima fase tali teorie attribuivano prevalenza al contenuto (ossia la volontà) rispetto al contenente (la dichiarazione), successivamente si evolsero riconoscendo prevalenza al momento della manifestazione della volontà rispetto a quello della volontà come contenuto della dichiarazione.

²⁸⁴ Cfr. P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 294 ss. Così come la concezione soggettiva del negozio giuridico (e del contratto) rispondeva ad un diverso modello socio-economico, quello della società borghese e dell'economia capitalista. Sul tema, in particolare, si v. V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA E P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, p. 37 ss., il quale osserva che «in fase di capitalismo nascente, era essenziale che gli «spiriti animali» dell'iniziativa economica si scatenassero nella loro travolgente soggettività. In fase di capitalismo più evoluto e assestato, diventa importante la certezza delle relazioni giuridico-economiche, la cui mancanza può scoraggiare o frenare le iniziative».

²⁸⁵ Come testimoniato dall'ingresso nel codice civile dell'art. 1341 c.c., secondo il quale il regolamento contrattuale diviene vincolante per la parte aderente in forza della semplice conoscibilità del suo contenuto, pertanto indipendentemente dalla conoscenza effettiva che gli ne abbia avuto. A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 95 ss.

²⁸⁶ «Prevalse la considerazione dell'oggettivo significato o valore della dichiarazione, come ragionevolmente il destinatario l'aveva ricevuta e poteva intenderla». Così P. RESCIGNO, *Manuale*, cit., p. 294, il quale imputa tale cambio di prospettiva all'imporsi, all'interno della teoria del negozio, della figura del contratto. Cfr. P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, p. 281 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 39 ss.

²⁸⁷ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 19 ss., osserva come l'affermarsi di queste teorie fu causa anche di un mutamento del pensiero giuridico, ovvero sia del passaggio dalla *Zweckjurisprudenz* e dalla *Interessenjurisprudenz* alla *Begriffsjurisprudenz*. In altri termini, del progressivo affermarsi dello studio degli istituti giuridici nella

cono la produzione degli effetti giuridici non alla volontà dell'autore del negozio, bensì all'ordinamento giuridico, il quale offrirebbe al singolo il mezzo tecnico attraverso il quale realizzare tale scopo²⁸⁸. Tali dottrine andranno poi articolandosi in diversi filoni²⁸⁹, tra questi andrà affermandosi nel dibattito dottrinale la nozione di negozio giuridico come atto di autonomia privata²⁹⁰.

In sintesi, quella del negozio giuridico è la storia del continuo adattamento dell'astratta definizione di una categoria concettuale al concreto fenomeno economico-sociale a essa sottinteso²⁹¹. Costante questa che caratterizza anche l'epoca contemporanea, connotata dai fenomeni della massificazione e della

loro funzionalità pratica, ovverosia nella realtà economico-sociale in cui operano.

²⁸⁸ O. BÜLOW, *Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, Freiburg i.B.-Leipzig-Tübingen, 1899, p. 114 ss.; A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., p. 344. In Italia S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata*, cit., p. 57; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 7 ss. Per una critica si v. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 66 ss.

²⁸⁹ Senza pretesa di completezza, si distinguono: teorie che riconoscono alla volontà dei privati il potere di incidere sulla dichiarazione, ma non sugli effetti (O. BÜLOW, *Das Geständnisrecht*, cit., p. 114 ss.); dottrine che limitano il ruolo dell'ordinamento a mera giuridificazione degli effetti empirici prodotti dall'atto di autonomia negoziale nella realtà sociale (R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 147 ss.); orientamenti secondo i quali la volontà non esaurisce tutto il contenuto del negozio giuridico, perché da questo possono scaturire effetti non voluti dal privato, ma determinati dalla legge (F. VASSALLI, *Sommario delle lezioni sulla teoria del negozio giuridico*, Roma, 1934, p. 8 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 290 ss.); infine, non è mancata una lettura dell'istituto alla luce della teoria degli ordinamenti giuridici (S. ROMANO, *Autonomia privata*, Milano, 1957, p. 3 ss.). Si v. G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., p. 50 ss., il quale osserva (richiamando P. RESCIGNO, *Manuale*, cit., p. 296) come «tra le due definizioni di negozio, quella più antica (in cui il negozio emergeva come dichiarazione di volontà) e quella più moderna (che vede nel negozio un atto di autonomia privata e cioè un autoregolamento di interessi, vincolante per chi lo abbia posto in essere) non vi è incompatibilità; «la prima si riferisce alla struttura, laddove la seconda è attenta alla funzione dei negozi»». In altri termini, il succedersi di tali teorie può essere letto anche nell'ottica di un cambio metodologico, ovverosia il passaggio da una prospettiva strutturalistica del contratto, incline a enfatizzare il ruolo dell'accordo, a una funzionalistica, ispirata alla valutazione degli interessi in gioco e alla prevalenza di quelli più meritevoli secondo il diritto. Ciò portò all'abbandono dell'idea che il contratto sia essenzialmente consenso, in favore di una concezione del contratto come rapporto. Si v. F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 287.

²⁹⁰ Da intendersi come espressione del potere dei privati di autoregolamentare i propri interessi. F.W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, in *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Berlin-Heidelberg-New York, 1965, p. 1 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Negozio giuridico. I) Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 6 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 126 ss.; A. PALAZZO, *Considerazione sull'unità concettuale del negozio giuridico*, in *Circ. giur.*, 1960, p. 40 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 47 ss. Quest'ultimo A., in particolare, concepisce il negozio come un atto che contiene un precetto dell'autonomia privata destinato di per sé ad avere efficacia costitutiva, ossia a spiegare immediatamente gli effetti ordinativi sul piano sociale. Tale regolamento per operare anche sul piano del diritto dovrà peraltro assoggettarsi al riconoscimento dell'ordinamento, il quale, nell'elevarlo a precetto giuridico, ossia nell'attribuirgli efficacia giuridica, apporterà, se

standardizzazione del contratto. In altri termini, la c.d. società di massa²⁹² genera bisogni standardizzati, ai quali gli operatori economici danno riscontro attraverso l'offerta di beni e servizi che presentano le medesime caratteristiche. Ciò attraverso una linea evolutiva che porta sino alla contrattazione in serie, e, conseguentemente, alla predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale da parte del professionista, mentre al consumatore resta l'alternativa tra aderire al contratto o rinunciare all'operazione (c.d. contratto per adesione)²⁹³.

L'incapacità (del contraente debole) di influenzare il contenuto del contratto si deve a una disuguaglianza di potere contrattuale tra le parti. Tale condizione, normalmente²⁹⁴, costituisce la proiezione sul piano giuridico delle disparità che affliggono il rapporto negoziale sul piano economico-sociale, e rispetto alle quali è necessario un intervento pubblico che assicuri la libertà e l'uguaglianza non tanto formalmente, quanto sostanzialmente (art. 3, comma 2, Cost.).

In questo contesto si pongono quegli interventi pubblici che intendono limitare l'autonomia privata, o meglio conformarla alla speciale esigenza di

necessario, le opportune modificazioni. Di tal maniera, l'autonomia privata incontra due tipi di limitazioni, quelle proprie che discendono dalla sua stessa logica e quelle derivanti dalla logica del diritto. In particolare, mentre i contraenti determineranno tra loro i concreti interessi individuali da realizzare e comporre, l'ordinamento giuridico li valuterà alla luce delle finalità generali del Sistema, prescrivendo requisiti di validità ed efficacia del negozio e ricollegandovi situazioni giuridiche che ne traducano la funzione sociale e li rendano meritevoli di riconoscimento. Pertanto, secondo questa teoria, il contenuto essenziale del negozio è il precetto, così come esteriorizzato nella dichiarazione delle parti. La volontà resta un elemento essenziale, ma di per sé, quale mera entità psichica individuale, non acquista rilevanza sociale se non rendendosi riconoscibile agli altri sotto forma di dichiarazione o di comportamento e dandosi un contenuto socialmente apprezzabile sul terreno dell'autonomia privata, concretandosi cioè in un precetto. In questo modo si rompe il nesso tra volontà ed effetti, così come vengono espulsi dalla sfera del giuridicamente rilevante i motivi. Sul tema si v. G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., p. 47. La teoria precettiva verrà esaminata più approfonditamente *infra* Cap. IV, § 2.

²⁹¹ Se ciò è vero, sembra altrettanto nel giusto chi individua una costante nelle varie teorie che hanno avuto ad oggetto il negozio giuridico: il fatto di essere espressione (almeno sotto il profilo esterno) del mutevole rapporto tra libertà (privata) e autorità (dell'ordinamento giuridico). P. BARCELLONA, *Contributo alla discussione sul negozio giuridico*, in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali: il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978, p. 230 ss. Si v. anche G.B. FERRI, *o.u.c.*, p. 53 ss., il quale descrive il negozio giuridico come un valore «destinato a confrontarsi con il sistema di valori espresso dall'ordinamento giuridico statale».

²⁹² Si v. C. MANNUCCI, *La società di massa: analisi di moderne teorie sociopolitiche*, Ivrea, 1967, *passim*.

²⁹³ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 42 ss.

²⁹⁴ Tale disuguaglianza di potere contrattuale può anche dipendere dalle concrete circostanze che portano alla negoziazione, come ad es. il forte desiderio per un determinato bene o servizio che spinge una parte (che in astratto non presenta i caratteri della debolezza) ad accettare le condizioni contrattuali predisposte dalla controparte. Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 43.

protezione delle categorie deboli. Queste operazioni di sostegno si fondano su una precisa tecnica normativa, la quale individua il proprio ambito applicativo facendo riferimento a determinate categorie socio-economiche, come quella di consumatore²⁹⁵. Questa è la ragione per cui, in riferimento a tale fenomeno, si parla²⁹⁶ sempre più spesso di un ritorno al passato: un'inversione «dal contratto allo *status*»²⁹⁷.

L'utilizzo di categorie economiche tipiche (consumatore, professionista, micro-imprese, ecc.) rivela la scelta del legislatore (soprattutto comunitario) di coordinare il diritto dei contratti con la disciplina del mercato²⁹⁸. Un'operazione che si rivela metodologicamente opinabile, in quanto le disfunzioni del contratto non necessariamente sono il frutto delle alterazioni del mercato e della concorrenza²⁹⁹. Né appare condivisibile questa visione riduzionistica dello strumento negoziale, che lo immagina come un mezzo orientato sì alla realizzazione degli interessi dei contraenti, ma da bilanciare con le sole esigenze del sistema economico. In verità, l'influenza degli interessi pubblici sul regolamento contrattuale sembrerebbe ben più incisiva.

²⁹⁵ Osserva G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 21, che «al termine consumatore, [...], corrisponde, effettivamente, una nozione dai contorni sfumati o generici, tanto da indicare realtà decisamente eterogenee. Il termine ha una intonazione più sociologica che giuridica: esso si è affermato e generalizzato per il successo della sua valenza semantica, perché consente il richiamo, in conciso, di varie istanze che la coscienza sociale avverte come meritevole d'una più intensa tutela. Ma ciò non significa che a quel termine corrisponda una precisa categoria tecnico-giuridica. [...] L'attributo di consumatore vale piuttosto ad individuare in termini soggettivi l'atto di consumo, ovvero il negozio posto in essere per finalità prevalentemente personali, e cioè non imprenditoriali, o, più in generale, non professionali».

²⁹⁶ M. REHBINDER, *Status, contratto e società opulente*, in *23 Stanford L. rev.*, 1971, p. 957 ss.; N.J. JAMIESON, *Status to contract. Refuted or Refined*, in *39 Cambridge L. J.*, 1980, p. 333 ss.; D. COHEN, *The Relationship of Contractual Remedies to Political and Social Status: a Preliminary Inquiry*, in *32 Univ. Toronto L. J.*, 1982, p. 3 ss.

²⁹⁷ La quale allude alla classica formula («dallo *status* al contratto») elaborata H.S. MAINE (ID, *Ancient Law*, London, 1861, p. 74 ss.) per descrivere il passaggio dalla società di *ancien régime* alla società borghese, ossia la transizione da una condizione in cui il destino sociale, economico e giuridico dell'individuo dipendeva dall'appartenenza ad un determinato ceto o ordine, ad uno scenario in cui il contratto costituiva il simbolo della libertà dei destini individuali. Si v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 38. Peraltro, evidenzia correttamente G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 29, che «se la disciplina viene incentrata sullo *status*, a parte la difficoltà tecnica di individuarlo, con un errore di prospettiva si pone questo a fondamento d'una normativa, che invece ha indole oggettiva [...]. Ragionando altrimenti, l'argomentazione giuridica sarebbe dominata dall'analisi economica, nel senso che si finirebbe col conferire alla valutazione economica una dimensione giuridica autonoma, riconoscendole valore finale».

²⁹⁸ F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, cit., p. 233 ss.; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 67 ss.

²⁹⁹ E. NAVARRETTA, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 520 ss.

5. Dalla separazione degli interessi pubblici da quelli privati al contratto come «strumento a plurimo impiego»

Come poc'anzi accennato, le prime formulazioni del negozio giuridico (e pertanto del contratto) ponevano al centro del sistema la volontà privata, dalla quale deriverebbero in maniera diretta gli effetti giuridici. Diversamente, in capo all'ordinamento giuridico residuerebbe semplicemente un ruolo di limitatore esterno dell'autonomia contrattuale (limiti rappresentati dalle norme imperative, dall'ordine pubblico e dal buon costume)³⁰⁰. Tale impostazione, come noto, si imperniava sulla netta separazione tra privato e pubblico, ove al primo era riservata la cura di interessi individuali, mentre allo Stato si riconosceva competenza solo nei casi in cui venisse in rilievo un interesse della collettività³⁰¹.

Tale scenario di fondo non mutò particolarmente con l'accennato processo di oggettivazione dell'atto di scambio, che ha visto nella c.d. commercializzazione del diritto privato³⁰² e nell'affermarsi della figura del contratto le fasi più importanti. Difatti, dietro la formula dell'autonomia privata – almeno secondo le prime formulazioni che l'hanno vista come protagonista – si celava nulla più che la traduzione in regole giuridiche dei precetti del liberismo economico e delle dinamiche mercantili³⁰³.

³⁰⁰ G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., *passim*.

³⁰¹ Si trattava, in sintesi, di una proiezione in ambito giuridico del pensiero liberista, il quale postulava una netta scissione in campo economico tra privato e pubblico, tra cittadini e Stato. Si v. G. ALPA, *Le autonomie contrattuali tra mercato e persona*, cit., p. 213, il quale riporta le seguenti parole di A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, III, *Obbligazioni*, t. II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 55 ss., «nello Stato liberale mercato e autonomia dei privati si identificano; lo Stato si astiene da ogni interferenza, anzi riconosce e sostiene l'autonomia negoziale, quasi fosse espressione di un diritto di natura che si concreta, nell'accordo, in una "legge" introdotta dalle parti, che riguarda solo loro e non si estende agli estranei, cioè ai terzi. Il prezzo è giusto in quanto corrisponde alla volontà delle parti, e la forma suggella questa sorta di patto tra i privati e lo Stato. Le parti sono formalmente eguali e si vincolano perché lo vogliono. Ogni limitazione dettata dall'ordine pubblico non può che corrispondere alla legge – cioè alla volontà collettiva – ma si deve trattare di norma eccezionale. Ai privati sono sottratti solo quei beni e quei servizi che interessano la collettività».

³⁰² Conseguente all'unificazione del codice civile con quello commerciale. Così F. GALGANO, *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, cit., p. 76 ss. In realtà, parrebbe più adeguato ricondurre la commercializzazione del diritto privato a una fase successiva a quella dell'unificazione dei codici. Ovverosia, farla coincidere con il momento in cui è venuta meno la tradizionale distinzione che assegnava al diritto privato e a quello commerciale compiti distinti: assegnando al primo la disciplina dell'«atto» e al secondo quella dell'«attività». Cfr. S. DELLE MONACHE, *Commercializzazione del diritto civile (e viceversa)*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 498.

³⁰³ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 315 ss.; F. GALGANO, voce *Negozio giuridico (dottrine gen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 932 ss.; C. SALVI, *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano,

Su tale scenario intervenne la costituzionalizzazione del diritto, che trasformò l'intero ordinamento permeandolo con la mobile scala dei valori della Carta. Da qui l'affermarsi della centralità del valore della persona e, conseguentemente, la ridefinizione del concetto di libertà – non più identificabile con l'iniziativa economica³⁰⁴ – nonché il venir meno della netta distinzione tra interesse pubblico e privato³⁰⁵. Ciò, inevitabilmente, ebbe ripercussioni sul concetto stesso di autonomia negoziale³⁰⁶, contribuendo a una sua radicale ridefinizione.

Il contratto, in quanto strumento posto a servizio dei privati per il loro agire, è tutelato dall'ordinamento solo in funzione degli interessi che realizza³⁰⁷. Pertanto, nell'ambito del contratto, il rapporto tra interesse generale e interesse privato non è mai di indifferenza, piuttosto è di meritevolezza³⁰⁸.

Il rapporto che si instaura tra interesse pubblico e interesse privato va dunque stabilito all'interno della clausola di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., nozione quest'ultima che va a sua volta determinata alla stregua dei valori fondamentali dell'ordinamento³⁰⁹. Emerge in tal modo quell'immaginario contemporaneo del diritto dei contratti come momento di sintesi tra autonomia ed eteronomia, tra privato e pubblico, tra livelli e ordini differenti di regole³¹⁰.

Il che equivale a dire che il contratto deve oggi intendersi come «strumen-

1978, p. 268 ss.

³⁰⁴ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità*, cit., p. 316 ss.

³⁰⁵ Sul tema si v. M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim.*, 1961, p. 391 ss.

³⁰⁶ Sul tema v. P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933 ss.; ID., *Il diritto agrario tra pubblico e privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 698 ss.; G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 25 ss.; E. BETTI, voce *Interesse (Teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 839 ss.

³⁰⁷ G. OPPO, *o.u.c.*, p. 25.

³⁰⁸ P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico*, cit., p. 943; G. OPPO, *o.u.c.*, p. 25 ss. Sull'argomento v. G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 1 ss.; G. PANZA, *Buon Costume e buona fede*, Napoli, 1973, p. 1 ss.; L. LONARDO, *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Napoli, 1978, p. 38 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1975, p. 510 ss.

³⁰⁹ «L'interesse pubblico può servirsi del diritto privato, ma non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare del diritto privato ciò che gli è essenziale». Così G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, cit., pp. 28 e 41.

³¹⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 122 ss.; ID., *Il diritto agrario tra pubblico e privato*, cit., p. 707; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 173 ss.; D. MESSINETTI, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 371 ss.; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 28.

to a plurimo impiego»³¹¹. Una costruzione policentrica e multilivello³¹² (volontaria, legale, giudiziale, amministrativa³¹³) che assolve, a lato della tradizionale funzione di manifestazione di autonomia privata e di autoregolamentazione, anche quella del perseguimento di interessi superindividuali³¹⁴. Questa è la condizione affinché lo strumento contrattuale possa adeguarsi alle modificazioni del contesto sociale e alle esigenze economiche³¹⁵.

6. La «campana di vetro» del modello contrattuale

Come anticipato, le due prospettive tradizionalmente assunte per lo studio dell'autonomia negoziale, concepite come vie alternative per la delineaazione del concetto in questione e la deduzione dei suoi limiti, sembrerebbero in realtà intrecciarsi. Ciò diviene maggiormente visibile ove si guardi al modello contrattuale di riferimento³¹⁶.

Nell'epoca contemporanea la questione dell'autonomia negoziale finisce

³¹¹ G. PERA, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1970, p. 303. Si v. anche A. CARROZZA, *La conversione legale del contratto privato come strumento di intervento pubblico in agricoltura*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, p. 200 ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 217; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 102. Preferisce parlare di «struttura normativa aperta» M. BARCELLONA, *Un Breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 526. Il diritto di derivazione europea accoglie una nozione del contratto per certi aspetti riconducibile a quella riportata nel testo. Difatti, come si vedrà più approfonditamente in seguito, le normative comunitarie guardano al contratto come strumento utile al raggiungimento anche di fini estranei a quelli delle parti. Peraltro, ed è qui che si annida la differenza fondamentale, tali finalità altre coincidono sostanzialmente con il solo interesse al corretto ed efficiente funzionamento del mercato. Da qui la nozione di contratto come «strumento di razionalità del mercato». Si v. sul punto L. ROSSI CARLEO, *Il diritto dei consumi in Italia*, in ID. (a cura di), *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività, enforcement*, Torino, 2015, p. 12 ss.

³¹² M. TRIMARCHI, *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, in AA.VV. (a cura di), *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione. Convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisi (Messina 27-28 maggio 2016)*, Milano, 2017, p. 34.

³¹³ Si v. L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008, p. 117 ss.

³¹⁴ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 84 ss.; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, cit., p. 391 ss.; P. BARCELLONA, voce *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 493; V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 20 ss.

³¹⁵ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, p. 780. Cfr. F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 43.

³¹⁶ Sul contrasto tra modelli contrattuali conflittuali e collaborativi si v. P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 409 ss.; A. SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007, p. 41 ss.; ID., *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 85 ss.; A. D'ANGELO, P.G. MONATERI e A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, *passim*.

per confluire in quella del modello contrattuale. Difatti, il modello prescelto (conflittuale o collaborativo) delinea la fisionomia assunta dall'autonomia contrattuale e ne detta i limiti. Una sorta di «campana di vetro»³¹⁷, che nel proteggerla, come si trattasse di un oggetto prezioso, le toglie a poco a poco l'ossigeno, rischiando di soffocarla.

Il modello contrattuale di tipo conflittuale rappresentava la trasposizione nel campo della teoria del contratto di una specifica dottrina economica, quella protoliberista degli effetti provvidenziali della c.d. mano invisibile³¹⁸. Come noto, secondo quest'ultima teoria, nel libero mercato la ricerca egoistica della massima soddisfazione individuale gioverebbe all'interesse dell'intera società, portando all'equilibrio complessivo del Sistema. Pertanto, il singolo nel realizzare il proprio personale interesse verrebbe guidato, come da una mano invisibile, al perseguimento di un fine esterno a quello proprio, ovverosia a preferire la scelta più vantaggiosa per la società.

Trasposta sul piano contrattuale, tale teoria implicava il tendenziale disinteresse dell'ordinamento per gli interessi e le finalità perseguiti dalle parti, salvo solo limitazioni legate alla liceità e moralità dell'affare. Ragion per cui, il contratto costituiva il luogo del libero scontro tra gli interessi in gioco, la cui composizione era rimessa esclusivamente alla volontà delle parti. Tale modello, pertanto, si disinteressava degli squilibri socio-economici, limitandosi a ratificare l'esito dell'accordo così come voluto e inteso dai contraenti. Ciò nella convinzione che solo lasciando le parti libere di perseguire i propri interessi egoistici attraverso le dinamiche della negoziazione, fosse possibile giungere «spontaneamente» a una situazione di maggior beneficio per l'intera società³¹⁹.

Tale modello non si preoccupava di nascondere il conflitto sociale, viceversa lo esaltava, accettandolo e considerando giusti gli esiti della sua composizione, così come risultanti dall'attività negoziale. Con la conseguenza che gli interventi eteronomi sul regolamento contrattuale erano ammissibili solo in quanto posti dal diritto positivo e se finalizzati al coordinamento dell'iniziativa individuale entro un sistema in cui si esalta l'autodeterminazione dei conso-

³¹⁷ L'analogia è mutuata da S. PLATH, *The Bell Jar*, New York, 1963, *passim*.

³¹⁸ «Chiunque impieghi il suo capitale per sostenere l'attività produttiva interna si sforza necessariamente di dirigere tale attività in modo tale che il suo prodotto sia il massimo possibile. [...] egli non intende, in genere, perseguire l'interesse pubblico, né è consapevole della misura in cui lo sta perseguendo. [...] egli mira solo al proprio guadagno ed è condotto da una mano invisibile a perseguire un fine che non rientra nelle sue intenzioni. Né il fatto che tale fine non rientri sempre nelle sue intenzioni è sempre un danno per la società. Perseguendo il suo interesse, egli spesso persegue l'interesse della società in modo molto più efficace di quando intende effettivamente perseguirlo». Così A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, 1776, Roma, 2005, p. 389 ss.

³¹⁹ A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, cit., p. 389 ss. Si v. sul punto G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato* (1906), Milano, 1980, p. 37 ss.

ciati³²⁰.

Come ricordato, il modello conflittuale si presentava fortemente legato alle esigenze economiche ottocentesche. Lo scenario cambia nel momento in cui inizia ad assumere rilievo centrale nella riflessione dei giuristi la questione delle finalità e degli interessi perseguiti dalle parti e, soprattutto, nel momento in cui si valorizza la clausola della buona fede contrattuale³²¹.

Proprio la rivalutazione della buona fede costituisce l'apripista per l'affermazione del modello collaborativo³²² in luogo di quello conflittuale³²³. Difatti, tale clausola generale viene ora intesa come un invito rivolto alle parti alla collaborazione in vista di un fine (generale) individuato dall'ordinamento giuridico e collocato ben al di là del singolo rapporto contrattuale³²⁴.

L'affermazione di tale modello si deve al successo raggiunto in seno alla cultura giuridica da quelle riflessioni di matrice funzionalista, le quali, immaginando il contratto come «una piccola società in cui ciascuno deve lavorare in funzione di uno scopo comune, risultante dalla somma degli scopi individuali»³²⁵, concentrano le loro teorizzazioni sulle finalità in vista delle quali ricomporre il conflitto sociale. Ragion per cui, l'autonomia negoziale costituisce un valore meritevole di tutela per l'ordinamento solo alla luce del particolare

³²⁰ Si v. A. SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, cit., p. 44. L'A. osserva che in tale contesto la buona fede contrattuale non riveste alcun ruolo.

³²¹ Si v., ad es., O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895, p. 63 ss.; J.W. HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, Berlin, 1920, p. 119 ss.

³²² P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto*, cit., p. 409. L'A. descrive questo modello come segue: «il contratto, da sempre, è un incontro, un luogo in cui le parti collaborano, per uno scopo comune; un gioco cooperativo. Questo “luogo”, questa radura di cooperazione, è un luogo tipizzato, anzi altamente tipizzato, dove le parti, come si dice, “pongono in essere” prodromi di “blocchi” di regole, che si animano da sole, che intervengono a cascata, una volta che sia compiuta, che qualcuno abbia compiuto, la qualificazione giuridica del loro accordo; e, proprio perché si tratta di uno spazio di collaborazione, questo luogo è, deve essere, denso di “buona fede”; e ad essa si deve ricorrere per interpretarlo, per riempirlo, per valutarne i comportamenti stessi delle parti». Un modello contrattuale, sempre secondo l'A., si «rugiadoso», in quanto caratterizzato dal rilievo centrale assunto dalla buona fede, dagli obblighi di *renseignements*, dalla cooperazione e dalla giustizia, ma anche «roccioso», a causa del ruolo giocato dalla causa e dai tipi contrattuali.

³²³ Il modello collaborativo rappresentò anche il frutto delle influenze del pensiero neokantiano e di quello cattolico sull'immaginario del vivere consociato. Difatti, il primo esprimeva una visione del contratto come vicenda conformata all'idea sociale di una comunità umana in cui ciascuno fa propri gli obiettivi altrui. Mentre il secondo promuoveva un'idea del contratto «come processo di adattamento delle volontà private all'utilizzazione degli sforzi comuni volti alla soddisfazione di interessi individuali reciproci». Così R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901, p. 229. Si v. N. STOLFI, *La rivoluzione francese e la guerra mondiale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1922, p. 388 ss.; R. STAMMLER, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1897, p. 36 ss.; A. SOMMA, *Introduzione critica*, cit., p. 44.

³²⁴ Si v. A. SOMMA, *o.u.c.*, p. 49.

³²⁵ Così R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, 1931, p. 9.

fine che intende realizzare³²⁶. In altri termini, il contratto diviene la «sottomissione volontaria»³²⁷ delle parti alle esigenze e alle finalità dell'ordinamento giuridico.

La subordinazione dell'attività (negoziale) individuale alle finalità perseguite dalla comunità spiega il successo di tale modello³²⁸ nelle fasi storiche caratterizzate dallo statalismo³²⁹, da un modello economico di matrice corporativa³³⁰ o dalla politica del produttivismo³³¹, ma anche il suo recepimento nei modelli solidaristici accolti nelle Costituzioni post-belliche³³² e, infine, nei paradigmi della scuola Ordoliberale³³³ e, conseguentemente, la sua adozione a

³²⁶ Si v. L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Paris, 1920, p. 73 ss.

³²⁷ Quello della subordinazione volontaria è un c.d. mezzo-paradosso elaborato da O. PAZ, *La llamada doble*, Barcelona, 1993, p. 288.

³²⁸ L. JOSSEAD, *Cours de droit positif français*, Paris, 1939, p. 223 ss., osserva come il dirigismo contrattuale si affermi in tutti i paesi, senza distinzione tra regimi politici liberali e organizzazioni totalitarie.

³²⁹ Si v. A. SOMMA, *Liberali in camicia nera*, in A. MAZZACANE, A. SOMMA e M. STOLLEIS (a cura di), *Il corporativismo nelle dittature sudeuropee*, Frankfurt aM., 2005, p. 63 ss.; ID., *Introduzione critica*, cit., p. 53 ss.; A. ROCCO, *Che cosa è il nazionalismo e che cosa vogliono i nazionalisti*, in A. ROCCO, *Scritti e discorsi politici*, Milano, 1938, p. 84 ss.

³³⁰ Un modello che nega la capacità del Sistema di raggiungere spontaneamente livelli possibili e desiderabili, e orientato al superamento degli interessi di classe e al perseguimento dell'interesse globale della produzione e, quindi, degli interessi nazionali, «i quali non possono scindersi dagli interessi della produzione». A. ROCCO, *Il congresso nazionalista di Roma* (1919), in A. ROCCO, *Scritti e discorsi politici*, Milano, 1938, p. 478; T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962, p. 112 ss.; A. DE STEFANI e L. MOROSO, *La logica del sistema corporativo*, in *Riv. int. sc. soc.*, 1933, p. 409 ss.

³³¹ Si v. G. OLIVETTI, *L'industria e il fascismo*, in G.L. POMBA (a cura di), *La civiltà fascista*, Torino, 1928, p. 331 ss.; A. SOMMA, *o.u.c.*, p. 53 ss.

³³² A. SOMMA, *Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo: cronaca di un conflitto insanabile*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 263 ss., osserva come in tali Costituzioni «si siano fornite indicazioni circa l'estensione delle libertà economiche, in particolare con riferimento all'incidenza di modelli solidaristici a livello verticale ed orizzontale. I primi concernono la soddisfazione delle aspettative connesse con il riconoscimento dei diritti sociali, in modi che delimitano il raggio di azione del mercato. I secondi sono invece destinati a conformare il mercato e con ciò a definire i termini dell'intervento eteronomo volto a limitare l'autonomia dei privati». In tale fase la buona fede diviene solidale, incide sul conflitto sociale realizzando un'equa distribuzione delle armi tra le parti in causa e non anche indirizzando l'esito del confronto. Essa supera la statalizzazione delle relazioni di mercato in favore di una loro sostanzializzazione o socializzazione, fondamento la prima di una tutela delle sole aspettative di volta in volta assunte ad orizzonte dell'intervento eteronomo dal potere politico e la seconda delle istanze incarnate dai portatori degli interessi deboli così come interpretate dal potere giudiziario. Così A. SOMMA, *Introduzione critica*, cit., p. 63. Si v. anche M. WEBER, *Law in economy and society*, 1925, Cambridge Mass., 1966, p. 331 ss.; G. TEUBNER, *Sub Par. 242, in BGB – Alternativkommentar*, Neuwied, 1980, p. 44 ss.; G. AZZARITI, in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, p. 11 ss.

³³³ Ove la conformazione dell'attività privata deve tendere in maniera diretta alla stabilità del sistema e alla crescita economica. Si v. D. HASELBACH, *Autoritärer Liberalismus und Sozia-*

modello di riferimento nel diritto europeo dei contratti³³⁴.

Ciononostante, non sussistono molti dubbi circa il fatto che il modello contrattuale collaborativo non tutela né la libertà individuale, né tanto meno l'autonomia negoziale, subordinando l'una e l'altra a un fine che trascende il singolo rapporto contrattuale. Né, d'altra parte, sussistono particolari incertezze se ci si interroga sull'effettiva capacità di tale modello di tutelare il contraente debole in quei casi in cui il fine cui l'autonomia negoziale deve conformarsi è il buon e ordinato funzionamento del mercato. Analogamente, come si vedrà, non sembra che lo scenario cambi particolarmente ove si individui nella solidarietà sociale il fine verso cui le libertà economiche degli individui devono tendere.

Si affronterà quest'ultimo punto in chiusura del terzo capitolo, quando il discorso si sarà addentrato nell'analisi del diritto contrattuale europeo del consumo. Peraltro, si può già accennare che il modello collaborativo, per sua natura, tende a occultare in chiave conservatrice i conflitti in nome della coesione sociale e dello sviluppo del Sistema³³⁵. Esso, pertanto, finisce per funzionalizzare il conflitto tra gli interessi, ricomponendolo o secondo un determinato ordine di mercato, o attraverso una disciplina del contratto prevalentemente procedurale³³⁶. O, come accade nel diritto contrattuale europeo del consumo, in entrambi in modi, garantendo al consumatore una tutela procedurale e funzionalizzata al buon funzionamento del mercato unico.

7. Il processo di svalutazione del canone della parità formale dei contraenti attraverso il codice civile e il diritto privato europeo

Le trasformazioni sin qui riportate hanno inciso fortemente la disciplina del contratto, a cominciare dal canone tradizionale che immaginava i contraenti in una posizione di equilibrio. Se ne può trovare traccia già nel codice

le Marktwirtschaft, Baden-Baden, 1991, p. 117 ss.; H. PETER, *Sozialpolitik und freier Wettbewerb*, in G. SCHMÖLDERS (Hrsg.), *Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese*, Berlin, 1942, p. 199 ss.; F. BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft*, Berlin, 1937, p. 8 ss.; J. JESSEN, *Wettbewerb als grundsätzliche historisch-politische Frage*, in G. SCHMÖLDERS (Hrsg.), *Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese*, Berlin, 1942, p. 9 ss.

³³⁴ Si v. P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto*, cit., p. 411. L'A. sottolinea come il trionfo del modello contrattuale cooperativo lo si ritrovi scolpito anche nei «Principi di diritto europeo dei contratti» della commissione Lando, laddove – facendo riferimento agli artt. 1:102, 1:201, 1:202 – la buona fede diviene irrinunciabilmente limite alla stessa autonomia privata.

³³⁵ V. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Roma-Bari, 1993, p. 5 ss.; A. SOMMA, *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Torino, 2005, p. 21 ss.

³³⁶ R. BROWNSWORD, *The Philosophy of Welfarism*, in R. BROWNSWORD, G. HOWELLS e T. WILHELMSSON (ed.), *Welfarism in Contract Law*, Aldershot, 1994, p. 36 ss.

civile, che agli artt. 1341 e 1342 c.c.³³⁷ presuppone una situazione di potere contrattuale disuguale in capo alle parti³³⁸.

Dietro tali norme si celava soprattutto l'esigenza di adeguare la disciplina del contratto ai bisogni dell'economia capitalista, in particolare all'abbattimento dei costi transattivi legati alle trattative e alla conclusione dei negozi giuridici³³⁹. Pertanto, la previsione di una tutela per l'acquirente costituiva una sorta di compensazione rispetto al «necessario» sacrificio della libertà di trattativa. Da qui la previsione di una protezione del contraente debole decisamente fragile, in quanto più formale che sostanziale³⁴⁰.

In questo contesto, la costituzionalizzazione del diritto civile – in particolare per quel che concerne il ruolo giocato nelle relazioni negoziali dal principio di uguaglianza sostanziale³⁴¹ e da quello solidaristico – non ha prodotto effetti paragonabili rispetto ad altri ambiti dell'ordinamento civile³⁴². Cosicché la tutela del contraente debole fu rimessa alla politica e al ruolo che era andata as-

³³⁷ Sul tema si v. G. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, p. 108 ss.; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, *ivi*, 1970, p. 192 ss.; A. GENOVESE, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 802 ss.; V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983, *passim*; R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 138 ss.

³³⁸ A. DI MAJO, *Contratto e negozio. Linee di una vicenda*, in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978, p. 109 ss. G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, cit., p. 180 ss., considera gli artt. 1341 e 1342 c.c. espressione della c.d. commercializzazione del diritto civile

³³⁹ «Il bisogno di assicurare l'uniformità del contenuto di tutti i rapporti di natura identica, per una più precisa determinazione dell'alea che vi è connessa, la difficoltà che si oppone alle trattative con i clienti [...] inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non voglia rinunciare all'affare. Un tal metodo di conclusione del contratto non deve ritenersi illegittimo solo perché non dà luogo a trattative e a dibattiti di clausole, ma costringe ad accettare patti preordinati. La realtà economica odierna si fonda anche su una rapida conclusione degli affari, che è condizione di un acceleramento del fenomeno produttivo; a questa esigenza va sacrificato il bisogno di una libertà di trattativa, che importerebbe intralci spesso insuperabili». Così la Relazione al codice civile del 1942, n. 612. Si v. sul punto G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Id.*, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 31, nella parte in cui osserva che la mancata corrispondenza della predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale con la finalità della razionalizzazione dell'attività contrattuale può portare alla qualificazione in termini di abusività dell'esercizio del potere di deroga del diritto dispositivo.

³⁴⁰ Si v., in particolare, A. DI MAJO, *Giustizia e materializzazione nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 800 ss.

³⁴¹ Si v. G. PASETTI, *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, *passim*.

³⁴² Si v. V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 8; J.A. AGUILA REAL, *Autonomía privada y derechos fundamentales*, cit., p. 57 ss.

sumendo nell'ambito della dottrina dello Stato Sociale³⁴³. Nello specifico, il legislatore italiano, attraverso lo strumento della legislazione speciale³⁴⁴, inaugurò una serie di interventi incidenti sulla libertà negoziale, i quali registrarono la crisi della parità formale dei contraenti, affiancando ai tradizionali rimedi alle asimmetrie contrattuali «patologiche»³⁴⁵ misure volte a compensare casi c.d. «fisiologici»³⁴⁶ dello squilibrio di potere contrattuale.

Tale processo ha vissuto un'accelerazione sotto la spinta del diritto privato europeo³⁴⁷, a cominciare da quegli interventi che intendevano assicurare al

³⁴³ «Nello Stato liberale, il principio liberista della piena libertà d'iniziativa economica portava con sé il corollario della piena libertà contrattuale, i privati erano lasciati liberi di fare i loro contratti come volevano (e come potevano), senza che il potere pubblico intervenisse a limitarli o controllarli o sostenerli nelle loro contrattazioni. [...] Ma nello Stato sociale si afferma l'idea che spetta anche al potere pubblico intervenire». Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 47 ss.

³⁴⁴ Ad es. la l. 27 luglio 1978, n. 392 (sulle locazioni), la l. 3 maggio 1982, n. 203 (relativa ai contratti agrari), la l. 21 febbraio 1991, n. 52 (sulla cessioni dei crediti d'impresa), il d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 (a regolazione dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali), il d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 74 (in materia di pubblicità ingannevole), il d.lgs. 15 gennaio 1993, n. 385 (sulle attività e operazioni bancarie), il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111 (sui viaggi), il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 174 (sull'attività e operazioni assicurative), il d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415 (in materia di servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari) e il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. codice del consumo). Si v. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, *passim*; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 44 ss. Sul punto si v. anche M. DE POLI, *Liberato mercato e controllo legale nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 757 ss.

³⁴⁵ «Determinate da fattori che, ancorché di natura oggettiva, esplicano la loro rilevanza nel momento in cui incidono sulla sfera soggettiva del contraente (sulla quale si riflettono in modi individualizzati e non standardizzati): come i vizi della volontà, che trovano rimedio nell'annullamento; o gli stati di pericolo e di bisogno, che aprono al rimedio della rescissione». Così V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 683, nota 36.

³⁴⁶ Sempre V. ROPPO, *Parte generale del contratto*, cit., p. 683 nota 36, considera patologiche quelle asimmetrie di potere contrattuale risultanti dalle obiettive posizioni di mercato occupate dall'una e dall'altra parte del contratto.

³⁴⁷ Con la formula diritto privato europeo si è soliti fare riferimento a un duplice alternativo significato: da una parte, in un'ottica nazionale, con essa si designa quella porzione del diritto statale riconducibile, nel settore privatistico, alla concorrenza della fonte comunitaria, assunta nell'unità del sistema giuridico nazionale; dall'altra, in una prospettiva internazionalistica, la si intende come autonomo sistema di regole destinato ad irradiarsi dal suo centro comunitario in una pluralità di ordinamenti, in ciascuno dei quali la norma comunitaria riceve il riconoscimento di validità secondo i criteri del sistema delle fonti ad esso proprio e nel quadro delle rispettive leggi di ratifica del trattato. Così N. LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, cit., p. 7 ss. Sul tema si v. G. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 1998, p. 13 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto privato europeo*, in E. AUTORINO (a cura di), *L'insegnamento dei sistemi giuridici comparati, Quaderno n. 13 del Dipartimento di diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei*, Salerno, 1998, p. 25 ss.; H.W. MICKLITZ, *Prospettive di un diritto privato europeo: ius commune praeter legem?*, in *Contr. impr./Eur.*, 1999, p. 35 ss.; U. PERFETTI, *Il diritto privato europeo: aspetti problematici*,

consumatore una protezione sostanziale³⁴⁸ e processuale³⁴⁹ nei rapporti con il professionista. Questi ultimi non hanno soltanto incrementato un processo che già era in corso nell'ordinamento italiano, bensì hanno contribuito a trasformarne la sostanza, concorrendo all'ennesima riconfigurazione dell'autonomia negoziale.

Obiettivo di questo capitolo (e del seguente) è approfondire i modi in cui il diritto contrattuale europeo ha influenzato la libertà contrattuale³⁵⁰ e comprendere se sia da condividere quell'opinione diffusa³⁵¹ che ne sintetizza gli esiti parlando dell'affermazione nel sistema privatistico di un'istanza di giustizia

ivi, 2004, p. 1215 ss.

³⁴⁸ Interventi non limitati al solo consumatore, si v. ad es. le norme in materia di contratti bancari (D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) e finanziari (D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), i rapporti di subfornitura (L. 18 giugno 1998, n. 192). Si tratta di normative che presuppongono una situazione di squilibrio economico e/o informativo, rispetto alla quale predispongono una serie di misure volte, con modalità differenti, alla procedimentalizzazione del consenso. In particolare, attraverso l'imposizione di forme vincolate (c.d. neoformalismo), di obblighi informativi e prevedendo uno *ius poenitendi*. Si v. R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, cit., p. 141 ss.; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 13 ss.; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, p. 166 ss.; ID., *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996, *passim*; G. GRISI, *Lo «ius poenitendi» tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 569 ss.

³⁴⁹ «La tutela dei consumatori è tutt'uno con le forme e le procedure attraverso le quali questa si esplica». Così V. ZENO ZENCOVICH e M.C. PAGLIETTI, *Il diritto processuale dei consumatori*, cit., p. 150. L'A. argomenta affermando che «i due aspetti [sostanza e procedura] sono costruiti assieme ed interagiscono fin dalla loro genesi normativa. La gran parte delle regole procedurali è infatti contenuta nelle direttive e nei regolamenti che disciplinano il rapporto sostanziale e dunque non possono che essere oggetto di una lettura funzionale e unitaria». Non è un caso che il processo di europeizzazione del diritto si sia rapidamente esteso dal (solo) piano sostanziale a quello processuale (*Europeanization of civil procedure*). V. ZENO ZENCOVICH e M.C. PAGLIETTI, *o.u.c.*, p. 154 ss.; P. BIAVATI, *Europa e processo*, cit., *passim*; K.D. KERAMEUS, *Procedural Implications of Civil Law Unification*, in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDUIS, E. DU PERRON e C. JOUSTRA (a cura di), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 1998, p. 121 ss.

³⁵⁰ G. CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europa*, Torino, 2000, p. 607 ss.; N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, *passim*; M. DE POLI, *Libero mercato e controllo legale dei contratti del consumatore*, cit., p. 481 ss.; S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno*, cit., p. 278 ss.; ID., *Europäisches Schuldvertragsrecht. Das Europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung)*, Berlin-New York, 1999, *passim*; C. QUIGLEY, *European Community Contract Law*, London, 1997, *passim*; H. HEISS, *Europäisches Vertragsrecht in statu nascendi?*, in *ZfRV* (36), 1995, p. 54 ss.

³⁵¹ G. ALPA, *Le clause abusive nei contratti dei consumatori*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 635 ss.; F. DE NOVA, *Direttiva 93-13 CEE. Normativa comunitaria in tema di clause abusive*, in *Contratti*, 1993, p. 355 ss.; A. GENTILI, *I principi di diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in G. ALPA, E.N. BUCCINO (a cura di), *Il codice civile europeo. Materiali dei Seminari 1999-2000*, Milano, 2001, p. 249 ss.; S. PATTI, *Ragionevolezza e clause generali*, Milano, 2013, p. 135 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 848; H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659 ss.; M.W. HESSELINK, *The politics*

contrattuale attraverso l'apertura dello stesso a un orizzonte di socialità³⁵².

8. L'incidenza del diritto dei consumi di derivazione europea sull'autonomia negoziale

Per comprendere le vie e i modi dell'influenza del diritto comunitario sul concetto di autonomia negoziale occorre relazionarsi con la corrente di pensiero che ha plasmato il progetto di integrazione europea, almeno nelle sue fasi iniziali. Si tratta, in altri termini, di analizzare l'impatto esercitato sulla costruzione europea (sulla sua architettura istituzionale, nonché sulle sue categorie fondanti) da quel movimento noto come ordoliberalismo³⁵³ e dai suoi frutti più rilevanti nell'ambito dello studio del sistema economico e di quello istituzionale: rispettivamente l'«economia sociale di mercato»³⁵⁴ e la «teoria della costituzione economica»³⁵⁵.

Quest'ultima, in particolare, avanza una proposta che identifica nell'economia uno strumento di razionalità politica. Conseguentemente affida alla Costituzione il compito di garantire l'interdipendenza di un sistema di libera concorrenza, libertà individuali e Stato di diritto. Equilibrio questo da difendere

of a European Civil Code, in *Eur. L. J.*, 2004, p. 676 ss.; S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno*, cit., p. 281 ss.

³⁵² Sul tema si v. l'analisi di M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 329 ss.

³⁵³ L'ordoliberalismo nasce nel contesto della crisi economica e sociale della Repubblica di Weimar, cercando di fornire una risposta che rifiutasse approcci statocentrici, ma che allo stesso tempo si distanziasse dal c.d. paleo-liberalismo del *laissez-faire*. La soluzione venne individuata in un «interventismo liberale» (così W. RÖPKE, *German Commercial Policy*, London, 1934, p. 40 ss.), che assegnava allo Stato il compito di assicurare l'*ordo* della sfera economica, attraverso la predisposizione di uno spazio giuridico di regole, in cui il mercato potesse evolvere secondo natura (regime di perfetta concorrenza e stabilità) e giustizia. W. EUCKEN, *Staatliche Strukturwandlungen und die Krise des Kapitalismus*, in *Weltwirtschaftliches Archiv* 36, 1932, p. 297 ss.; A. RÜSTOW, *Interessenpolitik oder Staatspolitik*, in *Der Deutsche Volkswirt*, 1932, p. 6 ss.; A. MÜLLER ARMACK, *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus. Ökonomische, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung*, Berlin, 1932, *passim*; F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlin, 1933, *passim*. Sulla genesi ed evoluzione della teoria economica dell'ordo-liberalismo si v. C. MANTZAVINOS, *Individuals, Institutions, and Markets*, Cambridge, 2001, *passim*.

³⁵⁴ Si v. A. MÜLLER ARMACK, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, München, 1990, p. 116 ss.

³⁵⁵ G. BRÜGGEMEIER, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, Frankfurt a.M., 1979, p. 322 ss.; F. KÜBLER, «*Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik – Versuch einer wissenschaftshistorischen Bestandsaufnahme*», in D. SIMON (a cura di), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt a.M., 1994, p. 364 ss. Sul tema ampiamente W. SAUTER, *The Economic Constitution of the European Union*, in *Columbia J. of EuL.*, 1998, p. 27 ss.; C. JOERGES, *Cosa resta della Costituzione economica europea?*, cit., p. 35 ss.

contro qualsiasi interferenza o influenza politica discrezionale³⁵⁶. Mentre la dottrina dell'economia sociale di mercato introduce una funzionalizzazione della proprietà privata e dell'autonomia negoziale in vista della promozione della concorrenza. In particolare, tale impostazione economica postula la necessità di interventi pubblici volti al condizionamento delle libertà economiche, però solo nella misura in cui ciò permetta di evitare i fallimenti del mercato³⁵⁷.

Pertanto, questo genere di impostazione conduce a un riconoscimento non assoluto della libertà negoziale. Essa viene incentivata in tutti quei casi in cui promuove il libero gioco della concorrenza, combattuta ogniqualvolta lo ostacola e limitata (o, se si preferisce, corretta) ove si presenti una forma di fallimento del mercato³⁵⁸.

Tale tema è rilevante in quanto incide in via diretta sul problema della determinazione dello scopo della normativa comunitaria in materia consumeristica e di quella nazionale che da essa deriva. In particolare, la questione è comprendere se tale disciplina sia funzionale alla protezione del contraente debole per ragioni socio-economiche e solidaristiche, oppure se essa si prefigga l'obiettivo del buon funzionamento dei c.d. mercati finali, per logiche attinenti al libero gioco della concorrenza³⁵⁹.

Per quanto in precedenza riportato circa l'impostazione ordoliberal, non sussistono particolari dubbi circa il fatto che l'accoglimento della teoria della costituzione economica risolve tale dubbio in favore della seconda opzione.

Non è sfuggito³⁶⁰ che l'ordine istituzionale della Comunità Economica Europea (come concepita in origine) era coerente e compatibile con i precetti

³⁵⁶ Cfr. F.P. ADORNO, *Naturalità del mercato e ragione governamentale tra mercantilismo e fisiocrazia*, in G. BORRELLI (a cura di), *Prudenza civile, bene comune, guerra giusta*, Napoli, 1999, p. 191 ss.

³⁵⁷ Si tratta di un modello economico che prevede la realizzazione per mano pubblica di forme blande di perequazione sociale, ma soltanto a condizione (e nella misura in cui) esse garantiscano la crescita economica. Si v. A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 81; D. GROSSER, *Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, in ID. (Hrsg.), *Der Staat in der Wirtschaft der Bundesrepublik Deutschland*, Opladen, 1985, p. 25 ss.

³⁵⁸ Cfr. A. SOMMA, *Introduzione critica*, cit., p. 16; W. EUCKEN, *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, in *Ordo*, 1949, p. 52 ss.

³⁵⁹ Tale tutela consentirebbe al consumatore di scegliere consapevolmente quale impresa premiare, impedendo così a queste ultime di guadagnare vantaggi anticompetitivi conseguiti approfittando della condizione di minorità della controparte. In altri termini, riducendo le differenze relative al contenuto contrattuale e stimolando una tendenziale omologazione delle clausole negoziali, per il consumatore diverrebbe più semplice la comparazione delle varie offerte, consentendogli di valutare l'affare sulla base del solo prezzo. Difatti, mentre i consumatori sono *price conscious*, ovvero sono in grado di valutare compiutamente il prezzo, sono *term unconscious*, ossia incontrano maggiori difficoltà rispetto al contenuto normativo del contratto. Sul tema ampiamente P.F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile, IV, Le fonti delle obbligazioni*, Milano, 2012, p. 46 ss.

dell'ordoliberalismo³⁶¹. In particolare, lo era la sua struttura duale che riservava al livello sovranazionale la garanzia delle libertà economiche e la tutela del libero gioco della concorrenza, mentre le politiche sociali di tipo distributivo venivano demandate esclusivamente al livello nazionale. Ne risultava una CEE dotata di una Costituzione economica apolitica, in quanto posta al riparo dalle interferenze delle forze politiche e fondata su un sistema di concorrenza senza distorsioni³⁶².

Con l'avanzare del progetto di integrazione europeo, in particolare, con il «Libro bianco sul completamento del mercato interno» del 1985, la Costituzione economica europea evolvette parallelamente alle trasformazioni che interessarono l'ordoliberalismo³⁶³, almeno sino al Trattato di Maastricht, il quale, prevedendo altri obiettivi autonomi e indipendenti rispetto al mercato unico, ne segnò la fine³⁶⁴.

Pertanto, è da chiedersi se anche l'autonomia negoziale abbia subito la medesima trasformazione nel passaggio dall'Europa economica (CEE) a quella politica (UE). Tale verifica può essere condotta guardando proprio alla disciplina del diritto del consumatore, la cui tutela viene innalzata a politica autonoma dell'Unione Europea precisamente con il Trattato di Maastricht (art. 3, lett. t).

9. La *Constitutional asymmetry* del diritto europeo del consumo

Ai fini dell'indagine da ultimo introdotta può venire in soccorso il generale obbligo di motivazione degli atti che grava sulle istituzioni dell'UE³⁶⁵, il quale

³⁶⁰ Sulla storia della Costituzione economica europea si v. C. JOERGES, *Markt ohne Staat? Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die Renaissance der Regulativen Politik*, Florence: European University Law n. 91/15.

³⁶¹ E.J. MESTMÄCKER, *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union. Beiträge zu Recht, Theorie und Politik der europäischen Integration*, Baden-Baden, 2003, *passim*.

³⁶² Così C. JOERGES, *Cosa resta della Costituzione economica europea?*, cit., p. 49.

³⁶³ Alla fine degli anni sessanta, difatti, il punto di riferimento della Scuola divenne F.A. VON HAYEK, *Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, Kiel, 1968, *passim*. La seconda generazione di ordoliberalisti (c.d. neo-ordoliberalismo) vuole ancora istituzionalizzare le libertà economiche e la razionalità economica, ma in una maniera più flessibile e più comprensiva rispetto alle posizioni della prima Scuola ordo-liberale. Così C. JOERGES, *Cosa resta della Costituzione economica europea?*, cit., p. 55.

³⁶⁴ Difatti, nel momento in cui il Trattato di Maastricht assegnava all'Unione Europea altri obiettivi rispetto a quello del sistema di concorrenza senza distorsioni, e in potenziale conflitto con questo, prevedendo inoltre che il peso di ciascun obiettivo venga determinato all'interno del processo politico, si poneva al di fuori del paradigma neo-ordoliberal. W. MUSSLER, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel. Von Rom nach Maastricht*, Baden-Baden, 1998, p. 166 ss.; M.E. STREIT, W. MUSSLER, *The Economic Constitution of the European Community. From «Rome» to «Maastricht»*, in *Eur. L. J. I*, 1995, p. 5 ss.

³⁶⁵ Tale vincolo, previsto all'art. 296, par. 2, TFUE (in precedenza agli artt. 253 TCE e 190 TCEE), risponde ad una logica relazionata con il generale obbligo di buona amministrazione,

permette non solo di verificare la legittimazione ad agire di queste ultime, ma anche di comprendere le modalità attraverso le quali si intende dare attuazione ai trattati e, conseguentemente, le finalità che l'Unione intende perseguire.

Ai fini del discorso che si sta conducendo interessano esclusivamente due dei tre elementi che devono essere indicati affinché l'obbligo di motivazione possa considerarsi assolto: la precisazione degli obiettivi che l'istituzione si prefigge di raggiungere con l'atto e la base giuridica in forza del quale questo viene adottato³⁶⁶.

Partendo da quest'ultima, è noto come il Trattato di Roma e l'Atto Unico Europeo non assegnassero alle istituzioni comunitarie alcuna competenza specifica ai fini della protezione del consumatore. Pertanto, giocoforza quest'ultima veniva perseguita indirettamente e strumentalmente alla tutela della concorrenza, come parte della strategia di integrazione del mercato comune³⁶⁷. La scelta dell'art. 100 TCEE (poi art. 95, oggi art. 114 TFUE)³⁶⁸ come base giuridica degli atti emanati in questa fase ne è una chiara testimonianza³⁶⁹.

oggi giuridicamente codificato all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali. Sul tema si v. M. FRANCHI, *Art. 253 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, 2004, p. 1194 ss.; A. MAFFEO, *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione Europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Federalismi.it*, n. 3/2018; C. HEN, *La motivation des actes des institutions communautaires*, in *Cah. dr. eur.*, 1977, p. 49 ss.

³⁶⁶ Il terzo elemento è costituito dall'illustrazione della situazione complessiva che ha condotto all'adozione dell'atto. Corte giust., 17 marzo 2011, c. 221/09, AJD Tuna, in *Racc.*, 2011, p. I-1655; Corte giust., 7 novembre 2000, c. 168/98, Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio, *ivi*, 2000, p. I-9131; Corte giust., 9 settembre 2003, c. 361/01, Kik c. UAMI, *ivi*, 2003, p. I-8283; Corte giust., 9 settembre 2004, c. 304/01, Spagna c. Commissione, *ivi*, 2004, p. I-7655. In tali decisioni, inoltre, la Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire che la base giuridica deve essere correttamente indicata facendo riferimento al concreto contenuto dell'atto e che, pertanto, per non incappare nell'annullamento dell'atto per indicazione erronea della base giuridica non è possibile indicare un articolo del trattato che non corrisponda effettivamente alle finalità dell'atto.

³⁶⁷ P. NEBBIA, *La politica comunitaria di tutela dei consumatori nell'ottica del mercato interno*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 739 ss.; S. WEATHERILL, *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham-Northampton, 2005, p. 9 ss.; N. REICH, *Protection of Consumers' Economic Interests by EC Contract Law. Some Follow-up Remarks*, in *28 Sydney L. rev.* 37, 2006, p. 39 ss. Peraltro, P.F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, cit., p. 9, osserva come sia già possibile scorgere «accanto alla chiara funzione di regolamentazione comune diretta a instaurare e rendere efficiente il mercato interno, una meno netta, ma non meno incisiva, funzione di protezione del consumatore».

³⁶⁸ Art. 114, TFUE: «[...] Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno».

³⁶⁹ Solo per citare gli atti più rilevanti si segnalano la direttiva 374/85/CEE in tema di responsabilità del produttore, la direttiva 577/85/CEE in materia di contratti conclusi fuori dai locali commerciali, la direttiva 102/86/CEE sul credito al consumo e la direttiva 314/90/CEE nel-

Pertanto, considerata l'assenza di una disposizione del trattato che legittimasse una politica autonoma a protezione del consumatore, non è dato sapere con certezza se le istituzioni comunitarie abbiano inteso, almeno in parte e indirettamente, tutelare il contraente debole di per sé nelle relazioni di consumo attraverso la regolamentazione del mercato unico.

Lo scenario cambia con il trattato di Maastricht e con la previsione di una specifica base giuridica relativa alla protezione del consumatore (art. 129 A, oggi art. 169 TFUE)³⁷⁰. Difatti, in questa fase, la scelta (non più obbligata) di optare per l'art. 100A, invece che per l'art. 129A, costituisce chiaro indizio dell'intenzione del legislatore europeo di prevedere una tutela del consumatore solo in quanto strumentale al corretto funzionamento del libero gioco della concorrenza.

Quest'ultima è la conclusione cui si deve necessariamente giungere ove si osservi che dalla previsione della tutela del consumatore come politica autonoma dell'UE sono pochissimi gli interventi che individuano nell'art. 129A la propria base giuridica³⁷¹. Per quel che qui interessa, tra le poche normative direttamente finalizzate alla protezione del consumatore nessuna riguarda la materia contrattuale, rispetto alla quale si continua a fare esclusivo riferimento all'art. 100A³⁷².

Pertanto, guardando alla base giuridica prescelta dal legislatore comunitario si può concludere che l'impostazione ordoliberalista non ha mai lasciato la

l'ambito dei viaggi, delle vacanze e dei circuiti tutto compreso. Va segnalato che parte della dottrina ravvisa in queste direttive una duplice vocazione (funzionalità del mercato unico europeo e tutela del consumatore). Così P.F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, cit., p. 9 ss.; Contra F. CAPRIGLIONE, *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, in *Quad. giur. Banca d'Italia*, n. 15, 1987, p. 21 ss. Viceversa, alcuni Aa. individuano quale finalità primaria della normativa comunitaria la tutela del consumatore, in quanto contraente debole. Così G. OPPO, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 539 ss.; M. GORGONI, *Credito al consumo e leasing traslativo al consumo*, in *Riv. trim.*, 1992, p. 1121 ss.; A. ANTONINI, *Prestazione di servizi turistici e diritti del cliente danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 391 ss.

³⁷⁰ Su tale cambiamento e sulla sua effettiva portata si v. A.M. DE MATOS, *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union Européenne*, Aix-en-Provence, 2001, p. 304 ss.; P. SIRENA, *L'integrazione de diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 794 ss.; J. STUYCK, *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market?*, 37 *Comm. Market L. Rev.*, 2000, p. 367 ss.

³⁷¹ Di cui la più rilevante è la direttiva 98/6/CE in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori.

³⁷² Così P.F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, cit., p. 15. In particolare, la direttiva 93/13/CE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, la direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo, la direttiva 2002/65/CE in materia di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, la direttiva 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori e la direttiva 2008/122/CE sui contratti di multiproprietà.

disciplina del contratto del consumatore. La finalità di strutturazione del mercato continua a ricoprire un ruolo prevalente rispetto alla protezione del consumatore.

Il discorso cambia guardando agli obiettivi che l'atto si prefigge. Difatti, rispetto a questo elemento della motivazione della normativa comunitaria è visibile un cambio di rotta coincidente con l'introduzione del Trattato di Maastricht. Difatti, nei considerando della normativa e negli atti programmatici, trova sempre più spazio l'enunciazione della finalità di garantire un'elevata protezione del consumatore³⁷³.

In definitiva, nelle stesse motivazioni degli atti comunitari si rinviene quella *constitutional asymmetry*³⁷⁴ dovuta al fronteggiarsi nel diritto dei consumi delle esigenze (non facilmente conciliabili) della strutturazione del mercato (che condurrebbe a una tutela del consumatore *market-oriented*) e della protezione del contraente debole per ragioni solidaristiche (che, viceversa, spingerebbe per una tutela *justice-oriented*)³⁷⁵. Conflitto che non rappresenta altro che la manifestazione in ambito consumeristico della tensione che affligge l'attuale disciplina del contratto³⁷⁶ (e, più in generale, il Sistema tutto), divisa tra esigenze di integrazione del mercato e istanze protezione sociale.

Come si cercherà di mettere in mostra nel prossimo capitolo, si tratta di un falso problema, o meglio, nessuno dei due orientamenti sembra poter rimediare alle fallacie del diritto contrattuale del consumo. Entrambi, difatti, rispondono a un'idea di giustizia contrattuale che soffoca l'autonomia negoziale e non permette un'adeguata valorizzazione delle circostanze del caso concreto.

Ciononostante, questa divergenza che affligge il diritto europeo del consumo porta con sé un importante insegnamento per qualsiasi studioso che inten-

³⁷³ Per un'ampia disamina si rinvia a P.F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, cit., p. 17 ss.

³⁷⁴ F. SCHARPF, *The European Social Model: Coping with the Challenge of Diversity*, in 40 *J. Comm. Market St.*, 2002, p. 647 ss.

³⁷⁵ «La normativa in tema di contratto del consumatore si trova dunque al crocevia di politiche comunitarie alle quali il diritto europeo non appare in grado di dare una chiara risposta. Anzi, [...] [si ha] l'impressione di un diritto, quello europeo e – di riflesso – quello nazionale armonizzato, alla ricerca di sé stesso, ricerca che – in verità – pare estendersi oltre i confini della legislazione in tema di contratto del consumatore, inserendosi nell'evoluzione del contesto comunitario, ove, durante il percorso che va dal perseguimento del mercato comune a quello del mercato unico a quello, oggi, dell'unione politica, si confrontano individualismo e liberalismo, da un lato, e personalismo-solidarismo, dall'altro lato». Così P.F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, cit., p. 17 ss. Cfr. P. PERLINGIERI, *Il «diritto privato europeo» tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 357 ss.; A. GENTILE, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 23 ss.

³⁷⁶ GRUPPO DI STUDIO SULLA GIUSTIZIA SOCIALE NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO, *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 99 ss.; M. BARCELLONA, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 652.

da affrontare il tema dell'autonomia negoziale. Testimonia o, se si preferisce, conferma che il contratto non è altro che un progetto incompiuto³⁷⁷, che l'interprete, ancor prima che cercare di risolvere, deve sforzarsi di comprendere³⁷⁸.

³⁷⁷ «Un progetto, che mai appagato delle sue realizzazioni, si svolge all'infinito, senza soluzione». Così G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 31, in una sorta di combinazione del pensiero sulla modernità come «progetto incompiuto» di J. HABERMAS, *Die Moderne. Ein unvollendetes Projekt*, in *Kleine politische Schriften*, Frankfurt a.M., 1981, p. 444 ss., con quello sul contratto come eterna categoria in evoluzione di F. SANTORO PASSARELLI, *Variazioni sul contratto*, in *Riv. trim.*, 1970, p. 1 ss.

³⁷⁸ Cfr. L. RAISER, *Funzione del contratto e libertà contrattuale*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, p. 103, «sarà compito della dogmatica civilistica arrivare gradualmente a tracciare una distinzione tra l'uso e l'abuso della libertà contrattuale – intesa come istituto di un'economia di mercato regolata dal diritto – che permetta di decidere quando si debba reprimere l'abuso per promuovere la giustizia contrattuale». Si v. L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, p. 14 ss.; N. LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, cit., p. 25.

CAPITOLO III

IL DIRITTO CONTRATTUALE DEL CONSUMO: UN DIRITTO ALIENO

(I LIMITI COMUNITARI E LA RICERCA DI UN'AUTONOMIA NEGOZIALE ALTERNATIVA A QUELLA STRUMENTALE)

SOMMARIO: 1. IL DIRITTO CONTRATTUALE DEL CONSUMO: UN DIRITTO ALIENO – 2. I LIMITI COMUNITARI ALL'AUTONOMIA NEGOZIALE – 3. LA PREVALENZA DEGLI OBBLIGHI DI INFORMAZIONE – 4. IL PRINCIPIO DI UNIFORME APPLICAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO E LA TECNICA DELL'ARMONIZZAZIONE MASSIMA – 5. L'ETEROINTEGRAZIONE DEL CONTRATTO ATTRAVERSO L'INFORMAZIONE PRECONTRATTUALE – 6. LE CLAUSOLE VESSATORIE NEI CONTRATTI B2C: UNO «SCANDALO ININTEGRABILE» – 7. LA CONCEZIONE «RIMEDIALE» DELL'INTEGRAZIONE CONTRATTUALE – 8. «LA VOLPE SA MOLTE COSE, MA IL RICCIO NE SA UNA GRANDE»: DUE PERCORSI ALTERNATIVI ALLA RICERCA DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE – 9. L'AUTONOMIA NEGOZIALE TRA *DRITTWIRKUNG* E EGUALITARISMO *LIBERAL*.

1. Il diritto contrattuale del consumo: un diritto alieno

Che cosa resterà di questo diritto europeo³⁷⁹ del consumatore? Nella fase più buia e incerta del processo di integrazione europea, caratterizzata dalla crescita esponenziale delle forze politiche e sociali che ne vorrebbero la dissoluzione, si impone allo studioso realmente intenzionato a comprenderne le cause un esame critico del diritto privato europeo. Un'analisi volta a svelare quelle logiche e quei significati inespressi che ne influenzano l'efficacia, la portata applicativa e, soprattutto, la recettibilità a livello sociale. Così facendo si potranno individuare quegli aspetti che hanno contribuito al suo scoramamento, ma anche tutto ciò che di buono esso ha riversato nelle secolari tradizioni giuridiche dell'Europa continentale. Ovverosia quel *quid* che, a ogni buon conto, ne costituisce l'ineliminabile eredità.

Spesso il diritto europeo dei consumi viene presentato come una delle avanguardie dell'esperienza normativa contemporanea³⁸⁰, come l'espressione più alta e sofisticata partorita dalla scienza giuridica della nostra epoca. Un diritto che non trae tanto la propria forza dalla tradizione o dalla volontà di una qualche entità politica, bensì dall'autorità (e dalla forza persuasiva) delle tecnologie più innovative elaborate in altri ambiti disciplinari (l'economia, la neuroscienza, la psicologia, ecc.). Pertanto, un diritto figlio della migliore scienza, che a ragione della credibilità di questa, avanza una similare pretesa di universalizzabilità delle sue soluzioni. Un prodotto razionale, da imitare ed estendere a ogni ambito dei diritti privati nazionali, e da esportare fuori dal continente europeo.

Dinanzi a tale auto-rappresentazione il giurista non dovrebbe spalancare la bocca ad ammirazione, arrestandosi alle apparenze (di giustizia e solidarietà)

³⁷⁹ Con la locuzione «diritto privato europeo», in questa sede, si fa riferimento a un diritto europeizzato, parzialmente sottratto alla competenza del legislatore nazionale e influenzato dai principi e dalle regole europee. Si v. H.W. MICKLITZ, *Prospettive di un diritto privato europeo*, cit., p. 36 ss. Sulle diverse accezioni in uso si v. G. ALPA, *Problemi e prospettive del diritto privato europeo*, in G. ALPA e R. DANOVÌ (a cura di), *Diritto privato europeo, fonti ed effetti*, in *Rass. for., Quaderni*, n. 13, Milano, 2004, p. 9 ss. Si v. anche U. PERFETTI, *Il diritto privato europeo*, cit., p. 1215 ss.

³⁸⁰ Altra opinione che si incontra frequentemente è quella secondo cui il suddetto diritto aprirebbe l'ordinamento privatistico a un orizzonte di socialità. Così, ad es., G. ALPA, *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, cit., p. 635 ss.; F. DE NOVA, *Direttiva 91-13 CEE*, cit., p. 355 ss.; A. GENTILI, *I principi di diritto contrattuale europeo*, cit., p. 249 ss.; S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno*, cit., p. 281 ss.; H. COLLINS, *The Law of contract*, London, 1993, p. 28 ss.; ID., *La giustizia contrattuale in Europa*, cit., p. 659 ss. Sostengono l'opposta idea, che vede in tale diritto il trionfo delle logiche (e del linguaggio) del mercato N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. 10 ss.; M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato*, cit., p. 329 ss.; ID., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 33 ss.

che tale diritto sembra sfoggiare. Egli deve ricordare qual è il ruolo che gli è proprio e, soprattutto, quella che è la funzione del diritto. Non si tratta certo di creare certezze, fornendo giustificazioni al diritto oggetto di esame, bensì di problematizzare il presupposto implicito e acritico che lo caratterizza, ovvero sia quello di essere razionale, necessario e definitivo (o al limite perfezionabile). Solo così facendo, il giurista può assicurare che il diritto compia con la sua funzione, ossia garantire la sopravvivenza e la coesistenza pacifica di una data società. Ciò implica che le soluzioni giuridiche debbano essere sempre contingenti, prendendo vita e formandosi in un determinato contesto sociale, in modo da assecondarne le caratteristiche e le esigenze.

Pertanto, il giurista, posto dinanzi al diritto europeo dei consumi, in primo luogo ha il dovere di domandarsi se quest'ultimo (limitatamente al suo ambito) abbia adempiuto questa funzione o, viceversa, abbia contribuito a quel processo di disgregazione che oggi vive il contesto europeo.

Nel tentativo di individuare una risposta valida a tale interrogativo, preliminarmente urge una precisazione. Il lungo dibattito relativo all'individuazione della finalità ultima del diritto dei consumi, ovvero sia se esso intenda tutelare il consumatore di per sé o se, invece, si tratti di una protezione funzionale a un fine altro (la tutela della concorrenza e del mercato unico), non è di particolare aiuto a questo fine. Difatti, anche nell'ipotesi in cui si giungesse alla conclusione che la *ratio* della suddetta normativa è tutelare il contraente debole a compimento di un'istanza di giustizia contrattuale, ciò cambierebbe poco nello scenario delineato da tale diritto. Difatti, i suoi problemi si rinvengono altrove, ovvero sia nell'approccio metodologico a partire dal quale è stato concepito e nella tecnica di regolamentazione che ne costituisce diretto e immediato riflesso.

Da questa prospettiva, il diritto dei consumi presenta un *quid* inedito per gli ordinamenti giuridici della vecchia Europa continentale. Non tanto perché si distanzia da un paradigma – quello della formale parità delle parti contrattuali – che, come visto, appariva già in via di superamento sotto la spinta solidaristica, con l'avvento dello Stato sociale prima, e della costituzionalizzazione del diritto civile poi. Bensì a ragione dell'impatto che esso esercitò sul formalismo che caratterizzava tali ordinamenti, dovuto a una concezione fortemente statalista/legalista che mitizzava la figura del legislatore e sacralizzava il suo creato, la legge. In questo scenario calò un diritto, quello europeo dei consumi, che, diversamente, era intriso di fattualità (economica) e che con la sua giurisprudenzialità sembrava aprire il sistema delle fonti³⁸¹. Pertanto, un ridimensionamento dello Stato e della legge che avrebbe dovuto porre fine alla concezione riduzionistica del diritto fatta propria da quegli ordinamenti, con conseguente apertura dello stesso alla varietà e alla pluralità sociale, in al-

³⁸¹ Cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 18 ss.

tre parole, alla complessità. Di tutta evidenza non è ciò che accadde, le cose andarono diversamente. Il punto, pertanto, è comprendere il perché.

Il principale indiziato ha un nome, quello di utilitarismo³⁸². Come noto, si tratta di quella concezione morale di tipo teologico che identifica il fine ultimo dell'attività delle istituzioni (ciò che è «giusto») nella ricerca del più alto livello possibile di utilità per una determinata società, ottenuto sommando quello di tutti gli individui facenti parte della stessa. Tale filosofia sfocia in campo economico nel liberismo e in quello giuridico nel positivismo e in quella specie di ponte tra questi due argini che è costituito dall'analisi economica del diritto e dall'ordoliberalismo.

Il diritto europeo del consumatore, prendendo forma da quella metodologia che nell'affrontare i problemi giuridici prescrive di tener conto degli effetti delle soluzioni proposte attraverso indagini empiriche sui costi/benefici e sul criterio della razionalità mezzo/fine, sembrerebbe debitore proprio delle dogmatiche giuridiche da ultimo citate, e conseguentemente della concezione morale che vi è alla base. Da qui i principali problemi che affliggono tale normativa.

Difatti, nel porre come obiettivo il conseguimento della maggiore utilità possibile, l'utilitarismo adotta per la società nel suo complesso il c.d. principio di scelta razionale per un solo uomo. Ovverosia, tale filosofia comprime tutti gli individui in una sola figura ideale e astratta, riunendo in uno solo tutti i differenti sistemi decisionali, di fini, di desideri, ecc. Pertanto, l'utilitarismo ignora (se non sopprime) la pluralità e la diversità degli individui³⁸³.

Tradotta sul piano regolamentare, tale concezione prende forma attraverso la delineazione di modelli ideali, ai quali devono conformarsi le prassi degli individui. Probabilmente ora apparirà maggiormente riconoscibile la matrice utilitaristica sottesa al diritto europeo dei consumatori e i modi in cui essa lo influenza. Si prendano come esempio tutte quelle norme che si propongono di rendere operativo il prototipo astratto di mercato prescelto, riproducendolo forzosamente ove esso manca o non funziona secondo i modelli teorici del suo ideale funzionamento. Analogamente, si può fare riferimento a quelle norme che, basandosi sui risultati raggiunti dall'economia cognitiva e comporta-

³⁸² Sul tema si v. A. SEN e B. WILLIAMS, *Utilitarianism and Beyond*, trad. it., *Utilitarismo e oltre. Giustizia, benessere, diritti nell'era del mercato globale*, Milano, 2002, *passim*; J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 42 ss.; J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, cit., p. 24 ss.

³⁸³ «Il primo problema che in genere si rivela rispetto all'utilitarismo è quello del suo riduzionismo: mette tutti i desideri, le aspirazioni, gli interessi e gli ideali sullo stesso piano, rappresentandoli tutti in qualità di "preferenze", variabili solo per grado di intensità. Un'altra questione è l'idealizzazione: molti utilitaristi ritengono che si dovrebbe fare riferimento non alle preferenze espresse dagli individui nelle situazioni contingenti, ma alle preferenze che essi avrebbero in una situazione ideale». Così A. SEN e B. WILLIAMS, *Utilitarianism and Beyond*, cit., p. 1 ss.

mentale (*behavioral law and economics*)³⁸⁴, cercano, soprattutto attraverso l'informazione, di porre rimedio alle distorsioni (rispetto al modello ideale di razionalità) dei processi decisionali dell'individuo³⁸⁵, nonché a quel tipo di regolamentazione (c.d. *nudge regulation*)³⁸⁶ attraverso il quale gli individui vengono spinti verso comportamenti desiderabili, in quanto conformi a un determinato modello di riferimento.

La maniera in cui tale approccio va poi a influenzare la concreta disciplina consumeristica può essere agevolmente riscontrata esaminando la tecnica di regolamentazione impiegata dal legislatore comunitario. Una disciplina vasta, frammentata ed estremamente rigida, con una netta preferenza per le norme imperative, imperniata su figure incorporee, *status*, classificazioni, *standard* e soglie, nonché su un elevato livello di spersonalizzazione³⁸⁷. Una normativa caratterizzata da uno spiccato paternalismo³⁸⁸ e da una forte affermazione della certezza del diritto.

Da ciò consegue lo scarso impiego nel diritto europeo del consumo delle clausole generali³⁸⁹, nonostante si tratti del tipo di norma che maggiormente

³⁸⁴ D. DE MEZA, B. IRLENBUSCH, D. REYNIERS, *Financial Capability: A Behavioural Economics Perspective*, in *Consumer Research* 69, London, 2008; C. JOLLS, C.R. SUNSTEIN, R.H. THALER, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford L. Rev.*, 1998, p. 1471 ss.; R.A. POSNER, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, *ivi*, 1998, p. 1551 ss. Sul tema si v. R. CATERINA (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto*, Milano, 2008, *passim*.

³⁸⁵ H.A. SIMON, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985, *passim*; G. BECKER, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, 1976, *passim*; G. BECKER, K. MURPHY, *Social economics: market behaviour in a social environment*, Harvard, 2001, *passim*; C. CAMERER, G. LOEWENSTEIN, M. RABIN, *Advances in Behavioral Economics*, Princeton, 2004, *passim*.

³⁸⁶ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, 2008, *passim*.

³⁸⁷ Cfr. F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 255, richiamando il pensiero di L. PICARDI, *La causa e il tipo*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo, III, L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 302 ss., e di V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 2017, p. 13 ss.

³⁸⁸ R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 488 ss.; R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 780 ss.; F. COSENTINO, *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 121, nota 4.

³⁸⁹ Si noti che «discorrere di clausole generali e di *standard*, della determinazione del loro significato e del ruolo degli interpreti, vuol dire [...], occuparsi di una modalità di distribuzione del potere tra gli attori della scena giuridica (e politica). Vuol dire, quindi, occuparsi delle implicazioni istituzionali che le modalità di distribuzione del potere menzionata comporta». Così V. VELLUZZI, *Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti*, in *Ordines*, 2018, p. 20, il quale richiama il pensiero di F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, trad. it., Roma, 2016, p. 253 ss., in particolare la parte in cui osserva che «comprendere il modo in cui il *continuum* tra le regole e gli *standard* costituisce uno strumento utile per distribuire l'autorità tra i giudici, i funzionari, le decisioni tra presente e

tutela un soggetto debole³⁹⁰. Difatti, diminuisce il rischio che quest'ultimo venga a trovarsi in una situazione gravemente pregiudizievole da cui una normativa rigida non gli consentirebbe di uscire. Ciò mostra come il vero problema non sia tanto comprendere se il diritto europeo intenda o meno tutelare il consumatore di per sé, perché, anche se così fosse, tale obiettivo non potrebbe essere raggiunto efficacemente a causa della tecnica regolamentare prescelta.

In conclusione, il nostro diritto del consumo appare come un oggetto alieno dal contesto in cui vive e opera, almeno secondo due percorsi argomentativi. In primo luogo, esso è estraneo alla tradizione giuridica del continente europeo, ponendosi in controtendenza rispetto a quello che è stato il suo processo evolutivo. Il quale, per quel che concerne la sua fase contemporanea, trae origine da uno specifico trauma, quello delle leggi razziali. Difatti, la maggior parte delle Scuole giuridiche successive a tale esperienza non poterono dimenticare l'insegnamento che quel dramma portò con sé. Ovverosia, che cosa può accadere quando la scienza giuridica (anche la più sofisticata, come lo era la Scuola storica tedesca) perde la propria autonomia e si pone al servizio di un altro potere, diventando strumento per la realizzazione del suo particolare progetto. Il diritto europeo del consumo, dal momento in cui ripresenta la stessa concezione strumentale del diritto (seppur in questo caso rispetto al potere economico, e non a quello politico), non sembra partecipe di tale insegnamento.

Infine, lungo un secondo percorso, il diritto europeo dei consumi si presenta alieno rispetto alla società (europea) che dovrebbe servire. Difatti, come poc'anzi detto, la tecnica di regolamentazione che esso adotta non riconosce, anzi ignora la diversità e la varietà che caratterizzano il caso particolare, nonché la moderna società europea. Un diritto insensibile alle concrete qualità dei soggetti e dei beni coinvolti nei singoli scambi. In altri termini, è il passato che ritorna, riproponendo una concezione fortemente riduzionista del diritto. Un diritto pensato, voluto e realizzato in alto (questa volta, però, soprattutto nel campo dell'economia), incapace di adempiere la propria funzione di garanzia. Un diritto, in altri termini, che non è in grado di servire la società in quanto non ha la capacità di rispecchiarla e di esprimerne la complessità. In definitiva, un diritto che non è in grado di adempiere la propria funzione, in quanto alieno rispetto alla moderna società multinazionale europea.

Esemplare di questo cambio di paradigma è la diversa funzione assunta da una delle figure cardine dell'ordinamento giuridico, l'eterointegrazione contrattuale. Difatti, nata quale strumento della politica e in contrapposizione al

il futuro e le nostre preoccupazioni tra la prevedibilità e la giustizia del caso particolare, consentirà agli operatori giuridici, ma in genere ai consociati, di capire uno dei meccanismi più importanti del disegno istituzionale in ambito giuridico».

³⁹⁰ F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in M. RISPOLI FARINA, A. SCIARRONE ALIBRANDI e E. TONELLI (a cura di), *Regole e mercato*, Torino, 2017, p. xxxiv.

mercato, oggi, nel diritto dei consumi, essa si ritrova a svolgere una funzione di *enforcement* del funzionamento degli scambi³⁹¹. Peraltro, come si cercherà di mostrare, l'eterointegrazione, se valorizzata e restituita alla sua tradizionale funzione di inclusione di valori etico-politici nel regolamento contrattuale, da istituto sintomatico delle patologie che affliggono il diritto europeo dei consumi può trasformarsi in utile mezzo posto a rimedio delle stesse.

2. I limiti comunitari all'autonomia negoziale

Ove si intendano studiare i reciproci condizionamenti tra funzione e struttura dell'eterointegrazione contrattuale, l'*iter* metodologico più adeguato all'oggetto di studio imporrebbe di partire dalla delineaazione dell'immaginario sottostante l'autonomia negoziale, per poi ricavarne i contorni in maniera consequenziale, andando pertanto a tracciare le fattezze dell'intervento eteronomo sul regolamento contrattuale. Questa è la strada che si percorrerà in conclusione di capitolo. Viceversa, con lo studio delle caratteristiche assunte da questo istituto nell'ambito del diritto privato europeo si tenterà una via differente. In particolare, un percorso inverso che, partendo dall'analisi dei «limiti» (tra cui la stessa eterointegrazione) posti dal diritto comunitario, li tratti come una sorta di «anticipazione di senso»³⁹² che guida l'interprete nella comprensione dell'autonomia negoziale di matrice europea³⁹³. «Comprensione» che, infine, verrà impiegata per correggere e completare le supposizioni e le ipotesi provvisorie di partenza.

Secondo un'opinione diffusa l'autonomia negoziale riveste un ruolo centrale non solo negli ordinamenti degli Stati membri, ma anche nel diritto dell'UE. Difatti, la realizzazione delle libertà fondamentali³⁹⁴, sulle quali si fonda il mercato unico, si traduce nel campo del diritto civile nell'ampliamento dell'autonomia dei privati oltre i confini nazionali³⁹⁵. Ciononostante, ad apparente contraddizione, nell'attuale fase storica la grande maggioranza dei limiti alla libertà contrattuale sono regolati proprio a livello europeo³⁹⁶.

³⁹¹ Si v. M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto*, cit., p. 55 ss.

³⁹² Si v. J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl*, cit., p. 133 ss.

³⁹³ D'altronde, non va dimenticato che il concetto di autonomia sembra esprimere «qualcosa che è definibile, più che per caratteri propri, per la negazione di tratti che contengano l'idea di un limite o di un vincolo». Così M.S. GIANNINI, voce *Autonomia pubblica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 356.

³⁹⁴ Le libertà di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali. Le ultime tre, in particolare, sono le libertà di cui i privati costantemente si servono attraverso lo strumento del contratto. Così S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno*, cit., p. 59.

³⁹⁵ P. MÜLLER GRAFF, *Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht*, in *Id.* (a cura di), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden, 1987, p. 27.

³⁹⁶ Al punto che il «fulcro della questione dell'autonomia privata e dei suoi limiti si è spostato dagli ordinamenti nazionali all'ordinamento comunitario». Così S. GRUNDMANN, *L'autono-*

Tra questi, ai fini del presente studio, verranno presi in considerazione esclusivamente quei particolari limiti alla *gestaltungsfreiheit*³⁹⁷ che caratterizzano la disciplina comunitaria del consumatore, distanziandola sotto tale aspetto dalle discipline codicistiche³⁹⁸. Si tratta, in particolare, di quelle limitazioni costituite dal controllo di vessatorietà delle clausole abusive – avuto particolare riguardo alle trasformazioni che tale disciplina ha provocato nell'ambito dei sistemi nazionali delle invalidità contrattuali³⁹⁹ e della questione del successivo (possibile) intervento integrativo eteronomo – nonché di quella nuova limitazione, sostanzialmente sconosciuta ai codici civili europei, costi-

mia privata nel mercato interno, cit., p. 262. L'A. evidenzia come i vari limiti all'autonomia privata possano essere classificati e distinti in tre diversi raggruppamenti: in alcune clausole generali come la buona fede; nelle norme di intervento statale, che trovano fondamento in esigenze di politica economica; nelle norme di protezione del consumatore. Tra questi, gli ultimi due sono oggi quasi integralmente regolati da norme comunitarie.

³⁹⁷ Sulla *gestaltungsfreiheit* e la *abschlussfreiheit* si v. J. ESSER, *Schuldrecht. Allgemeiner und besonderer Teil*, Karlsruhe, 1960, p. 35 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München-Berlin, 1964, p. 37 ss., il quale distingue tra *abschlussfreiheit* e *freiheit der inhaltlichen Gestaltung*; E. VON HIPPEL, *Die Kontrolle der Vertrasfreiheit nach anglo-amerikanischen Recht*, Frankfurt a.M., 1963, p. 9 ss. L'A. da ultimo citato individua quali elementi costitutivi della libertà contrattuale *abschlussfreiheit*, *partnerfreiheit*, *inhaltsfreiheit*, *formfreiheit*, *aufhebungsfreiheit*.

³⁹⁸ Partendo dalla considerazione che l'autonomia negoziale si esplicherebbe principalmente in quattro libertà (di concludere o meno il contratto (c.d. *abschlussfreiheit*) *contra* F. MESSINEO, voce *Contratto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 804.; di fissarne il contenuto (c.d. *gestaltungsfreiheit*); di scegliere la persona del contraente; di dar vita a contratti atipici), la manualistica suole individuarne i limiti in quelle disposizioni che prevedono obblighi a contrarre (solo per citarne alcuni, artt. 2932, 1706, comma 2, 2597, 1679 c.c., artt. 122 ss., D.Lgs., 05/209), limitazioni rispetto alla libera determinazione del contenuto del contratto (artt. 1343, 1339, 1340, 1341, 1342, c.c., art. 33 ss., c. cons.) o alla scelta del contraente (artt. 732, 230 bis, c.c., art. 33 ss. e 167, D.Lgs. 05/209), nonché nei limiti, derivanti da ricostruzioni dell'intero sistema operate da giurisprudenza e dottrina, alla libertà di contrarre per schemi atipici. Sul punto, peraltro, si v. le condivisibili considerazioni di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 17, il quale mette in luce la debolezza di tale distinzione, quanto meno sotto il profilo funzionale. Difatti, se si assume tale prospettiva, diviene complicato mantenere ferma la distinzione in parola, in quanto la predisposizione (legale o convenzionale) di particolari elementi relativi al contenuto del contratto può avere quale obiettivo la limitazione della *abschlussfreiheit*. Così come l'obbligo o il divieto di contrattare possono riferirsi alla necessità o all'impossibilità di concludere un contratto con un determinato contenuto. Si v. anche M. AMORÓS GUARDIOLA, *Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro*, in *An. der. civ.*, 1983, p. 1129 ss.; BALLARÍN HERNÁNDEZ, *Limitaciones de la autonomía privada*, in *AA.VV.*, *Libro Homenaje a J. Vallet de Goytisolo*, II, Madrid, 1988, p. 2 ss.; A. CANO TELLO, *El Derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada*, in *Rev. crít. der. inm.*, 1979, p. 787 ss.

³⁹⁹ Oltre alle peculiari novità introdotte in materia di nullità (*infra* la c.d. nullità parziale necessaria), tale disciplina ha sostanzialmente ribaltato i tradizionali rapporti di rafforzamento che caratterizzano il regime delle invalidità contrattuali, conducendo a uno scenario in cui la nullità c.d. di protezione occupa gran parte dello spazio tradizionalmente presidiato dall'annullabilità. Questo ruolo predominante ricoperto oggi dalla nullità in ambito consumeristico – ottenuto attraverso il riconoscimento alla materia in questione del «valore di ordine pubblico» e di «impegno

tuita dagli obblighi di informazione⁴⁰⁰.

L'analisi di queste limitazioni verrà inframezzata dall'esame di tre principi (dell'uniforme interpretazione e applicazione del diritto UE, dell'armonizzazione massima e il principio del Paese d'origine) che, pur non limitando in maniera diretta l'autonomia negoziale della parti, esercitano sulla stessa un'influenza indiretta. In altri termini, questi principi irrigidiscono fortemente l'interpretazione e l'applicazione della normativa comunitaria posta a disciplina dei suddetti limiti e, così facendo, ne impediscono (o quanto meno ostacolano) l'adeguamento dottrinale-giurisprudenziale rispetto ai concreti contesti in cui si trovano a operare⁴⁰¹.

3. La prevalenza degli obblighi di informazione

Il mercato sussiste in quanto preesista un complesso di regole che assicuri la corretta competizione nelle negoziazioni e la migliore allocazione delle risorse, rimuovendo quegli ostacoli e imperfezioni che possono affliggere l'attività negoziale. Queste norme giuridiche, che costituiscono la condizione preliminare per il dispiegamento stesso dell'autonomia contrattuale, prendono il nome di «regole di struttura», distinguendosi da quegli interventi che diversamente vanno ad incidere sul contenuto dell'atto privato. Per questi ultimi può parlarsi di «regole di conformazione», in quanto mirano a conformare l'autonomia negoziale, modificando gli assetti che sarebbero stati raggiunti in assenza di intervento⁴⁰².

di rilevanza costituzionale» – è uno dei sintomi più evidenti dell'attenzione che il suddetto diritto riserva alle esigenze del mercato. Si v. A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, cit., p. 95 ss.; V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assio-logiche della negoziabilità*, in Id., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 127 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 605 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, p. 323 ss.; A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 513 ss.

⁴⁰⁰ Tali regole inderogabili «non contribuiscono a fissare il contenuto del contratto, né mirano ad integrarlo o a proibire determinate esplicazioni dell'autonomia contrattuale, ma garantiscono una effettiva autonomia di entrambe le parti e soprattutto le pongono in condizione di eguaglianza decisionale, poiché servono a far pervenire al contraente, il quale in tutto o in parte ne è sfornito, i dati necessari per prendere una decisione pienamente consapevole». Così S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 137 ss.

⁴⁰¹ Diversamente, le fonti comunitarie possono esigere diversità di effetti nel loro modo di inserirsi nei diversi ordinamenti nazionali. Si v. N. LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, cit., p. 17; N. SCANNICCHIO, *Diritto civile, diritto europeo, diritto comparato e unificazione del diritto delle obbligazioni. Uno sguardo dal Ponto*, in *Quaderni di diritto privato europeo*, 2, Bari, 1998, p. 63 ss.

⁴⁰² A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003, p. 13 ss.

Nel diritto di derivazione europea, come si vedrà, sussiste una netta prevalenza delle regole di struttura, a ragione del particolare modello assunto dalle istituzioni europee alla base dell'intervento autoritativo sul contratto. Il quale, in particolare, postula che la distribuzione razionale delle risorse sia garantita dal sistema dei prezzi e che il corretto funzionamento di quest'ultimo sia assicurato dalla presenza delle condizioni di operatività della concorrenza e del libero scambio⁴⁰³.

Pertanto, l'intervento correttivo sul contratto non riguarderà il prezzo – il quale per assolvere alle sue funzioni di razionale distribuzione delle risorse deve essere lasciato alle libere determinazioni del mercato – bensì le condizioni in base alle quali esso si forma dal punto di vista della domanda e dell'offerta (in particolare, la concorrenzialità dell'offerta e il discernimento con cui essa è vagliata dalla domanda). Sicché, il compito dell'autorità pubblica è quello di rimuovere, relativamente all'offerta, gli ostacoli alla concorrenza⁴⁰⁴, e, rispetto alla domanda, gli impedimenti all'esercizio consapevole del potere di scelta dei consumatori. La disciplina dei contratti dei consumatori risponde precisamente a questa seconda esigenza⁴⁰⁵.

Per questa ragione, delle due tipologie di interventi che incidono sull'autonomia dei contraenti «in senso sostanziale»⁴⁰⁶ – da un lato, le misure volte alla correzione del contenuto del regolamento contrattuale, in particolare attraverso il giudizio di abusività delle clausole contrattuali⁴⁰⁷; dall'altro, le norme che si limitano a rimuovere gli ostacoli al corretto dispiegamento dell'attività negoziale, principalmente attraverso l'imposizione di obblighi informativi⁴⁰⁸ – è nettamente maggioritario l'impiego del secondo strumento rispetto al primo⁴⁰⁹.

⁴⁰³ Si v. M. BARCELONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto*, cit., p. 33 ss.; ID., *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, p. 88 ss.; P.G. MONATERI, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 491 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 66 ss.

⁴⁰⁴ Questo è la finalità della normativa antitrust. Sul tema si v. F. DENOZZA, *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988, *passim*.

⁴⁰⁵ V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 277 ss.; P.G. MONATERI, *o.u.c.*, p. 489 ss.; A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., p. 507 ss.

⁴⁰⁶ Così C.W. CANARIS, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts, Tendenzen zu einer Materialisierung*, in *Arch. civ. Prax.*, 2000, p. 344 ss.; Cfr. G. WAGNER, *Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht. Was bleibt von der Privatautonomie?*, in U. BLAUROCK, G. HAGER (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, Baden-Baden, 2010, p. 13 ss.

⁴⁰⁷ Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 05 aprile 1993 concernente le clausole abusive nei contratti B2C. Sul tema si v. M. LIBERTINI, *La tutela d'urgenza contro l'uso di clausole vessatorie*, in *Contr. impr./Eur.*, 1997, p. 25 ss.; P. CARBONE, *Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, *ivi*, 1996, p. 379 ss.

⁴⁰⁸ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., p. 493 ss.

⁴⁰⁹ Gli obblighi informativi dominano il settore della prestazione di servizi finanziari (artt., 3, 4, 6, 7-11, Direttiva 87/102/CEE sul credito al consumo; artt. 3, 5, 7, 8, Direttiva 97/5/CEE

Al punto che non è mancato chi ne ha dedotto che la vera *ratio* di tale normativa sia da rinvenire nella trasparenza contrattuale e nel consenso informato⁴¹⁰. Il che non è causale, bensì costituisce il sentore della matrice ideologica a cui soggiace tale diritto: la teoria dei mercati e dei fallimenti del mercato, perfezionata a livello di settore nell'ambito della teoria economica dell'informazione.

La norme nazionali poste a protezione del contraente debole, o che più in generale incidono sull'autonomia negoziale, trovano giustificazione nella presenza di una particolare situazione di debolezza di una delle parti, dovuta a diversi fattori di carattere socio-economico. Si tratta, pertanto, di apprestare una tutela rispetto a casi isolati, nei quali emerga la necessità di una tutela speciale. Questa, diversamente, non è l'impostazione del diritto privato europeo, il quale impiega un approccio di tipo sistemico, dovuto all'iniziale impronta della scuola ordoliberalista⁴¹¹. Tale dottrina, come visto precedentemente, individua quale ragione giustificatrice dell'intervento dello Stato la presenza di una forma di fallimento del mercato. Tra le quali, assumono particolare rilievo le c.d. asimmetrie informative.

Da qui si comprende il massiccio intervento del legislatore europeo attraverso la predisposizione di obblighi informativi e, viceversa, l'adozione in quantità minore di misure che incidono sul contenuto del regolamento contrattuale. Queste ultime, inoltre, troverebbero una giustificazione, sempre nell'orbita della teoria dell'informazione, o ponendosi quale estremo rimedio in caso di fallimenti del mercato dovuti ad asimmetrie informative ineliminabili⁴¹², o

sui bonifici transfrontalieri; artt. 10, 11 Direttiva 93/22/CEE sui servizi di investimento; Direttive 88/357/CEE e 92/49/CEE sul diritto delle assicurazioni; Direttive 90/619/CEE e 92/96/CEE sul diritto delle assicurazioni sulla vita), mentre ricopre un ruolo importante in altri settori (Direttiva 93/13/CEE sulle clausole contrattuali abusive, Direttiva 85/577/CEE sulla vendita a distanza, Direttiva 90/314/CEE sui pacchetti di viaggio, Direttiva 94/47/CEE sui contratti di *timesharing*, Direttiva 99/44/CEE sulle garanzie nelle vendite al consumatore). S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno*, cit., p. 273.

⁴¹⁰ V. RIZZO, *La trasparenza nei contratti del consumatore*, Napoli, 1997, *passim*; S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno*, cit., p. 257 ss.; F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, *passim*.

⁴¹¹ S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno*, cit., p. 274; R. RICHTER, E. FURUBOTN, *Neue Institutionenökonomik. Eine Einführung und Kritische Würdigung*, Tübingen, 1999, p. 299 ss.

⁴¹² Secondo tale teoria (c.d. economica dell'informazione) per il consumatore, che contratta in maniera non continuativa, informarsi costituisce attività ben più costosa che per chi, viceversa, negozia per finalità professionali. Quest'ultimo, difatti, conclude una serie di contratti uguali, tanti quante sono le sue relazioni commerciali, e può suddividere i suoi costi di informazione per il numero degli stessi. Pertanto, lo squilibrio in questi casi è così grave da apparire ineliminabile e, conseguentemente, l'unico strumento adeguato è costituito dalla determinazione vincolante del contenuto negoziale. G. AKERLOF, *The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *84 Quarterly Journal of Economics*, 1970, p. 488 ss. Sul tema ampiamente S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno*, cit., p. 270 ss.; M. ADAMS,

rispondendo a una logica di trasparenza del prezzo⁴¹³.

Pertanto, appare evidente la logica dominante che caratterizza il diritto contrattuale del consumo: porre rimedio a tutte quelle distorsioni che non consentono al consumatore di compiere la scelta migliore, ossia di premiare l'offerta commerciale che realizza la migliore allocazione delle risorse. Sotto questo aspetto, pertanto, dominano le regole giuridiche di struttura, o meglio strutturanti il mercato.

Il che equivale a dire che, seppur l'ordoliberalismo ha abbandonato l'impostazione istituzionale dell'Unione, continua imperterrito a plasmarne la disciplina del contratto e, pertanto, l'autonomia negoziale di matrice europea.

4. Il principio di uniforme applicazione del diritto e la tecnica dell'armonizzazione massima

La conclusione da ultimo formulata trova ulteriore conferma ove si diriga lo sguardo a tre principi che hanno assunto rilievo centrale nella produzione e applicazione del diritto del consumo di derivazione europea: il principio dell'uniforme interpretazione e applicazione del diritto UE, quello della massima armonizzazione ed il principio del Paese d'origine.

In sintesi, i tre principi rispondono ad una logica in parte comune – la rimozione (o livellamento) di quelle differenze tra le normative nazionali che possano costituire un intralcio al meccanismo concorrenziale⁴¹⁴ – e producono lo stesso effetto riduzionista del diritto del consumo di matrice europea. Ovverosia, l'incapacità, da parte di quest'ultimo, di cogliere la ricchezza del caso concreto, dovuta a un irrigidimento della normativa dettata a livello generale e transnazionale. Un diritto, pertanto, condannato all'eguale trattamento di una galassia di casi eterogenei, per di più immersi in contesti e culture tanto distanti come quelli facenti parte dello scenario europeo.

Il principio del Paese d'origine (o mutuo riconoscimento)⁴¹⁵, in primo luo-

Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes – Verträge bei asymmetrischer Information, in *Betriebs-Berater*, 1989, p. 787 ss.

⁴¹³ Ovverosia, eliminando le clausole abusive il legislatore mirerebbe all'eliminazione di quei costi che il consumatore non è in grado di rilevare e valutare rispetto al prezzo. In altri termini, quei costi che restano occulti nel contratto e che incidono direttamente sulla qualità complessiva dell'offerta. Così M. BARCELLONA, *Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo-mondiale*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, p. 65 ss.

⁴¹⁴ D. STAUDENMAYER, *Weitere Schritte im Europäischen Vertragsrecht*, in *EuZW*, 2005, p. 103.

⁴¹⁵ Si v. sul tema R. HAYDER, *Neue Wege der europäischen Rechtsangleichung. Die Auswirkungen der Einheitlichen Europäischen Akte von 1986*, in *RabelsZ* (53), 1989, p. 622 ss.; T. BRUHA, *Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Deregulierung durch «Neue Strategie»*, in *ZaöRV* (46), 1986, p. 1 ss.; A. SOMMA, *Introduzione critica*, cit., p. 27 ss.;

go, stabilisce che il prestatore di servizi (e conseguentemente la sua attività negoziale) sia soggetto alla normativa del Paese ove ha sede la propria attività, e non a quella dello Stato in cui il servizio viene concretamente erogato. In tal modo, pertanto, tale principio dispone che l'attività economica sia esercitata alle condizioni decise dagli operatori del mercato e non a quelle previste dai legislatori statali⁴¹⁶. Così facendo, esso, oltre che incidere negativamente sul livello di protezione del consumatore⁴¹⁷, comporta conseguenze nefaste sotto l'aspetto del livello di protezione sociale apprestata dagli Stati membri, innescando una corsa a ribasso (c.d. *social dumping*)⁴¹⁸.

Tali dubbi spinsero a riconoscere che l'impiego di tale principio deve essere accompagnato dalla soddisfazione di una precondizione, rappresentata dall'esistenza di un livello minimo di armonizzazione delle normative nazionali⁴¹⁹. Per questa ragione, il principio in parola veniva spesso impiegato in combinato disposto con la tecnica dell'armonizzazione minima. L'uso della forma verbale al passato non si deve al venir meno dell'uso del principio del Paese di origine, bensì alla circostanza che, almeno per quel concerne il diritto dei consumi, l'armonizzazione minima ha lasciato il posto alla c.d. armonizzazione massima⁴²⁰.

La tecnica da ultima menzionata mira alla realizzazione di un livello di tutela uniforme tra gli Stati membri, impedendo a questi ultimi – diversamente da quanto accade con l'armonizzazione minima – di prevedere livelli di protezione (per i consumatori) più elevati rispetto a quelli previsti dal legislatore comunitario⁴²¹.

N. SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1996, p. 60 ss. Infine, si v. L. ALBATH e M. GIESLER, *Das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie. Eine Kodifizierung der Rechtsprechung?*, in *EuZW*, 2006, p. 38 ss. Gli A. distinguono, non considerandoli sinonimi, tra principio del Paese di origine e mutuo riconoscimento.

⁴¹⁶ Così A. SOMMA, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, cit., p. 27.

⁴¹⁷ Cfr. J. MUCK SCHLICHTING, W. SPELTEN, *Die Dienstleistungsrichtlinie*, in *EuZW*, 2005, p. 239 ss.

⁴¹⁸ Difatti, incentivando la delocalizzazione in quegli Stati membri in cui i requisiti sociali sono meno rigorosi, il principio del Paese di origine va ad esercitare una pressione significativa su quegli Stati che, viceversa, prevedono un elevato *standard* di protezione dell'interesse generale. Si v. A. SOMMA, *Introduzione critica*, cit., p. 28 ss.; S. AUGENHOFER, *Ein «Flickenteppich» oder doch der «grosse Wurf»? Überlegungen zur neuen RL über unlautere Geschäftspraktiken*, in *ZfRV*, 2005, p. 207 ss.; A. PIEKENBROCK, *Die Bedeutung des Herkunftslandprinzips im europäischen Wettbewerbsrecht*, in *GRUR int.*, 2005, p. 1003 ss.

⁴¹⁹ A6-0409/2005 (*Parere della Commissione per l'occupazione e gli affari sociali*).

⁴²⁰ Sul tema v. A. SOMMA, *Introduzione critica*, cit., p. 32 ss.

⁴²¹ Si v. COM/2002/208 def. (*Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni – Strategia della politica dei consumatori 2002-2006*), ove la Commissione ha modo di affermare che tale principio è il solo capace di ridurre al minimo le divergenze delle norme in materia di consumatori sul territorio dell'UE, evitando la frammentazione del mercato interno.

Si è da più parti denunciato che il principio dell'armonizzazione massima sbilancia nettamente il diritto del consumo di derivazione europea verso prospettive *market-oriented*, impedendo di fatto agli Stati membri di perseguire politiche orientate alla protezione del consumatore in tutti quei casi in cui questa non sia funzionale, o si ponga in contrasto, con le esigenze di strutturazione del mercato unico⁴²². Non altrettanta attenzione hanno ricevuto le (possibili) ricadute sulla tutela del consumatore del principio di uniforme interpretazione e applicazione del diritto comunitario⁴²³.

Tale principio, come noto, costituisce uno dei capisaldi della costruzione europea⁴²⁴, imponendo l'uniforme interpretazione dei trattati, degli atti dell'UE e di tutte le normative derivate trasposte a livello nazionale. Condizione questa considerata indispensabile ai fini della creazione e del buon funzionamento del mercato unico. In particolare, mentre i due principi in precedenza esaminati pongono al riparo il mercato interno dalle divergenze in essere tra i «diritti vigenti» degli Stati membri, il principio in parola, diversamente, concentra i suoi effetti sulle differenziazioni tra i «diritti viventi».

Peraltro, ciò non significa nulla di diverso che porre un freno allo stesso diritto, condannandolo a una concezione sterile e ridotta. Il che equivale a frapporre una barriera tra la norma e la complessità sociale, rendendola impermeabile ai variegati contesti fattuali e sociali in cui essa è chiamata ad operare. Ragion per cui, un diritto che eriga tale principio quale propria dogmatica pietra angolare è destinato all'ingiustizia, in quanto incapace di differenziare la tutela che intende apprestare alle peculiarità del caso concreto e al comune sentire sociale. Ciò si traduce sul piano pratico in un'indifferenza «indotta» rispetto all'effettiva (o meno) situazione di debolezza dei contraenti, con conseguente rigidità nell'apprestare la forma di tutela più adeguata.

⁴²² In questo senso S. WEATHERILL, *The Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice*, in *ERCL* 136, 2006, p. 154 ss.; H.W. MICKLITZ, *From Social Justice to Access Justice*, in *Eur. Univ. inst. work. pap.*, 2008, n. 38; L. ANTONIOLLI, F. FIORENTINI, *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Monaco, 2011, p. 31 ss.

⁴²³ Corte giust., 15 luglio 1964, c. 6/64, Costa, in *Racc.*, 1964, p. 1129 ss.; Corte giust., 1 dicembre 1965, c. 16/65, Schwarze, *ivi*, 1965, p. 1081 ss.; Corte giust., 16 gennaio 1974, c. 166/73, Rheinmühlen, *ivi*, 1974, p. 33 ss.; Corte giust., 24 maggio 1977, c. 107/76, Hoffmann-La Roche, *ivi*, 1977, p. 957 ss.; Corte giust., 27 marzo 1980, c. 66, 127 e 128/79, Meridionale industria salumi, *ivi*, 1980, p. 237 ss.; Corte giust., 6 ottobre 1982, c. 283/81, Ministero della Sanità, *ivi*, 1982, p. 3415 ss.; Corte giust., 4 novembre 1997, c. 337/95, Parfums Christian Dior, *ivi*, 1997, p. I-6013 ss.; Corte giust., 4 giugno 2002, c. 99/00, Lyckeskog, *ivi*, 2002, p. I-4839 ss. Sul tema si v. F. CAPOTORTI, *Sull'interpretazione uniforme dei Trattati europei*, in *Riv. dir. int.*, 1960, p. 3 ss.; L.N. BROWN, F.G. JACOBS, *The Court of Justice of the European Communities*, London, 1983, p. 151 ss.; P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali*, Lussemburgo, 1986, *passim*; F. VISMARA, *Interpretazione pregiudiziale comunitaria e processo tributario*, Milano, 2008, p. 48 ss.

⁴²⁴ Corte giust., 27 marzo 1980, cit., p. 237 ss.

Se quanto appena osservato si avvicina alla plausibilità, va pur chiarito che tale principio garantisce la propria posizione di predominio sull'ordinamento dell'Unione servendosi dell'armamentario argomentativo e giustificativo di altro principio, rispetto al quale si pone come diretto discendente: il principio della certezza del diritto.

Quest'ultimo, diretta espressione di un valore considerato irrinunciabile nei moderni ordinamenti giuridici nazionali, costituisce solido basamento del principio di uniforme applicazione del diritto⁴²⁵, creando non poche difficoltà all'interprete che intenda superarlo. Eppure non si può che restare affascinati e persuasi dagli studi realizzati sopra tale principio da autorevole autore⁴²⁶.

«Ciò che siamo soliti chiamare certezza del diritto è una verità che ci proviene dal seno profondo della modernità giuridica, una verità in cui parecchie generazioni di giuristi hanno convintamente creduto, tanto da proporla come una acme di civiltà giuridica, ineguagliabile e, pertanto, insopprimibile. Si tratta di un mito, ossia una proposizione da credere e rispetto alla quale è indebito un atteggiamento di conoscenza critica. Sia infatti chiaro che la certezza quale principio sommo deve essere colto come strettamente collegato a una civiltà improntata a un fermo assolutismo giuridico. Deve essere, insomma, vista come strumentale all'autorità investita del potere di produrre le norme. Essa è un bene solo se la si osserva dalla parte del titolare del potere, ma perde parecchio di senso se la si guarda sotto il profilo della persona meritevole di tutela».

Pertanto, la certezza del diritto come principio fondamentale è espressione di un fase storica (la modernità) e di una cultura giuridica (quella dell'assolutismo giuridico) caratterizzate dal protagonismo del potere politico e dal ruolo strumentale del diritto⁴²⁷. Ossia un diritto espressione del potere, che in quanto tale si riduceva a comando. Peraltro, «se è comando, deve essere ubbidito, ma può esserlo solo se il comando è certo»⁴²⁸.

⁴²⁵ Corte giust., 13 maggio 1981, c. 66/80, International Chemical Corporation, in *Racc.*, 1981, p. 1191 ss.

⁴²⁶ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 51 ss.; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, p. 43 ss. Sul tema si v. anche A. DE NITTO, *A proposito di certezza*, in A. BIXIO, G. CRIFÒ (a cura di), *Il giurista e il diritto. Studi per Federico Spantigati*, Milano, 2010, p. 235 ss.; F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942, *passim*.

⁴²⁷ «Il principio di legalità non era che il compimento della tradizione assolutistica dello Stato». Così G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 25.

⁴²⁸ Così P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 56. Si v. P. PERLINGIERI, Relazione di sintesi del Convegno di S. Marino sul tema: “*Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*”, tenutosi in data 17 novembre 2000, con l'organizzazione della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino, oggi in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, cit., p. 443 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., *passim*; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 283. L'A. da ultimo citato riporta che «la garanzia di certezza [...] non è un problema di cui deve farsi carico l'autore del giudizio. Si tratta di un valore che va difeso a livello delle scelte di fondo che qualificano e vincolano l'indirizzo politico della

Dopo quanto riportato, appare agevole trattaggiare un parallelo con il principio di uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'UE. Difatti, come l'elevazione della certezza del diritto a principio fondamentale era espressione di un rapporto di supremazia e strumentalità esistente tra il potere politico e il diritto, allo stesso modo la sacralizzazione del principio in parola risponde a una eguale subordinazione della sfera giuridica, però, questa volta, rispetto al potere economico. In tutto ciò, resta la costante di un diritto ridotto, depauperato della sua complessità e della sua vivacità sociale e culturale⁴²⁹.

5. L'eterointegrazione del contratto attraverso l'informazione precontrattuale

Non resta che analizzare la questione che più interessa ai fini del presente studio: l'uso che la disciplina europea del consumo fa dell'eterointegrazione del contratto, o meglio la funzione e il significato che le attribuisce. Da questa prospettiva, sono due le ipotesi che appaiono maggiormente significative ove si intendano rilevare le logiche sottese all'istituto in oggetto nell'ambito del diritto comunitario. Da un lato, l'inclusione coattiva dell'informazione precontrattuale nel contenuto del contratto⁴³⁰ e, dall'altro, la questione dell'eterointegrabilità di un contratto rimasto orfano di una o più clausole vessatorie.

legislazione». Si v., infine, C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 215 ss., in particolare, nella parte in cui afferma che «di fronte a questa esigenza [di giustizia] cede anche il dogma della certezza del diritto, e non perché non si vuole certezza nel diritto, ma perché non si vuole una certezza formalistica e farisaica, che diventa strumento di abuso e di approfittamento, ma piuttosto si vuole la certezza dei rapporti giuridici giusti».

⁴²⁹ Così ancora P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 56, nota 10.

⁴³⁰ Sul tema si v. E. LLAMAS POMBO, *La compraventa*, Madrid, 2014, p. 868 ss.; J.M. CABALLERO LOZANO, *Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia*, in *Actualidad Civil*, 1996, p. 293 ss.; J.I. FONT GALÁN, *La integración publicitaria del contrato. Un instrumento de derecho privado contra la publicidad engañosa*, in *Cuad. der. com.*, 1988, p. 7 ss.; M.R. FERNANDO MAGARZO, *Comentario al artículo 8*, in E. LLAMAS POMBO (coord.), *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, 2005, *passim*; J.R. GARCÍA VICENTE, *Comentario a los artículos 59 a 79*, in R. BERCOVITZ (dir.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Pamplona, 2009, p. 784 ss.; A.M. MORALES MORENO, *Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el art. 8 de la LGDCU)*, in *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, VIII, Colegios Notariales de España, 1992, p. 667 ss.; C. CAMACHO PEREIRA, L. TEJEDOR MUÑOZ, *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario: integración de la publicidad en el contrato*, Madrid, 2012, *passim*; J.I. GRANADOS ARISTIZÁBAL, *Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que de ellas emanan al contenido del contrato con el consumidor. Una aplicación del principio de buena fe que resulta exigible a la totalidad de las relaciones contractuales*, in *Revista E-Mercatoria*, 2013, p. 1 ss.; M.J. REYES LÓPEZ, *Manual de Derecho Privado de Consumo*, Madrid, 2009, p. 192 ss.

Riguardo alla prima ipotesi, si fa riferimento a una serie di disposizioni di origine comunitaria (art. 49, comma 5⁴³¹, art. 72, comma 4⁴³², art. 129, comma 2, lett. c) e comma 3⁴³³, D.lgs. n. 206/2005, art. 38, comma 2⁴³⁴, D.lgs. 79/2011, art. 117, comma 7, lett. b)⁴³⁵, Tub) che, prevedendo che le informazioni offerte in fase precontrattuale o pubblicitaria⁴³⁶ formano parte integrante del contratto, salvo il ricorrere di determinate circostanze⁴³⁷, statuiscono l'inclusione dell'informativa precontrattuale nel regolamento negoziale nel caso in cui la stessa non venga riprodotta⁴³⁸. Sia in sostituzione di clausole contrattuali difformi, secondo un meccanismo analogo a quello previsto all'art. 1339

⁴³¹ Art. 49, comma 5, D.lgs. 206/2005: «Le informazioni di cui al comma 1 formano parte integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali e non possono essere modificate se non con accordo espresso delle parti». Tale articolo del c. cons. riproduce testualmente il par. 5 dell'art. 6 della direttiva 2011/83/UE (c.d. *consumer rights*). A commento dell'articolo si v. G. CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 5 ss.; V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 745 ss.; S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del D.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per il consumatore e le imprese?) - Il commento*, in *Contratti*, 2014, p. 796 ss.

⁴³² Art. 72, comma 4, D.lgs. 206/2005: «Le informazioni di cui all'articolo 71, comma 1, costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto e non possono essere modificate salvo qualora vi sia l'accordo esplicito delle parti oppure qualora le modifiche siano causate da circostanze eccezionali e imprevedibili, indipendenti dalla volontà dell'operatore, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate neanche con la dovuta diligenza. Tali modifiche, indicate espressamente nel contratto, sono comunicate al consumatore su carta o altro supporto durevole a lui facilmente accessibile, prima della conclusione del contratto». A commento dell'articolo si v. A. FINESSI, *La nuova disciplina del contratto di multiproprietà*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 3 ss.

⁴³³ Art. 129, D.lgs. 206/2005: «Il venditore ha l'obbligo di consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita. Si presume che i beni di consumo siano conformi al contratto se, ove pertinenti, coesistono le seguenti circostanze: a) [omissis]; b) [omissis]; c) presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura». Sul tema si v. P. SCHLESINGER, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 561 ss.; P.R. LODOLINI, *La direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo: prime osservazioni*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1275 ss.; C. CARICATO, *La vendita dei beni di consumo. La conformità al contratto di vendita stabilito all'art. 129, 4° comma, del D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 2 ss.

⁴³⁴ Art. 38, comma 2, D.lgs. 79/2011: «Le informazioni contenute nell'opuscolo vincolano l'organizzatore e l'intermediario in relazione alle rispettive responsabilità, a meno che le modifiche delle condizioni *ivi* indicate non siano comunicate per iscritto al turista prima della stipulazione del contratto o vengano concordate dai contraenti, mediante uno specifico accordo scritto, successivamente alla stipulazione». Peraltro, l'effetto eterointegrativo del regolamento contrattuale ad opera dell'opuscolo informativo non trova opinioni concordi in dottrina. Si v. ad es. R. SANTAGATA, *La nuova disciplina sui contratti del turismo organizzato nel codice del turismo*

c.c., sia in assenza di clausole direttamente riproduttive o di rinvio all'informativa, attraverso un fenomeno eterointegrativo apparentato con quello di cui all'art. 1374 c.c.

Si tratta di una disciplina che, nel momento in cui postula il superamento della rigida distinzione tra informazione precontrattuale e dichiarazione negoziale⁴³⁹, pare caratterizzata da un elevato grado di innovazione⁴⁴⁰ o, quanto meno, di estraneità rispetto al diritto italiano⁴⁴¹. Andando, in particolare, ad ampliare i confini di quell'immaginario che vede il contratto non come un fatto istantaneo, bensì come un procedimento giuridico, ossia quale elemento

«dimidiato», in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1118 ss.; B. SIRGIOVANNI, *Commento all'art. 88*, in G. VETTORI (a cura di), *Commentario al codice del consumo*, Padova, 2007, p. 710 ss.; G. FERRARINI, *La responsabilità da prospetto: informazione societaria e tutela degli investitori*, Milano, 1986, *passim*; M.E. LA TORRE, *Il contratto di viaggio «tutto compreso»*, in *Giust. civ.*, 1996, p. 31 ss.

⁴³⁵ Art. 117, comma 7, Tub: «in caso di inosservanza del comma 4 [i contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora] e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6 [sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati], si applicano: a) [omissis]; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto». Si v. A. SPENA, *Commento all'art. 117*, in M. PORZIO, F. BELLÌ, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO (a cura di), *Commentario al Testo unico bancario*, Milano, 2010, p. 971 ss.

⁴³⁶ Per la precisione, deve ritenersi che con tale disciplina il legislatore abbia inteso ricondurre la pubblicità commerciale alla fase precontrattuale. Si v. P.F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, 4, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2012, p. 119; F. CAFAGGI, voce *Pubblicità commerciale*, in *Digesto comm.*, Torino, 1994, p. 433; L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 358 ss.; T. PASQUINO, *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, 2003, p. 101.

⁴³⁷ In particolare, per quanto concerne i contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali, l'art. 49, comma 5 prevede che l'eterointegrazione operi a meno che le clausole divergenti dall'informazione non siano state pattuite attraverso un «accordo espresso» delle parti. Nei contratti di multiproprietà, il distanziamento del contratto dall'informazione fornita è possibile – oltre che in caso di accordo espresso – «unilateralmente, però a condizione che le modifiche siano causate da circostanze eccezionali e imprevedibili, indipendenti dalla volontà dell'operatore, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate neanche con la dovuta diligenza» (art. 72, comma 4). Nel caso di contratto di vendita di pacchetti turistici, la difformità del contratto rispetto all'opuscolo informativo è possibile a condizione che le variazioni siano «comunicare per iscritto al turista prima della stipulazione del contratto o vengano concordate dai contraenti, mediante uno specifico accordo scritto, successivamente alla stipulazione».

⁴³⁸ Trattasi, peraltro, di una tesi non pienamente condivisa in dottrina. In particolare, si è affermato, alternativamente, che la vincolatività delle informazioni rese in sede precontrattuale ex art. 49 riguarda esclusivamente la natura delle informazioni, senza che queste si riversino sul contenuto dell'accordo integrandolo o modificandolo. Pertanto, in caso di difformità, gli unici

unificatore di una pluralità di fatti e atti giuridici preordinati a un fine⁴⁴². In quanto tale, si tratta di una normativa che lascia non pochi dubbi⁴⁴³ circa la corretta ricostruzione del fenomeno.

In primo luogo, si tratta di comprenderne la *ratio* applicativa. In questa prospettiva, la dottrina ha individuato, da un lato, una finalità pratica volta al rafforzamento dell'affidamento del consumatore rispetto all'informazione precontrattuale o pubblicitaria fornita dal professionista⁴⁴⁴. Dall'altro, queste norme sono state considerate dei mezzi volti ad assicurare che la manifestazione di volontà negoziale sia espressione piena ed effettiva dell'autonomia del con-

rimedi a disposizione del consumatore sarebbero quelli previsti all'art. 1453 c.c. Sul tema si v. F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012, *passim*; G. CIANCI, *Comunicazione pubblicitaria e contratti del consumatore*, Milano, 2013, *passim*; C. GIUSTOLISI, *Il diritto alle informazioni precontrattuali*, in L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività, enforcement*, Torino, 2015, p. 105 ss.

⁴³⁹ Così C. CARICATO, *La vendita dei beni di consumo*, cit., p. 2 ss.

⁴⁴⁰ Così G. CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, cit., p. 5 ss. Si v. anche A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., p. 80. L'A. osserva che «il principio costituisce una novità di sicuro rilievo. La sua applicazione assume un pregnante significato proprio nei contratti aventi ad oggetto servizi, ossia quei contratti in cui l'informazione prospettata in via pubblicitaria, mediante opuscoli, è fondamentale per la stessa più precisa individuazione dell'oggetto della prestazione».

⁴⁴¹ D'altronde, la presenza nel codice civile italiano di norme che impongono espressamente doveri di informazione ai contraenti è alquanto modesta. Se ne contano soltanto quattro (artt. 1338, 1490, comma 2, 1892 e 1893 c.c.). Per un approfondimento sul tema si v. P.F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, cit., p. 113. Interessante, da diversa prospettiva, è l'analoga tracciata da A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., p. 81. L'A. osserva come la relazione che in questa disciplina si instaura tra informazione precontrattuale e conclusione del contratto sembri richiamare, sia pure con qualche significativa variante, il modello della promessa al pubblico (art. 1989 c.c.). Difatti, «l'attività informativa posta in essere dall'operatore professionale e indirizzata al pubblico dei potenziali acquirenti ingenera nei destinatari un affidamento circa la rispondenza tra la qualità del contratto pubblicizzata e quella effettiva del futuro contratto: affidamento che può indurre tali soggetti a preferire quell'opportunità negoziale».

⁴⁴² «Il perfezionarsi del regolamento, che da quel momento acquisterà nome ed esistenza propri divenendo altresì suscettibile di integrazione, altro non è che l'ultima e conclusiva delle numerose fasi del procedimento stesso, dalle iniziali trattative c.d. precontrattuali, proposte, sondaggi, ecc., sino al momento in cui l'atto avrà [...] "forza di legge tra le parti"». Così F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim.*, 1969, p. 140.

⁴⁴³ Si v., in particolare, C. GRANELLI, *Diritto dei consumatori e tutele nella recente novella del codice del consumo*, in *Contratti*, 2015, p. 59 ss.

⁴⁴⁴ In questo senso anche E. LLAMAS POMBO, *La compraventa*, cit., p. 871. L'A., in particolare, osserva che «*el fundamento de esta regla [art. 61, comma 1, TRLDCU: «el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato»]*, se nos dice, reside en la tutela de la confianza del consumidor; puesto que protege las expectativas de éste sobre la naturaleza y condiciones de las prestaciones, creadas por las afirmaciones vertidas en las declaraciones publicitarias». Si v.

sumatore, attraverso il dilatamento del tempo che intercorre tra l'informativa contrattuale e la conclusione del contratto⁴⁴⁵. In ogni caso, sussistono pochi dubbi sul fatto che il fondamento materiale di tale disciplina debba essere rinvenuto nel peso rilevante esercitato dall'attività pubblicitaria (o precontrattuale) sulle scelte operate dai consumatori⁴⁴⁶.

Come si è cercato di rimarcare più volte, non è detto che la previsione di uno strumento posto *prima facie* a protezione del consumatore sia rivolto direttamente alla tutela dello stesso, potendo porsi quale medio per la realizzazione di un fine altro. L'importanza della questione diviene particolarmente evidente ove si concentri l'attenzione sui dubbi applicativi che avvolgono queste ipotesi di eterointegrazione del contratto.

La questione è sostanzialmente una: l'informazione precontrattuale o pubblicitaria integra il contratto in qualsiasi ipotesi di mancata o difforme riproduzione della stessa nel regolamento contrattuale⁴⁴⁷ o solo *in melius* per il consumatore⁴⁴⁸?

Per risolvere tale dilemma occorre analizzare lo stato complessivo dell'eterointegrazione contrattuale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia⁴⁴⁹, in

anche J.I. FONT GALÁN, *La integración publicitaria del contrato*, cit., p. 7 ss.

⁴⁴⁵ Si v. C. GIUSTOLISI, *Il diritto alle informazioni precontrattuali*, cit., p. 103.

⁴⁴⁶ Così A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., p. 80.

⁴⁴⁷ In questo senso V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori*, cit., p. 749; S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo*, cit., p. 796 ss., secondo il quale «sebbene questa lettura abbia dalla sua la circostanza di forgiare un più elevato regime di protezione per il consumatore, non sembra che il dato normativo abiliti ad un'interpretazione del genere: se le informazioni son *pars* integrativa del testo contrattuale, salvo che le clausole documentanti questa o quella informazione non siano sospette di vessatorietà, il diritto dispositivo è precluso. Non opera perché la pattuizione predisposta, questo si vuol dire, funge da fatto impeditivo fin dall'origine, sicché non si ha in senso proprio una lacuna *contractus*. Donde una preclusione a distinguere tra un'integrazione pattizia ed una per via dispositiva allorché la norma suppletiva sia in *melius* per il consumatore».

⁴⁴⁸ In questo senso J.R. GARCÍA VICENTE, *Comentario a los artículos 59 a 79*, cit., p. 785 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, cit., p. 5 ss. L'A. sostiene che «poiché le informazioni fornite nella fase precontrattuale “formano parte integrante del contratto” è giocoforza riconoscere l'esistenza, nel regolamento negoziale, di due (o più) clausole che disciplinano con modalità differenti ed inconciliabili il medesimo aspetto del rapporto: il conseguente “dubbio” interpretativo può e deve essere risolto applicando il canone ermeneutico di cui all'art. 35, comma 2, c. cons., e cioè attribuendo la prevalenza al precetto idoneo a conferire al consumatore la posizione giuridica più favorevole».

⁴⁴⁹ Difatti, come osserva in maniera condivisibile A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e «massimo effetto utile per il consumatore»: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, p. 16 ss., la questione degli effetti della caducazione parziale di una clausola involge sofisticate questioni tecniche e, tenuto conto che le diverse soluzioni prospettabili assicurano secondo modalità diverse gli interessi dei contraenti, nonché il punto di equilibrio tra autonomia ed eterointegrazione del negozio, è naturalmente influenzata dalle opzioni dell'interprete circa il significato di fondo della disciplina a protezione del consumatore prevista dalla direttiva 93/13/CEE e dalle discipline nazionali di recepimento.

particolare, andando a ricostruirne la funzione, così come sembrerebbe affiorare dalle decisioni aventi a oggetto la questione della c.d. nullità parziale necessaria⁴⁵⁰ e dell'eterointegrazione del contratto da cui siano state espunte clausole vessatorie. Come si mostrerà, la Corte impiega per questo istituto una concezione «rimediale», caratterizzandola con una decisa funzione dissuasiva e sanzionatoria. Pertanto, parrebbe sistematicamente coerente una lettura che ammetta l'integrabilità del contratto per mezzo dell'informazione precontrattuale solo nei casi (e nella maniera) in cui ciò orienti la condotta dei professionisti, distogliendoli dal porre in essere pratiche scorrette e ingannevoli.

In questa sede, viceversa, si proporrà una lettura differente dell'istituto. In particolare, in queste ipotesi viene in rilievo un diritto fondamentale del consumatore, quello alla libera ed effettiva autodeterminazione attraverso l'esercizio dell'autonomia negoziale. In particolare, si tratta di rimediare a una circostanza (l'informazione precontrattuale o pubblicitaria difforme) che va a incidere precisamente sull'effettività del suddetto diritto. Come si mostrerà con maggiore approfondimento nell'ultimo capitolo, la logica orizzontale dei diritti fondamentali consente, entro determinati limiti, la loro compressione reciproca quale risultato di un'attività negoziale paritaria. Diversamente, in caso di rapporto asimmetrico la suddetta compressione risulta radicalmente proibita e giustifica un intervento integrativo (per mezzo del diritto violato o trascurato) volto al riequilibrio del rapporto. In questi termini, pertanto, deve essere ricostruita anche l'integrazione del contratto per mezzo dell'informazione pubblicitaria o precontrattuale. Il che implica che il suddetto intervento opera esclusivamente in favore del soggetto il cui diritto fondamentale alla libera ed effettiva autodeterminazione attraverso l'autonomia negoziale sia stato leso fornendo informazioni (precontrattuali o pubblicitarie) false o ingannevoli, ovverosia il consumatore.

6. Le clausole vessatorie nei contratti B2C: uno «scandalo inintegrabile»

Le principali problematiche emerse attorno alla questione dell'eterointegrabilità del contratto rimasto orfano di una o più clausole vessatorie sono riconducibili all'interpretazione dell'art. 6, par. 1, della direttiva 93/13/CEE, secon-

⁴⁵⁰ Nullità parziale necessaria che viene a realizzarsi «nelle diverse ipotesi in cui la clausola nulla, in funzione di una preminente esigenza di conservazione del valore impegnativo dell'atto, sia volta a volta sostituita con clausole imposte, oppure stralciata dal regolamento contrattuale, cui si considera "non apposta", dando luogo, ove sia il caso, alla conseguente integrazione dispositiva del negozio». Così G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 232 ss. Sul tema S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in *Pers. merc.*, 2012, p. 104 ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 165 ss.

do il quale la clausola abusiva (nei contratti B2C) «non vincola i contraenti mentre il contratto resta vincolante per le parti secondo i medesimi termini». Così disponendo il legislatore EU introduce negli ordinamenti nazionali l'ignota (almeno per l'ordinamento italiano)⁴⁵¹ figura della «nullità parziale necessaria»⁴⁵². Una nullità che si distingue da quella di diritto comune sotto l'aspetto funzionale⁴⁵³, in quanto non orientata alla demolizione del regolamento contrattuale, bensì alla realizzazione dell'assetto di interessi delineato dalle parti⁴⁵⁴, epurato da quelle clausole che, in quanto vessatorie, vengono considerate esercizio «abusivo»⁴⁵⁵ dell'autonomia negoziale. Così, diversamente da quanto disposto dalla disciplina generale prevista all'art. 1419 c.c., tale invali-

⁴⁵¹ Nel codice civile italiano vige la differente regola di cui all'art. 1419, comma 1, c.c., secondo la quale «la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità». Va peraltro chiarito che la nullità parziale necessaria non è una categoria di diritto europeo, bensì di diritto c.d. derivato. Difatti, come noto, l'art. 6 della direttiva 93/13/CEE, nel prevedere la sanzione della «non vincolatività», non impone al legislatore nazionale l'adozione di uno specifico strumento interno utilizzabile a declinazione del suddetto rimedio. Così, se il legislatore italiano (art. 36, commi 1 e 2, c. cons.) e quello spagnolo (art. 84 TRLGDCU) hanno optato per la nullità, l'ordinamento tedesco e quello francese prevedono soluzioni differenti. In particolare, il primo l'*Unwirksamkeit* (§ 306 BGB), ossia l'inefficacia, e il secondo considera tali clausole come «non scritte» («*sont réputées non écrites*», art. 211-2, comma 1, cod. consomm.). In verità, nel recepire l'art. 6, par. 1 della direttiva 93/13/CEE, la scelta del legislatore italiano non ricadde sin da subito sulla nullità parziale necessaria. Difatti, l'ormai abrogato art. 1469-*quinquies* optava – parallelamente a quanto disposto dall'art. 1341, comma 2, c.c. per le clausole abusive contenute nelle c.d. condizioni generali predisposte da uno dei contraenti – per l'inefficacia, peraltro delineandone un regime disciplinare complesso, funzionale al raggiungimento degli obiettivi posti dalla direttiva 93/13/CEE. Tale disciplina, contenendo elementi che richiamavano categorie giuridiche diverse, generò notevoli incertezze interpretative. Così, se, da un lato, parte della dottrina, nonostante la particolarità della fattispecie, non ritenne di doversi discostare dalla figura dell'inefficacia in senso stretto (A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 493 ss.; F. GALGANO, *La clausola di gradimento, i patti parasociali e la categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 895 ss.), dall'altro non mancarono ricostruzioni che ne proponevano l'assoggettamento alla disciplina dell'annullabilità (U. MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 1996, p. 294 ss.; F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 43 ss.) o che la qualificavano in termini di nullità (A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 290 ss.; F. GUARRACINO, *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contr. impr./Eur.*, 1997, p. 647 ss.; R. QUADRI, *Inefficacia delle clausole vessatorie: problemi di qualificazione e relativi riflessi*, in *Dir. giur.*, 1999, p. 81 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 918 ss.; S. MONTICELLI, *Dall'inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (note a margine dell'art. 1469-quinquies, commi 1 e 3 c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 568 ss.). Sul tema si v. l'ampia ricostruzione di L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004, p. 1 ss. Proprio le ricostruzioni dottrinali che riconducevano l'inefficacia a un'ipotesi di nullità relativa vennero recepite dal legislatore italiano e portarono all'attuale formulazione dell'art. 36, c. cons. Si v. G. ALPA, A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016, p. 254 ss.

dità prevede la conservazione automatica della parte di contratto epurato dalle clausole vessatorie⁴⁵⁶. Senza, peraltro, prendere una chiara posizione in merito alle questioni logicamente successive, in particolare alla possibilità che operi un intervento integrativo rispetto alla parte di contratto obliterata⁴⁵⁷. Problema questo che assume particolare rilevanza in quelle ipotesi in cui la clausola espunta costituisca elemento essenziale del negozio⁴⁵⁸, senza il quale il contratto semplicemente non può strutturalmente esistere in assenza di un intervento integrativo⁴⁵⁹.

Va da subito chiarito che il punto non è comprendere se la Corte di Giusti-

⁴⁵² Se la formula nullità parziale necessaria riassume le caratteristiche strutturali dell'*istituto*, l'alternativa nomenclatura «nullità conformativa» ne pone maggiormente in risalto gli aspetti funzionali. Sulla funzione conformativa della nullità di protezione si v. V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità. Le nullità conformative*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, p. 649 ss.; A. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in A. BELLAVISTA E A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 329 ss.; ID., *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008, p. 159 ss. L'A. da ultimo citato evidenzia come tale peculiare forma di nullità introdotta dalla normativa comunitaria abbia inciso sul fenomeno integrativo, in particolare sulla sua funzione, parlando a tal riguardo di integrazione conformativa. Difatti, tale figura pone in crisi la tradizionale corrispondenza tra la natura della norma (imperativa o dispositiva) e la funzione assunta dall'intervento integrativo. In particolare, si riteneva che mentre l'integrazione ad opera delle norme dispositive ricoprisse una funzione suppletiva, ossia quale supporto all'autonomia negoziale nei casi di lacuna del regolamento ed orientata alla funzionalità del contratto, l'intervento eteronomo svolgesse una funzione cogente, ponendosi come limite al potere delle parti di autodeterminare il regolamento negoziale. Sfugge da questa rigida bipartizione il fenomeno dell'integrazione ad opera del diritto dispositivo (nei casi di lacuna generata dalla caducazione di una clausola vessatoria, ove l'eterointegrazione c.d. dispositiva assume in concreto funzione cogente, «nella prospettiva di implementare nel regolamento proprio quelle disposizioni di legge alle quali le parti hanno in origine derogato»). Così V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, Milano, 2018, p. 47 ss.

⁴⁵³ Cfr. V. SCALISI, *Invalità e inefficacia nella transizione al diritto europeo: quadro di sintesi*, in V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. invalidità e inefficacia nella trascrizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 449 ss.; A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 69 ss. Cfr., infine, con P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 352, nella parte in cui chiarisce che «la disciplina dei contratti del consumatore, del contraente debole, sconvolge la teoria classica della nullità e rafforza l'idea che il concreto assetto d'interesse esige, anche sotto il profilo patologico, una disciplina che si desume non già dalla mera riconduzione al tipo, ma dalle peculiarità del caso».

⁴⁵⁴ Si osserva, nell'ambito di un più generale discorso sulla trasformazione delle tutele contrattuali nell'ambito del diritto europeo dei contratti, come in tale contesto la funzionalizzazione della disciplina negoziale alla tutela dell'integrità del mercato abbia dato luogo alla trasformazione della tutela invalidante. Quest'ultima perde la sua tradizionale connotazione restitutiva (ossia caducatoria di un assetto di interessi già predisposto dalle parti) in favore di una propensione satisfattiva, funzionale alla conservazione del contratto e delle sue utilità, in altri termini, attuativa di un «assetto di interessi atteso». Questo è, propriamente, il caso della nullità parziale necessaria (o di protezione), in quanto «orientata non già alla caducazione e demolizione dell'assetto di interessi delineato dall'esercizio del potere di autonomia dei privati ma alla conservazione del contratto e delle sue utilità, al netto dell'espunzione delle clausole che determinano

zia avvalli una politica giudiziale a favore o contro l'integrazione del contratto orfano di una o più clausole abusive. Difatti, anche la pura e semplice caducazione di una clausola costituisce una tecnica integrativa⁴⁶⁰. La vera questione, pertanto, è comprendere quale tecnica integrativa (semplice caducazione della clausola, integrazione dispositiva, correzione giudiziale del regolamento negoziale)⁴⁶¹ la Corte prediliga e quali ragioni si collochino alla base della scelta.

Da questa prospettiva la scarsa (seppur crescente) giurisprudenza⁴⁶² in merito sembra restituire un quadro segnato dalla netta preferenza per la tecnica

un significativo squilibrio normativo tra le parti». Così A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, cit., p. 69 ss. Sul punto si v. anche ID., *L'invalidità satisfattiva dell'atto di autonomia privata e dell'atto amministrativo*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 1015 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2013, pag. 50 ss.; C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 831 ss.; L. NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, Torino, 2015, pp. 32 ss. e 137 ss.

⁴⁵⁵ Sul tema ampiamente G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, cit., p. 27 ss. Secondo l'A. l'abuso di autonomia negoziale, nel contesto dei contratti B2C, non coincide tanto con la circostanza che le parti abbiano posto in essere un contratto «squilibrato», bensì con il fatto che tale squilibrio sia stato imposto dal contraente forte.

⁴⁵⁶ Peraltro, va evidenziato l'inciso finale dell'art. 6, della direttiva 93/13/CEE, il quale precisa che il contratto privato della clausola abusiva resta sì vincolante per le parti secondo i medesimi termini, ma alla condizione «che esso possa sussistere senza le clausole abusive». A tal riguardo, la Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire con una recente sentenza (Corte giust., 3 ottobre 2019, c. 260/18, Dziubak, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 1258 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore «costituzionalizzato»: la «dottrina» della Corte di Giustizia da Árpád Kásler a Dziubak*) che «l'art. 6, par. 1, della direttiva 93/13/CEE non enuncia i criteri che disciplinano la possibilità per un contratto di sussistere senza le clausole abusive, ma lascia all'ordinamento giuridico nazionale il compito di stabilirli nel rispetto del diritto dell'Unione».

⁴⁵⁷ Come si vedrà *infra* Cap. V, §§ 2 e 4, tale disciplina pone un'altra questione per l'ordinamento italiano. In particolare, in questi casi l'invalidità di parte del contratto si deve al contrasto non con una norma imperativa, bensì con una norma dispositiva. Quest'ultima, secondo la disciplina generale del contratto, ben potrebbe essere derogata dalla parti. Ragion per cui, si è soliti affermare che per queste norme manca il presupposto giustificativo dell'operatività del meccanismo sostitutivo. Diversamente, nei contratti B2C, nell'ipotesi in cui una o più clausole del contratto siano affette da vessatoria, la norma dispositiva abusivamente derogata assume connotati cogenti e conduce alla sanzione della nullità, ponendosi conseguentemente la questione dell'eventuale eterointegrabilità del regolamento negoziale per mezzo della stessa. Altra questione (connessa) è quella della base giuridica del peculiare fenomeno integrativo che verrebbe così a realizzarsi. Difatti, come si vedrà, nell'ordinamento giuridico italiano la questione dell'integrabilità del contratto a seguito della nullità parziale dello stesso è stata affrontata soprattutto avendo riguardo alla disciplina dell'inserzione automatica di clausole *ex art.* 1339 c.c. in sostituzione di una pattuizione in contrasto con una norma imperativa. Ovverosia, facendo riferimento a una tipologia d'intervento considerata concettualmente diversa rispetto al fenomeno dell'integrazione dispositiva. Così F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 688 ss.). Pertanto, occorrerebbe rinvenire una diversa base per l'integrazione mediante il diritto dispositivo. A tal riguardo, parte della dottrina la identifica con l'art. 1374 c.c., disposizione interpretata (in maniera evolu-

della disapplicazione pura della clausola⁴⁶³, con l'ammissione eccezionale dell'integrazione dispositiva nei soli casi in cui la vessatorietà affetti un elemento essenziale del contratto⁴⁶⁴ (e, pertanto, la semplice caducazione condurrebbe all'invalidità dell'intero contratto)⁴⁶⁵. In questo scenario non si riconosce alcun ruolo alla terza tecnica (quella della correzione *ope iudicis* del regolamento contrattuale)⁴⁶⁶, la cui operatività viene esclusa categoricamente dalla Corte di Giustizia. Anche in quei casi limite in cui l'espunzione di una clausola vessatoria darebbe luogo a un contratto eccessivamente oneroso per il professionista. Così presentandosi la secca alternativa tra dichiarare la nullità dell'intero

tiva) come ricomprensente anche la c.d. integrazione cogente, e non solo quella suppletiva. Si v. G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 244 ss. Sul punto si v. F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2014, p. 737 ss. Cfr. GABRIELLI, G., *Norme imperative ed integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 481 ss.; M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, p. 269 ss. Diversamente, parte della dottrina, muovendo da una ricostruzione dell'art. 1374 c.c. in termini di norma destinata alle sole lacune originarie (e non anche a quelle sopravvenute), esclude che l'art. 1374 c.c. possa fungere da base giuridica per l'integrazione del contratto ad opera del diritto dispositivo (così A. D'ADDA, *Nullità parziale*, cit., p. 258 ss.; S. PAGLIANTINI, *Appunti a margine di Cass. 9735/2013: l'art. 1374 e la lacuna sopravvenuta*, in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 220 ss.). Il problema era già stato affrontato rispetto alla disciplina di cui all'art. 1341 c.c. (in materia di clausole generali del contratto) da quegli Aa. che riconducevano alla mancata specifica approvazione per iscritto delle clausole abusive il rimedio della nullità (così ad es. G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 480 ss.) o dell'inefficacia (in questo senso G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da D. Busnelli, Milano, 1993, p. 360).

⁴⁵⁸ Alcuni Aa. interpretarono la novella legislativa in senso favorevole all'integrazione c.d. dispositiva del contratto, almeno in quei casi in cui la nuda caducazione non sia in grado di soddisfare pienamente l'interesse del consumatore. Si v., in particolare, C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 39 ss.; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 154 ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale*, cit., p. 271 ss. Nello stesso senso anche parte della giurisprudenza, nello specifico Trib. Palermo, 7 aprile 1998, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1624; Trib. Milano, 29 marzo 2002, in *Foro it.*, c. 2826 ss.

⁴⁵⁹ Osserva correttamente A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *Diritto civ. contemp.*, 2014, Anno I, Numero I, che la questione centrale è comprendere cosa debba intendersi per conservazione per il resto del contratto.

⁴⁶⁰ Difatti, «la correzione di un regolamento negoziale può avvenire anche mediante sottrazione». Così E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 707. Si v. sul punto A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e «massimo effetto utile per il consumatore»*, cit., p. 16 ss.; M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2005, p. 56 ss.; G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 646 ss. Si v., inoltre, A. D'ADDA, *Nullità parziale*, cit., p. 65 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova di-*

contratto o conservarlo (nell'interesse del consumatore) attraverso l'integrazione dello stesso con una clausola minimamente tollerabile per il contraente forte⁴⁶⁷.

Analizzando le motivazioni delle sentenze che compongono lo scenario poc'anzi descritto, sono individuabili almeno tre circostanze che ne influenzano gli esiti: una premessa inesatta, la ferma volontà di adottare un modello decisorio orientato alla massima dissuasività e un'argomentazione a tratti irragionevole.

La Corte intende negare l'operatività dell'integrazione del contratto (dispo-

sciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi, in *Contratti*, 2013, p. 406 ss. Cfr. L. MEDICUS, *Rechtsfolgen für den Vertrag bei Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, in L. HEINRICH (Herausgeber), *Zen Jahre AGBG*, 1987, p. 94 ss.

⁴⁶¹ Sul conflitto e sui problemi di coordinamento relativi alla concorrenza di tali tecniche (eterogenee e alternative tra loro) di eterointegrazione del contratto si v., in particolare, A. D'ADDA, *Nullità parziale*, cit., p. 271 ss.

⁴⁶² Corte giust., 14 giugno 2012, c. 618/10, Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino, in *Contratti*, 2013, p. 16 ss., con nota di A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e «massimo effetto utile» per il consumatore: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, e di S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 406 ss., nonché di P. ROTI, *Case note on Banco Español de crédito v. Joaquín Calderón Camino*, in *ERCL*, 2012, p. 476 ss. e di G. LO SCHIAVO, *Droit européenne de la consommation. Arrêt Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, in *Rev. trim. droit eur.*, 2012, p. 564 ss. Si v. infine J.M. RODRÍGUEZ, *Notas sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto a las cláusulas abusivas*, in *La Ley*, 2016; Corte giust., 30 maggio 2013, c. 488/11, Asbeek Brusse e de Man Garabito c. Janani BV, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 3, annotata da R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo la sentenza Joros e Asbeek Brusse*, in *www.juscivile.it*, 2013, p. 400 ss. e da R. PAZOS CASTRO, *El control de las cláusulas abusivas y la autonomía de la voluntad del consumidor ante el juez. Comentario a la STJUE de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y De Man Garabito*, in *BMJ*, 2014, p. 1 ss.; Corte giust., 30 aprile 2014, c. 26/13, Árpád Kásler e Káslerné Rábai c. Jelzalogbank, in *Contratti*, 2014, p. 854 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: «il mondo di ieri» o un trompe l'oeil concettuale?*; e in *Dir. civ. cont.*, 2014, con nota di A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione nazionale di natura suppletiva?*; si v. anche i commenti di F. SCAVONE, *Le clausole abusive e gli effetti della declaratoria di nullità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: il caso Kasler c. OTP Jelzalogbank Zrt*, in *Contr. impr./Eur.*, 2014, p. 875 ss., di M. DELLACASA, *Judicial review of «core terms» in consumer contracts: defining the limits*, in *ERCL*, 2015, p. 152 ss., di C. BALLUGERA GÓMEZ, *Integración de cláusulas abusivas sobre elementos esenciales en beneficio del deudor y no del banco: La STJUE de 30 de abril de 2014*, in *La Ley*, 2014, e di J. DOMÍNGUEZ ROMERO, *Cláusulas exentas, transparencia e integración judicial: a propósito de la STJUE 30.4.2014, Árpád Kásler, y la revisión británica sobre «exempt terms»*, in *Rev. Aranzadi der. patr.*, 2014, p. 317 ss.; Corte giust., 21 gennaio 2015, cause riunite c. 482/13, c. 484/13, c. 485/13 e c. 487/13, Unicaja Banco SA e Caixabank SA, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 417 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*. Si v. anche i commenti di R. PAZOS CASTRO, *El control judicial de las cláusulas abusivas existentes en los procesos de ejecución hipotecaria:*

sitiva o correttiva che sia) attraverso un procedimento logico così sommariamente ricostruibile: in primo luogo, presupponendo possibile la distinzione (sul piano concettuale e operativo) tra pura caducazione del patto e la sua integrazione mediante il ricorso alla disciplina legale dispositiva. In secondo luogo, considerando la nuda soppressione tecnica idonea ad assicurare la conservazione del contratto «secondo gli stessi termini». Infine, e conseguentemente, concludendo che la tecnica in questione sarebbe da preferire in quanto, da un lato, rappresenterebbe l'effetto naturale della non opposizione della clausola e, dall'altro, risponderebbe ad una logica di neutralità.

comentario a las TJUE de 21 de enero de 2015. Asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13, C-487/13, Unicaja Banco y Caixabank, in *La Ley Unión Europea*, 2015, p. 55 ss., di R. MORENO TRAPIELLA, *Las consecuencias de la declaración de la abusividad de la cláusula de interés moratorio: comentario de la STJUE de 21 de enero de 2015*, in *La Ley*, 2015, e di J.M. RODRÍGUEZ CÁRCAMO, *El TJUE confirma que los jueces españoles deben aplicar la limitación de los intereses de demora de los préstamos hipotecarios*, in *La Ley*, 2015. Si v. anche G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità*, cit., p. 249 ss.; Corte giust., 26 marzo 2019, cause riunite c. 70/17, c. 179/17, Bankia S.A. e Abanca Corporación Bancaria S.A., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 424 ss., con nota di A. IULIANI, *Contratti del consumatore - "L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo e commento"* di S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 561 ss.; Corte giust., 3 ottobre 2019, c. 260/18, Dziubak, cit., p. 1258 ss. Osserva L. VALLE, *La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale*, in *Contr. impr./Eur.*, 2014, p. 101 ss., come tale questione sia rimasta ancor più nell'ombra nell'ordinamento giuridico italiano a ragione del silenzio sul punto della disciplina di recepimento (in particolare l'art. 36 c. cons., recettivo dell'art. 6, par. 1, della direttiva 93/13/CEE) e, soprattutto, per la circostanza che tale questione sinora non è giunta, in modo significativo, dinanzi la giurisprudenza nazionale, fatta eccezione per Trib. Milano, 12 gennaio 2007, in *Assicurazioni*, 2007, p. 55 ss. Sul tema si v. sempre L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., p. 198 ss.; F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Osserv. dir. civ. e comm.*, 2017, p. 37 ss.; A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., p. 192 ss.; ID., *Nuove nullità de integrazione del contratto*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, p. 103 ss.; ID., *L'integrazione del contratto e la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle clausole abusive*, cit., p. 299 ss. L'A. da ultimo menzionato rileva come il tema dell'eterointegrazione soffra storicamente di uno scarto tra l'importanza assegnatale dalla dottrina e il rilievo modesto che incontra nelle applicazioni giurisprudenziali, peraltro, individuando nella crescente giurisprudenza sopra citata una rilevante inversione di tendenza, seppur limitata al campo del diritto dei consumi. Si v. anche C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit., p. 39 ss.; C. BALLUGERA GÓMEZ, *Integración de cláusulas declaradas nulas por abusividad: visión general*, in *La Ley*, 2014, p. 12 ss.; M.J. GARCÍA ALGUACIL, *Quiebra en la doctrina del TJUE: ¿prohibición de integración o moderación obligatoria de las cláusulas declaradas abusivas?*, in AA.Vv., *Vivienda, préstamo y ejecución*, Madrid, 2016, p. 835 ss.

⁴⁶³ «Risulta pertanto dal tenore letterale del paragrafo 1 di detto articolo 6 che i giudici nazionali sono tenuti unicamente ad escludere l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima. Infatti, detto contratto deve sussistere, in linea di principio, senz'altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché, conformemente alle norme del diritto interno, una simile sopravvivenza del

Che si tratti di un ragionamento viziato da un iniziale pregiudizio, o quanto meno da premesse inesatte, è dimostrato dal fatto che non è possibile distinguere concettualmente la pura caducazione della clausola dall'integrazione negoziale. Difatti, come si anticipava precedentemente, «la correzione di un regolamento negoziale può avvenire anche mediante sottrazione»⁴⁶⁸. Pertanto, essa è a tutti gli effetti una tecnica integrativa, che opera attraverso la sostituzione della disciplina pattizia con regole per lo più imperative, giustificata, come si vedrà a breve, da una finalità sanzionatoria⁴⁶⁹.

In secondo luogo, inesatto è anche il secondo passaggio del ragionamento contratto sia giuridicamente possibile». Così par. 65, Corte giust., 14 giugno 2012, cit., p. 16 ss.; par. 57, Corte giust., 30 maggio 2013, cit., p. 3 ss.; par. 28, Corte giust., 21 gennaio 2015, cit., p. 417 ss.

⁴⁶⁴ «L'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, ove un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore non può rimanere in vigore dopo la rimozione di una clausola abusiva, tale disposizione non osta ad una regola di diritto nazionale che permette al giudice nazionale di ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva». Così par. 85, Corte giust., 30 aprile 2014, cit., p. 854 ss. Nello stesso senso par. 56, Corte giust., 26 marzo 2019, cit., p. 424 ss. Si v. anche Corte giust., 3 ottobre 2019, cit., p. 1258 ss.

⁴⁶⁵ La Corte sembra giustificare questa eccezione sulla base delle finalità che connotano la direttiva 13/93/CEE, in particolare, la circostanza che essa persegua lo scopo della protezione di un interesse al (la conservazione del) contratto, e non al recesso. Si v., in particolare, Corte giust., 15 marzo 2012, c. 453/10, Perenièová e Perenic, in *Foro it.*, 2013, IV, p. 171 ss. Cfr. Corte giust., 3 ottobre 2019, cit., p. 1258 ss.

⁴⁶⁶ «La mera eliminazione del motivo di risoluzione che rende abusive le clausole oggetto del procedimento principale equivarrebbe, in definitiva, a rivedere il contenuto di tali clausole incidendo sulla loro sostanza. Pertanto, il mantenimento parziale di dette clausole non può essere consentito, salvo pregiudicare direttamente l'effetto dissuasivo menzionato nel punto precedente della presente sentenza». Così par. 55, Corte giust., 26 marzo 2019, cit., p. 424 ss. Si v. G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 230 ss.; R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice*, cit.; L. VALLE, *La vessatorietà delle clausole*, cit., p. 101 ss.; T. PFEIFFER, *Verbot geltungserhaltender Reduktion und ergänzende Vertragsauslegung nach der EU-Klauselrichtlinie*, in *LMK*, 2012, p. 339 ss.; A. WENDENBURG, *Verbraucherrecht: Prüfung missbräuchlicher Klauseln im Mahnverfahren und geltungserhaltende Reduktion*, in *EuZW*, 2012, p. 754 ss. Parzialmente diverso è l'apparato argomentativo impiegato con la sentenza Corte giust., 3 ottobre 2019, cit., p. 1258 ss. Difatti, con tale decisione, nell'escludere l'integrabilità del contratto per mezzo dell'equità o degli usi, la Corte afferma che la scelta di limitare la suddetta possibilità di sostituzione alle disposizioni di diritto interno di natura suppletiva si basa «sul rilievo secondo cui si presuppone che tali disposizioni non contengano clausole abusive». Diversamente, sempre secondo la Corte, l'equità e gli usi, non essendo oggetto di una valutazione specifica del legislatore, non beneficiano della suddetta presunzione di non abusività.

⁴⁶⁷ «Gli articoli 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che, da un lato, essi ostano a che una clausola di scadenza anticipata di un contratto di mutuo ipotecario dichiarata abusiva sia parzialmente mantenuta mediante l'eliminazione degli elementi che ne determinano l'abusività, laddove l'eliminazione equivarrebbe a rivedere il contenuto del-

della Corte, in quanto la nuda soppressione non è tecnica idonea ad assicurare la conservazione del contratto «secondo i medesimi termini»⁴⁷⁰. La Corte interpreta tale inciso ricavandone l'imperativo della conservazione dello stesso regolamento contrattuale, così come «voluto» dalle parti, fatta solo eccezione per le clausole giudicate abusive. A tal fine, il giudice comunitario ritiene che l'unica tecnica che possa garantire tale risultato, quasi ne fosse conseguenza naturale, è la pura e semplice caducazione.

Peraltro, come si vedrà meglio nel passaggio successivo, tale tecnica non produce l'effetto voluto dalla Corte, in quanto comporta inevitabilmente la riespansione della disciplina dispositiva abusivamente derogata⁴⁷¹. La riviviscenza di quest'ultima mai determina la conservazione dello stesso regolamento contrattuale orfano della clausola abusiva, diversamente lo trasforma, in alcuni casi radicalmente. Così, determinando una composizione degli obblighi e dei diritti tra le parti divergente rispetto a quella «voluta dai contraenti». Di conseguenza, la formula «secondo i medesimi termini» non può avere il senso che la Corte sembra attribuirgli.

la clausola stessa incidendo sulla sua sostanza e che, dall'altro, gli stessi articoli non ostano a che il giudice nazionale sani la nullità della clausola abusiva sostituendola con il nuovo testo della disposizione legislativa che ha ispirato detta clausola, applicabile in caso di accordo tra le parti contraenti, sempreché il contratto di mutuo ipotecario in questione non possa sopravvivere in caso di eliminazione della clausola abusiva e l'annullamento *in toto* del contratto esponga il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli». Così Corte giust., 26 marzo 2019, cit., p. 424 ss.

⁴⁶⁸ Così E. ROPPO, *Nullità parziale del contratto*, cit., p. 707.

⁴⁶⁹ Si v. S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 406 ss.; ID., *Contratto b2c e concorso di tutele: variazione su diritto primo e diritti secondi a margine di Van Hove e Matei*, in *Contratti*, 2015, p. 762 ss.; A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale*, cit. Si v., inoltre, F. CAFAGGI e P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of the EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *Eur. rev. P. L.*, 2017, p. 583 ss.; P. ROTT, *Case note on Banco Español de credito v. Joaquín Calderón Camino*, cit., p. 476 ss. Infine, si v. Corte giust., 27 marzo 2014, c. 565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA c. Fesih Kalhan, in *Contratti*, 2014, p. 873 ss.

⁴⁷⁰ Esclude l'intervento integrativo, ritenendolo in contrasto con il tenore letterale dell'art. 6, par. 1, Dir. 13/1993, A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit., p. 432 ss.

⁴⁷¹ A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e «massimo effetto utile per il consumatore»*, cit., p. 16 ss., il quale osserva che la caducazione di una clausola abusiva comporti di regola, quale effetto naturale, l'automatica riespansione della disciplina (semi)dispositiva derogata. Ciò, in particolare, a ragione della peculiare struttura del divieto di apporre clausole abusive, il quale pone dei limiti alla facoltà delle parti di derogare la disciplina dispositiva. Oltrepasati tali limiti, la disciplina dispositiva si «riespande integralmente con effetto correttivo rispetto a quanto statuito dalle parti». Si v. F.P. PATTI, *Clausola vessatoria*, cit., p. 743; M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., p. 56 ss.; G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale*, cit., p. 646 ss. Si v., inoltre, A. D'ADDA, *Nullità parziale*, cit., p. 65 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 406 ss.; E. FERRICELLI, *Inserzione imperativa di norme dispositive nel nuovo diritto dei contratti*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 741 ss.

Infine, non appare condivisibile neanche il riconoscimento alla tecnica della semplice caducazione dei caratteri della neutralità e della naturalezza. Difatti, lo strumento in questione non costituisce sempre e comunque effetto automatico della nullità della clausola, né rappresenta una tecnica neutrale e conservativa. La smentita dell'affermato carattere naturale la si può agevolmente rinvenire nella relatività che caratterizza gli effetti della nullità parziale necessaria rispetto alla struttura della clausola dichiarata abusiva. Il che, come visto poc'anzi, comporta l'esistenza di casi in cui è l'operare della disciplina dispositiva a costituire effetto normale e automatico della caducazione della clausola abusiva⁴⁷². Quanto alla partigianeria di tale tecnica, ciò è dimostrato dalla finalità (sanzionatoria) che la Corte pone a fondamento della propria scelta.

Finalità, quest'ultima, di cui la Corte non fa mistero⁴⁷³, seppur presentandola sotto la veste dell'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti e accompagnandola con l'obiettivo del «massimo effetto utile per il consumatore»⁴⁷⁴,

⁴⁷² Ciò si verifica in tutti quei casi in cui la clausola dichiarata abusiva deroghi una disciplina dispositiva di portata generale che regola una determinata materia. Casi tipici sono costituiti da quelle clausole abusive che regolano una penale eccessiva (questo precisamente è il caso deciso dalla Corte di Giustizia con la citata sentenza *Asbeek Brusse*) o che prevedono l'esonero o limitazioni della responsabilità del professionista. In questi casi, difatti, l'espulsione della clausola comporta l'applicazione dell'ordinario regime di responsabilità per inadempimento. Si v. J. A. AGUILA REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, p. 445 ss.; J.L. LACRUZ BERDEJO, *Derecho de obligaciones*, I, *Elementos de Derecho Civil*, II, Barcelona, 1994, p. 530 ss.; A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale*, cit.; Id., *Giurisprudenza comunitaria e massimo effetto utile per il consumatore*, cit., p. 16 ss.

⁴⁷³ «Se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'art. 7 della direttiva 93/13. Infatti tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive [...], dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti». Così par. 69, Corte giust., 14 giugno 2012, cit., p. 16 ss.; par. 58, Corte giust., 30 maggio 2013, cit., p. 3 ss.; par. 31, Corte giust., 21 gennaio 2015, cit., p. 417 ss.; par. 54, Corte giust., 26 marzo 2019, cit., p. 424 ss. Si v. anche Corte giust., 27 marzo 2014, cit., p. 550 ss. Secondo F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, cit., p. 63, l'intento sanzionatorio, perseguito dalla Corte di Giustizia, non sarebbe del tutto in linea con la *ratio* di tutela che informa la direttiva 13/93/CEE.

⁴⁷⁴ Difatti, nella motivazione della Corte può leggersi che «una facoltà siffatta [ovverosia la possibilità di integrare il regolamento contrattuale a seguito dell'espulsione di una clausola vessatoria], se fosse riconosciuta al giudice nazionale, non potrebbe garantire, di per sé, una tutela del consumatore efficace quanto quella risultante dalla non applicazione delle clausole abusive». Così par. 69, Corte giust., 14 giugno 2012, cit., p. 16 ss. Analoghe motivazioni si incontrano alla base dell'ammissibilità della sostituzione di una clausola abusiva con una disposizione nazionale di natura suppletiva nel caso in cui la pura caducazione della clausola conduca alla

perseguibile efficacemente, sempre secondo il Giudice unionale, solo attraverso la tecnica della pura caducazione. Il punto da ultimo toccato appare decisivo per comprendere l'orientamento della Corte e, toccando questioni trasversali, verrà esaminato più approfonditamente in collegamento con queste ultime.

Nelle motivazioni delle sentenze prese ad esame sembra rinvenibile una strategia argomentativa costante, affetta, almeno parzialmente, da profili di irragionevolezza. La Corte, in particolare, fa ampio riferimento alla necessità di una protezione efficace del consumatore, dietro alla quale, peraltro, si annidano ragioni (aventi un peso ben più rilevante rispetto alle prime) che vanno più nella direzione della garanzia del funzionamento del mercato.

Difatti, proprio l'ampio riferimento che la Corte riserva all'obiettivo di lungo periodo di cui all'art. 7 della direttiva 93/13, ovverosia l'adozione dei mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive, svela come il fenomeno dell'eterointegrazione, e la sua concreta operatività, venga letto dal Giudice UE guardando a un orizzonte che oltrepassa quello marcato dal singolo caso concreto e la sua domanda di giustizia.

La finalità che la Corte sembra riservare alla disciplina delle clausole vessatorie (era, e) resta quella dell'omologazione del contenuto contrattuale ai fini del corretto funzionamento del mercato⁴⁷⁵. Poco importa che la mancata eterointegrazione danneggi di fatto il consumatore⁴⁷⁶, o gli riconosca una prote-

nullità dell'intero contratto, considerata per l'appunto, conseguenza «particolarmente dannosa» per il consumatore. In questo senso si v. par.fi 82 e 83, Corte giust., 30 aprile 2014, cit., p. 854 ss. Questa strategia argomentativa «conciliante» non è insolita nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Paradigmatica è la questione dei diritti fondamentali. Difatti, «mentre da un lato afferma che i diritti fondamentali della persona “fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, dei quali la Corte garantisce l'osservanza” (cfr. Corte giust., 12 novembre 1969, c. 26/69, *Stauder*, in *Racc.*, 1969, p. 419), dall'altro specifica che tale garanzia va realizzata “entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità” (Corte giust., 17 dicembre 1970, c. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in *Racc.*, 1970, p. 1125 ss.), non senza aggiungere che “appare legittimo sottoporre tali diritti a taluni limiti giustificati dagli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi”». Così N. LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, cit., p. 14, n. 16.

⁴⁷⁵ Si v. S. GRUNDMANN, Y.M. ATAMER, *European Contract Law and Banking Contracts after Financial Crisis: Challenges for Contracting and Market Transactions*, in S. GRUNDMANN, Y.M. ATAMER (a cura di), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law. Failure and Challenges of Contracting*, Amsterdam, 2011, p. 7 ss.; F.P. PATTI, *Clausola vessatoria*, cit., p. 745. Cfr. S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 406 ss. Secondo l'A. da ultimo citato, l'irragionevolezza di questo orientamento si deve al fatto che la tecnica dell'amputazione, in verità, non è in grado di raggiungere l'obiettivo (prefissato dalla stessa Corte di Giustizia) della facilitazione dei contratti, nella prospettiva di un'estensione del mercato. Difatti, tale tecnica maggiora i costi del professionista, i quali non vengono compensati da un'accresciuta razionalità decisionale del consumatore.

⁴⁷⁶ Ad es. in tutti quei casi in cui la clausola vessatoria è volta a limitare i diritti del consumatore. In queste ipotesi, difatti, la scelta di non applicare il diritto dispositivo, a seguito della

zione eccessiva (iperprotezione)⁴⁷⁷ e, nel momento in cui dà luogo a una ingiustificata sproporzione dei diritti e degli obblighi tra le parti⁴⁷⁸, sostanzialmente irragionevole. Ciò che più conta è che i professionisti siano dissuasi dal far uso di modalità negoziali «sleali e/o abusive», ovverosia idonee a falsare il libero gioco della concorrenza. Mentre, la protezione del consumatore merita effettività solo quando (e nella misura in cui) costituisca strumento funzionale al perseguimento di tale risultato⁴⁷⁹.

Ciò è dimostrato dal radicale ostracismo che la Corte riserva alla correzione giudiziale del regolamento contrattuale, il quale viene giustificato affermando un generale (e non dimostrato)⁴⁸⁰ vantaggio che tale tecnica assicurerebbe al professionista⁴⁸¹, ma che in realtà sembra razionalmente rispondere a

declaratoria di nullità, avrebbe effetti pregiudizievoli per il contraente debole. Si v. sul punto F.P. PATTI, *Clausola vessatoria*, cit., p. 737 ss.

⁴⁷⁷ Sul punto si v. A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e massimo effetto utile per il consumatore*, cit., p. 16 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 406 ss.; ID., *Nullità di protezione*, cit., p. 104 ss.; ID., *Il restatement della Corte di Giustizia*, cit., p. 425; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, p. 156 ss. e 276 ss.

⁴⁷⁸ Come nel caso in cui l'esigenza della conservazione del contratto (in favore del consumatore) «secondo i medesimi termini», porti a un regolamento contrattuale eccessivamente oneroso per il professionista. Si v., ad es., il già citato caso Corte giust., 26 marzo 2019, cit., p. 424 ss.

⁴⁷⁹ Constatazione, questa, che si ricava da una serie di pronunce della Corte di Giustizia, ove viene chiarita la portata concreta della «non assolutezza della tutela del consumatore». Si v., in particolare, Corte giust., 3 dicembre 2015, c. 312/14, *Banif Bank c. Marton Lantos*, in *www.dirittobancario.it*. Cfr. «quella europea è un'effettività soddisfacente non di qualsiasi utilità di cui il consumatore, vittima di un abuso o di un'asimmetria informativa, voglia riappropriarsi ma della sola utilità corrispondente al tipo di interesse protetto. E, per il fatto che ogni direttiva è strumentale alla costruzione di un mercato unico concorrenziale, siccome nella gradazione del rimedio è espresso il coefficiente di preminenza di un valore sull'altro, azionabile finisce per palesarsi sempre e soltanto il rimedio organico al livello di protezione più consentaneo (e meglio aderente) al buon funzionamento del mercato». E ciò in quanto la protezione del consumatore è posta «pur sempre al servizio di un benessere collettivo, il quale, per il fatto di realizzarsi nel ed attraverso il mercato, impone che la tutela del primo retroceda quando il praticarla costituirebbe un *vulnus* all'efficienza del sistema». Così S. PAGLIANTINI, *Interpretazione (ed integrazione)*, cit., p. 1147 ss. Cfr. H.W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, cit., p. 882 ss.

⁴⁸⁰ «Una sostituzione giudiziale [intesa qui come «tutela correttiva-modificativa che, dopo aver espunto dal regolamento unilateralmente predisposto dalla pattuizione abusiva, provvede a sostituirla col conio giudiziale di un “punto di equilibrio diverso” più favorevole al consumatore] che va oltre il corredo delle norme dispositive, [...], è indubbiamente più penalizzante per il professionista, spogliato dell'attitudine a presagire quale potrà essere la percentuale casistica di rischio che gli si incombere per effetto di una possibile – se non probabile – declaratoria di vessatorietà». Così S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 406 ss. Si v. anche ID., *Nullità di protezione*, cit., p. 166 ss.; G. PAISANT, *L'élargissement, par la CJUE, du pouvoir d'office et le refus de la révision d'une clause déclarée abusive*, in *Sem. jur.*, 2012, p. 1640 ss.

⁴⁸¹ «Se nel silenzio della legge non si integra giudizialmente, il senso *kundenfeindlichste* gioverà piuttosto al professionista perché la nullità del contratto, vista qui non a caso come un

preoccupazioni inerenti alla certezza e all'uniforme applicazione del diritto di derivazione comunitaria. In realtà, tale tecnica, in determinate circostanze, si presenta più adeguata ed efficace (nonché più giusta), rispetto alla nuda soppressione e all'integrazione dispositiva, nella gestione del fenomeno della caducazione di una o più clausole abusive⁴⁸². Nonché, ove si identifichi nel massimo effetto utile per il contraente debole la finalità da perseguire, potenzialmente capace di produrre una riconfigurazione del regolamento contrattuale più favorevole per il consumatore⁴⁸³, senza però arrecare un irragionevole pregiudizio per il professionista.

7. La concezione «rimediale» dell'integrazione contrattuale

Gli elementi sin qui esaminati pongono in luce come la Corte assuma una concezione dell'integrazione contrattuale spiccatamente «rimediale»⁴⁸⁴, e, pertanto, intelligibile solo se collocata nel complessivo sistema di tutele predisposto dal diritto europeo del consumo. In quel contesto emerge una particolarità, o meglio un piccolo paradosso.

Facendo riferimento alle norme relative ai contratti, le tutele di carattere individuale e successivo assumono un rilievo quantitativo e qualitativo importante, soprattutto rispetto a quelle previste dai diritti nazionali. Ciononostante, e a differenza di ciò che accade in questi ultimi, a livello sistemico esse ricoprono un ruolo minoritario e subalterno rispetto sia alle tutele preventive (giudiziali⁴⁸⁵ o amministrative⁴⁸⁶) e collettive (art. 140-bis c. cons.), sia agli inter-

completamento della sopravvenuta indeterminabilità dell'oggetto (artt. 1325 e 1346 c.c.), è, di massima, un risultato più favorevole a costui che al consumatore. E, com'è intuitivo, non soltanto per l'incognita delle obbligazioni restitutorie. Come fa pure notare, di recente, un'attenta dottrina [E. NAVARRETTA, *Il contratto democratico*, cit., p. 1281], al professionista basterebbe allora “inserire sempre nei contratti [...] un oggetto non trasparente per garantirsi la via di fuga verso la nullità di pieno diritto”. Così S. PAGLIANTINI, *Interpretazione (ed integrazione)*, cit., p. 1147 ss.

⁴⁸² Si v. M.R. MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibri di potere: costruzione di un modello unitario di rimedi invalidativi o pluralità di modelli?*, in *Studi in onore di Giovanni Nicosia*, Milano, 2007, p. 255 ss.; ID., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 179 ss.; M.C. VENUTI, *Nullità della clausola*, cit., p. 151 ss. *Contra*, evidenziando i rischi legati all'incertezza e al rispetto delle logiche dell'autonomia negoziale, G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 129 ss.; V. SCALISI, *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 251 ss.; A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e «massimo effetto utile per il consumatore»*, cit., p. 16 ss.

⁴⁸³ Si v. S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione*, cit., p. 787 ss.; ID., *Interpretazione (ed integrazione) dei contratti asimmetrici (atto secondo)*, in *Contratti*, 2016, p. 1147 ss.; E. NAVARRETTA, *Il contratto democratico*, cit., p. 1281.

⁴⁸⁴ A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, cit., p. 69 ss.

⁴⁸⁵ Artt. 37 e 140, c. cons.

⁴⁸⁶ Artt. 37-bis, c. cons. e art. 117, comma 8, t.u.b.

venti pre-negoziali (principalmente i doveri di informazione e le tecniche di contrattazione adeguata)⁴⁸⁷.

Nella prospettiva del legislatore comunitario, questa differenziazione rispetto ai regimi normativi degli Stati membri è comprensibile e giustificabile. Difatti, mentre questi ultimi nascono avendo quale referente il singolo rapporto contrattuale, il diritto contrattuale comunitario si rivolge al fenomeno della contrattazione seriale⁴⁸⁸. Quest'ultima impone una marginalizzazione del singolo scambio e conseguentemente dei rimedi (di tipo individuale) che ad esso fanno riferimento.

A ciò si aggiunga un altro elemento distintivo. Come evidenziato precedentemente, le norme nazionali poste a protezione della parte debole del contratto, trovano giustificazione nell'esistenza di una particolare situazione di debolezza socio-economica di una delle parti. Rispetto alla quale i legislatori degli Stati membri apprestano una tutela speciale in riferimento a casi isolati. Diversamente, il diritto privato europeo impiega un approccio di tipo sistemico, dovuto all'influenza della moderna teoria economica delle istituzioni⁴⁸⁹. La quale, come noto, individua nella presenza di una forma di fallimento del mercato la ragione giustificatrice dell'intervento dello Stato.

Ciò si traduce, sul piano normativo, nell'attribuzione alla disciplina contrattuale di uno scopo esterno rispetto allo singolo scambio, in quanto orientata alla razionalità del mercato e non del singolo rapporto negoziale.

Questa in concreto è la ragione per la quale il legislatore comunitario attribuisce ai rimedi contrattuali la funzione di orientare la condotta dei professionisti, dissuadendoli dal porre in essere pratiche commerciali che, garantendo loro un vantaggio anticompetitivo, alterano il funzionamento del mercato, allontanandolo dall'obiettivo di efficienza⁴⁹⁰. Una funzione che travalica i rimedi preventivi e collettivi, sino a permeare anche quelli individuali e successivi.

Rimandando alla fase successiva dello studio la trattazione della complessa questione relativa alla compatibilità dell'impostazione poc'anzi descritta rispetto ai canoni della giustizia contrattuale e agli assetti valoriali delle costituzioni nazionali⁴⁹¹, in questa sede interessa sindacare l'interpretazione e l'applicazione che la Corte di Giustizia fa di tale diritto.

A tal riguardo, come evidenziato in precedenza, la Corte ricalca simmetricamente le finalità del legislatore comunitario attraverso l'adozione di un mo-

⁴⁸⁷ A. PLAIA, *o.u.c.*, p. 69 ss.

⁴⁸⁸ Si v. A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1489 ss.; L. NIVARRA, *Diritto e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 82 ss.

⁴⁸⁹ S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno*, cit., p. 274; R. RICHTER, E. FURUBOTN, *Neue Institutionenökonomik*, cit., p. 299 ss.

⁴⁹⁰ P. ROTT, *Case note*, cit., p. 476 ss., il quale individua nel carattere sanzionatorio o dissuasivo l'elemento che accomuna le più recenti direttive comunitarie.

⁴⁹¹ *Infra* §§ 8 e 9.

dello decisivo palesemente ispirato a obiettivi di massima dissuasività per il professionista scorretto⁴⁹², così guardando anch'essa a un orizzonte che oltrepassa quello del singolo rapporto negoziale.

Paradigmatico al riguardo è il caso dell'eterointegrazione. Il giudice non può rivedere il contenuto della clausola, in quanto, in caso contrario, il professionista non sarebbe dissuaso sufficientemente dall'adottare clausole vessatorie. L'effetto dissuasivo guida anche la soluzione circa la possibile integrazione dispositiva, ammissibile solo se la sua inoperatività condurrebbe all'invalidità dell'intero contratto, garantendo in tal modo ai professionisti una via di fuga dal negozio.

Con la conseguenza che, in un orientamento così delineato, non si riconosce pressoché alcun peso all'esigenza di tutela del professionista, né del singolo consumatore coinvolto, il quale vede la sua protezione strumentalizzata (e, pertanto, condizionata) all'efficienza del mercato⁴⁹³.

Pertanto, non resta che domandarsi se questa politica giudiziale possa essere considerata ragionevole. Si tratta, come evidente, di una questione di non facile soluzione, in quanto impone la conciliazione di differenti esigenze di giustizia (generale e del caso concreto)⁴⁹⁴ che spesso finiscono per collidere, imponendo il sacrificio (almeno parziale) dell'altra. L'efficienza del mercato, e i benefici per l'intero sistema, posso richiedere il sacrificio della domanda di giustizia proveniente dal singolo rapporto contrattuale e viceversa.

Lungi dal voler qui risolvere un conflitto tendenzialmente irrisolvibile, può però ricordarsi ciò che a livello funzionale distingue la politica dal diritto. Difatti, mentre la prima si orientata a problemi di giustizia delle istituzioni e del-

⁴⁹² Così A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, cit., p. 69 ss.

⁴⁹³ Cfr. A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, cit., p. 95 ss. Detto altrimenti, la disciplina in questione e il relativo orientamento interpretativo della Corte di Giustizia sfruttano la capacità del contratto di produrre esternalità, per perseguire l'obiettivo della regolamentazione del mercato. Si v. E. NAVARRETTA, *Il contratto democratico*, cit., p. 1262 ss.

⁴⁹⁴ In particolare, sul conflitto tra efficienza e giustizia si v. E. NAVARRETTA, *Il contratto democratico*, cit., p. 1262 ss. L'A. osserva come la spiegazione della disciplina comunitaria risieda proprio nella peculiare dialettica che si instaura tra efficienza e giustizia. «La prima cerca di imprimere alla regola contrattuale uno scopo che trascende il singolo contratto, attraverso il calcolo che identifica le asimmetrie macroeconomiche. La seconda, invece, ha un ruolo dominante nella disciplina del contratto non solo in quanto mezzo prescelto, ma anche in quanto strumento che al proprio interno incorpora una finalità prioritaria. In fase applicativa, dunque, se lo sforzo generale deve essere quello di far convergere la pluralità di interessi nella soluzione delle singole questioni operative, dove si delinea un contrasto, la logica dominante non può che essere quella della tutela del contraente. Se così non fosse si dovrebbe sostenere che per attivare ogni singolo intervento di giustizia andrebbe di volta in volta dimostrato un reale impatto del medesimo su una maggiore efficienza sul mercato, il che, viceversa, è del tutto estraneo alla logica del controllo sulle clausole vessatorie». Si v. sul tema S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 613 ss.

la società in generale, la seconda mira alla composizione di un concreto e specifico conflitto di interessi. Pertanto, compito del diritto (vivente) è quello di rispondere alla richiesta di giustizia proveniente dal caso concreto⁴⁹⁵.

Quest'ultima finalità imporrebbe la valorizzazione di tutti quegli strumenti che, come l'eterointegrazione contrattuale, meglio consentono il bilanciamento tra le esigenze del mercato e quelle del caso concreto, attraverso la valorizzazione delle particolarità di quest'ultimo. Eterointegrazione, pertanto, che – se valorizzata e restituita alla sua tradizionale funzione di inclusione di valori etico-politici nel regolamento contrattuale – da istituto sintomatico delle patologie che affliggono il diritto europeo dei consumi può trasformarsi in utile strumento per rimediarle. Scongiurando così uno scenario in cui la tutela dei contraenti si presenti meramente occasionale e accidentale rispetto all'esigenza di efficienza del mercato.

8. «La volpe sa molte cose, ma il riccio ne sa una grande»⁴⁹⁶: due percorsi alternativi alla ricerca dell'autonomia negoziale.

L'autonomia negoziale non è un dogma, bensì un concetto che si ricava dalla conformazione che ne dà l'ordinamento⁴⁹⁷. Dai più parti, pertanto, si è cercata una ricostruzione dell'istituto a partire dai suoi limiti⁴⁹⁸, così come emergenti dai principi e dalle norme caratterizzanti l'intero Sistema giuridico. Questa è la ragione per cui l'autonomia contrattuale viene sovente presentata come un «gioco tra coppie in conflitto». Ossia, come un'entità posta tra due poli contrapposti e in continua tensione, si tratti di interessi (particolari e generali), di principi (efficienza e giustizia) o di valori (libertà e mercato).

Come si vedrà in seguito, quello appena descritto non sembra l'*iter* logico più adeguato per la ricostruzione di un istituto come quello in parola, che, in quanto strettamente connesso a questioni fondamentali e sistemiche – quali il

⁴⁹⁵ S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, cit., p. 124 ss.; N. BOBBIO, *Dalla Struttura alla funzione*, cit., p. 8 ss.; F. VIOLA, *Il futuro del diritto*, cit., p. 6 ss.

⁴⁹⁶ I. BERLIN, *The Hedgehog and the Fox* (1953), trad. it., *Il riccio e la volpe*, Milano, 2000, *passim*. L'A. con questo noto saggio individua due tipologie di studiosi: i ricci, che «riportano tutto a sistema, più o meno coerente o articolato, attraverso il quale capiscono, pensano e sentono»; ossia, «che riferiscono tutto a una visione centrale, a [...] un principio ispiratore, unico e universale, il solo che può dare significato a tutto ciò che essi sono e dicono»; e le volpi che «perseguono molti fini, spesso disgiunti e contraddittori, magari collegati soltanto genericamente, *de facto*, per qualche ragione psicologica o fisiologica, non unificati da un principio morale o estetico».

⁴⁹⁷ F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 3. Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 376. L'A. afferma che «l'autonomia negoziale si conforma alle scelte di fondo che caratterizzano l'ordinamento italo-comunitario, secondo i dati normativi (principi e regole) desumibili dall'ordinamento stesso nella sua unitarietà e completezza».

⁴⁹⁸ Si v., ad es., F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 802 ss.

rapporto tra ordinamento e individuo, e la giuridicità delle regole negoziali – imporrebbe all'interprete un'impostazione del discorso che le assuma quali premesse. In altri termini, ricercare previamente il fondamento dell'autonomia negoziale, per poi ricavarne conseguentemente i limiti, in particolare, per quel che qui interessa, la configurazione assunta dall'eterointegrazione contrattuale.

Diversamente, i tentavi ricostruttivi accennati in apertura di paragrafo – nel momento in cui trattano il problema dell'autonomia negoziale attraverso l'enucleazione di criteri aggreganti delle limitazioni alla libertà contrattuale, in particolare, efficienza, giustizia, valori⁴⁹⁹ – seguono un procedimento esattamente opposto. Ragion per cui, ponendoci provvisoriamente su questo sentiero, non appare fuori luogo affermare che, nell'epoca contemporanea, la questione dell'autonomia negoziale finisce per confluire in quella del modello contrattuale. Difatti, il modello prescelto (conflittuale o collaborativo) non rappresenta altro che la forma (visibile) attraverso cui viene risolta la tensione tra criteri aggreganti contrapposti. In particolare, mentre nel modello cooperativo questi conflitti vengono risolti alla luce di una finalità esterna al singolo contratto, in quello conflittuale si dà spazio alla composizione spontanea, ossia all'equilibrio che questi sapranno raggiungere relazionandosi nell'ambito del singolo regolamento contrattuale.

Tuttavia, come chiarito precedentemente, il modello contrattuale non è dissimile da una «campana di vetro», che seppur posta a protezione dell'autonomia negoziale, rischia di lasciarla senza ossigeno. Scenario questo che, se non vengono apportati i necessari correttivi, può verificarsi rispetto ad entrambi i modelli sopracitati.

Quando questa campana assume connotati di tipo collaborativo, l'autonomia negoziale costituisce il mezzo per il raggiungimento del fine verso cui tale collaborazione deve tendere. In quanto tale, si presenterà funzionalizzata⁵⁰⁰ rispetto a obiettivi, principi e interessi esterni al singolo contratto (gli obiettivi della pianificazione e programmazione dell'economia nazionale, la solidarietà sociale, ecc.). Ai quali, conseguentemente, si orienteranno anche i limiti della stessa, conformandola dall'interno⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ Si v. G. ALPA, *Le «autonomie contrattuali» tra mercato e persona*, cit., p. 218 ss.; G. SMORTO, *Autonomia contrattuale*, cit., p. 235 ss.

⁵⁰⁰ Più in generale, sul fenomeno della funzionalizzazione dell'autonomia negoziale (e del contratto) si v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 50 ss.; E. ROMAGNOLI, *Notazioni in tema di autonomia funzionale (Premesse ad uno studio sul prezzo d'uso e sul prezzo di scambio dei terreni agrari)*, Napoli, 1965, *passim*; E. GHERA, *L'assunzione obbligatoria degli invalidi civili*, in *Mass. Giur. lav.*, 1966, p. 430 ss.; J.W. HEDEMANN, *Das bürgerliche Recht und die neue Zeit*, Berlin, 1919, p. 11 ss.; A. NIEDER, *Sozialisierung der Rechtspflege*, Berlin, 1919, *passim*.

⁵⁰¹ Paradigmatico S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 19, nel momento in cui afferma che «vi sono ormai limiti che caratterizzano istituzionalmente determinate situazioni giuridiche e non possono, quindi, essere considerati soltanto all'esterno della situazione in questione, dovendosi invece

Nel diritto contrattuale comunitario, così come nelle esperienze nazionali, tale modello riveste un ruolo centrale, ma con due importanti differenze rispetto a queste ultime: cambia l'obiettivo esterno rispetto al quale deve modellarsi l'autonomia negoziale⁵⁰², il quale, inoltre, viene articolato attraverso la previsione di sub-obiettivi interdipendenti tra loro, ma tutti strumentali a un macro-obiettivo unitario.

Nello specifico, in tale diritto l'autonomia negoziale viene funzionalizzata su due livelli interconnessi⁵⁰³. Le singole direttive comunitarie si prefiggono obiettivi e finalità specifiche a seconda del tipo di operazioni regolate. Ciononostante, tutte sono accomunate dal fatto di produrre un vincolo teleologico, orientando gli operatori verso quei modelli comportamentali ritenuti idonei ad assicurare un grado di concorrenzialità in senso dinamico del mercato⁵⁰⁴.

Conseguentemente, l'autonomia negoziale si frammenta, assume anime plurime e manifestazioni diversificate a seconda dell'ambito disciplinato⁵⁰⁵. Si identifica un'autonomia negoziale del professionista distinta da quella del consumatore⁵⁰⁶, nonché una differenziazione della stessa rispetto alla tipologia

configurare come veri e propri elementi strutturali». Si tratta del ben noto fenomeno della funzionalizzazione dei poteri privati, rilevabile in diversi settori del diritto privato, in particolare nel diritto di proprietà. Si v. al riguardo sempre S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim.*, 1960, p. 1252 ss. Infine, si v. F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 189 ss. Nello specifico, l'A. da ultimo citato osserva che la complessa normativa di ispirazione sociale ed economica che finisce per circoscrivere e limitare il campo dell'autodeterminazione dei privati «vincola e restringe l'autonomia privata dall'interno e non dunque agendo all'esterno di essa. Ciò significa che si è in presenza di una funzionalizzazione dei poteri privati».

⁵⁰² Questa affermazione necessita di una precisazione. In realtà, la tendenza alla funzionalizzazione dell'autonomia negoziale rispetto all'economia resta una costante. Difatti, non è di recente conio il fenomeno dell'attrazione del contratto negli ambiti dell'economia, rispetto a quelli del diritto. In altri termini, risalente nel tempo è la tendenza che vede prevalere la logica della realtà ordinata su quella dello strumento ordinatore. Si v. sul punto F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 192; F. SANTORO PASSARELLI, *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Dir. econ.*, 1956, p. 1215 ss. Ciò che è mutato è il modello economico di riferimento. Non più quello liberista, o interventista, o informato alla programmazione economica, bensì quello ordoliberal. Pertanto, l'autonomia negoziale oggi si orienta all'eliminazione dei fallimenti del mercato, nell'ottica nella cura del libero gioco della concorrenza.

⁵⁰³ Cfr. E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003, p. 13 ss.; F. CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003, p. 40 ss.

⁵⁰⁴ Si v. A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale*, cit., p. 73.

⁵⁰⁵ Si v. sul punto G. ALPA, *Le «autonomie contrattuali» tra mercato e persona*, cit., p. 204 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 328 ss. Cfr. G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 22.

⁵⁰⁶ Si v. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 786 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»*, in *Giur. it.*, 1993, p. 57 ss.; P. PERLINGIERI, *La tutela del «contraente debole» nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 319 ss.

delle operazioni negoziali, a seconda delle diverse finalità che il legislatore intende realizzare nei diversi contesti. Finalità diversificate, ma tutte strumentali al funzionamento del mercato⁵⁰⁷.

Peraltro, tale fine comune non garantisce l'organicità della disciplina dell'istituto⁵⁰⁸, soprattutto nel momento in cui la regolamentazione si concentra su singoli tipi contrattuali, su specifiche tecniche di contrattazione e/o operazioni negoziali, per di più selezionate esclusivamente sulla base del volume d'impiego nella pratica e sulle loro dimensioni transfrontaliere⁵⁰⁹.

In altri termini, quella di derivazione comunitaria è un'autonomia negoziale che assomiglia molto alla nota volpe di Berlin, ossia dispersa, diffusa e incompleta, che si muove su diversi livelli e persegue molti fini, spesso disgiunti e contraddittori, magari collegati soltanto genericamente, senza una vera e propria riconduzione a sistema.

Dalla strumentalizzazione rispetto a uno scopo estraneo al singolo scambio deriva un secondo elemento che caratterizza questa autonomia negoziale, ossia una certa indifferenza rispetto ai concreti interessi che le parti intendono realizzare con il contratto. Questi ultimi, a causa del ruolo assorbente giocato dall'obiettivo esterno, rilevano solo strumentalmente rispetto all'efficienza del mercato. Con la conseguenza che la disciplina contrattuale in commento non si preoccupa di tutelare gli interessi dei contraenti, bensì seleziona le condizioni di debolezza meritevoli di tutela e modella il proprio apparato rimediabile sulle esigenze del corretto funzionamento del mercato⁵¹⁰, avuto particolare ri-

⁵⁰⁷ Si v. COM/2004/651 Def., *Comunicazione della commissione al parlamento europeo e al consiglio: diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*, in www.eur-lex.europa.eu, ove si descrive la libertà contrattuale come funzionalizzata al proposito di determinare un armonico funzionamento del mercato.

⁵⁰⁸ Osserva G. ALPA, *Le «autonomie contrattuali» tra mercato e persona*, cit., p. 208, che l'esigenza avvertita non è «quella sistematica, bensì quella funzionale. E il metodo seguito è quello di proporre le soluzioni più praticabili, atteso che è la norma che deve agevolare il mercato piuttosto che ostacolarlo».

⁵⁰⁹ Si v. S. GRUNDMANN, *La struttura del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 381 ss. Questo, d'altronde, è il riflesso della natura settoriale del diritto in parola. Ossia del fatto che esso non è orientato a disciplinare in maniera sistematica la libertà di iniziativa economica, in verità esso nemmeno assume ad oggetto tutti i problemi tradizionalmente riconducibili alla teoria ordoliberalista dell'ordine giuridico del mercato, limitandosi alla sola questione del fallimento del mercato.

⁵¹⁰ Un diritto, per di più, interpretato (dalla Corte di Giustizia) facendo riferimento a valutazioni circa gli effetti distributivi delle norme. Si v., ad es., par. 28, Corte giust., 10 gennaio 2006, c. 402/03, Skov, in *Corr. giur.*, 2006, p. 562 ss., «pur riconoscendosi che la possibilità di far sorgere la responsabilità del fornitore di un prodotto difettoso secondo le modalità previste dalla direttiva faciliterebbe le azioni giudiziarie intentate dal danneggiato, viene osservato che tale facilitazione sarebbe pagata a caro prezzo in quanto, obbligando tutti i fornitori ad assicurarsi contro tale responsabilità, essa condurrebbe ad un notevole rincaro dei prodotti. Inoltre, tale facilitazione condurrebbe ad una moltiplicazione dei ricorsi, dato che il fornitore si rivolgerebbe a sua volta contro il proprio fornitore risalendo sino al produttore. Dato che, nella grande

guardo ai fallimenti dello stesso. In altri termini, i contraenti assumono rilevanza per tale diritto solo in quanto agenti (spersonalizzati) della razionalità del mercato⁵¹¹, ossia come vettori per finalità altre dalle proprie.

Dopo quanto osservato, si comprende il ruolo predominante assunto in questo diritto dai tipi contrattuali rispetto alla disciplina generale⁵¹², la graduale perdita di rilievo della causa⁵¹³, nonché la previsione di corpi normativi frammentati, disorganici e scarsamente coordinati tra loro⁵¹⁴. Così come la scelta di centrare la disciplina sulla questione dei rimedi, considerati e trattati come elementi centrali del nuovo sistema dei contratti⁵¹⁵. Allo stesso modo, si individua la ragione dell'eccessivo ricorso alla generalizzazione e alle figure incorporee, rispetto alle quali non vengono presi in considerazione interessi di natura diversa da quella meramente economica. Nonché la netta preferenza per le ragioni della certezza del diritto rispetto a quelle della flessibilità, e, pertanto, l'uso prevalente di *standard*, soglie, parametri oggettivi e norme rigide rispetto all'impiego di clausole generali⁵¹⁶, con conseguenti rischi legati al

maggioranza dei casi, il fornitore si limita a rivedere il prodotto così come acquistato e che solo il produttore ha la possibilità di agire sulla qualità di quest'ultimo, si ritiene opportuno concentrare la responsabilità per danno dei prodotti difettosi sul produttore». Sul punto si v. il commento di G. SMORTO, *Autonomia contrattuale*, cit., p. 325 ss.

⁵¹¹ Sul tema si v. S. MAZZAMUTO, *Diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contr. impr./Eur.*, 2005, p. 531 ss.; R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 961 ss.; C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato*, cit., p. 719 ss.; G. SMORTO, *o.u.c.*, p. 325 ss.

⁵¹² Cfr. G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 22.

⁵¹³ Tendenza questa testimoniata dalla riforma del *Code Civil*, dai PICC (*Principles of national Commercial Contracts*), dai PECL (*Principles of European Contract Law*), dal DRAFT (*Draft Common Frame of Reference*). Si v. M. BARCELONA, *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa*, in AA.VV. (a cura di), *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, Milano, 2017, p. 244 ss. L'A. evidenzia come il requisito della causa garantisca che «nell'ambito dell'agire interessato, ossia quel campo che è compreso tra il dono e l'azzardo, l'ordine simbolico della volontà operi in modo coerente con l'ordine funzionale del mercato». Ossia, la causa esprime «il principio che alla volontà dell'individuo è permesso spostare ricchezza solo quando questo spostamento si mostri determinato dalla ragione utilitaria e dal mercato che la dispiega». Mentre, sempre secondo l'A., la scomparsa della causa si deve ad una mutazione del mercato finanziario (in particolare, al ruolo assunto dai derivati speculativi) e alla posizione egemonica che questo ha raggiunto rispetto all'economia mercantile.

⁵¹⁴ In altri termini, tale diritto crea «microsistemi», ossia gruppi di norme aggregate attorno a particolari interessi protetti. Si v. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., *passim*.

⁵¹⁵ Si v. S. PATTI, *Il contratto tra «autonomie de la volonté» e moderno «zwingendes Vertragsrecht»*, in *Riv. trim.*, 2015, p. 372; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 356 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 33 ss.; P. SIRENA e Y. ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Osserv. dir. civ. e comm.*, 2014, p. 3 ss.; A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, cit., p. 69 ss.

⁵¹⁶ Per una critica allo scarso impiego delle clausole generali nel diritto europeo dei contratti si v. A. SOMMA, *Introduzione critica*, cit., p. 71 ss. L'A. richiamando il pensiero di F. MACARIO,

possibile aggiramento della normativa⁵¹⁷. Da quanto detto, inoltre, consegue una disciplina delle clausole vessatorie che non prende in considerazione qualsiasi asimmetria contrattuale, bensì solo quelle prive di una giustificazione economica⁵¹⁸. Nonché la predisposizione di forme di tutela sbilanciate eccessivamente sulla dimensione puramente procedimentale⁵¹⁹, con i pericoli che ne derivano sul fronte della disparità di trattamento e del possibile approfittamento di una parte (solo formalmente debole) sull'altra⁵²⁰.

A ciò si aggiunge un'ulteriore osservazione. Il ruolo predominante giocato dalle norme imperative⁵²¹ contribuisce a delineare uno scenario in cui le normative che disciplina il contratto non rappresenta più un modello «consigliato» alle parti, capace di contenere i costi di transazione, ma dal quale queste

I diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti, in *Dem. dir.*, 1997, p. 184 ss. e S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 729 ss., afferma che «rifiutando il ricorso alle clausole generali a favore di interventi legislativi mirati [...], si producono politiche del diritto inefficaci e al limite inefficienti, spesso condizionate dalla forza dei gruppi di pressione di volta in volta coinvolti».

⁵¹⁷ Si v. A. SOMMA, *o.u.c.*, p. 71 ss.; H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, cit., p. 661 ss. L'A. osserva che l'elaborazione di strumenti di tutela limitati a singoli tipi contrattuali conduce a pratiche elusive da parte degli operatori economici, i quali attraverso l'uso sapiente delle clausole contrattuali possono configurare diversamente la struttura del negozio in modo da modificare il tipo contrattuale. Più in generale, sulle problematiche che derivano dalla tipizzazione causale dei contratti v. le considerazioni di F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., p. 203 ss.

⁵¹⁸ M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto*, cit., p. 49. Cfr. G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale*, cit., p. 650 ss.

⁵¹⁹ Sul tema ampiamente G. SMORTO, *Autonomia contrattuale*, cit., p. 325 ss.

⁵²⁰ Secondo F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, 2012, p. 15 ss., non esistono criteri distintivi affidabili tra situazioni in cui la razionalità deve essere protetta e situazioni in cui ciò non è necessario. Questa circostanza, sempre per l'A., può dar origine a delle disparità di trattamento.

⁵²¹ La scelta del legislatore comunitario di far uso principalmente di norme imperative – o, più propriamente, norme eteronome inderogabili (così F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 259) – in luogo di quelle dispositive, risponde al proposito di limitare gli spazi dell'autonomia contrattuale nell'interesse generale al funzionamento del mercato. Si v. P. SIRENA, *L'uropeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *Osserv. dir. civ. e comm.*, 2014, p. 12 ss.; S. PATTI, *Il contratto tra «autonomie de la volonté» e moderno «zwingendes Vertragsrecht»*, cit., p. 379. L'A. da ultimo citato, inoltre, osserva come la disciplina del contratto dettata dai codici nazionali – nonché dai progetti di diritto contrattuale europeo – sia caratterizzata da un ridotto numero di norme imperative, poiché dominata dall'idea secondo cui l'autonomia contrattuale consista, oltre che nella libertà di stipulare o meno il contratto, nella possibilità di determinarne il contenuto. Si v. sul tema V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 78 ss.; A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 377 ss.; A. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 11 ss.; M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale*, cit., p. 97 ss.; M.W. HESSELINK, *Non-Mandatory Rules in European Contract Law*, in *ERCL*, 2005, p. 44 ss.

possono discostarsi al fine di meglio disciplinare i propri interessi concreti⁵²². Questa pietrificazione del diritto dei contratti⁵²³, attraverso la subordinazione della libertà contrattuale ai principi del mercato⁵²⁴, comporta che, alla frammentazione dell'autonomia negoziale, così come poc'anzi descritta, segua, quasi paradossalmente, il tramonto della varietà di esplicazioni della stessa⁵²⁵. Ossia, un diritto che rischia di rimanere immobile e fermo rispetto all'evolversi dell'esperienza⁵²⁶. In altri termini, una campana di vetro che più che proteggere l'autonomia negoziale, la soffoca.

L'analisi dei limiti di origine comunitaria, in primo luogo dell'eterointegrazione contrattuale, pertanto, restituisce un'autonomia negoziale funzionalizzata e strumentale, condizionata dall'approccio del legislatore e del giudice comunitario alle libertà fondamentali. Compresse ogni qual volta, e nella misura in cui, occorre porre rimedio ai fallimenti del mercato, ampliate se contribuiscono al suo regolare funzionamento⁵²⁷.

Ciononostante, l'interprete non deve necessariamente restare vincolato a tale ricostruzione. La strumentalità di un istituto giuridico non è mai elemento costitutivo dello stesso. Un oggetto diviene strumento solo se è tale per qualcuno, ed è tale per qualcuno solo se è pensato, concepito, come strumento⁵²⁸. Ragion per cui, ove la strumentalizzazione di un concetto conduca a risultati indesiderati sul piano sistematico, compito dell'interprete è quello di porvi rimedio attraverso l'adozione di una concezione alternativa, maggiormente aderente ai valori fondanti l'ordinamento.

Da questo punto di vista, nella società post-moderna vedere il contratto in una prospettiva sfrangiata, in cui l'autonomia negoziale si configura diversamente a seconda delle finalità perseguite dal legislatore e dalle parti, nonché rispetto allo *status* di queste ultime⁵²⁹, può generare una barriera tra contratto e

⁵²² Si v. S. PATTI, *o.u.c.*, p. 376 ss.

⁵²³ G. WAGNER, *Zwingendes Privatrecht*, in H. EIDENMÜLLER et al. (Hrsg.), *Revision des Verbraucher. Acquis*, Tübingen, 2011, p. 24.

⁵²⁴ Cfr. F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 259. L'A. osserva che «le regole eteronome inderogabili superano per numero quelle dispositive o suppletive, con la conseguenza che l'inderogabilità non si atterrebbe più ad "eccezione" rispetto al principio di libertà contrattuale, sibbene ad elemento da cui desumere l'introduzione, nel sistema, di principi di grado paritetico se non sovraordinato con i quali la libertà contrattuale dovrebbe a questo punto bilanciarsi».

⁵²⁵ K.L.M. WOLF e J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2012, p. 100 ss.; S. PATTI, *o.u.c.*, p. 377.

⁵²⁶ Cfr. P. RESCIGNO, *Gramsci e l'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, p. 184.

⁵²⁷ A. SOMMA, *Introduzione critica*, cit., p. 11.

⁵²⁸ Così F.A. HAYEK, *The Counter-Revolution of Science*, New York, 1964, p. 27 ss.

⁵²⁹ Condivisibile l'opinione di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 352, circa la «necessità di ricostruire la nozione di parte del contratto non in termini generali e astratti, ma sottolineando le peculiarità di fatto e di diritto, soggettive o oggettive, che in concreto caratterizzano quel contraente, senza giungere a creare categorie contrattuali che

diritti fondamentali. Ragion per cui, l'autonomia contrattuale rischia di divenire un ostacolo alla forma più alta di tutela dei valori fondanti, anziché rappresentarne una garanzia di protezione⁵³⁰. Mentre, L'effettività dei diritti fondamentali dell'uomo non può limitarsi ai soli rapporti verticali, diversamente, necessita che a essi venga riconosciuta e garantita operatività (anche) orizzontale⁵³¹.

La questione, al fondo, si rivela (ancora una volta) metodologica. Il tentativo di delineare l'autonomia negoziale partendo dai limiti⁵³² risultanti dal dato normativo, costituisce un'operazione sterile e fallace, se non mistificatoria. Difatti, in primo luogo, si tratta di un fenomeno che non può essere compiutamente spiegato facendo riferimento al concetto di limite⁵³³. Quest'ultimo indica soltanto il grado di compressione della libertà dei privati, senza fornire alcun chiarimento su ciò che accade al di là di esso e in conseguenza della sua imposizione⁵³⁴. Inoltre, le norme giuridiche non regolano esse stesse le modalità della propria applicazione, in quanto le norme, dinanzi al caso concreto, possono essere applicate in modi abbastanza diversi tra loro⁵³⁵. A ciò si aggiunga che le norme in materia, soprattutto l'art. 1322 c.c. e l'art. 1374 c.c., sono sostanzialmente neutre⁵³⁶, e si prestano alle più diverse interpretazione. Il che, in altri termini, vale a dire che l'autonomia negoziale può assumere i più

abbiano fondamento in tali peculiarità».

⁵³⁰ Cfr. G. ALPA, *Le «autonomie contrattuali» tra mercato e persona*, cit., p. 227.

⁵³¹ Sul tema A. FALZEA, *Relazione introduttiva*, in *Accademia Nazionale dei Lincei, Atti dei convegni lincei (1996), Convegno sul tema: I principi generali del diritto*, Roma, 1992, p. 25 ss.; R. SACCO, *I principi generali nei sistemi giuridici europei*, ivi, p. 163 ss.; G. OPPO, *L'esperienza privatistica*, ivi, p. 227 ss.; L. MENGONI, *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, ivi, p. 325 ss.; P. RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, ivi, p. 341 ss. Cfr. O.O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law*, in *Eur. rev. P. L.*, 2010, p. 63 ss.; C. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law*, cit., *passim*; R. BROWNSWORD, *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, in H.W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL (a cura di), *The Foundations of European Private Law*, Oxford-Portland, 2011, p. 192 ss.; J. ALFARO AGUILA-REAL, *Autonomía Privada y Derechos fundamentales*, cit., p. 94 ss.

⁵³² Si tratta in verità di una tendenza che ha radici profonde, legata alla concezione storica che è andata assumendo la libertà nell'epoca «moderna». Si v. ad es. l'art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino che, come noto, identifica la libertà con il potere di «poter far tutto ciò che non danneggi un'altra persona». Analogamente si v. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 215, che nel formulare il primo principio di giustizia afferma che «ogni persona ha un eguale diritto al più esteso sistema totale di eguali libertà fondamentali, compatibilmente con un simile sistema di libertà per tutti».

⁵³³ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 18.

⁵³⁴ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 19. Cfr. B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, p. 105 ss.

⁵³⁵ M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 366; H.L.A. HART, *Problems of the Philosophy of Law*, in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, p. 106 ss.

⁵³⁶ Si v. F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 188; M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, cit., p. 529.

svariati significati, dipendenti dalla posizione ideologica assunta dall'interprete⁵³⁷. Il che, come evidenziato precedentemente, non costituisce un abominio, anzi, tenuto conto della natura interpretativa del diritto, rappresenta una circostanza inevitabile. L'inammissibile sta nel nascondere le valutazioni proprie del giurista dietro lo scudo del dato normativo, posto a giustificazione e protezione delle stesse anche in quei casi in cui non è in grado di confermare la preferibilità di un'opzione rispetto a un'altra.

Va infine chiarito che i limiti del diritto non sono segnati da una concezione strumentale e riduzionistica dei concetti giuridici. In altri termini, i «limiti del diritto» non coincidono con i «limiti dei diritti». Questi ultimi anzi – come evidenziato dall'analisi delle dottrine del diritto soggettivo – sono stati pensati e congegnati per dissuadere il sistema normativo da ogni tentazione imperialistica. Mentre il primo presuppone nozioni, concetti, regole e principi che non trovano formulazione espressa nel diritto vigente. Questi limiti sono estrinseci al diritto, nel senso che ne limitano le tentazioni di autosufficienza e di chiusura rispetto al resto⁵³⁸.

Pertanto, occorre partire da un dato: quello dell'autonomia negoziale è un problema sociale e politico, prima ancora che giuridico⁵³⁹. Qualsiasi discorso che intenda trattarla necessita di una caratterizzazione sociale, ossia di inserirla in un determinato immaginario sociale, per poi proiettarla nell'immaginario giuridico corrispondente.

Da queste riflessioni si ripartirà cercando di identificare un diverso percorso per la delineazione dell'autonomia negoziale. Un cammino alternativo che, prestando attenzione prevalente a ciò che conferisce unità all'istituto, porterà alla configurazione di un'autonomia negoziale che, sempre restando nell'ambito del binomio metaforico immaginato da Berlin, assumerà fattezze più simili al riccio.

⁵³⁷ Le interpretazioni che ricostruiscono l'autonomia negoziale a partire dai suoi limiti, ad es., si presentano adatte all'integrazione di una società economicamente sviluppata, nel momento in cui, neutralizzando eticamente le sfere d'azione, tali società dipendono dalle decisioni decentrate di individui guidati dall'autointeresse e orientati al successo. Ma, come osserva giustamente J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., p. 99, «il diritto non può limitarsi a soddisfare le esigenze funzionali d'una società complessa: deve anche soddisfare le precarie condizioni di un'integrazione sociale passante, in fin dei conti, attraverso le prestazioni d'intesa di soggetti agenti comunicativamente, vale a dire, attraverso l'accettabilità di "pretese di validità". Il diritto moderno sgrava gli individui dal peso degli imperativi morali e trasferisce ogni pretesa normativa sulle leggi tutelanti libertà d'azione compatibili».

⁵³⁸ Così M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 312 ss. Si v. anche A. PINTORE, *La teoria dei concetti giuridici*, Napoli, 1990, p. 318 ss.

⁵³⁹ Così M. VON RÜMELIN, *Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts*, in *Arch. civ. Prax.*, 1924, p. 151; G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 64 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 43; G. D'EUFEMIA, *L'autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo*, Milano, 1942, p. 1 nota 1; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 188.

9. L'autonomia negoziale tra *Drittwirkung* e egualitarismo *liberal*

Rispetto all'uso della nozione di autonomia negoziale vanno distinti quattro livelli⁵⁴⁰ strettamente interdipendenti tra loro: fondamento (o giustificazione); procedimento e struttura attraverso cui l'autonomia negoziale si esplica; la regola negoziale che risulta da tale attività; gli effetti giuridici del regolamento. Gli orientamenti che studiano tale fenomeno giuridico a partire dalla ricerca dei suoi limiti si pongono normalmente sugli ultimi tre livelli. Viceversa, in questa sede, per quanto chiarito sin qui, appare opportuno collocarsi principalmente sul primo, per poi stabilire conseguentemente le ripercussioni sistematiche sugli altri tre.

La questione di fondo che caratterizza l'autonomia negoziale è il rapporto che viene a instaurarsi in un dato momento storico tra l'individuo e uno specifico ordinamento giuridico⁵⁴¹. Ragion per cui, il principale problema posto dal tema in questione è comprendere come, quando e a quali condizioni i privati possono giuridicizzare una data operazione economica, in tal modo ponendo in essere attività produttive non solo di effetti economici e sociali, ma anche giuridici⁵⁴².

Da questo punto di vista, quello dell'autonomia negoziale è senz'altro un concetto relativo⁵⁴³, in quanto muta a seconda del contesto (non solo) ordinamentale in cui si colloca e del tipo di interesse che le parti intendono realizzare con il regolamento contrattuale. Ciononostante, tale concetto, pur nelle sue molteplici manifestazioni, trova pur sempre una riduzione a unità⁵⁴⁴, coinci-

⁵⁴⁰ Cfr. con il modello a tre piani elaborato da R. ALEXY rispetto all'uso della nozione di diritto soggettivo. Come noto, l'A. distingue tre livelli: il piano della giustificazione (ove si danno le ragioni per le quali vengono attribuiti i diritti), quello della relazione normativa (ove si definisce il tipo di posizione normativa che i diritti garantiscono), quello della realizzabilità o coercibilità (nel quale si precisano gli strumenti mediante i quali i diritti vengono realizzati o resi eseguibili nella concreta prassi giuridica). Si v. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., 1986, p. 864 ss.; ID., *Individuelle Rechte und kollektive Güter*, in ID., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt a.M., 1995, p. 233 ss.

⁵⁴¹ Osserva F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 186, che «la delimitazione dei poteri dei privati e la correlativa area di incidenza della norma di legge (o comunque eteronoma) è il presupposto necessario al fine di interpretare le basi stesse su cui è stato eretto l'ordinamento. D'altra parte è anche evidente che questa analisi non può essere condotta con strumenti esclusivamente giuridici, dal momento che l'osservazione del dato sociale assume, in questo caso come mai, particolarissima importanza». Si v. sul punto G. ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Studi sulla costituzione*, II, Milano, 1958, p. 191 ss.

⁵⁴² Cfr. M. GIORGIANNI, *Volontà (dir. priv.)*, cit., p. 1043 ss.

⁵⁴³ Cfr. G. ALPA, *Le «autonomie contrattuali» tra mercato e persona*, cit., p. 226.

⁵⁴⁴ In dottrina, sostengono l'unitarietà della nozione di autonomia negoziale P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1978, p. 116 ss.; ID., *I contratti in generale*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO e coordinato da A. ZOPPINI, III, *Obbligazioni*, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 2 ss.; G. PALERMO, *L'autonomia negoziale*, Bolo-

dente con il suo fondamento. In altri termini, inevitabilmente unitaria è la giustificazione ultima della giuridicità del vincolo negoziale posto in essere dai contraenti.

L'essenza e il fondamento dell'autonomia negoziale non è tanto nel suo pur indiscutibile atteggiarsi a manifestazione di libertà⁵⁴⁵, bensì proprio nel suo essere manifestazione di potere, e più precisamente del potere anche dei privati di creare, in concorso con altre fonti, regole oggettive di condotta, o se si preferisce, norme giuridiche⁵⁴⁶. Pertanto, se l'autonomia negoziale ha un valore⁵⁴⁷ in sé, questo consiste nel consentire ai contraenti di proporre/avanzare a livello ordinamentale i propri interessi e valori⁵⁴⁸.

Nel delineare il paradigma di riferimento del presente studio si individuava nell'osservanza spontanea della regola il fulcro della giuridicità. Il che, *a fortiori*, non può che valere anche per la regola negoziale. Ma perché ciò avvenga, ossia affinché le parti si conformino spontaneamente a quanto previsto nel

gna, 2012, p. 117 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., *passim*; Contra P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 328 ss. In particolare, l'A. da ultimo citato osserva come non sia «dunque possibile un discorso unitario sull'autonomia negoziale: l'unitarietà è assiologica, poiché unitario è l'ordinamento incentrato sul valore della persona, ma è proprio tale conformazione dell'ordinamento a imporre un trattamento diversificato per atti e attività che diversamente toccano tale valore e regolamentano situazioni ora esistenziali ora patrimoniali, ora le une e le altre insieme. [...] Pertanto, piuttosto che individuare il fondamento dell'autonomia contrattuale, sono da ricercare i fondamenti (costituzionali e comunitari) dell'autonomia negoziale, l'identificazione dei quali offre all'interprete le indispensabili coordinate alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento gli affida».

⁵⁴⁵ Secondo F. SANTORO PASSARELLI, *Variazioni sul contratto*, cit., p. 12, «anche nel quadro della visione più schiettamente individualistica dell'autonomia privata, il contratto, proprio perché accordo fra due o più parti, non rappresenta il trionfo della volontà individuale: dacché questa trova il suo naturale limite e condizionamento nella volontà della controparte; e del resto non può non soggiacere a condizionamenti esterni, poiché si colloca in un contesto economico e sociale». Analogamente le società umane sono sì il prodotto di azioni umane, ma non sempre di azioni volontarie e intenzionali. Le società non sono né pienamente indipendenti dall'azione degli uomini, né pienamente dipendenti dalla volontà di questi. Così M. LA TORRE, *Le disavventure del diritto soggettivo*, cit., p. 348; F.A. HAYEK, *The Results of Human Action but not of Human Design*, in ID., *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, London, 1967, p. 96 ss.

⁵⁴⁶ F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 3.

⁵⁴⁷ Sulla dibattuta questione dell'autonomia negoziale come valore si v. S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 82 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 46 ss.; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 207 ss.

⁵⁴⁸ D'altronde l'autonomia è sintesi di valori scelti e di valori imposti. Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 291, il quale, inoltre, specifica che «nell'essere attuativa e creativa contribuisce ad alimentare l'ordinamento, traendo ad un tempo da esso la fonte primaria della propria legittimazione, che pur esige e giustifica un riscontro sulla effettiva armonizzazione tra i valori liberamente scelti, le regole liberamente stabilite e i valori preminenti e talvolta inderogabili indicati nel quadro di riferimento costituzionale».

contratto, occorre che la regola si presenti «giusta»⁵⁴⁹. Il punto, pertanto, è comprendere cosa debba intendersi per giustizia, o meglio quale teoria adottare al riguardo⁵⁵⁰.

Rispetto a questo tema, può ora chiarirsi che quando in precedenza si parlava della tensione tra ragioni di efficienza e ragioni di giustizia, in realtà si ponevano a confronto due differenti idee di giustizia: allocativa⁵⁵¹ e distributiva⁵⁵².

In verità, queste due concezioni, dalla prospettiva della tecnica contrattuale, non sono poi così differenti. Difatti, entrambe, sfruttando la capacità del contratto di creare esternalità⁵⁵³, gli attribuiscono una finalità esterna rispetto al singolo scambio. In altri termini, entrambe impongono l'adozione di un modello di tipo collaborativo, con le ricadute sulla disciplina contrattuale e sull'a-

⁵⁴⁹ «Chi riflette sulla “giustizia contrattuale” si interroga sulla concezione di autonomia privata». Così F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, cit., p. 233 ss.

⁵⁵⁰ «Ogni argomento può giustificarsi alternativamente o cumulativamente per ragioni di efficienza, di giustizia e di valore. Ed è importante che l'interprete chiarisca le ragioni di fondo in relazione alle quali propone una certa soluzione. Si pensi, solo per fare un esempio, alla tematica tipicamente europea della tutela dei consumatori. L'invocazione di determinate forme di tutela verso questa classe di soggetti può essere riconducibile a ciascuna delle ragioni indicate. La protezione dei consumatori può essere posta a garanzia del corretto funzionamento del mercato, in modo strumentale rispetto al raggiungimento della razionalità economica. Ovvero, la particolare considerazione di cui gode una determinata classe di soggetti può essere argomentata per ragioni di giustizia, ossia per ragioni di tipo distributivo. Infine, la medesima forma di tutela può essere invocata in nome di valori altri rispetto all'efficienza e alla giustizia distributiva». Così G. SMORTO, *Autonomia contrattuale*, cit., p. 325 ss.

⁵⁵¹ Anche detta «efficienza allocativa». Sul tema si v. M.D. ADLER e E.A. POSNER, *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*, Cambridge MA, 2006, *passim*; R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERU, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999, *passim*; R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 26. L'A. osserva che «l'equità del contratto è la sua aderenza al mercato, la giustizia contrattuale è la sua adeguatezza al mercato, le prestazioni sono proporzionate se la loro misura riflette il mercato. [...] La lotta per la giustizia contrattuale è la lotta per il funzionamento del mercato. È la lotta per la concorrenza. [...] La giustizia contrattuale si realizza attuando il sistema della concorrenza e cautelando il concorrente contro i vizi della sua volontà».

⁵⁵² D. KENNEDY, *Riflessioni su coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto privato europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 221 ss.; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 48 ss.; R. BROWNSWORD, G. HOWELLS, T. WILHELMSSON (a cura di), *Welfarism in Contract Law*, London, 1995, p. 3 ss.; G. SMORTO, *Autonomia contrattuale*, cit., p. 325 ss. Ad es. la protezione normativa che l'ordinamento italiano appresta al lavoratore subordinato, al coltivatore diretto e al conduttore di immobili urbani rientra precisamente in questa idea di giustizia contrattuale. Difatti, nelle discipline menzionate il mercato viene considerato ineguale e ingiusto, e, pertanto, il contratto viene orientato a obiettivi di giustizia distributiva. In altri termini, alla base di tali normative vi è l'idea che il contratto autoritativamente corretto sia in grado a sua volta di correggere il mercato, attraverso la sovrapposizione di una logica tutta politica a quella economica. C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale*, cit., p. 831 ss.

⁵⁵³ E. NAVARRETTA, *Il contratto democratico*, cit., p. 1262 ss.

deguatezza della tutela apprestata ai contraenti precedentemente descritte.

Pertanto, per non ripiombare nel paradigma contrattuale qui criticato, sarebbe più adeguata l'elezione di un terzo tipo di giustizia⁵⁵⁴. In questa prospettiva, si accennava poc'anzi che il *quid* caratterizzante l'autonomia negoziale, tenute in debita considerazione le sue fondamenta, è costituito dalla possibilità offerta ai contraenti di proporre a livello ordinamentale i propri interessi e valori. Affinché ciò sia possibile l'ordinamento non deve intirizzirla, guidando l'esito della vicenda contrattuale nella direzione di un fine imposto, bensì dovrebbe stimolare la creazione di «arene competitive», ove gli interessi e i valori in gioco nel singolo caso concreto possano scontrarsi lealmente e paritariamente, e comporsi sulla base di valutazioni condivise, in altri termini, alla luce dei principi e valori fondamentali dell'ordinamento⁵⁵⁵.

Ragione per cui, potrebbe attribuirsi alla giustizia contrattuale il significato di ragionevole equilibrio e bilanciamento⁵⁵⁶ tra interessi concreti dei contraenti e interessi generali⁵⁵⁷ (compreso quello all'efficienza)⁵⁵⁸, da valutare alla

⁵⁵⁴ Cfr. P. SCHLESINGER, *Mercato, diritto privato, valori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 325 ss. Una idea di giustizia che vada oltre la netta separazione tra giustizia interna al rapporto e giustizia sociale. La prima facente riferimento all'adeguata informazione delle parti, al rapporto tra le clausole, tra le prestazioni e tra le circostanze iniziali e quelle sopravvenute. La seconda che guarda al contratto come a un qualcosa che non può essere indifferente rispetto ai valori sociali e alle esigenze della comunità, in particolare l'esigenza di protezione delle categorie deboli, i diritti fondamentali e gli scopi sociali. Si v. sul punto G. ALPA, *Le «autonomie contrattuali» tra mercato e persona*, cit., p. 220.

⁵⁵⁵ In questo senso, la causa del contratto e la clausola di meritevolezza costituiscono gli strumenti principali attraverso cui verificare la compatibilità caso per caso della libertà contrattuale con i principi dell'ordinamento. Si v. F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e contrattuale*, cit., p. 265.

⁵⁵⁶ Un bilanciamento che necessariamente deve essere realizzato rispetto a ogni singolo caso concreto, con esiti ogni volta mutevoli a ragione dell'irripetibilità delle caratteristiche che connotano il particolare. Si v. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 180 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 231 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti: Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 30 ss.

⁵⁵⁷ Cfr. «il passaggio delle regole individuali dell'autoregolamento di interessi nell'ambito del sistema socio-culturale del diritto non soltanto costituisce un vantaggio irrinunciabile per i consociati ma anche una loro pretesa ineludibile. Da un lato, infatti, emerge la pretesa dei singoli a conseguire effetti giuridici di contenuto conforme alle regole programmatiche per la realizzazione di interessi individuali, dall'altro, però, l'autoregolamento deve adattarsi ai vincoli posti dal sistema culturale del diritto. In particolare, tali condizioni si assommano a due vincoli giuridici fondamentali: la compatibilità degli interessi individuali con gli interessi individuali degli altri componenti della società (*proportio hominis ad hominem*); la compatibilità del sistema di interessi individuali col sistema degli interessi (*communio vitae*). In questi limiti ha la sua base l'eteronomia sociale, che nell'ambito del diritto si atteggia come eteronomia giuridica». Così A. FALZEA, *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 40.

⁵⁵⁸ «La giustizia contrattuale è anch'essa un valore e anch'essa produce efficienza economica. Un rapporto ingiusto provoca contenzioso e quindi è inefficiente; un rapporto giusto dà affidamento sulla regola da applicare e agevola le contrattazioni». Così G. ALPA, *Le «autonomie*

luce dei principi e diritti fondamentali (e dei valori che questi incorporano) dell'ordinamento, secondo la gerarchia mobile suggerita dalle circostanze del caso concreto⁵⁵⁹. Una idea di giustizia, peraltro, ascensionale. Difatti, l'assetto valoriale che l'ordinamento nel suo complesso esprime e persegue costituisce il necessario parametro di verifica della giuridicità, il quale opera attraverso il controllo di liceità e meritevolezza⁵⁶⁰ dell'operazione. Peraltro, tale assetto non è, né può considerarsi, immutabile, pena la cristallizzazione e l'irrigidimento di tutto il diritto e il suo conseguente allontanamento (e distacco) dalla società⁵⁶¹.

L'idea di giustizia appena delineata richiede un modello contrattuale che, a differenza di quello collaborativo, non ammantando gli interessi (e conseguenti valori incorporati) delle parti, occultandone il conflitto. Occorre, in altri termini, un modello che consenta l'emersione dei valori che i contraenti intendono affermare in concreto, attraverso la domanda di realizzazione dei propri interessi. Questa è la condizione affinché gli stessi possano affiorare dal caso particolare, concorrendo alla trasformazione della composizione dei valori dell'ordinamento giuridico e dei suoi equilibri⁵⁶².

Quest'esigenza, secondo la tesi che qui si intende proporre, implicherebbe l'adozione di un modello di tipo conflittuale. Un modello nel quale le parti

contrattuali» tra mercato e persona, cit., p. 220.

⁵⁵⁹ Come osserva P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 404, «in una società storicamente determinata consegue la necessità di comparare gli interessi e cercare tra essi un grado di preferenza secondo un criterio dotato di rilevanza giuridica».

⁵⁶⁰ La clausola di meritevolezza è da considerare vera pietra angolare del diritto contrattuale. Difatti, è in tale clausola che va ricercato l'equilibrio tra i diversi interessi (privati e pubblici) e valori (particolari e generali) in gioco nella singola contrattazione, dettandone la relazione e contribuendo a delineare la fisionomia del modello contrattuale di riferimento. In quanto, gli atti e le attività devono sottostare al controllo di meritevolezza, ispirato ai principi e valori caratterizzanti il sistema ordinamentale. Si v. P. PERLINGIERI, *Sui contratti iniqui*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 481 ss.; ID., *Complessità ed unitarietà*, cit., p. 188.

⁵⁶¹ Parallelamente, è la stessa meritevolezza di un'esperienza sempre meno radicata a valori consolidati e tendenzialmente stabili nel tempo che suggerisce di «spostare il principio di legalità dal momento di posizione della regola a quello della sua concreta applicazione». Così N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto*, in *Riv. trim.*, 2006, p. 711 ss.

⁵⁶² Cfr. «il contratto si fa prassi; la prassi genera l'uso; e l'uso crea la norma». Così V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 6. Si v. anche F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993, *Prefazione*; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 5. In particolare l'A. da ultimo citato afferma che «il commercio internazionale impone la diffusione di modelli contrattuali uniformi che, in una con le consuetudini e l'apparato attuativo delle Camere di arbitrato internazionale, disvelano queste nuove regole, non discendenti dall'alto, ma di certo neppure fondate sul consenso dei destinatari; quel diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, "destinato a regolare in modo uniforme [...] i rapporti che si instaurano entro l'unità economica dei mercati"».

non vengano chiamate a collaborare, bensì che dia risalto allo scontro e alla rilevanza dei concreti interessi in conflitto, nonché alla «tregua provvisoria»⁵⁶³ che le parti intendono siglare con la conclusione del contratto. Solo così potranno emergere, senza alcun occultamento, i valori che connotano il caso concreto e la maniera tendenzialmente spontanea del loro confrontarsi e comporsi. Ciò, tuttavia, a due condizioni, e qui emerge la differenza rispetto al modello conflittuale classico costruito sulle esigenze del liberismo economico.

Il diritto non può limitarsi ad una funzione di limitatore esterno dell'autonomia negoziale⁵⁶⁴. Per la semplice ragione che quest'ultima deve considerarsi vera e propria fonte del diritto, operante in concorso con la legge⁵⁶⁵. Ossia, come inserita di pieno diritto nel sistema delle fonti e, in quanto tale, in costante relazione con le altre fonti dell'ordinamento⁵⁶⁶. In altri termini, per sua natura, essa è allo stesso tempo auto ed etero regolamentazione⁵⁶⁷.

Il che non significa nulla di diverso dall'affermare che il contratto è strumento a plurimo impiego e, in quanto tale, le parti possono servirsene solo alla condizione di realizzare anche gli interessi generali dell'ordinamento. Difatti, la non illiceità del negozio non è sufficiente affinché questo acquisti forza giuridica. Occorre, in aggiunta, che l'impegno negoziale sia serio, ossia non capriccioso, in altri termini meritevole di tutela⁵⁶⁸. Affinché tale condizione possa considerarsi soddisfatta, il regolamento negoziale deve realizzare non solo gli interessi delle parti, ma al contempo anche gli interessi fondamentali e irrinunciabili dell'ordinamento, a cominciare dalla tutela e dalla cura dei diritti fondamentali. In altri termini, il contratto deve salvaguardare quei valori mutevoli che costituiscono il collante del pacifico vivere comune della società. Valori – rispetto ai quali nessun regolamento contrattuale può restare estraneo

⁵⁶³ «Il contratto non è che una tregua assai precaria; sospende le ostilità soltanto per un certo tempo». Così É. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, 1893, trad. it., Milano, 1962, p. 358.

⁵⁶⁴ *Contra* G. TEDESCHI, *Volontà privata autonoma*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1929, p. 815 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. XVIII; ID., *Il negozio giuridico è atto di volontà*, cit., p. 41 ss.

⁵⁶⁵ Così E. RUSSO, *La legge e le fonti del diritto*, in E. RUSSO (a cura di), *Interpretazione della legge civile e «ragione giuridica»*. *Atti delle giornate di studio (Roma 21-23 marzo 2002)*, Padova, 2003, p. 126.

⁵⁶⁶ Detto altrimenti «in una situazione articolata e complessa come quella contemporanea, [...] l'esercizio del potere di dettare regole o di autoregolarsi finisce sempre con l'integrarsi con l'esercizio degli altri poteri, siano o no dello stesso rango e della stessa natura. Sì che l'autonomia c.d. privata, in termini di effettività, si integra con gli altri poteri e confluisce, come parte ora attuativa e conformativa ora creativa e costitutiva, nell'ordinamento complessivo, quale insieme di principi e di regole predisposte e attuate con la funzione di dettare ordine nella società». Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 290 ss.

⁵⁶⁷ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 291.

⁵⁶⁸ *Supra* nota 210.

– che non costituiscono il fine verso cui deve tendere l'autonomia negoziale, bensì la precondizione affinché la regola privata varchi la frontiera della socialità e acquisti rilievo e forza giuridica, divenendo «legge privata».

L'esigenza alla base della prima condizione detta anche la seconda. Affinché l'autonomia compia con la funzione poc'anzi indicata, occorre evitare l'influenza di forze o elementi esterni sull'equilibrio contrattuale, al fine di non incorrere nei rischi legati al conflitto sociale. Questa è la ragione per cui le parti del contratto devono essere poste in una situazione di eguaglianza sostanziale. Con ciò che ne consegue in termini di eliminazione di quelle circostanze (non solo economiche) che generano un'asimmetria (non solo informativa) nella posizione dei contraenti. Da qui, pertanto, può parlarsi di modello conflittuale, però ispirato all'«egualitarismo *liberal*»⁵⁶⁹.

Si tratta di un'operazione che non può limitarsi al solo intervento negativo, ma che, diversamente, necessita di azioni positive, volte alla rimozione di quelle cause che generano uno squilibrio in concreto nella posizione contrattuale delle parti. A tal fine, ancora una volta, occorre chiamare in causa «la sola forza di chi è in una posizione di debolezza»⁵⁷⁰: i diritti fondamentali.

Questi ultimi, pertanto, assumono un ruolo primario in questo paradigma⁵⁷¹, almeno in due momenti distinti, ma connessi. La loro cura costituisce condizione ineludibile affinché l'autonomia negoziale possa produrre effetti giuridici, e, allo stesso tempo, il loro operare nell'ambito del regolamento contrattuale consente un riequilibrio della posizione dei contraenti che non sia meramente formale e strumentale, bensì sostanziale e concreto.

Per questa ragione, tali situazioni giuridiche fondamentali partecipano in maniera determinante alla delimitazione dei «limiti»⁵⁷² dell'autonomia negozia-

⁵⁶⁹ Si v. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 77 ss.; R. DWORKIN, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Milano, 2002, *passim*.

⁵⁷⁰ Così T. GRECO, *La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie*, in *Metodo*, 2014, p. 135 ss. Sul punto si v. E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E.*, cit., p. 880 ss.

⁵⁷¹ Non è un caso che la contrattazione seriale abbia spinto, in tempi recenti, alcuni civilisti [solo per fare alcuni es. si v. D. WIELSCH, *The Function of Fundamental Rights in EU Private Law. Perspectives for the Common European Sales Law*, in *ERCL*, 2014, p. 365 ss.; A. GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 194 ss.; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le «libertà fondamentali». Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 732 ss.] verso lo studio di tematiche un tempo considerate di pertinenza pubblicistica, come, per l'appunto, i diritti fondamentali. Ciò a ragione della dimensione assunta da alcuni assetti contrattuali, i quali sono tali da poter generare «gli stessi rischi di prevaricazione che tradizionalmente si ricollegano ai rapporti pubblicistici». Così A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione*, cit., p. 95 ss.

⁵⁷² Parlare di limite, dopo quanto chiarito circa l'autonomia negoziale, è quanto meno improprio. Difatti, questi contorni fanno parte a tutti gli effetti della natura e dell'essenza dell'autonomia negoziale. Costituiscono un tutt'uno con essa, nascendo e trasformandosi in simbiosi, e ponendosi in una relazione di interdipendenza concettuale e operativa.

le, sia in negativo, circoscrivendo il perimetro di giuridicità dell'operazione, sia in positivo, modellandone gli assetti. Il che equivale a dire che i diritti fondamentali esercitano la propria azione su tutti e quattro i livelli in cui si articola l'autonomia negoziale, attraverso l'operare (congiunto o disgiunto) della particolare conformazione assunta da diversi strumenti: la nullità, l'eterointegrazione del contratto, l'interpretazione.

Tali questioni verranno esaminate nei prossimi capitoli, riservando particolare attenzione al fenomeno eterointegrativo, il quale, nel suo c.d. aspetto sociale, svolge esattamente una funzione protettiva dei contraenti più imprevedenti o profani della tecnica giuridica⁵⁷³. In questa sede, a provvisoria conclusione del discorso sin qui condotto, può intanto osservarsi come l'autonomia negoziale esca rafforzata e rinvigorita se collocata sotto la campana di vetro poc'anzi delineata. Un modello contrattuale riletto alla luce delle dottrine della *Drittwirkung* e dell'egualitarismo *liberal*, che non soffoca l'autonomia negoziale, bensì, innestandovi i diritti fondamentali, le garantisce un potenziamento assiologico⁵⁷⁴.

⁵⁷³ In questi termini F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 936.

⁵⁷⁴ L'espressione «potenziamento in termini assiologici» è mutuata da E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'U.E.*, cit., p. 892.

CAPITOLO IV

L'ETEROINTEGRAZIONE DEL CONTRATTO

(NATURA, OGGETTO E PRESUPPOSTI OPERATIVI)

SOMMARIO: 1. AUTONOMIA ED ETEROINTEGRAZIONE: INTRODUZIONE ALLO STUDIO DELL'INTEGRAZIONE CONTRATTUALE – 2. L'ETEROINTEGRAZIONE E LE TRASFORMAZIONI DEL SISTEMA DELLE FONTI DI COSTRUZIONE DEL REGOLAMENTO CONTRATTUALE: DALL'INTEGRAZIONE ANTAGONISTA DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE ALLA TEORIA PRECETTIVA – 3. *SEGUE*: L'ETEROINTEGRAZIONE E LE TRASFORMAZIONI DEL SISTEMA DELLE FONTI DI COSTRUZIONE DEL REGOLAMENTO CONTRATTUALE: DALL'ART. 1374 C.C. COME NORMA SULLE FONTI DEL REGOLAMENTO NEGOZIALE AL C.D. NUOVO DIRITTO DEI CONTRATTI – 4. INTERPRETAZIONE (C.D. EVOLUTIVA) E INTEGRAZIONE DEL REGOLAMENTO NEGOZIALE – 5. *SEGUE*: IL CONTRATTO COME INTERPRETAZIONE – 6. L'OGGETTO DELL'INTEGRAZIONE: LA GENESI DELLA BIPARTIZIONE CONTENUTO-EFFETTI DEL CONTRATTO – 7. *SEGUE*: L'OGGETTO DELL'INTEGRAZIONE: IL REGOLAMENTO DI INTERESSI E IL «VALORE» DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE – 8. IL PROBLEMA DEI PRESUPPOSTI OPERATIVI DELL'INTEGRAZIONE CONTRATTUALE – 9. *SEGUE*: LA LACUNA CONTRATTUALE, IL CRITERIO DELLA NORMALITÀ DELL'OPERAZIONE E LA DIVERGENZA TRA IL PUNTO DI VISTA DEI PRIVATI E QUELLO ORDINAMENTALE – 10. *SEGUE*: LA RELATIVIZZAZIONE DEL CONCETTO DI LACUNA – 11. *SEGUE*: LA DEFETTIBILITÀ DELLE CLAUSOLE E LE C.D. LACUNE ASSIOLOGICHE – 12. LA SISTEMATICA DEL CONTRATTO TRA AUTONOMIA NEGOZIALE ED ETEROINTEGRAZIONE

1. Autonomia ed eterointegrazione: introduzione allo studio dell'integrazione contrattuale

Per le ragioni sin qui esposte, l'eterointegrazione⁵⁷⁵ assume un ruolo centrale nel paradigma del presente studio. In particolare, si è cercato di porre in mostra come questo istituto, lungi dal costituire un limite per l'autonomia negoziale, ne rappresenti, almeno in combinata azione con i diritti fondamentali, fattore di implementazione assiologica. Sullo sfondo di un immaginario siffatto si staglia una concezione dei rapporti tra contratto e ordinamento – e, per-

⁵⁷⁵ E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, *Dei contratti in generale*, Padova, 1933, p. 231 ss.; A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le «clausole d'uso»*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, III, Bologna, 1953, p. 375 ss.; F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 935 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 90 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 264 ss.; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 365 ss.; F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., p. 203 ss.; T. MANCINI, *Determinazione autoritativa del contenuto del contratto ed autonomia negoziale*, in AA.VV., *Scritti in memoria di A. Torrente*, II, Milano, 1968, p. 651 ss.; S. RODOTÀ, *o.u.c.*, *passim*; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, *passim*; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 108 ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., *passim*; A. DE CUPIS, *Precisazioni sulla funzione dell'equità nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 633 ss.; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, *passim*; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, *passim*; M. BESSONE, *Dogma della volontà, principio di buona fede, e integrazione del contratto*, in *Giur. it.*, 1978, p. 97 ss.; C. LASARTE ÁLVAREZ, *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, in *Rev. der. priv.*, 1980, p. 50 ss.; M. GARCIA AMIGO, *La integración del negocio jurídico*, in *Rev. der. not.*, 1980, p. 118 ss.; L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, *passim*; M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, cit., p. 524 ss.; G.M. UDA, *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e corrispettività delle prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, p. 301 ss.; J.A. AGUILA REAL, *Las condiciones generales*, cit., *passim*; A. GIULIANI, *L'integrazione del contratto*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, 1991, p. 119 ss.; F. GALGANO, *Sull'equità delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 419 ss.; G. GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, cit., p. 499 ss.; L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1993, p. 334 ss.; F. FERRARI, *La rilevanza degli usi nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 239 ss.; A. GENOVESE, *Usi negoziali e interpretativi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994, p. 1 ss.; L. RUGGERI, *La prassi mercantile nella contrattazione internazionale*, Napoli, 1994, *passim*; F. MACARIO, *I diritti oltre la legge*, cit., p. 193 ss.; G. SCIANCALEPORE, *Autonomia negoziale e clausole d'uso*, Napoli, 1998, *passim*; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione del contratto*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 1999, p. 1019 ss.; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 83 ss.; G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000, *passim*; L. DÍEZ PICAZO, E. ROCA TRIAS, A.M. MORALES, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002, p. 272 ss.; M.A. LIVI, *L'integrazione del contratto*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 380 ss.; V.L.H. CLAVERÍA GOSALBEZ, *Interpretación, calificación e integración del contrato*, in AA.VV., *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Diez Picazo*, Madrid, 2003, p. 1647 ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 537 ss.; L. DI BONA,

tanto, tra autonomia ed eterointegrazione del negozio giuridico – in termini di reciproca inclusione, e non di separatezza. Una riconduzione a unità che, come si mostrerà, costituisce la diretta conseguenza del carattere unitario dell'attività ermeneutica rivolta al momento applicativo del diritto. L'integrazione del contratto, pertanto, non va concepita come il problema della delimitazione degli ambiti di rilevanza degli effetti del contratto e dell'ordinamento, bensì come il problema della progressiva e continuativa edificazione dell'ordinamento giuridico cui entrambe concorrono⁵⁷⁶.

In verità, l'autonomia soggettiva non incontra limiti ulteriori a quelli derivanti dalla stessa coerenza interna (*rectius*: dalla natura) della figura – costituirebbe un'insanabile antinomia sistemica accettare un'autonomia negoziale limitatrice dell'autodeterminazione soggettiva dell'altro – e dalle condizioni che l'ordinamento pone alla base del riconoscimento della giuridicità e validità del contratto – il soggetto, se intende usufruire dell'apparato rimediale e coercitivo che l'ordinamento predispone, deve contribuire alla cura di quei valori fondamentali che costituiscono il presupposto materiale per la sua esistenza. In altri termini, trattandosi di un atto (il contratto) che aspira a divenire parte integrante dell'ordinamento, esso non potrà esimersi dal contribuire alla realizzazione della funzione fondamentale (o meglio, della ragion d'essere) del diritto: la conservazione della pacifica convivenza della società. Se tale aspetto accomuna tutti gli atti giuridici, ciò che caratterizza il contratto è la circostanza che esso costituisce altresì motore propulsore (dal basso) delle trasformazioni dell'ordinamento⁵⁷⁷. Ciò implica il rischio che a un irrigidimento dell'autonomia negoziale – in particolare attraverso la sua strumentalizzazione rispetto a finalità esterne (l'efficienza del mercato o la solidarietà sociale) – segua la dissociazione tra diritto e società. Affinché ciò non accada occorre guardare al contratto come a un'arena competitiva (e non collaborativa), ove gli interessi e i valori in gioco nel singolo caso concreto possano scontrarsi

Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto, cit., *passim*; M.C. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 36 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 457 ss.; G. VILLANACI, *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013, *passim*; V. VITI, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013, *passim*; R. FORNASARI, *L'intervento giudiziale sul contratto*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 836 ss.; R. SACCO, *L'integrazione*, in *Obbligazioni e contratti*, II, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 10, Milano, 2018, p. 547 ss.; V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., *passim*.

⁵⁷⁶ Così M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale*, cit., p. 231 ss.

⁵⁷⁷ M. GRONDONA, *Auto-integrazione ed etero-integrazione del contratto: che cosa resta della distinzione?*, in F. VOLPE (a cura di), *Correzione e integrazione del contratto*, Torino, 2016, p. 251. «L'opposizione rigida tra ciò che sta dentro e ciò che sta fuori del contratto, dunque il problema della soglia, nella prospettiva del giudizio e del criterio di giudizio, è fallace perché non realistica, laddove i reciproci innesti sono inevitabili e anzi essenziali in una società aperta, la cui cifra costitutiva è la centralità dell'individuo quale motore mobile e visibile dell'ordine sociale».

lealmente e paritariamente, e comporsi sulla base di valutazioni condivise, in altri termini, alla luce dei principi e valori fondamentali dell'ordinamento⁵⁷⁸. In un paradigma siffatto il fenomeno integrativo agisce, da un lato, a sostegno dell'autonomia negoziale, ponendo rimedio alle sue deficienze, dall'altro, a sostegno del regolamento di interessi, garantendogli un potenziamento assiologico, ossia includendovi clausole eteronome poste a tutela di interessi considerati irrinunciabili alla luce dell'assetto valoriale dell'ordinamento. Interessi che, lungi dall'essere estranei al regolamento contrattuale, sono direttamente implicati in esso.

Ciò impone un parziale ripensamento dell'istituto eterointegrativo, in particolare la complessiva revisione dei presupposti e delle modalità operative delle tradizionali fonti di costruzione del regolamento contrattuale, ponendo particolare attenzione sulla buona fede e sui rischi di strumentalizzazione dell'autonomia negoziale che questa comporta una volta che gli venga riconosciuta funzione integrativa. Inoltre, per quanto chiarito, un ruolo essenziale nell'operazione che si intende condurre va riconosciuto ai diritti fondamentali. Questi, difatti, costituiscono lo strumento più adeguato per quell'implementazione assiologica del regolamento contrattuale di cui si parlava, in quanto consentono un miglior collegamento tra gli interessi superiori e la sfera personale dei contraenti e dei soggetti implicati nell'operazione contrattuale. Ragion per cui, non può prescindersi dall'includere queste particolari situazioni giuridiche soggettive tra le fonti di costruzione del regolamento contrattuale. Questa è la condizione affinché possa prendere forma quell'immaginario del contratto delineato nei capitoli precedenti, nel quale l'integrazione costituisce elemento fondamentale e ineliminabile dell'autonomia negoziale.

Trattasi, peraltro, di una mera ipotesi ricostruttiva, bisognosa di conferme sul piano ordinamentale. A tal fine sarà necessario verificare la praticabilità (o meglio, l'ammissibilità) dell'integrazione del regolamento negoziale per mezzo dei diritti fondamentali, per poi studiarne i presupposti e le modalità operative. Difatti, solo attraverso l'analisi del funzionamento di questa particolare forma di eterointegrazione sarà possibile accertare l'effettiva capacità del pa-

⁵⁷⁸ Cfr. M. GRONDONA, *Auto-integrazione ed etero-integrazione del contratto*, cit., p. 252. «Nel momento in cui si afferma una prospettiva che pensa al diritto come a una pretesa individuale e come somma di pretese in opposizione vincenti o perdenti sul terreno giurisprudenziale (prima che legislativo), è evidente che anche il conflitto contrattuale va inteso come momento di una competizione rispetto alla quale sono coinvolti aspetti economici ed esistenziali che proprio la sovranità dell'individuo consumatore e dell'individuo *tout-court* impone di valutare non già alla luce del solo ordine del contratto, quanto piuttosto alla luce di quell'ordinamento che è il terreno di affermazione delle pretese individuali, destinate come tali a incidere anche sul versante strettamente contrattuale. Tale indispensabile ponte tra ordinamento e contratto, un ponte a doppio senso, è tracciato dal lavoro dell'interprete-decisore, perché il contratto, in quanto frammento ordinamentale e frammento sociale, non può non riflettere al suo interno (e non può impedire quelle integrazioni discendenti da) quell'ordine sociale che è ad esso esterno».

radigma delineato di fornire una risposta soddisfacente alle problematiche che hanno ispirato il presente studio.

Tali questioni non costituiscono isole nel mare dell'integrazione contrattuale, vanno affrontate e risolte nel contesto di una più ampia rilettura dell'intero istituto e del sistema di fonti di costruzione del regolamento di interessi. A tal fine, è opportuno suddividere l'indagine in tre momenti: il presente capitolo verrà dedicato allo studio delle caratteristiche principali del fenomeno; con il successivo si passerà all'analisi del sistema delle fonti; infine, il capitolo conclusivo sarà dedicato al problema dell'integrazione del contratto per mezzo dei diritti fondamentali. Si tratta di un'operazione ricostruttiva complessa che, seppur articolata attraverso diversi passaggi, resta in ogni caso unitaria, in quanto unico è il termine di riferimento: il paradigma negoziale assunto a modello.

A tal riguardo, si intraprenderà un percorso analogo a quello seguito per lo studio dell'autonomia negoziale, ossia incentrato sull'analisi multi-livello del fenomeno. Assumendo tale angolo prospettico, rispetto al fenomeno integrativo sono cinque i livelli identificabili.

In primo luogo, quello della giustificazione. Profilo questo, in verità, già parzialmente affrontato trattando il rapporto tra autonomia e integrazione. Pertanto, in questa sede occorrerà concentrare l'attenzione sulle questioni logicamente successive: la relazione tra attività interpretativa e quella integrativa; le ricadute pratiche sotto l'aspetto dei presupposti operativi del fenomeno.

Al secondo livello si colloca la questione dell'oggetto dell'integrazione, ovverosia se essa operi rispetto al contenuto o agli effetti del contratto. Si mostrerà come la soluzione al problema dipenda strettamente dalla ricostruzione dei rapporti tra attività ermeneutica e quella integrativa.

Con il terzo livello si passerà ad analizzare l'ampio tema delle fonti di integrazione, avuto particolare riguardo al fondamento, ai presupposti e alla funzione di ciascuna, nonché al tipo di giurisdizione che ne regola i rapporti reciproci.

Il quarto livello concerne la struttura del fenomeno, ovverosia le modalità tecniche attraverso cui quest'ultimo prende corpo e si realizza concretamente. Come si vedrà, non è possibile rinvenire una struttura comune a tutte le ipotesi di intervento integrativo, queste si differenziano ampiamente non solo con rispetto al tipo di fonte, ma soprattutto avuto riguardo al particolare presupposto operativo che dà il via alla vicenda.

Infine, potrebbe dubitarsi dell'esistenza di un quinto livello, relativo al profilo esecutivo del regolamento contrattuale. Difatti, come si vedrà, l'esecuzione del contratto opera rispetto a un contenuto negoziale già totalmente determinato, pertanto il fenomeno della costruzione del regolamento di interessi può dirsi esaurito con il livello anteriore. Ciononostante, l'analisi di tale profi-

lo risulterà necessaria rispetto alla questione della configurabilità o meno della buona fede c.d. integrativa.

I primi due livelli, concernendo questioni tendenzialmente comuni all'intero fenomeno, verranno trattati nel presente capitolo, viceversa, gli ultimi tre livelli, attenendo a problematiche le cui soluzioni divergono a seconda del tipo di fonte, verranno analizzati nella successiva fase dello studio. In ogni caso, trattasi di un'attività ricostruttiva che deve necessariamente assumere connotati circolari, in quanto tali livelli, seppur distinguibili sotto il profilo descrittivo, si presentano strettamente correlati, dal momento in cui la particolare configurazione dell'uno finisce per ripercuotersi su quella degli altri e viceversa.

Non resta a questo punto che fissare l'ultima premessa allo studio del fenomeno integrativo. Come già affermato in molteplici occasioni, non è possibile esaminare un istituto giuridico senza far riferimento a uno specifico sistema attributivo di senso. In altri termini, lo studio dell'integrazione contrattuale è possibile solo se collocato entro un ordinamento (o spazio giuridico) determinato, nel quale è chiamata a operare secondo quelle particolari modalità, logiche e significati che da esso direttamente mutua. Da questo punto di vista, dopo aver analizzato la configurazione (rimediale) che tale istituto assume nell'ambito del diritto europeo del consumo, in questa fase si farà riferimento principalmente⁵⁷⁹ all'ordinamento giuridico italiano.

⁵⁷⁹ Seppur vero che tale analisi non può essere condotta impiegando il metodo comparativo – nel momento in cui la soluzione del problema è strettamente legata alle caratteristiche dell'ordinamento giuridico di riferimento – non appare totalmente inutile prestare attenzione a quei Sistemi che, come il codice civile italiano, derivano le proprie disposizioni normative in materia di integrazione del contratto dalla formulazione del vecchio art. 1135 *Code Napoléon*. Difatti, lo studio delle ragioni alla base delle diverse scelte (eventualmente) operate dalla dottrina (e giurisprudenza) straniera può gettare nuova luce sul fondamento dei percorsi seguiti da quella italiana. Così, ad esempio, nel diritto spagnolo, il parametro normativo di riferimento in materia di integrazione del contratto si rinviene nell'art. 1258 del *Código Civil* («*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*») – formulazione analoga si rinviene anche nell'art. 1243 della *Propuesta de Modernización del Código Civil* («*Los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*») – il quale dopo aver affermato che i contratti si perfezionano attraverso il mero consenso, stabilisce che, a partire da questo momento, essi obbligano non solo all'adempimento di ciò che è stato espressamente pattuito, ma anche a tutte le conseguenze che, considerata la natura della pattuizione contrattuale, possono ritenersi conformi alla buona fede, all'uso e alla legge. Si v. A.M. LÓPEZ LÓPEZ, *Comento al art. 1258 c.c.*, in *Código civil comentado*, Navarra, 2011, p. 614 ss.; J. ROCA GUILLAMÓN, *Comento al art. 1258 c.c.*, in M. ALBALADEJO e S. DÍAZ ALABART (diretto da), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, 1993, p. 425 ss.; L. DíEZ PICAZO, E. ROCA TRIAS, A.M. MORALES, *Los principios del derecho europeo de contratos*, cit., p. 272 ss. Analogamente alle vicende che hanno interessato il contesto italiano, anche nel diritto

La ricerca del significato (o dei significati) che il fenomeno in parola assume in tale contesto implica, in primo luogo, l'analisi della normativa che intende regolarlo. Da questo angolo prospettico, tradizionalmente la disciplina dell'istituto viene rinvenuta negli artt. 1374⁵⁸⁰, 1339⁵⁸¹, 1340⁵⁸², 1375⁵⁸³ c.c. Tra questi, solo il primo fa uso del termine «integrazione», mentre il secondo e il terzo curiosamente – o forse a indicazione di un fenomeno parzialmente distinto⁵⁸⁴ – utilizzano un vocabolo differente, quello di «inserzione». La lettera di tali disposizioni, in definitiva, conferma il carattere neutrale della normati-

spagnolo le difficoltà circa l'inquadramento sistematico della norma hanno portato ad una originaria svalutazione della stessa, affermandone il carattere descrittivo e meramente programmatico (così Tribunal Supremo, 12 giugno 1970, n. 298, in www.aranzadi.es; Tribunal Supremo, 23 novembre 1988, n. 8246, in www.poderjudicial.es; Tribunal Supremo, 31 dicembre 1996, n. 7689, in www.poderjudicial.es; peraltro, dubbia è l'effettiva portata delle citate pronunce, come evidenzia M.P. LIAÑO, *Comento al art. 1258 c.c.*, in M.P. LIAÑO (diretto da) e K.J. ALBIEZ DOHRAMANN, A. LOPE FRÍAS (curato da), *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, Granada, 2000, p. 2147 ss.) o la natura di norma sull'interpretazione, strumentale alla ricostruzione della volontà delle parti (A. CANO MATA, *La interpretación de los contratos civiles*, in *An. der. civ.*, 1971, p. 204 ss.; H. DÍEZ GARCÍA, *La integración del contrato. Diferencias con la labor interpretación*, in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (diretto da) e N. MORALES IMBERNÓN, S. QUICIOS MOLINA (curato da), *Tratado de Contratos*, Valencia, 2013, p. 1019 ss. Sul tema si v. J.A. AGUILA REAL, *Las condiciones generales*, cit., p. 359 ss.). Tali orientamenti divennero minoritari con il declino del volontarismo e anche nell'ordinamento spagnolo si affermò una concezione aperta del contratto, secondo la quale quest'ultimo può produrre non solo gli effetti giuridici voluti dalle parti, ma anche quelli derivanti da fonti esterne (così V.L.H. CLAVERÍA GOSALBEZ, *Interpretación, calificación e integración*, cit., p. 1653 ss.; J. ROCA GUILLAMÓN, *Comento al art. 1258 c.c.*, cit., p. 426; A.J. QUESADA SANCHEZ, *El infravalorado artículo 1258 del Código Civil y su innegable utilidad*, in www.derecho.com, 2002. Nella giurisprudenza spagnola si v. Tribunal Supremo, 20 febbraio 1988, n. 1114, in www.poderjudicial.es; Tribunal Supremo, 17 gennaio 1986, n. 105, in www.aranzadi.es). Questa rivalutazione del fenomeno dell'integrazione negoziale culmina in quegli orientamenti che, riconsiderando le caratteristiche dell'autonomia contrattuale, propongono una visione unitaria dell'operazione interpretativa e integrativa, come un susseguirsi di interventi collegati tra loro e unificati da un unico procedimento di ricostruzione del contenuto del contratto. Si v. in particolare L. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 334 ss., il quale individua tre fasi: l'interpretazione in senso stretto, definita come la ricerca del significato delle determinazioni delle parti e l'attribuzione di senso oggettivo alle loro dichiarazioni di volontà ambigue o dubbiose; l'interpretazione integrativa, chiamata a intervenire quando, pur apparendo chiare le determinazioni delle parti, il regolamento presenta delle lacune e richiede una costruzione congetturale, che consenta di individuare la volontà presunta dei contraenti o quella che potrebbe desumersi dal comportamento di un uomo razionale; l'integrazione, diretta a completare il regolamento in applicazione di regole generate dalle fonti integrative, ossia dalla buona fede, dagli usi e dall'equità. Ciò detto sono due gli elementi della fattispecie di cui all'art. 1258 *Código Civil* che si distanziano dalla formulazione dell'art. 1374 c.c. e che, in quanto tale, meritano un approfondimento. In primo luogo, discussa è l'utilità del richiamo, nella prima parte dell'art. 1258, al principio consensualistico («*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento*»), in quanto il suddetto principio già trova consacrazione all'art. 1254 *Código Civil*. Pertanto è da chiedersi se tale richiamo costituisca una mera (ridondante) ripetizione o

va in materia⁵⁸⁵ e, pertanto, l'impossibilità di rinvenire in tali disposizioni (se isolatamente considerate) un valido sistema attributivo di senso. Esse, in altri termini, non solo non forniscono elementi utili ai fini della ricostruzione del fenomeno, ma neanche consentono di ricavarne una definizione. Difatti, nel marco di tali norme, il concetto di integrazione non sembra avere assunto una precisa connotazione tecnico-giuridica, restando spesso legato all'accezione in voga nel parlare comune⁵⁸⁶. Ragion per cui, ai fini della ricerca del significato e dei termini fondamentali del fenomeno non resta che l'analisi sistematica.

A tal fine, appare opportuno anteporre al suddetto studio una breve rico-

acquisisca un significato autonomo e diverso nel contesto della norma in commento. La dottrina spagnola (ad es. si v. J. ROCA GUILLAMÓN, *Comento al art. 1258 c.c.*, cit., p. 423 ss.) evidenzia come l'attenzione vada posta sulla locuzione temporale «*desde entonces*» posta a collegamento tra il principio consensualistico e la parte dell'articolo riferita all'integrazione. In altri termini, con tale disposizione il legislatore spagnolo prende posizione sul controverso (almeno nell'ordinamento italiano) tema dell'oggetto dell'intervento integrativo (sia esso il contenuto del contratto o i suoi effetti), chiarendo che questo opera nel momento del perfezionamento del contratto e non in quello della produzione degli effetti. In questo modo, valorizzando il carattere unitario del regolamento contrattuale, da intendere quale sintesi di auto ed eterodeterminazioni. Il secondo elemento è costituito dal richiamo alla natura del contratto («*según su naturaleza*»), il quale parrebbe costituire parametro metodologico dell'intervento integrativo, ossia volto a orientarne il percorso operativo. Ciò determina un'importante conseguenza: gli effetti generati dai contratti eterointegrati non possono essere uniformi tra loro, considerata la variabilità del suddetto canone in relazione al caso concreto. Si v. sul punto C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, Madrid, 2013, p. 109 ss.; J. ROCA GUILLAMÓN, *Comento al art. 1258 c.c.*, cit., p. 441 ss. Sul concetto di *naturaleza del contrato* si v. F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., p. 203 ss.

⁵⁸⁰ Art. 1374 c.c.: «Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità». Si v. l'interessante ricerca di F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 121 ss., il quale rinviene l'origine della formula in un passo di J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1745, p. 24 («*Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à tout ce que l'équité, les loix et l'usage donnent à l'obligation où l'on est entré*»), poi recepito nell'art. 1135 del *Code Napoléon* («*Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi et donnent à l'obligation d'après sa nature*») e, conseguentemente, in tutti i codici preunitari che a questo si ispirarono (nell'art. 1837 codice Albertino, nel c.c. 1086 codice per le Due Sicilie, nell'art. 1108 codice Parmense e nell'art. 1185 codice estense). Il primo codice civile italiano (c.d. codice Pisanelli), adottato nel 1865 dal neonato apparato statale, seguiva in quasi ogni sua parte l'impostazione e l'ideologia caratterizzanti il *Code Napoléon*, riproducendone in più parti il contenuto dispositivo, seppur con non irrilevanti differenziazioni che impediscono di parlare di una mera traduzione o adattamento. Così fu per l'art. 1124 c.c. Pisanelli, il quale, come indica l'A., seguì la tendenza in auge in quella fase storica volta all'asservimento degli strumenti indicati dal DOMAT al più generale criterio della buona fede. Per questa ragione l'art. 1124 disponeva che «i contratti debbono essere eseguiti in buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano». Tale norma venne in un primo momento ricompresa fra quelle relative all'attività interpretativa (si v. ad es. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Torino, 1930, p. 210 ss.), generando non poche difficoltà applicative e dogmatiche dovute alla conside-

struzione delle vicende che hanno interessato l'integrazione contrattuale in seno allo spazio giuridico di riferimento. Ripercorrere le varie ricostruzioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana, nonché, soprattutto, le osservazioni critiche a esse rivolte, facilita il lavoro dell'interprete, almeno nel momento in cui consente di individuare con minor sforzo quei profili di attrito che connotano il fenomeno integrativo. Ossia, quegli aspetti sui quali – in tempi diversi e con modalità variegata – si sono polarizzate le difficoltà della dottrina. I quali, a ben vedere, costituiscono il «formante»⁵⁸⁷, nonché il meccanismo propulsore dell'evoluzione di un istituto che – parallelamente a quanto visto per i diritti soggettivi, il contratto e l'autonomia negoziale – parrebbe un

razione della legge e degli usi come strumenti interpretativi. Le accennate difficoltà stimolarono la ricerca di ricostruzioni alternative. In particolare, merita attenzione quella dottrina che cercò di risolvere il problema scindendo il corpo dell'art. 1124 in due parti distinte. La prima parte, ossia quella relativa alla buona fede, si riallaccerebbe alle regole di interpretazione e andrebbe riferita al metodo dell'integrazione, la seconda parte dell'articolo, invece, farebbe riferimento al contenuto dell'integrazione c.d. materiale «delle deficienti determinazioni consensuali dell'oggetto e della “legge” del contratto» (Così E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, cit., p. 231 ss.). In questa maniera la disposizione normativa in questione venne giustificata facendo riferimento a uno specifico problema: quello del riempimento delle lacune del contratto. Ed è precisamente attorno ad esso che iniziò a parlarsi di «integrazione del contratto» e, parallelamente, prese avvio un percorso volto al recupero del ruolo e dell'autonomia della buona fede (in questo senso soprattutto C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico. Con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1983, pp. 19 ss., 114 ss. e 189 ss.). Questa interpretazione dell'art. 1124, che divenne maggioritaria negli ultimi anni di vigenza del codice Pisanello, aprì la strada alle modifiche apportate con l'attuale codice civile. Quest'ultimo, difatti, nel dedicare un apposito articolo (1374 c.c. – espressamente rubricato «integrazione del contratto») alla disciplina del fenomeno, elimina i riferimenti alla buona fede – la quale, come noto, trova ora autonoma previsione nell'art. 1375 c.c. – così riproponendo, questa volta in maniera più fedele, il testo del vecchio art. 1135 *Code Napoléon*.

⁵⁸¹ Art. 1339 c.c.: «Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge o da norme corporative, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti».

⁵⁸² Art. 1340 c.c.: «Le clausole d'uso s'intendono inserite nel contratto, se non risulta che non sono state volute dalle parti».

⁵⁸³ Art. 1375 c.c.: «Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede».

⁵⁸⁴ Difatti, il termine «integrazione» sembra far riferimento a un'attività volta al perfezionamento di un qualcosa parziale e incompleto, almeno avuto riguardo a un determinato scopo. Diversamente, il lemma «inserzione» sembrerebbe indicare più un'attività volta all'aggiunta di un elemento a un corpo già di per sé completo. Pertanto, questa differenza semantica potrebbe suggerire – anche se esclusivamente sul piano delle mere supposizioni – una distinzione tra il fenomeno integrativo e quello della semplice inserzione di elementi nel contratto. Come si mostrerà *infra*, tale intuizione è corretta limitatamente al fatto che presagisce che le due norme (artt. 1374 e 1339 c.c.) che impiegano la sopraccennata distinta terminologia fanno riferimento a fenomeni integrativi diversi.

⁵⁸⁵ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 123.

⁵⁸⁶ Si v. l'ampia analisi di F. ZICARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 108 ss.

⁵⁸⁷ Ossia il fattore che all'interno di un ordinamento condiziona la soluzione giuridica di un problema. Si v. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1984, p. 3.

progetto incompiuto alla continua ricerca di un'identità provvisoria.

2. L'eterointegrazione e le trasformazioni del sistema delle fonti di costruzione del regolamento contrattuale: dall'integrazione antagonista dell'autonomia negoziale alla teoria precettiva

L'indeterminatezza del concetto giuridico di integrazione, nonché la neutralità delle disposizioni normative che disciplinano il fenomeno, tendenzialmente, hanno consentito a chiunque avesse voluto di farne la pietra angolare (o elemento confermativo) della propria personale ricostruzione del Sistema. Questa è una delle ragioni per cui le varie dottrine (e orientamenti giurisprudenziali) formatesi sul tema, lungi dal seguire un percorso evolutivo lineare, hanno spesso convissuto nella stessa epoca, dando vita a uno scenario caotico, disordinato, contraddittorio e incerto. L'unica costante è rinvenibile in una sorta di movimento pendolare⁵⁸⁸ delimitato dai due estremi costituiti, da un lato, da quelle posizioni che hanno visto nell'istituto uno strumento di ausilio (o sostegno) alla volontà privata e, dall'altro, da quelle teorie che hanno fornito una lettura del fenomeno svincolata dalle determinazioni delle parti, in quanto operante in piena autonomia e secondo logiche (o prospettive) legate agli interessi di carattere generale di cui l'ordinamento si fa portatore⁵⁸⁹.

Sono molteplici le prospettive attraverso le quali è possibile ricostruire le vicende che hanno interessato il fenomeno dell'integrazione contrattuale, tra queste, considerate le finalità dello studio, è preferibile assumere il punto di vista del sistema di fonti di costruzione del regolamento negoziale.

La fase iniziale della vicenda si caratterizza per la tendenziale presenza di un'unica fonte: la volontà dei contraenti. Quest'ultima ricopriva un ruolo dominante, se non totalizzante, nella costruzione della regola negoziale⁵⁹⁰. Pertanto, all'integrazione del contratto – considerata un'indebita ingerenza nell'e-

⁵⁸⁸ C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 1020.

⁵⁸⁹ Cfr. F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 110 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *o.u.c.*, p. 1019 ss. L'A. da ultimo citato imposta la contrapposizione a partire dal binomio integrazione-interpretazione. In particolare, «chi sia incline [...] a ricondurre alla volizione degli autori dell'atto [...] le modificazioni effettuali introdotte dalla regola privata e dunque tenda a ravvivare in essa un valore (sia pure, a sua volta, valutato dall'ordinamento), sarà condotto ad imperniare il discorso sul momento dell'interpretazione, considerata come lo strumento tecnico attraverso il quale la regola viene descritta ed individuata nella sua portata e nella sua fisionomia; ed in tale prospettiva l'integrazione sarà deputata a far emergere dal contratto “tutte quelle conseguenze che appartengono alla normalità dell'operazione economica in esso espressa”. Al contrario, chi prenda le mosse da una raffigurazione dell'atto di autonomia privata come “fatto sociale”, costruito in funzione delle esigenze dello scambio, ravviserà nell'integrazione (e dunque nel concorso di fonti eteronome rispetto alla regola privata alla costruzione della concreta disciplina del rapporto) lo snodo fondamentale dei rapporti tra atto di autonomia privata (degradato quest'ultimo, in tale prospettiva, a mera, e sia pure peculiare, fattispecie) ed ordinamento, depotenziando correlativamente il rilievo della volontà dei contraenti».

esercizio della signoria del volere delle parti – non restava che un ruolo marginale. In particolare, quella giudiziale veniva radicalmente esclusa, mentre quella legale (con funzione suppletiva) era ammessa esclusivamente in ipotesi estremamente residuali – ovverosia in presenza di una lacuna nel regolamento negoziale rispetto alle modalità esecutive del rapporto. Pertanto, in questa fase, il rapporto tra autonomia negoziale e integrazione deve essere ricostruito in termini antagonisti e conflittuali⁵⁹¹. L'eterointegrazione viene considerata nemica dell'autonomia e della libertà delle parti.

Nello scenario poc'anzi descritto, pertanto, è scorretto parlare di «fonti» di costruzione del regolamento contrattuale, la fonte (la volontà delle parti) è unica e assorbente. Neanche la lacuna, salvo i casi eccezionali espressamente previsti dalla legge, può giustificare l'intervento integrativo dell'ordinamento, in quanto la stessa mancata pattuizione diviene espressione della libertà (negativa) dei contraenti di non volersi vincolare rispetto al punto pretermesso⁵⁹².

La subordinazione dell'intera sistemica del contratto al dogma della signoria del volere, conduce conseguentemente a una ricostruzione fortemente riduzionista del fenomeno integrativo. Quest'ultimo viene ricondotto all'attività interpretativa⁵⁹³, intesa come ricerca della volontà dei contraenti.

Peraltro, proprio questo parallelo con l'ermeneutica permise, nei suoi sviluppi successivi⁵⁹⁴, riconfigurazioni dell'istituto tali da ampliarne (seppur limitatamente) l'ambito operativo. In particolare, si importò sul terreno del contratto il modello dell'integrazione della legge⁵⁹⁵, incentrato sul problema del riempimento delle lacune e sulla c.d. auto-integrazione⁵⁹⁶. Così facendo, l'operatività dell'integrazione contrattuale viene anch'essa subordinata alla presen-

⁵⁹⁰ «Siccome il negozio giuridico si fonda sulla volontà dei singoli, unicamente ad essi tocca di stabilire il contenuto dell'atto che vogliono compiere perché nessuno meglio di loro è giudice dell'opportunità o della convenienza di dare vita e disciplina ai rapporti che li concernono personalmente: a ragione quindi l'art. 1372 esordisce con la massima tradizionale "il contratto ha forza di legge tra le parti", la quale costituisce il cardine del nostro diritto privato». Così G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 210.

⁵⁹¹ Si v. V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 5.

⁵⁹² G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 223 ss.

⁵⁹³ Analoghi percorsi animarono anche la dottrina spagnola. Si v. ad es. A. CANO MATA, *La interpretación de los contratos civiles*, cit., p. 204 ss.

⁵⁹⁴ F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952, p. 364 ss.; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 208 ss.

⁵⁹⁵ Si v. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 230, ove afferma che siccome per interpretare il contratto «si deve tenere conto dei termini letterali di essa [della manifestazione di volontà] e della volontà che li ha dettati (art. 1362 al. 1), si dice generalmente che interpretare il negozio giuridico rassomiglia all'interpretazione della legge perché, per fissare il senso reale di ciò che si è disposto, si ricorre agli stessi mezzi dell'interpretazione letterale e di quella logica (art. 12 al. 1 cod. civ.). A questo punto però la somiglianza cessa perché, a differenza della legge, il negozio non tollera l'applicazione dell'analogia [...], perché esso in tanto obbliga in quanto sia voluto». Pertanto, non potendo operare l'analogia, nell'ambito del contratto il principio di autointegrazione si fonda sull'interpretazione.

za di una lacuna, da colmare implementando le logiche interne al contratto, così come volute dalle parti e cristallizzate nel regolamento negoziale. Il che equivale a riconoscere al contratto l'attitudine a completarsi per virtù propria, ossia, per l'appunto, ad auto-integrarsi⁵⁹⁷.

Pertanto, l'integrazione – secondo questa ricostruzione del fenomeno – consisterebbe in nulla più che nella ricerca della presumibile volontà⁵⁹⁸ dei contraenti, così come ricavabile dalla volontà manifestata. In altri termini, essa viene a concretizzarsi nella forme di un procedimento attraverso il quale estrarre da quanto le parti hanno effettivamente convenuto (ed espressamente dichiarato) la regola che le stesse avrebbero voluto a disciplina di quelle circostanze rimaste inevase. Si tratta, come evidenziato in dottrina, di una evidente operazione finzionistica⁵⁹⁹, che, parallelamente alla parabola tracciata dal dogma della volontà⁶⁰⁰, ben presto palesò la sua inadeguatezza nel giustificare e regolare un fenomeno che andava assumendo fattezze sempre più com-

⁵⁹⁶ Si v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 3 ss. L'A. osserva che la problematica dell'integrazione, o almeno la sua impostazione iniziale, «ricalca i moduli propri dell'integrazione della legge, più precisamente dei procedimenti logici (ed analogici) elaborati al fine di consentire al sistema normativo di operare anche là dove manca una previsione esplicita (c.d. riempimento delle lacune). La logica che presiede a questi procedimenti è quella dell'autointegrazione, discendente dal dogma dell'onnipotenza del legislatore, dal quale si trae come conseguenza l'attitudine dell'ordinamento a completarsi per virtù propria, per il dispiegarsi di forza e logica ad esso interne. Riproposta sul terreno contrattuale, questa problematica ha consentito la costruzione di un modello analogo a quello indicato per la legge. [...]. Nascevano così due sistemi, costruiti l'uno a somiglianza dell'altro, entrambi retti dal principio d'autointegrazione, fondato, rispettivamente, sull'analogia e sull'interpretazione: due procedimenti affidati al medesimo soggetto (giudice) e di cui si constava la comune natura dichiarativa».

⁵⁹⁷ «Il dogma della volontà comporta, come conseguenza quasi inevitabile, l'assunzione della "sacralità" delle scelte volontaristiche individuali. L'ulteriore conseguenza è l'intangibilità di quelle scelte, da parte di qualunque fonte eteronoma. Solo il contratto potrebbe "autointegrarsi", mentre sarebbe precluso (*rectius*: assai limitato) l'intervento legislativo, ed assolutamente escluso quello del giudice». Così M.C. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 199.

⁵⁹⁸ Una volontà ipotetica (F. SCHULZ, *Der Irrtum in Beweggrund bei der testamentarischen Verfügung*, in *Gedächtnisschrift für Sechel*, 1927, p. 74) o irreal-ipotetica (H. SIBER, *Auslegung und Anfechtung der Verfügungen von Todes wegen*, in VON O. SCHREIBER (Hrsg.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, III, Berlin-Leipzig, 1929, p. 353 ss.). Si v. C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., p. 18 ss., il quale contrappone la volontà presumibile (o supposta, o in *abstracto*) – ossia ciò che deve considerarsi obiettivamente voluto dal dichiarante attraverso l'espressione di cui è assodata l'ambiguità – da un lato, alla volontà effettiva (o in concreto) e, dall'altro, alla volontà puramente ipotetica, cioè «quella volontà irreal che probabilmente sarebbe vera se il dichiarante avesse conosciuto il vero rapporto di fatto o avesse contemplato situazioni cui in realtà non fu posto mente, perché non previste o non conoscibili».

⁵⁹⁹ Sono numerosi gli A. che hanno criticato la finzione della presumibile volontà delle parti. Tra questi, in particolare, si v. E. ZITELMANN, *Internation Privatrecht*, II, Leipzig, 1912, p. 218 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 64 nota 17, e le indicazioni bibliografiche *ivi* indicate.

plesse⁶⁰¹.

Ciò portò parte della dottrina a una graduale riformulazione del problema. In particolare, l'attenzione degli interpreti si spostò dalla difesa dell'intangibilità della volontà dei contraenti al problema delle c.d. lacune contrattuali. Detto diversamente, in queste ricostruzioni l'integrazione contrattuale continua a svolgere un ruolo ausiliario, o meglio a sostegno dell'autonomia privata⁶⁰², ma nella riflessione dogmatica divengono centrali le questioni dell'identificazione delle lacune e della ricerca di un meccanismo integrativo che non ricada nella finzione della volontà presunta.

Sostanzialmente queste erano le questioni che la c.d. teoria precettiva⁶⁰³ si riproponeva di risolvere nell'ambito di una concezione dell'autonomia privata – intesa come autoregolamento di interessi – che se da un lato riconosceva valore precettivo alla regola privata, dall'altro subordinava l'acquisto dell'efficacia giuridica all'intervento dell'ordinamento. Esattamente nell'ambito di questa seconda fase veniva collocato il fenomeno integrativo. In altri termini, si affermava che all'atto del riconoscimento ordinamentale del precetto privato – e pertanto della fissazione degli effetti del regolamento – potesse operare un intervento esterno sullo stesso di tipo integrativo o correttivo, attraverso il quale garantire la conformità degli effetti giuridici con la funzione economico-so-

⁶⁰⁰ Si v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 44 ss., in particolare ove osserva che «la medesima concezione individualistica, che ispira il dogma della volontà, spinge inconsciamente a ricercare la giustificazione dell'effetto giuridico da spiegare, nella volontà della persona a carico o a profitto della quale si produce, o dalla cui attività si irradia, e così conduce ad esagerare il contributo che questa volontà porta al prodursi di quell'effetto, facendone ravvisare in essa la ragione esclusiva o precipua. Il male non sarebbe grave se per "volontà" dichiarata si dovesse intendere la stessa cosa che noi intendiamo per statuizione o precetto dell'autonomia privata. [...]. Ma il guaio si è che la parola "volontà" è polisensa, e ora, significa l'oggetto del volere, il voluto [...] o anche il contenuto del volere, lo scopo perseguito [...]; ora, invece, significa la facoltà, oppure l'attività del volere come fatto psichico interno (che nella sua realtà integrale resta integrale resta al di fuori del negozio giuridico). E allora è inevitabile che si equivochi di continuo fra volontà intesa quale facoltà psichica o quale fatto psicologico interno, e la volontà intesa quale oggetto o quale contenuto del volere». Pertanto, la volontà, così intesa, non potrebbe creare di per sé relazioni giuridiche, perché, in quanto elemento meramente interno alla persona, e come tale inafferrabile e incontrollabile, non sarebbe socialmente riconoscibile, a differenza della dichiarazione esterna della volontà. Si v. sul punto M.C. NANNA, *Eterointegrazione del contratto*, cit., p. 200 ss.

⁶⁰¹ Trasformazioni queste che interessarono anche l'integrazione della legge, ponendo in crisi, anche in tale contesto, la logica dell'autointegrazione. Si v. S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 5; K. LARENZ, *Richtsbildung als methodisches Problem*, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1965, p. 1 ss. Si v. anche N. BOBBIO, *La natura delle cose nella dottrina italiana*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1964, p. 503 ss.; L. RAISER, *Scienza giuridica e pratica giuridica*, in *Foro it.*, 1965, n. 2.

⁶⁰² «Con questa integrazione successiva all'interpretazione la legge continua a sorreggere l'autonomia privata [...]». Così F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 230.

⁶⁰³ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 63 ss.

ziale del negozio⁶⁰⁴. Il che significa individuare nella presenza di una lacuna che affetti il funzionamento del regolamento di interessi il necessario presupposto operativo dell'intervento integrativo sul contratto.

Sulla base di tale assunto, la dottrina in esame individuava, a seconda del tipo di lacuna, due vie alternative attraverso le quali l'intervento esterno sul contratto poteva realizzarsi. Nello specifico, nel caso in cui a essere lacunosa fosse soltanto la formula negoziale, interverrebbe la c.d. interpretazione integrativa⁶⁰⁵, ovvero una operazione volta alla ricostruzione della concreta idea del negozio, ricavabile dal contenuto logico e sociale dello stesso considerato nel suo complesso⁶⁰⁶. Diversamente, l'integrazione (solo con norme suppletive o dispositive) opererebbe nei soli casi in cui la lacuna affetti non tanto la formula, bensì la stessa idea (precepto) del negozio. Pertanto, una lacuna di tale gravità da non consentire all'interprete di ricavare il precepto dalla formula del regolamento contrattuale.

Al di là delle varie critiche rivolte a tale dottrina⁶⁰⁷, quel che qui interessa è evidenziare come essa, pur distanziandosi dagli orientamenti precedentemente riportati, presenti, sotto diversa forma, alcuni degli elementi inficianti la teoria volontaristica. In primo luogo, la scelta di far uso della controversa tecnica dell'interpretazione integrativa⁶⁰⁸, la quale – nel momento in cui riconduce ai

⁶⁰⁴ «La disciplina della legge non si arresta dinanzi al contenuto del negozio, limitandosi a registrarlo così come le parti l'hanno foggiato, ma abbraccia anche quello, chiarendolo, integrandolo e talvolta persino correggendolo». Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 63.

⁶⁰⁵ E. ZITELMANN, *Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines B.G.B.*, Berlin, 1889, p. 95 ss.; ID., *Internationales Privatrecht*, cit., p. 218 ss.; K. LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Leipzig, 1930, p. 92 ss. Cfr. L. ENNECCERUS, H.C. NIPPERDEY, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Marburg, 1931, p. 639 ss.; H. LEHMANN, *Allgemeiner Teil des B.G.B.*, Berlin-Leipzig, 1933, p. 209 ss. In Italia si veda E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 64 e 205 ss.; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., p. 18 ss. Va precisato che tra gli autori che ammettono e utilizzano la figura dell'interpretazione integrativa (*ergänzende Auslegung*) non vi è piena concordia sui confini tra la stessa, l'interpretazione e l'integrazione. Solo per fare alcuni es. si possono indicare F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., p. 360 ss., il quale ricomprende nell'interpretazione la c.d. interpretazione oggettiva di cui agli artt. 1367 ss., mentre l'inserzione di clausole di cui agli artt. 1339 e 1340 c.c. rientrerebbe nell'interpretazione integrativa. Diversamente per L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 674, la prima rientrerebbe nell'interpretazione integrativa, mentre la seconda nell'integrazione.

⁶⁰⁶ Afferma E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 205, che «l'interpretazione integrativa verte sui punti del regolamento negoziale che, pur non essendo stati abbracciati dalla formula, rimasta inadeguata, sono tuttavia compresi nella idea ch'essa esprime, e, quindi sono inquadri pur sempre nel contenuto del negozio».

⁶⁰⁷ Si v., in particolare, N. IRTI, *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in ID., *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, p. 48 ss.

⁶⁰⁸ Osserva M. ALLARA, *Il testamento*, Padova, 1936, p. 341 ss., che la stessa espressione interpretazione integrativa sarebbe discutibile e conterebbe una contraddizione in termini. *Contra* G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, p. 167,

contraenti quelle parti del regolamento contrattuale frutto di integrazione in quanto «intelleggibili e riconoscibili dalle stesse», anche nel caso in cui queste non ne fossero consapevoli⁶⁰⁹ – non sembra totalmente immune da quelle stesse accuse di finzionismo che interessarono la teoria della c.d. volontà presu-mibile⁶¹⁰. In secondo luogo, essa, più che superare il dogma della volontà, si limitava a sostituirlo con quello della supremazia della determinazione privata, consacrando l'assoluta intangibilità del contratto⁶¹¹.

Ciononostante, tale dottrina ha l'indubbio merito di aver aperto il sistema di fonti di costruzione del contratto, prevedendo a tal fine il possibile intervento di fonti diverse dalla volontà dei contraenti. Un sistema, in ogni caso, gerarchizzato in favore della dichiarazione pattizia⁶¹², mentre al fenomeno integrativo – circoscritto ai soli casi di mancata o incompleta determinazione delle parti – non resta che un'operatività subordinata e servente⁶¹³. Pertanto, uno scenario ancora dominato dalla dichiarazione di volontà, considerata elemento motore della vicenda negoziale, e, rispetto alla quale, l'ordinamento si

nota 1. Nella dottrina spagnola si vedano le osservazioni di J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, 1977, p. 230 ss.; J. CAFFARENA LAPORTA, *El requisito de la identidad de pago en las obligaciones genéricas*, in *An. der. civ.*, 1985, p. 916 ss.; J.A. AGUILA REAL, *Las condiciones generales*, cit., p. 371 ss.; M. GARCIA AMIGÓ, *Integración del negocio jurídico*, in *Revista de Derecho Notarial*, 1980, p. 120 ss.

⁶⁰⁹ «In quanto intelleggibili per ovvia illazione, quella idea, più ampi della formola, che si sia guadagnata per via di interpretazione, si presenta riferibile al dichiarante come sua propria. Se anche nel caso specifico questi non ne fu consapevole, pure è chiaro che egli, riflettendo sulla portata logica e sociale della propria dichiarazione, avrebbe potuto rendersi conto di quel significato più esteso poi messo in luce per via d'interpretazione: ciò era suo onere». Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 205 ss.

⁶¹⁰ Si v. M. SERRANO FERNANDEZ, *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos. ¿Hacia una unificación de la hermenéutica contractual?*, Valencia, 2005, p. 151 ss.; M. GARCIA AMIGO, *La integración del negocio jurídico*, cit., p. 120 ss.

⁶¹¹ «Da un lato, entrambe le tesi presuppongono il volere “superiore” dell'autonomia privata, intoccabile e non suscettibile di “invasioni” dall'esterno; dall'altro, la teoria precettiva porta a conseguenze anche più estreme, proprio per aver garantito al negozio una portata sociale, esteriore e non solo consistente nell'individuale coscienza interna, contribuendo così ad accrescere il rilievo della “sacertà” delle contrattazioni private, e della assoluta “signoria” dell'autonomia privata». C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto*, cit., p. 202; V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 8 ss.

⁶¹² Si è osservato che questa impostazione, più che superare il dogma della volontà, si limitava a sostituirlo con quello della supremazia della determinazione privata. Così C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto*, cit., p. 202 ss.; V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 8 ss.

⁶¹³ «Le norme sull'interpretazione [...] hanno la precedenza logica sulle norme suppletive e dispositive. Invero, se esse attengono alla stessa fattispecie del negozio laddove queste ne concernono solo gli effetti, esse hanno la precedenza secondo il criterio che, dove c'è una dichiarazione delle parti [...], *ivi* non possono entrare in vigore norme che, come quelle suppletive o dispositive, provvedono a disciplinare gli effetti del negozio presupponendo l'assenza di qualsiasi dichiarazione o di una dichiarazione contraria». Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 206.

limita a riconoscere, pur con eventuali modifiche o accorgimenti, efficacia giuridica.

3. *Segue*: L'eterointegrazione e le trasformazioni del sistema delle fonti di costruzione del regolamento contrattuale: dall'art. 1374 c.c. come norma sulla fonti del regolamento negoziale al c.d. nuovo diritto dei contratti

Se compito della filosofia è abbattere dogmi senza edificarne di nuovi⁶¹⁴, non altrettanto può dirsi della scienza giuridica, che spesso abbatte dogmi proprio perché intende sostituirli con altri più vicini alla propria ideologia. Così, dietro alle radicali trasformazioni che interessarono il fenomeno dell'integrazione contrattuale si celava un più profondo ripensamento delle tecniche di normazione. In particolar modo, alla tradizionale forma di regolazione per fattispecie⁶¹⁵, da un certo momento in avanti, si è venuta ad affiancare, nonché a contrapporre, quella per clausole generali⁶¹⁶. E nell'ambito dell'integrazione contrattuale, la clausola generale per eccellenza (la buona fede) scalpitava per trovare uno spazio preminente nelle ricostruzioni del fenomeno⁶¹⁷.

Il processo di rivalutazione dell'integrazione prende piede, da un lato, riconoscendo efficacia integrativa anche alle norme cogenti – e non più solo a quelle dispositive – dall'altro ampliandone l'ambito operativo, riconducendovi previsioni normative che sino a quel momento avevano trovato diversa allocazione: gli artt. 1340, 1375, 1349 e, soprattutto, 1339 c.c.⁶¹⁸. In particolare,

⁶¹⁴ «Tutto ciò che la filosofia può fare è distruggere idoli. E questo significa non crearne di nuovi». L. WITTGENSTEIN.

⁶¹⁵ Al riguardo si v. A. CATAUDELLA, voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 926 ss.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 542 ss.

⁶¹⁶ In particolare si v. S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. Dir. commerciale*, 1967, p. 83 ss.; ID., *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 709 ss.; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 184 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 205 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, ivi, 1986, p. 21 ss.; A. GUARNIERI, voce *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1988, p. 403 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 9 ss.

⁶¹⁷ Secondo alcuni Aa. (ad es. G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 693 ss.; A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 715 ss.; A. NERVI, *o.u.c.*, p. 95 ss.) il tema dell'eterointegrazione del contratto si incrocia inevitabilmente con la questione della crisi della tecnica normativa della fattispecie in favore delle clausole generali.

⁶¹⁸ «L'integrazione può avere luogo, oltre che con norme suppletive concernenti i c.d. elementi naturali del negozio, [...], anche norme dispositive e magari cogenti, relative sia al contenuto che agli effetti del negozio: così riguardano il contenuto le norme poste negli artt. 1339, 1340; [...]. Riguardano gli effetti le norme contenute negli artt. 1374 e 1375: [...]. Alla fine, si ha integrazione anche quando, per volere delle parti, un terzo determina elementi del contratto:

quest'ultimo articolo, la cui portata integrativa è difficilmente contestabile, era stato oggetto di aspre e variegata critiche, nonché di interpretazioni fortemente riduttive volte all'emarginazione di una disposizione normativa che appariva un errore o, nei migliori dei casi, il lascito di una fase storico-politica ormai conclusa. Una norma, pertanto, da considerare implicitamente abrogata in quanto chiaramente in contrasto con una concezione dell'integrazione ancillare rispetto alla volontà delle parti⁶¹⁹.

Ricomprendere sotto una categoria (o meglio, fenomenologia) unitaria le norme poc'anzi indicate richiedeva la risoluzione di una serie di questioni relative ai loro diversi ambiti e contesti operativi, nonché alle interferenze e connessioni che ne caratterizzano le relazioni reciproche⁶²⁰ e quelle con la disciplina generale del contratto. In altri termini, tale operazione richiedeva uno sforzo ricostruttivo orientato alla considerazione e trattazione del fenomeno sotto il profilo sistematico⁶²¹.

L'aver stabilito un collegamento con le altre componenti (soprattutto costituzionali) dell'ordinamento permise all'integrazione di assumere nuovi contenuti e funzioni. In particolare, inizia ad affermarsi una concezione dell'istituto come portato della volontà dell'ordinamento giuridico, fondata su ragioni di correttezza, di socialità e di etica, nonché orientata alla difesa dei contraenti bisognosi di particolare protezione giuridica (c.d. aspetto sociale dell'integrazione del contratto)⁶²². Questa nuova coloritura assunta dall'istituto nell'ordinamento italiano permise di rimarcare le differenze e la lontananza rispetto alla configurazione affermata nel Sistema giuridico tedesco, e, così facendo,

1349». Così L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 674 ss.

⁶¹⁹ Si v. F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 108 ss. L'A. osserva come «tali proposte indicano una chiara presa di posizione nei confronti del problema nella sua globalità; perché l'art. 1339 è quella norma tanto spesso, ma anche tanto illogicamente, criticata, che senz'altro prescrive, e quel che più conta in via generale e cioè con la dignità del principio strutturale, un intervento diretto della volontà pubblica, ossia dell'ordinamento statale, nel regolamento contrattuale stesso, sovrapponendosi in piena autonomia, e non in posizione asservita e vicaria, al precetto dei privati». Lo stesso A., inoltre, ricomprende tra le dottrine che per prime si distanziarono dagli orientamenti c.d. tradizionali anche L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948, p. 227 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, pp. 103 ss. e 271 ss.

⁶²⁰ Avuto particolare riguardo alle questioni che sorgono dal loro apparente sovrapporsi e intrecciarsi. Si v. sul punto F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 118.

⁶²¹ «Il contratto è da considerare nel seno di quello, che potrebbe chiamarsi un "ambiente normativo" sempre preesistente e presupposto e nel quale esso si inserisce e trova spiegazione». Nonché «l'art. 1374 getta luce sull'intera disciplina del contratto, in quanto conduce al risultato che non tutti gli effetti del contratto sono da riportare alla volontà dei contraenti. Ciò va riconosciuto, pur senza sottovalutare tale volontà: peraltro, inquadrando questa, in un più vasto e comprensivo sistema di principi». Così F. MESSINEO, *Contratto*, cit., pp. 936 e 938.

⁶²² Si v. F. MESSINEO, *o.u.c.*, p. 936; J. ROCA GUILLAMÓN, *Comento al art. 1258 c.c.*, cit., p. 427 ss.

fu possibile svincolarlo dal problema del riempimento delle lacune⁶²³.

La partecipazione di fonti esterne alla costruzione del regolamento contrattuale non viene più considerata un incidente (per certi aspetti ineliminabile) a danno dell'autonomia negoziale. Al contrario, entra a far parte di quel complesso di fenomeni che a vario titolo connotano il normale funzionamento di un contratto sempre più considerato nella sua dimensione dinamica, ovvero sia come procedimento o comunque vicenda che si sviluppa nel tempo⁶²⁴.

Ciò che seguì fu il rivoluzionamento dei rapporti tra fonte autonoma e fonti eteronome. In particolare, nella sistematica del contratto l'art. 1374 c.c. – ora intesa come norma sulle fonti di costruzione del regolamento contrattuale – prende il posto che apparteneva all'art. 1322 c.c., ovvero sia diviene la norma centrale della disciplina di un contratto ora concepito come struttura normativa aperta⁶²⁵ o strumento a plurimo impiego⁶²⁶. Pertanto un contratto non più al servizio dei soli interessi delle parti, ma anche di quegli interessi di carattere generale⁶²⁷ che trovano ingresso nel regolamento negoziale attraverso le fonti legali (leggi e usi) e giudiziali (equità e buona fede). Sicché, sebbene l'iniziativa nella costruzione del regolamento negoziale spetterebbe pur sempre alle parti, quest'ultimo sarebbe assoggettato anche a un punto di vista differente ed esterno, ispirato ai valori solidaristici della Costituzione. Punto di vista esterno predeterminato dalla legge o desunto dal giudice, ma in ogni caso destinato a prevalere in caso di divergenza⁶²⁸ e orientato alla funzionalizzazione del regolamento contrattuale per la contemporanea realizzazione di interessi di natura sociale, collettiva e pubblica⁶²⁹.

Tale operazione ricostruttiva – realizzata negando la scissione tra contenuto ed effetti del contratto⁶³⁰ ed evidenziando l'autonomia delle problematiche alla base dal fenomeno integrativo rispetto a quelle assolute dall'interpretazione – svincola l'art. 1374 c.c. dal problema delle lacune, concepandola non più come una norma suppletiva o completiva, bensì come norma (al pari dell'art.

⁶²³ «Nella dottrina tedesca, la materia dell'integrazione del contratto è presentata sotto un aspetto diverso, che presso di noi: si parla di riempimento di lacune del contratto. Ma tale locuzione [...], sembra da evitare, almeno con riguardo al nostro ordinamento giuridico, nel quale, le lacune sono intese in significato tecnico diverso, poiché sono riferite esclusivamente alle norme giuridiche». Così ancora F. MESSINEO, *o.u.c.*, p. 936.

⁶²⁴ Si v. M. BARCELONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, cit., p. 526, ove parla della tendenza al superamento «della tradizionale riduzione del concetto normativo di contratto a quello di autonomia privata e di rappresentare quest'ultima semplicemente come una delle varie componenti di un regolamento negoziale unitario, non scindibile [...]».

⁶²⁵ Così M. BARCELONA, *o.u.c.*, p. 526.

⁶²⁶ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 271.

⁶²⁷ V.L.H. CLAVERÍA GOSALBEZ, *Interpretación, calificación e integración del contrato*, cit., p. 1653 ss.; J. ROCA GUILLAMÓN, *Comento al art. 1258 c.c.*, cit., p. 426 ss.

⁶²⁸ Si v. sul punto M. BARCELONA, *o.u.c.*, p. 526.

⁶²⁹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 57.

⁶³⁰ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, pp. 56 ss. e 62 ss.

1322 c.c.) sulle fonti del regolamento contrattuale⁶³¹. Ma le conseguenze più significative sul piano pratico si devono all'inclusione entro l'ambito del fenomeno integrativo della correttezza (e della buona fede). Tale fonte giudiziale, considerata specificazione del principio di solidarietà, diviene mezzo privilegiato – nonché dalle potenzialità tendenzialmente infinite e incontrollabili – per l'adeguamento del regolamento contrattuale alle finalità di ordine sociale perseguite dall'ordinamento⁶³².

Lungo un percorso solo parzialmente comune, si giungerà inoltre alla rivalutazione del ruolo integrativo dell'equità, sino all'estremo di riconoscerle funzione cogente⁶³³. Così facendo viene a comporsi un mosaico complesso, ove l'accresciuto rilievo assunto dalle fonti legali e, soprattutto, giudiziali conduce a un paradigma contrattuale nel quale l'accordo delle parti degrada a mero criterio di accesso a un regolamento alla cui formazione concorrono volontà, legge, usi, buona fede ed equità, secondo combinazioni sottratte alla disponibilità dei contraenti.

Restano sul piatto significativi problemi di coordinamento. Così, la complicata relazione tra gli artt. 1374 e 1339 c.c. viene risolta in termini di rapporto di genere a specie, da un lato, considerando il secondo una delle ipotesi più significative del fenomeno integrativo e, dall'altro, riconoscendo al primo l'efficacia invalidante e sostitutiva espressamente attribuita al secondo⁶³⁴. Una soluzione questa che in verità non ha convinto granché.

Difatti, non è sfuggito che l'art. 1374 c.c. così inteso, più che rappresentare il *genus* della *species* art. 1339 c.c., sembra costituirne una replica, seppur di contenuto più ampio. Quindi, accogliere siffatta interpretazione, significherebbe ammettere che il legislatore ha inutilmente introdotto un'identica norma in due luoghi distinti del Sistema⁶³⁵. Il che, se non altro, lascia qualche dubbio circa la coerenza interna di tale teoria, spingendo l'interprete a una più attenta analisi della sua consistenza sistematica.

Così, si è osservato come l'estensione del carattere cogente di cui all'art. 1339 c.c. anche alle fonti extralegali di cui all'art. 1374 c.c. (gli usi e l'equità)

⁶³¹ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 102.; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 365 ss.

⁶³² S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 112 ss.

⁶³³ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 245 ss. Va precisato che l'A., parallelamente a una rivalutazione del ruolo integrativo dell'equità, nega che sia possibile riconoscere alla buona fede-correttezza funzione integrativa.

⁶³⁴ Questa la sintesi di M. BARCELLONA, *o.u.c.*, p. 527, delle teorie di S. RODOTÀ, *o.u.c.*, *passim* e F. GAZZONI, *o.u.c.*, *passim*.

⁶³⁵ C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 1029. L'A. osserva come «la giustapposizione dell'art. 1374 all'art. 1339 non è soltanto tale da condurre ad accreditare l'assetto normativo del codice di un'innocua ripetizione, che potrebbe pur sempre essere spiegata come un difetto di coordinamento (ancorché abbastanza singolare, in un testo normativo di elevata qualità tecnica). Essa rischia anche di dare luogo ad una serie di equivoci, o di falsi problemi [...]».

fosse priva di fondamento, in quanto l'articolo da ultimo citato – avuto riguardo alle fonti diverse dalla legge – non contiene né quel principio di sostituzione che compare nell'art. 1339 c.c., né quella comminatoria di nullità che opera ex art. 1418 c.c. (in combinato disposto con l'art. 1343 c.c.) quando il contenuto del contratto è illecito⁶³⁶.

In definitiva, non sembrerebbe totalmente nel torto chi ha concluso per l'innattendibilità di ogni ricostruzione che elida le specificità tanto del fenomeno integrativo disciplinato dall'art. 1374 c.c., quanto di quello dell'inserzione automatica di clausole ex art. 1339 c.c.⁶³⁷.

Il problema dell'integrazione del contratto – ora intesa come quell'attività che consente di far emergere dal contratto tutte quelle conseguenze che appartengono alla normalità dell'operazione economica⁶³⁸ – viene ricollocato sul livello dei presupposti operativi delle singole fonti integrative. Per questa via – attraverso la riduzione e riconduzione del fenomeno eterointegrativo a quello ermeneutico⁶³⁹ – torna centrale la questione delle lacune contrattuali. In particolare, si precisa che il vero problema è comprendere quali lacune portano all'applicazione dell'art. 1374 c.c., e che lo strumento a tal fine utilizzabile è l'interpretazione, rispetto alla quale l'integrazione opera in maniera subordinata. La soluzione viene individuata, da un lato, limitando l'operatività dell'istituto ai soli casi in cui il testo contrattuale sia esattamente individuabile, dall'altro distinguendo le ipotesi di contratto tipico (o socialmente tipico) dalle fattispecie negoziali totalmente atipiche. Distinzione questa fondata sull'assunto che mentre nel primo caso potranno intervenire in soccorso le norme della disciplina legale (o sociale) del tipo contrattuale di riferimento, nel secondo caso l'assenza di un qualsiasi schema tipico legittimerebbe l'operatività della fonte equitativa. Così facendo, pertanto, si riafferma l'ordine gerarchico delle fonti integrative di cui all'art. 1374 c.c., parallelamente riservando al solo art. 1339 c.c. la capacità invalidante e sostitutiva⁶⁴⁰.

Che gli orientamenti da ultimo riportati ripropongano una concezione del contratto incentrata sul dogma della supremazia del volere privato e, per questa via, sulla svalutazione dell'intervento integrativo⁶⁴¹, non sembrerebbe un

⁶³⁶ Così R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 419. Aderisce C. SCOGNAMIGLIO, *o.u.c.*, p. 1029 ss.

⁶³⁷ Così C. SCOGNAMIGLIO, *o.u.c.*, p. 1031.

⁶³⁸ G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 232.

⁶³⁹ G.B. FERRI, *o.u.c.*, p. 286 ss.

⁶⁴⁰ Si v. M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, cit., p. 529.

⁶⁴¹ Sino al punto da ricostruire l'art. 1374 c.c. e le altre disposizioni relative all'integrazione – in linea con gli orientamenti che avevano interessato l'art. 1124 c.c. Pisanelli – come norme sull'interpretazione del contratto, ossia come canoni ermeneutici aggiuntivi rispetto a quelli indicati al Capo IV del Titolo II del Libro IV del c.c. Si v. ad es. G.B. FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei principi Unidroit*, in *Contr. impr./Eur.*, 1996, p. 828 ss.

segreto. A questi, peraltro, si affiancarono gli studi di altra parte della dottrina⁶⁴² che, ponendosi all'estremo opposto del pendolo, cercarono di compensare l'incertezza (e l'imprevedibilità) insita nell'operatività in concreto della c.d. buona fede integrativa predisponendo articolati meccanismi di controllo della discrezionalità del giudice. Così, si è cercato di imbrigliare l'attività giudiziale creatrice di regole contrattuali attraverso l'elaborazione di modelli operativi, i quali – a seguito del recepimento nell'ordinamento italiano della teoria dell'obbligazione a struttura complessa – sfociarono in sistemi particolarmente complessi e variegati di obblighi integrativi (collaterali o accessori alla prestazione principale dedotta nel contratto). Sulla questione si tornerà approfonditamente in seguito⁶⁴³, per il momento basti anticipare che, così facendo, le dottrine in questione, lungi dall'aver risolto il problema della buona fede integrativa, giungono a tradirne l'essenza più profonda.

Infine, in tempi relativamente recenti, il tema dell'integrazione contrattuale ha visto una ripresa di interesse⁶⁴⁴ dovuta principalmente al fenomeno della europeizzazione delle fonti del diritto e agli stimoli (nonché alle problematiche) derivanti dal «nuovo diritto dei contratti»⁶⁴⁵. Così, dalla prima prospettiva, sono comparsi studi orientati alla questione della riconducibilità degli atti comunitari entro il sistema delle fonti di integrazione del contratto di cui all'art. 1374 c.c.⁶⁴⁶. Mentre, dalla seconda – rispetto alla quale si rinvia all'ampia

⁶⁴² Si v. ad es. C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede*, cit., p. 209 ss.; F. PIRAINO, *L'integrazione del contratto e il precetto della buona fede*, in F. VOLPE (diretto da), *Correzione e integrazione del contratto*, Torino, 2016, p. 175 ss.

⁶⁴³ *Infra* Cap. V, §§ 14 e 15.

⁶⁴⁴ Si segnala l'incontro di studio svoltosi il 6 luglio presso il dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Genova “*La rilettura di un classico: Le fonti di integrazione del contratto*”, i cui lavori sono parzialmente confluiti in *Politica del diritto*, 2018, p. 83 ss. Per A. FEDERICO, *L'integrazione del contratto e la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle clausole abusive*, cit., p. 298 ss., il rinnovato interesse si deve anche alla necessità di ripensare l'istituto anche al di fuori dell'ambiente codicistico, per raccordarlo con la categoria contrattuale, oggi da leggere e da studiare – dopo i radicali mutamenti della normativa postcodice, soprattutto di derivazione europea – nel segno della complessità.

⁶⁴⁵ Ossia il diritto contrattuale di derivazione europea. Facendo riferimento ai soli lavori monografici si v. ad es. M.C. VENUTI, *Nullità della clausola*, cit., *passim*; A. D'ADDA, *Nullità parziale*, cit., *passim*; A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., *passim*; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., *passim*; M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale*, cit., *passim*; F. VOLPE (diretto da), *Correzione e integrazione del contratto*, Torino, 2016, *passim*; G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, *passim*; V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., *passim*.

⁶⁴⁶ M.A. LIVI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 380 ss. Cfr. V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., *passim*, seppur quest'ultimo studio è orientato a finalità ben più ampie. Si v. infine M. SERRANO FERNANDEZ, *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos. ¿Hacia una unificación de la hermenéutica contractual?*, Valencia, 2005, *passim*.

trattazione già svolta nel precedente capitolo – ci si è interrogati sull'utilizzabilità dei modelli integrativi di diritto comune ai fini della correzione o conservazione del contratto nelle ipotesi (di diritto derivato) di nullità parziale necessaria.

Tali studi sono accomunati da un approccio prevalentemente pratico, ossia sostanzialmente rivolto ai concreti problemi applicativi che il diritto derivato europeo presenta rispetto al fenomeno integrativo. Non sono mancati, peraltro, studi ispirati da una finalità maggiormente ricostruttiva-sistematica, ossia orientati a una rilettura dell'istituto alla luce delle trasformazioni indotte dal diritto comunitario. In particolare, facendo prevalente riferimento ai contratti del consumatore, si è riconosciuta in capo all'integrazione una (nuova) funzione c.d. conformativa⁶⁴⁷, in quanto diretta a modellare il regolamento contrattuale depurato dal patto giudicato abusivo.

La teoria da ultimo menzionata muove dalle c.d. nuove invalidità previste dal diritto derivato, le quali si differenzierebbero da quelle di diritto comune per la circostanza di assolvere una funzione non solo dissuasiva e demolitoria, ma anche, per l'appunto, conformativa e costruttiva⁶⁴⁸. Connotati questi che finirebbero per ripercuotersi sulla configurazione dell'integrazione, la quale, conseguentemente, non si porrebbe più – come invece accadrebbe nel diritto comune – in termini di incompatibilità con la nullità.

In verità, come si mostrerà *infra*⁶⁴⁹, nella disciplina codicistica non si rinviene quella incompatibilità tra nullità e integrazione che tale teoria assume a premessa. Tale conclusione – oltre che trovare conferma nel collegamento tra gli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. – si fonda su una concezione dell'integrazione più ampia, ricomprensiva anche la modifica «per sottrazione» del regolamento contrattuale, ovvero sia attraverso la declaratoria di nullità di parte del suo contenuto. Pertanto, nelle disposizioni del codice civile non solo non si rinviene alcuna inconciliabilità tra nullità e integrazione, ma neanche una netta separazione.

Questa ricostruzione degli orientamenti che si sono succeduti (o spesso affiancati e fronteggiati) nel corso del tempo non consente di ricavare dall'uso e dal senso attribuito al fenomeno integrativo un significato tecnico-giuridico univoco. Difatti, considerata la disomogeneità delle ricostruzioni, non si rinviene quel nucleo comune di punti di vista, metodi e linguaggio necessario per la delineazione di una nozione essenziale e condivisa dell'istituto. Peraltro, come anticipato, non era questa la finalità della suddetta operazione. Diversamente, si intendeva semplicemente facilitare l'individuazione di quei punti cri-

⁶⁴⁷ A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., p. 146 ss.

⁶⁴⁸ V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia nella prospettiva europea dei rimedi*, in ID., *Il contratto in trasformazione*, cit., p. 275 ss.

⁶⁴⁹ Cap. V, § 4.

tici che, in quanto implicano una scelta valutativa da parte dell'interprete, rendono difficoltosa la ricostruzione dell'eterointegrazione contrattuale. Da questo punto di vista, è emerso come il nodo preliminare sia costituito dal tipo di rapporto che lega il fenomeno integrativo a quello ermeneutico, di conseguenza, converrà impostare l'indagine proprio a partire da tale problema.

4. Interpretazione (c.d. evolutiva)⁶⁵⁰ e integrazione del regolamento negoziale

Si è soliti affermare che l'ordinamento predispone una serie di strumenti correttivi del contratto orientati all'obiettivo della giustizia del contenuto negoziale. Tali interventi si porrebbero su due fronti diversi, l'uno in linea con le parti e l'altro con una correzione eterodiretta dell'assetto negoziale⁶⁵¹. Nel primo caso, si fa riferimento all'interpretazione del contratto e, nel secondo, al fenomeno integrativo. Il che implica una netta separazione, funzionale ancor prima che strutturale, tra i due fenomeni. Il contratto andrebbe dapprima (e sempre) interpretato, in modo tale da ricostruire la volontà o il significato della dichiarazione delle parti, e solo successivamente (ed eventualmente), in

⁶⁵⁰ Per interpretazione evolutiva si intende «il costante adeguamento dell'atto storicamente compiuto alla realtà del tempo della sua attuazione». Così P. PERLINGIERI, *Appunti di «Teoria dell'interpretazione»*, Camerino, 1970, p. 4. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, cit., p. 249, parla dell'interpretazione evolutiva della legge in termini di «costante adeguamento del diritto alle trasformazioni della vita». Si tratta, in altri termini, di una dottrina che – partendo dagli insegnamenti di H.G. GADAMER, *Verità e Metodo*, cit., p. 446 («nella comprensione non si tratta affatto di una comprensione storica, che ricostruisca la genesi del testo. Si vuole comprendere il testo stesso») – nega la coincidenza tra momento genetico del contratto e momento ermeneutico dello stesso. L'interpretazione del contratto non sarebbe pertanto vincolata al momento storico nel quale si è cristallizzata la volontà contrattuale. Ciò in quanto il contratto (nella sua dimensione dinamica, funzionale e procedimentale) non può limitarsi a comporre soltanto gli interessi che risultano dalla configurazione che le parti ne hanno dato inizialmente, ma deve prestarsi anche a regolare i bisogni emersi durante la fase posteriore del contratto. La conferma della correttezza di tale modo di intendere l'attività ermeneutica viene rintracciata, da un lato, nel disposto dell'art. 1362, comma 2, c.c. (che dà rilievo alla condotta successiva dei contraenti) e, dall'altro e più in generale, dall'analisi delle norme di cui agli artt. 1362 e ss. c.c. che delinerebbero il procedimento ermeneutico secondo un percorso unidirezionale e non retroattivo, «che se dal testo del contratto effettivamente muove, ad esso no fa più ritorno». Così M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 185 ss. Cfr. G. LIOTTA, *Interpretazione del contratto e comportamento complessivo delle parti*, in *Riv. trim.*, 1977, p. 969 ss.; L. BARCHESI, *Il contenuto del contratto tra atto e rapporto*, Torino, 2005, p. 50 ss. Sull'interpretazione evolutiva si v. soprattutto E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 123 ss.; C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., p. 69 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, p. 286 ss.; F. MILANI, *L'interpretazione evolutiva*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1950, p. 316 ss. *Contra* N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim.*, 1999, p. 1143 ss.

⁶⁵¹ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., p. 35.

presenza di determinati presupposti, integrato al fine di correggere gli esiti della negoziazione privata.

Lo studio dell'eterointegrazione negoziale – sul livello precedentemente definito della giustificazione – impone l'approfondimento di questa opinione. Difatti, l'analisi dei rapporti in essere tra queste due attività è pregiudiziale a qualsiasi tentativo di ricostruzione del fenomeno integrativo che intenda coglierne la natura. Da questo angolo prospettico, le possibilità sono sostanzialmente tre: la riconduzione dell'eterointegrazione all'attività interpretativa; o a una sua particolare configurazione (c.d. interpretazione integrativa); o il riconoscimento dell'autonomia delle due attività, in quanto riferite a problemi distinti e operanti su piani diversi.

Ciò premesso, rispetto a una trattazione a largo raggio dei due istituti – che, ricercandone i lineamenti essenziali sul piano della teoria generale del diritto, verifichi l'esistenza di punti di contatto o sovrapposizione – parrebbe maggiormente efficace un'analisi circoscritta ai soli casi in cui integrazione e interpretazione si trovano a operare contestualmente su uno stesso regolamento contrattuale. Ciò, detto differentemente, non significa altro che studiare l'interpretazione di quei contratti che, entro uno stesso regolamento, disciplinano interessi sia individuali (di provenienza privata) che – quale conseguenza di un intervento integrativo – generali (di provenienza ordinamentale)⁶⁵².

Autorevole dottrina⁶⁵³ insegna che le regole ermeneutiche sono destinate a relativizzarsi in sede di applicazione, in ragione della loro permeabilità rispetto all'evoluzione del loro termine di riferimento, ovvero sia l'atto di autonomia privata⁶⁵⁴. Muovendo da questo angolo prospettico, i regolamenti contrattuali in parola, come anticipato, si caratterizzano per la circostanza che al loro interno interessi di natura evidentemente pubblica convivono, entro lo stesso regolamento contrattuale, con interessi privati (o meglio, aventi rilievo solo tra le parti). Essi non restano indifferenti gli uni con gli altri⁶⁵⁵, si crea necessariamente un rapporto (di coincidenza, di limite, di coordinamento o di strumenta-

⁶⁵² Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 105. L'A., rispetto all'ipotesi della concorrenza di una norma cogente con la determinazione privata, afferma che in questi casi «non v'è alcun problema di priorità delle norme interpretative o di quelle integrative; una volta che la fonte legale abbia operato si valuterà il regolamento nel suo complesso».

⁶⁵³ V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, p. 1 ss. Sulla storicità dei metodi interpretativi v. G. ALPA, *L'interpretazione del contratto. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, Milano, 1983, pag. 5 ss.

⁶⁵⁴ Così C. SCOGNAMIGLIO, «Statuti» dell'autonomia privata e regole ermeneutiche nella prospettiva storica e nella contrapposizione tra parte generale e disciplina di settore, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 1017. Sul tema Cfr. N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, cit., p. 1139 ss.

⁶⁵⁵ Cfr. F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 243; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, cit., p. 536.

lità). È la stessa unità dell'ordinamento giuridico che lo richiede⁶⁵⁶.

Da questo punto di vista, il contratto, in quanto strumento posto a servizio dei privati per il loro agire, è tutelato dall'ordinamento solo in funzione degli interessi che realizza. Pertanto, nell'ambito del contratto, il rapporto tra interesse generale e interesse privato non è mai di indifferenza, piuttosto è di meritevolezza⁶⁵⁷. Il rapporto che si instaura tra interesse pubblico e interesse privato va dunque stabilito all'interno della clausola di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., il cui contenuto deve essere a sua volta determinato alla stregua dei valori fondamentali dell'ordinamento⁶⁵⁸. Emerge in tal modo quell'immaginario contemporaneo del diritto dei contratti come momento di sintesi tra autonomia ed eteronomia, tra privato e pubblico, tra livelli e ordini differenti di regole⁶⁵⁹, nonché tra interpretazione e integrazione.

Ciò pone in evidenza l'artificiosità della distinzione fra ermeneutica legale e negoziale⁶⁶⁰, sulla quale è stata costruita la dottrina tradizionale dell'interpre-

⁶⁵⁶ G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, cit., p. 25. Pertanto, per poter condurre un'interpretazione rispettosa del canone della ragionevolezza, si dovrà necessariamente affrontare la questione dell'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata. Sul tema P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico*, cit., p. 933 ss.; ID., *Il diritto agrario*, cit., p. 698 ss.; E. BETTI, *Interesse (Teoria generale)*, cit., p. 839.

⁶⁵⁷ G. OPPO, *o.u.c.*, p. 25 ss.; P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico*, cit., p. 943. Sull'argomento v. G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., p. 1 ss.; G. PANZA, *Buon Costume e buona fede*, cit., p. 1 ss.; L. LONARDO, *Meritevolezza della causa*, cit., p. 38 ss.; R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 510 ss.

⁶⁵⁸ «L'interesse pubblico può servirsi del diritto privato, ma non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare del diritto privato ciò che gli è essenziale». Così G. OPPO, *o.u.c.*, pp. 28 e 41.

⁶⁵⁹ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 122 ss.; ID., *Il diritto agrario*, cit., p. 707; ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 173 ss.; D. MESSINETTI, *Personalità (diritti della)*, cit., p. 371 ss.; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 28.

⁶⁶⁰ «Per la dogmatica tradizionalista era molto diverso il senso dell'intenzione del legislatore e dell'intenzione comune dei contraenti. Quella è una regola. Questa è un fatto». Così A. GENTILI, *Sull'interpretazione dei contratti normativi*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 1165 ss.; Cfr. C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., p. 61 ss. Queste concezioni sono maggiormente interessate all'aspetto strutturale (ossia l'accordo delle parti) rispetto a quello funzionale del contratto. Conseguentemente, tali dottrine giustificano la distinzione in questione concedendo il contratto come fonte autonoma di specifici rapporti giuridici, destinata a tutelare gli interessi di determinati soggetti in un dato momento storico, e la legge come fonte eteronoma idonea, tramite norme generali e astratte, a regolare una pluralità di casi concreti, ad essa riferibili mediante sussunzione, e a durare nel tempo. Sul tema si v. M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, cit., p. 192 ss.

tazione del contratto⁶⁶¹. L'interpretazione, in realtà, è un'attività unitaria⁶⁶², sebbene relativa⁶⁶³. Difatti, in entrambi i casi (legge e contratto) si tratta di interpretare delle regole⁶⁶⁴, le quali possono formarsi in modo diverso ed avere una posizione diversa nell'ordinamento, ma restano pur sempre ontologicamente se stesse⁶⁶⁵. Pertanto, si tratta in ogni caso di ricostruire un regolamento di interessi, attraverso una valutazione di questi ultimi ispirata alla prevalenza di quelli più meritevoli secondo l'ordinamento⁶⁶⁶.

Pertanto, almeno in questi casi, non parrebbe possibile far coincidere lo

⁶⁶¹ G. CRISCUOLI, *Il contratto. Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*, Padova, 1996, p. 335 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1995, p. 409; A. RIZZI, *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, Milano, 2002, p. 86 ss.; J. GHESTIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, Paris, 1992, p. 7 ss.

⁶⁶² F. SCHREIER, *Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte*, Leipzig-Wien, 1927, p. 74 ss. Cfr. K. LARENZ, *Die Methode*, cit., p. 44 ss.; PH. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *Arch. civ. Prax.*, 1914, p. 56 ss. F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, p. 62 ss. Tra gli altri, evidenziano l'omogeneità dei criteri di interpretazione della legge e del fatto S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, III, Milano, 1953, p. 530 ss. Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 237 ss.; P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss. *Contra* C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., p. 65 ss.

⁶⁶³ Osserva E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 201, che «fra l'interpretazione di pronunce d'autorità, massime della legge (art. 12 disp. prel.) e l'interpretazione di atti d'autonomia (art. 1362 c.c.), la differenza non è nella funzione generale dell'interpretazione, che è sempre la stessa, ma nel modo di essere del precetto che ne costituisce l'oggetto. Laddove nella legge, come nella sentenza e nella pronuncia amministrativa, il precetto da interpretare si esaurisce nella formula prescelta e si reputa in essa oggettivato, nel negozio si può ricostruire il precetto anche oltre l'espressione verbale inadeguata, purché sia riconoscibile da altre circostanze rilevanti».

⁶⁶⁴ Difatti, oggetto dell'interpretazione è la regola (o il regolamento) e non il fatto. V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti*, cit., p. 98. Cfr. F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in F. GALGANO e G. VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, p. 52 ss. Si osservi, inoltre, che la teoria della norma giuridica, fin dalle sue prime formulazioni, si è posta come teoria generale, diretta a coprire tutta la giuridicità. Pertanto, secondo questa prospettiva anche l'attività negoziale sarebbe fonte di produzione di norme giuridiche. Si v. sul punto E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 575; ID., *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000, p. 183 ss.

⁶⁶⁵ Così A. GENTILI, *Sull'interpretazione dei contratti normativi*, cit., p. 1185, il quale afferma che i criteri di interpretazione della legge, fatta eccezione per l'analogia, sono applicabili anche al contratto, trattandosi in sostanza dello stesso metodo ermeneutico. Cfr. Cass., 26 gennaio 1985, n. 430, in *Mass. Giur. lav.*, 1985, p. 131 ss.; Cass., 20 dicembre 1983, n. 7519, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, p. 618 ss.; A. CESSARI, *L'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, 1963, p. 212 ss.

⁶⁶⁶ Dal punto di vista della *Interessenjurisprudenz*, l'interpretazione del contratto è dominata da quello stesso metodo di valutazione degli interessi che costituisce il principio basilare dell'interpretazione della legge. PH. HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, cit., p. 23 ss. Si v. sul tema C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., p. 64. In questo

scopo dell'attività interpretativa con la ricerca della volontà vera⁶⁶⁷ o dichiarata⁶⁶⁸ delle parti. Non convince totalmente neanche quella concezione che identifica lo scopo dell'ermeneutica contrattuale nella mera determinazione delle conseguenze giuridiche (gli effetti) del contratto⁶⁶⁹. In verità, l'interpretazione è un procedimento complesso e dinamico⁶⁷⁰, sistematico e teologico, assiologico e, soprattutto, normativo⁶⁷¹.

Proprio il carattere normativo di tale attività spinge a ritenere che interpretare un contratto – così come una legge – comporti, in primo luogo, la decisione di un conflitto tra interessi⁶⁷² attraverso un'adeguata valutazione e ponderazione degli stessi con riferimento al singolo caso. In altri termini, l'interpreta-

senso, nell'ambito della contrattazione collettiva di lavoro, Cass., 1 luglio 2002, n. 9538, in *Mass. Giur. lav.*, 2002, p. 826 ss. V. anche M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Torino, 2015, p. 43 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, «Statuti dell'autonomia privata», cit., p. 1034; E. BETTI, *Interesse (Teoria generale)*, cit., p. 839 ss.

⁶⁶⁷ Intesa quale volontà interna o psicologica. Si v. ad es., E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879, p. 14 ss.; F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, p. 27 ss.; F. CARNELUTTI, *L'interpretazione del contratto e il ricorso in Cassazione*, in *Id.*, *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, p. 399 ss.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit., p. 181 ss.; J. GHESTIN e M. BILLAU, *Les effets du contrat*, cit., p. 32 ss. Per una critica a questi orientamenti si v. C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., p. 96 ss., il quale individua nella determinazione della fattispecie contrattuale lo scopo dell'attività ermeneutica contrattuale. E. DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleiche ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage*, Jena, 1911, p. 62 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 200 ss.

⁶⁶⁸ Ossia come ricognizione del significato della dichiarazione G. MESSINA, *La simulazione assoluta*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, p. 401 ss.; E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 200 ss., «l'interpretazione che interessa il diritto è un'attività volta a indagare e ricostruire il significato da attribuire a una dichiarazione o ad un comportamento nell'orbita sociale in cui si svolge». Si v. anche F. HINESTROSA, *Interpretación de la conducta concluyente*, in C.A. SOTO COAGUILA (director), *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, II, Lima, 2007, p. 798, in particolare ove l'A. afferma che «se dice y se repite que la interpretación del negocio jurídico tiene por finalidad desentrañar la intención genuina de su autor o autores; que la tarea del juez al respecto consiste en ello, y dijérase que nada más que en ello, o sea, en últimas, en establecer la “voluntariedad real”, [...] aunque [...] lo importante y definitivo no es qué pudo haber querido este o aquel sujeto negocial, solo o junto con otro, sino cuál es el sentido común, socialmente reconocible y aceptable de su comportamiento dispositivo, cómo pudo haberlo entendido rectamente su destinatario u observador; y cómo lo entendió valorando la lealtad y la corrección de cada cual».

⁶⁶⁹ E. DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, cit., p. 58 ss.; M. CASELLA, *Premesse critiche a uno studio sulla interpretazione dei contratti*, in *Jus*, 1957, p. 20 ss.; G. CIAN, *Forma solenne*, cit., p. 16 ss.; M. ROTONDI, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1936, p. 371 ss. Per una critica si v. C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., p. 100, il quale, in particolare, afferma che «la determinazione degli effetti giuridici è un *posterius* rispetto a quel *prius* ch'è costituito dalla determinazione della fattispecie contrattuale: più esattamente, la determinazione delle conseguenze giuridiche involge una considerazione della volontà legislativa che non ha nulla a che vedere con l'attività interpretativa, che riguarda l'*id quod actum est*. Il che appare particolarmente evidente quando intervengano norme cogenti a trasformare, limitare o correggere il contenuto del contratto».

zione ha una funzione applicativa e, pertanto, uno scopo pratico⁶⁷³, in quanto volta «all'individuazione del regolamento d'interessi, del valore del contratto nella sua dimensione regolamentare, il suo significato giuridicamente rilevante»⁶⁷⁴. Queste affermazioni, peraltro, necessitano di alcune precisazioni.

5. *Segue: il contratto come interpretazione*

«Non c'è nessun oggetto indipendentemente dalla sua conoscenza, anzi si trova ogni essere, ogni realtà all'interno della conoscenza»⁶⁷⁵, e la conoscenza non può prescindere dalla valutazione⁶⁷⁶. Pertanto, seppur vero che l'individuazione degli effetti giuridici del contratto costituisce la conseguenza, per così dire, pratica dell'interpretazione, parrebbe altrettanto corretto affermare che l'attività ermeneutica assume una portata ben più ampia. L'interpretazione

⁶⁷⁰ Ossia, l'interpretazione è tesa a ricostruire ciò che è avvenuto in una prospettiva dinamica, rivolta non al passato, bensì alla fase attuativa. Così P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione*, cit., p. 826 ss.

⁶⁷¹ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 91 ss., individua tre possibili funzioni dell'attività interpretativa: la funzione meramente conoscitiva o ricognitiva, la quale si rinviene in qualsiasi processo interpretativo. Su questa si innestano le altre due funzioni, in tal modo specificando la prima: la funzione riproduttiva o rappresentativa, nella quale l'intendere non è fine a se stesso, ma mezzo di un fine ulteriore, che è il far intendere a un dato uditorio; la funzione normativa, nella quale parimenti l'intendere serve ad un fine ulteriore, che è quello di fornire la massima della decisione o, in genere, dell'azione, in ordine a una presa di posizione nella vita sociale. Quest'ultima funzione è caratterizzata dal problema dell'intendere per agire o, comunque, per decidere, ossia per prendere posizione rispetto a precetti da osservare o in ordine a dogmi, valutazioni morali, o situazioni psicologiche da tenere in conto. In proposito, non soltanto il rappresentare, come attività teoretica diretta a provocare un'esperienza contemplativa (intellettiva o estetica), ma anche l'agire, come attività pratica diretta a decidere e a prender posizione in una situazione data, può essere vincolato e comandato da una direttiva prestabilita. Se nel rappresentare si tratta di riprodurre dal di dentro un pensiero discorsivo o intuitivo, cui l'interprete è vincolato, nell'agire o decidere si tratta di desumere il criterio della decisione o la massima dell'azione da un principio direttivo cui l'agire o decidere deve conformarsi secondo un ordine giuridico, o morale, o sociale.

⁶⁷² PH. HECK, *Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1933, p. 19 ss.; E. BETTI, *Interesse (Teoria generale)*, cit., p. 839 ss.

⁶⁷³ M. CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione. Contributo a una ricerca di diritto positivo*, Milano, 1961, p. 117 ss.

⁶⁷⁴ Così M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione*, cit., p. 6, aderendo alla dottrina di P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione*, cit., p. 826 ss. e V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti*, cit., *passim*.

⁶⁷⁵ Si tratta della concezione idealista della conoscenza creativa di Kant, contrapposta alla concezione empirico-realistica per la quale un oggetto per poter essere conosciuto deve esistere. Si v. sul tema E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, p. 1 ss.; K. LARENZ, *Methodenlehre*, cit., p. 231 ss.; K.L.M. WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1982, p. 1 ss.

⁶⁷⁶ «Interpretare vuol dire comprendere, quindi giudicare». Così G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, p. 1.

non chiarisce il senso del contratto, per certi aspetti lo crea, seppur lungo un percorso demarcato da limiti rinvenibili in elementi fattuali (attinenti alla dichiarazione di volontà delle parti⁶⁷⁷ e alle circostanze del caso concreto) e giuridici (le norme ermeneutiche, quelle relative alla disciplina sostanziale del contratto e i principi dell'ordinamento). In altri termini, prima che intervenga l'operazione ermeneutica non si ha alcun contratto. Quest'ultimo semplicemente non esiste, in quanto sprovvisto di un qualche significato sociale o giuridico. Vi è solo un comportamento estrinseco delle parti (normalmente una dichiarazione), il quale, peraltro, se non interpretato – ovverosia se non fatto oggetto di un'operazione di attribuzione di senso – non potrà avere nessuna funzione⁶⁷⁸ e alcun effetto vincolante, né sul piano sociale, né a maggior ragione su quello giuridico. Solo interpretando tale comportamento, alla luce del complessivo ordinamento giuridico, il contratto potrà venire a esistenza e acquisire validità ed efficacia giuridica⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ «La comune intenzione, come dimostra l'ampia fenomenologia contrattuale che privilegia criteri ermeneutici oggettivi, è non già il fine dell'interpretazione, ma piuttosto uno dei criteri o strumenti che concorrono a conferire senso alle clausole contrattuali». Così M. PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 47 ss.

⁶⁷⁸ Cfr. «la funzione del negozio dipende dall'interpretazione dello stesso, come quest'ultima dalla prima». Così V. RIZZO, *L'interpretazione dei contratti*, cit., p. 25. Si v. anche A. LÜDERITZ, *Auslegung von Rechtsgeschäften. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879, p. 4 ss.

⁶⁷⁹ «Si è anche osservato che ponendosi l'interpretazione tra la fase dell'esistenza, della validità e quella dell'efficacia non dovrebbero sussistere, in linea di principio, interferenze tra questi momenti; per contro si è a più riprese constatato che, data l'unitarietà del fenomeno disciplinato, se queste scissioni possono essere tenute ferme in linea astratta ed al fine di evitare commistioni tra indagini che si pongono a diversi livelli, sul piano della concretezza esse vengono costantemente misconosciute dipendendo ad es. il giudizio di validità e di efficacia direttamente dall'interpretazione che si opera. Anzi si sono riscontrati legami così stretti che spesso risulta difficile distinguere l'un capo dall'altro». Così V. RIZZO, *o.u.c.*, p. 505 ss. Per quanta riguarda la questione della validità, l'A. osserva che al fine di valutare se un determinato comportamento può configurarsi come negozio o meno, la volontarietà, la coscienza di emettere una dichiarazione negoziale o la sua imputabilità, si deve determinare il senso giuridicamente rilevante di tale dichiarazione per accertare se se ne è avuta coscienza o se essa è imputabile e, in definitiva, se si è in presenza di una manifestazione negoziale o no. Nello stessa direzione le osservazioni di N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Roma, 1970, p. 325. Trattasi di posizioni sostenute da tempo dalla dottrina tedesca. Si v. ad es. K. LARENZ, *Die Methode*, cit., p. 82 ss. *Contra* G. CIAN, *Forma solenne*, cit., p. 40 ss.; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 252 ss. Secondo quest'ultimo A. «una semplice esigenza logica avverte che l'attività di interpretazione presuppone l'esistenza e l'accertamento del fatto da interpretare». Riguardo al rapporto esistente tra interpretazione e giudizio di validità, rispetto alla tradizionale opinione secondo la quale il secondo atterrebbe ad aspetti relativi alla fase del procedimento di formazione e pertanto l'interpretazione potrebbe operare soltanto avendo ad oggetto un contratto valido, l'A. osserva come essa venga spesso rinnegata sul piano pratico. In particolare, evidenziando il ruolo dell'interpretazione nella valutazione di cui all'art. 428 c.c. del carattere vantaggioso o svantaggioso del negozio posto in essere da un incapace, o, in tema di nullità per mancanza di forma, nell'accertamento della necessità della forma *ad substantiam* per un dato

Si tratta di un'operazione che, vista la sua portata, è necessariamente varia, articolata, complessa, nonché circolare. Un'operazione questa che va dal momento in cui si constata il comportamento materiale dei contraenti fino a quello in cui si edificano gli effetti giuridici della dichiarazione⁶⁸⁰.

In conclusione, l'interpretazione è volta alla ricostruzione del valore del contratto, e quest'ultimo – esattamente come il diritto⁶⁸¹ – è tutt'uno con l'interpretazione che ne risulta⁶⁸².

Se questa è la portata dell'attività ermeneutica del contratto – la quale discende direttamente dall'unitarietà del suo oggetto⁶⁸³ – risulta quanto meno ar-

contratto. Infine, per quel che concerne i rapporti tra interpretazione ed efficacia, questi verranno approfonditamente trattati *infra* (§ 6 e ss.).

⁶⁸⁰ Cfr. R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 374, secondo il quale «l'interpretazione è determinazione di fattispecie, mentre la norma suppletiva è determinazione di effetto giuridico. [...] Ri-conducendolo ad effetto giuridico, si rende ovvia l'affermazione che l'interpretazione è deduzione di effetti giuridici».

⁶⁸¹ Per un approfondimento sul tema, avuto particolare riguardo alla connessione esistente tra interpretazione e scienza del diritto, si rinvia a K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, *passim* e A. FALZEA, *Il concetto di diritto*, cit., *passim*.

⁶⁸² «Nell'interpretazione o comprensione l'atto viene rivissuto dall'interprete, riprodotto nel suo spirito, fatto proprio, fatto sostanza del suo spirito. Nello spirito dell'interprete l'atto rivive e in questo suo rivivere tende a spiegarsi o dispiegarsi: spiegamento o dispiegamento della realtà nel nostro spirito che ne è poi la vera storia, poiché non si può comprendere un atto senza spiegarlo in noi, senza vederne la portata nel suo mondo: solo ciò che è spiegato o dispiegato nel nostro spirito, fatto sua sostanza è veramente conosciuto, cioè posseduto. Questo riprodursi o rivivere dell'atto in noi va inteso nella sua vera portata. L'interprete, facendo rivivere o riproducendo nel suo spirito l'atto da interpretare, non si limita a rappresentarlo così come era presso il suo autore, ché questa sarebbe ancora mera convinzione o affermazione dell'atto come accadimento, ma lo rivive o riproduce in sé come un principio o un punto di vista, dal quale spiegare l'attività, cui l'atto appartiene. Ogni atto, sia esso atto di pensiero di volontà o atto estetico, reca in sé o costituisce un principio, punto di vista o criterio per pensare o volere o rappresentare il mondo. E l'atto non è veramente inteso o posseduto, se non venga considerato in quel senso come principio o criterio. Tale è la funzione dell'interprete: egli deve vedere in quale modo col criterio o principio, costituito dall'atto da interpretare, viene pensato o voluto o rappresentato il mondo o, più precisamente, viene spiegata l'attività, cui l'atto appartiene». Così G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, cit., pp. 3 e 4.

⁶⁸³ Per la concezione unitaria del fenomeno della ricostruzione del contenuto del contratto si v. L. DíEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 334 ss. Come si mostrerà *infra* trattando il tema dell'oggetto dell'intervento integrativo (contenuto o effetti del contratto), la netta separazione tra interpretazione e integrazione – così come quella tra interpretazione e qualificazione – riflette una concezione dei rapporti tra società e Stato, nonché tra individuo e ordinamento improntati alla medesima logica di divisione che trova espressione a livello di tecnica giuridica con la teoria della fattispecie e con la pratica della sussunzione. Pertanto, nel momento in cui si aderisce a una concezione unitaria dell'ordinamento (come del contratto) e, pertanto, si intenda il regolamento negoziale come un'entità che al suo interno presenta sia l'aspetto sociale che quello giuridico, da cogliere unitariamente, o semplicemente si venga a intendere l'interpretazione in termini di valutazione giuridica, allora verrà a cadere il più importante criterio di differenziazione tra interpretazione e integrazione. Si v. V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti*, cit., p. 527 ss.

duo concepire il fenomeno eterointegrativo come qualcosa di estraneo (seppur collegato) ad essa. Parrebbe maggiormente coerente ricomprenderlo nell'ambito del più ampio procedimento ermeneutico volto alla ricostruzione del valore del contratto. Ossia come parte di un unico procedimento circolare – ricomprendente qualificazione⁶⁸⁴ e integrazione⁶⁸⁵ – volto alla ricostruzione del complessivo regolamento di interessi. Operazione questa da condurre tenendo in considerazione sia le determinazioni delle parti che quelle dell'ordinamento giuridico, attraverso la lettura sistematica delle clausole, dei principi e degli interessi di cui il contratto si fa portatore non solo rispetto alla specifica disci-

⁶⁸⁴ Sui rapporti tra interpretazione, qualificazione e integrazione si v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 612 ss. L'A. osserva che la tesi (in particolare E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 99 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 686) che distingue rigidamente interpretazione e qualificazione – affermando che la prima riguarderebbe la conoscenza dell'atto, la determinazione del significato delle espressioni usate, e, pertanto, si tratterebbe di giudizio di fatto volto all'accertamento di una realtà; mentre la seconda sarebbe un giudizio di valore, in quanto con essa si attribuirebbe a quella realtà il suo nome giuridico mediante la sussunzione del fatto interpretato nella fattispecie astratta prevista dalla norma – sarebbe inaccettabile, in quanto «è scorretto configurare l'interpretazione come mero intendimento di una realtà pregiuridica. Norme e fatti sono infatti inseparabili oggetti di conoscenza». «Interpretazione e qualificazione del fatto sono aspetti di un unitario processo conoscitivo teso a ricostruire ciò che è avvenuto in una prospettiva dinamica, rivolta (non al passato ma) alla fase attuativa». Entro tale processo la qualificazione ha il fine di individuare la normativa adeguata, mentre le norme sull'interpretazione servono all'individuazione degli effetti giuridici dell'atto. Per questa ragione l'A. afferma che «l'integrazione, e l'applicazione della norma, sono fasi essenziali della qualificazione del contratto come tipo e come fatto singolo. La qualificazione non è, o non è soltanto, valutazione in relazione a schemi tipici. La disciplina è espressa sia con tecniche legislative regolamentari, sia con clausole generali e principi fondamentali». Si v. anche V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti*, cit., p. 132 ss., ove afferma che «riconosciuto che il regolamento si caratterizza in termini di giuridicità, chiaramente, nella sua ricostruzione non potranno essere artificiosamente tenute distinte interpretazione e qualificazione come realtà ontologiche a sé stanti. Se ciò forse poteva essere sostenuto quando si faceva riferimento alla volontà psichica del soggetto, quindi ad una realtà empirica storicamente conclusa, al precetto o regolamento che si esprimevano nella realtà sociale, questo non può essere più sostenuto quando termine di riferimento non è più tale realtà empirica ma un valore espresso in termini giuridici». Sui rapporti tra qualificazione e sussunzione si v. M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, Barcelona, 1996, I, p. 352 ss.

⁶⁸⁵ Cfr. V. ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 462 ss.; E. CAPOBIANCO, *Il contratto dal testo alla regola*, Milano, 2006, p. 93; M. CAPODANNO, *L'interpretazione del contratto*, Padova, 2006, p. 3 ss.; A. D'ANGELO, *Discrezionalità del giudice e valori di riferimento nella risoluzione di controversie contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 350 ss.; A. ARIZA, *Interpretación de los contratos*, Buenos Aires, 2005, p. 78 ss.; M. PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., p. 38.; M. GARCÍA AMIGO, *La integración del negocio jurídico*, cit., p. 121. L'A. da ultimo citato osserva che «desde un plano funcional [...] hay que resaltar que la integración se apoya en la calificación y ésta en la interpretación, habiendo un encadenamiento lógico y sucesivo». In termini sostanzialmente analoghi si esprime C. LASARTE ÁLVAREZ, *Sobre la integración del contrato*, cit., p. 66 ss., «interpretación (de la voluntad o declaración de las partes), calificación e integración del contrato – por ese orden – constituirían operaciones profundamente relacionadas entre sí, pero al mismo tiempo dotadas de propia operatividad».

plina predisposta dal legislatore per quel tipo contrattuale, ma anche alla luce delle norme e dei principi dell'ordinamento giuridico di cui il regolamento di interessi entra a tutti gli effetti a far parte.

Occorre da subito sgombrare il campo da un possibile equivoco: sostenere che l'integrazione rientra nell'ambito della complessiva operazione ermeneutica non equivale ad affermare che tra le due attività vi sia perfetta coincidenza. In altri termini, in tal guisa non si vuol riconoscere nelle norme sull'integrazione del contratto dei meri canoni ermeneutici. L'integrazione è attività tecnicamente diversa sia dall'interpretazione in senso stretto che dalla qualificazione, in quanto, oltre che dotata di caratteri propri, opera, come si vedrà, solo in presenza di specifici presupposti operativi. Ragion per cui, affermare la natura interpretativa del fenomeno integrativo, non significa altro che considerarla componente (o momento) di quel più ampio procedimento (ermeneutico) finalizzato alla ricostruzione del complessivo regolamento di interessi.

6. L'oggetto dell'integrazione: la genesi della bipartizione contenuto-effetti del contratto

Una volta chiariti i rapporti in essere tra interpretazione e integrazione, occorre affrontare altra questione strettamente collegata: quella dell'oggetto dell'integrazione del contratto. Rispetto a tale problema, il quesito che l'interprete deve porsi è se il fenomeno in parola intervenga sul contenuto del contratto o sui suoi effetti. Per poter dare una risposta soddisfacente a questo interrogativo costituisce tappa obbligata la preliminare trattazione di una serie di questioni che, come si vedrà, possono essere ricondotte al dibattito circa l'ammissibilità della tradizionale bipartizione tra contenuto ed effetti del contratto⁶⁸⁶, nonché a quello relativo all'omogeneità degli interventi previsti rispettivamente dall'art. 1374 c.c. e dagli artt. 1339 e 1340 c.c.

Si v. infine P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Interpretación e integración del contrato*, Valencia, 2010, p. 816, l'A. Afferma che «*la interpretación stricto sensu, la calificación y la integración del contrato constituyen [...] operaciones estrechamente relacionadas entre sí, pero no coincidentes técnicamente y con cometidos diversos, por más que, en la práctica, muchas veces se enturbie enormemente su distinción*».

⁶⁸⁶ E. REDENTI, *Dei contratti in generale*, Padova, 1930, p. 76 ss.; E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 84 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 61 ss.; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., p. 371 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 686 ss.; M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955, p. 54 ss.; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 21 ss.; F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 365 ss.; A. MANIGK, *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte*, Breslau, 1901, p. 14 ss.; F.W. FLUME, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, cit., p. 162 ss. Sul tema si v. H. DÍEZ GARCÍA, *Interpretación e integración del contrato*, in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), N.I. MORALEJO IMBERNÓN y M.S. QUICIOS MOLINO (coord.), *Tratado de contratos*, Valencia, 2011, p. 902 ss.; F. HINESTROSA, *Contenido de effetti del negozio giuridico*, in AA.Vv., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, p. 435 ss.

La questione dell'oggetto dell'integrazione è strettamente legata alle vicende del negozio giuridico e alla c.d. teoria della fattispecie⁶⁸⁷. Difatti, proprio le esigenze del «concettualismo costruttivista» che caratterizza tali teorie spinsero, nel tentativo di porre rimedio alle intime contraddizioni che le affliggevano, ad affermare la scissione tra contenuto ed effetti del contratto.

Vigente la teoria volutaristica, l'esigenza di distinguere tra effetti e contenuto del contratto non si poneva. Difatti, una volta concepito il negozio come dichiarazione di volontà, l'interesse della dottrina si orientò quasi esclusivamente sulla sua struttura – alla quale veniva riferita ogni questione – mentre il profilo dell'efficacia restava sostanzialmente nell'ombra⁶⁸⁸. Ciò si deve alla circostanza che, così come ogni fatto giuridico si identifica rispetto agli effetti giuridici che realizza, allo stesso modo il negozio, secondo la concezione volutaristica, finisce per identificarsi con gli effetti che gli sono propri (c.d. negoziali o voluti). Pertanto, ragionando in questi termini, non è configurabile una questione autonoma in merito all'efficacia negoziale, allo stesso modo in cui non lo è per gli altri fatti giuridici. Ogni rilievo al riguardo viene esaurito nella secca alternativa che o ricorre il negozio e si hanno effetti voluti, o non si hanno né l'uno né gli altri⁶⁸⁹. Mentre l'ordinamento, dinanzi al dispiegarsi dell'autonomia delle parti, non ha altro potere/compito se non quello di apporvi limiti esterni e negativi⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ Su tale teoria ampiamente A. CATAUDELLA, *Fattispecie*, cit., p. 926 ss. Si v. inoltre la condivisibile critica di A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 432 ss.

⁶⁸⁸ Per alcuni studiosi il profilo effettuale del negozio andava comunque tenuto distinto dal contenuto dello stesso, in quanto elemento estraneo. Si v. ad es. G. STOLFI, *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, cit., p. 43 ss.

⁶⁸⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 261 ss., osserva «l'inanità degli sforzi della dottrina per risolvere il problema della realizzazione, da parte del negozio, degli effetti rispondenti alla volontà delle parti: inteso il negozio come fattispecie di tali effetti, diviene impossibile spiegare la sua peculiare efficacia; ove lo si concepisce, per converso, a questo fine come norma manifestamente si contravviene alla sua specifica essenza. Deve aggiungersi che, identificata la esistenza giuridica del negozio con la produzione degli effetti voluti, diviene altresì impossibile spiegare i casi, pur numerosi e innegabili, di efficacia differita o sospesa dello stesso: si determina in queste ipotesi una vera e propria contraddizione in termini che pienamente conferma l'insostenibilità della posizione avversaria».

⁶⁹⁰ In questo senso, seppur con non indifferenti differenziazioni tra le posizioni dei vari autori di seguito riportati, G. TEDESCHI, *Volontà privata autonoma*, cit., p. 815 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., *passim*; W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., *passim*; A.E. CAMMARATA, *Il concetto del diritto e la «pluralità» degli ordinamenti giuridici*, in ID., *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963, p. 214 ss.; A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, cit., *passim*; F. PERGOLESÌ, *I negozi giuridici come fonti normative*, cit., col. 250. Seppur in maniera maggiormente graduata, possono essere iscritti in questo orientamento anche L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., *passim*; E. ALLORIO, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 247 ss.; N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, cit., p. 10 ss. Si v. le osservazioni critiche di F. GAZZONI, *Equità e autonomia*

Peraltro, una volta contestata l'identificazione del negozio con l'atto di volontà, viene meno la necessità – avuto riguardo alla sua esistenza giuridica – di un immediato riferimento agli effetti voluti. Così facendo, pertanto, si aprì nel dibattito dottrinale la questione dell'efficacia giuridica del contratto. Problema questo di non facile soluzione, soprattutto alla luce dei drastici cambiamenti che andavano interessando l'autonomia contrattuale delle parti⁶⁹¹.

Concepita l'idea di autonomia negoziale si palesò dinanzi agli studiosi il dubbio circa l'inquadramento di tale nuova figura nell'ambito dell'armamentario concettuale a disposizione. L'incertezza venne sciolta ricomprendendo il negozio giuridico nell'ambito della categoria concettuale dei fatti giuridici⁶⁹², distinguendo al suo interno tra atti giuridici in senso stretto e atti negoziali. Questa operazione ricostruttiva – con la quale si realizzava il drastico passaggio da una concezione dell'autonomia privata come valore (o significato normativo) a una come semplice fatto (o presupposto)⁶⁹³ – non tardò molto nel palesare tutta la sua contraddittorietà. Evidenziata dalla sua incapacità di dar conto della realtà dinamica che è peculiare dell'attività negoziale⁶⁹⁴, al punto da rischiare di disconoscerne la logica e la natura che gli sono proprie⁶⁹⁵. Det-

privata, cit., p. 200 ss.

⁶⁹¹ Evidenzia le intrinseche problematiche del volontarismo – sostanzialmente riconducibili all'assenza di una consapevole costruzione giuridica dell'autonomia, che ne determinò il pendolare spostamento dal punto di vista del soggetto agente a quello della fattispecie – nonché le difficoltà che incontrò la dottrina nel passaggio dal paradigma della volontà a quello dell'autonomia negoziale B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 105 ss.

⁶⁹² Così D. BARBERO, *Rilevanza della volontà nel negozio*, in *Studi in onore di B. Scorza*, Roma, 1940, p. 36 ss.; S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici e precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in Id., *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 81 ss.; G. VENEZIAN, *La causa nei contratti*, Roma, 1892, p. 58 ss. Si v. inoltre l'ampia bibliografia citata da F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 201, il quale osserva che secondo l'orientamento portato avanti da tali Autori la volontà dei privati non può dare origine se non a una semplice fattispecie e, pertanto, centro motore della produzione degli effetti finirebbe per essere esclusivamente l'ordinamento giuridico.

⁶⁹³ Sulle nozioni e sulla distinzione tra fatto e valore si v. A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in *Ann. Univ. Macerata*, 1929, p. 276 ss.; B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione*, cit., p. 115 ss.

⁶⁹⁴ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 207; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 148 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 46 ss.

⁶⁹⁵ Cfr. N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 16 ss. Si v. anche L. RAISER, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, in AA.VV., *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, 1860-1960*, I, p. 116, ove osserva che il delicato problema attinente all'inserimento dell'atto negoziale nelle strutture apprestate dall'ordinamento è pressoché sconosciuto, in coincidenza col fatto che si è prescelto lo schema costruttivo della fattispecie produttiva di effetti, laddove è da osservare come tanto la fattispecie quanto l'effetto rappresentano un tipo di risposta che l'ordinamento valutante dà al problema dell'autonomia del privato. Infine si v. A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 187, ove afferma che «l'obiezione di fondo che in sostanza può farsi attiene ad un metodo che vuole irrigidire la estrema mobilità (o dinamismo) che la figura contrattuale per

to differentemente, diviene sempre più evidente che l'autonomia «o inverte integralmente la prospettiva o non ha ragione di esistere come autonomia, risolvendosi nella pura descrizione di una realtà oggetto-presupposto di altra valutazione»⁶⁹⁶.

Ragion per cui, i problemi insiti nell'iniziale configurazione dell'autonomia negoziale si devono alla sua riconduzione alla logica della fattispecie. Tale operazione lascia seri dubbi sotto diversi aspetti, ma, per quel che qui interessa, il principale elemento di contraddizione si rinviene nella circostanza che così facendo si neutralizza il criterio di valutazione di cui è portatrice l'autonomia. Difatti, quest'ultimo viene subordinato al criterio di valutazione legale e, per questa via, l'autonomia si riduce e degrada alla funzione di possibile elemento della situazione di fatto rilevante⁶⁹⁷. In tale contesto, pertanto, la distinzione tra effetti e contenuto del contratto, seppur concettualmente possibile, non costituisce un'esigenza ricostruttiva. Detto differentemente, non assume particolare rilevanza sistematica a ragione della scarsa considerazione che tali ricostruzioni riservano al contenuto del contratto, considerato come un semplice elemento della fattispecie o come il complesso degli elementi della stessa⁶⁹⁸. D'altro canto, i problemi di coerenza sistematica sorgono rispetto a un diverso aspetto, minando ulteriormente la consistenza interna di tale dottrina. Difatti, configurando in questi termini la fisionomia dell'atto di autonomia negoziale, non è dato comprendere cosa la distingua dall'atto giuridico in senso stretto⁶⁹⁹.

Proprio per far fronte a queste difficoltà ricostruttive si fece largo in dottrina l'esigenza di una distinzione più marcata tra negozio e fatto giuridico. A tal

sua propria natura presenta nello schema della fattispecie produttiva di effetti, dove i problemi isolabili non possono essere che quelli che fanno capo alla costruzione della fattispecie o dell'effetto. È inutile dire che, in tale visuale, la problematica che il contratto presenta subisce una riduzione sensibile, dacché è ridotta, per buona parte, alla ricerca delle combinazioni costruttive più adeguate per organizzare il complesso di dati o di elementi che, rispettivamente, vengono assegnati alla (zona della) fattispecie o all'effetto. L'impressione che da ciò si ricava pertanto è di una grande articolazione di formule o moduli non accompagnata per vero da un salto qualitativo adeguato rispetto alla tradizionale configurazione che il fenomeno assume».

⁶⁹⁶ Così B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione*, cit., p. 100.

⁶⁹⁷ Così L. RAISER, *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, cit., p. 101 ss., il quale, peraltro, chiarisce come l'insensibilità di una figura così costruita ad ogni problema (di delimitazione) di contenuto abbia consentito al contratto un'applicazione sconfinata, dai rapporti patrimoniali come a quelli di diritto familiare. Si v. A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 186 ss. Cfr. B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione*, cit., p. 100 ss., nella parte in cui afferma che «il tentativo di mediare logica dell'autonomia e logica della fattispecie è necessariamente destinato a fallire ove si pensi che ciascuna di tali "logiche" è portatrice di un proprio criterio di valutazione, e che ognuno di tali criteri può operare solo quando, nell'atto della valutazione, l'altro (o gli altri) siano ridotti alla funzione di possibili elementi della situazione di fatto rilevante: e d'altra parte, che tale possibilità diventi effettiva rilevanza dipende soltanto dal criterio assunto».

⁶⁹⁸ Sul tema si v. A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 188 ss.

⁶⁹⁹ Così G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 266.

fine, si affermò che nel primo – a differenza di altre fattispecie previste dalle norme giuridiche – la fattispecie cui la norma ricollega l'effetto giuridico contiene già essa stessa l'enunciazione e l'attuazione di un precetto⁷⁰⁰. Pertanto, il fatto rilevante comprende una realtà precettiva già determinata quando interviene la norma qualificante dell'ordinamento⁷⁰¹. In altri termini, l'autonomia privata predispose il contenuto del negozio, in tal modo configurandone e orientandone l'effetto secondo il prescelto apprezzamento⁷⁰². Effetto giuridico, peraltro, pur sempre riconducibile a una norma. Ragion per cui, emerge l'esigenza di distinguere nettamente fra contenuto ed effetti giuridici del negozio⁷⁰³.

Al di là delle criticità che affliggono tale teoria⁷⁰⁴, in questa sede interessa porre l'accento sulla circostanza che, una volta affermata la scomposizione della realtà del contratto nella componente contenutistica e in quella effettuale, sorge parallelamente la questione dell'oggetto dell'intervento integrativo e di quello dell'attività ermeneutica. E, nell'ambito del marco teorico della teoria poc'anzi esposta – considerati i presupposti filosofici, di teoria generale e di tecnica giuridica che l'animavano⁷⁰⁵ – risultava plasticamente evidente che l'interpretazione, in quanto rivolta a chiarire il significato giuridico della dichiarazione delle parti, opera rispetto al contenuto del contratto, essendo ri-

⁷⁰⁰ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 76.

⁷⁰¹ Questa è la conclusione cui giunge B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione*, cit., p. 101.

⁷⁰² E. BETTI, *o.u.c.*, p. 84.

⁷⁰³ Nonché tra interpretazione (che opera sul contenuto) e integrazione (che si riferisce agli effetti). E. BETTI, *o.u.c.*, pp. 49 e 84.

⁷⁰⁴ Nell'evidenziare la contraddittorietà interna insita nel considerare l'autonomia un fatto, B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione*, cit., p. 101 ss., osserva che la soluzione cui giunge tale dottrina (ovverossia la scissione tra contenuto ed effetti del contratto) «può considerarsi formalmente corretta solo perché in essa l'autonomia è ricondotta alla logica del fatto. Ma, in tal caso, la natura precettiva del negozio si rivela più sostanziale che assiologicamente formale, in quanto in essa serve soltanto a descrivere la peculiare caratteristica di un fatto: è una precettività alla quale viene sottratto il caratterizzante elemento valutativo, e che quindi agisce rinnovando in sé, in quanto presupposto, la posizione del fatto rilevante e rinnegando, in realtà, la funzionalità normale del precetto. [...] si accetta come valida per un negozio definito "precetto dell'autonomia privata" la normale sottodistinzione dei fatti in atti volontari e in negozi. Ma, accertato questo, riportare la precettività all'interno della fattispecie negoziale, significa riportarla in una zona (quella del fatto) alla quale la precettività medesima resta totalmente estranea. La verità è che l'inizio obbligato (implicito od esplicito) di una valutazione logica dell'autonomia dev'essere la critica al fatto giuridico, sempre che, s'intende, la funzionalità di questo venga affermata nel campo in cui si svolge la vita dell'autonomia».

⁷⁰⁵ «Muovendo dalle concezioni giusnaturalistiche delle prime codificazioni dell'età moderna che imponevano una netta separazione tra società e Stato, tra individuo e ordinamento e che in maniera conseguente si esprimevano in sede ermeneutica contrattuale in termini di ricerca della volontà dell'individuo in nulla contaminata dall'influenza dell'ordinamento, muovendo dalla teoria della fattispecie e dalla tecnica della sussunzione quelle cesure operate all'interno dell'unitaria realtà contrattuale trovavano piena rispondenza in queste premesse di fondo». Così V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti*, cit., p. 528.

messa all'esclusiva competenza delle parti la configurazione di questo⁷⁰⁶. Ragione per cui, l'ordinamento – facendo uso dei «canali di confluenza»⁷⁰⁷ a sua disposizione – potrebbe operare esclusivamente sul piano effettuale. Conseguentemente, il problema dell'oggetto dell'intervento integrativo veniva risolto, con poche incertezze, in favore del profilo effettuale del contratto⁷⁰⁸.

7. Segue: l'oggetto dell'integrazione: il regolamento di interessi e il «valore» dell'autonomia negoziale

Vi sono pochi dubbi che il legislatore, collocando l'art. 1374 c.c. nell'ambito del capo V del codice civile – dedicato agli effetti del contratto – abbia inteso aderire alla ricostruzione da ultimo riportata⁷⁰⁹. Ciononostante, oltre alle incertezze circa la coerenza sistematica di tale scelta⁷¹⁰, non è passata inosservata l'esistenza di altre norme – in particolare gli artt. 1339, 1340, 1474 c.c. – nelle quali l'intervento integrativo sembra preordinato ad operare direttamente sul contenuto del contratto⁷¹¹. Tale constatazione spinse alcuni autori verso una diversa configurazione dell'oggetto del fenomeno integrativo: ora identificandolo con il rapporto⁷¹² ora con il contenuto del contratto⁷¹³, ora proponendo soluzioni maggiormente articolate che riconoscono l'esistenza di ipotesi inte-

⁷⁰⁶ Osserva V. RIZZO, *o.u.c.*, p. 525, che a sostegno di tale affermazione spesso viene invocato il presupposto della intangibilità del dato fenomenico da parte dell'ordinamento, il quale può agire sì sul piano degli effetti ma non può certamente fare in modo che la realtà sia diversa da quella che è.

⁷⁰⁷ Tradizionalmente vengono considerati canali di confluenza dell'ordinamento sul contratto l'integrazione e, seppur in termini strutturalmente distinti, l'apposizione di limiti alla validità del contratto. Sul tema si v. V. RIZZO, *o.u.c.*, p. 526. Cfr. L. BARCHESI, *Il contenuto del contratto tra atto e rapporto*, cit., p. 5 ss.

⁷⁰⁸ Questa è la posizione di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 84 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 110 ss.; M. GARCÍA AMIGO, *La integración del negocio jurídico*, cit., p. 119 ss.

⁷⁰⁹ Secondo S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 92, è «evidente [...] che la collocazione della norma sull'integrazione nella parte dedicata agli effetti si spiega agevolmente con l'adesione del legislatore (evidente in più d'una definizione legislativa e nell'andamento della Relazione al codice) alla predominante ideologia della fattispecie ed alla tradizionale veduta che fa dell'attività delle parti la fonte esclusiva del regolamento contrattuale». Lo stesso A. aggiunge però che tale scelta non vincola l'interprete in quanto «al legislatore non deve chiedersi, oltre all'attività normativa vera e propria, anche una coerente opera di riflessione sistematica sul complesso di regole poste in essere». Pertanto, occorre in concreto «accertare se le valutazioni del legislatore abbiano assunto forma normativa o se, invece, pur essendo desumibili dal testo legislativo, non siano contraddette da proposizioni normative diverse».

⁷¹⁰ In continuazione della nota precedente, è agevole rilevare il contrasto con la stessa rubrica dell'art. 1374 c.c., la quale, parlando di «integrazione del contratto», sembra alludere a qualcosa che va oltre la considerazione dei soli effetti (sul punto A. ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 73 ss.).

⁷¹¹ Sulla questione si v. V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 18.

grative riferite agli effetti (art. 1374 c.c.) e altre al contenuto (di cui agli artt. 1339⁷¹⁴ e 1340⁷¹⁵ c.c.).

Queste dottrine, seppur a volte fortemente differenziate tra loro, poggiano tutte sullo stesso presupposto dogmatico, ovvero sia la netta distinzione tra contenuto ed effetti del contratto. Pertanto, ove si intenda cogliere l'oggetto dell'intervento integrativo, prima di domandarsi se questo sia costituito dal contenuto e dagli effetti del contratto, occorre pregiudizialmente verificare se sia effettivamente possibile scindere la realtà contrattuale nelle due componenti menzionate⁷¹⁶ o se si tratti semplicemente di una classificazione di matrice concettuale, dotata di valore meramente nominalistico⁷¹⁷ e legata a un de-

⁷¹² Assumendo una prospettiva statica degli effetti giuridici. In questo senso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 472 ss.

⁷¹³ D. FRANCO VICTORIA, *Integración de los contratos*, in *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, Bogotá, 2007, p. 94 ss. Seppur nell'ambito di una prospettiva volta al superamento della distinzione tra effetti e contenuto del contratto, riconoscono al fenomeno integrativo l'idoneità a operare indifferentemente anche sul piano del contenuto S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 90 ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 185 ss.

⁷¹⁴ F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger*, Milano, 1926, p. 163 ss.; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 134 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in ID., *Commentario al codice civile*, Bologna, 1970, p. 229 ss.

⁷¹⁵ Osserva V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti*, cit., p. 533, n. 901, che tale argomentazione viene impiegata da quella parte della dottrina che sostiene la natura normativa dell'uso contemplato dagli artt. 1374 e 1340 c.c. Tali autori (ad es. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 297 ss.; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 168 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 125 ss.), per evitare la sovrapposizione tra le due norme, affermano che mentre l'art. 1340 c.c. riguarderebbe il contenuto, l'art. 1374 c.c. si riferirebbe agli effetti. Ciononostante, tale ricostruzione si rinviene anche in alcuni autori (ad es. A. PAVONE LA ROSA, voce *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enc. dir.*, Milano, IX, Milano, 1961, p. 521 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 675 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 237 ss.) che diversamente propendono per la natura negoziale dell'uso ex art. 1340 c.c.

⁷¹⁶ Sostengono il superamento della distinzione S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 90 ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 185 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 264 ss.; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 212 ss.; G. ORDOQUI, *Integración del contrato y constitución*, in *Teoría general del contrato. Homenaje al profesor Doctor Ricardo Lorenzetti*, Buenos Aires, 2012, p. 1087 ss. L'A. da ultimo citato osserva che «no puede hablarse de contenido de un negocio con valor vinculante si éste no se considera conforme a derecho y, en cuanto se califica el contrato si está o no conforme a derecho [...] Por ello desde un punto de vista estrictamente formal no tiene mayor sentido la diferencia entre contenido y efecto cuando el contenido es tal si está acorde al orden jurídico y cuando ello se considera se califica el efecto del contrato [...]». Además, no tiene sentido hablar de efectos sin un contenido ni de contenido al margen de los efectos».

⁷¹⁷ Cfr. E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2001, p. 40 ss.; V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 15 ss.

terminato paradigma⁷¹⁸.

Considerando contenuto ed effetti come punti di vista distinti attraverso i quali guardare il fenomeno contrattuale, ci si accorge che tale distinzione non è sufficientemente giustificata da nessuna delle due prospettive.

Dal punto di vista del contenuto⁷¹⁹, le teorie che ne affermano la distinzione rispetto agli effetti, seppur con non indifferenti varianti, tendono a riferire (se non far coincidere) tale concetto a quello di fattispecie. Ad es. identificando il contenuto del contratto con il complesso degli elementi che fanno parte della fattispecie (c.d. «contenuto della fattispecie»)⁷²⁰ o considerandolo elemento della stessa. E anche chi⁷²¹, nel tentativo di riconoscere maggior rilievo al fenomeno dell'autonomia negoziale, sostiene la sua irriducibilità alla logica della fattispecie, finisce pur sempre per affermare che il contenuto, per ottenere rilievo giuridico, deve pur sempre passare attraverso il filtro della fattispecie⁷²². Ragion per cui, da questa prospettiva, chi intende affermare la netta separazione degli effetti rispetto al contenuto deve, in primo luogo, dimostrare la compatibilità di quest'ultimo concetto con quello di fattispecie.

⁷¹⁸ Avverte A. DI MAJO, *o.u.c.*, cit., p. 212 ss., che «lo schema costruttivo diventa una pura questione di gusto [...]. Chi ritenesse ad es. di non potere superare lo schema della fattispecie produttiva di effetti, troverebbe più che naturale assegnare questo tipo di interventi (della norma di legge) alla zona dell'effetto. Chi invece a da tale schema non si ritenesse legato potrebbe benissimo considerare l'intervento della norma di legge come operativo sullo stesso piano della volontà delle parti, secondo un rapporto tra fonti che entrambe contribuiscono a determinare il contenuto del contratto. [...] Certo però che non è difficile scorgere la scelta di tipo ideologico che sta al fondo di ambedue le costruzioni: l'una ad es. non fa mistero di riconoscere che il contratto è espressione, oltre che delle esigenze dei privati, anche (di quelle) dell'ordinamento mentre l'altra vuole confinare l'ordinamento ad un ruolo secondario e marginale, il limite che ad esso si pone è rappresentato dalla intangibilità (del contenuto) del fatto». A ciò si aggiungano le interessanti osservazioni di G.B. FERRI, *o.u.c.*, p. 268, secondo il quale la teoria di RODOTÀ (ID., *o.u.c.*, p. 90 ss.) non risolverebbe le problematiche insite nella distinzione tra contenuto ed effetti, semplicemente si limiterebbe a trasportarle su un diverso piano. In particolare, l'A. afferma che «la pericolosa *mésalliance* criticata con riferimento alla teoria della fattispecie non si supera, quando il regolamento negoziale si ricollega a tre fonti qualitativamente diverse. La *mésalliance* si sposta dalla relazione contenuto-effetti, alla relazione tra le tre fonti prospettate. Quando si affermi che, nel regolamento di autonomia privata, accanto alla fonte privata concorre quella legale, e si attribuisce alla fonte legale e a quella giudiziale la competenza di integrare o addirittura di sostituire la determinazione privata, che altro si fa, se non attribuire a queste fonti la competenza a fissare ciò che altrove viene indicato come effetto?».

⁷¹⁹ Contenuto inteso come volontà, come dichiarazione, come precetto di autonomia o come regolamento di interessi. Si v. sul punto l'ampia trattazione di A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 4 ss. Evidenzia le difficoltà insite nella ricerca di una soddisfacente nozione di contenuto del negozio G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 266.

⁷²⁰ M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, cit., p. 54 ss.

⁷²¹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 157 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., pp. 8 e 18.

⁷²² Questa è la condivisibile conclusione di A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 188 ss.

A tal proposito, in verità i due profili sembrano difficilmente conciliabili. Difatti, mentre la fattispecie è «un complesso di elementi ciascuno dei quali condiziona il prodursi degli effetti giuridici», il contenuto rinvia alla sostanza o essenza di un determinato fenomeno. Questa differenza concettuale è strettamente legata al fatto che i due profili fanno riferimento a problemi diversi. Il contenuto, in quanto realtà regolamentare, pone un problema ermeneutico, volto alla ricostruzione della logica e del significato del regolamento di interessi. Diversamente, l'esistenza della fattispecie è rimesso a un mero giudizio di accertamento che ne verifichi l'accadimento in concreto in rapporto al modello legale astratto⁷²³.

Dal punto di vista degli effetti⁷²⁴, la distinzione rispetto al contenuto si fonda sulla tradizionale contrapposizione tra fatto ed effetto (tra la fattispecie e il trattamento giuridico di essa)⁷²⁵. Tale netta separazione concettuale è strumentale alla demarcazione della competenza dei contraenti (ai quali spetta definire il contenuto del contratto) rispetto a quella dell'ordinamento (al quale viene riservata la fissazione degli effetti giuridici) e, conseguentemente, comporta la diversificazione dell'ambito operativo dell'attività interpretativa rispetto a quella qualificativa e integrativa⁷²⁶.

Da questa prospettiva, pertanto, la contrapposizione tra contenuto ed effetti può considerarsi fondata solo dimostrando che gli effetti del contratto rispon-

⁷²³ A. DI MAJO, *o.u.c.*, p. 190 ss., a esemplificazione di quanto riportato nel testo, osserva che «ad un contenuto che si affermi (essere) lacunoso o ambiguo dovrebbe corrispondere una fattispecie incompleta cioè una fattispecie che è in attesa di qualche (altro) elemento acciòché possa definirsi efficace. Ma non diremmo di certo che, per questo, la fattispecie presenti lacune (e attenda perciò di essere colmata) o, viceevolmente, che il contenuto sia mancante di qualche elemento per potersi considerare perfetto. Questo conferma che ci troviamo di fronte a un tipo di problemi diversi e sarebbe pericoloso accomunarli sotto una etichetta che entrambi li accosti, come quella ad es. di contenuto della fattispecie o di fattispecie del contenuto».

⁷²⁴ Sono varie le accezioni di effetto giuridico contrattuale proposte in dottrina. Solo per riportare quelle che hanno avuto maggiore successo, si fa riferimento all'effetto contrattuale in termini di modificazione giuridica costitutiva, modificativa ed estintiva (F. CARRESI, *Gli effetti del contratto*, in *Riv. trim.*, 1958, p. 488 ss.), o si parla di effetto finale (R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 326 ss.), inteso come l'effetto corrispondente alla destinazione economico-sociale del negozio. Infine, in una prospettiva incentrata sull'aspetto statico dell'effetto rispetto a quello dinamico, questo viene inteso come una determinata vicenda del rapporto giuridico (M. ALLARA, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1949, *passim*; Id., *La teoria generale del contratto*, cit., p. 32 ss.).

⁷²⁵ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., *passim*; M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*, cit., *passim*.

⁷²⁶ A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 208, n. 56. L'A., dopo aver precisato che anche questo postulato va messo in relazione con lo schema della fattispecie, vi riconduce altresì la distinzione tra norme interpretative – che si riferirebbero alla determinazione della fattispecie negoziale – e quelle suppletive, che diversamente atterrebbero alla determinazione dell'effetto. Si v. anche C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., p. 59 ss.

dono a una logica diversa da quella del contenuto⁷²⁷. Prova diabolica questa, in quanto tale dimostrazione condurrebbe alla negazione dell'essenza dell'autonomia negoziale⁷²⁸. Difatti, affermare che il contratto non produce solo i c.d. effetti voluti, ma anche effetti dettati da norme cogenti⁷²⁹, significa riconoscere che, rispetto quest'ultimo tipo di effetti, il contratto degrada a mero elemento di fatto⁷³⁰, cadendo pertanto nell'insanabile contraddizione di un'autonomia che è fatto⁷³¹.

Difatti, se è pur vero che l'autonomia negoziale per sé sola non è un valore, ancor meno può essere considerata un fatto oggetto di valutazione da parte dell'ordinamento. Nel momento in cui il regolamento di interessi acquista significato giuridico attraverso l'intervento dell'attività interpretativa, così penetrando il mondo del diritto, non si limita a farsi riconoscere, bensì ambisce, con i valori e gli interessi di cui è portatore, a trasformarlo, a modificarne gli equilibri. Ragion per cui, il contratto non è un semplice strumento che l'ordinamento mette a disposizione dei privati per la realizzazione dei propri interessi economici, bensì rappresenta un elemento costitutivo del Sistema stesso, attraverso il quale i contraenti possono proporre a livello ordinamentale i propri valori e interessi, contribuendo in tal modo alla trasformazione dell'assetto assiologico dello stesso. Precedentemente si precisava come sia questo il vero valore che deve riconoscersi all'autonomia negoziale. In questa sede può ag-

⁷²⁷ Si v., peraltro, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 61, nella parte in cui afferma che «l'ammissione di una parziale coincidenza tra contenuto ed effetti sembrerebbe stare alla base della costruzione di chi [R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Napoli, 1978, p. 166 ss.], distinguendo gli effetti giuridici in strumentali (situazioni giuridiche mezzo) e finali (situazioni risultato), afferma che il contenuto coincide con la situazione giuridica mezzo «che si innesta fra il momento perfezionativo della struttura del contratto, di cui rappresenta una conseguenza e l'effetto giuridico finale, di cui costituisce un antecedente strumentale»».

⁷²⁸ Osserva A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 210 ss., che l'essenza medesima dell'atto di autonomia delle parti si basa precisamente su di una stretta commisurazione tra volontà delle parti ed effetti. «Di conseguenza, se una conclusione è da trarre, è proprio nel senso che i c.d. effetti volontari esprimono, sia pure in una diversa dimensione, ciò che la volontà delle parti, nella sede sua propria, ha già espresso. [...] Gli effetti "voluti" corrisponderebbero in buona sostanza a quelli "essenziali" ossia a quegli effetti che sono necessari per la realizzazione della funzione negoziale. [...] Se poi alla sintesi degli effetti essenziali si fa corrispondere la nozione di "tipo" [...] risulta vieppiù confermata la tesi che si espone nel testo: giacché il tipo corrisponde all'elemento di fatto del negozio giuridico rivestito, per ragioni di tecnica legislativa, di una forma adeguata [...]. Onde il richiamo del tipo vuole dire richiamo degli effetti, sì che dovrebbe apparire una inutile duplicazione il contrapporre gli effetti al contenuto, almeno quello tipico, dell'atto». Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 327, n. 55; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, cit., p. 117; G. MESSINA, *Negozi fiduciari*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p. 54.

⁷²⁹ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 69 ss.

⁷³⁰ A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem recht*, Leipzig, 1876, p. 37; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 211.

⁷³¹ B. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione*, cit., p. 103.

giungersi che esso rappresenta anche la condizione affinché l'essenza dell'atto di autonomia privata non risulti snaturata dall'intervento eteronomo.

Ciò precisato, la questione va impostata diversamente. In primo luogo, più che di contenuto del contratto sarebbe maggiormente corretto parlare di regolamento di interessi, inteso come il complesso delle disposizioni e clausole – in rapporto di reciproco condizionamento – derivanti sia dalla fonte privata che da quella eteronoma. Questa amalgama eterogenea non esiste sul piano giuridico prima dell'intervento dell'attività ermeneutica-ricostruttiva dell'interprete, al punto che potrebbe affermarsi che la prima costituisce il prodotto della seconda. Difatti, come affermato precedentemente, prima dell'intervento valutativo dell'interprete non si ha alcun contratto e, a maggior ragione, non si ha nessun regolamento (o, se si preferisce, contenuto). Solo con l'attività ermeneutica – che stabilisce il legame in seno al contratto tra disposizioni private e non – emergerà il significato e la logica dell'operazione negoziale, ovvero, verrà a esistenza il regolamento di interessi. Attività questa che, nel momento in cui ricostruisce il contenuto del contratto riconoscendogli esistenza giuridica, per una basilare esigenza logica, allo stesso tempo ne fissa gli effetti, in conformità al carattere unitario che connota il fenomeno contrattuale⁷³².

Da questa prospettiva, il concetto di regolamento di interessi consente di definire e riassumere la realtà complessiva del contratto, ossia la sua essenza intesa come sintesi di contenuto ed effetti⁷³³. Ma questa unitarietà non deriva

⁷³² Il sentore circa l'unitarietà del fenomeno si ricava anche dalle difficoltà che si incontrano cercando di distinguere il contenuto dalla struttura dell'accordo, nonché nel tentativo di separare nettamente il regolamento di interessi dal procedimento di formazione del contratto. A tal riguardo si rinvia a quanto osservato in materia di integrazione del contratto attraverso l'informazione precontrattuale (Cap. III, § 5). Tale impostazione trova conferma nell'ordinamento spagnolo, ove l'art. 1258 c.c. esp., nel disporre che «*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*», sovrappone il momento del perfezionamento del contratto a quello della produzione delle conseguenze derivanti dall'utilizzo delle fonti e dei criteri di integrazione. Osserva V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 146, che «nel contesto della disposizione di cui all'art. 1258, emerge con nettezza l'intenzione di valorizzare, a fini integrativi, il carattere unitario del regolamento contrattuale, inteso quale sintesi di auto ed eterodeterminazioni, in aderenza ad una prospettiva funzionale».

⁷³³ Cfr. E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, cit., p. 40 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 311 ss.; V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti*, cit., p. 530; V. BONGIOVANNI, *o.u.c.*, p. 21 ss. Si v. infine R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 789 ss. L'A., pur ponendosi su una posizione contrapposta, osserva che «l'idea di "contenuto del contratto" si è sdoppiata, in relazione al duplice valore della parola contratto, che può significare tanto l'accordo come realtà del mondo del fatto, quanto il regolamento che ne deriva. [...] Gli effetti legali del contratto sono [...] estranei al contenuto dell'accordo come cosa di fatto, mentre rientrano sicuramente nel contenuto del contratto quale regolamento. [...] Se si considera il contratto come regolamento, non c'è posto per la distinzione fra contenuto ed effetto, [...] e non c'è posto per la distinzione fra interpretazione e integrazione del contratto».

tanto dal fatto che il contratto fa riferimento a un'operazione economica che inevitabilmente si presenta unitaria, bensì ancor prima discende dal carattere unitario dell'operazione ermeneutica volta alla sua ricostruzione.

Pertanto, il punto di congiunzione tra contenuto ed effetti, che ne impedisce una considerazione differenziata, si rinviene nell'attività che su tali oggetti viene esercitata, ovverosia l'attività ermeneutica. Quest'ultima – per come è stata delineata nel precedente paragrafo – se da un lato ha ad oggetto la ricostruzione del concreto regolamento di interessi di cui consta il contratto, dall'altro ha un fine pratico, essendo volta alla fissazione degli effetti giuridici del contratto. In questa operazione unitaria (seppur complessa e articolata) – ricomprendente anche la qualificazione e l'integrazione, in un moto circolare che va dalle determinazioni delle parti e a queste ritorna dopo averne valutato gli interessi alla luce delle altre fonti che concorrono alla formazione del contratto – non si rinvencono nette cesure tra contenuto ed effetti del contratto, in quanto parte di un *unicum* inscindibile.

Questa d'altronde è la conclusione obbligata ove si accolga, come in questa sede, una concezione del diritto che rifiuta di intendere il rapporto tra individuo e ordinamento (nonché tra società e Stato) in termini di rigida separazione. L'aspetto sociale e quello giuridico vanno colti unitariamente attraverso un'attività ermeneutica connotata da «valore costitutivo», in quanto il diritto è tale solo se inserito nel determinato contesto sociale che è chiamato a servire⁷³⁴.

8. Il problema dei presupposti operativi dell'integrazione contrattuale

Il legislatore italiano, nell'affrontare il tema dell'integrazione contrattuale, scelse di servirsi di una disposizione (l'art. 1374 c.c.) che, in linea con l'impostazione riduzionista e conservatrice che caratterizza l'intero codice civile, non indica i criteri e le modalità del fenomeno, limitandosi alla mera elencazione delle fonti integrative. Tra le questioni rimaste inevase, quella dei presupposti operativi costituisce il problema centrale nella ricostruzione dell'istituto. Difatti, lo specifico presupposto giustifica il concreto intervento e, orientandone la funzione, ne conforma il funzionamento.

Almeno in una prima fase, non potendo contare sulla lettera del dato normativo, la soluzione al problema venne ricercata altrove: nella dottrina tedesca⁷³⁵ e guardando al fenomeno dell'integrazione della legge. Ragion per cui,

⁷³⁴ Cap. I, §§ 5,7,8,9,10.

⁷³⁵ Tuttavia, osserva F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 114, richiamando G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva*, cit., p. 2 ss., che «è estremamente dubbia l'applicabilità alla nostra legislazione di schemi elaborati sulla base dell'ordinamento germanico, poiché dal complesso delle disposizioni in tema di interpretazione e da altre norme quali quelle degli artt. 1339, 1340, 1341, 1342 e infine [...] dell'art. 1374 traspare un atteggiamento della nostra

l'integrazione veniva intesa come quell'attività consistente nel riempimento delle c.d. lacune⁷³⁶ e, conseguentemente, il presupposto operativo dell'art. 1374 c.c. veniva individuato nella presenza nel contratto di aeree di contenuto inespresso o mancante, ovvero sia nell'incompletezza del regolamento predisposto dalle parti⁷³⁷.

Riguardo alle soluzioni adottate dalla dottrina tedesca, l'interesse degli studiosi italiani si deve – oltre alla tradizionale influenza che la prima esercita sui secondi – al fatto che nell'ordinamento teutonico il fenomeno integrativo non è espressamente previsto da alcuna norma⁷³⁸. Ragion per cui, le ricostruzioni

legge meno rigidamente riguardoso della volontà delle parti rispetto a quello presente nel BGB, che [...] offre all'interpretazione oggettiva l'unico punto d'appoggio dato dalle due disposizioni sorelle dei §§157 e 242».

⁷³⁶ Sul concetto di lacuna ampiamente N. BOBBIO, voce *Lacune del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 419 ss.; ID., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, *passim*; R. GUASTINI, voce *Lacune del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., X, Torino, 1993, p. 269 ss.; ID., «Completezza e analogia», in *Mat. st. cult. giur.*, 1976, p. 35 ss.; A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962, *passim*; ID., «Incalificación e indiferencia», in *Diánoia*, 1963, p. 237 ss.; ID., «Décision, complétude, clôture», in *Logique et analyse*, 1966, p. 1 ss.; ID., «Rassegna di nuove ricerche sopra lacune e antinomie (1964-1966)», in *Annuario bibl. fil. dir.*, II, Milano, 1968, p. 343 ss.; C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Normative Systems*, Wien-New York, 1971, *passim*; ID., *Lagunas del derecho y análisis de los casos*, Buenos Aires, 1971, *passim*; ID., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974, *passim*; ID., *Análisis lógico y derecho*, Madrid, 1991, *passim*; U. SCARPELLI, «Il permesso, il dovere, e la completezza degli ordinamenti normativi», in *Riv. trim.*, 1963, p. 1634 ss.; F. ATRIA, *On Law and Legal Reasoning*, Oxford, 2001, *passim*.

⁷³⁷ In questo senso E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 354 ss.; ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 302 ss.; E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, p. 257 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., p. 682 ss.; G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 528 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 236 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 223 ss. Nella giurisprudenza italiana si v. in particolare Cass., 10 ottobre 1956, n. 3482, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce *Vendita*, n. 28; Cass., 27 novembre 1963, n. 3044, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 27 ss. Fanno riferimento al concetto di lacuna, seppur con una lettura del fenomeno parzialmente differente, G. STOLFI, *o.u.c.*, p. 223 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., p. 136 ss.; G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1958, p. 455 ss.; M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 382 ss. e, come si vedrà a breve, G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 286 ss. Al di fuori dei confini italiani, tra gli altri, A. SPOTA, *Contratos*, II, Buenos Aires, 1981, p. 73 ss.; S.A. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho contractual comparado*, Pamplona, 2009, p. 464 ss.; R. DAVID, *Les contrats en droit anglais*, Paris, 1985, p. 251 ss.; J. GIL RODRÍGUEZ, *Manual de derecho civil*, Madrid, 1998, p. 624 ss.

⁷³⁸ In tale ordinamento l'intervento integrativo viene fondato sulle disposizioni ermeneutiche di cui ai §§ 133 (*Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften*) e 157 (*Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*) BGB. In particolare, il § 133 BGB opera, anche in combinato disposto con il § 157 BGB, soltanto nell'ipotesi in cui il contenuto del contratto, seppur in presenza di espressioni dal significato incerto o ambiguo, sia determinato con sufficiente precisione. Diversamente, nei casi in cui esistono aree di contenuto inespresso, opererà il § 157 BGB (spesso in combinato disposto con il § 242, che

della dottrina tedesca avrebbero potuto mettere in luce l'esistenza o meno di una logica intrinseca al contratto esprimente un'esigenza di completezza⁷³⁹, nonché ciò che al fenomeno integrativo è essenziale per la sua stessa configurabilità e per il suo funzionamento. In tale contesto, nell'ambito di una rinnovata concezione della funzione dell'attività ermeneutica⁷⁴⁰, la dottrina tedesca chiarì che questa non si limita a chiarire il significato delle dichiarazioni rese dalle parti, ma assume una funzione ulteriore (integrativa) in tutti quei casi in cui emergano lacune contrattuali.

Pertanto, è esattamente attorno al problema del riempimento delle lacune che si sviluppano in Germania gli studi sull'integrazione contrattuale. Lacune da riempire attraverso l'applicazione delle norme dispositive (*Ergänzung*)⁷⁴¹ o facendo ricorso alla c.d. interpretazione integrativa⁷⁴². Attività queste ricondu-

impone l'obbligo di eseguire la prestazione secondo buona fede). Quest'ultima norma è destinata, oltre che a contribuire alla ricostruzione dell'intento delle parti, anche a colmare, attraverso la buona fede e gli usi, le lacune contrattuali, svolgendo pertanto una funzione integrativa. Si v. V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 100 ss.; M.I. BAYINDIR, *Die ergänzende Vertragsauslegung im Spiegel der Rechtsprechung*, Frankfurt a.M., 2016, p. 7 ss.

⁷³⁹ A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 120.

⁷⁴⁰ Si v. P. OERTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrssitte, insbesondere nach bürgerlichem Recht. Zugleich ein Beitrag zu den Lehren von der Auslegung der Rechtsgeschäfte und von der Revision*, Leipzig, 1914, p. 109 ss.; F. LEONHARD, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, in *Arch. civ. Prax.*, 1922, p. 14 ss. Sul tema C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, cit., p. 103 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 77 ss.; A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Torino, 2015, p. 354 ss.; V. BONGIOVANNI, *o.u.c.*, p. 91 ss.; M.I. BAYINDIR, *Die ergänzende Vertragsauslegung*, cit., p. 7 ss.

⁷⁴¹ Mentre in passato si ammetteva il ricorso all'interpretazione integrativa anche nei casi di lacuna colmabile mediante l'applicazione di norme dispositive (*Bundesgerichtshof*, 19 marzo 1975, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1975, p. 1116 ss.), oggi è diffuso l'orientamento che riconosce priorità all'intervento ricostruttivo fondato sulle norme dispositive, circoscrivendo l'interpretazione integrativa ai soli casi in cui o non sussistono norme dispositive applicabili, o, pur esistendo, queste ultime mal si adattano alle peculiarità del caso di specie (*Bundesgerichtshof*, 11 maggio 2009, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2009, p. 797 ss.). Si v. V. BONGIOVANNI, *o.u.c.*, p. 97 ss.

⁷⁴² In sintesi, si tratta di un'attività ermeneutica ricostruttiva attraverso la quale ricercare la volontà ipotetica dei contraenti rispetto alla parte del negozio rimasta incompleta, tenendo conto «di quanto i contraenti non hanno dichiarato, ma avrebbero dichiarato in ragione dello scopo perseguito nel complesso con il contratto, qualora avessero disciplinato anche il punto rimasto in sospeso nell'osservanza del principio di buona fede e degli usi». Così *Bundesgerichtshof*, 18 dicembre 1954, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1955, p. 337 ss. Per quanto riguarda l'impiego dell'istituto da parte della dottrina italiana si v. su tutti E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 354 ss. Peraltro, v. anche le osservazioni critiche di G.M. UDA, *Integrazione del contratto*, cit., p. 323 ss. In Spagna si v. J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, cit., p. 230 ss.; A. GULLÓN BALLESTEROS, *El negocio jurídico. Curso de Derecho Civil*, Madrid, 1969, p. 151 ss.; J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil. Doctrina general del contrato*, Barcelona, 1954, p. 294 ss.; J. CAFFARENA LAPORTA, *El requisito de la identidad de pago en las*

cibili al più ampio e multi-livello sistema ricostruttivo noto come *Ergänzende Vertragsauslegung*⁷⁴³.

Una volta impostato il problema sulla questione del riempimento delle lacune, fu agevole per la dottrina italiana tracciare un parallelo con il fenomeno dell'integrazione della legge e importare nel campo negoziale la logica dell'auto-integrazione, secondo la quale l'«eventuale incompletezza»⁷⁴⁴ del contratto deve essere colmata in virtù della forza espansiva del regolamento negoziale⁷⁴⁵. In definitiva, ne risultava un fenomeno integrativo fortemente circoscritto quanto a operatività e funzione, il cui intervento veniva subordinato all'esistenza di una lacuna nel contratto e finalizzato esclusivamente al riempimento

obligaciones genéricas, cit., p. 916 ss.; M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, cit., p. 371 ss., nonché la condivisibile critica di J.A. AGUILA REAL, *Las condiciones generales*, cit., p. 371 ss.

⁷⁴³ L'iniziale formulazione si deve a E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, cit., p. 218 ss. Sul tema ampiamente Z.B. HENCKEL, *Die ergänzende Vertragsauslegung*, in *Arch. civ. Prax.*, 1960, p. 110 ss.; H. SIBER, *Auslegung*, cit., p. 361 ss.; K. LARENZ, *Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht*, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1963, p. 737 ss.; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva*, cit., p. 1 ss.; J.A. AGUILA REAL, *Las condiciones generales*, cit., p. 354 ss.; C. VATTIER FUENZALIDA, *La interpretación integradora del contrato en el Código Civil*, in *An. der. civ.*, Madrid, 1987, p. 495 ss.; M. SERRANO FERNÁNDEZ, *Las reglas de interpretación de los contratos en el proceso de construcción del derecho privado*, Valencia, 2012, p. 70. L'A. da ultimo citata osserva come l'assenza nell'ordinamento tedesco di una norma espressa sull'integrazione del contratto «llevó a los juristas de ese País a elaborar toda una teoría de la interpretación de los contratos que culminó con la formulación de tres categorías: *Auslegung* o *interpretación propiamente dicha*; *Ergänzende Auslegung* o *interpretación integradora*, en virtud de la cual se trataría de reconstruir, en caso de laguna en la reglamentación contractual, lo que las partes hubieren querido y manifestado de haber considerado una cuestión no tenida en cuenta; *Ergänzende* o *integración propiamente dicha*, que vendría a identificarse con la función desempeñada por las normas de Derecho dispositivo». Si v. la critica di A.M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *De la interpretación de los contratos*, in *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, p. 13 ss., in particolare la parte in cui afferma l'inutilità della figura, argomentando che «por más esfuerzos que se hagan, la categoría de la interpretación integradora no logra salir de una insanable contradicción lógica y es que no puede haber interpretación cuando no hay material hermenéutico. La prueba de ello es que cuando se intenta dilucidar este material se cae en aporías insalvables». Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, cit., p. 287 ss. C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., p. 90 ss., preferisce parlare di paradosso, nel momento in cui tale sistema tenta la composizione tra il profilo della ricerca della volontà ipotetica dei contraenti e quello dell'esigenza di utilizzare, a fini ricostruttivi, parametri di valutazione esterni al contratto. Si v. infine V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 104. L'A. osserva come nella dottrina italiana spesso si faccia coincidere interpretazione integrativa e *ergänzende Vertragsauslegung*, in questa maniera ignorando il più ampio procedimento cui fa riferimento quest'ultimo, il quale abbraccia anche una valutazione oggettiva del fenomeno contrattuale.

⁷⁴⁴ Più che di eventualità, sarebbe maggiormente corretto parlare di fisiologica incompletezza del contratto. Sull'inevitabile incompletezza del contratto si v. A. FICI, *Il contratto «incompleto»*, Torino, 2005, p. 435 ss. e G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto dell'economia*, cit., p. 47 ss. Gli A. citati individuano quali possibili cause della fisiologica incompletezza del contratto la razionalità limitata dei contraenti, nonché i vari fattori che danno origine a ipotesi di asimmetrie informative.

della stessa.

9. *Segue*: La lacuna contrattuale, il criterio della normalità dell'operazione e la divergenza tra il punto di vista dei privati e quello ordinamentale

Per poter aderire all'orientamento poc'anzi riportato, preliminarmente occorrerebbe chiarire il concetto di lacuna, per poi verificarne la compatibilità con l'ordinamento privato italiano e con la fisionomia dell'istituto dell'integrazione del contratto che si sta man mano delineando lungo queste pagine.

A tal riguardo, la dottrina tradizionale intende per lacuna un vuoto nel regolamento contrattuale⁷⁴⁶, dovuto alla circostanza che le parti hanno omesso di disciplinarne uno più aspetti. Peraltro, non qualsiasi lacuna autorizza l'intervento integrativo, bensì solo quelle che determinano l'oggettiva inidoneità operativa del regolamento negoziale⁷⁴⁷. Entro questo marco teorico, il fenomeno integrativo interviene a sostegno delle determinazioni delle parti, consentendo il realizzarsi dell'operazione negoziale secondo modalità conformi agli obiettivi che le stesse intendevano realizzare. Di tal forma impedendo che questi ultimi restino pregiudicati a causa delle lacune presenti nel regolamento.

L'integrazione contrattuale, così imperniata sul presupposto dell'esistenza di una lacuna, si presenta pertanto strumentale e subordinata al programma negoziale delineato dai contraenti. Esplicandosi nell'immissione nel regolamento contrattuale solo di quanto strettamente necessario al suo «normale» funzionamento e nel pieno rispetto della logica, degli equilibri e delle scelte risultanti dall'accordo delle parti⁷⁴⁸.

Quelle dottrine che intesero discostarsi da tale ricostruzione del fenomeno – considerata estremamente limitata e legata a un dogma (quello del volontari-

⁷⁴⁵ «Nascevano così due sistemi, costruiti l'uno a somiglianza dell'altro, entrambi retti dal principio d'autointegrazione, fondato, rispettivamente, sull'analogia e sull'interpretazione: due procedimenti affidati al medesimo soggetto (giudice) e di cui si constatava la comune natura di chiarativa. Una costruzione siffatta era in grado di soddisfare ad una duplice esigenza: da un canto, giustificare la netta separazione dei due mondi, quello della legge e quello retto dalla volontà dei privati, ciascuno dei quali non abbisognava di alcun intervento esterno per il suo integrale funzionamento; dall'altro, e come specificazione del precedente, ribadire il principio che la natura stessa dei rapporti interprivati (contrattuali), escludendo la necessità di interventi esterni che ne consentissero il pieno svolgimento, si opponeva ad ogni forma di eterointegrazione». Così S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 4. Si v. la critica di M. GARCIA AMIGO, *La integración del negocio jurídico*, cit., p. 120 ss.

⁷⁴⁶ G. STOLFI, *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, cit., p. 56 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 87 ss.

⁷⁴⁷ Lo riporta S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 6 ss.

⁷⁴⁸ Sul tema si v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 458 ss.

smo) in via di superamento – videro nel suo presupposto operativo (la lacuna) il primo tassello da smantellare. Così, da più parti si evidenziò come l'uso del concetto di lacuna fosse da considerare inopportuno nell'ordinamento privato italiano, in quanto qui esso assume un significato tecnico diverso da quello assunto nell'ordinamento tedesco. In particolare, nel Sistema italiano tale concetto si riferirebbe esclusivamente alle norme giuridiche, o meglio al complessivo sistema di cui esse formano parte⁷⁴⁹. Nonché, parallelamente, si rimarcò l'inammissibilità del parallelo tra integrazione del contratto e integrazione della legge⁷⁵⁰.

Sempre lungo tale linea argomentativa, inoltre, vennero sottolineate le difficoltà legate all'impiego di tale concetto in ambito contrattuale, avuto particolare riguardo al problema dell'identificazione delle ipotesi in cui possa ravvisarsi una lacuna nel regolamento predisposto dalle parti. In particolare, si osservò che una lettura coerente con il paradigma al quale si rifà tale impostazione – ovvero sia un'impostazione del fenomeno rispettosa della volontà dei contraenti – consentirebbe di rinvenire una lacuna non in qualsiasi ipotesi di vuoto regolamentare, bensì nei soli casi in cui le parti, animati da intenso «intento giuridico»⁷⁵¹, abbiano regolamentato ogni aspetto dell'operazione in maniera dettagliata, tralasciando per mera dimenticanza qualche particolare⁷⁵². A ciò si aggiunga che il concetto di lacuna, così delineato, se da un lato risulta valido in taluni casi (ad es. l'art. 1349 c.c.), dall'altro è incompatibile con altre ipotesi di intervento integrativo (si v. ad es. l'art. 1340 c.c.)⁷⁵³. Infine, l'armamentario delle osservazioni critiche si chiude puntando il dito contro le falle metodologiche rinvenibili alla base della dottrina in questione e sulle conse-

⁷⁴⁹ F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 936. Osservazione questa che trova una conferma in R. GUASTINI, *Lacune del diritto*, cit., p. 269, almeno nella parte in cui afferma che «nel linguaggio giuridico il vocabolo “lacuna” è usato prevalentemente in contesti nei quali si discorre di giurisdizione. Nella cultura giuridica occidentale moderna, la giurisdizione è comunemente intesa come un'attività di applicazione a casi individuali e concreti di norme generali e astratte precostituite. “Lacuna” significa appunto assenza, mancanza, di una norma precostituita, suscettibile di applicazione giurisdizionale».

⁷⁵⁰ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 4 ss.

⁷⁵¹ Sulla questione dell'«intento» dei contraenti si v. C. GRASSETTI, *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, Milano, 1936, p. 110 ss.

⁷⁵² F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 115 ss. L'A., inoltre, afferma che in tali casi non sarebbe neanche necessario ricorrere all'intervento integrativo, in quanto «vi sarà ampia base per operare mediante quei ricchi strumenti d'azione che [...] sono offerti dai ricordati artt. 1363, 1365 ss., prima di dover ricorrere ai regolamenti legali e suppletivi di cui parla il Betti. Altrimenti, oltretutto, si rischia di chiamare interpretazione integrativa o integrazione quella che più semplicemente, sulle orme di Kelsen, può andare sotto il nome di riferimento o imputazione (*Zurechnung*) del fatto alla norma, per desumere da questa la valutazione giuridica del fatto stesso».

⁷⁵³ «Ove la possibilità di escludere la clausola d'uso è indizio sicuro del fatto che il regolamento può operare indipendentemente da questa». Così S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 93.

guenti ricadute sul piano della coerenza dogmatica⁷⁵⁴, portando a un uso improprio e approssimativo del concetto di lacuna⁷⁵⁵.

Muovendo dalle critiche poc'anzi riportate, si avanzarono proposte che, ponendosi agli estremi del solito movimento pendolare dell'integrazione⁷⁵⁶, andarono ora nella direzione dell'ampliamento⁷⁵⁷ o riformulazione del concetto di lacuna⁷⁵⁸, ora verso il suo definitivo abbandono quale necessario presupposto operativo del fenomeno⁷⁵⁹.

Nel primo senso, la dottrina⁷⁶⁰ più interessante è quella che – partendo dalla premessa che la mancata specificazione dell'ampiezza e della portata dei

⁷⁵⁴ Si v. F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 256 ss., nella parte in cui afferma che «in questa visione parlare di lacune non ha senso, avendo l'ordinamento riguardo all'inesistenza o all'invalidità della regola privata, con riferimento a certi aspetti anche esecutivi della stessa, allo scopo esclusivo di verificare la sussistenza di quel presupposto cui è subordinata l'operatività di determinati interventi normativi. Qualora non si volesse accedere a questa impostazione, poi, si dovrebbe giungere, con coerenza, a qualificare l'operazione di riempimento di lacune contrattuali un'operazione tipicamente di autointegrazione, lasciando alle sole norme cogenti una funzione di eterointegrazione. Con ciò, tuttavia, si opererebbe tra le diverse norme una scissione e perfino una contrapposizione che finirebbe per snaturare il compito che, nell'ambito dell'ordinamento, è affidato alla norma giuridica: non solo non esisterebbe più una contrapposizione tra regola privata e norma statale, ma addirittura finirebbe per residuare nell'ambito di quest'ultima categoria la sola norma imperativa, mentre la norma suppletiva (ed anche la norma dispositiva, sia pure per diversi motivi) finirebbe per divenire una norma privata, rispondendo alla logica dell'autonomia e non più dunque ad una logica eteronoma».

⁷⁵⁵ Si v. ancora S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 94, nella parte in cui accusa la ricostruzione in analisi di realizzare delle indebite inversioni metodologiche, dalle quali la regola è subordinata al concetto, e non viceversa. Allora, osserva l'A., «di lacuna si finisce con il parlare in senso improprio ed approssimativo, alludendo a tutti i casi in cui il regolamento predisposto dalle parti venga arricchito o ampliato in talune clausole o elementi. Ma è evidente l'equivoco psicologico che in ciò si annida: si pone idealmente a confronto il regolamento contrattuale, quale risulta dalle determinazioni delle sue diverse fonti, con quella sua parte che deriva dall'attività dei privati e, quando si ritrova una maggiore ampiezza del primo, se ne deduce una lacunosità delle stesse determinazioni dei privati. A fondamento di ciò non è difficile scorgere il tradizionale modo di considerare il contratto come frutto esclusivo del volere dei privati, sì che interventi esterni diverrebbero pensabili solo quando tale volontà avesse insufficientemente disposto».

⁷⁵⁶ C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 1019 ss. In un estremo si collocano quelle teorie che, sulla base di una concezione dell'integrazione come pienamente rispettosa della volontà espressa dai contraenti, vedono nell'art. 1374 c.c. – considerata norma deputata a far emergere dal contratto tutte quelle conseguenze che appartengono alla normalità dell'operazione economica – una disposizione a sostegno dell'autonomia privata. Nell'altro quelle teorie che, prendendo le mosse da una raffigurazione dell'atto di autonomia privata come atto sociale, costruito in funzione delle esigenze dello scambio e di una moderna economia basata sulla produzione di massa, ravvisano nell'integrazione – e dunque nel concorso di fonti eteronome alla costruzione della concreta disciplina del rapporto – lo snodo fondamentale dei rapporti tra atto di autonomia privata e ordinamento. Sul punto si v. la ricostruzione dei vari orientamenti realizzata da F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 108 ss. e M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, cit., p. 524 ss. Si v. infine C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto*, cit., p. 86 ss. L'A. osserva come un analogo movimento pendolare è riscontrabile anche nella dottrina tedesca, seppur rispetto ai problemi speci-

vuoti contrattuali da colmare costituisce il grosso equivoco in cui cade la dottrina tradizionale – considera l'individuazione della natura della lacuna il vero problema del fenomeno integrativo⁷⁶¹. Da questa prospettiva, pertanto, si afferma che la questione delle lacune può porsi in vari gradi e in varie misure e che a seconda della loro diversa incidenza nel corpo del negozio giuridico corrisponde un differente intervento dell'ordinamento giuridico. Pertanto, non tutti i casi di lacuna sarebbero risolvibili *ex art. 1374 c.c.*, così come le fonti indicate da quest'ultimo articolo (legge, usi ed equità) andrebbero riferite a ipotesi distinte (rispettivamente contratti tipici, socialmente tipici e atipici) e, conseguentemente, opererebbero in maniera differenziata. Ciò detto, tale dottrina ritrova la propria unità e coerenza nel denominato «criterio di normalità dell'operazione»⁷⁶². Tale criterio, comune a tutte le ipotesi di integrazione, verrebbe operativamente a differenziarsi a seconda della diversa «tipicità del negozio». Cosicché, in caso di contratti tipici esso sarebbe desumibile dalla disciplina legale del tipo (dalla legge), per quelli socialmente tipici dalla disciplina normale delle attività contrattuali che la realtà sociale continuamente offre (dagli usi), e riguardo ai contratti totalmente atipici deriverebbe dalla disciplina del contratto, dalla funzione e dalle finalità che i contraenti intendevano perseguire (dall'equità). In una teoria siffatta, come intuibile, l'interpretazione assume rilievo primario. Quest'ultima consente di individuare le lacune attraverso il confronto tra la disciplina dell'attività concreta e gli schemi astratti, nonché di individuare gli specifici presupposti che danno luogo all'integrazione. In particolare, l'interpretazione permette di accertare se le lacune presenti nel negozio non stiano a indicare la volontà dei contraenti di realizza-

fici della rilevanza dei motivi o della presupposizione.

⁷⁵⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 458, nel momento in cui distingue tra integrazione cogente e suppletiva, la prima operante ogniqualvolta le determinazioni delle parti si pongono in contrasto con un interesse o valore preminente dell'ordinamento, la seconda subordinata all'esistenza di una lacuna. Peraltro, testimonia il diverso approccio rispetto a quest'ultimo concetto, volto al suo ampliamento, l'osservazione che i contratti «sono quasi sempre incompleti».

⁷⁵⁸ In questa direzione, ad es., G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 286 ss.; V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 30 ss.

⁷⁵⁹ Si v., ad es., S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 91 ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 255; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 111 ss.

⁷⁶⁰ G.B. FERRI, *o.u.c.*, p. 286 ss. Aderisce C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 1032 ss.

⁷⁶¹ Si afferma, difatti, che dalla natura delle lacune dipende anche la natura del procedimento integrativo.

⁷⁶² La normalità dell'operazione, a detta dell'A., costituirebbe il criterio base, proprio dell'ordinamento giuridico, per interpretare il regolamento contrattuale. Si v. G.B. FERRI, *o.u.c.*, cap. III, § 25. In verità nell'ordinamento italiano non sussistono indici a conferma dell'esistenza di tale criterio. Diversamente, nell'ordinamento spagnolo è lo stesso art. 1258 c.c. esp. che indica nella natura del contratto il parametro guida dell'intervento integrativo. Si v. C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios*, cit., p. 109 ss.; ID., *Curso de Derecho Patrimonial*, Madrid, 2014, p. 329 ss.; J. ROCA GUILLAMÓN, *Comento al art. 1258 c.c.*, cit., p. 441 ss.

re un'operazione soltanto marginalmente riferibile a uno schema tipico. E soltanto quando si accerti la mancanza della volontà di derogare il tipo, il contratto potrà essere integrato.

La riportata dottrina – dichiaratamente fondata su una concezione dei rapporti tra ordinamento e autonomia privata imperniata sulla non interferenza del primo sulla seconda – appare criticabile secondo diversi itinerari logici. In primo luogo, affermare che l'integrazione è riferibile solo a «lacune di importanza limitata, sia qualitativamente sia quantitativamente», in quanto questa non può operare in caso di lacuna talmente grave da rendere il regolamento non individuabile⁷⁶³, oltre che limitare l'ambito operativo del fenomeno in questione alla sola «lacunosità della formula negoziale», sembra non tenere in debita considerazione la vasta gamma di lacune prospettabili. Alcune delle quali, come si mostrerà a breve, pur non impedendo l'individuazione del regolamento di interessi, di certo non possono essere considerate di importanza limitata. Da questa prospettiva, inoltre, la conclusione che l'individuazione delle lacune consisterebbe in una semplice operazione di raffronto tra la disciplina del concreto contratto e lo statuto astratto di riferimento (ricavabile dalla legge, dagli usi o dall'equità) sembra tradire, almeno in parte, la premessa principale da cui muove la suddetta teoria, ossia la valorizzazione del problema della natura lacune.

In secondo luogo, tale teoria non sembra del tutto estranea alle logiche della c.d. inversione metodologica⁷⁶⁴. Difatti, si formula una teoria che pretende

⁷⁶³ Si argomenta che «in sede di interpretazione, l'atto di autonomia privata rivela la sua fisionomia di autoregolamento originario; e in essa dovrà essere soddisfatta "l'esigenza fondamentale del rispetto dell'autonomia privata che non deve essere sacrificata, sovrapponendo al punto di vista delle parti, un giudizio oggettivo astratto". Da ciò consegue che, laddove il regolamento di interessi perseguito nel contratto, non sia individuabile, il contratto stesso non può essere qualificato dall'ordinamento giuridico; si tratterebbe, infatti, di una ipotesi in cui le lacune e le oscurità della formula impediscono di individuare l'operazione contrattuale e, di conseguenza, di fissarne il significato giuridico. Ma se questo è, se attraverso la interpretazione si deve riuscire a fissare il senso giuridico dell'operazione contrattuale, appare chiaro come il problema della integrazione non abbia una sua autonomia, rispetto a quello della interpretazione. L'integrazione infatti, quand'anche la si differenzi dall'interpretazione integrativa, non si pone come criterio sostitutivo dell'interpretazione; essa trova applicazione laddove il concreto regolamento contrattuale, pur presentando lacune e incertezze, sia esattamente individuabile. Le lacune, cui si può riferire l'integrazione, sono quindi lacune di importanza limitata, sia quantitativamente, sia qualitativamente. Qualitativamente, perché, esse non posso riguardare e, dunque, pregiudicare, la completa individuabilità del concreto regolamento di interessi, perseguito dalle parti, nel contratto. Se dunque la presenza nel negozio di lacune, sanabili mediante un'attività integratrice, non può pregiudicare la completa individuabilità dell'operazione economica, ciò sta a significare che queste lacune riguardano esternamente l'operazione economica, contenuta nel negozio; la completezza, semmai, del suo apparire e del suo manifestarsi». Così G.B. FERRI, *o.u.c.*, p. 291 ss.

⁷⁶⁴ PH. HECK, *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?*, in *JuristenZ*, 1909, p. 24 ss.

abbracciare l'intero ambito operativo dell'art. 1374 c.c., incentrandola sulla comparazione tra disciplina del singolo contratto e regime disciplinare previsto a livello legale o sociale⁷⁶⁵. E, seppur con qualche forzatura⁷⁶⁶, questo schema sembra collimare con le prime due fonti previste dalla norma (legge e usi). I problemi sorgono nel momento in cui si percepisce che, per evidenti motivi, tale costruzione è inapplicabile ai contratti atipici, in quanto sprovvisti di un regime disciplinare a qualunque livello posto. Sul punto va preliminarmente precisato che la vera questione non è tanto quella dei contratti assolutamente atipici – che, come noto, rappresentano più un caso di scuola che un'ipotesi realisticamente prospettabile in concreto – bensì quella dell'equità, irriducibile alle logiche della teoria in esame, in quanto insuscettibile di far riferimento a un qualche regime disciplinare. Ragion per cui, quest'ultima viene intesa come mero criterio tecnico, con un contenuto determinabile attraverso il richiamo ai criteri di proporzione, equilibrio e armonia⁷⁶⁷. Pertanto, in forza dell'equità il giudice sarebbe chiamato a integrare il contratto conformemente alla «natura» (ossia alla struttura) dello stesso, ai criteri e alle finalità che i contraenti intendevano perseguire.

A parte la constatazione che trattasi di un'operazione non troppo dissimile dall'interpretazione integrativa, osteggiata dalla stessa dottrina in parola⁷⁶⁸, non è dato comprendere come andrebbero individuate le lacune in tali regolamenti atipici, considerato che, secondo la suddetta teoria, tale operazione si risolverebbe nella comparazione tra schema contrattuale concreto e schema astratto di riferimento. In altri termini, una volta formulata l'ipotesi ricostruttiva, dinanzi all'incompatibilità con la stessa del testo normativo, quest'ultimo viene forzato entro le logiche della prima. Il tutto per giustificare una volta ancora quel dogma che vede il contratto quale frutto (quasi) esclusivo della

⁷⁶⁵ «Proprio in questo fenomeno e in questa relazione tra la struttura e la disciplina dello schema tipico e la struttura e la disciplina della concreta attività, ad esso riferibile, che si inserisce il fenomeno dell'integrazione. Sulla base di questa relazione si spiega la rilevanza e la emersione di lacune nella formula del negozio concreto». Così G.B. FERRI, *o.u.c.*, p. 294.

⁷⁶⁶ In particolare, appare una forzatura interpretare il richiamo agli usi di cui all'art. 1374 c.c. nel senso che questi «non possano avere altro significato che quello di far riferimento alle strutture (e quindi alla disciplina, in esse espressa) delle attività contrattuali che la realtà sociale, cioè la spontanea elaborazione di talune nuove o rinnovate tendenze, continuamente offre». G.B. FERRI, *o.u.c.*, p. 321 ss., il quale aggiunge che «integrare il contratto con gli usi, cioè obbligare i contraenti non sol a quello che nel loro contratto essi hanno espresso, ma anche alle conseguenze derivanti dagli usi, altro senso non ha, se non quello di dar valore al criterio di normalità già applicato in sede di tipicità legale».

⁷⁶⁷ «Quegli stessi criteri tecnici di esperienza che, nel caso di contratti tipici, si troveranno cristallizzati nella legge o negli usi; mentre in caso di contratti che, per la "novità del rapporto" che in essi è espresso, non hanno ancora dato luogo ad un uso, dovranno essere desunti dal caso concreto. Tenendo conto cioè "di tutti i singoli elementi del caso concreto, de loro conflitto, delle loro interferenze"». G.B. FERRI, *o.u.c.*, p. 328.

⁷⁶⁸ G.B. FERRI, *o.u.c.*, p. 289 nota 288.

volontà dei privati.

Precisamente rispetto a quest'ultima considerazione è identificabile il terzo profilo di incoerenza della citata teoria. Difatti, dopo aver delineato un intero paradigma imperniato sull'intangibilità dell'autonomia negoziale e, conseguentemente, fornito una ricostruzione del fenomeno integrativo (almeno formalmente) rispettosa delle determinazioni delle parti⁷⁶⁹, dinanzi alla disposizione di cui all'art. 1339 c.c. si è costretti ad ammettere che tale norma delinea un intervento in contrasto con la volontà privata. Quest'aporia sistematica viene «risolta» ponendo la norma al confino, rimarcando le peculiari circostanze di fatto che ne giustificarono la nascita e, conseguentemente, considerandola disposizione eccezionale⁷⁷⁰. Né appare pienamente convincente l'esplicazione della sua portata operativa, la quale si concretizzerebbe nell'apposizione di un «limite quantitativo all'interesse perseguito concretamente dalle parti». Detto altrimenti, si afferma che le parti sarebbero sì libere di realizzare detto interesse, ma entro una data misura. Il sospetto è che si tratti di un'ingegnosa finzione attraverso la quale tentare *in extremis* un qualche tipo di raccordo tra l'art. 1339 c.c. e il dogma che si è scelto di porre alla base di tutta la sistematica del contratto.

Venendo alla seconda dottrina⁷⁷¹, questa – dopo aver criticato sotto vari profili il concetto di lacuna e averne affermato l'inutilizzabilità in ambito contrattuale – fornisce una ricostruzione dell'art. 1374 c.c. in termini di norma sulle fonti del regolamento del contratto. In particolare, si argomenta che, da un lato, tale norma esula da ogni giudizio sulla conformità o difformità del regolamento contrattuale rispetto a ciò che le parti avevano disposto, e, dall'altro, le determinazioni dei privati non esauriscono il regolamento di interessi, per spiegare il quale occorre far ricorso a una pluralità di fonti concorrenti. Pertanto, viene delineato un sistema nel quale a lato della fonte privata (art. 1322 c.c.) operano anche la fonte legale (legge, usi) e quella giudiziale (equità, buona fede). Non si tratterebbe però di un concorso necessario, in quanto solo la fonte di cui all'art. 1322 c.c. opererebbe sempre, nel senso che l'iniziativa del regolamento contrattuale spetterebbe in ogni caso ai privati. Diversamente, le fonti di cui agli artt. 1374 e 1375 c.c., implicando un diverso punto

⁷⁶⁹ «Così operando, l'ordinamento non interferisce nella sfera di autonomia privata né la comprime». G.B. FERRI, *o.u.c.*, p. 295.

⁷⁷⁰ «Si tratta, per la verità, di ipotesi particolari e circoscritte, di limitazioni che normalmente dipendono dalla eccezionale situazione ambientale, in cui l'interesse stesso viene a realizzarsi; si tratta, quindi, di interventi di carattere eccezionale, dai quali non è lecito trarre conseguenze di carattere generale. [...] La portata di questo tipo di interventi “è essenzialmente quella di evitare forti rialzi di fronte ad avvenimenti di carattere eccezionale che abbiano turbato l'equilibrio economico e monetario: il blocco è pertanto destinato ad attenuarsi man mano che la situazione economica e monetaria si avvicina alla stabilità». G.B. FERRI, *o.u.c.*, p. 335.

⁷⁷¹ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 91 ss. Conforme F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 255 ss.

di vista nella considerazione dell'interesse regolato, non verrebbero in questione ogniqualvolta tale diversità non sussiste. Pertanto, il presupposto operativo dell'intervento integrativo non si rinverrebbe nell'esistenza di una lacuna del regolamento, bensì nella divergenza tra il punto di vista dei privati e quello dell'ordinamento nella considerazione dell'interesse regolato. Su tale premessa, la dottrina in parola individua quale problema centrale dell'integrazione non il suo presupposto operativo – considerando l'intervento delle fonti eteronome nel regolamento quasi alla stregua di un dato di fatto – bensì il valore e la misura di questa partecipazione e le sue ripercussioni sul significato dell'attività dei privati. In altri termini, il problema dell'integrazione viene fatto coincidere con quello del rapporto tra le varie fonti e risolto sostanzialmente richiamando i principi dell'ordinamento, avuto particolare riguardo a quelli costituzionali⁷⁷².

Rinviando al paragrafo dedicato alle fonti di costruzione del regolamento contrattuale l'esposizione delle criticità che sembrano affliggere quest'aspetto della teoria in analisi, in questa sede si concentrerà l'attenzione sul presupposto operativo dell'intervento integrativo di cui tale dottrina si avvale. Sotto tale profilo, l'osservazione critica secondo la quale tale teoria resta confinata in una fase meramente descrittiva – in quanto si limita a rilevare una pluralità di interventi, senza chiarire la relazione intercorrente tra i diversi ordini di fonti⁷⁷³ – può essere estesa anche al profilo dei presupposti operativi del fenomeno. Almeno nel momento in cui si ritenga che tale profilo condizioni strettamente non solo il «se», ma anche il «come» dell'intervento integrativo.

Da questo punto di vista, affermare che l'operatività delle fonti concorrenti è subordinata all'esistenza di un «diverso punto di vista nella considerazione dell'interesse regolato» non fornisce un presupposto sufficientemente preciso⁷⁷⁴ ai fini dell'individuazione dell'ambito di funzionamento del fenomeno. E,

⁷⁷² In particolare, rispetto ai rapporti tra attività dei privati e intervento legislativo (al quale vengono ricondotti gli usi), si afferma che «il contratto non abbia in se stesso nulla che possa metterlo al riparo dall'intervento legislativo, se non ciò che discende dalla previsione costituzionale che regola quest'ultimo. Il rapporto tra fonte privata e fonte legale, quindi, si chiarisce intorno ai limiti istituzionalmente previsti per la operatività della fonte legale». Riguardo all'integrazione giudiziale del contratto (per mezzo della «fonte equitativa»), si afferma che «essa si fonda su criteri ricavabili dall'ordine normativo, dunque autonomi rispetto al regolamento contrattuale. Dal rapporto tra fonte privata e fonte legale si trascorre, così, alla questione del senso e dei limiti dell'attività del giudice che applica quei criteri. Si pone, dunque, il problema dei rapporti tra fonte privata ed una nuova fonte di integrazione del regolamento contrattuale, risolvibile in base agli stessi principi che hanno finora guidato la nostra indagine». S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 107 ss.

⁷⁷³ «Ciò che la legge e il giudice esplicano nella fase di inserimento, nell'ordinamento giuridico, dell'atto di autonomia privata e l'ambito entro il quale questa funzione può attuarsi». Così G.B. FERRI, *o.u.c.*, p. 246.

⁷⁷⁴ V. sul punto le osservazioni sviluppate dalla dottrina rispetto ad altri ambiti del diritto privato, in particolare M. ALLARA, *Il testamento*, cit., p. 250; Id., *La teoria generale del con-*

conseguenza ancor peggiore, l'indicazione di un presupposto così generico e indeterminato non permette di distinguere sotto il profilo operativo i diversi tipi di intervento nel regolamento. In altri termini, non consente di delineare le diverse modalità attraverso cui si realizza l'integrazione del contratto, le quali, se certamente dipendono dal tipo di fonte, ancor prima sono debitorie del tipo di presupposto che giustifica l'intervento. Ciò determina a cascata una certa ambiguità circa l'ambito operativo di una fonte rispetto all'altra, nonché rispetto ai rapporti (di reciproco condizionamento) che vengono a crearsi tra le stesse in seno al concreto regolamento di interessi.

10. *Segue*: La relativizzazione del concetto di lacuna

Si è scelto di riservare tanto spazio alle due teorie poc'anzi riportate in quanto da entrambe possono essere tratti elementi utili alla corretta lettura del fenomeno. Difatti, se, da un lato, l'art. 1374 c.c. sembra effettivamente delineare un regolamento contrattuale alla cui costruzione partecipano una pluralità di fonti, dall'altro, ciò non esime dall'indicare gli specifici presupposti operativi delle stesse, e sotto quest'ultimo profilo può tornare utile il concetto di lacuna, seppur intesa in senso improprio.

Come si osservava in precedenza, è senz'altro vero che il concetto di lacuna si riferisce a contesti diversi da quello del contratto. In particolare, normalmente viene usato rispetto all'attività di applicazione a casi individuali e concreti di norme generali e astratte precostituite (c.d. lacune normative)⁷⁷⁵. Così inteso, tale concetto – nel momento in cui viene pensato in termini di giurisdizione e di fattispecie – mal si adatta alla configurazione che l'integrazione contrattuale sta assumendo nell'ambito del presente studio. A ciò si aggiungano i dubbi sulla compatibilità con il paradigma qui assunto a premessa di una concezione di lacuna che ne subordina la presenza all'esistenza di un caso concreto che non possa essere regolato in alcun modo sulla base di norme preesistenti nel sistema.

Tali criticità non sembrano insuperabili. In primo luogo, la mera osservazione descrittiva secondo cui tale concetto viene tradizionalmente utilizzato a livello di ordinamento giuridico complessivo, non vale ad escludere un suo impiego anche rispetto a micro-sistemi normativi, come ad es. il contratto⁷⁷⁶.

tratto, cit., p. 242; P. DI PACE, *Il negozio per relationem*, Torino, 1940, p. 27 ss.; G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, in ID., *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1994, p. 211 ss.

⁷⁷⁵ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1986, p. 163 ss.; R. GUASTINI, *Lacune del diritto*, cit., p. 269 ss.

⁷⁷⁶ J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, London, 1973, cap. VIII; C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, cit., p. 393 ss.; ID., *Normative Systems*, cit., *passim*.

Difatti, la nozione di lacuna è una variabile dipendente dalla nozione di norma⁷⁷⁷. Il che implica soltanto che in tale differente contesto il problema delle lacune si atteggia diversamente. Pertanto, operazione scorretta non è l'impiego di tale concetto in ambito contrattuale, bensì fare riferimento a una concezione di lacuna propria dell'ordinamento giuridico o della legge.

Ragion per cui, una volta apportati i necessari adattamenti, teoricamente il concetto di lacuna potrebbe essere utilizzato in campo contrattuale. Difatti, in dottrina sembra ormai acquisito il principio dell'inevitabile incompletezza del contratto⁷⁷⁸. Al concetto di completezza⁷⁷⁹ – riferito sostanzialmente alla capacità del negozio di fornire una regolamentazione esaustiva di tutti gli aspetti dell'operazione economica – in questa sede, considerata la concezione di autonomia negoziale precedentemente delineata⁷⁸⁰, pare opportuno aggiungere quello di adeguatezza (o giustizia) del regolamento, intesa come aderenza dello stesso al sistema valoriale nel quale viene a inserirsi.

Ragion per cui, il problema dell'integrazione del contratto andrà riferito non solo alle ipotesi di incompletezza, ma anche a quelle di inadeguatezza (ingiustizia) o fallacia assiologica del contratto. Rispetto alla prima ipotesi, l'integrazione dipenderà dal presupposto dell'esistenza di tutta una serie di lacune di vario genere e di diverso rilievo che su tale aspetto incidono (ad es. lacune negoziali⁷⁸¹, lacune c.d. tecniche⁷⁸², lacune di previsione⁷⁸³, lacune di collisione⁷⁸⁴, lacune istituzionali⁷⁸⁵, lacune extrasistematiche e intrasistematiche statiche (o primarie, o regolari) e lacune intrasistematiche dinamiche (sia riferite

⁷⁷⁷ R. GUASTINI, *Lacune del diritto*, cit., p. 269 ss.

⁷⁷⁸ V. ROPO, *Il contratto*, cit., p. 435 ss.; A. FICI, *Il contratto «incompleto»*, cit., p. 74 ss.; G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, cit., p. 47 ss.; R. PARDOLESI, *Regole di «default» e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 451 ss.; M. FARINA, *Integración del contrato «incompleto» en el ordenamiento italiano*, in *Rev. der. priv.*, 2015, p. 114 ss.; A. SCHWARTZ, *Relational contracts in the Courts; an Analysis and judicial strategies*, in *Journ. of Legal Studies*, 1992, p. 271 ss.

⁷⁷⁹ A.G. CONTE, voce *Completezza*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., III, Torino, 1988, p. 138 ss.

⁷⁸⁰ Cap. III, § 9.

⁷⁸¹ Coincidenti con il concetto tradizionale di lacune in uso nella contrattualistica italiana. Pertanto, si tratta di vuoti regolamentari imputabili a cause indipendenti dalla volontà dei contraenti e che impediscono il regolare funzionamento del contratto.

⁷⁸² Si afferma che sia ha una lacuna tecnica ogniqualvolta manca una norma la cui esistenza è condizione necessaria per l'efficacia di un'altra norma. Si v. A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, cit., p. 43 ss. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, Bologna-Roma, 1977, p. 100 ss.

⁷⁸³ Ossia quel tipo di lacuna che dipende dalla limitata previsione operata dalla disposizione normativa di fronte ai sempre nuovi bisogni della vita sociale.

⁷⁸⁴ Si tratta di quelle lacune che risultano dall'abrogazione pura e semplice di una norma dettata in precedenza per una materia particolare. In campo contrattuale possono essere riconfigurate considerandole come il prodotto dell'invalidità di una clausola negoziale a causa del contrasto con una norma cogente.

alle c.d. incognite dell'individuale che a quelle del divenire (c.d. lacune secondarie o improprie)⁷⁸⁶), mentre rispetto alla seconda ipotesi occorrerà far uso di un diverso e peculiare tipo di lacuna: la c.d. lacuna assiologica⁷⁸⁷.

11. *Segue: La defettibilità delle clausole e le c.d. lacune assiologiche*

Considerati l'oggetto e gli obiettivi del presente studio, la lacuna c.d. assiologica appare di grande interesse. Anch'essa, come le altre, nasce nel campo della legge e dell'ordinamento giuridico considerato nel suo complesso, e si concretizza in quelle ipotesi in cui una certa fattispecie è sì disciplinata da una norma, ma in modo assiologicamente inadeguato, ovverosia «ingiusto». Si fa,

⁷⁸⁵ Si dice che un ordinamento giuridico – inteso qui non più come sistema normativo, bensì come complesso di istituzioni – presenta una lacuna istituzionale allorché, per cause di fatto, viene meno una delle istituzioni che sono essenziali al suo funzionamento. Si v. R. GUASTINI, «Completezza e analogia», in G. TARELLO (a cura di), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1976, p. 566 ss.; S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, p. 171 ss. In ambito contrattuale questo tipo di lacuna può assumere diversi significati, in particolare può giustificare l'integrazione ex art. 1349 c.c.

⁷⁸⁶ Mentre le lacune extrasistematiche consistono in vuoti normativi, dovuti alla mancata regolazione di alcune ipotesi, quelle intrasistematiche consistono in spazi vuoti (semantici) presenti all'interno del testo normativo. Queste ultime si distinguono in statiche (denominate anche primarie o regolari) – quando la lacuna si manifesta nel testo normativo astrattamente considerato, come ad es. nel caso di formulazioni generali, vaghe o affette dalla mancanza di aggiornate conoscenze tecniche – e dinamiche (nelle ipotesi in cui il vuoto si presenta solo nel momento applicativo). Queste ultime a loro volta si suddividono in due categorie: in incognite dell'individuale (nei casi in cui la lacuna si deve alle particolari caratteristiche del caso concreto) e in incognite del divenire (denominate anche secondarie o irregolari), le quali riguardano il rapporto del testo normativo con l'evoluzione della realtà sociale, culturale, storica e scientifica. Si v. sul punto L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 32 ss.; K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., p. 217 ss.

⁷⁸⁷ Denominata anche «lacuna deontologica o ideologica». Con lacuna assiologica si fa riferimento alla situazione in cui una certa fattispecie è sì disciplinata da una norma, ma – secondo l'opinione dell'interprete – è disciplinata in modo «assiologicamente inadeguato [...] poiché il legislatore non ha tenuto conto di una distinzione di cui avrebbe dovuto tener conto». [...] In altre parole, una lacuna assiologica «non è un caso privo di soluzione [una fattispecie priva di disciplina], ma piuttosto un caso con una cattiva soluzione. [...] Ciò che manca non è una norma che disciplini la fattispecie in questione, giacché tale fattispecie in realtà è disciplinata. Ciò che manca è una norma soddisfacente o “giusta”». Così R. GUASTINI, *Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione*, in *J. Const. Th. Phil. Law*, 2010, p. 57 ss. Si v. C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Introducción a la metodología*, cit., p. 158; P. NAVARRO, J. RODRÍGUEZ, «Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas», in *Isonomía*, 2000, p. 76 ss. Cfr. J. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, 2002, p. 76 ss.; E. BULYGIN, «En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria», in F. ATRIA, *Lagunas en el derecho*, Madrid-Barcelona, 2005, p. 73 ss.; G.B. RATTI, *Dos modelos de relevancia normativa*, in J.J. MORESO, M.C. REDONDO (coord.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid-Barcelona, 2007, p. 153 ss.

in particolar modo, riferimento al caso in cui il legislatore non ha considerato una distinzione di cui avrebbe dovuto tenere conto, pertanto, disciplinando nello stesso modo due casi non analoghi o, all'opposto, all'ipotesi in cui due casi analoghi vengono trattati in modo diverso. Si tratta, a ben vedere, dell'operatività dei principi di uguaglianza e proporzionalità nell'ambito della legge, ciò però non esclude che le lacune assiologiche possano essere generate dall'operare di altri principi e/o dei diritti fondamentali⁷⁸⁸.

La presenza di tali lacune spesso (anche se non sempre) si deve alla «defettibilità»⁷⁸⁹ delle norme, ossia al fatto che queste «nascondono» delle eccezioni implicite. Queste ultime dipendono dalla presenza di principi (non solo quello di eguaglianza) nel sistema giuridico, i quali, derogando le norme, producono

⁷⁸⁸ Cfr. J.C. BAYÓN, *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, 1991, p. 321 ss.; ID., *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?*, in *Doxa*, 2001, p. 35 ss.; R. ALEXY, *Teoría dei diritti fondamentali*, cit., p. 98 ss.; J.R. MANERO, «*Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*», in C. ALARCÓN CABRERA, R. LUIS VIGO (coord.), *Interpretación y argumentación: problemas y perspectivas actuales*, Barcelona, 2011, p. 415 ss.

⁷⁸⁹ C.E. ALCHOURRÓN, *On Law and Logic*, in *Ratio Juris*, 1996, p. 341 ss.; ID., *Sobre derecho y lógica*, in *Isonomía*, 2000, p. 24 ss. L'A. osserva che «*muchas (sino todas) las formulaciones normativas son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, existen circunstancias que derrotan la norma aunque ellas no están explícitamente enunciadas. incluso una regla muy simple y clara como "todo conductor debe detenerse frente a un semáforo en rojo" puede tener excepciones no formuladas explícitamente. Por esta razón Hart sostenía que las reglas deberían ser leídas como si finalizaran con una cláusula como "a menos que..."*, pretendiendo con ello expresar que las reglas poseen un conjunto indeterminado de excepciones implícitas. Habitualmente nuestra comprensión de la regla nos permitirá hacer una lista de excepciones implícitas así como una lista de circunstancias que no han sido mencionadas por cuanto son rechazadas como excepciones. Pero la relatividad de la noción de normalidad vuelve ambiguas muchas situaciones desde el punto de vista del intérprete. La regla de tránsito anterior puede ser entendida por alguien que viene de California con la excepción tácita "a menos que doble hacia la derecha", la cual sería excluida en los países europeos. A menos que las excepciones hayan sido explicitadas, el contenido conceptual de la expresión normativa permanece indeterminado». Si v. anche C.E. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Norma jurídica*, in E. GARZÓN VALDÉS, F.J. LAPORTA (coord.), *El derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, 1996, p. 146 ss.; R. GUASTINI, *Defettibilità, lacune assiologiche*, cit., p. 58 ss. Cfr. M.C. REDONDO, *Teorías del derecho e indeterminación normativa*, in *Doxa*, 1997, p. 177 ss.

lacune assiologiche⁷⁹⁰, da colmare attraverso l'applicazione dei principi stessi⁷⁹¹. A tal riguardo, qualunque norma può essere trattata come defettibile⁷⁹², di conseguenza anche le norme negoziali. Ciò consente di trasporre sul campo contrattuale il concetto di lacuna assiologica, restando solo da chiarire la particolare configurazione che questa assume in tale diverso contesto.

A tal riguardo, in tale ambito le lacune assiologiche vengono in rilievo rispetto al problema della conformità del regolamento contrattuale con gli interessi generali e i valori fondamentali dell'ordinamento, pertanto relativamente alle norme imperative e a quei principi e diritti fondamentali che tali valori

⁷⁹⁰ «La derrotabilidad de las normas jurídicas suele ser presentada como una consecuencia de la interacción entre principios y reglas, así que quienes propugnan esta tesis parten por lo general de una concepción que distingue dos niveles en el derecho y que, prescindiendo ahora de detalles y matices específicos de cada propuesta teórica concreta, podría describirse a grandes rasgos del siguiente modo. En un primer nivel encontraríamos los principios. Los principios constituirían razones a favor (o en contra) de la existencia de ciertos estados de cosas, en la medida en que éstos encarnen la realización (o frustración) de algún valor. Sin embargo, toda acción posee innumerables rasgos: que pueda producir – o mantener; o destruir – el estado de cosas valioso al que algún principio se refiere será tan sólo uno de ellos. Por lo tanto, la razón para actuar que un principio proporcione puede colisionar con las razones provenientes de otros principios que también puedan resultar relevantes en atención al resto de rasgos de la acción en cuestión. Y en consecuencia un juicio concluyente (o “consideradas todas las cosas”) acerca de un caso individual requeriría sopesar o hacer un balance entre todos esos principios. Por diversas razones (que tienen que ver con el valor de la certeza, los costes de decisión, la asignación adecuada de la autoridad, etc.), parece deseable añadir a ese cuadro un segundo nivel, en el que encontraríamos las reglas. Lo que pretendería el legislador al dictar una regla sería proporcionar por anticipado el resultado de un proceso de ponderación del tipo descrito para una clase de casos (esto es, para un caso genérico), lo que naturalmente presupone un determinado punto de vista acerca de cuáles son las razones que típicamente concurren en esa clase de casos y cuál el peso relativo que típicamente tienen en ellos. Y para articular una genuina regla su antecedente debe quedar formulado en términos que posean autonomía semántica respecto a las razones subyacentes para dictarla [...]. Lo que sigue reproduce en lo fundamental el enfoque que proponen [...]. Por descontado, en la teoría del derecho contemporánea se discute vivamente el sentido mismo que haya de darse a las nociones de “principio” y “regla”, y no es este el lugar para intentar pasar revista en profundidad a dicha discusión (que, por otra parte, me parece que muchas veces queda enturbiada por continuas oscilaciones en el significado que se atribuye a esos términos, con el resultado, demasiado frecuente, de que quienes discuten se refieren en realidad a cuestiones diferentes) [...]. Así pues, cabría pensar que cuando las circunstancias del caso satisfagan el antecedente de una regla – dejando en este momento a un lado las dudas que tengan que ver con la vaguedad – lo que procederá es aplicar sin más la consecuencia jurídica correspondiente, sin necesidad alguna de sopesar o ponderar razones de ningún tipo (conclusión que, por supuesto, debería seguir en pie si las excepciones a las reglas provienen únicamente de otras reglas). Sin embargo, quienes sostienen la tesis de que toda norma jurídica es derrotable insisten en que es posible hallar excepciones implícitas por razones de principio a lo que, de no ser así, habría que considerar una regla claramente aplicable. Y ello podría suceder por dos razones. En primer lugar, y habida cuenta de lo que Schauer ha denominado el carácter *infra* y *supraincluyente* de las reglas [...], es posible que la aplicación de una regla a ciertos casos en los que de hecho resulta aplicable vaya en realidad en contra de su propósito o justificación subyacente. En una situación

incorporano. Coticché, nel caso in cui le parti, nel regolare i propri interessi, non abbiano tenuto in considerazione un principio o diritto fondamentale che viene in rilievo rispetto alle concrete caratteristiche del caso concreto – ossia, rispetto a uno o più ambiti materiali disciplinati dalla clausola – quest'ultima sarà defettibile e si presenterà una lacuna assiologica da colmare attraverso la creazione di una nuova norma contrattuale frutto dell'integrazione ad opera del diritto fondamentale trascurato. Diversamente, nel caso in cui la clausola si ponga in netto contrasto con il diritto fondamentale, questa sarà invalida, e, a seconda del contenuto del diritto violato, o ne originerà una lacuna di collisione (da colmare attraverso la sostituzione della clausola nulla con la norma eterointegrata per mezzo del diritto fondamentale) o il regolamento risulterà insanabilmente nullo.

A parte queste ultime osservazioni in materia di integrazione ad opera dei diritti fondamentali, non sembra che ricostruendo i presupposti operativi del fenomeno in questi termini – in particolare, facendo uso del concetto di lacuna assiologica – si giunga a un risultato molto diverso da quello della delineazione di un complesso di fonti di costruzione del regolamento contrattuale. Difatti, tale proposta descrive lo stesso identico fenomeno che altrove viene indicato parlando di arricchimento del contenuto o di riconduzione al contratto di ef-

*semejante se podría decir que un caso comprendido en el antecedente de la regla no merece, desde el punto de vista de aquel mismo balance anticipado de razones en el que la regla se basa y al que trata de reemplazar, la solución normativa que ella establece. A pesar de lo cual, la justificación que por ello mismo existiría para apartarse de la regla tendría que ser contrapesada con las razones para aplicarla en sus propios términos (que no son otras que las razones mismas para tener reglas), con lo que en definitiva para decidir el caso no habría más remedio que recurrir a la ponderación. Y en segundo lugar, en un caso en el que sea aplicable una regla puede concurrir una razón fundada en un principio que no fue tomado en cuenta en ese balance anticipado que la regla refleja. Con lo que para decidir el caso habría que recurrir de nuevo a la ponderación, esta vez entre lo que cabría llamar el principio que está tras la regla (i.e., el resultado de aquel balance anticipado) y el principio que quedó fuera de ella». Così J.C. BAYÓN, *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?*, cit., p. 52 ss. Si v. F. SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, 1991, p. 31 ss.; ID., «On the Supposed Defeasibility of Legal Rules», in M.D.A. FREEMAN (ed.), *Current Legal Problems*, vol. 51, *Legal Theory at the End of the Millennium*, Oxford-New York, 1998, p. 236 ss.; M. ATIENZA Y J.R. MANERO, «Rules and Principles Revisited», in *Associations* 4, 2000, p. 152 ss.; Á. RÓDENAS, «Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial», in *Doxa*, 1998, p. 99 ss.; H. PRAKKEN, *Logical Tools for Modelling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Dordrecht-Boston-London, 1997, p. 205 ss.; G. SARTOR, «Defeasibility in Legal Reasoning», in Z. BANKOWSKI (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht-Boston-London, 1995, p. 144 ss.*

⁷⁹¹ J.C. BAYÓN, *La normatividad del derecho*, cit., p. 321 ss.; ID., *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?*, cit., p. 35 ss.; J.R. MANERO, «Algunas concepciones del derecho y sus lagunas», cit., p. 415 ss.

⁷⁹² R. GUASTINI, *Defettibilità, lacune assiologiche*, cit., p. 67.

fetti ulteriori rispetto a quelli «voluti» dalle parti. L'unica differenza è che nel delineare il contributo delle fonti diverse dall'autonomia privata alla costruzione del regolamento contrattuale vengono maggiormente precisati i diversi presupposti che danno origine all'intervento integrativo. Così facendo, considerato che rispetto a ogni ipotesi di lacuna – ossia avuto riguardo allo specifico profilo del contratto interessato e ai relativi problemi che ne derivano – corrisponde un differente intervento integrativo, risulterà più agevole nel prossimo passaggio della ricerca individuare le modalità attraverso le quali il fenomeno si estrinseca nelle sue varie manifestazioni e contesti applicativi.

In questa sede non resta che precisare due punti in chiusura di discorso. Dopo quanto detto, la lacuna contrattuale può essere definita come l'asimmetria tra la rappresentazione che la parti offrono del regolamento negoziale e quella relativa alla realtà fattuale e ordinamentale nel quale il contratto si inserisce e opera. A tale asimmetria corrisponde la fisiologica incompletezza del contratto, dovuta all'incapacità delle parti di riflettere realtà complesse e sostanzialmente inafferrabili (per di più orientate a una dimensione dinamica e mutevole), quali l'universo di variabili che caratterizzano gli interessi privati da regolare e la difficoltà di tener conto di una prospettiva differente dalla propria (quella ordinamentale). Ragion per cui, è necessario l'intervento dell'interprete che, individuando tale asimmetria e ponendovi rimedio attraverso il procedimento interpretativo-qualificativo-integrativo, congiunga le due dimensioni dando vita a una delle possibili realtà alternative del contratto.

Pertanto, il concetto di lacuna non necessariamente costituisce strumento a difesa di concezioni e dogmi del passato, incompatibili con una visione ermeneutica e neo-costituzionale del diritto. In verità, se si presta attenzione ai vari tipi di lacuna, ci si accorgerà come alcune di esse incarnino lo spirito delle Scuole poc'anzi citate. Il riferimento non è rivolto alle sole lacune assiologiche, che, per quanto affermato in precedenza, consentono il penetrare nel contratto dei valori dell'ordinamento giuridico. Sarebbe sufficiente guardare alle c.d. lacune improprie (o secondarie), ovverosia lacune che a differenza di quelle proprie (o primarie) fanno la loro comparsa soltanto in un momento successivo alla creazione della disposizione normativa, a causa della trasformazione della realtà sociale che il diritto intende regolare. Queste lacune, oltre che rendere evidente la rilevanza che il caso concreto ricopre nei processi di giuridificazione, contribuiscono a disvelare il processo spontaneo attraverso il quale il diritto vivente viene a esistenza e si trasforma⁷⁹³.

In secondo luogo, quanto esposto finisce per rimarcare ancora una volta la centralità dell'interpretazione. Difatti, è solo attraverso l'attività ermeneutica

⁷⁹³ Cfr. E. PARESCHE, voce *Interpretazione (fil. dir. e teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 152 ss.

che risulta possibile individuare una lacuna⁷⁹⁴, ovvero sia accertare l'incompletezza, l'inadeguatezza, l'ingiustizia e la fallacia del contratto, attraverso un procedimento unitario che nel momento in cui la rileva, contemporaneamente procede a colmarla. Emerge, in sostanza, l'immaginario di un contratto inevitabilmente incompleto e/o inadeguato (ingiusto), ma in ogni caso sempre completabile⁷⁹⁵ e riconducibile a giustizia per mezzo dell'interpretazione (intesa quale attività ricomprendente anche l'integrazione), attraverso (a seconda del tipo di lacuna) il ricorso alla legge, agli usi, all'equità e, soprattutto, ai principi e ai diritti fondamentali. Un c.d. riempimento delle lacune che, in ogni caso, non può avere luogo a prescindere dall'attività valutativa dell'interprete⁷⁹⁶.

12. La sistematica del contratto tra autonomia negoziale ed eterointegrazione

Dopo quanto chiarito, i tempi sembrano maturi per una riconduzione a si-

⁷⁹⁴ «A volte si discorre come se le lacune assiologiche dipendessero dalle valutazioni degli interpreti, mentre le lacune normative sarebbero qualcosa come proprietà “oggettive” del diritto. Di fatto non è così. Se è vero che non si possono distinguere le lacune normative dalle lacune assiologiche indipendentemente dall'interpretazione, ne segue che una data “situazione normativa” può essere considerata una lacuna normativa o invece una lacuna assiologica da punti di vista interpretativi diversi. Ma questo vuol dire anche che le lacune normative sono variabili dipendenti dell'interpretazione [...]». Così R. GUASTINI, *Defettibilità, lacune assiologiche*, cit., p. 65 ss. Nello stesso senso M.C. REDONDO, *Reglas genuinas y positivismo jurídico*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (coord.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1998, p. 256 ss.; C.E. ALCHOURRÓN, *On Law and Logic*, cit., p. 338; ID., *Sobre derecho y lógica*, cit., p. 6 ss.

⁷⁹⁵ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., pp. 14 ss. e 81 ss.; ID., *A Matter of Principle*, London, 1985, p. 119 ss. Sul tema si v. R. GUASTINI, «Soluzioni dubbie», in *Mat. st. cult. giur.*, 1983, p. 185 ss.

⁷⁹⁶ «Los problemas sistemáticos (la incompletitud y la inconsistencia normativa) así como las indeterminaciones lingüísticas (ambigüedad, derrotabilidad y vaguedad) hacen necesario el uso de consideraciones valorativas en la toma de decisiones judiciales. Desde una perspectiva más amplia, en todo proceso de toma de decisiones judiciales se encuentran involucradas consideraciones valorativas, tanto en la selección de las normas empleadas para justificar la decisión como en la identificación de los “hechos” relevantes del caso bajo consideración. En este sentido, la interpretación es siempre una actividad valorativa. La ilusión formalista del modelo puramente deductivo debe ser abandonada». Così C.E. ALCHOURRÓN, *Sobre derecho y lógica*, cit., p. 6 ss. Si v. anche L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 32 ss., il quale afferma che le lacune devono essere colmate necessariamente per mezzo del compimento di valutazioni autonome da parte dell'interprete, inoltre che il valore si inserisce nel diritto quale necessario criterio di integrazione e, pertanto, l'attività del giurista è sempre «politica del diritto». Infine, si v. R. GUASTINI, *Defettibilità, lacune assiologiche*, cit., p. 72, nella parte in cui conclude che «interpretare i testi normativi (e, ancor più deciderne casi) non è conoscere il diritto, ma contribuire a farlo. Se per “diritto” intendiamo non un insieme di enunciati, ma un insieme di significati, non vi è diritto senza interpretazione: il diritto risulta da una combinazione di legislazione (in senso “materiale”: produzione di formulazioni normative) e di interpretazione».

stema del discorso sin qui sviluppato, avuto particolare riguardo ai rapporti che legano autonomia negoziale e integrazione del contratto.

Rispetto alla questione, le posizioni dottrinali più diffuse tendono a polarizzarsi incentrando la sistematica del contratto, da un lato, sulla volontà dei contraenti (e quindi sull'art. 1322, comma 2, c.c.), dall'altro, sulla complessità del sistema di fonti di costruzione del regolamento di interessi (pertanto, facendo perno sull'art. 1374 c.c.)⁷⁹⁷.

In verità, le considerazioni sin qui svolte spingono verso una diversa conclusione, ovverosia la sistematica del contratto non trova la propria pietra angolare in una sola norma o principio. Difatti, gli artt. 1322, comma 2 e 1374 c.c. non possono essere letti e interpretati separatamente, o nei termini di una regola che dispone in via generale un diritto di libertà e di un'altra che vi appone dei limiti. Trattasi di due norme strettamente correlate, il cui significato può essere compreso solo dopo averne chiarito la stretta connessione.

Coerentemente con la ricostruzione dei due fenomeni qui proposta, l'art. 1322, comma 2, c.c. deve essere intesa come la manifestazione (e specificazione) in ambito contrattuale del fondamentale diritto di autodeterminazione della persona, ovverosia della libertà (costituzionalmente garantita ex art. 2 cost.) dell'individuo di sviluppare la propria personalità, in accordanza con i propri progetti di vita, nell'ambito delle sue sfere d'azione. Tra queste, in particolare, quella contrattuale, ove pertanto tale diritto fondamentale si specificherà nell'esercizio della suddetta libertà per il tramite dell'attività negoziale.

Ciononostante si tratta pur sempre di un diritto di libertà e, in quanto tale, potrà essere esercitato sia in negativo che in positivo. Con l'attività negoziale si tratterà prevalentemente dell'affermazione del suddetto diritto attraverso azioni positive, ovverosia per mezzo dell'apposizione di clausole atte alla realizzazione degli interessi della persona nell'ambito di svariati ambiti materiali e giuridici. Per questa ragione, si tratta di un diritto di libertà per così dire pratico, in quanto non può prescindere dal contesto che intende incidere o, detto diversamente, nel quale si inserisce e opera. Ciò implica che, nel suo concreto realizzarsi, tale diritto generale di libertà deve adeguarsi alla realtà materiale e giuridica sulla quale intende intervenire. Ed è esattamente rispetto a questa esigenza di adeguamento dell'esercizio dell'autonomia negoziale allo specifico contesto operativo di riferimento che assume rilevanza il fenomeno integrativo.

Così, le norme sull'integrazione del contratto non fanno altro che prevedere dei procedimenti di inserimento (e relativo adeguamento) del regolamento

⁷⁹⁷ Cfr. M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, cit., p. 526. Secondo l'A. nelle espressioni più compiute degli orientamenti diffusi negli anni sessanta l'art. 1374 c.c. finisce sostanzialmente per prendere il luogo dell'art. 1322 nella sistematica del contratto.

di interessi rispetto alle svariate tipologie di ambito operativo nel quale l'atto di autonomia intende operare (ordinamentale, assiologico, sociale, fattuale, negoziale, ecc.). Come si vedrà nel prossimo capitolo, queste (in particolare, gli artt. 1419, comma 1 c.c., 1374 c.c. e 1339 c.c. in combinato disposto con 1419, comma 2 c.c.) delineano differenti tipi di procedimento (per addizione, per sottrazione e per sostituzione) attraverso i quali inserire e adeguare il contratto rispetto a diversi contesti, ai quali le fonti di integrazione non fanno che un generico e indiretto riferimento. Ad es. le norme imperative esprimono l'esigenza che il regolamento contrattuale, nel momento in cui intende servirsi degli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, si adegui alle esigenze generali che quest'ultimo pone alla base della propria costruzione e la cui concreta realizzazione considera esigenza irrinunciabile. Dopodiché, a seconda del tipo di interesse di carattere generale o bene pubblico, nonché degli interessi dei contraenti, tale intervento integrativo potrà assumere caratteristiche differenti, comportando l'amputazione pura e semplice di parte del contratto, la sostituzione di una o più clausole o l'arricchimento del contenuto negoziale. Come si vedrà, allo stesso modo gli usi (normativi o negoziali), l'equità, i principi e i diritti fondamentali fanno riferimento ad altri e differenti contesti nei quali il contratto può trovarsi a dover operare, ossia che costituiscono la realtà materiale e/o giuridica sulla quale questo finisce per incidere. Così, ad es., si passa da contesti materiali e fattuali – legati alla elementare esigenza di funzionamento del contratto rispetto al progetto delineato dai contraenti o alla rete di pratiche negoziali comuni nel mercato di riferimento e che garantiscono al regolamento efficienza e maggiore diffusione, oltre che un significato largamente condiviso – ad ambiti legati agli interessi generali e ai beni pubblici della comunità, sino al contesto c.d. assiologico fondamentale, ossia legato a quella rete di valori considerati costitutivi dell'ordinamento e la cui cura deve essere estesa a ogni ramo dell'ordinamento affinché quest'ultimo possa considerarsi informato a giustizia.

Quanto appena chiarito consente alcune considerazioni sul profilo funzionale dell'integrazione contrattuale. A ben vedere non è agevole individuare una funzione comune a tutti gli interventi integrativi. Difatti, trattandosi di inserire e adeguare il regolamento di interessi rispetto a un determinato contesto, ogni intervento muterà, quanto alle modalità e alle finalità, a seconda delle esigenze espresse dal singolo ambito operativo. Ciò significa che la funzione del singolo intervento integrativo dipende strettamente dal singolo presupposto operativo, il quale, nel momento in cui giustifica l'intervento, allo stesso tempo lo conforma nelle modalità realizzative e lo orienta funzionalmente.

Ragion per cui, ove si voglia individuare una funzione generale e comune a ogni intervento integrativo potrà al massimo parlarsi di meta-funzione, utile sotto il profilo della ricostruzione dogmatica dell'istituto, nel momento in cui

ne chiarisce il fondamento sistematico, ma sprovvista di utilità pratica. A tal fine, nel delineare il paradigma della presente ricerca si affermava che la ragion d'essere del diritto – il mantenimento della coesistenza pacifica di una determinata società – impone che le regole di un ordinamento giuridico vengano osservate non perché temute, bensì in quanto percepite come giuste e ragionevoli dal contesto sociale che intendono servire. Questa esigenza fondamentale (di giustizia), da cui trae origine il diritto tutto, viene realizzata attraverso la predisposizione di specifiche strutture normative sparse nei vari rami del Sistema. Tra queste, per l'appunto, vanno ricompresi anche i singoli regolamenti contrattuali.

Ragion per cui, l'integrazione del contratto non fa altro che assicurare il soddisfacimento di questa fondamentale esigenza nell'ambito contrattuale, conformando la legge privata all'idea di giustizia posta alla base dell'intero ordinamento. Così facendo, in concreto, il fenomeno integrativo assicura la spontanea osservanza del regolamento negoziale, facendolo apparire giusto, ragionevole, adeguato ed efficiente, in primo luogo, agli occhi degli stessi contraenti che lo hanno posto in essere e, in secondo luogo, alla Comunità tutta.

Ciò consente di sciogliere i dubbi circa la natura imperativa⁷⁹⁸ o dispositiva, completiva o suppletiva⁷⁹⁹ della norma principe dell'integrazione contrattuale: l'art. 1374 c.c. Difatti, il riconoscimento della natura dispositiva o suppletiva condurrebbe a risultati totalmente contraddittori con la ricostruzione funzionale del fenomeno integrativo poc'anzi offerta.

In particolare, se così fosse, le parti potrebbero escludere l'operatività dell'intervento integrativo manifestando la volontà che il contenuto contrattuale costituisca il prodotto della sola fonte privata. Il che implicherebbe non solo la

⁷⁹⁸ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 101 ss.; F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 937; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio: appunti delle lezioni*, Milano, 1961, p. 7 ss.; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 98; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 69; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 228 ss.

⁷⁹⁹ E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, cit., p. 65 ss.; A. VERGA, *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941, p. 242 ss.; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva*, cit., p. 80 ss.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 228 ss.; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., p. 366 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 354 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 230 ss.; G. OSTI, *Contratto*, cit., p. 529 ss.; D. BARBERO, *Le norme completive. Una nuova distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 526 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 226 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 80 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata*, cit., p. 163 ss. Osserva S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 99 ss., che l'assunzione di questa posizione discende, nella gran parte dei casi, «più da una impropria generalizzazione di dibattiti particolari e transitori, che non da un vero fraintendimento della norma, o peggio da una non chiara distinzione dei caratteri propri alle norme dispositive, suppletive e cogenti».

netta separazione del contratto dal resto dell'ordinamento⁸⁰⁰ – come se si trattasse di un oggetto alieno rispetto al generale fenomeno della regolazione giuridica – e dalla società (con il rischio che si presenti ingiusto agli occhi di questa), ma anche la scissione tra la regola privata e la realtà materiale che intende trasformare. Detto diversamente, tale ricostruzione darebbe il via all'assurdo logico di una libertà contrattuale che può spingersi sino alla predisposizione di un contratto valido ed efficace in astratto, ma totalmente incapace di realizzare in concreto il progetto negoziale voluto dai contraenti.

A ciò si aggiunga un'ulteriore aporia cui condurrebbe il riconoscimento della natura dispositiva (o suppletiva) dell'art. 1374 c.c. Nello specifico, se alle parti fosse concesso derogare l'art. 1374 c.c., conseguentemente esse sarebbero libere di derogare anche le singole fonti che quella norma richiama. In particolare la legge, il cui richiamo, come si vedrà nel prossimo capitolo, deve essere considerato riferito sia alle norme dispositive (e suppletive) che a quelle cogenti⁸⁰¹. Pertanto, non si spiega come una norma (l'art. 1374 c.c.) possa attribuire ai privati il potere di derogare norme aventi natura cogente senza con ciò stravolgere la coerenza interna dell'ordinamento. Analoghe considerazioni valgono anche per le altre fonti indicate dalla disposizione normativa. Difatti, come si vedrà, gli usi di cui all'art. 1374 c.c. sono usi normativi e, in quanto tali, inderogabili dai contraenti. Discorso parzialmente differente vale per l'equità. Difatti, in linea generale tale fonte sarebbe da considerare nella disponibilità dei contraenti. Peraltro, nel contesto dell'art. 1374 c.c. – e a parte quanto si dirà successivamente rispetto al suo profilo funzionale – la sua operatività viene subordinata all'assenza di una disposizione di legge, in tal modo seguendone il regime di indisponibilità⁸⁰².

Le antinomie sistematiche che deriverebbero dal riconoscimento della natura dispositiva dell'art. 1374 c.c. e ancor più le considerazioni sul profilo funzionale dell'intervento integrativo spingono pertanto a ritenere che si tratti di una norma imperativa e, in quanto tale, sottratta alla disponibilità dei contraenti⁸⁰³.

⁸⁰⁰ Secondo F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 230, «considerare la norma nel suo complesso come dispositiva significa ricondurre al momento autonomo l'intera costruzione dell'ordinamento giuridico, significa, in sostanza, schierarsi con una concezione extrastatuale del diritto civile, con una concezione che pone l'intera regolamentazione dei rapporti interprivati su basi consuetudinarie, residuando all'ordinamento statale il mero compito della posizione di limiti negativi ed esterni all'operare dei soggetti e la cui osservanza costituisce un mero onere al fine della tutela giurisdizionale degli interessi dedotti in contratto».

⁸⁰¹ Il problema non si porrebbe ove si considerasse il richiamo alla legge di cui all'art. 1374 c.c. riferito esclusivamente alle norme dispositive e a quelle suppletive.

⁸⁰² Cfr. G. MESSINA, *L'interpretazione dei contratti*, 1906, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, V, Milano, 1948, p. 156 ss.

⁸⁰³ Pochi dubbi, inoltre, sussistono sul fatto che questa fosse anche la volontà del legislatore del 1942, il quale, seppur entro una sistematica del contratto di stampo volontarista, decise di

L'ultima questione correlata al complesso rapporto in essere tra autonomia e integrazione contrattuale consiste nel comprendere il momento a partire dal quale opera l'intervento integrativo. Il che non significa altro che discorrere della relazione tra completezza e perfezione del contratto⁸⁰⁴.

Il punto, in primo luogo, è comprendere se l'intervento integrativo possa operare rispetto a un contratto non ancora perfezionato. La funzione del fenomeno, come poc'anzi delineata, fa propendere per la soluzione negativa. Difatti, se lo scopo pratico dell'integrazione del contratto è quello di inserire (e adeguare) il contratto rispetto ai vari contesti nei quali viene a inserirsi ed è chiamato a operare, è da presumere che si tratti di un contratto già perfetto. In altri termini, entro una prospettiva che riconosca il valore dell'autonomia negoziale, non può ammettersi un intervento integrativo che vada a completare un contratto che le parti ancora non considerano vincolante. Ragion per cui, il problema va circoscritto entro la questione del perfezionamento del contratto⁸⁰⁵.

Si tratta di un problema che ha poco (o nulla) a che vedere con quello della completezza⁸⁰⁶, difatti – prescindendo per un momento dal fatto che nella pra-

formulare la norma in termini di obbligo per le parti (il contratto «obbliga» a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, gli usi e l'equità). Lo osserva F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 235.

⁸⁰⁴ Sul tema si v., in particolare, G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 187 ss.; ID., *In tema di formazione progressiva del contratto*, cit., p. 192 ss.; F. CARNELUTTI, *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, p. 308 ss.; ID., *Ancora sulla formazione progressiva del contratto*, *ivi*, 1917, p. 339 ss.; A. CANDIAN, *Questioni in tema di formazione dei contratti*, *ivi*, 1917, p. 854 ss.; A. GRAZIANI, *In tema di formazione dei contratti*, in ID., *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, p. 335 ss.; P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968, p. 193 ss.; ID., *Contenuto minimo e conclusione del contratto*, in *Foro pad.*, 1968, p. 481 ss.

⁸⁰⁵ Sono vari i criteri proposti in dottrina e in giurisprudenza. Ad es. per G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, cit., p. 201 ss.; ID., *In tema di formazione progressiva del contratto*, cit., p. 194 ss., il momento della perfezione deve coincidere con quello della completezza. Per E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 181 ss., G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 25 ss., S. PUGLIATTI, *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, p. 240 ss. e G. FANELLI, *La conclusione del contratto di assicurazione e le condizioni generali di polizza*, *ivi*, 1945, p. 108 ss., il perfezionamento coincide con l'accordo su tutti i punti essenziali del contratto. Per Cass., 15 marzo 1966, n. 750, in *Giur. it.*, 1967, col. 342; Cass., 28 maggio 1954, n. 1730, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 69; Cass., 18 marzo 1960, n. 558, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 85, il perfezionamento coincide con il raggiungimento dell'accordo su tutti gli elementi del contratto, compresi quelli secondari e accessori. Per Cass., 27 novembre 1963, n. 3044, in *Riv. dir. comm.*, 1964, p. 192 ss.; G. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, p. 104 ss., il contratto è perfetto quando le lacune che presenta sono colmabili *ex art.* 1374 c.c. Per un maggior approfondimento si v. F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 245 ss.

⁸⁰⁶ *Contra* G.B. FERRI, *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, cit., p. 201 ss.; ID., *In tema di formazione progressiva del contratto*, cit., p. 194 ss.

tica la completezza negoziale è una chimera – un contratto completo non necessariamente è anche perfetto e viceversa. La soluzione va rinvenuta ancora una volta nella clausola di meritevolezza *ex art. 1322, comma 2, c.c.* Quest'ultima, difatti, in prima approssimazione assume il significato di serietà, apprezzabilità e utilità del risultato che le parti intendono realizzare con il contratto. Il che a priori implica anche la necessaria serietà dell'impegno delle parti⁸⁰⁷, impedendo che un contratto possa essere considerato formato, in quanto sprovvisto dell'elemento essenziale dell'accordo (art. 1325 c.c.), ogniqualvolta la volontà manifestata non presenti tale carattere (ad es. *docendi causa* o *ioci causa*).

Ragion per cui, un contratto è da considerare correttamente formato e, in quanto tale, perfetto nei soli casi in cui sussista la volontà (seria) delle parti di impegnarsi negozialmente. Cosicché, un contratto incompleto sarà a tutti gli effetti perfetto ove i contraenti abbiano inteso vincolarsi giuridicamente. Diversamente, ossia nel caso in cui quest'ultimo elemento non sussista, l'eventuale completezza strutturale del negozio non sarà di per sé sola sufficiente a fargli acquistare la suddetta qualità.

Si tratta di una valutazione che non dev'essere intesa in senso strettamente soggettivo. Difatti, il mancato rispetto da parte dei contraenti dei requisiti minimi essenziali richiesti dall'ordinamento per l'esistenza e la validità del contratto mai potrà essere compensato dalla volontà degli stessi di considerare tale regolamento «legge privata». A parte le (giuste) considerazioni relative alla natura cogente degli interessi sottesi alle suddette norme, ciò si deve al fatto che in questi casi il dato soggettivo dell'intenzione dei contraenti si scontra con la circostanza oggettiva che gli stessi non hanno realizzato neanche quel minimo essenziale richiesto dall'ordinamento per il raggiungimento del risultato desiderato (l'esistenza e la validità del contratto).

Pertanto, spetterà all'interprete accertare l'avvenuto perfezionamento del contratto nell'ambito di quel complesso procedimento interpretativo precedentemente descritto (dal quale, come visto, dipende la stessa esistenza ed efficacia del contratto). Solo nel caso in cui tale valutazione dia esito positivo potrà procedersi alla fissazione del significato del contratto, ricorrendo, ove ne sussistano i presupposti, anche all'intervento integrativo. Quest'ultimo potrà portare anche alla trasformazione radicale del progetto negoziale predisposto dai contraenti, ma mai potrà giungere all'imposizione di un contratto che gli stessi non vogliono, pena la negazione radicale del valore dell'autonomia negoziale e del supremo diritto di libertà di cui è espressione.

Ragion per cui, il motore dell'intera vicenda contrattuale resta – e non potrebbe essere altrimenti – pur sempre la volontà dei contraenti. Difatti, solo a questi spetta l'iniziativa negoziale, ossia la valutazione dell'opportunità di ad-

⁸⁰⁷ Cfr. P. VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, cit., p. 217 ss.

divenire o meno alla contrattazione. Ben consapevoli, peraltro, che la estrinsecazione dell'intenzione di usufruire dei mezzi di tutela predisposti dall'ordinamento implica parallelamente l'impegno a realizzarne i fini per mezzo dello strumento negoziale. Ragion per cui, una volta perfezionato l'accordo, il contratto potrà subire tutte le trasformazioni necessarie a seconda dei vari contesti operativi rilevanti in concreto, ma queste non potranno mai spingersi sino alla soppressione del valore profondo dell'autonomia negoziale.

Infine, va precisato che l'aver limitato l'operatività dell'intervento integrativo al solo contratto perfetto non esclude che il suddetto fenomeno abbia rilevanza anche per la fase pre-negoziale. In particolare, come analizzato precedentemente, non è da scartare l'ipotesi che vicende inerenti alla formazione del contratto entrino a far parte del regolamento per via integrativa. Si tratta, come ad es. per gli obblighi informativi, del fenomeno dell'adeguamento del regolamento contrattuale rispetto alle specifiche circostanze che hanno portato alla conclusione del contratto, ingenerando l'aspettativa di una parte rispetto a un determinato contenuto contrattuale predisposto unilateralmente dall'altra. Un intervento che per sua natura non opera rispetto a qualsiasi tipo di contratto, bensì esclusivamente in quelle vicende negoziali caratterizzate da asimmetria di potere contrattuale (in particolare nei casi di contratto c.d. per adesione). Difatti, lo si vedrà nell'ultimo capitolo, si tratta di un intervento spiegabile e giustificabile solo a partire dal fenomeno dell'integrazione del contratto per mezzo dei diritti fondamentali e, in quanto tale, diversamente modulabile a seconda del tipo di rapporto di forza tra i contraenti.

CAPITOLO V

LE FONTI DI INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO

(LA GERARCHIA «PRATICA» E LE FUNZIONI OPERATIVE)

SOMMARIO: 1. LA GERARCHIA «PRATICA» DELLE FONTI DI INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO – 2. LA FONTE LEGALE: I MOLTEPLICI ATTEGGIAMENTI DELLA LEGGE RISPETTO ALL'AUTONOMIA NEGOZIALE – 3. *SEGUE*: IL PROBLEMA DI COORDINAMENTO TRA ART. 1374 C.C. E ART. 1339 C.C. – 4. *SEGUE*: L'INTEGRAZIONE PER sottrazione, per sostituzione e per addizione – 5. GLI USI INTEGRATIVI DEL CONTRATTO – 6. *SEGUE*: IL FALSO PROBLEMA DELLA NATURA DELL'USO E L'INSERZIONE DEL CONTRATTO IN UN DETERMINATO CONTESTO SOCIALE O ECONOMICO-NEGOZIALE – 7. L'INTEGRAZIONE GIUDIZIALE – 8. L'EQUITÀ INTEGRATIVA: «*JUS LEGISLATORI, AEQUITAS IUDICI MAGIS CONVENIT*» O «*AEQUITAS LEGISLATORI, JUS IUDICI CONVENIT*» – 9. *SEGUE*: L'EQUITÀ COME PROCEDIMENTO C.D. PURO DI INTEGRAZIONE – 10. *SEGUE*: L'EQUITÀ COME «FONTE DI CHIUSURA» – 11. INTRODUZIONE ALL'ANALISI DELLA BUONA FEDE – 12. *SEGUE*: LA PRECISAZIONE PER DIFFERENZIAZIONE DEL CONCETTO DI BUONA FEDE: LA CORRETTEZZA – 13. *SEGUE*: LA PRECISAZIONE PER DIFFERENZIAZIONE DEL CONCETTO DI BUONA FEDE: LA DILIGENZA – 14. *SEGUE*: LA QUESTIONE DELL'AMMISSIBILITÀ DELLA BUONA FEDE C.D. INTEGRATIVA – 15. *SEGUE*: LA BUONA FEDE E IL CIELO IN UNA STANZA

1. La gerarchia «pratica» delle fonti di integrazione del contratto

Il tema delle fonti di integrazione del contratto si sostanzia nelle problematiche della specificazione del loro (diverso) ambito operativo, della delimitazione del conseguente profilo funzionale e della precisazione delle relazioni che si instaurano tra le stesse in seno al regolamento contrattuale. Nel tentativo di semplificare tali questioni, senza dubbio complesse, cercando di giungere a una sistemazione coerente della materia, la dottrina suole classificare le varie fonti in categorie. Ad esempio distinguendo le fonti legali da quelle giudiziali – a seconda che la regola che entra a far parte del contratto (la clausola integrativa) sia prevista *ex ante* da un atto normativo (legge, usi) o creata *ex post* dal giudice (buona fede, equità) – oppure suddividendole in base al tipo di intervento realizzato: integrazione suppletiva (norme dispositive/suppletive/derogabili, usi, buona fede ed equità) e integrazione cogente (norme imperative)⁸⁰⁸. Conviene soffermarsi un istante su quest'ultima classificazione, essa, difatti, offre l'occasione per alcune puntualizzazioni introduttive allo studio delle fonti di integrazione del contratto.

Il sospetto è che tale rigida categorizzazione delle fonti serva più che altro alla difesa del dogma dell'intangibilità delle determinazioni private. In altri termini, che costituisca lo strumento analitico per mezzo del quale restringere l'ambito operativo di una categoria (l'intervento cogente) in favore dell'altra (l'intervento suppletivo). La terminologia utilizzata a tal fine, lungi dal costituire neutrale descrizione del fenomeno, parrebbe confermare il sospetto. Difatti, si afferma che l'integrazione suppletiva si caratterizza per la sua particolare funzione, ovverosia supplire/sostenere/soccorrere la dichiarazione negoziale delle parti in tutti quei casi in cui questa presenti una qualche deficienza che gli impedisce di realizzare l'operazione economica. Con l'utilizzo per tale categoria di interventi dell'aggettivazione «amica»⁸⁰⁹ (dell'autonomia privata)

⁸⁰⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 457 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 299 ss.; E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, G. VETTORI (a cura di), II, *Il regolamento*, Milano, 2006, p. 391 ss. Sul tema C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto*, cit., p. 2 ss. Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pp. 187 e 230. L'A. contrappone le norme che hanno funzione imperativa – le quali si pongono come limite rispetto all'autonomia negoziale – a quelle che hanno funzione integrativa, che diversamente costituiscono strumento di soccorso alle determinazioni private incomplete. *Contra* G. GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, cit., p. 499 ss.

⁸⁰⁹ In contrapposizione a quella cogente, che diversamente sarebbe «antagonista» dell'autonomia privata. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 457 ss. «Si comprende perché la si è definita amica dell'autonomia privata. Essa sostiene un'autonomia privata monca o claudicante, permettendole di realizzare i suoi obiettivi altrimenti compromessi dalle sue stesse *défaillance*. [...] È un sostegno solo eventuale e subordinato, perché l'integrazione suppletiva si ritira (anzi resta fuori scena) di fronte alla determinazione volontaria: infatti la volontà delle parti è libera di regolare essa stessa i punti su cui solo in suo difetto opererebbe l'integrazione suppletiva: e di regolarli in modo divergente da come questa li regolerebbe. E soprattutto è un sostegno sempre rispettoso

si vorrebbero descrivere e riassumere una serie di elementi comuni a tali fonti che vanno dai presupposti operativi agli aspetti funzionali, ricomprendendo anche le concrete modalità operative. In particolare, rispetto a quest'ultimo elemento, gli interventi suppletivi sarebbero accomunati – e si caratterizzerebbero rispetto all'intervento cogente – dal fatto di svolgersi in maniera pienamente rispettosa della volontà e dell'operazione negoziale predisposta dai contraenti.

Sul versante opposto, le fonti rientranti nell'integrazione cogente si differenzierebbero, in primo luogo, sotto il profilo funzionale. In altri termini, lungi dal dar vita a un intervento amico dell'autonomia negoziale, costituirebbero la reazione (negativa) dell'ordinamento a una regolamentazione privata in contrasto con quegli interessi e valori ritenuti a tal punto meritevoli di protezione da giustificare l'espulsione dal contratto delle clausole lesive⁸¹⁰. Considerata la *ratio* alla base di tale distinzione (porre un argine a difesa delle determinazioni delle parti), non sorprende il fatto che l'intervento integrativo cogente venga considerato eccezionale. Difatti, tale meccanismo sacrifica, più di ogni altro, la libertà contrattuale in nome di interessi superiori⁸¹¹.

Nel momento in cui si concepisce il regolamento contrattuale come il prodotto di diverse fonti (private e ordinamentali), tale distinzione, oltre che rivelarsi imprecisa, sembra semplificare eccessivamente la questione, fornendo una rappresentazione del rapporto tra le fonti che in realtà nulla dice. Difatti – una volta chiarito che in ogni caso spetta alle parti dar avvio alla vicenda contrattuale – nell'ambito della costruzione del regolamento di interessi non è possibile riservare a priori alla volontà dei contraenti una rilevanza sostanzialmente diversa da quella delle altre fonti. Queste, difatti, non rispondono tanto a un criterio gerarchico⁸¹², quanto a un criterio funzionale. Ragion per cui, ove

dei programmi che l'autonomia privato si è data: mai l'integrazione suppletiva introduce nel contratto regole che non siano coerenti alla logica, agli equilibri, alle scelte risultanti dall'accordo delle parti».

⁸¹⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 471.

⁸¹¹ L'integrazione cogente è il meccanismo che più intensamente di ogni altro sacrifica la libertà contrattuale in nome di interessi superiori a quelli individuali di cui le parti dispongono col contratto. Così V. ROPPO, *o.u.c.*, p. 471.

⁸¹² È interessante notare come in Spagna il particolare ordine prescelto dal legislatore per elencare le fonti di integrazione del contratto di cui all'art. 1258 c.c. esp. (buona fede, usi, legge) abbia spinto parte della dottrina ad affermare una gerarchia delle fonti quanto meno bizzarra, che riconosce alla buona fede e agli usi un ruolo prioritario rispetto alla legge (così L. Díez PICAZO, *Comento al art. 1258 c.c.*, in M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. ALBALADEJO GARCÍA e J. ALMAGRO NOSETE (coord.), *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, p. 438 ss.) e come, allo stesso tempo, abbia giustificato interpretazioni della norma altrettanto insolite, le quali rinviengono sì nell'art. 1258 c.c. esp. l'indicazione di una gerarchia delle fonti, ma da intendere nella direzione opposta all'ordine riportato (pertanto, legge, usi e, per ultimo, la buona fede). Così ad es. C. LASARTE, *Principios*, cit., p. 110 ss.; R. NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, 2000, p. 286 ss.. Sul tema si

non si voglia rinunciare alla ricostruzione del rapporto delle fonti in termini di subordinazione dell'una rispetto all'altra, al massimo potrà affermarsi che è il particolare tipo di lacuna a imporre, rispetto al singolo caso concreto, l'intervento delle varie fonti secondo una determinata gerarchia. Ovverosia, è il presupposto applicativo che nel momento in cui giustifica l'intervento di una fonte rispetto alle altre – allo stesso tempo conformandone le modalità e le finalità – consente di delineare i rapporti che si instaurano tra le stesse. Ragion per cui, potrà parlarsi di gerarchia delle fonti solo rispetto al singolo problema applicativo, ma mai in astratto. In definitiva, le fonti eteronome non possono essere distinte tra loro (né rispetto alla fonte volontaria) sotto il profilo meta-funzionale, tutte contribuiscono alla costruzione del regolamento contrattuale, con un ruolo variabile a seconda del tipo di lacuna che giustifica il singolo intervento.

Inoltre, tale classificazione si basa sul diverso presupposto operativo che distinguerebbe l'integrazione suppletiva (la presenza di una lacuna) da quella cogente (il contrasto tra il regolamento predisposto dalle parti e un interesse o valore che l'ordinamento considera preminente). A tal proposito, lo si è mostrato nel precedente capitolo⁸¹³, le lacune, seppur variamente articolate, costituiscono il presupposto di tutti gli interventi integrativi, e non solo di quelli suppletivi. Che poi queste stiano a indicare una carenza del regolamento sotto il profilo meramente operativo o, diversamente, sotto quello assiologico è altro conto, ma ancora una volta si tratta di una differenziazione impraticabile sul piano generale e astratto.

Infine, discutibile è anche la validità metodologica dell'operazione così realizzata. In particolare, viene creata una classificazione *ex ante* per organizzare e forzare le varie disposizioni normative (e le fonti di integrazione in esse indicate) negli schemi ideologici che si intendono preservare, senza tenere in debita considerazione il concreto funzionamento delle stesse e le complessità insite in ciascuna. Diversamente, sembrerebbe più corretto assumere questi aspetti quale punto di partenza dell'indagine, per poi eventualmente verificarne la riconducibilità a sistema.

Ciò premesso, nel presente capitolo verranno analizzate le fonti tradizionalmente ricondotte al fenomeno integrativo (legge, usi, equità, buona fede). Come si mostrerà, lo studio di queste ultime consentirà di gettar luce sulle modalità tecniche dell'integrazione contrattuale, in modo tale da poterne verificare la compatibilità con quelle particolari fonti costituite dai principi e dai diritti fondamentali.

v. M. GARCÍA AMIGO, *Consideraciones a la buena fe contractual*, in AA.VV., *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Almería, 2000, p. 611 ss.; D.M. FERREIRA RUBIO, *La buena fe. Principio general de derecho*, Madrid, 1984, p. 254 ss.

⁸¹³ Cap. IV, § 10.

2. La fonte legale: i molteplici atteggiamenti della legge rispetto all'autonomia negoziale

La fonte legale di integrazione del contratto presenta molteplici problematiche sotto il profilo ricostruttivo. Oltre alle questioni attinenti alla nozione di legge da assumere a tal fine – in particolare il necessario adeguamento della stessa rispetto alle trasformazioni che hanno interessato il sistema delle fonti del diritto nelle fasi successive all'entrata in vigore del codice civile – le difficoltà maggiori si devono alla circostanza che le disposizioni normative che la prevedono quale fonte di integrazione del contratto sono due: l'art. 1374 c.c. e l'art. 1339 c.c. Il che impone di distinguere la portata, l'ambito operativo e il significato delle due norme, in modo da evitare indebite sovrapposizioni, con annesse incongruenze ricostruttive.

In via pregiudiziale occorre comprendere cosa debba intendersi per legge in quei casi in cui la fonte legale opera in rapporto concorrente con quella particolare fonte nota come autonomia privata. A tal rispetto, poiché si tratta di un concorso di fonti, l'incidenza della legge sui precetti di autonomia «assume, per definizione, svariatisimi atteggiamenti»⁸¹⁴. In particolare, si assiste a un'articolazione della portata normativa della legge, la quale viene a differenziarsi in norme imperative, cogenti, dispositive, suppletive, derogabili e inderogabili. Differenziazione questa che si fonda sul tipo e sulla portata dell'interesse (e valore) tutelato dalla norma.

Quando l'interesse tutelato è indisponibile, la norma sarà qualificata come inderogabile. Entro tale categoria, sempre facendo riferimento al tipo di interesse protetto, sarà poi possibile distinguere tra norme imperative⁸¹⁵ e norme cogenti⁸¹⁶. Le prime (di tipo proibitivo) vietano totalmente le manifestazioni

⁸¹⁴ E. RUSSO, *Norma imperativa*, cit., p. 578.

⁸¹⁵ Si v. E. CAPUTO, *Sui criteri di determinazione del carattere imperativo di una norma*, in *Giust. civ.*, 1978, p. 901 ss.

⁸¹⁶ Trattasi di una distinzione dogmatica, in quanto il codice civile fa riferimento alle sole norme imperative (artt. 1418, comma 1, e 1343 c.c.). Tant'è che parte della dottrina considera tali qualificativi sostanzialmente come sinonimi. Si v. sul tema E. RUSSO, *Norma imperativa*, cit., p. 582. L'A. rinviene nella struttura dell'art. 1418 c.c. la conferma della distinzione. Difatti, si osserva che «il concetto di contratto assunto nel comma secondo dell'art. 1418 c.c. è totalmente diverso da quello di cui al comma primo. Nel comma secondo “contratto” è il fatto negoziale (la dichiarazione di volontà) che deve presentare certi “requisiti” per essere produttivo degli effetti suoi propri. Si riflette, insomma, nella formulazione dell'art. 1418 c.c. la essenziale polivalenza del termine contratto (fonte normativa – fatto produttivo di effetti giuridici) che è essenziale alla nozione stessa di contratto. E a questa “ambiguità” non poteva certo sfuggire un finissimo dogmatico come il “legislatore” Filippo Vassalli, il quale, nei due commi, ha considerato, rispettivamente, il contratto come fonte normativa e come fatto di effetti giuridici purché presenti certi requisiti. Sennonché la distinzione fra le due accezioni del termine contratto non può essere affermata con nettezza. Infatti, ponendosi sul piano dei requisiti, taluni di essi (la causa, il motivo) indicano la direzione del programma negoziale (il tipo di attività o il risultato

di autonomia che predispongono programmi negoziali in contrasto con le stesse, relegandole nel campo dell'illecito. Le seconde (di tipo ordinativo o conformativo), diversamente, richiedono che il singolo contratto – considerato conforme ai valori del sistema giuridico – rispetti determinati requisiti strutturali e formali, nonché presenti un determinato contenuto. La distinzione tra le due norme, pertanto, si fonda sulla circostanza che l'una (imperativa) è posta a presidio di un bene assoluto (interessi e valori che l'ordinamento considera fondamentali), mentre l'altra (cogente) di un bene relativo (ossia interessi generali, che seppur non fondamentali, vengono qualificati come indisponibili).

Questa ricostruzione implica due conseguenze: in primo luogo, le norme imperative sono sempre cogenti, mentre le norme cogenti non necessariamente sono imperative; in secondo luogo, alla violazione delle due norme corrispondono conseguenze distinte. Difatti, la violazione della norma imperativa comporterà la nullità assoluta dell'intero negozio, in quanto si tratta di un vizio (art. 1418, comma 1 e comma 2 (causa o motivo illeciti) c.c.) che per sua stessa natura finisce inevitabilmente per affettare l'intero programma negoziale. Pertanto, rispetto a queste norme un problema di integrazione del contratto semplicemente non si pone. Diversamente, la norma cogente provoca reazioni variabili sui precetti di autonomia, in corrispondenza del carattere relativo del bene da essa protetto. Pertanto, se la violazione di una norma cogente relativa ai requisiti e alla struttura del contratto comporterà la nullità dell'intero negozio, il contrasto con una norma cogente che dispone un determinato contenuto contrattuale non necessariamente porterà alla stessa conseguenza giuridica⁸¹⁷.

perseguito). Ed allora, trattandosi di una programmazione di comportamento, torna in evidenza la eventuale contrarietà con norme imperative perché si rientra nel piano dell'illecito (causa illecita, motivo illecito). Ma la distinzione tra il piano della attività illecita (contraria a norme imperative) e il piano della attività lecita, improduttiva di conseguenze giuridiche (negoziali), è tuttavia percepibile». Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 472, il quale sostanzialmente delinea la stessa distinzione, seppur non nei termini «norma imperativa-norma cogente», bensì distinguendo nell'ambito delle norme imperative quelle aventi funzione meramente proibitiva e quelle dotate di funzione conformativa.

⁸¹⁷ Cfr. con l'ampia trattazione del tema svolta da E. RUSSO, *Norma imperativa*, cit., p. 573 ss. Cfr. anche L. DI BONA, *Potere normativo delle Autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 58 ss., in particolare, nella parte in cui afferma che «mentre ogni norma prevista a pena di nullità è certamente inderogabile; non ogni norma che difetti di tale specifica sanzione può, per ciò solo, dirsi necessariamente derogabile. Come potrebbe altrimenti spiegarsi la categoria della nullità virtuale e, segnatamente, il disposto dell'art. 1418 c.c., nella parte in cui ammette che la violazione di norme imperative possa dar luogo a nullità indipendentemente da una specifica cominatorio testuale? La valutazione sul carattere della (in)derogabilità delle norme non può certo esaurirsi in una prospettiva meramente strutturale, né può trarsi dal profilo (patologico) della sanzione: questo è infatti puramente eventuale e, in ogni caso, si colloca su di un piano logicamente successivo, sì che muovere da quest'ultimo significherebbe operare un'inaccettabile inversione logico-metodologica. Il giudizio sulla natura cogente o derogabile richiede piuttosto una complessa indagine del profilo fisiologico e funzionale del precetto; indagine incentrata, dunque, sulla considerazione della natura e del grado di rilevanza dell'interesse sotteso alla pre-

Difatti, sussistendone i presupposti, potrà dare luogo alla nullità della sola clausola posta in violazione della norma cogente (nullità parziale), con sostituzione *ex art. 1339 c.c.* della prima con la seconda (c.d. integrazione cogente diretta)⁸¹⁸; oppure, potrà determinare la semplice caducazione della clausola nulla, con conseguente integrazione per sottrazione (c.d. integrazione cogente indiretta)⁸¹⁹; infine, nella particolare ipotesi di «nullità parziale necessaria» *ex art. 36, comma 1, c.c.*, potrà aversi integrazione del contratto ad opera della norma dispositiva (ma sostanzialmente cogente) abusivamente derogata.

Quanto sin qui chiarito consente una prima importante conclusione: le norme imperative – presentando una struttura proibitiva e determinando l'invalidità dell'intera operazione negoziale – non partecipano alla costruzione del regolamento contrattuale. Pertanto, solo le norme cogenti in senso stretto (ovverosia quelle che non presentano anche il carattere dell'imperatività) possono costituire fonte di integrazione del contratto. Come si vedrà⁸²⁰, tale discorso non può essere esteso alle norme imperative che non presentano la struttura della regola.

Alla costruzione del regolamento contrattuale, poi, parteciperanno anche le norme derogabili (ossia poste a protezione di situazioni giuridiche disponibili), rappresentate dalle norme dispositive e da quelle suppletive. In questo caso la distinzione tra le due categorie di norme non appare particolarmente rilevante dal punto di vista sostanziale e operativo. Difatti, in entrambi i casi si tratta di disposizioni normative derogabili dalle parti tramite una contraria manifestazione di volontà. Peraltro, mentre le norme dispositive si riferiscono all'intero diritto civile, quelle suppletive attengono esclusivamente alle manifestazioni di autonomia privata. In particolare, fanno riferimento alla situazione in cui le parti hanno omesso di regolare alcuni profili della vicenda contrattuale⁸²¹.

Pertanto, le norme dispositive e suppletive – in mancanza di una contraria volontà delle parti o nel caso in cui vengano derogate abusivamente – concorrono certamente alla costruzione del regolamento contrattuale⁸²². Peraltro, maggiori incertezze (sotto il profilo operativo) emergono nel momento in cui

scrizione normativa». Sul tema G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 22 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 244 ss.; R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in G. VISENTINI, F. VASSALLI (a cura di), *Legislazione economica (1978-1979)*, Milano, 1981, p. 279 ss.

⁸¹⁸ La norma cogente modifica la clausola nei suoi contenuti attraverso il meccanismo di cui all'art. 1339 c.c. Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 472.

⁸¹⁹ La norma vieta un determinato contenuto contrattuale, senza che venga in gioco un contenuto alternativo. In tal modo «restituendo spazio al regime legale che le parti avrebbero voluto disattendere». Così V. ROPPO, *o.u.c.*, p. 472.

⁸²⁰ Cap. VI, § 9.

⁸²¹ Sul tema ampiamente E. RUSSO, *Norma imperativa*, cit., p. 595 ss.

si presti attenzione ai non indifferenti profili di complessità che esse possono presentare in concreto. In particolare, tali norme possono riferirsi tanto ad aspetti secondari, quanto essenziali dell'operazione negoziale. Nel primo caso esse presentano connotati recessivi, in quanto si tratta di aspetti del contratto che difficilmente le parti omettono di disciplinare. Nel secondo, diversamente, tali norme assumono carattere dominante, in quanto, seppur teoricamente disponibili, la loro derogabilità è considerata l'eccezione, e non la regola. Quest'ultima caratteristica può assumere un rilievo tale da richiedere una diversa qualificazione, quella di norme semi-dispositive, in quanto solo parzialmente derogabili⁸²³.

Lungo questa linea, seppur con una sostanza totalmente nuova, si pongono due tipologie di disposizioni normative comparse nell'ordinamento giuridico in tempi relativamente recenti, a manifestazione delle trasformazioni che stanno interessando l'autonomia negoziale nell'ambito del «nuovo diritto dei contratti»⁸²⁴. In primo luogo, si fa riferimento a quelle norme cogenti che sono sì inderogabili, ma solo unilateralmente⁸²⁵. Si tratta di disposizioni normative che possono essere modificate solo in *melius*, avuto riguardo alla posizione di una delle due parti (normalmente appartenente a categorie di contraenti consi-

⁸²² Viceversa, sussistono non pochi dubbi riguardo al tipo di intervento realizzato dalle norme in questione sul regolamento negoziale. In particolare, se esso rientri nella fenomenologia eterointegrativa o se, diversamente – come ritiene ad es. F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 116 – si tratti semplicemente del fenomeno del riferimento (o imputazione) del fatto alla norma.

⁸²³ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 460, facendo riferimento al caso specifico della garanzia per evizione, la quale può essere diminuita o esclusa dalle parti, ma non al punto da risolvere la garanzia per fatto proprio. Pertanto, afferma l'A., rispetto a questo profilo la disciplina della garanzia non è dispositiva, bensì imperativa e, conseguentemente, presidiata dalla nullità del patto contrario *ex art.* 1487, comma 2, c.c. Sulla base di queste osservazioni, l'A. afferma che in questo modo si delinea una sorta di gerarchia delle norme dispositive, riflessa nel modo in cui lo stesso linguaggio legislativo rappresenta il rapporto fra esse e la diversa volontà delle parti.

⁸²⁴ Ossia la particolare configurazione che sta assumendo il diritto dei contratti sotto la spinta della normativa di derivazione comunitaria e con riferimento soprattutto al modello del diritto dei contratti del consumatore. G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto*, cit., p. 32; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 37 ss.; G. VETTORI, *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 827 ss.; F. DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 721 ss.; P. PERLINGIERI, *Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 475 ss.

⁸²⁵ G. GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, cit., p. 506 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 451 ss.; G.B. FERRI, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1055 ss.; G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963, p. 118 ss.; G. COUTURIER, *L'ordre public de protection: heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in AA.VV., *Mélanges J. Flour*, Paris, 1979, p. 95 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, p. 24 ss.

derate deboli)⁸²⁶. Ovverosia, solo apportando una clausola che preveda un trattamento giuridico più vantaggioso (rispetto al regime legale) per tali contraenti. Tema controverso è se alle norme unilateralmente inderogabili sia possibile riconoscere un'implicita funzione suppletiva⁸²⁷.

In secondo luogo, rappresentano una novità rispetto al paradigma contrattuale ottocentesco quelle norme dispositive caratterizzate da una derogabilità condizionata. L'emersione di questa particolare tipologia di norma si deve al rilievo assunto in seno all'ordinamento dai fenomeni della contrattazione in serie e dell'asimmetria negoziale. Difatti, la derogabilità incondizionata del diritto dispositivo è configurabile solo se la deroga è bilaterale. Diversamente, quando il regolamento contrattuale viene predisposto da una parte e «imposto» all'altra (c.d. contratto per adesione), la derogabilità è condizionata alla formalità dell'approvazione per iscritto *ex art. 1341 c.c. delle clausole «onerosse»*⁸²⁸; invece, in caso di rapporto contrattuale B2C, la derogabilità della norma viene condizionata alla circostanza che il contratto non determini un significativo squilibrio (contrario a buona fede) degli obblighi e diritti derivanti dal contratto⁸²⁹. Pertanto, nel caso in cui tale condizione venga disattesa, la deroga

⁸²⁶ L'obiettivo di tali norme è garantire al contraente appartenente a una categoria socio-economica bisognosa di protezione (nelle relazioni negoziali con categorie di contraenti considerate forti) un livello minimo di tutela, sulla base di politiche ispirate all'ordine pubblico di protezione. Si v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 475 ss.

⁸²⁷ *Contra* G. GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, cit., p. 507. «Ad una norma imperativa che sia solo unilateralmente inderogabile non può riconoscersi, a mio avviso, anche un'implicita funzione suppletiva: non vale con riguardo a questo tipo di norme l'argomento secondo cui l'espressa attribuzione di una valenza addirittura sostitutiva delle determinazioni negoziali difformi comporta di per sé il riconoscimento, a fortiori, della minore valenza suppletiva di determinazioni negoziali insufficientemente definite o mancanti; la norma imperativa unilateralmente inderogabile ha, invero, idoneità a sostituire soltanto una parte delle determinazioni negoziali difformi, e cioè quelle che si discostino dal precetto legale in senso sfavorevole alla parte che quest'ultimo è deputato a tutelare. Far operare il precetto legale anche come strumento suppletivo significherebbe, in simili casi, attribuire arbitrariamente ad una misura di tutela minima per una delle parti il ruolo ben diverso di soluzione idonea in generale ad attuare il giusto temperamento fra i contrapposti interessi. Una conclusione siffatta può facilmente condurre a sacrificare, incongruamente, proprio l'interesse di quella parte verso cui il pubblico potere, con l'introduzione di norme imperative di protezione, mostra sollecitudine». Nello stesso senso D. RUBINO, *La compravendita*, Milano, 1952, p. 267. Tale opinione è condivisibile, difatti il riconoscimento dell'operatività in senso meramente suppletivo rischierebbe di dar luogo in sede applicativa a composizioni ingiuste degli interessi delle parti, inoltre si presenterebbe implicitamente contraddittoria rispetto alla funzione propria delle suddette norme. Queste ultime si riferiscono esclusivamente alle c.d. di lacune di collisione, pertanto, il loro presupposto operativo è costituito dalla preesistenza di una clausola negoziale che disponga in contrasto con esse. Ragion per cui, come si vedrà *infra*, l'intervento integrativo per mezzo delle stesse è configurabile esclusivamente nell'ambito del procedimento di cui all'art. 1339 c.c.

⁸²⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 461.

⁸²⁹ G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto*, cit., p. 40 ss.; ID., *L'abuso di autonomia negoziale*, cit., p. 625 ss. Rispetto a tale questione si parla di (un'inedita) funzione con-

al diritto dispositivo deve considerarsi «abusiva»⁸³⁰ e, in quanto tale, nulla. In questo modo venendosi a creare l'insolito scenario di una norma dispositiva che opera in forma cogente, per di più potendo essere chiamata a integrare la lacuna (di collisione) venutasi a creare a causa della declaratoria di nullità della clausola abusiva.

Prima di affrontare il tema centrale del diverso ambito operativo dell'integrazione legale ex artt. 1374 e 1339 c.c., è opportuno chiarire brevemente il significato assunto dal riferimento alla legge contenuto in tali norme. A tal riguardo, rispetto a un'interpretazione restrittiva che consideri rientrante nel fenomeno dell'integrazione legale la sola legge e gli atti aventi forza di legge (d.l. e d.lgs.), sembra preferibile un approccio più ampio che tenga in considerazione le trasformazioni che hanno interessato il sistema delle fonti del diritto nelle fasi successive all'entrata in vigore del codice civile⁸³¹. Pertanto, il termine legge deve essere inteso in senso lato⁸³², ricomprendendo anche le norme costituzionali⁸³³, quelle comunitarie⁸³⁴ e internazionali⁸³⁵, nonché gli atti am-

formativa della nullità di protezione (V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità*, cit., p. 649 ss.; A. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, cit., p. 329 ss.) e/o del fenomeno integrativo (A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, cit., p. 159 ss.).

⁸³⁰ In tal caso, abusivo è l'esercizio dell'autonomia privata. Si v. ampiamente G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale*, cit., p. 625 ss.

⁸³¹ P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, cit., p. 563 ss.

⁸³² Si v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 459; V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 38 ss.; P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, cit., p. 146 ss.; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in V. ROPPO (diretto da), *Tratt. del contratto*, II, in G. VETTORI (a cura di), *Il regolamento*, Milano, 2006, p. 393 ss.

⁸³³ Secondo G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2015, p. 1 ss., affinché la norma costituzionale possa produrre effetti integrativi del contratto, occorre che sia riferibile (direttamente o indirettamente) alla materia contrattuale e abbia un contenuto sufficientemente determinato. Quest'ultimo carattere, secondo l'A., sussisterebbe sempre in presenza di una regola costituzionale, mentre andrebbe accertato rispetto a un principio. Si v. anche R. NICOLÒ, *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, p. 5 ss.; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, p. 19 ss.

⁸³⁴ Ossia le fonti UE aventi efficacia orizzontale (diretta e immediata) negli ordinamenti nazionali, come i Trattati, i regolamenti (E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., p. 393 ss.; P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, cit., p. 145 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1024 ss.), le direttive *self-executing* (Corte giust., 13 novembre 1990, c. 106/89, Merleasing, in *Foro it.*, 1992, IV, p. 173 ss., con nota di L. DANIELE, *Novità in tema di efficacia delle direttive comunitarie non attuate*) e i principi generali dello spazio giuridico comunitario, così come enucleati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (ne riconosce il valore normativo Corte cost., 16 marzo 1990, n. 132, in www.giurcost.org; Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389, in *Corr. giur.*, 1989, p. 1058 ss.; Corte cost., 23 aprile 1985, n. 113, in *Giur. it.*, 1986, p. 30 ss., con nota di N. BELLOCCI, *Sul nuovo orientamento della Corte Costituzionale in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*). Sul tema ampiamente M.A. LIVI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 380 ss.

⁸³⁵ Si v. V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 45 ss.

ministrativi dotati di efficacia regolamentare⁸³⁶. Mentre nelle fasi successive dello studio ci si interrogherà sulla possibile estensione dell'ambito della previsione anche ai principi e ai diritti fondamentali⁸³⁷ e si cercherà di comprendere se tale riferimento possa attribuire efficacia integrativa del contratto a tutte quelle fonti che, seppur non indicate dall'art. 1374 c.c., trovano indicazione in una norma legale⁸³⁸.

⁸³⁶ F. MACARIO, *Commento all'art. 1374 c.c.*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario al codice civile*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1350-1386*, II, Milano, 2011, p. 709 ss. Tra questi, assumono particolare rilievo le direttive delle Autorità indipendenti, la cui efficacia integrativa del contratto viene condizionata alla circostanza che siano state legittimate, a monte, da un provvedimento legislativo che ne predetermini la conformità all'utilità sociale (così ad es. il potere normativo dell'Autorità per l'energia e il gas che trova fondamento nell'art. 2, comma 12, lett. h), della L. 14 novembre 1995, n. 481; si v. Cass., 13 luglio 2012, n. 11992, in *Corr. giur.*, 2013, p. 608 ss., con nota di M. GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora aperto)*) e siano espressive di un precetto specifico, destinato, cioè, a integrare il contenuto del regolamento attraverso una descrizione puntuale, non solo del risultato che si intende perseguire, ma anche delle modalità di condotta ritenute necessarie a tal fine. Così V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 42 ss. Sul tema ampiamente G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 5 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, *passim*; E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., p. 393 ss. Infine, da una prospettiva differente, si v. L. DI BONA, *Potere normativo delle Autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 44 ss. L'A. risolve la questione affermando che gli atti normativi delle autorità indipendenti hanno una forza in tutto assimilabile a quella della legge. Si tratterebbe, pertanto, non di fonti di rango secondario, bensì di fonti di produzione *extra ordinem* da cui promanano atti con forza di legge, inquadrabili nel rango primario della gerarchia delle fonti. E, facendo specifico riferimento agli atti normativi dell'autorità per l'energia e il gas, argomenta che «la norma [art. 2, comma 2, lett. h), L. n. 481 del 1995], evidentemente, non soltanto richiama una tipica fattispecie di integrazione del contratto, ai sensi dell'art. 1374 c.c., ma dimostra altresì che lo stesso meccanismo di sostituzione automatica previsto nell'art. 1339 c.c. si attaglia perfettamente alle delibere dell'Autorità [per l'energia elettrica e il gas]. [...] Se, come pare innegabile, l'art. 1339 c.c. può valere quale modello di "reazione" alla "dominanza" di una parte del contratto, nel senso che opera, congiuntamente al disposto dell'art. 1419, comma 2, c.c. quando il legislatore non si limiti a disapprovare, *tout court*, un patto (contro "entrambe le parti") ma piuttosto intenda correggere [...] il contratto per riequilibrarlo in favore del contraente pregiudicato, allora non vi è ragione di dubitare che si attagli perfettamente alle fattispecie in esame. [...] La regolazione autoritativa è infatti funzionale al perseguimento di obiettivi di rilevanza essenziale [...]. Appare perciò evidente che il perseguimento effettivo, la garanzia, non meramente formale, ma sostanziale ed efficace di interessi tanto rilevanti postula che alle regole stabilite dall'Autorità si riconosca una *vis* precettiva tale da integrare automaticamente il contenuto dei contratti di utenza: nel regime di maggior tutela, anzi tutto, ma anche nelle contrattazioni libere. Ove si disconoscesse alla disciplina autoritativa l'intrinseca forza di integrare e di modificare le condizioni contrattuali con essa contrastanti, infatti, ne risulterebbero vanificate sia la funzione, sia l'efficacia complessiva della regolazione».

3. *Segue*: Il problema di coordinamento tra art. 1374 c.c. e art. 1339 c.c.

Come anticipato, l'integrazione legale è disciplinata da due norme del codice civile (artt. 1374 e 1339 c.c.), il che genera l'ulteriore problema del coordinamento tra le due disposizioni. A tal riguardo, le ricostruzioni proposte in dottrina e in giurisprudenza sono le più disparate. Dalle impostazioni più risalenti – fondate sull'affermata intangibilità delle determinazioni private – che, da un lato, limitavano il richiamo alla legge di cui all'art. 1374 c.c. alle sole norme dispositive e suppletive e, dall'altro, sospingevano l'art. 1339 c.c. (inevitabilmente riferito alle norme cogenti) ai margini dell'ordinamento giuridico – attraverso interpretazioni fortemente restrittive⁸³⁹, proponendone l'abrogazione⁸⁴⁰ o espellendolo dal campo dell'integrazione⁸⁴¹ – si passa a orienta-

⁸³⁷ *Infra* Cap. VI, § 6.

⁸³⁸ Come ad es. la buona fede *ex* art. 1375 c.c. (la questione sarà specificamente trattata *infra* Cap. V, § 14) e i contratti collettivi di lavoro in forza della disposizione di cui all'art. 2113 c.c. (si v. G. GIUGNI, *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in *Il contratto collettivo di lavoro. Atti del terzo congresso nazionale di diritto del lavoro*, Milano, 1968, p. 11 ss.; L. NOGLER, *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, 1997, p. 164 ss. Si v., infine, la ricostruzione di G. BANDELLONI, *Fonti di integrazione del contratto e inderogabilità del contratto collettivo: dialogo tra civilisti e giuslavoristi*, in *Politica del diritto*, 2019, p. 145 ss., dei vari orientamenti relativi all'efficacia integrativa dei contratti collettivi).

⁸³⁹ G. STOLFI, *o.u.c.*, p. XXII ss., il quale, inoltre, propone un'interpretazione fortemente restrittiva anche della portata da attribuire al termine «legge», escludendo i d.l. e i d.lgs. M. LONGO, *Di alcuni problemi dell'autonomia contrattuale in materia di diritto del lavoro e di certe gravissime decisioni della Cassazione*, in *Dir. econ.*, 1958, p. 313 ss.; A. DE MARTINI, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, p. 425 ss.; P. GRECO, *Lezioni di diritto commerciale*, Roma, 1958, p. 38 ss.; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 72 ss. Si v., inoltre, quell'orientamento giurisprudenziale che, estendendo al secondo comma dell'art. 1419 c.c. il requisito volontaristico previsto dal primo, subordina l'effetto sostitutivo prodotto dalle norme imperative alla circostanza che queste siano «volute» dai contraenti. In questo senso ad es. App. Bari, 24 aprile 1947, in *Foro it.*, 1947, I, c. 690, con nota di F. CARNELUTTI, *Tentativo contrattuale*, *ivi*, 1948, I, c. 239; Cass., Sez. Un., 7 maggio 1948, n. 675, in *Foro it.*, 1948, I, c. 1129, con nota di F. SANTORO PASSARELLI, *Validità del contratto con clausola-oro*, *ivi*, 1949, I, c. 39; Cass., 5 ottobre 1953, n. 3179, in *Giust. civ.*, 1953, I, p. 3032; Cass., 18 giugno 1955, n. 1900, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 1052. Sul tema F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, *cit.*, p. 146 ss. Infine v. le critiche mosse da F. MESSINEO, *Contratto*, *cit.*, p. 943. Secondo l'A. tale norma, oltre che porsi in contrasto con il principio di affidamento, favorisce il contraente in mala fede, come quello che stipuli, consapevole dell'esistenza della norma e col proposito (non rivelato) di valersene, per chiedere a danno della controparte, l'inserzione del prezzo (o della clausola) imposto. Si tratterebbe, sempre secondo l'A., di un sacrificio della libertà contrattuale che non trova una giustificazione nell'esigenza di socialità.

⁸⁴⁰ D. RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Mon. cred.*, 1948, p. 530 ss.

⁸⁴¹ Ad es. ricomprendendo la norma entro il fenomeno della conversione del negozio. Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, *cit.*, p. 488 ss. Si v. anche G. SCIANCALEPORE,

menti che individuano il criterio differenziatore nel diverso oggetto dell'intervento integrativo (mentre l'art. 1374 opererebbe rispetto agli effetti, l'art. 1339 c.c. integrerebbe il contenuto)⁸⁴². A queste ricostruzioni vengono ad aggiungersi dottrine che distinguono le due norme sotto il profilo funzionale: l'art. 1374 c.c. farebbe riferimento alle sole norme dispositive e suppletive, e in quanto tale configurerebbe un intervento integrativo di tipo suppletivo⁸⁴³, invece l'art. 1339 c.c. predisporrebbe un'integrazione cogente per mezzo delle sole norme imperative⁸⁴⁴. Tale distinzione funzionale resta ferma anche in altri orientamenti, i quali, peraltro, la rinvencono già presente all'interno del solo art. 1374 c.c., il quale richiamerebbe sia le norme dispositive che quelle inderogabili, configurando un'ipotesi di integrazione suppletiva nel primo caso e cogente nel secondo⁸⁴⁵. Da qui la conseguente affermazione circa l'esistenza di una «sovrapposizione» tra gli artt. 1374 e 1339 c.c.⁸⁴⁶, giustificata considerando la prima norma come «ricognitiva e riassuntiva» di tutti i singoli richiami positivi alle norme di legge integratrici del contratto (tra cui l'art. 1339 c.c.)⁸⁴⁷.

In quest'ultima prospettiva, peraltro – considerato che sia le norme imperative⁸⁴⁸ che quelle dispositive⁸⁴⁹ non necessitano del richiamo di cui all'art. 1374 c.c., in quanto dotate di autonoma forza integratrice del contratto – tale norma avrebbe un rilievo esclusivamente sistematico. In altri termini, il suo

Autonomia negoziale e clausole d'uso, cit., p. 165 ss. L'A., pur non aderendo a quest'ultima tesi, evidenzia l'esistenza di una omogeneità funzionale tra l'art. 1339 c.c. e l'istituto della conversione del contratto nullo. Infine, v. le osservazioni critiche di P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata*, cit., p. 103 ss. L'A. da ultimo citato propone un'interpretazione della norma in termini d'imposizione di un dovere legale a carica di specifici soggetti e a favore di altri egualmente ben individuati. Pertanto, si afferma, l'effetto della norma non è tanto «che il negozio stipulato assuma un contenuto determinato direttamente dalla legge, quanto che, nonostante il contrario avviso delle parti, le conseguenze dell'acquisto o della vendita di determinati beni ovvero la prestazione di determinati servizi siano quelli fissati dalla legge».

⁸⁴² F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 944.; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 141; N. DI MAURO, *In tema di integrazione legale del contratto ex art. 1339 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1992, p. 247.

⁸⁴³ G. OSTI, *Contratto*, cit., p. 529 ss.; G. CIAN, *Forma solenne*, cit., p. 195 ss.

⁸⁴⁴ V. RIZZO, *Fonti del diritto, «interpretazione» ed «applicazione» della legge. Interpretazione ed applicazione del contratto*, Camerino, 1991, p. 329 ss.; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., p. 243 ss. Cfr. V. ROPPO, *o.u.c.*, p. 471 ss.

⁸⁴⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 499 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 570 ss.; N. DISTASO, *I contratti in generale*, III, Torino, 1966, p. 1664; M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, cit., p. 545 ss.

⁸⁴⁶ F. MESSINEO, *o.u.c.*, p. 944.

⁸⁴⁷ F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 154; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 260. Analoghe ricostruzioni hanno interessato anche l'art. 1258 c.c. esp. Si v. ad es. Tribunal Supremo, 12 giugno 1970, n. 298, in www.aranzadi.es; Tribunal Supremo, 23 novembre 1988, n. 8246, in www.poderjudicial.es; Tribunal Supremo, 31 dicembre 1996, n. 7689, in www.poderjudicial.es. Si v. M.P. LIAÑO, *Comento al art. 1258 c.c.*, cit., p. 2147 ss.

⁸⁴⁸ F. MESSINEO, *o.u.c.*, p. 937; G. SCIANCALEPORE, *Autonomia*, cit., p. 161 ss.

⁸⁴⁹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., p. 52.

reale valore consisterebbe nella generalizzazione del ruolo della legge quale fonte di integrazione del contratto, impedendo così di considerare eccezionali i singoli interventi puntuali previsti dal codice⁸⁵⁰. Lungo questo stesso percorso argomentativo si giungerà a riconoscere all'art. 1374 c.c. la qualifica di disposizione sulle fonti del regolamento contrattuale, attribuendogli inoltre l'efficacia invalidante e sostitutiva propria dell'art. 1339 c.c.⁸⁵¹.

Infine, non è mancato chi ha distinto le due norme facendo riferimento al diverso presupposto operativo, in particolare, mentre l'art. 1374 c.c. presupporrebbe un contratto valido, il fenomeno dell'inserzione automatica di clausole farebbe sempre riferimento a un contratto parzialmente invalido⁸⁵². Sepur non nei termini impiegati da quest'ultima dottrina, si mostrerà a breve che individuare nel presupposto operativo il principale criterio chiarificatore dei rapporti tra le due norme sembrerebbe il giusto modo di procedere.

In primo luogo, una distinzione tra gli artt. 1374 e 1339 c.c. fondata sulla bipartizione tra norme dispositive e norme cogenti non sembra possibile a monte, per la semplice ragione che, come osservato, la linea di confine tra le due categorie di norme non è affatto netta. Difatti, possono aversi norme dispositive con funzione cogente, come norme cogenti con funzione suppletiva. Appare ancor meno sostenibile la distinzione funzionale (intervento cogente o suppletivo), in quanto, come si mostrerà a breve, le due norme sono suscettibili di richiamare una pluralità di interventi diversamente connotati funzionalmente, e non agevolmente riconducibili entro due categorie unitarie. A ciò si aggiunga che una distinzione dei vari tipi di integrazione contrattuale fondata sul carattere amichevole od ostile (rispetto all'autonomia negoziale) dell'intervento è inammissibile. Difatti, alcuni degli interventi tradizionalmente ricompresi nella categoria dell'«integrazione nemica», lungi dal porsi in contrasto con l'autonomia negoziale, sono funzionali alla protezione del contraente debole. Pertanto, tali interventi, compensando gli squilibri di potere contrattuale che affliggono i rapporti asimmetrici, mirano a un'espressione più genuina dell'autonomia negoziale, in quanto manifestazione di una relazione negoziale sostanzialmente paritaria⁸⁵³.

⁸⁵⁰ F. RIZZO, *Art. 1374 c.c.*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, I, Napoli, 2010, p. 791.

⁸⁵¹ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 102; F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 227 ss.

⁸⁵² V. RIZZO, *Fonti del diritto*, cit., p. 302 ss.; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., p. 243 ss.; G. SCIANCALEPORE, *Autonomia negoziale*, cit., p. 161 ss.

⁸⁵³ In merito al vituperato art. 1339 c.c., G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 338, osserva che «dal punto di vista invece della funzione generale, le vere intenzioni [...] del legislatore sono chiarite dalle situazioni che rendono necessario l'intervento [delle norme cogenti ex art. 1339 c.c.]: non si tratta di una manifestazione di ostilità nei confronti dell'autonomia privata, né di un tentativo di strumentalizzarla a fini non privati e quindi in sostanza di trasformare la natura, ma si tratta invece, in situazioni eccezionali nelle quali il principio di autonomia avrebbe un valore puramente nominale, di sacrificare quella libertà che per una parte almeno sarebbe soltanto for-

Non resta, pertanto, che verificare se il problema del rapporto tra gli artt. 1374 e 1339 c.c. possa essere risolto facendo riferimento al profilo dei presupposti operativi dell'intervento integrativo.

4. *Segue: L'integrazione per sottrazione, per sostituzione e per addizione*

In verità, per comprendere la relazione che lega gli artt. 1374 e 1339 c.c., paradossalmente, occorre prendere le mosse dall'art. 1419 c.c., il quale, nonostante le apparenze, dev'essere anch'esso inteso come norma sull'integrazione del contratto. Tale articolo, lungi dal disporre la nullità parziale del contratto, si rivolge a un diverso problema, quello della conservazione⁸⁵⁴ o meno del negozio nel caso in cui una o più clausole risultino nulle *ex art.* 1418 c.c. (c.d. giudizio di nullità parziale)⁸⁵⁵. Nel risolvere tale questione, l'art. 1419 c.c.

male ad un principio di eguaglianza e, in definitiva, di libertà sostanziale. Sono cioè interventi dettati dall'esigenza di conservare, in rapporto alla eccezionalità della situazione, una parità di forza tra i soggetti contraenti».

⁸⁵⁴ Tra gli altri, ascrivono la norma di cui all'art. 1419 c.c. al principio di conservazione G.B. FUNAJOLI, *Invalidità della volontà negoziale e conservazione del negozio giuridico*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1947-1948, p. 215 ss.; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale*, cit., p. 103 ss.; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., p. 438 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *o.u.c.*, p. 365 ss.; G. MIRABELLI, *o.u.c.*, p. 441 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., p. 196 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 246. *Contra* E. ROPPO, *Nullità parziale*, cit., p. 716, secondo il quale «all'ordinamento non interessa in astratto, che i contratti parzialmente nulli stiano oppure cadano, ma soltanto che la nullità di un settore del regolamento pattizio non dia luogo, tra le parti, a profitti e correlativi impoverimenti ingiustificati, e alla soddisfazione di pretese contrarie a buona fede. E non vale, in contrario, appellarsi al principio di conservazione, che si colloca su piano diverso [quello ermeneutico]». Sul tema ampiamente C. GRASSETTI, R. FRANCESCHELLI, A. LEFEBVRE D'OVIDIO, F. DE MARINO, R. NICOLÒ, *Discussione intorno al principio di conservazione dei contratti nei riguardi delle clausole di irresponsabilità*, in *Riv. dir. nav.*, 1939, p. 344 ss.; G. STELLA RICHTER, *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim.*, 1967, p. 412 ss.

⁸⁵⁵ Sul tema E. ROPPO, *o.u.c.*, p. 686 ss. Secondo l'A. tale giudizio non può che risolversi in un giudizio di compatibilità tra l'efficacia del regolamento residuo e il rispetto sostanziale del piano di interessi originariamente convenuto. In altri termini, sotto il profilo degli interessi regolati con lo stesso, alla nullità parziale del contratto corrisponde l'incompleto e difettoso realizzarsi dell'operazione economica perseguita dalle parti a causa dell'alterazione del mosaico dei reciproci vantaggi e sacrifici cui i contraenti avevano affidato la realizzazione dei propri piani. Come conseguenza di ciò, l'esecuzione del (solo) regolamento residuo, cioè della parte di esso non toccata dal vizio, potrebbe esporre al rischio di risultati iniqui. Pertanto, sempre secondo l'A., tale giudizio va indirizzato ad accertare se il vigore del regolamento parziale sia coerente col modello distributivo di oneri e vantaggi su cui le parti avevano consentito; o se al contrario la caduta di parte dell'accordo provochi una tale alterazione dell'economia del contratto, che il mantenimento e l'esecuzione del residuo comporterebbero profitti per l'una parte, e sacrifici per l'altra, obiettivamente non riconducibili al disegno dell'autonomia privata già fatto oggetto di proposta e accettazione. Nel primo caso la nullità sarebbe solo parziale, nel secondo si avrebbe nullità totale. Cfr. M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, §1; F.W.

pone due criteri ben distinti. Difatti, mentre per il primo comma il contratto resta in vita se risulta che i contraenti lo avrebbero concluso anche senza quella parte di contenuto dichiarata nulla⁸⁵⁶, il secondo dispone che l'invalidità dell'intero contratto è esclusa ogniqualvolta le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative.

Non è sfuggito che tra i due commi esiste una profonda differenza⁸⁵⁷, ma questa non va tanto rinvenuta nel diverso criterio risolutivo prescelto o nel fatto che solo il primo comma concernerebbe il giudizio di nullità parziale, mentre il secondo, all'opposto – riferendosi alle conseguenze dell'integrazione le-

FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1965, p. 584.

⁸⁵⁶ Tale norma, nel momento in cui individua quale criterio risolutivo del giudizio di nullità parziale quello della volontà delle parti, non sembra esente da quella suggestione volontaristica che accomuna molte delle disposizioni normative del codice civile (G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 443). Peraltro, l'inadeguatezza e i dubbi sulla congruità e fondatezza di un'operazione ricostruttiva della norma che sostanzialmente semplifica la problematica della nullità parziale in una mera questione di volontà (reale) non incontrò particolare consenso né in dottrina (fatta eccezione per I. BOLOGNA, *Considerazioni sulla nullità parziale dei negozio giuridici*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, p. 110 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, cit., p. 364 ss.; G. CRISCUOLI, *Clausola illecita, scindibilità oggettiva del regolamento negoziale, essenzialità oggettiva della parte nulla, mancanza unilaterale di volontà ed automatica inserzione sostitutiva di norme imperative nel contratto secondo la disciplina della nullità parziale*, in *Giur. it.*, 1966, p. 1163 ss.) né in giurisprudenza (Cass., 26 ottobre 1967, n. 2467, in *Foro pad.*, 1968, p. 770 ss.). Analoga sorte toccò a quell'orientamento che, sempre facendo riferimento agli atteggiamenti psichici delle parti, imposta la questione sul piano dell'errore (F. CARNELUTTI, *Tentativo contrattuale*, cit., c. 240). All'opposto, trovò larga adesione quell'orientamento che, in luogo della volontà reale, intese riferirsi alla c.d. volontà ipotetica (per tutti si v. G. CRISCUOLI, *La nullità parziale*, cit., p. 237 ss.; A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, p. 155 ss.; G. STOLFI, *o.u.c.*, p. 65 ss.; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., p. 438 ss.; P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 158 ss.; Cass., 15 aprile 1959, n. 1125, in *Rep. Giust. civ.*, 1959, n. 291; Cass., 17 giugno 1966, n. 1555, in *Giust. civ.*, 1966, p. 1682). Per le critiche che a vario titolo hanno interessato tali orientamenti – tutti accomunati dal presupposto che la concreta soluzione del problema della nullità parziale non deve in ogni caso porsi in contrasto con l'autonomia negoziale dei contraenti – si rinvia all'esauriente trattazione svolta da E. ROPPO, *Nullità parziale*, cit., p. 700 ss. L'A., diversamente, ritiene che «il senso autentico dell'operazione perseguita potrà essere meglio apprezzato e salvaguardato [...] se si preferiranno criteri obiettivi di valutazione forniti di maggior realismo e aderenza alla portata degli interessi in gioco» e che «il giudizio di nullità parziale si risolv[e] in una operazione di controllo sulla compatibilità tra esecuzione della (sola) parte valida e rispetto del significato economico attribuito dalle parti al contratto». A tal fine, «il giudice si varrà di tutta una serie di indici obiettivi e di regole di giudizio che, lungi dall'appagarsi di futuri rinvii alla volontà delle parti, si fondino su una realistica analisi degli interessi di queste».

⁸⁵⁷ F. CARNELUTTI, *Tentativo contrattuale*, cit., c. 240; F. SANTORO PASSARELLI, *Validità del contratto*, cit., p. 279 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 448; G.B. FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in *Id.*, *Saggi di diritto civile*, Rimini, p. 365 ss.; F. ZICCARDI, *o.u.c.*, p. 146 ss.; L. MENGONI, *Nuova giurisprudenza delle Sezioni Unite sulla questione del computo dell'aumento per lavoro straordinario dovuto agli operai retribuiti a cottimo o con altre forme di incentivo*, in *Dir. econ.*, 1959, p. 91; S.

gale, impedirebbe il ricorrere della nullità e, pertanto – sarebbe da collocare al di fuori dell'ambito operativo dell'istituto⁸⁵⁸. In verità, sia il primo che il secondo comma dell'art. 1419 c.c. non concernono la nullità, si tratta di due norme riconducibili al fenomeno integrativo, in quanto entrambe contribuiscono alla costruzione del regolamento contrattuale⁸⁵⁹. La differenza, in definitiva, sta nel tipo di integrazione delineata dalle due norme. Mentre il primo comma fissa il presupposto di operatività di un intervento integrativo che si potrebbe definire «per sottrazione», il secondo comma (in combinato disposto con l'art. 1339 c.c.) configura un'integrazione «sostitutiva».

Per quanto riguarda l'integrazione per sottrazione ex art. 1419, comma 1, c.c., essa rientra in una concezione ampia del fenomeno integrativo (inteso come modifica del contenuto negoziale predisposto dalle parti)⁸⁶⁰, ma che in verità appare pienamente coerente con la fisionomia essenziale dell'istituto. Difatti, se lo si limitasse ai soli casi di arricchimento del corredo effettuale del contratto, se ne dovrebbe trarre la conseguenza che non sempre il fenomeno di cui all'art. 1339 c.c. vi rientrerebbe. Difatti, non necessariamente la clausola sostitutiva ha un contenuto più ampio di quella sostituita. Inoltre, appare difficilmente contestabile che con l'espulsione di una (o più clausole) da un regolamento negoziale venga a modificarsi la sostanza dello stesso, con una modificazione (anche radicale) dell'equilibrio tra i diritti e gli obblighi che dallo stesso discendono in capo alle parti.

RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 52 ss. *Contra* M. FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, p. 322 ss.; A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, p. 168 ss.; Cass., Sez. Un., 7 maggio 1948, n. 675, in *Foro it.*, 1948, c. 1129, con nota di F. SANTORO PASSARELLI, *Validità del contratto con clausola oro*; Cass., 5 ottobre 1953, n. 3179, in *Giust. civ.*, 1953, p. 3032 ss. Sul rapporto tra i due commi ampiamente M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 128 ss.

⁸⁵⁸ E. ROPPO, *o.u.c.*, p. 726 ss. Cfr. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata*, cit., p. 155 ss.; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 760 ss. Si v. infine R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 425, nella parte in cui si afferma che «possiamo dire che la legge, sostituendo l'accordo delle parti, evita di renderlo nullo, come possiamo dire che la legge lo rende nullo e lo sostituisce. Le due configurazioni sono entrambe logicamente corrette».

⁸⁵⁹ Cfr. E. ROPPO, *o.u.c.*, p. 707. L'A. osserva come anche in Germania le questioni relative al giudizio di nullità parziale vengano ricondotte al *ergänzende Auslegung*. Si v. H. PIERER VON ESCH, *Teilnichtige Rechtsgeschäfte. Das Verhältnis von Parteiwille und Rechtssatz im Bereich des § 139 BGB*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1968, p. 73 ss. *Contra* G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 288. L'A. osserva che non «si possono risolvere ex art. 1374 c.c., riducendole o avvicinandole quindi al fenomeno dell'integrazione, quelle lacune che all'interno del contratto sorgono in conseguenza di un vizio di uno o più elementi. Così nelle ipotesi previste negli artt. 1419 c.c. o 1424 c.c., il problema è totalmente differente: si tratta, infatti, di un ben altro procedimento che quello previsto dall'art. 1374».

⁸⁶⁰ E. ROPPO, *o.u.c.*, p. 709. Cfr. S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 201 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 130 ss.

Le analogie con il fenomeno integrativo non si arrestano al solo profilo sostanziale, penetrano anche quello funzionale. Difatti, la scelta tra la declaratoria di nullità dell'intero contratto o la sua integrazione per sottrazione dipende dalla valutazione del concreto sistema di interessi (e dei relativi equilibri) che le parti intendono realizzare. Valutazione questa da condurre alla luce dei principi dell'ordinamento. I quali (in particolar modo i principi di solidarietà, buona fede e correttezza)⁸⁶¹ impediscono che una parte possa trarre un indebito vantaggio, ai danni dell'altra, servendosi di un istituto giuridico, quale la nullità (parziale o totale) del contratto. In altri termini, tali principi – che costituiscono il fiume carsico dell'intero ordinamento civile – non consentono una configurazione del regolamento di interessi ingiusta alla luce dei valori fondamentali espressi dall'ordinamento. Ragion per cui, l'art. 1419, comma 1, c.c. non risponde ad altra logica se non quella di impedire l'assurdo scenario nel quale tale risultato giuridicamente riprovevole (l'approfittamento) discenda dall'applicazione di una norma imperativa. Per certi aspetti è la stessa esigenza di coerenza interna dell'ordinamento che lo impone.

Come anticipato, diversamente l'art. 1419, comma 2, c.c. prefigura un diverso fenomeno integrativo (c.d. sostitutivo). Come il primo comma di tale articolo assume un significato solo se letto in combinato disposto con l'art. 1418 c.c., allo stesso modo il secondo comma dell'art. 1419 c.c. necessita del collegamento con la disposizione di cui all'art. 1339 c.c., in quanto sprovvista di autonomia funzionale. Può lungamente discutersi su quale delle due norme sia vassalla dell'altra⁸⁶² o se, viceversa, costituiscano un *unicum*⁸⁶³, come parallelamente se abbiano un ambito operativo coincidente o meno⁸⁶⁴, o se la sostitu-

⁸⁶¹ Si v. S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 198 ss.

⁸⁶² Sul tema A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, cit., p. 172 ss.; E. ROPPO, *o.u.c.*, p. 718.; V. RIZZO, *Fonti del diritto*, cit., p. 295 ss.

⁸⁶³ Cass., 5 dicembre 2003, n. 18654, in *Foro it.*, 2004, c. 2467; Cass., 17 novembre 2000, n. 14899, in *Giust. civ.*, 2000, p. 3099 ss.; Cass., 29 dicembre 1951, n. 2900, in *Rep. Foro it.*, 1951, voce *Calmiere*, n. 20; Cass., 13 dicembre 1948, n. 1882, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, p. 791 ss., con nota di A. DE MARTINI, *Inserzione automatica dei prezzi di calmiera nei contratti*; Cass., 6 agosto 1947, n. 1471, *ivi*, 1947, p. 254 ss., con nota di G. VALILLO, *Contratto illecito e ripetibilità della prestazione*; Cass., 29 aprile 1946, n. 511, in *DG*, 1946, p. 280 ss., con nota di W. BIGIAVI, *Ripetibilità del sovrapprezzo pagato la «mercato nero»*; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Commentario al codice civile*, Milano, 1999, p. 20 ss.; F. ZICCARDI, *o.u.c.*, p. 142 ss. Infine, si v. F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 943, il quale afferma che dal combinato disposto delle due norme scaturirebbe un caso di «inoperante nullità parziale» del contratto.

⁸⁶⁴ In particolare, parte della dottrina riconosce all'art. 1339 un ambito operativo più ampio rispetto all'art. 1419, comma 2, c.c. (P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata*, cit., p. 104 ss.), al contrario, altri autori impongono la relazione tra le due norme considerando l'art. 1339 c.c. come una soltanto delle ipotesi in cui si attua la sostituzione di diritto indicata all'art. 1419, comma 2, c.c. (G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 333; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., p. 113 ss.). Sul tema ampiamente M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto*, cit., p. 108 ss.

zione di clausole *ex art.* 1339 c.c. segua logicamente la declaratoria di nullità⁸⁶⁵ parziale o, al contrario, costituisca rimedio alternativo a questa⁸⁶⁶. Sta di fatto che in concreto le due disposizioni si presentano inscindibilmente collegate sotto il profilo funzionale. Difatti, entrambe, congiuntamente, mirano alla sostituzione di quelle clausole contrattuali che si pongono in contrasto con determinate norme cogenti. In altri termini, entrambe, attraverso la tecnica dell'integrazione per sostituzione, provvedono all'adeguamento del regolamento negoziale rispetto a quelle norme dell'ordinamento poste a tutela di interessi generali. Sotto questo profilo, pertanto, l'integrazione per sostituzione presenta la stessa funzione di quella per sottrazione e, parallelamente, appare accomunata dallo stesso presupposto operativo, ovverosia l'esistenza di una lacuna c.d. di collisione. In altri termini, in entrambi i casi si tratta di intervenire rispetto al contrasto tra una clausola negoziale e una norma cogente (o una norma dispositiva abusivamente derogata)⁸⁶⁷.

Rispetto a quest'ultimo punto, la dottrina è solita intravedere nell'art. 1339 c.c., oltre al citato effetto sostitutivo, anche una funzione integrativa suppletiva⁸⁶⁸. Il che, se verificato, escluderebbe la riferibilità di tale norma alle sole lacune di collisione. L'orientamento in parola, muovendo dalla formulazione letterale dell'art. 1339 c.c., sostiene che il contenuto delle norme cogenti sia destinato a inserirsi nel contratto non soltanto in sostituzione delle clausole negoziali difformi, ma «anche» in sostituzione di tali clausole. In particolare, argomentando *a fortiori ratione*, si afferma che se a una norma è riconosciuta forza sostitutiva della clausola negoziale, a maggior ragione deve ritenersi che quella stessa norma sia dotata anche di forza meramente suppletiva di una volontà negoziale che sul punto regolato dalla disposizione cogente non si è nemmeno determinata⁸⁶⁹. In verità, questo orientamento non convince pienamente.

⁸⁶⁵ Così S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 52; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 519; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 129.

⁸⁶⁶ P. BARCELLONA, *Intervento statale*, cit., p. 155 ss.; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., p. 760 ss. Sul tema R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 425 ss. V. le osservazioni critiche di M. CASELLA, *o.u.c.*, p. 4 ss.

⁸⁶⁷ Pertanto appare infondato l'orientamento tradizionale che riconduce all'art. 1339 c.c. le sole norme cogenti.

⁸⁶⁸ E. SARACINI, *Nullità e sostituzione*, cit., p. 107 ss. M. CASELLA, *Nullità parziale de contratto*, cit., p. 100 ss., ritiene che nell'art. 1339 c.c. siano rinvenibili due norme: oltre a quella che prevede la sostituzione delle clausole contrattuali difformi, un'ulteriore norma che disporrebbe l'inserzione automatica di norme cogenti a integrazione del regolamento contrattuale incompleto sul punto. Sostanzialmente conformi G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 123; A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1958, p. 166; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 144. Quest'ultimo, rifacendosi agli studi in materia di successione legittima di D. BARBERO, *Le norme complete*, cit., p. 527 ss., parla di «funzione completiva».

⁸⁶⁹ M. CASELLA, *Nullità parziale de contratto*, cit., p. 106 ss.

Oltre alla circostanza che non è detto che ogni norma cogente dotata di funzione sostitutiva abbia anche (per sua stessa natura) un'implicita funzione suppletiva⁸⁷⁰, in questa sede interessa maggiormente porre in evidenza un ulteriore aspetto, ancora una volta relativo al presupposto operativo. Difatti, appare ben diversa l'ipotesi di lacuna strutturale del regolamento contrattuale dovuta alla mancata regolazione di alcuni aspetti dell'operazione negoziale disciplinati da norme (dispositive/suppletive) che le parti (ove avessero saputo e/o voluto) avrebbero in ogni caso potuto derogare, rispetto al caso in cui a quelle norme non avrebbero potuto rinunciare in nessuna circostanza. In altri termini, la mancata previsione pattizia di una clausola oggetto di previsione sostitutiva *ex art.* 1339, se può apparire formalmente una lacuna c.d. di previsione, nella sostanza sembra, più congruamente, assimilabile a quelle di collisione. Difatti, la norma cogente va in ogni caso a inserirsi in un regolamento contrattuale che presenta un contenuto difforme da quello imposto, poco importa poi che questa difformità dipenda dalla presenza di una clausola difforme o dall'assenza di una clausola che riproduca il contenuto cogente della norma⁸⁷¹.

Riprendendo il discorso sul binomio integrazione per sottrazione – integrazione per sostituzione, va poi chiarito che sussiste una differenza rilevante a seconda del contenuto della norma cogente. L'integrazione per sottrazione non può che riferirsi a una norma negativa (ovverosia, una disposizione che semplicemente vieta un determinato contenuto), mentre quella per sostituzione, per poter operare, necessita di una norma positiva (una disposizione che indichi un contenuto contrattuale obbligatorio in toto o inderogabile *in peius* a danno di uno dei contraenti)⁸⁷². Diversamente, come visto in precedenza, in caso di contrasto con una norma imperativa non si avrà alcun intervento integrativo, bensì la nullità dell'intero contratto. Pertanto, in definitiva, la differenza tra le ipotesi di cui agli artt. 1419, comma 1 e 1419, comma 2, c.c. (in combinato disposto con l'art. 1339 c.c.) risiede essenzialmente nella modalità

⁸⁷⁰ Rispetto al problema della configurabilità della funzione suppletiva delle norme cogenti solo unilateralmente inderogabili v. G. GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, cit., p. 506 ss.,

⁸⁷¹ Per quanto affermato, appare di grande interesse il ragionamento di R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 425 ss., in merito alla rilevanza dell'«errore sulla norma cogente» (vigente al momento della conclusione del contratto). L'A. osserva che «il legislatore, pur volendo un certo regolamento contrattuale, non impone un obbligo di contrarre, e lascia le parti libere di servirsi o meno di questo regolamento. [...] La norma cogente opera dunque quando i contraenti, conoscendola o sospettandone l'esistenza, hanno contratto con l'intento di sottomettersi o con l'intento di eluderla. Può invece essere esclusa, tramite l'azione di annullamento, se il contraente danneggiato dimostra di averla ignorata».

⁸⁷² Rispetto a questa distinzione V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 472, parla di norme imperative dotate di funzione conformativa, in forza delle quali l'integrazione cogente può realizzarsi in modo diretto (la norma vieta un determinato contenuto contrattuale, senza che venga in gioco un contenuto alternativo) o indiretto (la norma modifica il contratto nei suoi contenuti).

integrativa. In un caso la clausola viene semplicemente espunta dal regolamento contrattuale, nell'altro viene sostituita d'imperio dalla norma cogente.

Rispetto alle due tipologie di intervento integrativo legale poc'anzi delineate, la terza – che in termini meramente indicativi potrebbe essere definita integrazione «per addizione» (*ex art. 1374 c.c.*) – presenta senz'altro caratteri di maggiore complessità. Difatti, a essa sono riferibili funzioni e presupposti operativi eterogenei, solo semplicisticamente accomunati dall'effetto finale dell'ampliamento del contenuto del regolamento pattizio⁸⁷³. Se poi si va alla ricerca di elementi comuni con gli altri due tipi di intervento integrativo – rispetto ai quali si distingue non solo sotto l'aspetto della tecnica integrativa, ma anche sotto quello funzionale e dei presupposti operativi – ci si deve arrestare alla constatazione che tutte queste forme di integrazione rispondono alla meta-funzione di consentire l'inserimento (e pertanto l'adeguamento) del regolamento di interessi nei vari contesti (ad es. fattuale, negoziale, ordinamentale e sociale) nei quali è destinato a produrre i propri effetti giuridici⁸⁷⁴.

Partendo dalle tipologie di norme che trovano ingresso nel regolamento contrattuale attraverso tale intervento, va da subito chiarito che esso concerne tanto le norme dispositive/suppletive quanto quelle cogenti. La ricomprensione di queste ultime norme entro la fenomenologia dell'istituto non sta a significare che l'art. 1374 c.c. riproduca lo stesso (o simile) intervento di cui all'art. 1339 c.c., difatti ben diverso è il presupposto operativo e la funzione. In questo caso mai vengono in rilievo le c.d. lacune di collisione, essendo queste di esclusiva giurisdizione dell'art. 1339 c.c. Pertanto, non è possibile riferire all'integrazione legale *ex art. 1374 c.c.* quell'effetto invalidante delle clausole pattizie difformi che è proprio degli interventi integrativi per sottrazione e per sostituzione. In questo caso, le norme cogenti interverranno nel contratto in presenza di lacune di diverso genere, relative a una mancanza originaria del regolamento negoziale, in quanto incompleto sotto l'aspetto degli interessi tutelati o, come si vedrà nel prossimo capitolo, sotto quello assiologico. Pertanto, è all'art. 1374 c.c. che vanno riferiti quegli interventi completivi attraverso

⁸⁷³ Precedentemente si osservava come l'ampliamento del contenuto contrattuale possa verificarsi anche attraverso un intervento integrativo per sostituzione. Difatti, nulla esclude che la clausola imposta *ex art. 1339 c.c.* abbia un contenuto più ampio di quella pattizia. Anche se va precisato che questo raffronto potrebbe risultare difficoltoso a causa della complessità del concetto di clausola. In particolare, non è mancato chi ha posto in evidenza la separazione concettuale fra clausola come elemento del regolamento negoziale predisposto dalle parti (individuata dal criterio giuridico dell'unitarietà e autonomia) e clausola come elemento inserito d'autorità dall'ordinamento in via coattiva (*ex art. 1339 c.c.*) o non coattiva (*ex art. 1340 c.c.*). Sul concetto di clausola si v. C. GRASSETTI, voce *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 184 ss.; M. FRAGALI, *Clausole, frammenti di clausole*, cit., p. 317 ss.; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 152 ss.; E. ROPPO, *Nullità parziale*, cit., p. 728 ss.; Cass., Sez. Un., 16 ottobre 1958, n. 3294, in *Giust. civ.*, 1959, p. 311 ss.

⁸⁷⁴ Si v. Cap. IV, § 12.

le norme cogenti che parte della dottrina suole ricondurre all'art. 1339 c.c. Si tratta, in altri termini, di interventi che danno corpo all'immaginario del contratto come strumento a plurimo impiego, in quanto volto alla realizzazione di interessi (normalmente) generali che le parti hanno ommesso di considerare, ma la cui cura costituisce la condizione a cui i contraenti, che hanno inteso servirsi dello strumento contrattuale, devono sottostare per poter usufruire dell'armamentario di tutele previsto dall'ordinamento.

Diversamente, l'intervento integrativo (per addizione) per mezzo delle norme dispositive e suppletive, rispondendo a interessi differenti, è subordinato a presupposti operativi ed è orientato a funzioni distinte. In particolare, le norme suppletive trovano la loro ragion d'esser nella salvaguardia delle logiche interne all'operazione negoziale che le parti intendono realizzare. Ponendo rimedio a tutte quelle mancanze che il contratto presenta sotto il profilo disciplinare che rischiano di comprometterne l'operatività. Pertanto, il presupposto operativo di questo tipo di intervento andrà necessariamente individuato in quelle lacune che inficiano il regolare funzionamento del contratto.

Più complicato è il discorso relativo alle norme dispositive, le quali, in corrispondenza con un parco interessi maggiormente eterogeneo, possono assumere configurazioni variegata. In ogni caso, la finalità generalmente adempiuta da tali norme è quella di garantire un'equilibrata ed efficiente composizione degli interessi delle parti⁸⁷⁵. Ragion per cui, se ne potrebbe dedurre che esse integrano il contratto solo in presenza di lacune del regolamento che impediscono la realizzazione di tale fine. In altri termini, l'integrazione per mezzo di queste norme non trova il proprio presupposto in una carenza del regolamento pattizio che affetta il profilo del funzionamento dell'operazione economica (come per le norme suppletive), bensì si rivolge al diverso problema dell'equilibrio degli interessi regolati nel contratto. A seconda del tipo di interesse emerge una diversa esigenza di realizzazione dello stesso. Così, se rispetto ad alcuni interessi il potere dei contraenti di derogare la disciplina dispositiva è sostanzialmente illimitato, rispetto ad altri la questione presenta maggiore complessità. Così, si hanno norme dispositive (come quelle sulla garanzia della vendita) la cui derogabilità, seppur possibile, è vista come eccezionale, e altre (come ad es. la garanzia per evizione, si v. in particolare l'art. 1487, comma 2, c.c.) la cui derogabilità è condizionata⁸⁷⁶. Pertanto, l'intervento integrativo ad opera delle norme dispositive dipenderà da un attento (e non agevole)

⁸⁷⁵ E. RUSSO, *Norma imperativa*, cit., p. 596, afferma che il legislatore, con le norme dispositive, pone «le regole tendenziali che ritiene più opportune a realizzare una misura di giustizia nel caso concreto». Si v. inoltre V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 460, in particolare nella parte in cui osserva che «il legislatore le detta [le norme dispositive] non nella presunzione che i loro contenuti corrispondano alla volontà delle parti; ma perché ai suoi occhi rappresentano una regolamentazione razionale ed equilibrata del rapporto che, in difetto di accordo delle parti, il legislatore è chiamato a disciplinare».

esame del regolamento pattizio, volto all'individuazione di quel particolare equilibrio di interessi «voluto» dalle parti. Solo attraverso tale verifica potranno essere individuate quelle lacune che condizionano e giustificano l'intervento integrativo di cui si tratta. In particolare, si tratterà di quelle ipotesi in cui risulti che la composizione degli interessi realizzata dai contraenti è insoddisfacente rispetto alla considerazione (di quegli stessi interessi) offerta dall'ordinamento con la normativa dispositiva.

Infine, sotto l'aspetto della tecnica integrativa, l'intervento per addizione si distingue da quello per sottrazione e per sostituzione in quanto, in tal caso, si tratta di ampliare il regolamento negoziale attraverso l'aggiunta di regole, scolpite nelle disposizioni normative (cogenti/suppletive/dispositive) o ricavabili attraverso il giudizio di derottabilità della clausola negoziale rispetto a una norma legale⁸⁷⁷. Regole aggiuntive (o integrative) che, in ogni caso, andranno a disciplinare profili e/o a realizzare interessi che le parti non hanno preso in considerazione o che hanno regolato in maniera inadeguata e ingiusta.

5. Gli usi integrativi del contratto

Anche rispetto agli usi emerge l'esigenza di coordinare due disposizioni normative (artt. 1374 e 1340 c.c.) che a tale fonte di integrazione del contratto fanno riferimento. Problema questo che la dottrina suole affrontare sul campo della natura degli usi⁸⁷⁸ richiamati dai due articoli.

⁸⁷⁶ Cfr. V. ROPPO, *o.u.c.*, p. 460 ss. L'A. pone l'accento sulla diversa formulazione delle norme dispositive. In particolare, mentre le disposizioni, la cui derogabilità è considerata la regola, normalmente si aprono con formule come «salva diversa volontà delle parti» o «in mancanza di patto contrario», quelle la cui derogabilità è considerata l'eccezione sono caratterizzate dal fatto che il richiamo alla diversa volontà delle parti non apre l'articolo, bensì lo chiude. Per di più, queste ultime impiegano formule che esprimono il carattere puramente eventuale, se non eccentrico, della derogabilità. L'A. indica come es. gli artt. 1487, 1488 e 1490, comma 2, c.c.

⁸⁷⁷ Il tema sarà ampiamente trattato nel Cap. VI.

⁸⁷⁸ Nell'ordinamento italiano tradizionalmente si distinguono tre categorie di usi: normativi (art. 1374 c.c.), contrattuali (art. 1340 c.c.) e interpretativi (art. 1368 c.c.). Tale differenziazione non si rinviene in altri ordinamenti, come ad es. quello spagnolo, ove si riconoscono solo *los usos normativos* (art. 1258 c.c. esp.) e *los usos interpretativos* (art. 1287 c.c. esp.). Si v. L. DIEZ PICAZO Y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, cit., p. 90 ss.; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentario al Código Civil*, Navarra, 2001, p. 1506 ss. Peraltro, non mancano anche in Italia A. che negano la tripartizione, affermando l'unitarietà della nozione. Si v. ad es. G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 280 ss.; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 173 ss. In ogni caso, la dottrina sembra concordare sulla difficoltà di individuare una distinzione netta tra usi normativi e negoziali. Ad es. V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 67, osserva come «la tradizionale distinzione tra usi normativi e negoziali, non riscontrandosi, nell'ambito delle disposizioni codicistiche, alcun riferimento a tali tipologie di usi, non appare agevole da cogliere sul piano sostanziale, dal momento che sia gli uni che gli altri sembrano seguire lo stesso iter formativo ed assumere le medesime caratteristiche fenomenologiche». L'A., pertanto – rifacendosi a M. TRIMARCHI, *Usi*, in S. MARTUCCELLI e V. PESCATORE (a

Tale dibattito, in verità, si è per lo più concentrato sugli usi di cui all'art. 1340 c.c., dando per pacifico che l'art. 1374 c.c. faccia riferimento ai soli usi normativi⁸⁷⁹. Così, quegli autori⁸⁸⁰ che riconoscono agli usi ex art. 1340 c.c. la medesima natura normativa risolvono il succitato problema di coordinamento affermando la tendenziale sovrapposizione con la previsione di cui all'art. 1374 c.c.⁸⁸¹ In tale contesto, pertanto, se sussiste una differenziazione tra le due disposizioni, questa andrebbe ricercata esclusivamente sul piano dell'oggetto dell'intervento integrativo (gli usi di cui all'art. 1374 c.c. agirebbero su-

cura di), *Diritto civile*, Milano, 2011, p. 1811 ss. – suggerisce una distinzione sul piano funzionale, attraverso la valorizzazione degli interessi che l'ordinamento intende tutelare in un certo ambito disciplinare. Pertanto, si propone un metodo ricostruttivo flessibile, fondato sull'utilizzo di parametri oggettivi di selezione, che consenta, in presenza di una lacuna pattizia, di individuare l'uso che appaia più confacente alla tutela delle esigenze manifestate dai contraenti.

⁸⁷⁹ «Poiché in quest'ultimo [art. 1374 c.c.] si menziona, accanto all'equità e alla legge (sebbene in subordine a questa), l'uso e poiché vi si dispone che le parti restano obbligate, anche alle conseguenze che derivano da esso – deve concludersi che, in questo secondo testo legislativo [art. 1374 c.c.] si tratta di uso normativo». Così F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 940. V. anche E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 350 ss.; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva*, cit., p. 80 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 88; A. ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, cit., p. 74; A. PAVONE LA ROSA, *Consuetudini*, cit., p. 519 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 152 ss.; S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 67 ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 263 ss.; V. ROPPO, *o.u.c.*, p. 461.

⁸⁸⁰ L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Milano, 1942, p. 122 ss.; G. OPPO, *o.u.c.*, p. 84 ss.; E. BETTI, *o.u.c.*, p. 229 ss.; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 349 ss.; A. TORRENTE, *Sugli usi di vendita dei filati di cotone*, in *Foro pad.*, 1950, I, c. 451; M. MARSILI, *Le condizioni generali di contratto*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1951, p. 132 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 108 ss. In giurisprudenza si v. Cass., 30 ottobre 1959, n. 3177, in *Mass. Giur. it.*, 1959, c. 663. Cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 284, nella parte in cui afferma che «gli usi dunque, sono, da un lato, tutti legali, dato che la possibilità di operare nel contratto, a vari livelli, dipende dal richiamo che la legge ne faccia; dall'altro, la natura degli usi, individuale, locale o generale, non tocca la loro funzione, ma riguarda il loro ambito di applicazione».

⁸⁸¹ Proprio su questo aspetto si concentrano le critiche rivolte alla dottrina in questione. In particolare, si afferma che se si segue questo orientamento, bisognerebbe considerare superflua l'una o l'altra norma, in quanto sovrapponibili, mentre nel passaggio dal vecchio al nuovo codice sono state conservate entrambe, così confermandone l'individualità. A. ASQUINI, *Le clausole d'uso dell'art. 1340 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, p. 453; A. GENOVESE, *Usi nella disciplina dei contratti commerciali*, in *Riv. trim.*, 1950, p. 386; F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 940. In particolare, l'A. da ultimo citato osserva che «se l'uso, di cui è menzione nell'art. 1340, fosse uso normativo, si stabilirebbe una duplicazione fra l'articolo in esame e l'art. 1374. Se così fosse si stabilirebbe un'insanabile antinomia fra l'art. 1340 – il quale [...] prevede e consente la non-inserzione delle clausole d'uso: ossia la loro derogabilità – e l'art. 1374 – il quale, nel menzionare gli usi (sia pure in subordine alla legge), dà a dividere, impiegando la nuda locuzione "obbliga" (con quel che segue), che gli usi operano imperativamente (e, quindi, senza possibilità di deroghe) a produrre conseguenze contrattuali. E non potrebbe ammettersi che gli usi siano, una volta (art. 1340), derogabili e un'altra (art. 1374), no». Ulteriore critica si rinviene nella formulazione dell'art. 1374 c.c., il quale antepone le norme dispositive agli usi, e, così facendo,

gli effetti del contratto, mentre quelli *ex art. 1340 c.c. sul contenuto*)⁸⁸². Diversamente, secondo altri autori, tali norme, lungi dall'essere concorrenti, si distinguerebbero proprio sotto il profilo della natura degli usi richiamati, in quanto gli usi di cui all'art. 1340 c.c. non potrebbero essere considerati normativi. Andrebbero qualificati o come usi negoziali (o contrattuali)⁸⁸³ o, secondo altra parte della dottrina, come usi individuali⁸⁸⁴.

Non passa inosservato che le ripercussioni sul piano disciplinare divergono in maniera sostanziale a seconda che si riconosca agli usi l'una o l'altra natura. Difatti, tradizionalmente si afferma che gli usi normativi, in quanto norme

si pone in insanabile contrasto con la previsione di cui all'art. 1340 c.c., secondo il quale, diversamente le clausole d'uso prevalgono sulle norme derogabili. Così A. ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, cit., p. 74; A. GENOVESE, *Le condizioni generali del contratto*, Padova, 1954, p. 356; F. MESSINEO, *o.u.c.*, p. 944; A. GIORDANO, *Il fondamento e l'efficacia delle clausole d'uso e l'art. 1341 c.c.*, in *Scritti in onore di A. Scialoja*, Bologna, 1953, III, p. 284. Quest'ultima censura si fonda sull'inciso «in mancanza» inserito nella formulazione dell'art. 1374 c.c., pertanto non deve stupire che alcuni autori, nel tentativo di riaffermare l'omogeneità degli usi indicati dalle due norme, lo considerino un errore del legislatore (e una contraddizione sistematica) abrogabile in via interpretativa. Così L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, cit., p. 124 ss.; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 171 ss.

⁸⁸² E. BETTI, *Interpretazione della legge*, cit., p. 297 ss.; L. MOSSA, *o.u.c.*, p. 124; G. OPPO, *o.u.c.*, p. 84; F. ZICCARDI, *o.u.c.*, p. 170; G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, cit., p. 292.

⁸⁸³ A. ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, cit., p. 71 ss.; ID., *Le clausole d'uso dell'art. 1340 cod. civ.*, cit., p. 444 ss.; M. DOSSETTI, voce *Clausola d'uso*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 363 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., p. 682 ss.; A. PAVONE LA ROSA, *Consuetudini*, cit., p. 519 ss.; F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 938 ss.; S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 67 ss. In Spagna L. DÍEZ PICAZO, A. GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, II, Madrid, 1995, p. 73 ss. A tale orientamento aderisce la giurisprudenza maggioritaria, si v. ad es. Cass., 17 giugno 1964, n. 1533, in *Mass. Giur. it.*, 1964, c. 502; Cass., 7 aprile 1964, n. 764, in *Foro it.*, 1964, c. 1664. Le criticità della dottrina in parola si concentrano soprattutto sull'assenza di un criterio chiaro che permetta di distinguere nitidamente gli usi negoziali da quelli normativi. Per questa via si giunge sino a contestare la configurabilità dei primi. Si v., in particolare, F. ZICCARDI, *o.u.c.*, p. 168, che, riportando le critiche mosse alla categoria degli usi negoziali da A. GENOVESE, *Le condizioni generali del contratto*, cit., p. 369 ss., conclude osservando che «non si può negare che anche l'immagine di queste proposizioni contrattuali, viventi isolate tra operatori che non le ritengono giuridicamente obbligatorie e che magari non ne hanno mai fatto uso, ma che ugualmente intervengono non appena due contraenti tacciono su qualche punto da esse regolato, grazie alla preoccupazione dell'ordinamento statale che esse compiano la loro funzione, appare non poco fragile. Il fatto basilare è che nell'esistenza di questi usi negoziali o si crede o non si crede, mentre della loro differenziabilità dalla consuetudine la prova sembra realmente essere diabolica».

⁸⁸⁴ A. GENOVESE, *Usi nella disciplina dei contratti commerciali*, cit., p. 368 ss.; ID., *Le condizioni generali del contratto*, cit., p. 355 ss.; A. FORMIGGINI, *Gli usi commerciali e il codice civile*, Bologna, 1949, p. 25 ss.; A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, cit., p. 166 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 150 ss. Tale teoria è stata criticata principalmente osservando che «i cosiddetti usi individuali possono essere considerati o come comportamenti abituali delle parti o come patti che esse solitamente inseriscono nelle stipulazioni. Sotto il primo punto di vista, essi vengono presi in considerazione dall'art. 1362 e, più generalmente, dall'art. 1366, dai quali, appunto, sembra potersi desumere che il comportamento

giuridiche primarie e non scritte, producono un effetto vincolante generalizzato, anche rispetto a quei contraenti che diano prova di non averne avuto conoscenza⁸⁸⁵. Per tale ragione, gli usi in parola – subordinati alla legge (anche dispositiva) – sono inderogabili dalle parti⁸⁸⁶ e il giudice può applicarli d'ufficio⁸⁸⁷. Diversamente, gli usi negoziali, trovando la propria fonte nell'autonomia privata, sono sempre derogabili dalle parti e prevalgono rispetto al diritto dispositivo, mentre il giudice non potrà tenerli in considerazione se non allegati e provati dal contraente che intenda valersene⁸⁸⁸. Infine, l'uso individuale consisterebbe in una prassi individuale – ossia nella somma dei comportamenti tenuti dai contraenti nei loro precedenti rapporti negoziali⁸⁸⁹ – la cui forza

dei contraenti, anteriore alla stipulazione, può contribuire a chiarire la regola, ma non a porla esso stesso [in questo senso anche A. ASQUINI, *Le clausole d'uso dell'art. 1340 cod. civ.*, cit., p. 455]. [...] Quanto, poi, ai patti abitualmente inseriti dai contraenti nelle loro stipulazioni, a maggior forza deve escludersi la possibilità di far operare per essi il meccanismo previsto dall'art. 1340. Se, infatti, l'inserzione automatica non si verifica nel caso in cui le parti abbiano esplicitamente previsto taluni patti in vista di future stipulazioni (contratto normativo), malgrado il carattere obbligatorio dei patti stessi, non può ritenersi ammissibile una conseguenza maggiore quando ai patti manchi questa previsione del futuro ed il loro valore vincolante si esaurisca con la stipulazione in cui sono stati inseriti». Così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 70 ss.

⁸⁸⁵ Peraltro, considerata la rilevanza che gli usi negoziali hanno assunto nell'ambito degli scambi commerciali, alcuni autori affermano che tali usi obbligano le parti anche se da esse non conosciuti. Si v. ad es. E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., p. 400 ss.

⁸⁸⁶ *Contra* V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 461, secondo il quale gli usi prevalgono sulle norme dispositive e possono essere derogati dalle parti. Si v. anche R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 430, nella parte in cui si afferma che «gli usi, destinati a operare anche nei riguardi dei contraenti ignari, hanno la comune *vis* di ogni clausola contrattuale, perciò possono derogare alle norme legali dispositive». Inoltre, si osserva che «si esita a proclamare la superiorità dell'uso sulla norma dispositiva. E poiché le esigenze di un traffico giuridico che aspiri all'ordine esigono il rispetto degli usi normativi, si finirà per disapplicare il diritto dispositivo, schermandone la sconfitta con un ragionamento tortuoso: e cioè, si negherà l'appartenenza del contratto al tipo, per escludere l'applicazione della norma dispositiva; a questo punto la regolamentazione contrattuale sarà sicuramente lacunosa, e diverrà allora applicabile l'uso normativo».

⁸⁸⁷ «L'uso normativo, costituendo una vera e propria norma giuridica con funzione integrativa del contenuto della norma scritta, ove sia noto al giudice, è applicabile anche se la parte non ne abbia fornito la prova, essendo necessaria soltanto se il giudice lo ignori». Così Cass., 23 ottobre 1979, n. 5549, in *Ced Cass.*, n. 402140.

⁸⁸⁸ Gli usi contrattuali «obbligano le parti anche se da esse ignorati (in quanto l'applicazione degli stessi è esclusa soltanto ove risulti con certezza che i contraenti non abbiano voluto riferirsi ad essi) e prevalgono sulle stesse norme di legge aventi carattere dispositivo, sempre che siano allegati dalle parti ed idoneamente provati». Così Cass., 19 aprile 1980, n. 2583, in *Ced Cass.*, n. 406327.

⁸⁸⁹ Anche se è da escludere che l'art. 1340 c.c. faccia riferimento a questo tipo di usi, occorre tenere in considerazione quanto riportato da V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 65, la quale – citando E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., p. 399 ss. e L. BALDINELLI, *L'integrazione del contratto*, in F. ALCARO, L. BALDINELLI e M. PALAZZO (a cura di), *Effetti del contratto*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Tratta-*

integrante andrebbe rinvenuta nel principio di affidamento⁸⁹⁰.

6. *Segue: Il falso problema della natura dell'uso e l'inserzione del contratto in un determinato contesto sociale o economico-negoziale*

In verità, appare erroneo risolvere la questione del rapporto tra artt. 1374 e 1340 c.c. sulla base della natura degli usi richiamati da tali disposizioni normative. Difatti, l'art. 1340 c.c. non fa riferimento all'uso, bensì a quelle clausole che è usanza introdurre nel contenuto del contratto. Pertanto, non è l'uso che integra il contratto, bensì la clausola generata dall'uso⁸⁹¹. Diversamente, in forza del disposto di cui all'art. 1374 c.c. è la regola consuetudinaria che entra a far parte del regolamento contrattuale. Chiarita questa differenza, può ora procedersi all'analisi della questione della natura degli usi di cui all'art. 1374 c.c. e degli usi che generano clausole integrative *ex art.* 1340 c.c.

Rispetto a tale aspetto, a meno di negare la differenziabilità degli usi in categorie⁸⁹², pochi dubbi sussistono sul fatto che l'art. 1374 c.c. faccia riferimen-

to diritto civile CNN, Napoli, 2011, p. 255 ss. – afferma che «tuttavia, qualora si ritenesse che tra la fase interpretativa e quella integrativa sussista uno stretto legame di interdipendenza, al punto che i criteri di interpretazione potrebbero essere chiamati a guidare anche l'intervento eteronomo, non si potrebbe escludere che la costanza dell'applicazione di usi individuali nei rapporti tra le parti assuma rilievo anche a fini integrativi. In quest'ottica, le pratiche contrattuali adottate dalle parti nei loro precedenti rapporti d'affari sarebbero in grado di rappresentare, nell'ambito di una valutazione complessiva del contratto, un parametro ermeneutico-ricostruttivo utile ai fini del completamento del regolamento».

⁸⁹⁰ F. ZICCARDI, *o.u.c.*, p. 163 ss.

⁸⁹¹ «Tanto l'art. 1160 c. francese, quanto l'art. 1135 c. italiano del 1865, parlano di clausole “che sono d'uso” e non già: di clausole “d'uso”, come fa il vigente art. 1340 [...]. La locuzione “d'uso” è soltanto il predicato di “clausole” e un genitivo qualificativo della parola medesima; quindi, materia della norma non è “l'uso”. In altre parole, con l'art. 1340 si richiama, non all'uso, bensì a quelle clausole che è usanza introdurre nel contenuto del contratto. Né è privo di significato che, nell'art. 1340 c.c., si parli di “uso” (al singolare), mentre altrove (art. 1374) si parla di “usi” (al plurale). Ne consegue che, per accertare quale materia, in forza dell'art. 1340, resti inserita nel contratto, bisogna riferirsi, in primo luogo, alle clausole e non all'uso. In altre parole, l'art. 1340, conforme alla sua genesi storica immediata, non vuol significare altra cosa se non questa, e che è molto piana e semplice: nel contenuto del contratto, occorre sottintendere [...] anche quelle clausole, che le parti non vi hanno incluso, ma che tuttavia sono correnti: cioè, abituali nel (dato) contratto, perché normalmente praticate dalle generalità e quindi preesistenti al contratto; naturalmente, da tali clausole quando siano inserite, discendono per le parti, obbligazioni e diritti». Così F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 939.

⁸⁹² Si afferma, in particolare, che per la natura stessa del fenomeno consuetudinario, l'uso si ribella alle schematizzazioni. Queste norme, difatti, spesso sono studiate ponendosi dal punto di vista dell'ordinamento statale, e ciò proprio al fine di individuarne la natura e le eventuali sottocategorie. Ma il metodo attraverso il quale svolgere questo studio non può essere quello usato per integrare i dati legislativi, per totale mancanza di omogeneità tra oggetto e criterio discriminante del giudizio. Si conclude, pertanto, che vista «la natura tendenzialmente simile delle funzioni assunte dalle clausole d'uso e dagli usi non nel ristretto cerchio del vigente codice,

to agli usi normativi. Ciò, peraltro, non esime dal risolvere i problemi di carattere sistematico che da tale affermazione discendono. Difatti, il richiamo agli usi normativi di cui all'art. 1374 c.c. sembrerebbe superfluo alla luce degli artt. 1 e 8 disp. prel., i quali ricomprendono gli usi tra le fonti del diritto e ne riconoscono l'autonoma forza vincolante, seppur – come chiarito dalla seconda delle norme indicate – solo in quanto richiamati dalla legge o dai regolamenti.

Non è sfuggito che l'art. 1374 c.c. è sì superfluo, però solo sotto il profilo del valore vincolante dell'uso, ma non rispetto a quello dell'ambito di efficacia, ossia alla materia regolata dall'uso⁸⁹³. Sotto quest'ultimo profilo, a norma dell'art. 8 disp. prel. gli usi necessiterebbero sul piano normativo di una legge o un regolamento che li richiami espressamente. Esattamente sotto questo profilo opera l'art. 1374 c.c., costituendo una specificazione dell'art. 8 disp. prel., in quanto il suddetto richiamo è operato precisamente dalla norma in questione. In tal modo consentendo l'operatività generalizzata degli usi in ambito contrattuale, anche in quelle ipotesi in cui manchi una norma puntuale che a essi faccia rinvio⁸⁹⁴. In altri termini, il richiamo di cui all'art. 1374 c.c. consen-

bensi nell'ormai bimillenaria storia, e quindi vita, di questi concetti, sembra si possa affermare la sostanziale unità del fenomeno "accettato" dalle due disposizioni [...]. Tutto questo non vuole negare la possibile differenziabilità non solo tra consuetudini e altre regole sociali, ma anche tra consuetudini di origine contrattuale o no, purché, ancora una volta, tale accertamento sia condotto secondo un metodo logicamente conseguente allo scopo». Così F. ZICCARDI, *o.u.c.*, p. 173 ss.

⁸⁹³ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 263 ss., separa, da un lato, il problema dell'efficacia dell'uso normativo – rispetto al quale il richiamo di cui all'art. 1374 c.c. non è certamente necessario allo scopo di attribuire agli usi valore vincolante, che deriva loro dall'essere previsti tra le fonti del diritto dall'art. 1 disp. prel. – da quello dell'ambito di tale efficacia, rispetto al quale è necessario fare riferimento all'art. 8 disp. prel.

⁸⁹⁴ «Ora se si prescindesse dall'art. 1374 c.c. si dovrebbe ammettere che l'efficacia degli usi in materia contrattuale sarebbe generale nel caso di contratto atipico, ma limitata nel caso di contratto tipico e tale limitazione sarebbe individuabile con riferimento ai singoli richiami puntuali agli usi fatti da singole norme. Questa conclusione deriverebbe da una esatta interpretazione del termine materia: esso sta a significare disciplina sostanziale, cioè regolamentare, di un certo istituto o rapporto e non già considerazione parziale o operata in riferimento a singoli aspetti. Per quanto riguarda il contratto, pertanto, il termine materia potrebbe essere riferito ai contratti tipici, ma non a quelli atipici che sono previsti solo da un punto di vista strutturale e non contenutistico e regolamentare. Dunque alcun limite all'efficacia degli usi potrebbe individuarsi nei contratti atipici ma forti limitazioni si determinerebbero nell'ipotesi di contratti tipici e ciò a meno di non interpretare diversamente il termine materia contenuto nell'art. 8 disp. prel. sostenendo apoditticamente che l'uso dovrebbe regolare tutti gli aspetti di ciascun istituto che non trovino espressa regolamentazione nella legge [F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957, p. 77; G. GUARINO, *Contributo allo studio delle fonti del diritto*, in *Dir. giur.*, 1946, p. 21 ss.; C.E. BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano, 1958, p. 459 ss.], senza peraltro giustificare tale affermazione. La via per pervenire a questo stesso risultato senza cozzare contro una interpretazione attendibile dell'art. 8 disp. prel. è a nostro avviso solo quella di riconoscere all'art. 1374 c.c. una portata innovatrice e generalizzan-

te l'operatività in ambito contrattuale anche degli usi *praeter legem*⁸⁹⁵.

Pertanto, è da ritenere che gli usi di cui all'art. 1374 c.c. – lungi dal trovare il proprio presupposto operativo esclusivamente nelle ipotesi in cui le parti non abbiano espresso la loro volontà (o lo abbiano fatto in modo carente e ambiguo)⁸⁹⁶ o dal produrre un effetto integrativo della legge e non del contratto⁸⁹⁷ – svolgano una funzione analoga a quella precedentemente delineata per le norme dispositive e suppletive. Difatti, anche in tal caso si tratterà di un'integrazione per addizione, la quale, per di più, a seconda del tipo di interesse che l'uso intende regolare, si avvicinerà o al fenomeno dell'integrazione dispositiva o a quello dell'integrazione suppletiva. Ciononostante, esiste un'importante differenza rispetto agli interventi da ultimo citati, dovuta alla peculiare natura della norma questione.

L'uso nasce dal consenso della collettività, la quale, reiterando quella data regola, dà prova di considerarla «naturale e razionale»⁸⁹⁸, cioè conforme al contesto sociale nel quale il contratto viene a esistenza. Tale regola, inoltre, acquista conoscibilità, reale esistenza e vigenza solo tramite la riflessione dell'interprete rispetto alle esigenze e alle credenze emergenti nella società⁸⁹⁹. Ciò consente l'ampliamento del contenuto regolamentare in conformità con quegli interessi che emergono spontaneamente dal contesto ordinamentale, permettendo un adeguamento coevo con quei valori che il legislatore non ha voluto o (ancora) non ha potuto incorporare nei testi normativi, ma che vivificano il tessuto sociale nel quale il singolo contratto si inserisce.

te che lo stesso art. 1124 c.c. dell'abrogato codice non poteva rivendicare. L'innovazione consiste nell'aver il legislatore del 1942 introdotto nella dizione dell'art. 1374 c.c. l'inciso “in mancanza” il quale, invece, era assente nell'art. 1124 c.c. 1865: ciò sta a significare che si è voluto attribuire all'uso un ruolo generale in materia contrattuale ma nello stesso tempo conforme a quanto disposto dall'art. 8 disp. prel. il quale subordina l'efficacia dell'uso ad un espresso richiamo della legge. Tale richiamo è possibile individuare non tanto (o non solo) nelle singole norme puntuali, ma, più in generale, proprio nell'art. 1374 c.c. considerato nel suo insieme, dal momento che i singoli richiami all'uso operati da norme puntuali vanno riferiti al richiamo alla legge contenuto nell'art. 1374 c.c. e non al richiamo all'uso. In conclusione gli usi normativi, per mezzo dell'art. 1374 c.c. opereranno anche nelle ipotesi non previste dalle singole norme puntuali di legge ed è pertanto evidente il ruolo insostituibile che, da questo punto vista, ha assunto la mutata dizione dell'art. 1374 c.c.». Così F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 263 ss. Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 461; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 430.

⁸⁹⁵ Oltre che degli usi *secundum legem* previsti dall'art. 8 disp. prel. Si v. G. GITTI, *Le clause d'uso come fonti del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 121 ss.

⁸⁹⁶ In questo senso, invece, Cass., 14 marzo 1983, n. 1884, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, p. 663 ss.

⁸⁹⁷ A. ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, cit., p. 73; Cass., 23 ottobre 1979, n. 5549, in *Ced. Cass.*, n. 402140. *Contra* E. SARACINI, *Nullità e sostituzione*, cit., p. 260; F. ZICCARDI, *o.u.c.*, p. 167.

⁸⁹⁸ Cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 428.

⁸⁹⁹ Cfr. P. ZICCARDI, *Diritto internazionale odierno, nozione e contenuto*, Milano, 1964, p. 38 ss.

Infine, per quel che concerne la natura degli usi che generano le clausole di cui all'art. 1340 c.c., considerato quanto affermato in precedenza trattando il tema delle relazioni con l'art. 1374 c.c., è da ritenere che la norma in esame faccia riferimento agli usi contrattuali. Pertanto, l'operatività delle clausole generate dai suddetti usi integreranno il contratto ogniqualvolta questo si presenti carente sotto il profilo contenutistico, in particolare andando a colmare le lacune di previsione o quelle lacune che derivano dalla scarsa preparazione tecnica e giuridica dei contraenti⁹⁰⁰. In tal modo, pertanto, questa forma di integrazione mira a inserire il singolo contratto in quel micro-sistema giuridico che gli preesiste e nel quale ambisce a operare, attraverso un adeguamento dello stesso alle pratiche negoziali che sono comuni e diffuse in quel determinato spazio giuridico (o se si preferisce mercato). In tal modo, da un lato, i contraenti dotati di adeguate conoscenze tecniche possono discostarsene e, se del caso, contribuire alla trasformazione del sistema di clausole d'uso, dall'altro, quelle parti che per qualsiasi ragione diano vita a un contratto incompleto o inefficiente, o che semplicemente preferiscano non regolare alcuni aspetti dello stesso contando sull'integrazione per mezzo delle suddette clausole (c.d. lacune di previsione) potranno trarre giovamento da tale fenomeno di «precostituzione del regolamento contrattuale»⁹⁰¹.

A conclusione del discorso, può pertanto affermarsi che l'uso e la clausola d'uso danno vita a forme di integrazione che rispondono alla funzione di inserire il contratto negli specifici contesti sociale (nel primo caso) e tecnico-economico-negoziale (nel secondo) nei quali intende operare. In tal modo contribuendo al completamento del regolamento di interessi alla luce dei canoni emergenti da tali sistemi di attribuzione di senso.

7. L'integrazione giudiziale

Particolarmente rilevanti ai fini del presente studio sono le ultime tre fonti di integrazione del contratto, accomunate dalla circostanza di dar vita a un'in-

⁹⁰⁰ Questa, secondo F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 938, è la *ratio* di politica legislativa dell'art. 1340 c.c.

⁹⁰¹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 71, osserva che nel caso in cui le clausole d'uso vengano intese come clausole tipiche di determinati mercati, ci si troverebbe in presenza di «un vero e proprio fenomeno di precostituzione, caratterizzato dai requisiti della generalità e della uniformità, e quindi avvicicabile all'ipotesi prevista dall'art. 1341. Questo collegamento, d'altra parte, consente di ritenere applicabile anche al caso contemplato dall'art. 1340 il secondo comma dell'art. 1341, esattamente individuato come norma generale dei casi di precostituzione». Rispetto a quest'ultima affermazione si v. A. SCIALOJA, *Natura ed efficacia dei cosiddetti usi cantonieri*, in *Foro it.*, 1950, I, p. 364 ss.; A. ASQUINI, *Integrazione del contratto con le clausole d'uso*, cit., p. 381 ss.; F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 941; A. GIORDANO, *I contratti per adesione*, Milano, 1951, p. 166 ss.; ID., *Il fondamento e l'efficacia delle clausole d'uso e l'art. 1341 c.c.*, cit., p. 265 ss.

tegrazione di tipo giudiziale. Ovverosia, un tipo di intervento sul regolamento contrattuale nel quale il giudice è chiamato a costruire una regola integrativa facendo uso di criteri a contenuto estremamente elastico o non predeterminato⁹⁰². Tali fonti presentano problematiche ricostruttive ben più rilevanti rispetto a quelle sin qui analizzate. In particolare, in tale ambito le opinioni dottrinali si differenziano sensibilmente e (a volte) in maniera drastica, ora escludendo l'operatività di una fonte giudiziale in favore delle altre, ora configurandone differentemente il rilievo nella costruzione del regolamento contrattuale.

In generale, queste fonti sono accomunate dal fatto di chiamare in causa l'intervento del giudice sulla base dell'ideale di un diritto che, per essere più giusto, più solidaristico e meno formalistico, deve tenere in maggior conto gli interessi in gioco, i motivi, i condizionamenti sociali e provvedere a una migliore distribuzione della protezione giuridica, emancipandosi a tutti i livelli dal culto della lettera⁹⁰³. Un'operazione ricostruttiva questa che, stabilendo una connessione tra le norme sull'integrazione giudiziale e i principi (e i valori) della Costituzione, intende trasformare le prime in finestre aperte al cielo costituzionale. Un cielo, però, racchiuso nelle anguste stanze delle clausole generali e delle norme elastiche.

In tale ambito le classificazioni dottrinali risultano quanto meno rischiose. Si edificano strutture teoriche, si elaborano concetti e criteri distintivi attraverso i quali scomporre il fenomeno sulla base di caratteristiche che poi nella pratica emergono o scompaiono a seconda della prospettiva adottata o dello stato evolutivo dell'ordinamento⁹⁰⁴.

Ciò precisato – analizzando le varie disposizioni normative che attribuiscono al giudice il potere di integrare il regolamento contrattuale – si rinvergono tanto norme generali (l'art. 1374 c.c. con riferimento all'equità, l'art. 1375 c.c. in materia di buona fede e l'art. 1175 c.c. in materia di correttezza), quanto disposizioni puntuali che prevedono l'intervento del giudice rispetto a specifiche

⁹⁰² Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 462. Secondo R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 431, in questi casi il legislatore vuole che il giudice esprima un giudizio in base a criteri deontologici tratti dalle valutazioni sociali o, più realisticamente, dalle sue proprie convinzioni e opinioni, che si faranno portavoce di apprezzamenti e valutazioni sociali.

⁹⁰³ R. SACCO, *o.u.c.*, p. 434.

⁹⁰⁴ Cfr. R. SACCO, *o.u.c.*, p. 433.

ipotesi, indicando quali criteri di giudizio l'equità⁹⁰⁵ o la buona fede⁹⁰⁶. Come anche previsioni normative che non impartiscono alcun criterio che guidi l'attività giudiziale⁹⁰⁷, ma che ciononostante non possono in ogni caso giustificare un intervento arbitrario. Per questa ragione, parte della dottrina ritiene che anche questi ultimi casi debbano essere ricondotti ai principi (o criteri) poc'anzi menzionati⁹⁰⁸. In verità, come si mostrerà a breve, si tratta di scenari estremamente eterogenei e, in quanto tali, non ammettono soluzioni generalizzate.

Ciononostante, è possibile sostenere – con un margine di errore accettabile – che il problema dell'integrazione giudiziale del contratto sia strettamente le-

⁹⁰⁵ Tra le norme relative alla disciplina generale del contratto: art. 1349, comma 1, c.c. («se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice»), art. 1371 c.c. («qualora, nonostante l'applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso»), art. 1384 c.c. («la penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento»); art. 1447, comma 1, c.c. («il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obbligata»), art. 1447, comma 2, c.c. («il giudice nel pronunciare la rescissione, può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata»), art. 1450 c.c. («il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità»), art. 1467, comma 3, c.c. («la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto»), art. 1468 c.c. («nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità»). In relazione alla disciplina dei contratti tipici: art. 1526, comma 1, c.c. («se la risoluzione del contratto ha luogo per l'inadempimento del compratore, il venditore deve restituire le rate riscosse, salvo il diritto a un equo compenso per l'uso della cosa, oltre al risarcimento del danno»), art. 1660, comma 2, c.c. («se l'importo delle variazioni supera il sesto del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore può recedere dal contratto e può ottenere, secondo le circostanze, un'equa indennità»), art. 1664, comma 2, c.c. («se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso»), art. 1733 c.c. («la misura della provvigione spettante al commissionario, se non è stabilita dalle parti, si determina secondo gli usi del luogo in cui è compiuto l'affare. In mancanza di usi provvede il giudice secondo equità»), art. 1736 c.c. («il commissionario che, in virtù di patto o di uso, è tenuto allo star del credere risponde nei confronti del committente per l'esecuzione dell'affare. In tal caso ha diritto, oltre che alla provvigione, a un compenso o a una maggiore provvigione, la quale, in mancanza di patto, si determina secondo gli usi del luogo in cui è compiuto l'affare. In mancanza di usi, provvede il giudice secondo equità»), art. 1738 c.c. («finché lo spedizioniere non abbia concluso il contratto di trasporto col vettore, il mittente può revocare l'ordine di spedizione, rimborsando lo spedizioniere delle spese sostenute e corrispondendogli un equo compenso per l'attività prestata»), art.

gato alle questioni dell'efficacia integrativa dell'equità, della buona fede e della correttezza. Ragion per cui, è su queste fonti che si concentrerà l'indagine.

8. L'equità integrativa: «*Jus legislatori, aequitas iudici magis convenit*» o «*Aequitas legislatori, jus iudici convenit*»⁹⁰⁹

Riguardo all'equità e alla buona fede – considerate due compagne di viaggio di lungo corso, che dal diritto romano a oggi continuano a percorrere lo

1748, comma 5, c.c. («se il preponente e il terzo si accordano per non dare, in tutto o in parte, esecuzione al contratto, l'agente ha diritto, per la parte ineseguita, ad una provvigione ridotta nella misura determinata dagli usi o, in mancanza, dal giudice secondo equità»), art. 1751 c.c. («all'atto della cessazione del rapporto, il preponente è tenuto a corrispondere all'agente un'indennità se ricorrono le seguenti condizioni: [...] il pagamento di tale indennità sia equo, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, in particolare delle provvigioni che l'agente perde e che risultano dagli affari con tali clienti [...]»), art. 1755, comma 2, c.c. («la misura della provvigione e la proporzione in cui questa deve gravare su ciascuna delle parti, in mancanza di patto, di tariffe professionali o di usi, sono determinate dal giudice secondo equità»), art. 2109, comma 2, c.c. («ha anche diritto, dopo un anno d'ininterrotto servizio, ad un periodo annuale di ferie retribuito, possibilmente continuativo, nel tempo che l'imprenditore stabilisce, tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro. La durata di tale periodo è stabilita dalla legge, dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità»), art. 2110, comma 1, c.c. («in caso di infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio, se la legge [...] non stabiliscono forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dagli usi o secondo equità»), art. 2110, comma 2, c.c. («Nei casi indicati nel comma precedente, l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a norma dell'articolo 2118, decorso il periodo stabilito dalla legge, dagli usi o secondo equità»), art. 2118, comma 1, c.c. («ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nei termini e nei modi stabiliti dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità»), art. 2263, comma 2, c.c. («la parte spettante al socio che ha conferito la propria opera, se non è determinata dal contratto, è fissata dal giudice secondo equità»).

⁹⁰⁶ Art. 1358 c.c. («colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte»), art. 1460, comma 2, c.c. («tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede»), art. 1746, comma 1, c.c. («nell'esecuzione dell'incarico l'agente deve tutelare gli interessi del preponente e agire con lealtà e buona fede. [...]»).

⁹⁰⁷ Art. 1183, comma 1, c.c. («se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla immediatamente. Qualora tuttavia, in virtù degli usi o per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo dell'esecuzione, sia necessario un termine, questo, in mancanza di accordo delle parti, è stabilito dal giudice»), art. 1286, comma 3, c.c. («se la scelta deve essere fatta da più persone, il giudice può fissare loro un termine. Se la scelta non è fatta nel termine stabilito, essa è fatta dal giudice»), art. 1331, comma 2, c.c. («se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice»), art. 1349, comma 1, c.c. («se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente

stesso itinerario ideale verso la giustizia del diritto privato⁹¹⁰ – si è soliti affermare che le due fonti hanno col tempo invertito i propri rapporti⁹¹¹. Difatti, dall'equità, intesa come eguaglianza di interessi⁹¹², che guida e orienta la buona fede⁹¹³, si è passati a un'equità codificata che perde il suo carattere generale in favore della buona fede. Ora quest'ultima guida e orienta la prima⁹¹⁴. Più avanti nel lavoro si mostrerà come allo stato attuale sia da preferire una diversa ricostruzione, nella quale le due fonti, più che vedere capovolti i propri rapporti di forza, vengano descritte come accomunate da uno stesso destino: il riposizionamento nel Sistema a causa dell'irrompere di una «fonte usur-

iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice»), art. 1657, c.c. («se le parti non hanno determinato la misura del corrispettivo né hanno stabilito il modo di determinarla, essa è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice»), art. 1660, comma 1, c.c. («se per l'esecuzione dell'opera a regola d'arte è necessario apportare variazioni al progetto e le parti non si accordano, spetta al giudice di determinare le variazioni da introdurre e le correlative variazioni del prezzo»), art. 1709 c.c. («il mandato si presume oneroso. La misura del compenso, se non è stabilita dalle parti, è determinata in base alle tariffe professionali o agli usi; in mancanza è determinata dal giudice»), art. 1817 c.c. («se non è fissato un termine per la restituzione, questo è stabilito dal giudice, avuto riguardo alle circostanze»), art. 2099, comma 2, c.c. («in mancanza di norme corporative o di accordo tra le parti, la retribuzione è determinata dal giudice, tenuto conto, ove occorra, del parere delle associazioni professionali»), art. 2225 c.c. («il corrispettivo, se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe professionali o gli usi, è stabilito dal giudice in relazione al risultato ottenuto e al lavoro normalmente necessario per ottenerlo»), art. 2233, comma 1, c.c. («il compenso, se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice, sentito il parere dell'associazione professionale a cui il professionista appartiene»).

⁹⁰⁸ «È chiaro che il giudice, ancorché non formalmente guidato da un preciso criterio di legge, non può determinarsi in modo arbitrario, capriccioso, irrazionale, e neppure seguire un suo personale senso di giustizia. Deve decidere – e motivare – sulla base di tutte le circostanze rilevanti e delle sole circostanze rilevanti, così da dare alle parti le utilità e i pesi che ciascuna di esse, ragionevolmente, può aspettarsi dal contratto. In sintesi: deve decidere e motivare in base ai principi di equità e/o buona fede». Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 471.

⁹⁰⁹ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Id.*, *Studi giuridici*, III, Roma, 1932, p. 15.

⁹¹⁰ F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 537 ss. Cfr. U. BRECCIA, *Che cosa è «giusto» nella prospettiva del diritto privato? Un'introduzione*, in E. RIPEPE (a cura di), *Interrogativi sul diritto «giusto»*, Pisa, 2001, p. 93 ss.

⁹¹¹ Lo riconosce anche F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 2019, p. XIV, il quale, nell'introduzione alla ristampa della sua monografia, afferma che alla fine la buona fede oggettiva ha prevalso sull'equità, pur precisando che trattasi di una prevalenza comunque errata.

⁹¹² N. COVIELLO, *Dell'equità nei contratti. Dagli Studi Napoletani del 15 e 31 dicembre 1895*, Napoli, 1896, p. 9.

⁹¹³ Lo osserva F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 537, citando F. GALLO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato e l'interpretazione della legge alla luce della Carta costituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano, 1998, p. 441 ss.

⁹¹⁴ F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 537 ss. Secondo l'A. questa tendenza trova conferma, o meglio rafforzamento, guardando al diritto europeo, avuto partico-

patrice» (la buona fede per l'equità, e, come si vedrà, i principi e i diritti fondamentali per la buona fede). Ciononostante, è preferibile muovere l'indagine dalla constatazione dell'importanza assunta dalla buona fede ai danni dell'equità, se non altro perché è questo il paesaggio (dottrinale e giurisprudenziale) che si staglia dinanzi all'interprete interessato allo studio di tali istituti. Inoltre, dall'analisi delle ragioni che hanno determinato il descritto mutato rilievo nel Sistema possono essere ricavate indicazioni utili circa il ruolo, la struttura e la funzione che tale istituto millenario ricopre nell'attuale ordinamento giuridico civile.

Compito non facile quello da ultimo prefissato. Difatti, l'equità è un concetto caratterizzato da elevata complessità⁹¹⁵, da potenziale illimitatezza applicativa e dall'ampiezza del ruolo che può essergli ricollegato. A ciò si aggiunga la sua estensione a vari rami dell'ordinamento e la molteplicità di funzioni che può assolvere⁹¹⁶. Caratteri questi ai quali corrisponde un'assoluta incertezza

lare riguardo al diritto dei consumi. Difatti, «la buona fede assume definitivamente, con la Direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (art. 3.1) [...], il ruolo di “principio-cardine” che guida – e delimita – il giudizio sull'equità delle clausole contrattuali, attribuendo al giudice il compito di verificare se, in concreto, una determinata clausola determini “a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”». Lo stesso può dirsi rispetto ai principi UNIDROIT (ove «l'equità non è mai espressamente menzionata, mentre la buona fede è elevata al rango di principio», così M. FRANZONI, *Buona fede ed equità*, cit., p. 90) e ai Principi di Diritto Europeo dei Contratti (che all'art. 1:102 assoggetta il principio della libertà contrattuale alla buona fede. Si v. R. ALESSI, *Luci ed ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, in R. ALESSI (a cura di), *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, Palermo, 1999, p. 38 ss.). *Contra* J. GORDLEY, *Good faith in contract law in the medieval ius commune*, in R. ZIMMERMANN, S. WHITTAKER (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 1179.

⁹¹⁵ Si v. S. ROMANO, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, Napoli, 1964, p. 101 ss.; C. FADDA e P.E. BENZA, *Note a Windscheid. Diritto delle pandette*, I, Torino, 1902, p. 136 ss.

⁹¹⁶ A. DE CUPIS, *Precisazioni sulla funzione dell'equità*, cit., p. 633 ss., individua – oltre alla funzione accessoria dell'autonomia privata (l'equità integrativa ex artt. 1374, 1657, 1733, 1736, 1738, 1749, comma 2, 1755, comma 2, 2099, comma 2, 2225, 2233, comma 1, 2263, comma 2, c.c.) e a quella interpretativa (art. 1371 c.c.) – una funzione sostitutiva della stessa autonomia privata (artt. 2109, comma 2, 2110, comma 1, 2111, comma 2, c.c.), una funzione reattiva ed eliminativa rispetto al contratto iniquo (artt. 1447, 1448 c.c.), una funzione reattiva e modificativa del contratto (art. 2099 c.c. in combinato disposto con l'art. 26 cost., art. 8, L. 11 febbraio 1971, n. 11, artt. 1664, 1450, 1467, comma 3, c.c.), una funzione reattiva e costitutiva di un nuovo rapporto (art. 1447, comma 2, c.c.), una funzione trasformativa della prestazione inadempita in una prestazione risarcitoria (artt. 1226, 1348, c.c.), una funzione trasformativa della prestazione inadempita in una diversa prestazione (art. 1526, comma 1, c.c.), una funzione determinativa dell'indennità dovuta per l'estinzione del rapporto obbligatorio (artt. 1660, 1750, comma 2, 1751, comma 1, 2120, comma 1 e 3, c.c.), una funzione valutativa dell'assenza di giusta causa dell'arricchimento (art. 2041 c.c.). Si v. anche G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive e diritto europeo*, Torino, 2002, p. 218 ss.

terminologica e dommatico-ricostruttiva⁹¹⁷. Pertanto non deve sorprendere se l'equità ha assunto concezioni, sistematizzazioni e funzioni tanto diverse nel tempo (e nello spazio)⁹¹⁸ da far sorgere il dubbio che non si tratti dello stesso istituto. In altri termini, che un nucleo essenziale e costante caratterizzante il concetto, che consenta la riconduzione a unità delle sue varie manifestazioni e articolazioni, semplicemente non esista.

Queste difficoltà non impediscono di rimarcare un elemento che appare decisivo ai fini del presente studio, ovvero la relazione esistente tra il modo di concepire l'equità e la capacità di un determinato ordinamento di adempiere la propria funzione fondamentale⁹¹⁹. In altri termini, ben altro sarà il ruolo dell'equità rispetto a una legislazione priva del necessario collegamento con il dato sociale e che, pertanto, ignori le diverse pieghe del caso concreto, rispetto invece a un diritto che – a prescindere dalla sua codificazione⁹²⁰ – quella stessa connessione abbia stabilito⁹²¹. Nel primo caso, difatti, l'equità non svolge un compito ausiliario e complementare rispetto alla legge, bensì le si oppone e si

⁹¹⁷ Anche in quella dottrina (la tedesca) che, diversamente da quella italiana, ha dedicato allo studio dell'equità rilevanti sforzi. Si v. E. DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, cit., p. 152 ss.; F. LEONHARD, *Allgemeiner Schuldrecht des BGB*, München, 1929, p. 68 ss.; H. LEHMANN, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1954, p. 780 ss.; J. ESSER, *Schuldrecht*, cit., p. 828 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch*, cit., p. 68 ss. Giustamente avverte S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 206, che «l'apparente indeterminatezza di un concetto non giustifica la disattenzione o il disinteresse dell'interprete, il quale potrebbe concludere per la mancanza di ogni valore normativo del concetto solo dopo aver fatto ogni tentativo per cogliere tale valore».

⁹¹⁸ V. le esaurienti esposizioni di C.M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile: premesse teoriche*, Padova, 1959, cap. II; A.P. SERENI, *L'«equity» negli Stati Uniti*, in ID., *Studi di diritto comparato*, I, Milano, 1956, p. 67 ss.; F.W. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, 1949, p. 1 ss.; C.K. ALLEN, *Law in the making*, Oxford, 1961, p. 366 ss.; C.J. HERING, *Die Billigkeit im philosophischen Rechtsdenken*, Tübingen, 1938, *passim*; J. VEGAS LÓPEZ, *La equidad según Ferrajoli y la equidad según Aristóteles: una comparación crítica*, in *Doxa*, 2013, p. 229 ss.; F. BONET RAMÓN, *La equidad en los ordenamientos jurídicos privados*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1960, p. 287 ss.

⁹¹⁹ Cfr. V.M. MATTIONI, *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 571 ss. Sulla ineliminabilità dei giudizi di valore nel diritto e, in particolare, nell'attività del giudice si v., tra gli altri, L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954, *passim*; L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., *passim*; F.J. DAVIS, H. FOSTER, *The judicial process and social change*, in AA.VV., *Society and the Law*, Glencoe, 1962, p. 95 ss.

⁹²⁰ Si è soliti rinvenire la causa principale della diminuzione della portata dell'equità nel fenomeno della codificazione. Quest'ultimo, difatti, incorporandola e trasformandola in una componente interna del sistema codificato, avrebbe fatto venir meno il suo ruolo di fonte del diritto autonoma (e contrapposta) rispetto alla legge. Si v. T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. 182 ss.; B. BRUGI, *L'equità e il diritto positivo*, in *Riv. int. jil. dir.*, 1923, p. 451 ss.; A. ROSS, *On law and justice*, cit., p. 284 ss.; J. ESSER, *Wandlungen von Billigkeit und Billigkeit Rechtsprechung im modernen Privatrecht*, in M. SIEBECK, *Summum Ius Summa Iniuria*, Tübingen, 1963, p. 22 ss. Cfr. S. RODOTÀ, *Quale equità?*, in AA.VV., *L'equità*, Milano, 1975, p. 49 ss.

presenta come sistema alternativo di giustizia. Coticché, sulle fondamenta dell'equità come fonte del diritto contrapposta alla legge, si crea una separazione tra le due sfere e uno sdoppiamento di giurisdizione⁹²². Nel secondo, diversamente, l'equità viene ricondotta all'interno della legislazione civile⁹²³, assumendo un ruolo funzionalmente subordinato ad essa. Il che significa che la sua operatività nell'ordinamento sarà condizionata dall'esistenza di una norma legislativa che ad essa faccia espresso richiamo. Nello scenario da ultimo indicato, pertanto, non potrà più parlarsi dell'equità come fonte del diritto. Al massimo potrà discorrersi di fonte mediata di diritto⁹²⁴, oppure si sarà costretti a concettualizzare un'altra equità (ideale⁹²⁵ o generale⁹²⁶) – diversa dall'equità

⁹²¹ Così F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 21 ss. L'A. osserva che «lo strumento equitativo può affiancarsi validamente a quello legislativo solo nel caso in cui esista una giurisdizione civile sensibile e pronta a recepire le diverse esigenze che di volta in volta si affacciano al mondo del diritto. Laddove la giurisprudenza langue o è costretta nei binari di un arido formalismo giuridico, il ruolo che l'equità può svolgere nei confronti di una giovane e diremmo quasi inesperta legislazione è nullo». Lapidario V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 25, «il nostro codice, per il modo equo in cui è stato redatto, non fa sentire il bisogno di questa spuria equità giudiziale [...] *Aequitas legislatori, ius iudici magis convenit*».

⁹²² Osserva sempre F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 29 ss., che «da un punto di vista storico, tale separazione risponde ad una sua logica e trova origine in due diverse esigenze: da un lato ovviare ad un eccessivo formalismo, il quale non soltanto impedisce la regolamentazione di nuove ipotesi di fatto, ma rende anche estremamente difficile un'applicazione della norma – che si risolva a vantaggio degli stessi soggetti cui si dirige in funzione di protezione – da parte di coloro che devono renderla operante; [...] D'altra parte alla nascita della medesima risoluzione separatista concorre anche un'altra considerazione; una giurisprudenza che giudichi con due metri di giudizio diversi, l'uno più rigido e formalistico, l'altro più elastico e mirante a realizzare tra le parti in lite una giustizia sostanziale, appare il sistema più semplice ed equo per amministrare la giustizia stessa».

⁹²³ O meglio, diviene componente interna del sistema. Così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 212.

⁹²⁴ V. SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato*, Roma, 1929, p. 19; A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., p. 24; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 80 ss. *Contra* B. BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano, 1923, p. 37; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1962, p. 82 ss.; L. TRIPICIONE, *L'equità nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1925, p. 39 ss. Sul tema v. F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 35, ove afferma che con la nozione di fonte mediata di diritto si lascia in vita un'apparente contrapposizione (tra equità e legge) che tuttavia, essendo mantenuta nell'ambito di una gerarchia di fonti, non può che risolversi nella subordinazione dell'una all'altra.

⁹²⁵ C. LOZZI, *Della interpretazione della leggi e dei contratti per via dell'equità. Art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile*, in *Temi ven.*, XXVIII, 1878, p. 445 ss.; M. ANDREOLI, *Revisione della dottrina sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 363 ss.

⁹²⁶ F. MARIONI, *L'equità e la sua funzione nei giudizi*, in *Filangieri*, 1914, p. 483, «l'equità ha, rispetto al giudice, carattere oggettivo; è cioè un sentimento ed un'opinione sociale della giustizia, in quanto deriva logicamente da certi rapporti di fatto. Il giudice deve essere interprete di quel sentimento, di quella opinione e soprattutto di quei fatti; e sotto questo aspetto il suo potrebbe dirsi un giudizio soggettivo, non diverso però da quello pronunciato sulla legge scritta ed in seguito al lavoro fatto per interpretarla ed applicarla rettamente».

in senso stretto – da considerare fonte universale del diritto⁹²⁷.

Operazioni queste ultime che appaiono per lo più sorrette dalla volontà di non rinunciare a una fonte del diritto che, come si mostrerà a breve, non trova più giustificazione alla luce delle caratteristiche dell'ordinamento giuridico italiano. Si può già anticipare che l'equità non può più essere considerata un autonomo ordine di valutazioni finalizzato all'adeguamento dell'ordinamento al mutare della società, perché tale compito, nell'attuale sistema normativo, viene adempiuto da altri (e più penetranti) strumenti, i quali hanno fatto venir meno la c.d. funzione generale dell'equità⁹²⁸, condannandola a un diverso (e inevitabilmente minore) ruolo nel Sistema. Parallelamente, non può più riconoscersi all'equità il valore di vettore nell'ambito contrattuale delle istanze di giustizia, né tanto meno appare più possibile attribuirle il significato di giustizia del caso concreto⁹²⁹ o singolo⁹³⁰.

9. *Segue: L'equità come procedimento c.d. puro di integrazione*

Ora è innegabile che per le caratteristiche intrinseche del concetto, come per l'ampiezza dei suoi ambiti, non sembra possibile individuarne un significato univoco e generalizzato⁹³¹. Difatti, esso muta con il tessuto in cui è chia-

⁹²⁷ V. MICELI, *Filosofia del diritto*, Milano, 1914, p. 335 ss.; P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Arch. giur.*, 1921, p. 160 ss., ora in *Id.*, *Studi sul processo civile*, 1957, p. 243 ss.; G. MAGGIORE, *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1923, p. 257, «l'equità non è una tra le fonti del diritto, giacché è [...] l'universal fonte del diritto: non è una fonte sussidiaria da mettersi accanto alla consuetudine, alla giurisprudenza, alla scienza e via discorrendo, perché queste sono un *posterius* rispetto al diritto, ed ella è un *prius*».

⁹²⁸ Sulla funzione generale dell'equità v. P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, cit., p. 243 ss.

⁹²⁹ Ossia una concezione dell'equità come correttiva della giustizia consacrata nella legge, degradando le valutazioni giuridiche astratte a forma e aspetti concreti. Così, solo per citare alcuni A., B. DONATI, *Sul principio d'equità*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Perugia*, 1913, p. 19; V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 17 ss.; V. NEPPI, *Contributo alla determinazione del concetto di equità*, in *Filangieri*, 1905, p. 809 ss.; D. RUBINO, *Valutazione degli interessi nell'interpretazione della legge*, in AA.VV., *Scritti in onore di Carnelutti*, I, Padova, 1950, p. 246 ss.; C. GORETTI, *Il valore delle massime d'equità*, *ivi*, p. 307 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni*, cit., p. 20; V. MICELI, *Sul principio d'equità*, in AA.VV., *Studi in onore di V. Scialoja*, Milano, 1905, p. 84 ss.; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 52 ss.; F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 938. Si v. la compiuta critica di F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 115 ss.

⁹³⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 462. V. FROSINI, voce *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 82 ss., utilizza la formula «diritto del caso singolo». Diversamente G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 330, preferisce parlare semplicemente di «caso concreto», in quanto non è la giustizia la meta che il giudice deve raggiungere nell'esercizio del potere equitativo.

⁹³¹ Tra gli altri, in particolare, si v. M. BESSONE, V. ROPPO, *Equità interpretativa ed autonomia del contratto*, in *Giur. it.*, 1974, IV, c. 250. Secondo M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 161 ss., per la stessa ragione non è possibile attribuire alla norma equitativa di cui al-

mato a operare, al quale corrisponde un diverso valore e una differente funzione assunti dall'equità⁹³². Appare ancor meno praticabile il tentativo di ricavare indicazioni di principio dalle varie norme puntuali che all'equità fanno riferimento⁹³³. Difatti, tale percorso analitico incontra sul suo cammino l'ostacolo insormontabile costituito dal carattere «individualizzante» del concetto oggetto di studio⁹³⁴. Per tale ragione, appare ben più proficuo un atteggiamento pragmatico, che abbandoni impossibili intenti ricostruttivi. In altri termini, occorre concentrare l'attenzione esclusivamente sulle ipotesi operative di interesse (c.d. equità integrativa *ex art.* 1374 c.c.) e assumere a premessa dell'analisi che l'uso del concetto di equità è stato condizionato dalla «necessità del legislatore di esprimere una funzione attraverso un termine»⁹³⁵.

Escluso – per le ragioni precedentemente esposte – che il richiamo all'equità di cui all'art. 1374 c.c. faccia riferimento a un sistema alternativo di giustizia, più verosimilmente sembrerebbe sottintendere un giudizio (o, se si preferisce, un procedimento) integrativo. Difatti, assumendo una concezione neutra di giudizio, questo può essere inteso come un congiunto di norme (ma anche una sola norma) che distribuisce benefici e obblighi. In tale nozione, pertanto, può farsi rientrare anche la creazione per via giudiziale di una clausola contrattuale⁹³⁶. Né sussistono particolari dubbi che il concetto di equità chiami

l'art. 1374 c.c. valore ricognitivo di tutte le ipotesi espressamente previste dalla legge, in tal modo negandole di fatto portata precettiva autonoma. Si v. anche M. FRANZONI, *Buona fede ed equità*, cit., p. 89.

⁹³² Osserva S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 210, che «la natura del concetto in questione è tale che soltanto una precisa individuazione del tessuto in cui è chiamato ad operare può consentire un chiarimento della posizione sistematica e della funzione dell'equità nel nostro ordinamento legislativo».

⁹³³ Questo sembrerebbe l'itinerario prescelto da M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, cit., p. 550 ss. Né appare possibile considerare l'equità semplicemente come la *ratio* di disposizioni particolari. Un orientamento di questo tipo si rinviene in J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., p. 151 ss.

⁹³⁴ La regola di equità, a differenza della norma legislativa, «non può acquistare valore obiettivo e rimane sempre collegata al suo autore, [...] sì che l'equità può essere intesa soltanto come sistema di giudizi di valutazione concreta». Così C.M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, cit., p. 181. In altri termini, il giudizio di equità si caratterizza per il fatto che «il caso singolo è deciso in base a una regola di esperienza che non è quella generalizzata e non è, almeno praticamente, suscettibile di generalizzazione». Così S. SATTÀ, *Commento al codice di procedura civile. Libro I*, Milano, 1959, p. 447. Pertanto, costituisce un errore considerare il giudizio di equità «come un giudizio di conoscenza che dichiara preesistenti regole, venendo così a stabilire un inesatto parallelismo con il giudizio di diritto che dichiara preesistenti regole giuridiche». Così ancora C.M. DE MARINI, *o.u.c.*, p. 178. Si v. S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 220 ss.

⁹³⁵ Così F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 106.

⁹³⁶ Difatti, la creazione giudiziale di una clausola integrativa altro non è se non la predisposizione di una regola che attribuisce diritti a una parte e impone obblighi (corrispondenti) all'altra.

in causa la figura del giudice nella costruzione di parte del contenuto contrattuale⁹³⁷, attraverso un'attività valutativa da esplicarsi nell'ambito di un procedimento (o giudizio) a tal fine orientato⁹³⁸. Assumendo quest'angolo prospettico, e analizzando le caratteristiche di questo particolare giudizio, può affermarsi che l'art. 1374 c.c., nella parte in cui indica l'equità quale fonte del regolamento contrattuale, delinea un sistema c.d. puro⁹³⁹. In altri termini, si tratta di un procedimento che non prevedendo alcun criterio preesistente e interno per stabilire come i benefici e gli obblighi tra le parti debbano essere ripartiti – ovvero sia come il contratto debba essere integrato – si conclude sempre con un risultato giusto, a condizione che sia stata seguita la procedura prevista. Ciò in quanto è la procedura a trasferire le proprie qualità (di giustizia) al risultato che originerà da essa. Questa in estrema sintesi è la logica dei sistemi c.d. puri. Pertanto, secondo tale impostazione, l'integrazione equitativa ex art. 1374 c.c. – non prevedendo alcun criterio interno che consenta di discernere che cosa è giusto e cosa non lo è – affiderebbe al giudice il potere di decidere discrezionalmente come debba integrare il contratto. Peraltro – come è stato correttamente chiarito⁹⁴⁰ – in un sistema di giustizia puro, affinché il risultato (della procedura) possa essere considerato giusto e non arbitrario, l'applicazione della procedura non è di per sé sola condizione sufficiente, è altresì indispensabile che questa possa essere qualificata in termini di giustizia. Ovvero sia, è necessario un criterio di giustizia esterno⁹⁴¹ alla procedura, espresso in termini valoriali, che la fondi e la definisca come giusta. Tale criterio è rinvenibile in quei principi che fondano e giustificano l'ordinamento giuridico⁹⁴²

⁹³⁷ Sul necessario collegamento tra equità e giudice si v. S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 217; F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 158; V. RIZZO, *Fonti del diritto*, cit., p. 335; F. ZICCARDI, *o.u.c.*, p. 178. *Contra* E. OSILIA, *L'equità nel diritto privato*, Roma, 1923, p. 100 ss. Cfr. V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 179 ss.; V. MICELI, *Sul principio d'equità*, cit., p. 88 ss.; B. BRUGI, *L'equità e il diritto positivo*, cit., p. 453 ss.; F. FERRARA, *Diritto civile italiano*, Roma, 1921, p. 43 ss.; S. RICCOBONO, voce *Aequitas*, in *Nuovo dig. it.*, I. Torino, 1937, p. 215 ss.

⁹³⁸ Seppur con argomenti differenti, intravedono nel disposto dall'art. 1374 c.c. un giudizio di equità F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 106 ss. – attraverso un parallelo, con i dovuti distinguo, con il giudizio di cui all'art. 114 c.p.c. – e S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 221 ss., il quale preferisce parlare di «criterio di giudizio».

⁹³⁹ Il riferimento è all'opera di J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., p. 85 ss. Come noto, secondo l'A. l'idea di giustizia procedurale può assumere tre forme differenti, le quali si differenziano per l'esistenza o meno di un preesistente criterio per definire il giusto risultato (sistema perfetto/imperfetto o puro) e per il fatto che l'applicazione di tale criterio assicuri o meno che il risultato del procedimento sia giusto (sistema perfetto o imperfetto).

⁹⁴⁰ E. CEVA, *Giustizia procedurale e pluralismo dei valori*, cit., p. 208 ss.

⁹⁴¹ E non interno, pena lo snaturamento arbitrario della natura del giudizio. La via dell'individuazione di un criterio interno che guida l'integrazione equitativa è la strada percorsa da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., p. 222 ss.

⁹⁴² Si tratta di quei principi che tengono insieme l'ordinamento come sistema di certezze. La loro origine, come criteri di diritto, non si ritrova nella decisione concreta di un giudice o di un legislatore determinato, bensì in un senso di ragionevolezza che si è fissato nella pratica dei

(uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità)⁹⁴³. Il rispetto di tali principi, in altri termini, garantisce che il giudizio di equità dalla discrezionalità non traccini nell'arbitrio del giudice⁹⁴⁴.

Quanto appena precisato trova parziali conferme nel diritto positivo. Sepur vero che non si può far riferimento alle singole disposizioni che prevedono un intervento integrativo per mezzo dell'equità per ricavarne una nozione unitaria, è in ogni caso possibile (e opportuna) un'analisi, per così dire comparativa, che permetta di evidenziare le differenze in essere tra quelle previsioni e la regola generale di cui all'art. 1374 c.c. Un'operazione questa che potrebbe aiutare a illuminare i profili più oscuri dell'equità integrativa ex art. 1374 c.c. Da questa prospettiva, a una prima superficiale disamina, si riscontra una differenza significativa tra quest'ultima norma e il gruppo di ipotesi poc'anzi indicato. Difatti, i richiami all'equità operati da queste disposizioni normative si riferiscono esclusivamente al momento economico, ossia alla determinazione di un elemento patrimoniale del regolamento contrattuale. In questi casi, pertanto, l'equità non assume un significato sostanzialmente diverso dalla discrezionalità del giudice nella determinazione di tali elementi⁹⁴⁵. Diversamente, l'equità di cui all'art. 1374 c.c. sembra portare in dote un ambito operativo più ampio, o, quanto meno, non limitato ai soli aspetti patrimoniali dell'operazione contrattuale⁹⁴⁶. Il richiamo all'esercizio dei poteri discrezionali del giudice,

giuristi e dei cittadini nel corso del tempo. Così R. DWORKIN, *Law's Empire*, cit., p. 31 ss.; ID., *The model of rules*, cit., p. 41 ss.

⁹⁴³ I quali garantiscono la parità di trattamento in eguali situazioni, la diversità di trattamento in casi eterogenei e l'aderenza ai valori di fondo di un dato ordinamento giuridico. Cfr. H.L.A. HART, *The concept of law*, cit., p. 185 ss. Secondo l'A. è giusto tutto ciò che è conforme al principio secondo cui casi uguali devono essere trattati ugualmente e casi diversi devono essere trattati diversamente. Cfr. S. COGNETTI, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 202, il quale – richiamando il pensiero di R. ALEXYS, *Ragionevolezza nel diritto costituzionale*, cit., p. 151 ss. – afferma che «mentre la ragione detta culturalmente i parametri applicativi di ogni regola astratta, la proporzione utilizza tecnicamente quei parametri per misurare in modo lineare e neutrale le distanze tra i rispettivi destinatari di ogni regola». V. Cap. I, § 10.

⁹⁴⁴ Sulla distinzione tra discrezionalità e arbitrio si v., in particolare, M. CAPPELLETTI, *Il giudizio d'equità e l'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 144 ss.

⁹⁴⁵ Si v. sul punto l'ampia analisi di F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 83 ss. L'A., oltre che precisare l'innammissibilità dell'equivalenza discrezionalità-arbitrarietà, osserva che il codice del 1942 porta con sé un significativo aumento delle disposizioni normative che richiamano l'equità, al quale, peraltro, corrisponde una sensibile riduzione dal punto di vista qualitativo degli stessi. Cfr. E. OSILIA, *L'equità nel diritto privato*, cit., p. 45 ss.; S. ROMANO, voce *Equità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1966, p. 95 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 324 ss.; G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, p. 201 ss. *Contra* F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 537 ss.

⁹⁴⁶ F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 91 ss. Cfr. M. PSARO, *L'integrazione del contratto*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza, I Contratti un generale*, V, Torino, 2000, p. 220 ss., il quale ricomprende nel campo d'azione dell'equità integrativa anche valori etico-sociali di-

inoltre, consente di ampliare l'indagine a una serie (numerosa) di norme che, pur non menzionando l'equità, attribuiscono al giudice una funzione valutativa di giudizio⁹⁴⁷. Queste ultime assumo grande importanza ai fini della presente analisi, perché consentono di porre in evidenza che il richiamo all'equità operato dall'art. 1374 c.c. non ha il valore di una generica autorizzazione concessa al giudice ai fini dell'esercizio dei suoi poteri discrezionali⁹⁴⁸. In quanto, per l'appunto, tale potere sussiste a prescindere dal richiamo all'equità.

Se così è, di conseguenza, il riferimento all'equità di cui all'art. 1374 c.c. sta semplicemente a indicare che il giudice, nell'esercizio del suo potere discrezionale in relazione alla costruzione del regolamento contrattuale, è vincolato al rispetto di uno specifico procedimento (quello equitativo), oltre che dai presupposti (risultanti dalla complessiva portata dell'art. 1374 c.c.) che ne condizionano l'esercizio. Pertanto, se l'esercizio del suddetto potere discrezionale (il «se» dell'intervento integrativo) è subordinato all'assenza di una clausola negoziale, di una norma legislativa e di un uso che appresti un'adeguata disciplina rispetto a un determinato aspetto «lacunoso» del contratto, l'equità indica lo specifico procedimento che vincola il giudice nel concreto esercizio dello stesso (il «come»).

Non resta che esaminare la questione sotto i due profili da ultimo indicati, peraltro, iniziando da quello logicamente successivo, per poi passare all'esame del problema dei presupposti operativi. Si tratta, in particolare, di comprendere in cosa consista questo procedimento equitativo che il giudice deve seguire nella costruzione del regolamento contrattuale. Da questo angolo prospettico, il giudizio di equità presenta un elemento comune rispetto alle altre ipotesi in cui viene riconosciuto un potere discrezionale in capo al giudicante. Difatti, in tutti questi casi viene in questione l'attribuzione del potere di assumere sotto il profilo del regolamento le circostanze⁹⁴⁹ concrete del contratto⁹⁵⁰. Peraltro, l'ipotesi dell'equità integrativa si differenzia per la mancata individuazione *ex*

stinti dai valori di mercato. *Contra* M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, cit., p. 552; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità*, cit., p. 86 ss., *Id.*, *Degli effetti del contratto*, cit., cap. III, § 5. L'A. da ultimo citato ritiene che «il giudizio equitativo funge da strumento per attribuire un giusto prezzo ad una prestazione, in definitiva un prezzo di mercato. L'attività del giudice è soltanto apparentemente quella di creare una regola da applicare al caso singolo, poiché questa regola esiste già, pur non essendo una regola giuridica». Si tratterebbe, in particolare, di una regola economica, alla quale il giudice attribuisce giuridicità con il giudizio di equità. Cfr. E. CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, cit., p. 404 ss.

⁹⁴⁷ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 223. L'A. riporta una serie di formule impiegate in tali norme che, pur non facendo riferimento all'equità, implicano un'attività valutativa discrezionale del giudice. Tra le quali, in particolare, vengono indicate: secondo la natura del contratto, secondo le circostanze, secondo le condizioni sociali o economiche, avuto riguardo all'utilità, alle esigenze sociali della produzione, alle esigenze dell'agricoltura e dell'industria, ecc. Sul tema si v. anche N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 52, nota 86.

⁹⁴⁸ Cfr. J. ESSER, *Wandlungen von Billigkeit und Billigkeit Rechtsprechung im modernen Privatrecht*, cit., p. 25 ss.; S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 223.

ante delle circostanze a tal fine rilevanti. Ed è esattamente questo aspetto a caratterizzare il concetto.

L'individuazione di tali circostanze è condizionata dallo scopo dell'intervento integrativo così realizzato, il quale, come si mostrerà a breve, svolge una funzione, per così dire, di chiusura del sistema delle fonti di costruzione del contratto. Ovverosia, esso è chiamato a intervenire nei soli casi in cui a seguito dell'intervento (o dell'impossibilità di intervento) delle altre fonti di cui all'art. 1374 c.c. il regolamento contrattuale continui a presentare deficienze sotto un qualche aspetto. In tal contesto, interviene l'integrazione equitativa, attraverso la quale il giudice può fornire una disciplina adeguata a quei profili rimasti inevasi dalle altre fonti. Il che implica che a tal fine potranno essere considerate rilevanti tutte quelle circostanze non direttamente riconducibili al regolamento negoziale, in quanto giuridicamente irrilevanti in astratto, ma la cui utilità in concreto appaia evidente in relazione a un punto non risolto del regolamento contrattuale⁹⁵¹.

Sarà poi sulla base di tali circostanze che il giudice creerà la clausola integrativa attraverso i principi dell'ordinamento, i quali – è bene specificarlo – in tale ambito non forniscono direttamente la regola applicabile⁹⁵². Se così fosse, difatti, non avrebbe particolare senso parlare di giudizio equitativo, in quanto ci si troverebbe in presenza di un fenomeno ben diverso dal giudizio puro. Difatti, in questi casi la regola applicabile – seppur in forma embrionale ed estremamente elastica – preesiste al regolamento contrattuale. Viceversa, il giudizio di equità consiste nella creazione di una regola che, lungi dal preesistere al regolamento contrattuale, lega strettamente la ragion d'essere e la conformazione della prima alle concrete e irripetibili circostanze che caratterizzano il secondo. Ed è esattamente questo «carattere individualizzante» a escludere l'equità dall'orbita delle clausole generali⁹⁵³. In conclusione, tali principi

⁹⁴⁹ Sul concetto di circostanze del contratto si v. P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso e unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim.*, 1964, p. 1349 ss.; G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, cit., p. 117 ss.; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 305 ss.; S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 226 ss.

⁹⁵⁰ Cfr. S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 225.

⁹⁵¹ Secondo S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 246, l'equità consisterebbe «unicamente in un ampliamento dei poteri del giudice in ordine all'apprezzamento di circostanze altrimenti irrilevanti».

⁹⁵² Si v. F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 298 ss.

⁹⁵³ In questo senso L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 5 ss.; F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 172; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità*, cit., p. 83 ss., pur precisando che «se è sulla base del mercato che l'integrazione del contratto secondo equità tende a uniformarsi, la differenza tra questa e le clausole generali da impiegare nello stesso contratto si assottiglia notevolmente. La differenza tra questa e quelle si riduce al profilo della tipicità che normalmente vale solo per la prima e non per le seconde, stante l'autonomia dell'art. 1375 c.c.». Infine S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 246. L'A., in particolare, sostiene che l'equità non può essere compresa tra le clausole generali, proprio perché essa non si risolve nella individuazione di un parametro, sia pure elastico, ma unicamente in un ampliamento dei poteri del giudice in ordine all'ap-

non forniranno al giudice la regola applicabile, bensì solo le direttive utili alla costruzione giudiziale della parte di contenuto mancante del contratto, attraverso la valorizzazione di quelle circostanze che senza l'equità gli sarebbe fatto divieto considerare⁹⁵⁴.

10. *Segue: L'equità come «fonte di chiusura»*

Delineati i profili del funzionamento dell'equità *ex art. 1374 c.c.* intesa quale procedimento integrativo, non resta che analizzarne i presupposti operativi. A tal proposito, può già anticiparsi che trattasi di un intervento estremamente residuale e subordinato (o se si preferisce, ancillare) rispetto alle altre fonti di costruzione del regolamento contrattuale (le determinazioni delle parti, la legge, gli usi).

Dalla prospettiva poc'anzi introdotta, conviene impostare il discorso a partire dall'analisi del rapporto tra l'equità e le altre fonti indicate dall'art. 1374 c.c. A tal proposito, la relazione con la legge non offre particolari problemi ricostruttivi, difatti la formulazione della norma è abbastanza chiara nel subordinare l'equità alla fonte legale⁹⁵⁵ attraverso l'inciso «in mancanza» interposto tra le due fonti⁹⁵⁶. Peraltro, non è mancato chi ha inteso il testo della norma, nella parte in cui subordina l'operatività dell'equità all'assenza della legge, come un riferimento diretto ai soli contratti atipici⁹⁵⁷. Operazione questa che si fonda su un'interpretazione restrittiva della norma, attribuendo al lemma «legge» lo specifico significato di regime disciplinare (o meglio, tipo legale)⁹⁵⁸, e

prezzamento di circostanze altrimenti irrilevanti. Peraltro, è interessante notare che lo stesso A. in un precedente scritto (S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., p. 83 ss.) era giunto all'opposta conclusione.

⁹⁵⁴ Cfr. «l'equità, la buona fede, la correttezza sono destinate piuttosto al recupero e alla rilevanza dei fattori più contingenti e soggettivi che operano al livello dei dettagli del regolamento contrattuale». Così R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 435.

⁹⁵⁵ A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 395, osserva che se da un lato l'inciso «in mancanza» sta a indicare la necessaria subordinazione dell'equità alla legge, dall'altro esso non esclude una possibile concorrenza di regolamentazione in concreto tra le due fonti.

⁹⁵⁶ Appare corretta l'interpretazione di F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 227 ss., secondo la quale tale inciso individua nella mancanza di una legge il mero presupposto operativo dell'intervento integrativo ad opera dell'equità e non va inteso nel senso che quest'ultimo sarebbe diretto a colmare una lacuna della legge stessa. In quanto non esiste alcuna norma di legge da integrare, dal momento che l'intervento equitativo postula proprio un'assenza di regolamentazione legale del caso concreto.

⁹⁵⁷ G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 320. In particolare, l'A. afferma che «la distinzione tra legge, usi ed equità, corrisponde alla distinzione tra tipi legali, tipi sociali e strutture meramente individuali. E si riproduce nell'art. 1374 c.c. quella stessa preminenza che la tipicità legale ha rispetto alle altre forme di tipicità sociale e alle strutture individuali, là dove si afferma che gli usi e l'equità possono operare “in mancanza” della legge».

⁹⁵⁸ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 259 ss. Condivisibile l'opinione dell'A., secondo il quale con l'inciso «in mancanza di legge» il legislatore del 1942 ha inteso ribadire il

che trova il proprio fondamento nell'intenzione di riconoscere all'equità il minor margine di manovra possibile. In verità, come si è cercato di porre in evidenza nelle pagine precedenti, le fonti di costruzione del regolamento contrattuale non rispondono tutte alla stessa funzione, come diversamente presuppone la tesi in questione⁹⁵⁹. In altri termini, ciò che le differenzia non è semplicemente il fatto di operare in contesti diversi (contratti tipici, socialmente tipici, atipici). In verità, ogni fonte risponde a logiche e funzioni distinte, contribuendo in tal modo alla costruzione del regolamento contrattuale attraverso la considerazione di interessi, valori, criteri e punti di vista differenti⁹⁶⁰. Cosicché, a seconda delle concrete circostanze del contratto, in potenza ogni fonte potrebbe essere chiamata ad apportare il proprio contributo integrativo. Pertanto, la graduazione dell'intervento di tali fonti non dipende dalla corrispondenza del contratto a un determinato tipo o meno, bensì dagli interessi che vengono concretamente in rilievo e dalle (corrispondenti) diverse funzioni dei vari tipi di intervento⁹⁶¹. In questo senso, pertanto, la formulazione della norma appare perfettamente in linea con una ricostruzione dei rapporti tra legge ed equità coerente con il Sistema e con le trasformazioni che lo hanno interessato. Con il venir meno del doppio binario di giurisdizione legge-equità e con la riconduzione della seconda a elemento interno della prima, l'equità assume un ruolo necessariamente subordinato alla legge⁹⁶². Pertanto, tale fonte non può più essere considerata il portato di una istanza di giustizia alternativa e in contrasto con la legge, in altri termini, non può più essere intesa come caratterizzata da una funzione correttiva della legge. Da qui, pertanto, appare sistematicamente coerente la scelta del legislatore di subordinare l'intervento integrativo per mezzo dell'equità all'assenza di una legge che disciplini quegli

principio che in nessun caso al giudice è lecito non tanto disapplicare una norma di legge in nome dell'equità, quanto anche solo sovrapporre una disciplina equitativa a una disciplina legale.

⁹⁵⁹ «Il richiamo alla legge, all'uso e all'equità, che è stabilito nell'art. 1374 c.c., non rappresenta un richiamo contemporaneo ai tre criteri. Questi, cioè, non individuano funzioni differenti e non possono, congiuntamente, operare, ma esprimono l'operare della stessa funzione in ipotesi differenti; e il verificarsi dell'una esclude, dunque, necessariamente, ogni altra». G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 331.

⁹⁶⁰ Secondo S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 245, l'operare delle diverse fonti è graduato «secondo le modalità in base alle quali ciascuna di quelle fonti può partecipare alla costruzione del regolamento contrattuale».

⁹⁶¹ Cfr. S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 246, nella parte in cui afferma che «per l'equità non si pone direttamente un problema di concorrenza con le altre fonti. L'equità non solo adempie ad una funzione diversa, ma si muove sul diverso piano della concretezza delle circostanze, così evitando ogni confusione anche con quei criteri, come la buona fede integrativa, che sono pure essi ricondotti all'intervento del giudice, ma che, per la loro natura di clausola generale, implicano comunque il riferimento a parametri oggettivi, anche se variabili: cioè, a parametri che il giudice certamente contribuisce ad elaborare, ma non in funzione esclusiva della singola fattispecie».

⁹⁶² Si v. A. DE CUPIS, *Precisazioni sulla funzione dell'equità*, cit., p. 637 ss.

stessi profili del contratto. Il che implica l'inconfigurabilità di un sovrapposizione tra le due fonti: l'equità può operare esclusivamente ove la legge nulla disponga.

Presenta maggiori difficoltà la questione dei rapporti tra l'equità e gli usi⁹⁶³. Difatti, nel momento in cui la lettera dell'art. 1374 c.c. divide le due fonti con la copulativa «e», una sovrapposizione sarebbe teoricamente possibile⁹⁶⁴. Se sulla carta tale scenario rappresenta una possibilità, non altrettanto può dirsi guardando al profilo funzionale delle fonti in questione. Difatti, considerata l'assoluta indeterminatezza che caratterizza il concetto di equità, nonché le modalità operative poc'anzi descritte (la struttura dell'intervento), non sembra azzardato affermare che si tratti di una «fonte di chiusura». Ovverosia, l'equità costituisce lo strumento finale che consente di porre rimedio a quelle deficienze del regolamento contrattuale rimaste tali nonostante l'intervento delle altre fonti integrative sovraordinate. Tale aspetto permette di introdurre il problema relativo al rapporto con l'ultima fonte del contratto, ovverosia la determinazione pattizia.

La questione, sostanzialmente, è se l'equità possa correggere il regolamento predisposto dalle parti⁹⁶⁵ o, almeno, temperarne il rigore delle clausole⁹⁶⁶. In altri termini, se l'intervento equitativo *ex art. 1374 c.c.* possa assumere caratte-

⁹⁶³ Si v. F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 224 ss. L'A. risolve la questione in favore della prevalenza dell'uso normativo, sulla base della sostanziale affinità di questa fonte con la legge. Ragion per cui, il rapporto esistente tra equità e usi può essere assimilato a quello intercorrente tra equità e legge e, pertanto, solo in caso di assenza di usi normativi l'equità potrà intervenire nella disciplina del regolamento contrattuale.

⁹⁶⁴ Così ad es. F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 937 ss. L'A., peraltro, coerentemente assume una concezione dell'equità in termini di criterio di applicazione, ossia quale strumento per temperare il rigore della legge e delle clausole contrattuali. In quanto tale, afferma l'A., l'equità integrativa non fornisce norme in aggiunta a quelle che si traggono dalla legge o dagli usi. In questo senso anche A. DE CUPIS, *Precisazioni sulla funzione dell'equità*, cit., p. 636. Secondo l'A. l'equità, in concorso con gli usi, e in mancanza della legge, si pone accanto alla stessa autonomia nel determinare le conseguenze del contratto «per un fine di più perfetta giustizia e di maggiore equilibrio contrattuale». Diversamente, subordinano l'operatività dell'equità integrativa alla mancanza sia della legge che degli usi Cass., 4 giugno 1992, n. 6809, in *Mass. Giust. civ.*, 1992, p. 6 ss.; Cass., 16 giugno 1989, n. 2908, in *Foro it.*, 1989, p. 2447 ss.

⁹⁶⁵ Secondo F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 537 ss., mentre l'equità avrebbe conservato la funzione dell'*adjuvare* (art. 1374 c.c.) e quella del *supplere* (artt. 1226 e 2056 c.c.), per contro avrebbe perso la funzione del *corrigere*, la quale diviene ora il *proprium* del ruolo della buona fede.

⁹⁶⁶ In questo senso A. DE CUPIS, *Precisazioni sulla funzione dell'equità*, cit., p. 636. Secondo l'A. «non è eccezionale che l'equità concorra alla disciplina del rapporto, determinando qualche ulteriore e giusta conseguenza, sfuggita alla previsione o alla menzione delle parti malgrado il loro potere di autonoma disciplina negoziale, ovvero temperando il rigore delle clausole contrattuali». A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 394 ss., ritiene che l'equità, oltre che modificare, può anche restringere o ridurre la regola contrattuale.

re cogente⁹⁶⁷. La risposta a tale interrogativo non può che essere negativa. Difatti, nell'analizzare la dottrina del diritto soggettivo si giungeva alla conclusione che il concetto di autonomia ricopre un ruolo fondamentale nell'ambito dell'ordinamento giuridico. Ovverosia, non è possibile sopprimerla senza negare l'essenza stessa del diritto. Difatti, l'autonomia costituisce uno di quegli strumenti – il più importante probabilmente – che, stabilendo una connessione tra società e diritto, permette la trasformazione del secondo d'accordo con gli impulsi che provengono dalla prima. In altri termini, l'autonomia rappresenta il mezzo attraverso il quale la persona può contribuire alla trasformazione dell'assetto valoriale dell'ordinamento. Al punto che la limitazione (per non dire la soppressione) di tale concetto affetta la capacità del diritto di adempiere con la propria funzione (o meglio, ragion d'essere) fondamentale: garantire la convivenza pacifica della società. Questa è la ragione per cui l'autonomia negoziale può essere limitata esclusivamente da fonti che presidiano interessi e valori considerati dall'ordinamento – se non fondamentali – di particolare rilievo o in caso di abuso di un contraente sull'altro che ne determini la menomazione del diritto di autodeterminarsi liberamente⁹⁶⁸. Non a caso, la disposizione de-

⁹⁶⁷ Si v. C. MESSINA, *L'interpretazione dei contratti*, cit., p. 169 ss.; F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, cit., p. 63 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata*, cit., p. 241 ss. L'A. da ultimo citato, assumendo una concezione dell'equità come concetto individuabile in parametri obiettivamente giustificabili e controllabili che preesistono alla determinazione giudiziale, postula un intervento integrativo dell'equità di tipo sostitutivo, ossia analogo a quello previsto dall'art. 1339 c.c., ma limitatamente alle ipotesi in cui la legge faccia richiamo all'equità. Tale intervento viene giustificato distinguendo tra l'efficacia sostitutiva del criterio legale e la determinazione successiva dell'elemento del contratto in base a ulteriori strumenti di specificazione del criterio medesimo. Tra gli A. che con maggior sforzo ricostruttivo hanno sostenuto la forza cogente dell'equità occorre annoverare F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., pp. 228 ss., 244 ss., 320 ss. L'A. giunge sino ad affermare la nullità della clausola contraria a equità, argomentando che la nullità non è comminata dall'equità in sé e per sé, ma in ogni caso dall'art. 1374 c.c. Pertanto, «il vero problema non consiste nello stabilire se sia possibile la comminazione dell'invalidità per violazione dell'equità (problema risolto dall'art. 1374 c.c.), ma nel chiarire la distinzione tra criteri di valutazione circa l'iniquità e criteri di valutazione circa l'illeceità della regola. Cosicché la circostanza che l'invalidità sia espressamente comminata con riferimento al profilo della fattispecie e della causa (cioè ad un aspetto della struttura del negozio) non impedisce che tale sanzione possa essere desunta anche da una norma attinente alla costruzione del regolamento contrattuale come l'art. 1374 c.c.». Occorre puntualizzare che l'A., come scolpito nell'introduzione alla recente ristampa (F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 2019, p. IX), ha ripudiato quella che definisce la sua «giovanile monografia». Si v. le osservazioni critiche a tale teoria formulate, tra gli altri, da A. DE CUPIS, *Precisazioni sulla funzione dell'equità*, cit., p. 636, nota 8 e R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 435.

⁹⁶⁸ Si v. R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 435, nella parte in cui afferma che «i limiti all'autonomia possono essere giustificati solo dall'interesse collettivo, o dall'abuso di un contraente sull'altro. E, per quanto attiene a tali valori, la loro protezione mediante criteri extralegali ha già un veicolo: che si chiama rilevanza dell'ordine pubblico e del buon costume. Non serve a nulla chiamarlo buona fede, o correttezza, o equità». V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 464, in modo sostanzialmente analogo, osserva che «sulle determinazioni volontarie delle parti può sovrapporsi

putata all'integrazione della lacune di collisione (art. 1339 c.c.) non prende in considerazione norme diverse da quelle cogenti⁹⁶⁹. All'opposto, per quanto sin qui affermato, allo stato attuale non può riconoscersi tale carattere alla fonte equitativa⁹⁷⁰. Difatti, con la trasformazione del Sistema, altre fonti hanno assunto il rilievo che prima del «punto»⁹⁷¹ rappresentato dall'attuale codice civile (in combinato disposto con l'entrata in vigore della Carta costituzionale) apparteneva all'equità⁹⁷².

Con la nuova sistematica del diritto, così come delineata dal codice civile del 1942⁹⁷³, positivizzate le principali ipotesi nelle quali era solita intervenire l'equità⁹⁷⁴, l'attenzione si sposta verso le clausole generali e le norme sull'interpretazione⁹⁷⁵. Sono questi ora gli strumenti deputati al temperamento del rigore della legge e delle clausole contrattuali attraverso la valorizzazione delle

e prevalere la volontà della legge, con lo strumento delle norme imperative. Può intervenire, in nome di valori o interessi generali, un controllo giudiziale suscettibile di portare alla distruzione del contratto: ma lo strumento è l'ordine pubblico e il buon costume, non l'equità».

⁹⁶⁹ Per la stessa ragione non può accogliersi quella dottrina (M. FRANZONI, *Buona fede ed equità*, cit., p. 92) che vede nella repressione di un abuso con la buona fede il presupposto logico e giuridico per riequilibrare con l'equità. Cfr. A. DE CUPIS, *Precisazioni sulla funzione dell'equità*, cit., p. 637.

⁹⁷⁰ *Contra* F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 773 ss. Escludono la configurabilità di un potere giudiziale correttivo del regolamento contrattuale giustificato e guidato dall'equità ex art. 1374 c.c. – anche nell'ipotesi in cui questo sia conformato e orientato a un'istanza di giustizia sostanziale, ossia volto alla correzione equitativa del contratto – P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, cit., c. 230; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 492; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 223; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, 1999, p. 427 ss.; P. MALINVAUD, *Droit des Obligations*, Paris, 2001, p. 115 ss. Si v. anche la Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile n. 626, nella parte in cui avverte che con l'art. 1371 c.c. «non si è voluto attribuire al giudice un potere generale di revisione dei contratti, né si è voluto introdurre il principio dell'equilibrio contrattuale». Paradigmatica al riguardo è la modifica dell'art. 7, D.lgs., 9 ottobre 2002, n. 231, per mezzo del D.lgs., 9 novembre 2012, n. 212. Quest'ultimo ha eliminato il potere del giudice di ricondurre a equità il regolamento contrattuale in favore dell'operatività della sola integrazione cogente attraverso norme imperative. Si v. E. LA ROSA, *Le rinnovate logiche di conservazione del contratto nell'evoluzione del sistema*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 942 ss. Infine, sulla non rinvenibilità nell'ordinamento italiano di un principio generale di equità (o giustizia) contrattuale si v. l'ampia analisi di U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, *passim*.

⁹⁷¹ P. GROSSI, *Il punto e la linea. Storia del diritto e diritto positivo nell'attuale crisi delle fonti*, in *Riv. st. dir. it.*, 2011, p. 69 ss.

⁹⁷² Si v. F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 537 ss.

⁹⁷³ Sul tema R. NICOLÒ, voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 245 ss.; S. ROMANO, voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 677 ss.; R. SACCO, *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, p. 5 ss.

⁹⁷⁴ Si v. S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 218. L'A. indica la risoluzione per eccessiva onerosità, la rescissione e, per i contratti di lavoro, il recesso dell'imprenditore.

⁹⁷⁵ Sul punto si v. S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 214; ID., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 128 ss.; ID., *Ideologie e tecniche*, cit., p. 83 ss.

circostanze del caso concreto⁹⁷⁶. In particolare, assumono un peso ben più significativo quei concetti considerati espressione del principio di solidarietà (la buona fede *ex art. 1375 c.c.* e la correttezza *ex art. 1175 c.c.*)⁹⁷⁷ e – con l'entrata in vigore della Carta costituzionale e la conseguente costituzionalizzazione del diritto privato – quelle istanze di giustizia contrattuale che trovano ingresso in maniera mediata (attraverso i principi) nella disciplina negoziale. Questo armamentario principalista che ora vivifica l'ordinamento civile, inevitabilmente, finisce per usurpare funzioni che nel precedente Sistema erano appannaggio quasi esclusivo dell'equità integrativa. Alla quale ora non resta che un ambito operativo estremamente ristretto, per non dire eccezionale, presumibilmente limitato (quasi esclusivamente) alle lacune di previsione – ovverosia a quelle ipotesi in cui i contraenti decidano di non regolare aspetti particolarmente incerti o delicati del loro rapporto negoziale, rimettendosi alla decisione equitativa del giudice nel caso in cui insorga una controversia sul punto – e a quelle lacune che si presentano a causa della trasformazione della realtà disciplinata (le lacune relative alle c.d. incognite del divenire) o delle difficoltà che si possono incontrare nel disciplinare staticamente un contesto fattuale dinamico e sfuggente (lacune relative alle c.d. incognite dell'individuale).

Il mutato (e ridotto) ruolo che oggi compete all'equità integrativa non deve stupire, difatti rientra nella dinamica fisiologica di un sistema di fonti alla continua ricerca di un equilibrio nell'ambito di un ordinamento giuridico aperto e unitario. Allo stesso modo, il crescente peso assunto dai principi e dai diritti fondamentali nei rapporti orizzontali fa pensare che sia in procinto una nuova trasformazione del Sistema⁹⁷⁸, però questa volta a danno di quel cielo in una stanza rappresentato dalle clausole generali come la buona fede.

11. Introduzione all'analisi della buona fede

Nell'affrontare l'ultima fonte tradizionalmente ricondotta entro il fenomeno della costruzione eteronoma del regolamento contrattuale pare opportuno utilizzare un diverso approccio, in considerazione delle (almeno apparenti) somi-

⁹⁷⁶ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 211, nella parte in cui afferma che «la ragione più vera della declinante fortuna della equità nei sistemi codificati non va cercata nella prevalenza della norma scritta, ma nel progressivo ampliarsi dei poteri affidati al giudice: mancando la possibilità di far capo all'equità come a un sistema autonomo di valutazioni, l'adattamento della norma al caso concreto (in cui si fa consistere appunto una delle funzioni dell'equità) finiva con l'essere compreso nella stessa attività interpretativa. Si spiega, così, come al declinare dell'interesse per le indagini sull'equità si accompagni l'attenzione crescente per i problemi dell'interpretazione».

⁹⁷⁷ E. BETTI, *A proposito di una revisione del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, p. 21 ss.; G.B. FUNAJOLI, *Il codice del popolo italiano*, *ivi*, 1945, p. 30 ss.

⁹⁷⁸ Sul tema si v. P. GROSSI, *Dalle «clausole» ai «principi». A proposito dell'interpretazione come intenzione*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 5 ss.

glianze che la buona fede presenta rispetto ad altre figure codicistiche e all'ampio impiego (integrativo) riservatole dalla giurisprudenza. Pertanto, partendo dall'assunto che l'operatività dei concetti giuridici è intimamente legata alla loro precisazione⁹⁷⁹, le strategie a tal fine utilizzabili vanno dalla ricerca delle proprietà essenziali del concetto – ossia quegli elementi che ne definiscono l'identità e ne condizionano la configurabilità – attraverso la comparazione con istituti che presentano elementi comuni, alla rilevazione dei significati (sostanzialmente le modalità d'uso) che la dottrina e la giurisprudenza sembrano attribuirgli. Queste strategie permetteranno di illuminare alcuni aspetti della buona fede oggettiva, agevolando la soluzione del problema che qui interessa, ovverosia la configurabilità o meno di una buona fede integrativa del regolamento contrattuale.

Analizzare il rapporto tra concetti giuridici che presentano aspetti comuni non significa altro che ricercare l'esistenza di elementi che giustifichino una differenziazione. Quest'ultima non può fondarsi semplicemente sulla circostanza che il legislatore abbia fatto uso di una terminologia differente, così come – lo si è riscontrato poc'anzi trattando l'equità – l'impiego dello stesso termine non necessariamente consente di ricondurre le varie fattispecie che lo impiegano sotto un unitario concetto generale. Pertanto, una distinzione ha senso solo ove alla diversità di concetti corrispondano diverse tipologie di problemi (o interessi) e, conseguentemente, differenti profili funzionali⁹⁸⁰.

12. Segue: La precisazione per differenziazione del concetto di buona fede: la correttezza

Da questo angolo prospettico, l'oggetto dell'analisi indica prioritariamente lo studio della relazione che lega la buona fede oggettiva (art. 1375 c.c.)⁹⁸¹ e la correttezza (art. 1175 c.c.)⁹⁸². Il dibattito dottrinale sviluppatosi attorno alla questione mostra come dal confronto tra le due norme sia possibile chiarirne l'ambito di operatività, i destinatari, il contenuto e la *ratio*.

Il tema è stato variamente studiato⁹⁸³ e l'esistenza di una differenziazione

⁹⁷⁹ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 212.

⁹⁸⁰ Cfr. «giuridicamente una distinzione ha senso solo ove si riescano a ricostruire tipi di problemi diversi e si riesca a dimostrare un disegno normativo di trattarli in modo differente». Così M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, cit., p. 549; ID., *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, pp. 616 ss. e 623 ss.

⁹⁸¹ Art. 1375 c.c.: «Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede».

⁹⁸² Art. 1175 c.c.: «Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza».

⁹⁸³ Soprattutto a partire da S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 132 ss. L'A. precisa che non è infrequente incontrare autori che utilizzano i concetti di buona fede e correttezza come sinonimi (R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Milano, 1949, p. 14, nota 5; D.

tra le due ipotesi è stata proposta sulla base di diversi argomenti corrispondenti alle molteplici prospettive attraverso le quali è possibile analizzare i rapporti obbligatori. Così, se la distinzione fondata sul presunto carattere relativo della nozione di correttezza contrapposta all'assolutezza che caratterizzerebbe la buona fede – in quanto solo il contenuto di quest'ultima andrebbe fissato senza riferirsi al costume sociale⁹⁸⁴ – appare debolmente giustificata sotto il profilo sistematico e positivo, maggiore interesse presenta la differenziazione basata sull'affermato differente ambito operativo. In particolare, facendo riferimento alla diversa ubicazione codicistica riservata a tali norme, si afferma che all'art. 1175 c.c. andrebbe riconosciuta una portata tendenzialmente generale rispetto all'art. 1375 c.c. In altri termini, mentre la prima norma farebbe riferimento all'intera materia delle obbligazioni, la seconda potrebbe operare esclusivamente rispetto alla disciplina del contratto⁹⁸⁵. Sulla base di tali considerazioni, il rapporto tra le due norme viene variamente ricostruito in termini di «principio a conseguenza» o di «genus a species»⁹⁸⁶, così condannando alla superfluità il dettato di cui all'art. 1375 c.c. Tale tesi è stata critica⁹⁸⁷ sulla base di argomenti di carattere storico – volti a evidenziare come già sotto la vigenza del codice Pisanelli la dottrina maggioritaria sostenesse l'estensibilità della buona fede oltre l'ambito dei contratti⁹⁸⁸ – e sistematico. In particolare, si osserva che tale distinzione non terrebbe in debita considerazione le trasforma-

RUBINO, *La compravendita*, cit., p. 841, nota 141 ter; V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, cit., p. 79).

⁹⁸⁴ C.E. BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, cit., p. 180 ss.

⁹⁸⁵ Ragion per cui la norma non sarebbe applicabile alle obbligazioni di origine non contrattuale. Così L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964, p. 8 ss. Secondo l'A., a livello pratico, l'esclusione riguarderebbe le sole obbligazioni legali, in quanto l'art. 1324 c.c. estenderebbe l'operatività della buona fede a tutte le altre obbligazioni non contrattuali. Nello stesso senso F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 956 ss. e G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, p. 73 ss. Quest'ultimo A., peraltro, nega che l'art. 1375 c.c. possa riferirsi a vicende di non immediato interesse contrattuale. Si vedano le considerazioni critiche di S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 139 ss.; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 371 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 41 ss.; F. CARUSI, voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 702 ss.; R. NICOLÒ, voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 558 ss.; A. GALOPPINI, *Apunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim.*, 1965, p. 1399, nota 44; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 230 ss.

⁹⁸⁶ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1955, p. 68 ss.; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 27 ss.; G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 82 ss.; S. ROMANO, *Buona fede*, cit., p. 677 ss.; ID., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 46 ss.

⁹⁸⁷ In questa sede si darà particolare risalto alle osservazioni di S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 132 ss., ampiamente richiamate dalla dottrina successiva.

⁹⁸⁸ Ad es. G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, cit., p. 18 ss.; C. FADDA e P.E. BENZA, *Note a Windscheid*, cit., p. 218 ss.; L. BARASSI, *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti*, Milano, 1934, p. 334 ss.

zioni che hanno interessato il Sistema⁹⁸⁹ e, soprattutto, la materia delle obbligazioni e dei contratti per effetto dell'introduzione della norma generale di cui all'art. 1175 c.c.⁹⁹⁰. Quest'ultima, al pari dell'art. 1375 c.c., rappresenterebbe uno dei tanti punti di emersione del principio solidaristico, il quale, conformando l'intero ordinamento civile, impedirebbe un'interpretazione restrittiva dell'art. 1375 c.c. Se ne deduce che quest'ultima norma, al pari dell'art. 1175 c.c., andrebbe necessariamente riferita all'intera materia delle obbligazioni e dei contratti⁹⁹¹.

Tali considerazioni, seppur di per sé insufficienti a dimostrare la coincidenza tra buona fede e correttezza, ne evidenziano la comunanza sotto il profilo dell'ambito di operatività (obbligazioni e contratti) e sotto quello della *ratio* (la solidarietà). Resta aperta la questione dei soggetti rispetto ai quali tali norme producono effetti. Ed è precisamente sulla base di tale profilo che parte della dottrina ha inteso differenziarle, affermando che, mentre l'art. 1175 c.c. si dirigerebbe al creditore, il destinatario del principio di cui all'art. 1375 c.c. andrebbe rinvenuto nel debitore⁹⁹². Tale ricostruzione, oltre che in contrasto con la lettera delle due disposizioni, si fonda su una visione angusta del momento esecutivo⁹⁹³. In particolare, all'art. 1375 c.c. non può essere attribuita la mera regolamentazione del momento dell'adempimento (tecnicamente inteso come attività svolta dal debitore), in quanto il principio di buona fede, per sua stessa natura e per i fini che intende perseguire, non è diretto a un soggetto particolare (sia esso il debitore o il creditore) del rapporto contrattuale o, più

⁹⁸⁹ «Il sistema che deriva dall'inserzione razionale delle nuove norme, i principi che se ne ricavano, e la presenza di numerosi rinvii a fattori etici equitativi, ci presentano un diritto profondamente mutato rispetto al precedente, e proprio nelle strutture essenziali o più significative: così da richiedere all'interprete l'impiego di adeguati nuovi criteri». Così A. TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, p. 495.

⁹⁹⁰ Secondo S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 140, la dottrina criticata cade nell'errore «di trascurare i reali mutamenti di carattere generale, sostituendo alla considerazione di essi l'ingannevole semplificazione che deriva dall'esame isolato di talune norme». «La mancata considerazione dello stesso mutamento legislativo verificatosi nel libro delle obbligazioni, per cui ad un immutato concetto di buona fede si sarebbe affiancato, senza minimamente influire su questa, la correttezza», conduce alla «destituzione del significato concreto di quest'ultimo concetto, visto unicamente come *ratio* di norme particolari (quasi indicazione sintetica di concetti contenuti in queste ultime)».

⁹⁹¹ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 140 ss.

⁹⁹² G. BRANCA, *Istituzioni di diritto privato*, cit., p. 323 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., pp. 194 e 305 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 205 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, pp. 194 e 395 ss.; R. NICOLÒ, *Adempimento*, cit., p. 558 ss. Cfr. M. GIORGIANNI, voce *Obbligazioni (teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 111 ss. L'A. afferma che mentre l'art. 1375 c.c. ha quale destinatario il solo debitore, l'art. 1175 c.c. si dirige al creditore, ma può funzionare anche nei confronti del debitore. *Contra* F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 956 ss.

⁹⁹³ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 136.

in generale, obbligatorio⁹⁹⁴. Difatti, la buona fede contrattuale considera la posizione di ciascun contraente in rapporto a quella dell'altro, in altri termini si tratta di un concetto caratterizzato dalla bilateralità e dalla reciprocità⁹⁹⁵. Ossia di un istituto che risponde alla fondamentale esigenza di assicurare la coesistenza delle varie sfere di libertà individuali⁹⁹⁶. Ragion per cui, tale norma si dirige al rapporto in quanto tale, dal momento che intende regolarlo sotto l'aspetto del «come», cioè a dire sotto il profilo comportamentale⁹⁹⁷. Pertanto, se è pur vero che tale comportamento verrà posto in essere per lo più dal debitore, ciò non toglie che il punto di riferimento costante sarà costituito dal rapporto come tale⁹⁹⁸. A ciò si aggiunga che appare del tutto ingiustificata la riconduzione del concetto di esecuzione del contratto al solo adempimento del debitore, poiché il momento esecutivo abbraccia un ambito più ampio, coincidente con il complesso degli obblighi derivanti dal contratto, senza quindi alcuna limitazione in ordine ai soggetti, siano essi titolari di una posizione attiva o passiva⁹⁹⁹. Passando ora ad analizzare la questione dalla prospettiva dell'art. 1175 c.c., gli autori citati osservano che considerare il creditore esclusivo destinatario del principio di correttezza, poiché al debitore avrebbe riguardo l'art. 1176 c.c., da un lato, significa operare (sia pure indirettamente) una equiparazione tra le funzioni svolte dal criterio di diligenza e quelle svolte dal principio di correttezza, mentre, dall'altro lato, significa ritenere esaurito nel richiamo di cui all'art. 1176 c.c. ogni possibile criterio di valutazione del comportamento del debitore. Quest'ultima proposizione sarebbe assolutamente errata, in quanto il vincolo derivante dall'art. 1175 c.c. si aggiunge a quello scaturente dall'art. 1176 c.c. e non ne rimane assorbito, come d'altronde ogni discorso di fungibilità o intercambiabilità tra i due criteri di valutazione¹⁰⁰⁰.

Infine, non resta che analizzare la tesi più interessante, la quale avanza una distinzione di tipo contenutistico, affermando che mentre la correttezza com-

⁹⁹⁴ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 232.

⁹⁹⁵ «La buona fede contrattuale è contrassegnata [...] dal fatto che essa investe nella sua totalità una situazione del rapporto, e non può quindi essere correttamente apprezzata considerando isolatamente le posizioni dei partecipanti al rapporto stesso». Così S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 144 ss. Si v., inoltre, R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 911 ss.; T. RAVÀ, *La bilateralità del diritto civile*, in AA.VV., *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Milano, 1969, p. 1771 ss.

⁹⁹⁶ R. NICOLÒ, *o.u.c.*, p. 911 ss.

⁹⁹⁷ Così F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 232, citando S. ROMANO, *Buona fede*, cit., p. 691. Nello stesso senso R. NICOLÒ, *Adempimento*, cit., p. 558; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 162; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., 367 ss.; R. SACCO, *La buona fede*, cit., p. 16.

⁹⁹⁸ S. ROMANO, *o.u.c.*, p. 691.

⁹⁹⁹ A. DI MAJO, *o.u.c.*, p. 370 ss.; U. NATOLI, *o.u.c.*, p. 7 ss.

¹⁰⁰⁰ Così F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 231 ss., sostanzialmente riassumendo le critiche mosse alla dottrina in esame da S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 144 ss.; ID., voce *Diligenza*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 542 ss., A. DI MAJO, *o.u.c.*, p. 367 ss. e U. NATOLI, *o.u.c.*, p. 7 ss.

porterebbe meri doveri negativi, la buona fede implicherebbe l'insorgere di obblighi positivi¹⁰⁰¹. Sul punto, si è messo in dubbio il valore di una distinzione siffatta, nel momento in cui esiste tutta una serie di norme dettate per la materia contrattuale¹⁰⁰² che riguardano tanto il profilo negativo che quello positivo, di cui – una volta adottata la distinzione in esame – diverrebbe impossibile una spiegazione in base a criteri unitari. In questi casi, pertanto, correttezza e buona fede diverrebbero inutili duplicazioni, conservando al più un valore meramente descrittivo¹⁰⁰³. Conseguentemente si afferma che una distinzione siffatta non esprime tanto una diversità di contenuto, bensì il diverso atteggiarsi della medesima regola in relazione a situazioni o momenti procedurali diversi¹⁰⁰⁴. Difatti, è il contenuto degli obblighi derivanti dall'integrazione *ex artt.* 1375 e 1175 c.c. che può differenziarsi secondo la positività o la negatività, e non il contenuto di tali norme¹⁰⁰⁵.

In conclusione, le difficoltà nel rinvenire nel Sistema un criterio distintivo sufficientemente giustificato guidano l'interprete verso una ricostruzione delle due norme in termini tendenzialmente omogenei. In altri termini, la differenza tra gli artt. 1175 e 1375 c.c. è per lo più terminologica. Difatti, non si rinviene una differente area di incidenza¹⁰⁰⁶ e i due concetti – a seconda della diversa ricostruzione proposta – o farebbero capo a un unico criterio di valutazione¹⁰⁰⁷, che ha ad oggetto il comportamento di tutti i soggetti interessati dal rapporto obbligatorio, oppure, presentandosi come specificazione del principio di solidarietà, avrebbero riguardo alla costruzione della norma contrattuale¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰¹ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 68 ss. *Contra* U. NATOLI, *o.u.c.*, p. 7 ss.; C. SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1957, p. 103 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 160 ss.; F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, cit., p. 711 ss.; F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 233 ss.

¹⁰⁰² Artt. 1681 e 2087 c.c. per il profilo negativo e artt. 1686, 1710, 1712 e 1747 c.c. per quello positivo.

¹⁰⁰³ Così S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 148.

¹⁰⁰⁴ F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 234.

¹⁰⁰⁵ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 149.

¹⁰⁰⁶ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 150. In particolare, l'A. osserva che «i criteri di correttezza e di buona fede [...] hanno una comune area d'incidenza, rappresentata dalla materia delle obbligazioni e dei contratti, nella quale tali criteri si presentano come specificazione del principio di solidarietà, la cui essenziale reciprocità esclude che dell'uno o dell'altro si possa parlare in relazione a una soltanto delle parti del rapporto». Si v. F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 234; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede*, cit., p. 42; R. SACCO, *La buona fede*, cit., p. 14; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 169 ss.; G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, p. 169; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede*, cit., p. 205 ss.

¹⁰⁰⁷ F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 234; Cass., 12 giugno 1947, n. 920, in *Rep. Foro it.*, 1947, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 160.

¹⁰⁰⁸ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 152 ss. L'A. precisa che «il criterio della correttezza si specifica in due direzioni: come criterio idoneo a consentire la formazione di una norma contrattuale tale da rendere possibile la realizzazione completa dell'operazione economica perseguita dalle parti;

Per quel che concerne il presente studio, ciò che interessa è porre in evidenza che, come si mostrerà in chiusura di capitolo, buona fede e correttezza rispondono a un'identica funzione, poco importando se a tal fine si differenziano o meno sotto il profilo operativo. E se si intende porre mano alla questione della configurabilità della buona fede (con funzione) integrativa, proprio al profilo funzionale dell'istituto bisogna volgere lo sguardo.

13. Segue: La precisazione per differenziazione del concetto di buona fede: la diligenza

A questo punto dell'analisi conviene ripartire dal quesito da ultimo formulato, ovverosia se la buona fede – il cui richiamo da qui in avanti deve intendersi riferito anche alla correttezza – vada o meno ricondotta entro le fonti di costruzione del regolamento contrattuale. Occorre da subito premettere che, come si vedrà a breve, gli argomenti tradizionalmente impiegati a sostegno della tesi negativa non appaiono particolarmente convincenti, ciononostante, negare il fondamento di questi non porta automaticamente alla soluzione della questione. Occorre procedere a un'analisi più approfondita che assuma quale oggetto privilegiato di studio il profilo funzionale della buona fede. A tal fine, è possibile trarre giovamento da un'altra comparazione, in questo caso con il dovere di diligenza di cui all'art. 1176 c.c.¹⁰⁰⁹.

Dalla prospettiva poc'anzi introdotta – a meno di non ricomprendere il dovere di diligenza entro le fonti di integrazione del contratto¹⁰¹⁰ – non si riven-

come criterio che, compatibilmente con il tipo di regolamento d'interessi perseguito dalle parti, consente la formazione di una norma contrattuale adeguata alle finalità d'ordine sociale perseguite dall'ordinamento».

¹⁰⁰⁹ Sul dovere di diligenza si v. S. RODOTÀ, *Diligenza*, cit., p. 543 ss.; U. NATOLI, *o.u.c.*, p. 106; G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, p. 104 ss.; G. OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 469 ss.; Id., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim.*, 1954, p. 594 ss.; R. NICOLÒ, *Adempimento*, cit., p. 558 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 203 ss.; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 137 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1959, p. 188 ss.; P. RESCIGNO, *Fortuito, causa non imputabile e diligenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1951, p. 388 ss.; R. SACCO, *«Diligenza del buon padre di famiglia» e fatto imputabile al debitore*, in *Foro pad.*, 1951, p. 923 ss.; U. BRECCIA, *o.u.c.*, *passim*; J. ESSER, *Schuldrecht*, cit., *passim*; K. LARENZ, *Lehrbuch*, cit., *passim*.

¹⁰¹⁰ Questa è la contestata posizione di L. MENGONI, *o.u.c.*, p. 198 ss., in particolare p. 203, ove l'A. afferma che «la diligenza [...] è una misura di imputabilità dell'impossibilità sopravvenuta dell'adempimento, impartita dallo stesso contenuto del rapporto obbligatorio, al quale la diligenza inerisce come criterio di una serie di obblighi integrativi strumentali». Come noto, l'A. fonda la propria teoria sulla contrapposizione tra secondo e primo comma dell'art. 1176 c.c., in tal modo ricavandone due concetti differenti di diligenza. Peraltro, altri autori (in particolare, G. OSTI, *Deviazioni dottrinali*, cit., p. 612 ss.), precisano che i due commi in questione non fanno altro che indicare criteri diversi per la determinazione del contenuto dell'unitaria nor-

gono particolari difficoltà nel differenziare le due norme nel momento in cui si riconosca alla buona fede ex art. 1375 c.c. una funzione (esclusivamente) integrativa del contratto¹⁰¹¹. Difatti – una volta attribuito alla diligenza il valore di criterio di responsabilità rispetto a una prestazione già determinata nel suo complesso, ossia il cui contenuto sia stato integralmente fissato – in un caso (art. 1176 c.c.) si tratterà della misura dello sforzo del debitore, ossia della valutazione della conformità del suo comportamento a quello dovuto, e nell'altro (art. 1375 c.c.) del farsi del contenuto del contratto¹⁰¹². Le difficoltà in questa ipotesi, semmai, consisteranno – oltre che nell'indicazione del fondamento dell'intervento integrativo ad opera della buona fede – nell'individuazione di una distinzione netta rispetto all'altra fonte di integrazione giudiziale (l'equità)¹⁰¹³. Una contrapposizione quest'ultima che, se non si risolve nel riconoscimento della tendenza totalizzante della buona fede ai danni di un'equità che quotidianamente vede usurpati spazi che gli erano propri, conduce ad ammettere la loro sostanziale intercambiabilità¹⁰¹⁴.

ma di diligenza. Sul tema si v. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 412 ss. Si v., inoltre, le osservazioni critiche di U. NATOLI, *o.u.c.*, p. 86 ss.; G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 27 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 156 ss.

¹⁰¹¹ Tra gli altri S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 112 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 97 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata*, cit., p. 227 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 35 ss.; ID., *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim.*, 1960, p. 1342 ss.; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede*, cit., p. 205 ss.; G. CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 709 ss.; A. DI MAJO, *o.u.c.*, p. 298 ss.; A. RAVAZZONI, voce *Diligenza*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1989, p. 2 ss.; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità*, cit., p. 83 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 493 ss.; G.F. MANCINI, *o.u.c.*, p. 27 ss. Peraltro, per l'A. da ultimo citato la norma integrativa è l'art. 1175 c.c., e non l'art. 1375 c.c. In Spagna, in particolare, si v. J.L. DE LO MOZOS, *El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el derecho español*, Barcelona, 1965, p. 124 ss.

¹⁰¹² S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 160; V. ROPPO, *o.u.c.*, p. 466.

¹⁰¹³ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 246, risolve la questione considerando, da un lato, la buona fede come una clausola generale e, pertanto, una norma giuridica che, seppur caratterizzata da un contenuto estremamente elastico, implica in ogni caso il riferimento a parametri oggettivi, anche se variabili. Ossia a parametri che il giudice certamente contribuisce a elaborare, ma non in funzione esclusiva della singola fattispecie. Dall'altro, diversamente, l'equità viene considerata un criterio di giudizio che si risolve nell'ampliamento dei poteri del giudice in ordine all'apprezzamento di circostanze altrimenti irrilevanti.

¹⁰¹⁴ Si tratta della nota posizione di R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 433. L'A. considera queste regole, che definisce d'opinione, dei criteri che, seppur distinti, sono intercambiabili. Osservando, inoltre, che «anche i criteri intrinseci dei tre sistemi sono affini. Le contrapposizioni fra un'equità dal contenuto ineffabile, tutta legata al giudice e al giudizio, una correttezza oggettivizzata e ben definibile, una buona fede come elemento di riferimento di una clausola generale, sono il risultato di edificazioni teoriche che contrappongono i vari sistemi considerati in base a caratteristiche che poi in realtà emergono o scompaiono a seconda dell'ottica in cui la regola di opinione viene osservata». Aderisce V. ROPPO, *o.u.c.*, p. 465 ss. Preoccupazioni circa un ritorno alla indistinzione tra buona fede ed equità si rinvencono in F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buo-*

Incontrano maggiori difficoltà quelle dottrine che circoscrivono la buona fede oggettiva all'interno della sola fase esecutiva – in tal modo rifiutandone il valore di fonte di integrazione del contenuto contrattuale – considerandola un mero criterio di valutazione della condotta dei contraenti¹⁰¹⁵ e, secondo solo alcuni autori, anche fonte di obblighi genericamente strumentali¹⁰¹⁶. Problematicità queste comuni anche a quelle dottrine che ricostruiscono la norma come caratterizzata dalla convivenza di entrambe le funzioni (integrativa e valutativa della condotta esecutiva)¹⁰¹⁷.

Le dottrine da ultimo citate considerano la buona fede (con funzione valutativa) una norma che, lungi dall'essere rivolta alla regola contrattuale, fa esclusivo riferimento ai contraenti, o meglio, al loro contegno in sede di esecuzione del contratto. Ciò analogamente a quanto accade con la diligenza, la quale mira anch'essa alla disciplina del comportamento esecutivo. Peraltro, è proprio sotto tale profilo che si rinviene una prima importante differenza di carattere strutturale, la quale, come si vedrà, finisce per ripercuotersi anche sulla funzione delle due norme. Difatti, a contrario della buona fede, la diligenza non presenta il carattere della reciprocità. In altri termini, pur risolvendosi in una valutazione globale del rapporto, essa non si dirige a entrambi i contraenti, bensì esclusivamente alla persona del debitore¹⁰¹⁸. Non presenta particolari difficoltà neanche l'individuazione di una differenza sotto il profilo della natura delle norme, difatti solo per la buona fede è corretto parlare di clausola generale, mentre rispetto alla diligenza occorre esprimersi in termini di regola elastica¹⁰¹⁹. La questione si complica, almeno apparentemente, rispetto al profilo funzionale, considerato che entrambe le regole si pongono nella fase esecutiva del rapporto e forniscono un criterio valutativo della stessa. Peraltro, anticipando quanto si dirà in chiusura di capitolo, un differenziazione potrebbe essere rinvenuta nella circostanza che la regola di cui all'art. 1375 c.c. intende governare la discrezionalità che caratterizza l'esecuzione di

na fede ed equità, cit., p. 537 ss.

¹⁰¹⁵ M. GIORGIANNI, voce *Buon padre di famiglia*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1958, p. 596 ss.; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 367 ss.; F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 241 ss.; F. ZICCARDI, *o.u.c.*, p. 108 ss.; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, p. 40 ss.

¹⁰¹⁶ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 32 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 190 ss.; ID., *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 169 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede*, cit., p. 4 ss.

¹⁰¹⁷ S. ROMANO, *Buona fede*, cit., p. 677 ss.; F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, cit., p. 709 ss.; G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, cit., p. 163 ss.; F. PIRAINO, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 175 ss.

¹⁰¹⁸ Si v. S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 153.

¹⁰¹⁹ Tra gli altri si v. T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, cit., p. 71; U. NATOLI, *o.u.c.*, p. 106; S. RODOTÀ, *Diligenza*, cit., p. 543 ss.

un contratto¹⁰²⁰ il cui contenuto sia stato definitivamente determinato (attraverso l'operare delle varie fonti di integrazione dello stesso). In altri termini, la buona fede risponde alla logica del divieto di abuso del diritto, intrinseca nello stesso concetto di diritto soggettivo, in base alla quale la parte non può approfittare degli spazi di libertà consentiti dalle modalità esecutive del contratto conseguendo un risultato illegittimo a danno della controparte. In altri termini, la norma vieta la realizzazione di un interesse diverso da quello che la regola contrattuale intendeva regolare, dal quale derivi un ingiustificato sacrificio degli interessi e delle aspettative (giuridicamente rilevanti) della controparte. Potrà poi discutersi – come si farà in seguito – se nella realizzazione di tale finalità la buona fede si concretizzi nella «specificazione» (delle modalità esecutive) dell'obbligazione principale del contratto o se possa spingersi sino alla creazione di «nuove» obbligazioni strumentali rispetto a quest'ultima, ma in questo momento è sufficiente arrestarsi alla constatazione che essa, in ogni caso, resta indirizzata esclusivamente alla sfera comportamentale esecutiva dei contraenti e, pertanto, non produce alcun effetto rispetto al contenuto del contratto.

Se questa è la funzione della buona fede esecutiva, diversamente, la regola elastica di cui all'art. 1176 c.c. fornisce un criterio di responsabilità¹⁰²¹, attraverso il quale valutare se la prestazione del debitore possa considerarsi adeguata rispetto a un contratto il cui contenuto sia stato già definito (attraverso l'intervento delle varie fonti di integrazione) e le cui modalità esecutive siano state definitivamente specificate attraverso l'operare delle clausole generali di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.¹⁰²². In altri termini, la funzione della diligenza è quella di valutare (o misurare) lo sforzo che l'ordinamento può pretendere dal debitore nell'adempimento della propria prestazione¹⁰²³, oltre il quale, dive-

¹⁰²⁰ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 355; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1044.

¹⁰²¹ Si v. anche S. RODOTÀ, *Diligenza*, cit., p. 543 ss., nella parte in cui osserva che «la diligenza si profila come un criterio per valutare la conformità del comportamento del debitore a quello dovuto, come criterio alla stregua del quale apprezzare la violazione del limite individuato dalle norme sulla correttezza: e, dunque, come un tipico criterio di responsabilità». Cfr. Cass., 26 novembre 1997, n. 11843, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Obbligazioni in genere*, n. 20.

¹⁰²² Diversamente L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 169 ss. ritiene che «l'attuazione del rapporto obbligatorio a latere *débitons* non è dominata soltanto dal criterio della diligenza (art. 1176), ma anche da quello di correttezza e buona fede e che non può costituire adempimento ex art. 1218 l'esecuzione di una prestazione, che, pur rigorosamente esatta nel senso già indicato ed improntata addirittura ad un massimo di diligenza, non sia idonea a realizzare l'interesse che sta a fondamento del credito perché eseguita in modo tale da costringere il creditore a rifiutarla».

¹⁰²³ Cfr. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 185 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 297 ss.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Milano, 1987, p. 226 ss.; ID., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, p. 172 ss.; G.M. UDA, *Integrazione del contratto*, cit., p. 319 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 466.

nendo la prestazione inesigibile¹⁰²⁴, non potrà essere considerato inadempiente.

14. Segue: La questione dell'ammissibilità della buona fede c.d. integrativa

Specificati i contorni del concetto di buona fede contrattuale e, in tal modo, fissati i presupposti minimi per lo studio funzionale dell'istituto, può ora procedersi alla trattazione delle questioni logicamente successive, in particolar modo quella della sua ricomprensione entro il sistema di fonti di integrazione del contratto.

Sotto questo profilo, la dottrina che ha compiuto i maggiori sforzi a sostegno della soluzione positiva¹⁰²⁵ non ritiene che gli argomenti tradizionalmente impiegati per escludere l'operatività dell'art. 1375 (e 1175) c.c. dall'ambito del fenomeno integrativo siano insuperabili. A parte le preoccupazioni circa la limitazione dell'autonomia privata e i pregiudizi alla certezza del diritto che tale ricostruzione comporterebbe¹⁰²⁶, in questa sede interessano maggiormente le altre ragioni poste a fondamento della tesi negativa e, soprattutto, la strategia argomentativa utilizzata per superarli. In particolare, pur concordando con l'asserito carattere tassativo dell'elencazione delle fonti (di integrazione) di cui all'art. 1374 c.c.¹⁰²⁷, non lo si ritiene sufficiente ai fini dell'esclusione della configurabilità della buona fede integrativa. Difatti, si precisa che il carattere tassativo dell'elencazione contenuta in una norma non significa che tale elenco sia in ogni caso immodificabile, bensì semplicemente che occorre una norma di legge ai fini del suo ampliamento. Legge a tal fine individuata nell'art. 1175 (e 1375) c.c.¹⁰²⁸.

Tale argomento non convince pienamente. Il sospetto è che non sia totalmente esente dai vizi dell'inversione metodologica, almeno nel momento in cui risolve la questione assumendo un presupposto che è tutto da dimostrare (la funzione integrativa della buona fede) e che anzi sembra dipendere, almeno parzialmente, dalla preventiva soluzione della stessa. Diversamente, la dottrina critica ha preferito impiegare argomenti storico-sistematici e formali che, seppur non pienamente convincenti, sembrano contenere un fondo di verità.

¹⁰²⁴ L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1088 ss.

¹⁰²⁵ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 112 ss.

¹⁰²⁶ Ad es. si v. A. VERGA, *Errore e responsabilità*, cit., p. 242 ss.; G. OPPO, *Profili*, cit., p. 108 ss. Sulla questione si v. S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 165 ss.

¹⁰²⁷ Il carattere tassativo dell'elencazione di cui all'art. 1374, quale argomento a sostegno dell'inammissibilità della funzione integrativa della buona fede, viene affermato da U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 47.

¹⁰²⁸ S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 117 ss.

Con questi, difatti, si è inteso rimarcare la distanza che separa le disposizioni di cui agli artt. 1374 e 1375 c.c. e, pertanto, l'infondatezza di una ricostruzione che intenda considerarle due norme reciprocamente integrantesi. Nel far ciò, peraltro, invece che concentrare l'analisi sulle differenti logiche che caratterizzano le disposizioni in parola, si è preferito ricordare come nel passaggio dal codice civile Pisanelli all'attuale codice il legislatore abbia scisso il vecchio art. 1124 (che ricomprendeva sia la buona fede che le fonti di integrazione) in due norme (artt. 1374 e 1375 c.c.), di tal maniera venendo meno la possibilità di considerare sullo stesso piano la regola della buona fede e il fenomeno integrativo. Tale divisione dell'unitario art. 1124 c.c. Pisanelli varrebbe a rimarcare la netta distinzione del momento dell'integrazione da quello dell'esecuzione¹⁰²⁹. Conclusione questa pienamente condivisibile, ma, come si mostrerà, dimostrabile a partire da uno studio delle connessioni in essere tra i vari livelli nei quali si articola il fenomeno contrattuale, senza alcuna necessità di scomodare il debole argomento della volontà del legislatore storico.

Se il primo pilastro eretto a sostegno della tesi positiva non presenta sufficiente solidità, il secondo appare ben più interessante e di non immediata soluzione. In particolare, si afferma che la buona fede, in quanto prevista da una norma legale (l'art. 1375 c.c.), rientrerebbe in quella previsione massimamente comprensiva contenuta nell'art. 1374 c.c., costituita dall'indicazione della leg-

¹⁰²⁹ U. NATOLI, *o.u.c.*, p. 27 ss., secondo il quale «il codice vigente riserva ai due principi due disposizioni diverse [...] distinguendo nettamente il momento dell'integrazione da quello dell'esecuzione del contratto. [...] l'uno riguarda in astratto il senso del comportamento dei soggetti, l'altro attiene, invece, al come di tale comportamento concreto». A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 377 ss.; G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 76 nota 68; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 236. L'A. osserva che «l'art. 1124 dell'abrogato codice civile [...] è stato scisso dal legislatore del 1942 negli artt. 1374 e 1375, ribadendosi così la priorità della fase integrativa, che ha riguardo alla regola contrattuale, rispetto a quella esecutiva (che ha riguardo all'attuazione di essa) e attribuendosi alle due fasi diversi criteri di giudizio». *Contra* S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 119 ss., secondo il quale «una conclusione così impegnativa non sembra possa raggiungersi unicamente con argomenti tratti dalla natura sistematica legislativa». Peraltro, ricorrendo la storia delle norme in questione, a partire dall'origine codicistica napoleonica, conclude affermando che «la storia delle norme in questione rivela una sostanziale uniformità, rispetto alla quale non ha carattere effettivamente innovativo neppure l'inversione dei due termini del rapporto, operata dal codice civile del 1942 [...]. Né, in definitiva, deve sorprendere il fatto che nessun esplicito chiarimento accompagni la vicenda appena ricordata: sia perché si è esattamente rilevato che già "l'abrogato art. 1124 conteneva sostanzialmente due diverse norme, come facilmente si poteva desumere dalla sua formulazione"; sia perché è evidente che l'innovazione relativa al principio di correttezza andava ben al di là delle norme citate, sì che lo stesso significato di queste dipende dalla complessa ricostruzione del sistema». L'A., inoltre, riporta come non sia isolata in dottrina l'opinione che vede negli artt. 1374 e 1375 c.c. due norme che in realtà si integrano. In particolare, si v. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 248; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 230 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 87.

ge come fonte di integrazione del contratto. La quale, sempre secondo la dottrina in analisi, consentirebbe di far capo a qualsiasi strumento legislativo a cui sia stata attribuita una funzione integratrice¹⁰³⁰.

Conviene iniziare osservando che la critica solitamente mossa a tale impostazione, basata su un'interpretazione restrittiva della lettera dell'art. 1374 c.c., per la quale il richiamo alla legge contenuto in tale articolo andrebbe inteso come riferito esclusivamente alla legge puntuale¹⁰³¹, è lontana dall'essere condivisibile. Difatti – lo si mostrava nell'ambito della trattazione dedicata alla fonte legale di integrazione¹⁰³² – non esistono ragioni evidenti (e fondate) per ritenere che, nel contesto di tale norma, il riferimento alla legge assuma un significato tanto ristretto. Più nello specifico, se in linea teorica potrebbero sorgere dei dubbi rispetto a quelle fonti caratterizzate da una funzione distinta da quella legale e/o gerarchicamente subordinate ad essa, al contrario, non può sussistere alcuna incertezza rispetto agli atti aventi funzione normativa e forza di legge. Questa sembrerebbe la conclusione più adeguata, oltre che per una basilare esigenza logica (quella espressa dalla regola *a fortiori ratione*), considerando il rilievo degli interessi e dei valori che sottostanno a tali fonti. Pertanto, da questa prospettiva, ben potrebbe sostenersi che il richiamo alla legge di cui all'art. 1374 c.c. possa tranquillamente ricomprendere anche le clausole generali, nonché i principi e i diritti fondamentali.

Ciononostante, una volta accertato che il richiamo alla legge di cui all'art. 1374 c.c. può teoricamente ricomprendere anche a quelle particolari disposizioni normative note sotto il nome di clausole generali, occorre domandarsi se tale estensione sia (usando un termine più politico che giuridico)¹⁰³³ opportuna. Il dubbio sorge analizzando il funzionamento delle clausole generali, in particolare la buona fede.

La clausola generale è una struttura normativa caratterizzata da grande elasticità, in quanto il suo contenuto non può essere preventivamente ricondotto a una serie di elementi determinati, bensì si presenta connesso con «complessi di indicazioni variabili». Tale struttura risponde alla particolare funzione di tali norme, ovvero sia ridurre la tensione tra norma giuridica e realtà regolata, impedendo l'irrigidirsi della legislazione di fronte ai mutamenti della contesto sociale. Per tale ragione le clausole generali rappresentano lo strumento più adeguato per regolare una realtà dal dinamismo crescente, e quindi irriducibile alla tipizzazione di ipotesi già definite. Peraltro, tali norme presentano il non trascurabile problema dell'individuazione del loro contenuto, il quale, da un lato, non può essere determinato in maniera rigida una volta per tutte, pena la

¹⁰³⁰ Così S. RODOTÀ, *o.u.c.*, p. 165; V. ROPPO, *o.u.c.*, p. 465.

¹⁰³¹ F. GAZZONI, *o.u.c.*, p. 237 ss.

¹⁰³² Cap. V, § 2.

¹⁰³³ Sulla tecnica giuridica come politica del diritto si v. soprattutto M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, *passim*.

negazione della natura della clausola, dall'altro, tale operazione richiede particolari forme di controllo che riducano il rischio di un'applicazione arbitraria da parte del giudice. Per tale ragione, si afferma l'impossibilità di far diretto e generico ricorso alla coscienza sociale, proponendo, ai fini della ricostruzione del contenuto delle clausole generali, di affidarsi al filtro rappresentato dalle norme costituzionali¹⁰³⁴. Coerentemente con questa impostazione, si afferma che la clausola generale per eccellenza (la buona fede) è specificazione del principio di solidarietà¹⁰³⁵. Mentre, il parametro cui far riferimento nella concreta definizione del suo contenuto andrebbe ricavato, in primo luogo, dai principi costituzionali in materia di diritti e doveri dei soggetti privati¹⁰³⁶, e, in secondo luogo, dai lineamenti generali che il principio di solidarietà ha assunto nel sistema civilistico¹⁰³⁷. Così facendo si stabilisce un ponte a collegamento degli artt. 1375 e 1175 c.c. con i fondamenti e le direttive etico-sociali di tutto l'ordinamento (in particolare con i principi costituzionali)¹⁰³⁸. L'aggancio alla Costituzione, da un lato, consente alla buona fede di conservare la propria intrinseca flessibilità grazie al collegamento con norme (quelle costituzionali) inevitabilmente generiche e altrettanto indefinite, dall'altro, permette alle soluzioni derivanti dall'applicazione di tale clausola generale di guadagnare autorità e legittimazione attraverso il richiamo ai valori fondanti dell'ordinamento. Il risultato finale di tale operazione consiste nell'assicurare alla buona fede, e di conseguenza a tutta la disciplina civilistica, un contenuto aperto e progressivo, proprio nella misura in cui la Costituzione è più aperta e progressiva del codice¹⁰³⁹.

Ora, considerare il riferimento alla legge di cui all'art. 1374 c.c. come ricomprendente anche le clausole generali (come la buona fede) assume a tutti gli effetti le fattezze di un «rinvio a un rinvio», ossia del rinvio a una norma che a sua volta rinvia a criteri esterni per la determinazione del suo contenuto. Il problema sorge nel momento in cui, nell'individuare tali criteri, si indichi

¹⁰³⁴ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., p. 83 ss.; Id., *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 184 ss.; Id., *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 709 ss.

¹⁰³⁵ Il primo collegamento nell'ordinamento italiano tra principio di solidarietà e clausola di buona fede si deve a E. BETTI, *o.u.c.*, p. 65 ss. Alcuni A. giungono sino ad identificare la buona fede-correttezza con il principio di solidarietà. Si v. ad es. G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 82 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit., p. 76 ss.; G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto*, cit., p. 196 ss.

¹⁰³⁶ In merito alla buona fede quale strumento per una parziale affermazione del principio di uguaglianza nel contratto si v. ad es. V. ROPPO, *o.u.c.*, p. 469.

¹⁰³⁷ Così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 150 ss.

¹⁰³⁸ Si v. U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim.*, 1958, p. 18 ss.; Id., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 2 ss.; G. GRISI, *L'autonomia privata*, cit., p. 150 ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 537 ss.

¹⁰³⁹ Così, riferendosi alla buona fede e all'equità, R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 434.

anche il principio di solidarietà¹⁰⁴⁰, ossia un principio che ha natura generativa di nuovi infiniti diritti¹⁰⁴¹. In quanto tale, non può essergli riconosciuta alcuna capacità selettiva degli interessi in concreto meritevoli di tutela. Si tratta, in altri termini, di un meta-principio¹⁰⁴² che, in quanto tale, necessita di specificarsi attraverso l'enucleazione di (sotto)principi operativi, mentre se viene chiamato a operare direttamente attraverso la clausola della buona fede integrativa non produce altri risultati se non una spirale tautologica¹⁰⁴³, suscettibile a sua volta di dar vita a un aumento ipertrofico e sostanzialmente incontrollato degli obblighi derivanti dal contratto a seguito dell'intervento integrativo ex art. 1375 c.c.

Problema questo avvertito anche dalle dottrine favorevoli all'inclusione della buona fede nell'ambito delle fonti di costruzione del regolamento contrattuale. Così, se già in sede di prime formulazioni della teoria veniva avvertita l'esigenza di elaborare modelli operativi attraverso l'individuazione di figure sintomatiche (c.d. *Fallgruppen*)¹⁰⁴⁴ ricavate dalle applicazioni giurisprudenziali della buona fede¹⁰⁴⁵, i contributi successivi alla teoria si concentrano precisamente sul problema della razionalizzazione delle ipotesi (e delle modalità) operative della buona fede. Tale operazione è sostanzialmente comune a tutti quegli ordinamenti che hanno inteso rivalutare il senso di tale clausola generale. Tra questi, al fine di porre in evidenza un paradosso che caratterizza gli svolgimenti che hanno interessato l'art. 1375 c.c., conviene partire dall'analisi delle vicende che hanno caratterizzato la buona fede in quell'ordinamento che per primo intese sfruttarne le potenzialità integrative.

¹⁰⁴⁰ Sulle difficoltà insite nella ricerca della compatibilità giuridica tra normativa privatistica e principio di solidarietà si v. G. CIAN, *Diritto civile come diritto privato comune. Ruolo e prospettive della civilistica italiana alla fine del XX secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 13 ss. L'effetto sarà ancora maggiore ove si ritenga che «la clausola di buona fede attinge, se non proprio al costume, certamente alle incarnazioni sociali di quell'istanza morale rappresentata da quel che risulta universalmente necessario alla realizzazione di un fine». F. PIRAINO, *L'integrazione del contratto e il precetto di buona fede*, cit., p. 190.

¹⁰⁴¹ Così R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, p. 365.

¹⁰⁴² Secondo G.M. UDA, *Integrazione del contratto*, cit., p. 328, la solidarietà sociale è diretta, a prima vista, «più verso soluzioni di problematiche politiche e sociali – seppur in un'ottica giuridica – che verso il regolamento e il funzionamento di una singola fattispecie contrattuale».

¹⁰⁴³ Ossia l'ipotesi in cui la determinazione del significato di un sintagma indeterminato viene affidata a una formula che sconta il medesimo grado di indeterminatezza. Così V. VELLUZZI, *L'abuso del diritto dalla prospettiva della filosofia giuridica*, in G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016, p. 169.

¹⁰⁴⁴ K. LARENZ, M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1997, p. 83 ss.; A. BEATER, *Generalklauseln un Fallgruppen*, in *Arch. civ. Prax.*, 1994, p. 82 ss. Si v. le osservazioni critiche di R. WEBER, *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen*, in *Arch. civ. Prax.*, 1992, p. 516 ss.

¹⁰⁴⁵ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 192.

Così, in Germania, seguendo il classico ciclo biologico¹⁰⁴⁶ delle clausole generali, le più rilevanti articolazioni applicative della buona fede vengono strutturate seguendo una tripartizione: la buona fede come limite all'esercizio di un diritto (*unzulässige Rechtsausübung*), come strumento di adeguamento del regolamento contrattuale a seguito di una sopravvenienza (*Geschäftsgrundlage*) e, infine, come fonte di obblighi collaterali o accessori (*Nebenpflichten*)¹⁰⁴⁷ funzionali al raggiungimento del risultato utile che il rapporto obbligatorio è diretto a realizzare¹⁰⁴⁸. Nell'ottica della buona fede integrativa, quest'ultima ipotesi è quella che maggiormente interessa, in quanto l'analisi dei suoi svolgimenti nell'ambito dell'ordinamento tedesco può fornire una rappresentazione di quell'effetto generativo di nuovi infiniti diritti di cui si discorreva poc'anzi in merito alle conseguenze derivanti dal collegamento della buona fede con il principio di solidarietà.

La galassia di ipotesi integrative realizzate per mezzo della buona fede inizialmente viene organizzata attraverso l'individuazione della categoria degli obblighi di prestazione (*Leistungspflichten*), distinti in primari (che specificano gli obblighi principali dedotti nel contratto) e secondari (ossia tutti quegli obblighi che, nonostante non siano stati espressamente previsti dai contraenti, appaiono indispensabili per l'attuazione della prestazione). A questa, ben presto, venne ad affiancarsi la categoria degli obblighi ulteriori di comportamento (*weiteren Verhaltenspflichten*), la quale ricomprende una congerie di doveri in costante ed esponenziale aumento: tra gli altri, obblighi di informazione e avviso, di custodia, di segretezza, di cooperazione, di fedeltà e assistenza. Entro i confini tracciati da quest'ultima sotto-categoria, infine è stata concettualizzata la specie di obblighi più rilevante sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo: gli obblighi di protezione (*Schutzpflichten*)¹⁰⁴⁹. I quali, a loro volta, si articolano in un'ampia casistica di doveri finalizzati alla protezione degli

¹⁰⁴⁶ Secondo J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., p. 150 ss., le clausole generali seguono un ciclo biologico immutabile. In particolare, tali clausole iniziano a diffondersi lentamente nella pratica giurisprudenziale, e, (solo) quando tali tendenze assumono un rilievo importante, giunge la riflessione scientifica della dottrina, tentando di razionalizzare gli indirizzi giurisprudenziali esistenti.

¹⁰⁴⁷ K. LARENZ, *Lehrbuch*, cit., p. 9 ss.; H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Arch. civ. Prax.*, 1932, p. 257 ss. Sul tema si v. F. BENATTI, voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 222 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 1 ss.

¹⁰⁴⁸ V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 110. Sul tema si v. F. WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1986, p. 25 ss.; P. KINDLER, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in *Contr. impr./Eur.*, 1998, p. 666 ss.; G.H. ROTH, *Commento al § 242 BGB*, in *Müchener Kommentar zum BGB, Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1994, p. 122 ss.

¹⁰⁴⁹ H. STOLL, *Abshied*, cit., p. 257 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch*, cit., p. 26 ss.; U. HUBER, *Leistungsstörungen*, Tübingen, 1999, p. 141 ss.

interessi di ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio¹⁰⁵⁰.

Tale teoria trovò cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano grazie alla valorizzazione del ruolo sistematico dell'art. 1175 c.c., considerato, almeno da alcuni autori¹⁰⁵¹, la vera grande novità apportata alla disciplina delle obbligazioni con il codice civile del 1942¹⁰⁵². Difatti, si intravede in tale norma il superamento dell'obbligazione intesa come struttura lineare¹⁰⁵³, in favore di una concezione che, diversamente, le riconosce una struttura complessa. Ossia un'obbligazione caratterizzata dalla coesistenza, attorno all'obbligo di prestazione, di una congerie di obblighi (bilaterali) collaterali o accessori che hanno la funzione di assicurare la piena realizzazione di tutti gli interessi per il soddisfacimento dei quali il vincolo è sorto o che comunque a tale vincolo necessariamente si ricollegano¹⁰⁵⁴. Così, trovarono ingresso anche nell'ordinamento italiano – incontrando il favore della dottrina maggioritaria¹⁰⁵⁵ e della giurisprudenza¹⁰⁵⁶ – una galassia di obblighi accessori (in particolare, gli obblighi

¹⁰⁵⁰ Su tali classificazioni si v. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 13 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 177 ss.; F. BENATTI, *Doveri di protezione*, cit., p. 222 ss.

¹⁰⁵¹ Principalmente L. MEGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 185 ss. Si v. A. DI MAJO, *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 119 ss. Infine si v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 123, seppur per ragioni parzialmente diverse.

¹⁰⁵² F. PIRAINO, *o.u.c.*, p. 189. L'A. osserva che «gli artt. 1337, 1366, 1375 c.c. attuano poi quell'allargamento di campo ai rapporti contrattuali e non, che consente di concepire gli obblighi *ex fide bona*, specie quelli di protezione, anche in ambiti relazionali che non hanno la forma giuridica dell'obbligazione (si pensi, ad es., alle relazioni precontrattuali o ai contratti ad effetti reali)».

¹⁰⁵³ Ossia l'idea romanistica dell'obbligazione, nella quale ai poli si situano il creditore e il debitore, rispettivamente dal lato attivo e passivo. V. BONGIOVANNI, *Integrazione del contratto e clausole implicite*, cit., p. 87.

¹⁰⁵⁴ F. PIRAINO, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 189 ss.; ID., *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 270 ss.; S. RODOTÀ, *Le clausole generali*, in G. ALPA, M. BESSONE (diretto da), *I contratti in generale*, Torino, 1991, p. 406 ss.; C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Milano, 1990, p. 1 ss.

¹⁰⁵⁵ L'elenco sarebbe in verità sterminato, pertanto, senza pretesa di completezza si v. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 68 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 185 ss.; G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., 1957, p. 3 ss.; M.A. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 91 ss.; ID., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964, p. 62 ss.; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 58 ss.; F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, cit., p. 711 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., p. 1 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 316 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 172 ss.

¹⁰⁵⁶ Si v. in particolare Cass., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, p. 769 ss., con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimenti e onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Giur. it.*, 2008, p. 1152 ss., con nota di G. COTTINO, *Dalle Sezioni Unite alle Sezioni semplici: precisazioni (e dubbi) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato ad esigerlo*; Cass., 10 novembre 2010, n. 22819, in *Resp. civ.*, 2011, p. 752 ss., con nota di

di protezione) e secondari strumentali (di custodia, di avviso, di informazione e di esecuzione) non molto dissimile da quella prodotta dalle teorizzazioni tedesche.

Tale impostazione incontra il favore anche di quelle dottrine¹⁰⁵⁷ (minoritarie) che, negando la configurabilità della funzione integrativa della buona fede, le riconoscono esclusivamente una funzione c.d. valutativa della condotta attuativa del vincolo obbligatorio¹⁰⁵⁸, ovvero sia quale limite alle pretese individuali. In queste ricostruzioni, pertanto, gli obblighi integrativi strumentali vengono considerati mere specificazioni o momenti del contenuto della prestazione principale¹⁰⁵⁹. Ragion per cui, non si avrebbe un'obbligazione principale e una accessoria (di protezione o di sicurezza), ma un'obbligazione unitaria, della quale la legge evidenzia due diversi aspetti, senza per questo spezzarne il contenuto unitario¹⁰⁶⁰.

Al di là dei dubbi circa la coerenza di questa operazione ricostruttiva – che, se da un lato delinea un'attività di specificazione della prestazione principale che si concretizzerebbe nella creazione di obblighi contrattuali, dall'altro, le nega natura integrativa, sebbene il contenuto del contratto si manifesta in relazione agli effetti che esso è destinato a produrre¹⁰⁶¹ e, pertanto, gli effetti extra-convenzionali del regolamento sono sempre integrativi¹⁰⁶² – in questa sede interessa porre l'accento su un diverso aspetto. In particolare, sul fatto che nel momento in cui si ammette l'ampliamento degli obblighi contrattuali, seppur intrinseci alla prestazione principale, attraverso la valutazione del comportamento esecutivo delle parti – avuto riguardo anche alla congruità rispetto a certe esigenze rivelate dal caso concreto – e, soprattutto, si afferma

C. FIN, *Illegittimità del protesto e risarcimento del danno non patrimoniale per violazione del dovere di protezione nei confronti del correntista*.

¹⁰⁵⁷ U. NATOLI, *o.u.c.*, p. 14 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 170 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede*, cit., p. 85 ss.; A. GALOPPINI, *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede*, cit., p. 1379 ss.; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 179 ss.; V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, p. 300 ss.

¹⁰⁵⁸ U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 18 ss.

¹⁰⁵⁹ «Tali “doveri”, lungi dal porsi quali obblighi accessori con autonomia di contenuto e di oggetto, o costituiscono – al pari dei cosiddetti doveri integrativi di prestazione – niente più che tipiche specificazioni, momenti particolari dell'obbligazione, il cui contenuto unitario si determina in relazione alla natura della prestazione ed alle modalità di esecuzione [...]; o si traducono, invece, in puri e semplici oneri e, più esattamente, in limiti formali riguardanti l'esercizio di un diritto». Così L. BIGLIAZZI GERI, *o.u.c.*, p. 169 ss. Si afferma a sostegno che «lo schema legale, per quanto minuzioso possa essere, è sempre passibile di determinazione ulteriore in base alla natura della prestazione e alle modalità di tempo e luogo in cui essa deve essere eseguita». Così U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto*, cit., p. 18.

¹⁰⁶⁰ Così L. BIGLIAZZI GERI, *o.u.c.*, p. 169 ss.

¹⁰⁶¹ A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 211.

¹⁰⁶² Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 471 ss.

che tale attività deve essere guidata dal principio di solidarietà e dagli altri principi su cui poggia l'ordinamento giuridico¹⁰⁶³, si finisce per dar luogo a risultati non troppo dissimili da quelli della contestata teoria della buona fede integrativa¹⁰⁶⁴.

15. *Segue: La buona fede e il cielo in una stanza*

La teoria degli obblighi integrativi *ex fide bona* nasce in Germania per porre rimedio a una specifica deficienza che caratterizzava il sistema di responsabilità ante riforma del 2001¹⁰⁶⁵. In particolare, per rispondere alla domanda di tutela di interessi che, sebbene considerati meritevoli, non trovavano alcuna protezione a causa delle rigidità che caratterizzavano i sistemi di responsabilità extracontrattuale¹⁰⁶⁶ e, soprattutto, contrattuale. Quest'ultimo, in particolare, fondato sui concetti di impossibilità dell'adempimento imputabile al debitore (§280 BGB ante riforma) e della mora (§284 BGB ante riforma)¹⁰⁶⁷, non permetteva di sanzionare le c.d. violazioni contrattuali positive¹⁰⁶⁸. Ora non sfugge che nell'ordinamento italiano tale necessità non sussiste grazie a un sistema

¹⁰⁶³ U. NATOLI, *o.u.c.*, p. 33 ss.

¹⁰⁶⁴ Pur negando l'ammissibilità della buona fede come fonte di integrazione del contratto e, sostanzialmente, aderendo alla tesi riportata nel teso, appaiono di indubbio interesse le considerazioni di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit., p. 28, nella parte in cui si domanda «se sussista veramente la distanza [...] tra l'orientamento che prospetta la buona fede come “fonte di integrazione del contratto” (susceptibile di dar vita ad obblighi “nuovi”) e quello che invece la considera come un criterio di qualificazione del comportamento delle parti nell'esecuzione del contratto, e se non possa piuttosto dirsi che la differenza tra queste due (apparentemente irriducibili) posizioni sia più nominalistica che reale, e derivi dal fatto che i sostenitori della prima si mostrino propensi a qualificare come obblighi “nuovi” (e, dunque, “integrativi”) quelle che sono semplici modalità – individuate dal giudice come “corrette” [...] – di adempimento di obblighi (o di esercizio di diritti) già scaturenti dal contratto (in base agli effetti, convenzionali e legali, ad esso ricollegabili)».

¹⁰⁶⁵ *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* 26 novembre 2001. Si v. A. DI MAJO, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 353 ss.

¹⁰⁶⁶ Nel sistema tedesco di responsabilità aquiliana è la legge stessa che indica in maniera tendenzialmente tassativa le specifiche fattispecie di illecito, attraverso la enucleazione dei singoli beni protetti la cui lesione soltanto può dare origine a una obbligazione risarcitoria. In particolare, secondo il § 823 e ss. non si è responsabili se non quando si leda con dolo o colpa la vita, il corpo, la salute, la libertà, la proprietà o un simile diritto della vittima. Altri paragrafi equiparano alla fattispecie del § 823 una serie di altre ipotesi e, infine, il § 826 rende responsabile chi agisce intenzionalmente a danno di altri in modo contrario ai buoni costumi. Pertanto, si tratta di un sistema c.d. tipico. Per un esame del sistema tedesco si v. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 99 ss.; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ HEIN, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 2011, p. 319 ss.

¹⁰⁶⁷ Si v. sul tema L. MEGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 185 ss.; A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 58 ss.; F. PIRAINO, *L'integrazione del contratto e il precetto di buona fede*, cit., p. 188 ss.

¹⁰⁶⁸ H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904, *passim*.

di responsabilità contrattuale incentrato sul concetto di inadempimento, il quale fornisce un valido strumento di tutela delle ipotesi di inesatto adempimento¹⁰⁶⁹.

Pertanto, nell'ordinamento italiano tale teoria non trova una giustificazione analoga. Qui – tralasciando per ora le ipotesi (non infrequenti) nelle quali la buona fede integrativa viene utilizzata impropriamente, ossia rispetto a categorie di problemi che sarebbero riservate ad altri strumenti giuridici – l'impiego degli obblighi integrativi *ex fide bona* risponde all'esigenza di porre rimedio a quei contratti (per così dire) ingiusti, che non apprestano una regolamentazione adeguata (alla luce dell'assetto valoriale dell'ordinamento) rispetto agli interessi che vengono in rilievo nell'ambito della complessiva operazione negoziale¹⁰⁷⁰. In altri termini, la buona fede integrativa viene utilizzata per ovviare a quelle che in precedenza sono state definite lacune assiologiche¹⁰⁷¹.

Se è pienamente condivisibile una politica del diritto che intenda porre rimedio a questa particolare deficienza del regolamento contrattuale, non altrettanto può dirsi dello strumento tecnico prescelto a tal fine, ovverosia la buona fede *ex art. 1375 c.c.* Si tratta in verità di una scelta che va storicizzata, ovverosia che va ricompresa nel contesto culturale che l'ha partorita, quello della c.d. prima costituzionalizzazione del diritto¹⁰⁷². Pertanto, una fase di primo netto distacco dall'ideologia liberista, dal positivismo e dal formalismo dei codici, che, in quanto tale, si volle operare con cautela¹⁰⁷³, ovverosia ricompre-

¹⁰⁶⁹ Si v. A. DI MAJO, *L'obbligazione «protettiva»*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 3 ss.

¹⁰⁷⁰ L'esigenza che l'obbligazione non resti indifferente agli interessi che vengono in rilievo rispetto al concreto regolamento contrattuale, pur non coincidenti con quelli che il rapporto obbligatorio principale (credito-debito) è diretto a realizzare, viene avvertita da L. MENGONI, *o.u.c.*, p. 229; Id., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 512 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., p. 123 ss.

¹⁰⁷¹ Questa affermazione trova conferma, ad es., guardando agli studi di J.A. AGUILA REAL, *Autonomía Privada y Derechos fundamentales*, cit., p. 89 ss.; Id., *Las condiciones generales*, cit., p. 450 ss.; D.M. FERREIRA RUBIO, *La buena fe*, cit., p. 33 ss.

¹⁰⁷² Il tema verrà trattato nel Cap. VI, § 2. Si v. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., p. 3 ss. In particolare, l'A. afferma che gli strumenti tecnici della prima costituzionalizzazione del diritto privato sono: la revisione dogmatica delle categorie civilistiche, l'uso delle clausole generali e l'interpretazione adeguatrice alla Costituzione. In tal modo si instaura una collaborazione tra interprete e legislatore che si traduce nella concretizzazione delle clausole generali e nell'adeguamento delle categorie e delle disposizioni alle istanze dettate dai principi.

¹⁰⁷³ «Al legislatore non spetta un monopolio, ma soltanto una prerogativa nella formazione del diritto. Con ciò si riconosce che il giudice partecipa alla formazione del diritto, ma in pari tempo si precisa che tale attività non è libera, bensì sottomessa alla legge». Così L. MENGONI, *Problema e sistema*, cit., p. 25 ss. Pertanto, l'interprete viene così «indotto a calare nelle categorie civilistiche e nella ricostruzione del significato delle norme i principi costituzionali, permeando di essi il sistema legale e colorando in chiave assiologica le clausole generali, ma sempre nel rispetto del ruolo che a tali clausole era assegnato dal principio di legalità, tutt'al più ampliando il ruolo della buona fede dalla funzione interpretativa a quella integrativa». Così E.

dendo la rivoluzione principalista e valoriale nell'ambito di quegli istituti privatistici che, in quanto dotati di un contenuto fortemente elastico, se non sostanzialmente indeterminato, potessero porsi come medio tra la morale del Testo costituzionale e il formalismo del codice civile¹⁰⁷⁴. Pertanto, così facendo si volle rinchiudere il complesso cielo dei principi e dei diritti fondamentali entro l'angusta stanza delle clausole generali¹⁰⁷⁵. Un'operazione senz'altro legittima, ma probabilmente non più opportuna nel contesto della c.d. nuova costituzionalizzazione del diritto (c.d. *drittwirkung*), ove i principi e i diritti fondamentali sono chiamati a operare direttamente – senza necessità di alcun veicolo, fatta eccezione per l'attività ermeneutica e ricostruttiva dell'interprete – nei rapporti orizzontali. Come si cercherà di dimostrare nel prossimo capitolo, l'integrazione del regolamento contrattuale attraverso l'applicazione diretta dei diritti fondamentali presenta dei vantaggi (notevoli) rispetto al loro operare mediante il filtro della buona fede. Difatti, tali particolari situazioni giuridiche soggettive, seppur dotate di ampi margini di elasticità rispetto alle concrete modalità di azione, sono caratterizzate da un nucleo assiologico chiaramente riconoscibile, ben definito (seppur mutevole) e assorbente rispetto alle altre componenti del diritto fondamentale o del principio. Il che consente di svilupparne le dinamiche operative attraverso la connessione dei profili strutturali e funzionali propri di ciascun diritto o principio, consentendo di individuare gli specifici presupposti e le logiche di funzionamento che li caratterizzano e che li distinguono dagli altri. Viceversa, la loro compressione indiscriminata entro una clausola dal contenuto indeterminato, che li chiami tutti in causa senza peraltro fornire alcun criterio circa il «quando», il «come» e il «perché» di tale intervento, conduce inevitabilmente alla contraddizione poc'anzi evidenziata. Ovverosia, per chiarirne e circoscriverne l'operatività si è costretti a operare una rigida tipizzazione entro complessi e articolati schemi descrittivi¹⁰⁷⁶, in tal modo tradendone il senso e lo scopo, e, sostanzialmente, giungen-

NAVARETTA, *o.u.c.*, p. 10.

¹⁰⁷⁴ Osserva E. NAVARETTA, *o.u.c.*, p. 4, che «la difesa della clausola di buona fede si fece portavoce del bisogno di spezzare l'identità vetero-liberista delle categorie civilistiche per affidare al diritto privato – attraverso il raccordo fra buona fede e principi costituzionali – il compito di dare attuazione a quell'ideologia personalistica e solidaristica che aveva ispirato la prima parte della Costituzione».

¹⁰⁷⁵ Difatti, elemento identificativo della prima costituzionalizzazione è il riconoscimento ai principi costituzionali di un carattere peculiare che consente loro solo di pervadere il contenuto delle altre norme, attraverso l'interpretazione conforme, o di orientare in chiave assiologica le clausole generali. Si v. E. NAVARETTA, *o.u.c.*, p. 5.

¹⁰⁷⁶ Si v. F. PIRAINO, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 235, il quale riporta la classificazione più diffusa, ovverosia quella di C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede*, cit., p. 209 ss. Quest'ultima «poggia sull'idea che la buona fede si ispiri al principio di solidarietà, concorrendo alla sua traduzione in ambito contrattuale, e che poi si specifichi in due fondamentali canoni di condotta: la lealtà del comportamento, che presiede alle fasi di formazione e di interpretazione del contratto; la salvaguardia, che governa il momento esecutivo del rapporto obbligatorio. Il cano-

do alla negazione stessa dell'essenza della clausola generale¹⁰⁷⁷. A ciò si aggiunga che, nel momento in cui si individua nella solidarietà sociale il principio attraverso il quale dare sostanza al contenuto della buona fede, si giunge inevitabilmente a quella strumentalizzazione dell'autonomia negoziale a finalità esterne lungamente criticata nelle precedenti fasi dello studio¹⁰⁷⁸.

Per tale ragione, parrebbe auspicabile una scelta diversa, che se da un lato sperimenti il fenomeno integrativo per mezzo dell'applicazione diretta dei principi e diritti fondamentali nel regolamento contrattuale, dall'altro, proceda al conseguente ricollocamento nel Sistema della clausola della buona fede *ex art. 1375 c.c.* Secondo un percorso che, come visto, ha già interessato l'equità, la quale ha ceduto parte di quello che era il suo ruolo nell'ordinamento precisamente alla buona fede.

Per giungere a tale risultato occorre partire dall'analisi del fenomeno contrattuale, attraverso la sua scomposizione in quattro livelli. Si affermava in sede di delineazione delle premesse dello studio¹⁰⁷⁹ che il fondamento stesso del diritto assegna ai principi (anche) il compito di garantire il collegamento tra regole e valori, attraverso l'instaurazione di una catena costitutiva della validità stessa del diritto¹⁰⁸⁰. Per tale ragione, non esiste una regola giuridica valida che non risponda a un principio e non esiste principio che non si colleghi a un valore. Tale considerazione vale anche per la regola contrattuale, salvo una differenza, ovverosia l'innestarsi in questa catena di un ulteriore termine: l'interesse. Difatti, il principio in ambito contrattuale non svolge una funzione direttamente giustificativa della clausola negoziale, bensì solo indiretta, attraverso il giudizio di meritevolezza dell'interesse (*ex art. 1322, comma 2, c.c.*) che tale clausola intende realizzare. Pertanto, in ambito contrattuale, la clausola non sarà giustificata direttamente dal principio, bensì dall'interesse meritevole di tutela che essa realizza. Da questa prospettiva è possibile scomporre il fenomeno contrattuale in quattro livelli: principio, interesse, regola contrattua-

ne di lealtà si specifica in tre comportamenti negativi: non suscitare intenzionalmente falsi affidamenti; non speculare su falsi affidamenti; non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte. L'obbligo di salvaguardia, a sua volta, si sfrangia in una gamma di comportamenti dovuti: l'obbligo di eseguire prestazioni non previste; l'obbligo di modificare il proprio comportamento; l'obbligo di tollerare modifiche della prestazione della controparte; l'obbligo di avviso e l'obbligo di esercitare correttamente i c.d. poteri privati, ossia i poteri ampiamente discrezionali. Il tutto al fine di salvaguardare l'utilità dell'altra parte nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio del soggetto tenuto ad agire secondo buona fede». E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 92 ss., diversamente, propone una classificazione di stampo funzionalistico, individuando tre categorie di obblighi (secondari di omissione, integrativi strumentali di protezione).

¹⁰⁷⁷ Cfr. R. WEBER, *Einige Gedanken*, cit., p. 516 ss.

¹⁰⁷⁸ In particolare, Cap. III, § 8.

¹⁰⁷⁹ In particolare, Cap. I, § 9.

¹⁰⁸⁰ Sul tema si v. K. LARENZ, *Derecho justo*, cit., p. 32 ss.

le ed esecuzione della stessa. Mentre sul piano costituito dalla connessione tra i primi tre livelli, per quanto poc'anzi chiarito, vanno collocati i problemi della liceità, validità, meritevolezza e della costruzione del regolamento contrattuale, il collegamento tra gli ultimi tre livelli (interesse, clausola, esecuzione) pone questioni differenti. In particolare, su questo piano emergono le problematiche relative alla giustificazione e alla legittimità dell'esercizio delle situazioni giuridiche scaturenti dal contratto. Si tratta del problema relativo alla legittimità di un atto di esercizio del diritto (o della situazione giuridica) derivante dal contratto, che, per le particolari modalità con le quali viene posto in essere¹⁰⁸¹, inverte il senso della regola contrattuale attributiva¹⁰⁸². In altri termini, l'ipotesi in cui le concrete modalità esecutive sospingono l'atto di esercizio del diritto fuori dall'ambito dell'interesse che giustifica la regola negoziale che quel diritto attribuisce. In questo caso, pertanto, deve ritenersi che l'esercizio in concreto del diritto non è giustificato, e in quanto tale è illegittimo.

Pertanto, ai due piani corrispondo altrettanti giudizi conseguenti e interconnessi. In un primo momento quello di liceità e meritevolezza degli interessi e, in caso di esito positivo – ossia di un contratto rispettoso dei requisiti di validità e ammissibilità previsti dall'ordinamento – un secondo giudizio relativo alla legittimità dei comportamenti che intendono dare esecuzione a tale regolamento di interessi¹⁰⁸³. Ora, il ruolo della buona fede *ex art.* 1375 c.c. (e

¹⁰⁸¹ «Il contratto consiste infatti in un atto normativo e l'obbligazione rappresenta uno degli effetti in cui si esprime tale normatività e – com'è sin troppo noto – la regola non integra una conseguenza prefissata frutto di un atto di applicazione univoco: non si è in altri termini al cospetto di uno schema fisso ad effetto precostituito. La molteplicità delle strategie e delle scelte applicative, e di conseguenza una certa varietà di effetti, costituiscono un tratto ineliminabile di qualsiasi fenomeno normativo e, quindi, includere alcune modalità concrete di esercizio del diritto o di adempimento dell'obbligo tra le circostanze non disciplinate significa rimanere imprigionati in uno schematismo che non rappresenta in termini realistici la vitalità dei processi normativi e in particolare la dinamica dell'esecuzione del contratto e dell'adempimento dell'obbligazione». Così F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 115 ss.

¹⁰⁸² Riguardo alla teoria dell'illecito atipico, M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos: Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, 2000, p. 12 ss. affermano che l'abuso del diritto, la frode alla legge e lo sviamento di potere sono accomunati dall'effetto di invertire il senso di una regola. Secondo gli A., però, tale inversione si giustifica alla luce della contrarietà a un principio o più principi. In particolare, *prima facie* esiste una regola che permette la condotta in questione, la quale tuttavia – in ragione della contrarietà a un principio – si converte in illecita. Si tratta, pertanto, di un'illiceità atipica, in quanto non dipende dalla violazione di una regola, bensì di un principio. Si v. le critiche mosse alla teoria in questione da F. PIRAINO, *o.u.c.*, p. 94 ss.

¹⁰⁸³ Si v. 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. 149, «l'abuso infatti non è altro che un uso. [...] qualsiasi uso nelle circostanze appropriate può esser detto abuso. È chiamato abuso, e non uso, in quanto ritenuto illegittimo. Illegittimo però tutto considerato. Perché a prima vista non è che un uso formalmente legittimo, ché se non lo fosse non lo chiameremmo abuso ma illecito. E invece diciamo "abuso" perché impliciamo che formalmente, secondo lo

della correttezza *ex art. 1175 c.c.*) è precisamente quello di dare fondamento a questo secondo livello di valutazione¹⁰⁸⁴. In altri termini, la sua funzione è quella di garantire la coerenza delle conseguenze del contratto rispetto alle premesse¹⁰⁸⁵, impedendo che le concrete modalità attuative della regola contrattuale, seppur non si presentino come una violazione formale della stessa, né tradiscano il senso complessivo¹⁰⁸⁶. Pertanto, precisando ulteriormente il ruolo che deve riconoscersi al giudizio di buona fede – correttezza, quest'ultimo non va al di là della valutazione¹⁰⁸⁷ e limitazione della discrezionalità dei contraenti nell'esecuzione di un regolamento contrattuale già totalmente definito quanto al suo contenuto. Ovverosia, la sua funzione è quella di impedire che dall'esercizio illegittimo e ingiustificato di una situazione giuridica contrattuale, in quanto non corrispondente all'interesse per realizzare il quale era stata conferita dalla clausola negoziale, possa derivare un pregiudizio per la controparte¹⁰⁸⁸. In conclusione, la buona fede – correttezza, almeno in ambito contrattuale, assume le fattezze del divieto di abuso di diritto¹⁰⁸⁹.

stretto diritto, sarebbe legittimo, ma sostanzialmente, secondo il vero diritto, sia invece illegittimo»

¹⁰⁸⁴ Cfr. F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 155.

¹⁰⁸⁵ Cfr. F. PIRAINO, *o.u.c.*, p. 117, secondo il quale questa sarebbe soltanto una delle funzioni della buona fede.

¹⁰⁸⁶ «Il senso complessivo della regola, l'assai frequentemente invocata sostanza, non si ricava soltanto dalla *ratio* astratta, la qual è pur sempre un fine di massima o addirittura un principio e campeggia soltanto nell'ambito "dell'anticipazione di senso" in cui si sostanzia la "comprensione originaria" in larga misura dominata dalla tradizione ossia dalle soluzioni interpretative sperimentate e dalla dogmatica. Il senso complessivo della regola si ricava infatti dalla messa in contatto della *ratio* astratta, e degli effetti normativi ipotizzati che ne rappresentano l'epifania, con il caso da decidere: è nella reazione con il fatto che si coglie l'autentica *ratio* della regola e la valenza degli effetti che la realizzano. In altri termini, il fine della disposizione normativa non può essere colto in vitro ossia al di fuori del problema applicativo e, se così è, non è possibile formulare la *ratio* della disposizione normativa se non verificando gli effetti che discenderebbero dalla sua applicazione nel caso concreto e a tal fine si rivela indispensabile valutare le specificità di quest'ultimo». Così F. PIRAINO, *o.u.c.*, p. 135 ss.

¹⁰⁸⁷ Si v. U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 30 ss.

¹⁰⁸⁸ Cfr. C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 2016, p. 60.

¹⁰⁸⁹ Sul tema si v. M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 105 ss.; R. MÜLLER ERZBACH, *L'abuso del diritto secondo la dottrina teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, p. 89 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto*, cit., p. 18 ss.; S. ROMANO, voce *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 168 ss.; M. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, p. 12 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 252 ss.; C.M. MAZZONI, *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, p. 601 ss.; M. DOSSETTI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 1969, p. 1573 ss.; G. CATTANEO, *Buona fede e abuso del diritto*, in *Riv. trim.*, 1971, p. 613 ss.; S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, p. 1 ss.; G. LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993, *passim*; D. MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1998, p. 1 s.; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in G. FURGIUELE (a cura di), III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 5 ss.; R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in G. FURGIUELE (a cura di), III, *L'abuso del diritto*,

Pertanto, una buona fede incapace di dar origine a qualsiasi tipo di obbligo, integrativo o specificativo che sia, ma che si concreta nel diniego di effetti alla pretesa abusiva del contraente, legittimando il rifiuto della controparte di darvi corso e impedendo l'accoglimento della relativa domanda di tutela¹⁰⁹⁰. In altri termini e più in generale, accordando il rimedio dell'*exceptio doli generalis*¹⁰⁹¹.

In definitiva, la buona fede esecutiva concretizza un limite intrinseco al diritto soggettivo e all'autonomia negoziale, conformemente alle configurazioni che queste hanno assunto lungo il presente studio¹⁰⁹². In particolare, assolve la fondamentale funzione di salvaguardare la coerenza dell'ordinamento, nel momento in cui impedisce che le concrete manifestazioni di questi istituti conducano alla negazione della loro essenza e del diritto tutto. In altri termini, che l'esercizio della libertà dell'individuo si traduca in uno strumento attraverso il quale soffocare l'esigenza di autonomia individuale e annullare i valori connessi alla concezione liberale della persona. Diversamente, il compito di conferire al regolamento contrattuale un potenziamento assiologico va riconosciuto a una fonte diversa, quella dei diritti fondamentali, i quali, grazie alle loro caratteristiche intrinseche, consentono il raggiungimento di tale risultato senza l'indesiderata controindicazione della strumentalizzazione dell'autonomia negoziale a obiettivi esterni.

Padova, 1998, p. 217 ss.; F.D. BUSNELLI, E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, ivi, p. 171 ss.; M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003, *passim*; M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Illicitos atípicos*, cit., *passim*; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007, *passim*; A. GENTILI, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, p. 403 ss.; ID., *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 354 ss.; ID., *L'abuso del diritto come argomento*, cit., p. 149 ss.; F. SCAGLIONE, *L'abuso del diritto nel contratto*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 237 ss.; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, cit., p. 75 ss.

¹⁰⁹⁰ Cfr. F. PIRAINO, *o.u.c.*, p. 156.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 469 ss.

¹⁰⁹¹ Sull'*exceptio doli generalis* si v. A. DOLMETTA, voce *Exceptio doli generalis*, in *Enc. dir.*, XIII, Roma, 1997, p. 1 ss.; F. RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 311 ss.; V. PIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, cit., p. 97 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit., p. 38 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 312 ss.; S. ROMANO, *Buona fede*, cit., p. 691 ss.

¹⁰⁹² Si v. Cap. II, § 2 e Cap. III, § 9.

CAPITOLO VI

L'INTEGRAZIONE ASSIOLOGICA DEL CONTRATTO

(CLAUSOLE DEFETTIBILI, LACUNE DI COLLISIONE E ASSIOLOGICHE
E INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO PER MEZZO DEI DIRITTI FONDAMENTALI)

SOMMARIO: 1. L'INTEGRAZIONE ASSIOLOGICA TRA BUONA FEDE E DIRITTI FONDAMENTALI – 2. LA PRIMA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO ITALIANO E *THE CONSTITUTIONALIZATION OF EUROPEAN PRIVATE LAW* – 3. *SEGUE*: LA NUOVA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO ITALIANO – 4. LA NECESSITÀ DI DISTINGUERE TRA DIRITTI E PRINCIPI FONDAMENTALI – 5. LA FUNZIONE DEI PRINCIPI E DEI DIRITTI FONDAMENTALI: L'«EFFETTO DI IRRADIAZIONE» DEI DIRITTI FONDAMENTALI SULL'INTERO SISTEMA GIURIDICO – 6. IL PROBLEMA DELL'EFFICACIA INTEGRATIVA DEI DIRITTI E DEI PRINCIPI FONDAMENTALI – 7. I DIRITTI FONDAMENTALI E IL NUOVO «VOLTO DEMONIACO DEL POTERE»: LA *DRITTWIRKUNG* DIRETTA E IMMEDIATA – 8. I DIRITTI FONDAMENTALI E I PROCEDIMENTI DI INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO – 9. *SEGUE*: LACUNA DI COLLISIONE E INTEGRAZIONE PER sottrazione e per sostituzione – 10. *SEGUE*: CLAUSOLA DEFETTIBILE E LACUNA ASSIOLOGICA – 11. LE INTEGRAZIONI DEL CONTRATTO PER MEZZO DEL DIRITTO E DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA – 12. *SEGUE*: L'EFFICACIA INTEGRATIVA DEL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA, AVUTO PARTICOLARE RIGUARDO AI C.D. «CONTRATTI NORMATIVI O REGOLAMENTARI» – 13. *SEGUE*: L'INTEGRAZIONE DEI CONTRATTI P2P E B2C PER MEZZO DEL DIRITTO DI UGUAGLIANZA

1. L'integrazione assiologica tra buona fede e diritti fondamentali

Lo studio dell'integrazione del contratto ha condotto a una ricostruzione del fenomeno nei termini dell'inserimento (e conseguente adeguamento) del regolamento di interessi rispetto a un determinato contesto (fattuale, sociale, negoziale, ordinamentale, ecc.) operativo. Questa è la ragione per cui le concrete modalità attraverso le quali il fenomeno si dispiega dipendono dallo specifico presupposto che giustifica l'intervento, il quale, conseguentemente, lo orienta funzionalmente. Pertanto, dopo aver analizzato l'integrazione contrattuale rispetto alla legge, agli usi e all'equità – ovverosia l'inserimento del regolamento nei variegati contesti ai quali tali fonti (ordinamentale, sociale, fattuale, ecc.) fanno indirettamente riferimento – non resta che esaminare il fenomeno rispetto al contesto ordinamentale più genuinamente assiologico, quello espresso dai principi e dai diritti fondamentali. Si tratta, in definitiva, di studiare l'adeguamento del contratto rispetto a quell'assetto valoriale fondamentale che connota l'intero Sistema e dal quale s'irradia l'idea di giustizia in tutti gli ambiti del diritto.

La particolare conformazione assunta dal fenomeno in parola rispetto a questi contesti – nel momento in cui consiste nell'inclusione nel regolamento contrattuale di valori (considerati primari e fondamentali) – può essere descritta e riassunta con la formula integrazione assiologica del contratto.

Si osservava come l'esigenza di permeare il contenuto del contratto con i valori fondanti l'ordinamento venga tradizionalmente soddisfatta per mezzo della clausola di buona fede, considerata tramite necessario e ineludibile ai fini della realizzazione di tale risultato. Allo stesso tempo, peraltro, venivano rimarcate le criticità e le controindicazioni di un'operazione siffatta, indicando contestualmente una diversa via per l'integrazione assiologica. Quest'ultima passa per il riconoscimento dell'operatività diretta dei diritti e principi fondamentali nel regolamento contrattuale, e comporta contestualmente il ricollocamento della buona fede entro diversi percorsi funzionali, più consoni rispetto a una corretta lettura della clausola alla luce della sistematica del contratto.

Per comprendere l'effettiva percorribilità e opportunità dell'auspicato passaggio dall'integrazione assiologica per mezzo della buona fede all'operatività diretta dei principi e diritti fondamentali occorre concentrare l'attenzione sulle trasformazioni che stanno interessando la costituzionalizzazione del diritto civile.

2. La prima costituzionalizzazione del diritto privato italiano e *the Constitutionalization of European Private Law*

La c.d. prima costituzionalizzazione del diritto privato italiano si sviluppa

attorno all'esigenza di difendere proprio la clausola generale della buona fede (e correttezza) dagli attacchi di quella parte della dottrina¹⁰⁹³ che, animata dal dogma della neutralità del diritto privato¹⁰⁹⁴, ne proponeva l'abrogazione, considerandola strettamente legata al paradigma corporativista fascista¹⁰⁹⁵. Viceversa, in tale clausola generale – una volta posta in connessione con i principi costituzionali, non più considerati norme meramente programmatiche, bensì precettive¹⁰⁹⁶ – si intravide lo strumento attraverso il quale superare l'ideologia liberista e formalista che animava il codice civile in favore dell'impostazione personalista e solidarista che aveva ispirato la prima parte della Costituzione¹⁰⁹⁷.

Sulla base di questi presupposti, prende forma la prima costituzionalizzazione del diritto privato, caratterizzata dall'attribuzione ai principi costituzionali di un'efficacia precettiva che gli consente di pervadere il contenuto di altre norme per mezzo della tecnica dell'interpretazione conforme o orientando in chiave assiologica le clausole generali¹⁰⁹⁸. Un ricostruzione del fenomeno fortemente influenzata, oltre che dal particolare contesto nel quale è inizialmente maturata, da una peculiare concezione delle norme costituzionali. Queste ultime vengono considerate norme-principio¹⁰⁹⁹, ossia una tipologia di norma profondamente diversa sotto il profilo dell'efficacia rispetto alle norme-regola¹¹⁰⁰. La diversità, in particolare, si rinverrebbe nella loro modalità applica-

¹⁰⁹³ In base alla vecchia formulazione dell'art. 1175 c.c. («il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza, in relazione ai principi della solidarietà corporativa»), si affermava che tale disposizione «aveva una ragion d'essere e un significato soltanto in quanto mirava ad inserire i rapporti obbligatori il principio della “solidarietà corporativa”, sì che è destinata a rimanere, in questo ambito, priva di significato dopo la soppressione dell'ordinamento corporativo e dell'ultima parte della disposizione». Così G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, p. 412.

¹⁰⁹⁴ L. MENGONI, *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in *Iustitia*, 1974, p. 337 ss.

¹⁰⁹⁵ S. RODOTÀ, *Il principio di buona fede e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1965, p. 149 ss.; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 124 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, cit., p. 393 ss.; U. NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in ID., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 164 ss.; G. FERRI, *o.u.c.*, p. 412.

¹⁰⁹⁶ V. CRISAFULLI, *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Cosattini*, Trieste, 1948, p. 21 ss.; A. FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 268 ss.; L. MENGONI, *I principi generali del diritto*, cit., p. 325 ss.; R.L. LORENZETTI, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Santa Fe, 2006, p. 84 ss. *Contra* G. AZZARITI, *Efficacia delle norme costituzionali*, in ID., *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, p. 101 ss.

¹⁰⁹⁷ E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., p. 4.

¹⁰⁹⁸ E. NAVARRETTA, *o.u.c.*, p. 5.

¹⁰⁹⁹ L. MENGONI, *o.u.c.*, p. 326.

¹¹⁰⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., *passim*; ID., *La personalità umana*, cit., p. 417 ss.; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1980, p. 90 ss.

tiva (attraverso la tecnica del bilanciamento), la quale costituirebbe un ostacolo insormontabile alla diretta e immediata operatività orizzontale.

Non è improbabile che dentro tale orientamento si celi anche la volontà degli studiosi di difendere il proprio ambito disciplinare da intromissioni esterne. Si trattava, in altri termini, di proteggere ciò che è proprio ed essenziale al diritto privato da dinamiche dogmatiche estranee, appartenenti alla dottrina costituzionalista¹¹⁰¹ o quella filosofica. Pertanto, i principi fondamentali potevano sì permeare gli istituti civilistici, ma questi dovevano restare norme di diritto privato¹¹⁰².

Così, nell'ambito di una più generale rivalutazione del ruolo del giudice strettamente correlata all'ascesa del metodo ermeneutico¹¹⁰³, si procede alla progressiva revisione dogmatica delle categorie civilistiche¹¹⁰⁴. Queste vengono ridisegnate nella sostanza alla luce dei valori incorporati nei principi costituzionali, seguendo itinerari (quello dell'interpretazione conforme e della valorizzazione delle clausole generali) che apparivano rispettosi del principio di legalità (staticamente inteso). Tra queste, per quel che qui interessa, il contratto, il quale viene riconfigurato come strumento a plurimo impiego, attribuendo alla clausola di buona fede-correttezza il compito di permeare dei valori costituzionali, a cominciare da quello solidaristico. Così facendo, pertanto, funzionalizzandolo e strumentalizzandolo a un fine esterno rispetto al singolo scambio.

Impostazione questa rinvenibile anche nel diritto privato europeo, peraltro, con la non insignificante differenza costituita dall'assunzione di un diverso valore: l'efficienza del mercato. Quest'ultimo, peraltro, non costituisce l'unico elemento di differenziazione. Difatti, a una comune maniera di intendere il diritto privato come diritto regolatorio¹¹⁰⁵ – ovverosia non limitato alla realizzazione degli interessi particolari delle parti, ma orientato anche a obiettivi di carattere generale, in tal modo usurpando funzioni proprie del diritto pubblico – si affianca una diversa concezione del principio di effettività, elaborata dalla Corte di Giustizia e destinata a riversarsi nel diritto nazionale per effetto del-

¹¹⁰¹ Si v. ad es. J. ARCE FLOREZ-VALDÉS, *Derecho civil constitucional*, Madrid, 1986, p. 87 ss.

¹¹⁰² Così R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 560 riportando la giurisprudenza della *Bundesverfassungsgericht*, in particolare BverfG, 15 gennaio 1958, in *BverfGE* 7, 198.

¹¹⁰³ L. MENGONI, *Problema e sistema*, cit., *passim*.

¹¹⁰⁴ Si prendano ad es. i lavori di S. RODOTÀ sulla proprietà (ID., *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1252 ss.; ID., *Il terribile diritto*, Bologna, 1971, *passim*), sul contratto (ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., *passim*) e sulla responsabilità civile (ID., *Il problema della responsabilità civile*, cit., *passim*).

¹¹⁰⁵ F. CAFAGGI, *Rethinking private regulation in the European regulatory space*, in ID. (ed.), *Reframing self-regulation in European private law*, Milano, 2006, p. 5 ss.; ID., H. MIUR WATT, *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham, 2009, p. 266 ss.

l'uropeizzazione del diritto privato¹¹⁰⁶.

Si instaura un movimento circolare. Le riflessioni interne sulla costituzionalizzazione del diritto privato nazionale si proiettano a livello europeo, originando considerazioni analoghe (*the Constitutionalization of Private Law*)¹¹⁰⁷. Così, nell'ambito del progetto inclusivo dei diritti e dei principi fondamentali perseguito dall'Unione Europea – culminato con il riconoscimento della CEDU quale fonte dei principi dell'UE (artt. 6, 52 e 53 TUE) e con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali – viene avviato un processo di costituzionalizzazione del diritto privato europeo¹¹⁰⁸, seppur entro un paradigma ancora fortemente influenzato dall'impostazione ordo-liberale¹¹⁰⁹. Ossia entro un marco teorico che mira a orientare l'azione privata verso l'obiettivo dell'efficiente funzionamento del mercato, esigenza questa che non assume una posizione assiologicamente subordinata rispetto ai diritti fondamentali. Tale fenomeno, infine, trainato dal processo di europeizzazione del diritto privato nazionale, finisce per riversarsi sulle costruzioni tradizionali del costituzionalismo nazionale, contribuendo a trasformarle nella forma e nella sostanza.

3. *Segue*: La nuova costituzionalizzazione del diritto privato italiano

L'incidenza sul diritto interno degli Stati membri si deve fondamentalmente all'impiego da parte della Corte di Giustizia di quello stesso armamentario di tecniche giuridiche forgiato dalle dottrine della prima costituzionalizzazione del diritto civile. Ma che, grazie soprattutto al processo di europeizzazione del diritto interno, in tale contesto diviene il mezzo attraverso il quale trasformare i tradizionali paradigmi nazionali, contagiandoli con schemi propri di altre culture giuridiche (in particolare, la *drittwirkung* elaborata dalla dottrina tedesca)¹¹¹⁰ e con strumenti che, seppur già noti al diritto interno, hanno assun-

¹¹⁰⁶ Per europeizzazione del diritto privato «si fa riferimento sia all'utilizzo di tecniche che erano tipiche della costituzionalizzazione del diritto privato – dall'interpretazione adeguatrice, al ricorso alle clausole generali, alla *Drittwirkung* dei diritti e dei principi – sia al ricorso a nuove strategie volte ad orientare il diritto nazionale verso la concreta attuazione del diritto dell'Unione e delle sue finalità». Così E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., p. 27.

¹¹⁰⁷ Si v. ad es. H.W. MICKLITZ (ed.), *The Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014, *passim*; C. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law*, cit., *passim*.

¹¹⁰⁸ Sul tema si v. E. NAVARRETTA, *o.u.c.*, p. 61 ss.

¹¹⁰⁹ Ovverosia, entro una costruzione costituzionale che attribuisce lo stesso rilievo ai diritti fondamentali e alle libertà economiche, affidando la soluzione di un eventuale conflitto alla tecnica del bilanciamento. Paradigmatica Corte giust., 17 dicembre 1970, cit., p. 1125 ss.

¹¹¹⁰ H. KRÜGER, *Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung*, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1949, p. 163 ss.; G. DÜRIG, *Grundrechte in Zivilrechtsprechung*, in T. MAUNZ (a cura di), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München, 1956, p. 157 ss.; G. HUECK, *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, München-Berlin, 1958, p. 98 ss.; W. REIMERS, *Die Bedeutung der*

to conformazioni e funzioni originali grazie alle elaborazioni della Corte di Giustizia (ad es. il principio di effettività). Come si vedrà, tale dinamica costituisce l'innescio di un processo di profonda rinnovazione delle logiche e delle tecniche della costituzionalizzazione del diritto privato, nel quale assume rilievo prioritario la questione della diretta e immediata applicabilità dei principi e dei diritti fondamentali nei rapporti orizzontali.

Andando a esaminare i fattori maggiormente rilevanti di questo processo, va preliminarmente osservato che l'influenza comunitaria sul fenomeno della costituzionalizzazione del diritto civile contribuisce a trasformarne la sostanza, le dinamiche e le tecniche giuridiche.

Con modificazione della sostanza della costituzionalizzazione del diritto civile si vuol indicare l'ampliamento del catalogo dei principi e dei diritti fondamentali. Basti pensare alla Carta dei diritti fondamentali – che trova effettività solo rispetto alle materie di competenza comunitaria – alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ai diritti fondamentali emergenti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (art. 6 TUE)¹¹¹¹, nonché a quelli enucleati attraverso l'attività creativa della Corte di Giustizia. Peraltro, parlare di semplice allargamento dell'assetto valoriale è quanto meno riduttivo. Difatti, la necessità di coordinare fonti diverse, relative ad ambiti distinti e dotate di

Grundrechte für das Privatrecht, Hamburg, 1958, p. 20 ss.; H.C. NIPPERDEY, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., p. 17 ss.; ID., *Freie Entfaltung der Persönlichkeit*, in K.A. BETTERMANN e H.C. NIPPERDEY (a cura di), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin, 1954, p. 748 ss.; ID., *Gleicher Lohn der Frau*, cit., p. 121 ss.; W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., p. 285 ss.; J. SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, München, 1971, p. 25 ss.; W. GEIGER, *Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung*, Stuttgart, 1960, p. 7 ss.; F. ROSCHER, *Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, Dargestellt am beispiel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Berlin, 1974, p. 44 ss.; L. RAISER, *La costituzione e il diritto privato*, in ID., *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, trad. it., Milano, 1990, p. 174 ss. Sul tema si v. i contributi di J. GARCÍA TORRES, A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derecho fundamentales y relaciones entre particulares: La «Drittwirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986, *passim*; J.A. AGUILA REAL, *Autonomía Privada y Derechos fundamentales*, cit., p. 57 ss.

¹¹¹¹ Art. 6, TUE: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

una forza variabile, incrementa la complessità del Sistema, imponendo all'interprete uno sforzo aggiuntivo orientato alla continua ricerca di un equilibrio inevitabilmente mutabile. In altri termini, in tale processo si palesa quella trasformazione radicale del ruolo della Carta costituzione di cui si discorreva precedentemente¹¹¹². La Costituzione non può più essere intesa come un centro dal quale tutto deriva, bensì va considerata come il centro verso cui tutto deve convergere. Come la continua ricerca di un equilibrio. Ciò, come evidente, influenza le dinamiche della costituzionalizzazione del diritto in maniera ben più incisiva del semplice ampliamento dell'inventario dei diritti e principi fondamentali.

Riguardo poi al secondo aspetto, appaiono gravide di implicazioni sistematiche il massiccio impiego che la Corte di Giustizia fa dell'ampio armamentario della *Drittwirkung*, nonché, soprattutto, la stretta connessione stabilita tra quest'ultima e il principio di effettività. Difatti, considerato che i principi costituzionali sono norme fisiologicamente incomplete dal punto di vista regolatorio, il principio di effettività viene utilizzato per imporre un vincolo al legislatore e (soprattutto) all'interprete affinché ne sviluppino una regolamentazione e una disciplina.

La Corte di giustizia fa (ampio) uso di tali tecniche prevalentemente per ampliare le competenze dell'Unione Europea e all'insegna di un costituzionalismo di impronta ordo-liberale. Quest'ultimo ha comportato l'utilizzo di quasi tutte le configurazioni elaborate nell'ambito dell'eterogenea dottrina della *drittwirkung*. Scegliendo, tra i vari strumenti a disposizione, quello che di volta in volta apparisse più adeguato rispetto ai diversi interessi dell'Unione. Così, rispetto al principio di non discriminazione si è fatto uso del modello dell'efficacia diretta e mediata; per quanto previsto dalla Carta dei diritti fondamentali si è optato per una efficacia solo indiretta (ossia, un'efficacia orizzontale mediata o da norme attuative delle competenze dell'Unione o da discipline che in ogni caso ne attraggono la competenza); per quanto concerne la CEDU si è prescelta la tecnica della *drittwirkung* impropria (la quale se da un lato esclude l'efficacia orizzontale dei principi, dall'altra espone lo Stato responsabile della loro violazione a un rimedio orizzontale: la responsabilità civile); infine, la tecnica più incisiva è stata impiegata per garantire l'effettività delle libertà (economiche) fondamentali dell'Unione, riconoscendogli un'efficacia orizzontale propria, diretta e immediata, capace cioè di operare rispetto ai singoli contratti che incidono sul mercato a prescindere dall'esistenza di norme attuative del diritto UE¹¹¹³.

Tra le pieghe della *drittwirkung* delle libertà fondamentali UE – seppur come detto impiegata principalmente ai fini dell'ampliamento delle competen-

¹¹¹² Cap. I, §6.

¹¹¹³ E. NAVARRETTA, *o.u.c.*, p. 214 ss.

ze comunitarie – non è difficile scorgere i tratti essenziali del nuovo volto della costituzionalizzazione del diritto privato. Difatti, il riconoscimento della natura direttamente e immediatamente precettiva di una libertà fondamentale, unita a una riconsiderazione del principio di effettività – da intendersi ora come strumento al servizio del bisogno di colmare vuoti di tutela intollerabili¹¹¹⁴ – spingono ad attribuire ai diritti fondamentali analogia efficacia diretta e immediata nei rapporti orizzontali, almeno nei casi in cui il Sistema si presenti lacunoso o, se si preferisce, carente rispetto a tale esigenza di tutela.

Va chiarito che non si tratta dell'indebita estensione nell'ordinamento italiano di tecniche elaborate in altri ordinamenti giuridici. Bensì di un fenomeno che è già a tutti gli effetti parte del diritto nazionale per mezzo dell'uropeizzazione dello stesso. Ciò spinge ad affermare che debba oramai considerarsi superata quella concezione che, nella regolazione dei rapporti privati, relegava i diritti e i principi fondamentali al ruolo di «comprimari» del diritto positivo. In altri termini, non appare più al passo con l'evoluzione del Sistema riconoscergli esclusivamente una funzione orientativa dell'opera del legislatore, conformativa dell'attività interpretativa della legge e riempitiva del contenuto delle clausole generali.

I diritti e i principi fondamentali, in un contesto segnato dalla crisi della legislazione – ormai incapace di offrire soluzioni valide e tempestive al quotidiano mutare della società – assumono un ruolo e una funzione ben più penetranti: costituiscono il mezzo attraverso il quale l'interprete è chiamato a dare risposta immediata ai sempre nuovi e mutevoli bisogni della società.

Per escludere che l'immaginario appena descritto non abbia altro valore se non quello della suggestione, conviene a questo punto verificarne la concreta configurabilità. Il che sostanzialmente significa accertare l'ammissibilità dell'efficacia orizzontale diretta e immediata dei diritti e dei principi fondamentali. Solo nell'ipotesi in cui tale indagine dia esito positivo sarà possibile proseguire con l'itinerario sull'integrazione del contratto, il cui prossimo (e ultimo) passaggio è costituito precisamente dallo studio dell'eterointegrazione contrattuale per mezzo dei diritti fondamentali.

4. La necessità di distinguere tra diritti e principi fondamentali

Prima di entrare nel merito del discorso è opportuno precisare il rapporto

¹¹¹⁴ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 28.

che lega diritti¹¹¹⁵ e principi¹¹¹⁶ fondamentali. Difatti, come si mostrerà, pur trattandosi di fonti sostanzialmente omogenee sotto il profilo strutturale, non altrettanto può dirsi rispetto a quello funzionale. Difformità questa che finisce per dar vita a interventi integrativi del contratto che si differenziano in maniera significativa quanto al risultato ultimo dell'operazione¹¹¹⁷.

La necessità di una distinzione deriva dal fatto che non è infrequente imbattersi in studi che fanno uso indistintamente dei due termini, quasi si trattasse di sinonimi, o nei quali le norme dei diritti fondamentali vengono designate come principi¹¹¹⁸. Si tratta di affermazioni che, al dire il vero, hanno un fondo di verità, ma ciò non esonera dallo svolgere un'analisi più approfondita della questione.

In primo luogo, comune è il carattere della fundamentalità (*Fundamentalität*) sia formale che sostanziale. Formale in quanto sia i principi che i diritti fondamentali si pongono al vertice dell'ordinamento come diritto che vincola direttamente i poteri pubblici (legislativo, esecutivo e giuridiziaro)¹¹¹⁹. Diversamente, il carattere della fundamentalità sostanziale deriva dal fatto che essi incorporano i valori fondanti dell'ordinamento. Ovverosia, quel nucleo valoriale condiviso che costituisce il fulcro di una comunità di diritto e condizione insopprimibile per la convivenza pacifica della corrispondente comunità

¹¹¹⁵ I diritti fondamentali vanno distinti anche dai diritti umani. Questi ultimi, difatti, sono i diritti di cui ognuno è titolare in quanto essere umano. Mentre i diritti fondamentali sono diritti fondanti (o strutturanti) dell'ordinamento giuridico. Il che, se da un lato non impedisce la coincidenza in concreto delle due nozioni, dall'altro non implica che queste debbano necessariamente sovrapporsi. Sul tema ampiamente P. COSTA, voce *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Milano, 2008, p. 365 ss.

¹¹¹⁶ In verità, neanche il concetto di principio si presenta unitario, prestandosi a una serie infinita di distinguo a seconda dell'ambito operativo di riferimento. Si v. ad es. L. MENGONI, *I principi generali del diritto*, cit., p. 319 ss.; F. MODUGNO, voce *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, XXIV, Roma, 1991, p. 10 ss.; F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 1019 ss.

¹¹¹⁷ Da una prospettiva diversa, C. CAMARDI, *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e drittwirkung*, cit., p. 3, osserva correttamente che «la questione dell'applicazione diretta dei principi nei rapporti orizzontali non ha – e non può avere – una sola risposta, ma tante quanti possono essere le “tipologie” e i contenuti dei principi che vengono in campo. Ed infatti, altro è discorrere dei principi costituzionali, altro è discorrere dei principi europei o dei principi generali, altro ancora è trovarsi di fronte ad un diritto fondamentale».

¹¹¹⁸ Si v. ad es. E. VON HIPPEL, *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlin, 1965, p. 15 ss.; D.C. GÖLDNER, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung. Verfassungskonkretisierung als Methoden und Kompetenzproblem*, Berlin, 1969, p. 23 ss.; G. PINO, *I diritti fondamentali nel prisma dell'interpretazione giuridica*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a S. Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 24 ss.; G. ALPA, *Le «autonomie contrattuali» tra mercato e persona*, cit., p. 227 ss.; N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 635 ss.

¹¹¹⁹ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 551.

sociale¹¹²⁰.

La convergenza più significativa – la quale spinge ad affermare la sostanziale identità tra diritti e principi fondamentali – si ha senz'altro guardando alla struttura della norma. Se si considera l'ordinamento giuridico come composto esclusivamente da due tipologie di norme diversificate qualitativamente, le regole e i principi¹¹²¹, appare difficilmente contestabile che i diritti fondamentali sono ben più confacenti alla seconda categoria piuttosto che alla prima¹¹²². Difatti, si tratta di norme caratterizzate da un elevato grado di indeterminatezza, corrispondente alla loro apertura strutturale¹¹²³ e semantica¹¹²⁴. Ciò implica – esattamente come per i principi – l'impossibilità di un'applicazione secondo le modalità tipiche della regola, rispondente alla logica del «tutto-o-niente».¹¹²⁵ Viceversa, i diritti fondamentali non sono determinazioni (*Festsetzungen*) o precetti definitivi, bensì sono precetti di ottimizzazione (*Optimierungsgebote*) o precetti-*prima facie*. In altri termini, sono norme che prescrivono che qualcosa deve essere realizzato nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali¹¹²⁶. Pertanto, si tratta di norme che tollerano un'applicazione graduale o parziale a seconda della concorrenza di altri diritti fondamentali o principi (c.d. possibilità giuridiche) o di determinati limiti fattuali (c.d. possibilità fattuali). Ragion per cui, la tecnica applicativa attraverso la quale i diritti fondamentali operano coincide con quella dei principi. Entrambi rispondono alle logiche della «legge di

¹¹²⁰ Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 553. L'A. preferisce parlare di «fondamentalità materiale». In particolare, argomentando «che decisioni sul contenuto delle norme dei diritti fondamentali includano decisioni sulla struttura normativa di base dello Stato e della società, è evidente negli oggetti della loro disciplina. Questioni di libertà e di uguaglianza non sono questioni di un settore parziale del diritto: esse emergono in tutti i settori del diritto. Come siano risolte nei diversi ambiti del diritto, non è per questi ultimi un problema speciale, ma una questione fondamentale».

¹¹²¹ Si tratta di una posizione abbastanza diffusa in dottrina. Si v. ad es. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 101 ss.; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 22 ss.; J. RAZ, *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale L. J.*, 1972, p. 838 ss.; C. HUGHES, *Rules, Policy and Decision Making*, *ivi*, 1968, p. 419 ss. Cfr. J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, cit., *passim*.

¹¹²² *Contra* E. FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart, 1961, p. 34 ss.; H.J. KOCH, H. RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, München, 1982, p. 97 ss.; L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2771 ss.

¹¹²³ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 86 ss.

¹¹²⁴ H.J. KOCH, H. RÜSSMANN, *Juristische Begründungslehre*, cit., p. 191 ss.

¹¹²⁵ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 24 ss.

¹¹²⁶ R. ALEXY, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, in *Rechtstheorie*, 1979, p. 79 ss. Secondo R. DWORKIN, *o.u.c.*, p. 22 ss., invece, i principi contengono ragioni che indicano una direzione.

collisione»¹¹²⁷ e si applicano attraverso la tecnica del bilanciamento¹¹²⁸.

Cos'è pertanto che distingue i diritti fondamentali dai principi fondamentali? Per cercare una risposta valida occorre analizzare il diritto fondamentale sotto quattro profili (formale, sostanziale, strutturale e funzionale), in modo tale da verificare se rispetto a ciascuno di essi sussiste una convergenza o una differenziazione rispetto ai principi.

Può da subito anticiparsi che l'unica corrispondenza si rinviene rispetto al profilo formale, relativo alle modalità di positivizzazione. Difatti, l'esistenza sia dei diritti e che dei principi fondamentali non è necessariamente legata alla presenza di un'espressa previsione costituzionale o di altro testo fondamentale (ad es. la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU). In altri termini, i principi e i diritti fondamentali racchiudono valutazioni condivise e concezioni diffuse su ciò che il diritto deve essere (c.d. orizzonte delle attese collettive)¹¹²⁹, fissate nella pratica dei giuristi. In quanto tale, la loro esistenza (e, pertanto, validità ed efficacia) non si rinviene in un atto di positivizzazione¹¹³⁰. Essa dipende esclusivamente dalla possibilità di una corretta giustificazione della norma del diritto fondamentale o del principio¹¹³¹. Pertanto, per l'individuazione di tali

¹¹²⁷ «Le condizioni, alle quali un principio prevale sull'altro, costituiscono la fattispecie della regola che esprime la conseguenza giuridica del principio prioritario». Così definisce la legge di collisione R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 115. Cfr. R. DWORKIN, *o.u.c.*, p. 26 ss.

¹¹²⁸ In quanto i principi e i diritti fondamentali sono sempre ragioni *prima facie*. In altri termini, rappresentano ragioni (per norme e per azioni) che possono essere abbandonate per via di altre ragioni contrapposte. R. ALEXY, *o.u.c.*, p. 120 ss.; J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, London, 1975, p. 15 ss.

¹¹²⁹ N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a.M., 1981, p. 47 ss. Secondo F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, cit., p. 1019 ss., «riconoscere funzione nomogenetica ai principi, in altri termini, significa riscontrare l'esistenza in essi dell'attribuzione di potere normativo e ciò determina l'esigenza che, ad esito dell'esercizio di tale potere, sia possibile verificare il corretto espletamento della procedura, la quale si realizza attraverso la costruzione di argomenti corrispondenti ad «orizzonti delle attese collettive» che rendono democratico ciò che, altrimenti, dovrebbe di per sé essere considerato privo di legittimazione».

¹¹³⁰ Corte cost., 15 dicembre 1988, n. 1146, in *www.giurcost.org.*, «la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana».

¹¹³¹ Questo, d'altronde, è l'effetto della costituzionalizzazione del diritto privato, la quale, facendo dipendere la validità delle norme da giudizi (di valore) di conformità costituzionale, ha ufficialmente reso la giustificazione una parte essenziale della regola, così postulando una concezione dinamica della regola giuridica e quindi assegnando all'argomentazione un ruolo decisivo. Così N. LIPARI, *Intorno ai «principi generali del diritto»*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 28 ss.; F.

norme risulta determinante l'attività argomentativa¹¹³² a tal fine svolta e assume un ruolo centrale il consenso raggiunto sul punto dalla dogmatica e dalla giurisprudenza¹¹³³ (c.d. comunità interpretativa)¹¹³⁴.

Passando al profilo sostanziale, precedentemente si precisava come entrambi i corpi giuridici in analisi, appartenendo al fondamento dello Stato¹¹³⁵, siano accomunati dal carattere della fundamentalità sostanziale. Pertanto, detto diversamente, entrambi incorporano valori considerati fondamentali per l'ordinamento. Ora può meglio precisarsi che il valore incorporato si distingue sensibilmente a seconda che si tratti di un diritto o un di un principio. Difatti, nel primo caso si tratterà di un bene individuale, nel secondo di un bene collettivo¹¹³⁶.

L'aspetto da ultimo analizzato si ripercuote direttamente sul profilo strutturale. Difatti, da questa prospettiva ciò che caratterizza i diritti fondamentali rispetto ai principi è la circostanza che – trattandosi di corpi giuridici che necessitano di essere riferiti esclusivamente alla posizione dell'individuo, assunto come loro titolare¹¹³⁷ – finiscono per concretizzarsi in norme che attribuiscono diritti soggettivi. In particolare, nei rapporti tra privato e Stato si tratterà di diritti pubblici soggettivi attribuiti al primo nei confronti del secondo, mentre nelle relazioni tra privati le norme dei diritti fondamentali attribuiranno diritti soggettivi privati dell'individuo¹¹³⁸.

VIOLA, *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, in *Ragion pratica*, 2010, p. 4.

¹¹³² M. ATIENZA, *El derecho cómo argumentación*, Barcelona, 2006, *passim*.

¹¹³³ Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 89 ss. In particolare, ove afferma che «la definizione del concetto di norma di diritto fondamentale, che si basa su quello di corretta giustificazione relativa ai diritti fondamentali, è stata finora rapportata solo alle norme derivate dei diritti fondamentali. Essa si può estendere anche alle norme dei diritti fondamentali direttamente statuite, e quindi essere generalizzata. Tale definizione generale afferma che sono norme dei diritti fondamentali tutte le norme per le quali sia possibile una corretta giustificazione». Cfr. anche FR. MÜLLER, *Juristische Methodik*, cit., p. 116 ss.

¹¹³⁴ G. ZACCARIA, *L'ermeneutica e la teoria del diritto*, in Id., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, p. 105 ss.

¹¹³⁵ Cfr. C. SCHMITT, *Grundrechte und Grundpflichten*, 1932, in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, 1973, p. 190. In altri termini, si presentano come «strutture portanti di un ordinamento: come elementi costitutivi che ne rispecchiano le priorità effettive e ne disciplinano il funzionamento». Così P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, cit., p. 366.

¹¹³⁶ *Contra* R. ALEXY, *o.u.c.*, p. 131, secondo il quale i principi possono riferirsi sia ai diritti individuali che ai beni collettivi. *Contra* anche R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., p. 82 ss. L'A. limita il riferimento dei principi ai soli diritti individuali, mentre definisce *policies* le norme che concerno beni collettivi.

¹¹³⁷ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 4 ss.; G. AZZARITI, *I diritti dell'homo dignus*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a S. Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 4 ss.

¹¹³⁸ H.C. NIPPERDEY, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., p. 24 ss.

5. La funzione dei principi e dei diritti fondamentali: l'«effetto di irradiazione»¹¹³⁹ dei diritti fondamentali sull'intero Sistema giuridico

Infine, non resta che esaminare il profilo funzionale. A tal fine, considerata la portata tendenzialmente sconfinata del tema, conviene circoscrivere l'analisi al ristretto ambito di interesse. Ragion per cui, tale profilo verrà analizzato avendo riguardo (prevalentemente) alle sue connessioni con la questione dell'efficacia integrativa (del contratto) delle due fonti.

L'aspetto funzionale, secondo la normale dinamica dei fenomeni giuridici, non è immune dal tipo di ricostruzione proposta per gli altri tre profili (formale, sostanziale, strutturale), i quali a loro volta risultano strettamente condizionati dalla configurazione di questo. Ragion per cui, per quanto sin qui esposto, va affermato che i principi fondamentali rispondono alla fondamentale esigenza di orientare le varie componenti dell'ordinamento giuridico verso finalità di carattere generale, ovverosia riferite agli interessi e obiettivi generali della comunità, nonché dell'ordinamento stesso¹¹⁴⁰. Questa è l'inevitabile conseguenza, da un lato, della loro meta-funzione, ovverosia indirizzare l'azione in funzione dei fini da perseguire¹¹⁴¹ e, dall'altro, del loro riferirsi esclusivamente ai beni collettivi. Questa è la ragione per cui i principi – a seconda del diverso contesto nel quale occorre realizzare l'interesse generale o perseguire l'obiettivo pubblico – possono trovare specificazione in disposizioni normative, in altri principi, nonché anche in diritti fondamentali (tipico è il caso del principio di eguaglianza).

Totalmente differente è la funzione dei diritti fondamentali. Questi ultimi legano strettamente le proprie vicende alla posizione individuale della persona, riconoscendogli una protezione statica e dinamica. In particolare, attribuiscono all'individuo uno spazio di garanzia nei confronti di qualsiasi potere (pubblico o privato), impedendo in tal modo che il diritto divenga mero strumento di registrazione e conservazione dei rapporti di forza in essere nelle varie sfere fattuali (sociale, economica, ecc.). In altri termini, i diritti fondamentali costituiscono l'argine affinché il più forte, approfittando della sua posizione privilegiata, non tragga un vantaggio ingiustificato (e, pertanto, ingiusto) a

¹¹³⁹ Le norme dei diritti fondamentali contengono non solo diritti soggettivi dell'individuo verso lo Stato, ma incarnano parimenti un ordine assiologico oggettivo che vale, come decisione fondamentale costituzionale, per tutti gli ambiti del diritto, impartendo direttive e impulsi alla legislazione, all'amministrazione e alla giurisdizione. Così BverfG, 25 febbraio 1975, in *BverfGE* 39, 1, 40. Si v. il commento di R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 555 ss.

¹¹⁴⁰ In particolare, osserva F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, cit., p. 1019 ss., che l'art. 12, comma 2, disp. prel., chiarisce che il principio mira a ribadire l'intrinseca coerenza organica dell'ordinamento.

¹¹⁴¹ N. LIPARI, *Intorno ai «principi generali del diritto»*, cit., p. 28 ss. Secondo l'A. nella correlazione principi-fini risiede l'essenza stessa del diritto come fatto culturale nel quale si esprime il modo d'essere di una struttura sociale.

danno del più debole. Questa è la ragione per cui va riconosciuta ai diritti fondamentali la funzione di potenziamento (e garanzia) della posizione dell'individuo nelle sue relazioni ordinamentali con poteri egemoni, in tal modo contribuendo a informare l'ordinamento secondo i canoni della giustizia.

Il diverso profilo funzionale finisce per ripercuotersi sulla ricostruzione del fenomeno integrativo del contratto. Difatti, l'intervento integrativo ad opera dei principi fondamentali determina la strumentalizzazione e funzionalizzazione del regolamento contrattuale a obiettivi esterni rispetto al singolo scambio, con effetti non molto distanti dal fenomeno della buona fede integrativa. Diversamente, i diritti fondamentali, facendo riferimento alla posizione dei singoli contraenti, danno luogo a un intervento integrativo che, rafforzando la posizione della parte contrattuale affetta da debolezza, contribuisce alla piena ed effettiva manifestazione dell'autonomia negoziale. Ragion per cui, l'integrazione per mezzo dei diritti fondamentali favorisce il raggiungimento dell'obiettivo della giustizia del singolo regolamento contrattuale attraverso il suo potenziamento assiologico. Il che sostanzialmente significa che attraverso la compensazione della posizione di debolezza dei contraenti si creano le condizioni affinché questi ultimi possano dar origine a un contratto che rispecchi genuinamente ed effettivamente il loro progetto materiale e valoriale. Ossia, un'estrinsecazione dell'autonomia negoziale effettiva e rispettosa del suo valore più essenziale. Difatti, non va dimenticato che la libertà, di cui l'autonomia negoziale è manifestazione, si basa sul presupposto dell'uguaglianza sostanziale. Dato che non c'è libertà, e quindi autonomia, laddove non vi è equilibrio di forze tra coloro che di questa libertà debbono godere¹¹⁴².

Tale idea di giustizia, intrinseca ai diritti fondamentali, inoltre, si irradia per tutto il sistema grazie alle caratteristiche della loro modalità applicativa. In particolare, si tratta dell'apertura che connota la tecnica del bilanciamento, la quale a sua volta conduce all'analoga apertura dell'intero ordinamento. In altri termini, i diritti fondamentali schiudono l'ordinamento giuridico alla morale. Conseguentemente, l'irradiazione dei diritti fondamentali come diritto vivente per tutti gli ambiti del sistema giuridico include l'irradiazione dell'idea di giustizia (che incorporano) in tutti gli ambiti del diritto¹¹⁴³.

In conclusione, quanto sin qui affermato consente di delineare i termini del rapporto che si instaura nell'ambito del regolamento contrattuale tra diritti e principi fondamentali. La nostra Carta costituzionale delinea un'autonomia negoziale intimamente relazionata con gli obiettivi di carattere generale dell'ordinamento (artt. 41 e 42 cost.). Il che impedisce di configurare il contratto come uno strumento posto al servizio dei soli interessi privati. Esso è fisiolo-

¹¹⁴² G.B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 336.

¹¹⁴³ R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 575 ss. Cfr. K. LARENZ, *Derecho justo*, cit., p. 32 ss.

gicamente orientato alla realizzazione anche di interessi generali (dell'ordinamento e della collettività). Ed esattamente a tale funzione rispondono i principi (oltre che le altre norme imperative). Questi ultimi, pertanto, possono legittimamente giustificare il sacrificio degli interessi privati in favore della realizzazione di obiettivi di carattere generale. Peraltro, nel far ciò, i principi incontrano un limite, costituito per l'appunto dai diritti fondamentali. In particolare, i principi (anche se fondamentali) nell'adeguare il regolamento contrattuale rispetto alle finalità dell'ordinamento, non possono arrivare sino al punto di comprimere i diritti fondamentali dei contraenti in maniera ingiustificata (indiscriminata) e sproporzionata. Nonché, in ogni caso non possono giungere sino all'estremo di lederli nel loro nucleo essenziale.

Questa è la condizione affinché i diritti fondamentali possano svolgere la loro fondamentale funzione di garanzia e, parallelamente, che l'autonomia negoziale non perda la propria connotazione essenziale, divenendo mero strumento al servizio del potere pubblico e di quello privato (il mercato).

6. Il problema dell'efficacia integrativa dei diritti e dei principi fondamentali

Si precisava precedentemente come gli artt. 1374, 1340, 1339 (e 1419) c.c. non vadano intesi in termini di norme sulle fonti di integrazione del contratto. In altri termini, tali previsioni normative, più che indicare a quali fonti debba riconoscersi efficacia integrativa del regolamento privato, individuano precisi procedimenti integrativi attraverso i quali inserire (e adeguare) il contratto rispetto a determinati contesti operativi. Difatti, la legge e gli usi (normativi) non necessitano di tale richiamo per produrre una diretta efficacia integrativa, mentre il richiamo all'equità non indica una fonte del contratto, bensì semplicemente un procedimento integrativo di chiusura. Conseguentemente, il problema della configurazione dell'efficacia integrativa dei principi e diritti fondamentali non è tanto quello della loro riconducibilità a una delle fonti indicate da tali norme, bensì quello della loro diretta e immediata efficacia orizzontale rispetto alla regola privata e della compatibilità dell'intervento sul contratto così realizzato rispetto ai procedimenti integrativi indicati dagli artt. 1374, 1419, comma 1, e 1339 c.c. (in combinato disposto con l'art. 1419, comma 2 c.c.), avuto particolare riguardo ai presupposti operativi che giustificano tali interventi.

D'altronde, la questione della riconducibilità dei diritti e principi fondamentali al richiamo alla fonte legale contenuto nell'art. 1374 c.c. appare fuorviante e mal posto. Difatti, l'attribuzione della qualità di fonte di integrazione del contratto giustificata sulla base di tale argomento, significherebbe circoscriverne la portata alle sole disposizioni della Carta costituzionale (e degli al-

tri Testi positivi fondamentali) che prevedono norme di tal genere. In altri termini, si riconoscerebbe ai diritti e ai principi fondamentali funzione integrativa del contratto sulla base dell'osservazione (senz'altro corretta) che il riferimento alla fonte legale debba ricomprendere necessariamente (e *a fortiori*) anche la fonte costituzionale¹¹⁴⁴ (oltre che le fonti comunitarie e internazionali). Il problema sta nel fatto che adottare un'impostazione siffatta significherebbe assumere una concezione dei principi e dei diritti fondamentali affetta da riduzionismo positivista, nel momento in cui sovrappone indebitamente testo normativo e situazione giuridica fondamentale. L'esistenza dei principi e dei diritti fondamentali, diversamente, prescinde da un'enunciazione o elencazione specifica¹¹⁴⁵, trattandosi di entità esposte a un incessante processo di implementazione¹¹⁴⁶ e trasformazione. Si tratta di corpi giuridici che non sono il prodotto di un qualche legislatore (costituzionale), bensì che appartengono a una determinata comunità, rispetto alla quale si pongono come fondativi della relativa sfera giuridica. In altri termini, è principalmente attraverso il riconoscimento del valore dei diritti fondamentali – costituendo questi la base dell'uguaglianza giuridica¹¹⁴⁷ – che una comunità sociale può ambire allo *status* di comunità di diritto.

In quanto tali, essi assumono concretezza storica per mezzo dell'attività del giudice¹¹⁴⁸ e nel momento della decisione giudiziale. La loro esistenza si deve principalmente alla sapiente interazione tra consenso e ragionevolezza¹¹⁴⁹, la quale sola consente di enucleare quei principi che, in quel determinato momento storico, l'ordinamento riconosce come fondativi della sua stessa esistenza e condizione ineluttabile della propria sopravvivenza.

Sin qui la questione dell'integrazione del contratto per mezzo dei diritti e dei principi fondamentali è stata trattata congiuntamente, in quanto tali fonti presentano aspetti comuni che finiscono per ripercuotersi anche sulle soluzioni al problema in analisi. Ciononostante, precedentemente venivano rimarcati

¹¹⁴⁴ Questo è l'itinerario argomentativo seguito da G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit., p. 8 ss. L'A., peraltro, attraverso tale operazione, circoscrive l'intervento integrativo individuando due condizioni: la riferibilità (diretta e indiretta) della norma costituzionale alla materia contrattuale e che si tratti di una norma sufficientemente determinata. In tal modo, sostanzialmente, riconoscendo efficacia integrativa alle sole norme costituzionali espresse in forma di regola e, di fatto, escludendola rispetto ai principi. Analogo percorso argomentativo viene seguito da E. CAPOBIANCO, *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi*, in F. VOLPE (diretto da), *Correzione e integrazione del contratto*, Torino, 2016, p. 5 ss., seppur affrontando il tema solo in termini di teorica possibilità.

¹¹⁴⁵ N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, cit., p. 635 ss. *Contra* G. BOGNETTI, voce *Diritti dell'uomo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 388 ss.

¹¹⁴⁶ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. 15 ss.

¹¹⁴⁷ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, cap. XI.

¹¹⁴⁸ N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, cit., p. 635 ss.

¹¹⁴⁹ F. VIOLA, *Diritti umani*, cit., p. 2935.

anche i non irrilevanti elementi di differenziazione, in particolare con riferimento all'aspetto strutturale e a quello funzionale, i quali, oltre che comportare un diverso fondamento del fenomeno, danno origine a interventi integrativi affatto assimilabili. Ragion per cui, conviene a questo punto separare il discorso, concentrando l'attenzione esclusivamente sui diritti fondamentali, i quali per le ragioni già evidenziate promettono risultati ben più interessanti avuto riguardo alle finalità del presente studio. Mentre, per quel che concerne l'intervento integrativo per mezzo dei principi fondamentali – oltre alla precisazione che quanto verrà esposto di seguito per i diritti fondamentali può essere esteso, almeno parzialmente e una volta apportati i necessari adattamenti, anche a tali fonti – si tornerà sulla questione in chiusura di capitolo, così da porre in evidenza le differenze rispetto all'integrazione del contratto per mezzo dei diritti fondamentali.

7. I diritti fondamentali e il nuovo «volto demoniaco del potere»¹¹⁵⁰: la *Drittwirkung* diretta e immediata

Il riconoscimento del valore integrativo dei diritti fondamentali è strettamente condizionato alla verifica, in primo luogo, della loro efficacia diretta e immediata sul regolamento contrattuale e, in secondo luogo, della compatibilità dell'intervento così realizzato con i procedimenti integrativi previsti dall'ordinamento civile italiano.

Sull'efficacia diretta dei diritti fondamentali non sussistono particolari incertezze. Difatti, si tratta di una posizione da tempo sdoganata nella dottrina italiana, che ha preso le mosse dallo storico riconoscimento della natura precettiva (e non meramente programmatica) delle norme costituzionali¹¹⁵¹. Partendo da tale presupposto¹¹⁵², costituì conseguenza quasi automatica attribuire

¹¹⁵⁰ G. RITTER, *Il volto demoniaco del potere*, Bologna, 1958, *passim*.

¹¹⁵¹ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 19 ss.; ID., *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, cit., p. 21 ss. Si v. anche R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*. Atti del XXI Convegno annuale. Roma, 27-28 ottobre 2006, Napoli, 2010, p. 220 ss.

¹¹⁵² Si v. ad es. P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 317 ss. «Le norme costituzionali vincolano – non soltanto il potere legislativo ma – qualsiasi potere legittimato a dettare regole che concorrono a comporre l'ordinamento del caso concreto; compresa, quindi, l'autoregolamentazione riconosciuta e garantita all'autonomia dei privati e più ampiamente all'autonomia negoziale. Sembra ormai acquisito, anche dalla Suprema Corte di Cassazione, che la meritevolezza dell'atto deve essere testata in concreto, non essendo in alcun modo sufficiente la sua rispondenza al tipo negoziale. Il controllo di legittimità degli atti aventi forza di legge e il controllo di meritevolezza degli atti negoziali hanno le stesse radici e gli stessi principi normativi di riferimento: “il controllo di validità investe tanto la regola di provenienza statale tanto quella privata. La validità normativa e la validità

analogo valore normativo anche per quelle particolari norme costituzionali formulate in termini di principi o che attribuiscono (o meglio, riconoscono) diritti fondamentali. Il che non ha altro significato se non quello di riconoscere a tali corpi giuridici intrinseca efficacia giuridica diretta¹¹⁵³. In definitiva, anche i principi e i diritti fondamentali, nel momento in cui «dicono cosa è prescritto»¹¹⁵⁴, devono essere considerati vere e proprie norme giuridiche, seppur qualitativamente differenti dalle regole.

Non altrettanto pacifica si presenta la questione logicamente successiva, ovverosia se tale efficacia diretta rispetto ai rapporti orizzontali si realizzi attraverso la mediazione della normativa posta (c.d. *mittelbaren Drittwirkung*)¹¹⁵⁵ – pervadendo il contenuto delle norme per mezzo della tecnica dell'interpretazione conforme e orientando in chiave assiologica le clausole generali – o in via immediata (c.d. *unmittelbaren Drittwirkung*)¹¹⁵⁶. Traslando la questione sul piano dell'integrazione del contratto, accogliendo la tesi dell'ef-

contrattuale, nella sostanza, si identificano”. L'autonomia non è libertà senza limiti, sostanzialmente arbitraria, dogma separato dal contesto dei valori e dei principi del sistema nel quale s'incardina. Il controllo su di essa deve essere quindi qualitativo e assiologico, adeguato alla complessità dei nostri tempi e al pluralismo culturale che li caratterizza, ma pur sempre nel rispetto della complessiva identità del sistema nel quale si colloca l'interprete». Analogamente anche P. FEMIA, *Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione della sfera privata*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del I Convegno Nazionale S.I.S.-Di.C., Capri 7-9 aprile 2005, Napoli, 2006, p. 189 ss.

¹¹⁵³ La tesi dell'efficacia diretta e mediata è sostenuta da P. RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, c. 224; S. PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1949, p. 189 ss.; ID., *La proprietà e le proprietà. Con riguardo particolare alla proprietà terriera*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 145 ss.; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata*, cit., p. 85 ss.; S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1252 ss.; ID., *Il problema della responsabilità civile*, cit., *passim*; ID., *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., *passim*; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, cit., p. 399 ss.; R. NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., p. 907 ss.; L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Jus*, 1988, p. 476 ss.; ID., *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 10 ss. Diversamente, la tesi dell'efficacia diretta e immediata in Italia è stata sostenuta principalmente da P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 475 ss.; ID., *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1971, p. 10 ss.; ID., *Norme costituzionali e rapporti civilistici*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.; ID., *La personalità umana*, cit., *passim*; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 535 ss.; M. ZARRO, *L'evoluzione del dibattito sulla Drittwirkung tra Italia e Germania*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1013 ss. In giurisprudenza Corte cost., ord. 13 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, c. 382; Corte cost., ord. 26 marzo 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035 ss., con nota di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*.

¹¹⁵⁴ R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 102 ss.

¹¹⁵⁵ G. DÜRIG, *Grundrechte in Zivilrechtsprechung*, cit., p. 157 ss.; C.W. CANARIS, *Grundrecht und Privatrecht*, in *Arch. civ. Prax.*, 1984, p. 201 ss.; ID., *L'incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco*, in AA.VV. (a cura di), *A l'Europe du troisième millénaire. Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi: à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, Torino, 2004, p. 23; J.A. AGUILA REAL, *Autonomía Privada y Derechos fundamentales*, cit., p. 57 ss.

ficacia mediata dei diritti fondamentali, sarebbe possibile ammetterne l'operatività nell'ambito del regolamento negoziale esclusivamente per il tramite della buona fede, diversamente, il riconoscimento della loro efficacia immediata ne consentirebbe l'integrazione diretta. Il che implica – considerato che nel marco del presente studio si è negata la funzione integrativa della buona fede – che il riconoscimento dell'integrabilità del contratto per mezzo dei diritti fondamentali è strettamente condizionata all'ammissibilità della seconda ipotesi.

Chi nega l'efficacia immediata dei diritti fondamentali fa leva, oltre che sulle solite preoccupazioni relative alla certezza del diritto¹¹⁵⁷, su argomenti che fanno riferimento alla funzione tradizionalmente riconosciutagli nell'ambito dell'ordinamento (l'essere indirizzati esclusivamente al rapporto Stato/individuo)¹¹⁵⁸, sul fatto che il loro essere norme estremamente aperte e indeter-

¹¹⁵⁶ H.C. NIPPERDEY, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., p. 17 ss.; W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, cit., p. 285 ss.

¹¹⁵⁷ Sostanzialmente è questa la ragione che spinge G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit., p. 23, a negare l'efficacia integrativa dei principi costituzionali, riconoscendola alle sole norme costituzionali formulate in termini di regola. Presentano una radice comune quelle opinioni che ritengono che il riconoscimento ai diritti fondamentali dell'efficacia diretta e immediata si porrebbe in contrasto con il principio democratico. Si v. ad es. J.A. AGUILA REAL, *Autonomía Privada y Derechos fundamentales*, cit., p. 66, nella parte in cui afferma che «postular la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales contradice el carácter democrático de nuestro Estado en la medida que, dado que son los jueces los que imponen coactivamente la Drittwirkung, supone atribuir a los jueces una competencia que sólo puede ser del legislador: la de determinar el equilibrio entre el respeto a la libertad individual y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales».

¹¹⁵⁸ C.W. CANARIS, *Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, in *JuS*, 1989, p. 162 ss.; ID., *Grundrecht und Privatrecht*, cit. p. 204 ss.; J. GARCÍA TORRES, A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derecho fundamentales y relaciones entre particulares: La «Drittwirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 19 ss.; J.A. AGUILA REAL, *o.u.c.*, p. 60 ss. Le osservazioni dell'A. da ultimo citato, seppur rispetto all'ordinamento spagnolo, costituiscono un buon esempio degli argomenti normalmente utilizzati dalla dottrina in questione. In particolare, l'A. osserva che «los preceptos constitucionales relativos a los derechos y sus garantías permiten deducir, en efecto, que los destinatarios de tales normas son sólo los poderes públicos. Así, el art. 53.1 CE sólo declara expresamente vinculados por los derechos fundamentales a los poderes públicos. Una declaración semejante no se contiene en relación con los particulares. Es cierto que el art. 9.1 CE afirma la sujeción a la Constitución de poderes públicos y particulares, pero a nuestro juicio, tal precepto se limita a recordar el sometimiento de poderes públicos y particulares al Derecho y no permite en modo alguno identificar el término “sujeción” con el de “vinculatoriedad” del art. 53 CE. Si esta equiparación fuera correcta, sería incomprensible que el constituyente repitiera la vinculación de los poderes públicos en el art. 53 CE, donde ya los particulares no aparecen y que, junto a la Constitución, aparezca el resto del ordenamiento jurídico en el art. 9.1 CE. Esta interpretación resulta reforzada por el hecho de que en el art. 53.1 CE aparezca la reserva de ley cómo límite a la regulación de los derechos fundamentales. En efecto, “la posibilidad de limitar los derechos fundamentales por los particulares – especialmente a través de negocios jurídicos – no está regulada en absoluto».

minate (c.d. senza fattispecie)¹¹⁵⁹ non consentirebbe di ricavarne una regola sufficientemente precisa da regolare in maniera diretta le relazioni tra privati¹¹⁶⁰ e sull'eccessivo sacrificio dell'autonomia negoziale che ne scaturirebbe¹¹⁶¹. Infine, non è mancato chi ha avanzato dei dubbi circa la compatibilità della teoria dell'efficacia immediata con il ruolo del diritto civile. In particolare, si afferma che il riconoscimento ai diritti fondamentali di tale efficacia renderebbe superfluo l'intero corpo delle norme civilistiche, in quanto il giudice potrebbe decidere le controversie applicando direttamente i primi e ignorando le seconde¹¹⁶². Nessuno di questi argomenti appare sufficientemente fondato.

Nello specifico, si afferma che i diritti fondamentali risponderebbero alla specifica funzione di garantire l'individuo rispetto alle ingerenze arbitrarie dello Stato. Pertanto, tali norme si dirigerebbero esclusivamente ai rapporti verticali tra potere esecutivo e individuo. Si tratta, in verità, di un'opinione fortemente influenzata dalle vicende storiche che portarono all'inclusione dei diritti fondamentali nelle Costituzioni del XIX secolo, ossia dalla sicura volontà di introdurre in tali Testi il riconoscimento dei diritti fondamentali per porre un argine al potere che in quella fase storica appariva più minaccioso¹¹⁶³. Non sfugge, peraltro, che le trasformazioni che seguirono portarono a un mutamento, o meglio a un adeguamento della funzione dei diritti fondamentali rispetto al palesarsi di altre minacce alla sfera giuridica degli individui. Così, con l'introduzione delle Costituzioni rigide i diritti fondamentali iniziarono a riferirsi anche al potere legislativo, andando a costituire (insieme ai principi fondamentali) quel nucleo essenziale immodificabile¹¹⁶⁴ che costituisce il limi-

en la Constitución, a pesar de que debería estarlo si los derechos fundamentales vincularan directamente a los particulares". Si el constituyente hubiera pretendido regular los efectos de los derechos fundamentales en la relaciones entre particulares habría establecido – además de afirmar su carácter vinculante para todos – una prohibición de su limitación o supresión (no sólo por ley sino también) por contrato».

¹¹⁵⁹ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 40 ss.

¹¹⁶⁰ Cfr. J.A. AGUILA REAL, *o.u.c.*, p. 64 ss. «*Nadie ha negado nunca que tal reconocimiento tanga efectos sobre las relaciones entre particulares. Lo que se discute es cuáles son y de qué modo han de lograrse esos efectos, y la simple afirmación de que algunos derechos fundamentales tienen Drittwirkung no proporciona criterio alguno para su delimitación. Como tendremos ocasión de comprobar, sólo afirmando la necesidad de mediación de los poderes públicos es posible dar respuesta ajustadas a la variedad de casos que se han planteado en la jurisprudencia constitucional*».

¹¹⁶¹ G. DÜRIG, *Grundrechte in Zivilrechtsprechung*, cit., p. 158; J. GARCÍA TORRES, A. JIMÉNEZ BLANCO, *o.u.c.*, p. 15 ss.; J.A. AGUILA REAL, *o.u.c.*, p. 61 ss. Si v. le considerazioni di R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 571 ss. e di M. ZARRO, *L'evoluzione del dibattito sulla Drittwirkung*, cit., p. 1016 ss.

¹¹⁶² J. SCHWABE, *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte*, cit., p. 140 ss.

¹¹⁶³ Cfr. H.C. NIPPERDEY, *Diritti fondamentali e diritto privato*, 1962, trad. it., in P. FEMIA (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, Napoli, 2018, p. 63.

¹¹⁶⁴ Sul tema si v. M. SCHININÀ, *I principi immodificabili dell'ordinamento nel sistema delle fonti di diritto privato*, in N. LIPARI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*,

te al potere di revisione della Carta¹¹⁶⁵. Un cambio di prospettiva del profilo funzionale dei diritti fondamentali che corrispondeva al mutato assetto degli equilibri istituzionali, con un potere legislativo che, rispetto al passato, guadagnava prerogative ai danni del potere esecutivo. Così, allo stesso modo, l'odierna crisi del sistema delle fonti¹¹⁶⁶, in particolare della legge, e il progressivo imporsi dei poteri privati (soprattutto economici), nonché il raggiungimento da parte dei fenomeni di contrattazione di massa di una estensione (anche transnazionale) e di una forza precettiva (seppur tratta da strumenti diversi dai classici rimedi civilistici) tali da porli in competizione con il legislatore nazionale e con la legge¹¹⁶⁷, spinge verso un nuovo adeguamento della funzione dei diritti fondamentali¹¹⁶⁸. Questa viene ora a identificarsi con la protezione dell'individuo, soprattutto del contraente debole, rispetto al potere privato (il contraente forte)¹¹⁶⁹.

Da ciò consegue che allo stato attuale i diritti fondamentali devono essere considerati rivolti primariamente ai rapporti privati¹¹⁷⁰, a iniziare da quelli caratterizzati da asimmetria di potere negoziale. In tal modo, in fondo, ponendosi lungo una linea evolutiva costante, caratterizzata dalla finalità di impedire che la giuridicità diventi semplice ratifica dei rapporti di forza¹¹⁷¹. Il che, peraltro, non significa che la loro funzione non debba più essere riferita ai rap-

Napoli, 2006, p. 9 ss.

¹¹⁶⁵ Cfr. N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, cit., p. 635.

¹¹⁶⁶ Sul tema si v. P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi*, cit., p. 27 ss.; ID., *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 71 ss.; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, *passim*.

¹¹⁶⁷ Cfr. A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione*, cit., p. 95 ss.

¹¹⁶⁸ «Soltanto quando dalla borghesia possidente indipendente del XIX secolo si sviluppò «la società industriale di massa», fu chiaro che, nella massa crescente di gruppi, associazioni, grandi imprese e potenze individuali, il singolo diveniva indipendente e necessitava ormai di una protezione da questi potere in parte autonomi. Pertanto, per la prima volta, la Costituzione di Weimar, negli artt. 118 e 159, estese espressamente l'ambito di vigenza di taluni diritti fondamentali, vale a dire dei diritti fondamentali della libertà di espressione e di associazione, alla totalità della vita giuridica, quindi anche ai rapporti giuridici di diritto privato. Questa estensione della protezione dei diritti fondamentali non fu un'eccezione isolata in sé, contraria all'essenza dei diritti fondamentali. Essa fu, piuttosto, sintomatica del cambiamento di significato dei diritti fondamentali che si andava profilando, cambiamento che si giustifica per il fatto che la minaccia alla sfera giuridica del singolo cittadino da parte di altri poteri, diversi da quelli statali, richiede un adeguamento della funzione dei diritti fondamentali ad una situazione storica mutata». Così H.C. NIPPERDEY, *Diritti fondamentali e diritto privato*, cit., p. 63 ss.

¹¹⁶⁹ Cfr. A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1978, p. 25.

¹¹⁷⁰ Si v. J. BALLARÍN IRIBARREN, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La "Drittwirkung" en la jurisprudencia del Tribunal Consitucional*, in *Rev. esp. der. const.*, 1982, p. 289 ss.; L. PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990, p. 210 ss.

¹¹⁷¹ Cfr. N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, cit., p. 635.

porti con lo Stato, né, e lo si vedrà a breve, che le modalità della loro azione nelle relazioni orizzontali siano le stesse che caratterizzano quelli verticali.

Pertanto, sulla base di tali considerazioni ben si comprende come infondata sia anche l'accusa – animata da una chiara ideologia volontarista – dell'eccessivo sacrificio al quale verrebbe esposta l'autonomia negoziale una volta riconosciuta l'efficacia orizzontale immediata dei diritti fondamentali. Difatti, questi non svolgono un ruolo antagonista rispetto all'autonomia negoziale, al contrario rappresentano uno strumento volto alla piena e libera manifestazione del potere contrattuale delle parti, andando a intervenire con particolare forza in quei casi in cui il rapporto tra i contraenti non si presenti equilibrato a ragione della debolezza dell'uno e/o della particolare forza dell'altro. Difatti, l'incidenza dell'efficacia dei diritti fondamentali cambia profondamente non solo rispetto alle relazioni verticali¹¹⁷², ma anche a seconda delle caratteristiche del rapporto orizzontale.

In particolare, la relazione Stato/individuo è un rapporto tra il titolare di un diritto fondamentale (l'individuo) e un soggetto che non può godere di una simile titolarità¹¹⁷³. Diversamente, nelle relazioni tra privati si confrontano due (o più) soggetti che sono portatori di diritti fondamentali, in altri termini, si tratta di un rapporto tra titolari di diritti fondamentali¹¹⁷⁴. Si affermava nelle precedenti fasi dello studio che seppur vero che l'autonomia negoziale non costituisce un valore di per sé, essa assume tale rilievo nel momento in cui diviene effettiva espressione (e concretizzazione) della fondamentale libertà dell'individuo di sviluppare la propria personalità autodeterminandosi negozialmente¹¹⁷⁵, ossia di proporre a livello ordinamentale i propri interessi e valori. Per-

¹¹⁷² S. VARELA DÍAZ, *La idea de deber constitucional*, in *Rev. esp. der. const.*, 1982, p. 71 ss.; P. PÉREZ TREMP, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Madrid, 1985, p. 184 ss.

¹¹⁷³ Su questa relazione si v. A. BLECKMANN, *Allgemeine Grundrechtslehren*, Köln-Berlin, 1979, p. 77 ss.; J.M. DÍAZ LEMA, *¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?*, in AA.VV., *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, 1988, p. 1153 ss.; J.A. AGUILA REAL, *Autonomía Privada y Derechos fundamentales*, cit., p. 65 ss.

¹¹⁷⁴ Tra gli altri H.C. NIPPERDEY, *Diritti fondamentali e diritto privato*, cit., p. 65; R. ALEX, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 559 ss. Si v. anche J.A. AGUILA REAL, *Autonomía Privada y Derechos fundamentales*, cit., p. 65, nella parte in cui osserva che «frente al Estado, el problema consiste en decidir si alguno de sus órganos ha infringido el derecho de un particular mientras que en relación con el particular el problema consiste en dilucidar cómo se resuelve una colisión entre derechos».

¹¹⁷⁵ Si v. F. DE CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, cit., p. 11 ss. «Las personas, en el ejercicio de su autonomía individual, asumen voluntariamente limitaciones a sus derechos en función de otros intereses, y dichas limitaciones no sólo son perfectamente “constitucionales” sino que constituyen manifestaciones evidentes del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ámbito en el que el Estado no puede interferir injustificadamente». Così J.A. AGUILA REAL, *o.u.c.*, p. 62. Nello stesso senso C.W. CANARIS, *Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermassverbot mi Recht der Geschäftsfähigkeit und mi Schadersatzrecht*, in *JuristenZ*, 1987, p. 994 ss.

tanto, nell'ambito della contrattazione, trattandosi dell'esercizio dell'autonomia soggettiva della persona, verranno sempre in questione i diritti di libertà, di autodeterminazione e di libero sviluppo della personalità¹¹⁷⁶. Diritti fondamentali questi che fanno capo ad entrambi i contraenti e la cui effettività implica il riconoscimento agli stessi della libertà di limitare di comune accordo e reciprocamente la propria sfera giuridica¹¹⁷⁷. Il che significa che, secondo la dinamica (del bilanciamento) tipica dei diritti fondamentali, l'esercizio di tale diritto può comportare la limitazione di altri diritti fondamentali facenti capo alle parti. Peraltro, la stessa logica intrinseca a tali corpi giuridici, nel momento in cui autorizza il sacrificio di un diritto fondamentale, allo stesso tempo la limita.

In primo luogo, i diritti fondamentali sono precetti di ottimizzazione di un valore¹¹⁷⁸, ossia funzionalmente orientati alla più ampia realizzazione possibile del valore che incorporano. Nel far ciò, peraltro, incontrano il limite costituito da analoghe pretese avanzate da altri diritti (e principi) fondamentali. Pertanto, la misura della realizzazione del diritto (e del valore) dipenderanno dal confronto (e bilanciamento)¹¹⁷⁹ con altri diritti fondamentali che vengono in rilievo rispetto a un determinato caso concreto¹¹⁸⁰. Oltre alla corretta considerazione che tale bilanciamento dipenderà dal diverso peso del valore incorpora-

¹¹⁷⁶ Cfr. R. ALEXY, *o.u.c.*, p. 572, nella parte in cui afferma che «la stessa autonomia privata, non la sua delimitazione, è oggetto di garanzie dei diritti fondamentali e, di conseguenza, della teoria dell'efficacia orizzontale». Cfr. J.A. AGUILA REAL, *o.u.c.*, p. 58 ss. L'A., dopo aver riconosciuto che «*los derechos fundamentales han de tener algún tipo de vigencia social en el sentido genérico de que los particulares deben gozar de algún tipo de protección en el ejercicio de sus derechos fundamentales frente a su no reconocimiento por parte de otros particulares*» e che «*se admite generalizadamente que el reconocimiento de los derechos fundamentales implica consecuencias diferentes para poderes públicos y particulares*», afferma che «*el problema central consiste en diseñar una construcción dogmática que dé cuenta de tales consecuencias y responda a la valoración constitucional que ha sintetizado el art. 10.1 CE al consagrar un equilibrio entre el respeto a la autonomía individual (“libre desarrollo de la personalidad”) y el respeto a la dignidad humana (y a los derechos inviolables que le son inherentes)*».

¹¹⁷⁷ Cfr. H.C. NIPPERDEY, *Diritti fondamentali e diritto privato*, cit., p. 65; J.A. AGUILA REAL, *o.u.c.*, p. 100. «*El carácter irrenunciable o inalienable de un derecho encaja mal con un sistema fundado en la autonomía del individuo para disponer de su propia esfera jurídica de la forma que considere más conveniente. De hecho este tipo de normas que limitan la renunciabilidad a los derechos suelen tildarse de paternalistas*».

¹¹⁷⁸ R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 75 ss.; ID., *On the Structure of legal Principles*, in *Ratio Juris*, 2000, p. 294 ss. Cfr. K. LARENZ, *Derecho justo*, cit., p. 32 ss.

¹¹⁷⁹ «Come siano tracciati i limiti delle competenze privatistiche è una questione di contenuto e certamente, da ultimo, un problema di bilanciamento». Così R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 572.

¹¹⁸⁰ Cfr. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 75 ss.; ID., *On the Structure of legal Principles*, cit., p. 294 ss.

to¹¹⁸¹, in questo momento interessa porre in evidenza che, in ogni caso, ciò comporta che la misura normale della loro realizzazione è graduale o parziale, mentre mai determinerà la soppressione totale di un altro diritto fondamentale. Pertanto, l'esercizio della libertà dell'individuo di autodeterminarsi negozialmente non potrà mai giungere sino all'estremo di ledere un altro diritto fondamentale nel suo nucleo essenziale¹¹⁸².

Il secondo limite presenta un interesse ancora maggiore considerato l'orientamento del presente studio. Si affermava precedentemente che è sul reciproco riconoscimento dei diritti fondamentali che si basa l'uguaglianza giuridica dell'ordinamento. Ciò implica che i contraenti potranno vicendevolmente limitare i propri diritti fondamentali – entro i limiti poc'anzi indicati e, in ogni caso, tenendo in considerazione il diverso peso dei valori incorporati – esclusivamente se tra le parti sussiste un'effettiva posizione di uguaglianza¹¹⁸³. Di-

¹¹⁸¹ Interessanti le osservazioni di E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., p. 186, nella parte in cui afferma che «l'autodeterminazione non è in sé un diritto assoluto: è, come il principio di uguaglianza, un modo di essere di tutti i diritti, che si plasma sulla loro natura e sulla varietà di circostanze fattuali. Non vi sono diritti che non si associno al *modus* dell'autodeterminazione, quanto meno nella sua funzione autorizzativa, e al tempo stesso, non si può rappresentare il contenuto dell'autodeterminazione né identificare il suo valore se non in relazione ai diritti cui si rapporta, il che la colora di un rango variabile, che degrada dall'inviolabilità nell'esercizio dei diritti fondamentali alla garanzia di istituto nell'esercizio dell'iniziativa economica».

¹¹⁸² H.C. NIPPERDEY, *Diritti fondamentali e diritto privato*, cit., p. 66. Sul tema della garanzia del nucleo essenziale dei diritti fondamentali si v. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 321 ss.; H. JÄCKEL, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung*, Berlin, 1967, p. 49 ss.; J. CHLOSTA, *Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung*, Berlin, 1975, p. 39 ss.

¹¹⁸³ H.C. NIPPERDEY, *Diritti fondamentali e diritto privato*, cit., p. 65. Diversamente, J.A. AGUILA REAL, *o.u.c.*, p. 93 ss., ritiene che la distinzione rilevante si rinvenga tra quei casi «*en los que alguien limita su propio derecho fundamental mediante un acto de ejercicio de su libertad individual (porque contrata)*» da quelli nei quali «*el ejercicio de la autonomía privada por un particular provoca la desprotección en su derecho fundamental de un tercero (que quiere contratar)*». «*Desde la posición de los poderes públicos, en el primer grupo de supuestos (libertad para fijar el contenido de los contratos) el conflicto se plantea entre el derecho fundamental implicado y el derecho a disponer de la propia esfera jurídica, además, naturalmente del interés de la otra parte en el mantenimiento de la validez del pacto. [...] Para el Derecho Privado, el conflicto entre un derecho y el derecho a limitarlo o suprimirlo por la propia voluntad es un problema de límites a la renunciabilidad y a la disponibilidad de los derechos*». «*En el segundo supuesto, es decir, cuando se trata de decidir si el ejercicio por parte de una persona de su libertad para contratar o no y para seleccionar a su cocontratante (o, en general, el tipo de personas con las que se entablan relaciones negociales) puede limitarse en atención a los derechos fundamentales del afectado por tal decisión, el problema – considerado desde la función de los derechos fundamentales cómo mandatos de protección – es decidir sobre los límites al ejercicio de un derecho*». Secondo l'A., ai due casi corrisponderebbero diversi rimedi alla violazione di un diritto fondamentale: nel primo la declaratoria di nullità e nel secondo l'imposizione di un obbligo a contrarre. Si v. anche E. GARZÓN VALDÉS, *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, in *Doxa*, 1988, p. 161 ss.

fatti, solo in tal caso la limitazione del proprio diritto fondamentale, in quanto manifestazione di una libertà effettiva, potrà essere considerata esercizio del diritto di autodeterminazione dell'individuo¹¹⁸⁴. Diversamente, ovverosia in presenza di uno squilibrio di potere contrattuale o di circostanze che in concreto affettano la libertà dell'individuo di autodeterminarsi attraverso il contratto (sia rispetto alla *abschlussfreiheit* che alla *gestaltungsfreiheit*), l'esercizio della libertà contrattuale non potrà giustificare la limitazione degli altri diritti fondamentali¹¹⁸⁵. Considerazione questa che assumerà ancor più rilievo in quegli ambiti contrattuali ove vengono maggiormente in rilievo le esigenze fondamentali della persona, come nel diritto del lavoro¹¹⁸⁶, nei contratti di associazione e società¹¹⁸⁷, nei contratti di locazione¹¹⁸⁸, e, con una portata ben più generale, nei contratti di consumo.

Ciò dimostra che l'azione dei diritti fondamentali sul regolamento contrattuale, lungi dal costituire una limitazione dell'autonomia negoziale, rappresenta in realtà lo strumento fondamentale attraverso il quale garantire sia che essa si espliciti in maniera piena ed effettiva, sia il potenziamento assiologico del

¹¹⁸⁴ BVerfG, 7 febbraio 1990, in *BVerfGE* 81, 242 in *Neue jur. Wochenschr.*, 1990, p. 1469 ss.; BVerfG, 19 ottobre 1993, in *BVerfGE* 89, 214 in *Neue jur. Wochenschr.*, 1994, p. 36 ss., con nota di D. LORENZ, *Schutz der Privatautonomie. «Bürgerschaftsbeschluß»*. Si v. G. TEUBNER, *Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken*, in *KritV*, 2000, p. 388 ss.; P. ROTT, *German Law on Family Suretyships: An Overrated System*, in A. COLOMBI CIACCHI (a cura di), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Baden-Baden, 2007, p. 51 ss. Infine, si v. M. ZARRO, *L'evoluzione del dibattito sulla Drittwirkung*, cit., p. 1013 ss. e A. COLOMBI CIACCHI, *La libertà contrattuale in senso sostanziale come diritto fondamentale dell'Unione europea*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 137. L'A. da ultimo citato ritiene che con tali sentenze «la Corte costituzionale ha affermato il principio secondo il quale l'autonomia privata è fondata sul principio di autodeterminazione e, quindi, richiede l'effettiva sussistenza delle condizioni per l'esercizio di tale autodeterminazione. Se il potere negoziale di una delle parti è così fortemente sproporzionato che il contratto viene in sostanza determinato unilateralmente, per la parte debole quel contratto non è più atto di autonomia bensì di eteronomia». Secondo J.A. AGUILA REAL, *o.u.c.*, p. 96, «*si el legislador se siente obligado a intervenir para proteger a alguien de sí mismo es, lógicamente porque considera que al autolimitar de esa forma sus derechos, el particular no actuó libremente debido a un defectuoso funcionamiento de la libertad contractual («poder de mercado»; «defectos de información»; imposibilidad de una decisión reflexiva, etc.); o bien, menos frecuentemente, porque cree conocer mejor que esa misma persona cuáles son sus intereses»*).

¹¹⁸⁵ H.C. NIPPERDEY, *Diritti fondamentali e diritto privato*, cit., p. 65.

¹¹⁸⁶ Si v. ad es. i contributi di M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional*, in AA.VV., *Derecho del Trabajo y Constitución*, Madrid, 1992, p. 161 ss.; F. VALDÉS DAL RÉ, *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*, in *Rel. lab.*, 1990, p. 289 ss.; J.L. GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, 1988, p. 41 ss.

¹¹⁸⁷ H.C. NIPPERDEY, *Diritti fondamentali e diritto privato*, cit., p. 53 ss.

¹¹⁸⁸ T. QUADRA-SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981, p. 74 ss.

regolamento negoziale.

Riguardo poi alla presunta inidoneità strutturale dei diritti fondamentali a regolare direttamente le relazioni private a causa del loro contenuto estremamente indeterminato, si afferma, in sostanza, che queste norme sarebbero affette dall'incapacità genetica di fornire una regola di condotta sufficientemente certa.

Non è difficile scorgere il presupposto (e l'equivoco) di tale orientamento. Si tratta, in particolare, della credenza secondo cui mentre dalle regole sarebbe possibile risalire al principio normativo presupposto – così come anche da un principio o da un diritto fondamentale sarebbe possibile ricavare un principio più ampio – non altrettanto potrebbe dirsi per l'operazione inversa. In altri termini, non sarebbe possibile desumere da un diritto fondamentale (o da un principio) le regole che lo concretizzano, perché un simile procedimento appartarrebbe al genere delle inferenze riduttive¹¹⁸⁹, le quali sono certe solo quando dall'antecedente è desumibile un unico conseguente¹¹⁹⁰. Pertanto, l'applicazione del principio può concretizzarsi in una pluralità di regole, tutte ad esso riconducibili, ancorché nessuna possa dirsi conseguenza necessaria di esso¹¹⁹¹.

L'equivoco in verità è duplice. In primo luogo, qualsiasi disposizione normativa è suscettibile di interpretazioni alternative e, pertanto, di dar vita a norme differenti e tutte contemporaneamente valide e legittime. Non esiste pertanto un criterio univoco che orienti l'interprete verso la scelta dell'unica norma ammissibile, si tratterà tutt'al più di una valutazione espressa in termini di preferibilità, considerato lo specifico problema applicativo, di una norma rispetto alle altre. Pertanto, se unica sarà la norma in concreto, ossia applicata al singolo caso, plurime saranno le norme potenzialmente ricavabili dall'astratta disposizione normativa. Ciò significa che qualsiasi tipo di norma (regola o principio che sia) fornisce le ragioni per una pluralità di decisioni o azioni tutte possibili. La scelta tra queste di quella preferibile dipenderà esclusivamente dall'attività di giustificazione dell'interprete sviluppata a partire dallo specifico problema applicativo, in particolare dalle concrete circostanze del caso concreto¹¹⁹².

¹¹⁸⁹ Cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 558 ss. In particolare, nella parte in cui osserva che «lo svantaggio consiste nella loro [di quelli che definisce principi oggettivi ad alto grado di astrazione] indeterminatezza. Essi invitano a una delle forme più oscure di giustificazione giuridica, la “deduzione” o la “derivazione” del contenuto concreto da principi astratti».

¹¹⁹⁰ A. COSTANZO, *L'ingranaggio normativo*, Padova, 2005, p. 222; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit., p. 17.

¹¹⁹¹ C. LUZZATI, *Principi e princìpi. Le genericità nel diritto*, Torino, 2012, *passim*; G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali*, cit., p. 18.

¹¹⁹² Cfr. R. ALEXY, *o.u.c.*, p. 558 ss. «È possibile che i principi astratti trovino applicazione come punto di partenza di una giustificazione razionale, in cui siano indicate e giustificate le

Pertanto, il problema non è l'indeterminatezza, bensì le modalità attraverso le quali eliminarla. Ciò, oltre che escludere a priori l'incapacità regolativa dei rapporti orizzontali da parte dei diritti fondamentali, porta l'interprete a spostare il problema sul piano della sussistenza in tali casi di parametri (o circostanze) che consentono di ricavare dall'astratto diritto una concreta regola integrativa del regolamento negoziale. Difatti, i diritti fondamentali sono relativamente generali perché non sono ancora riferiti alle possibilità del mondo fattuale e normativo¹¹⁹³. Pertanto, la loro specificazione si realizza stabilendo questa relazione c.d. di precisazione¹¹⁹⁴.

Analizzando la natura del fenomeno integrativo si giungeva alla conclusione che il procedimento ermeneutico di integrazione del contratto non costituisce cosa molto distinta dall'attività di ricostruzione del regolamento di interessi attraverso l'operare di diverse fonti (autonoma ed eteronome). Nell'ambito dell'unitaria attività a tal fine indirizzata le fonti non restano isolate, entrano necessariamente in relazione, contaminandosi e influenzandosi reciprocamente ai fini dell'adeguamento del contratto rispetto al contesto fattuale, ordinamentale, sociale, ecc. Cosicché, lungo il procedimento circolare più volte descritto, la modalità operativa (in altri termini, la regola integrativa) dell'una influenzerà quella delle altre fonti e viceversa, sino al raggiungimento del risultato finale costituito da un regolamento di interessi dotato di una sua logica (e coerenza) interna. Allo stesso modo, i diritti fondamentali non integrano il contratto attraverso un'azione isolata. Essi, in quanto fonti integrative, devono coordinarsi con le altre fonti del contratto, a cominciare da quelle eteronome.

Ciò comporta, in primo luogo, che un intervento immediato sul contratto in contrasto con la fonte legale appare inammissibile. Difatti, ove tale antinomia sia risolvibile attraverso l'interpretazione conforme, sarà questo lo strumento da privilegiare secondo un'elementare esigenza di consistenza interna dell'ordinamento. Pertanto, il contratto risulterà integrato da una regola frutto della combinata azione della disposizione legale e del diritto fondamentale. Viceversa, in caso di contrasto insanabile, lo strumento per porvi rimedio sarà altro ed estraneo alla materia del diritto contrattuale: il controllo di legittimità costi-

premesse che precisano i principi astratti stessi. Se ciò accade, allora la loro assunzione incentiva la razionalità anziché diminuirla».

¹¹⁹³ Così R. ALEXY, *o.u.c.*, p. 125. L'A., inoltre, osserva (p. 568 ss.) che il fatto «che nei casi di teoria dell'efficacia orizzontale debbano avere un ruolo non solo i principi dei diritti fondamentali, ma anche il diritto privato, è da riconoscere già nel fatto che i principi dei diritti fondamentali ammettono in molti casi più soluzioni di quelle possibili in relazione ai diritti fondamentali e che il giudice è soggetto non solo al vincolo dei principi materiali dei diritti fondamentali, ma anche a molteplici ulteriori vincoli come, ad es., quelli che risultano dai principi formali del rispetto delle decisioni del legislatore democraticamente legittimato e della considerazione dei precedenti giudiziari».

¹¹⁹⁴ Cfr. R. ALEXY, *o.u.c.*, p. 87.

tuzionale delle leggi *ex art. 134 cost.*¹¹⁹⁵.

Un coordinamento ancora più stretto, poi, si realizza rispetto alla fonte autonoma. Difatti, il contrasto diretto della regola negoziale con un diritto fondamentale darà luogo alla declaratoria di illiceità della stessa per contrarietà a una norma imperativa (riconducibile ad entrambe le ipotesi di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 1418 c.c.). Diversamente, un contrasto (per così dire) indiretto condurrà al giudizio di immeritevolezza (*ex art. 1322, comma 2, c.c.*) degli interessi dedotti nel contratto. Infine, e lo si mostrerà con maggiore approfondimento successivamente, l'intervento integrativo per mezzo dei diritti fondamentali si basa sul presupposto dell'esistenza nel contratto di una lacuna di collisione o di una lacuna assiologica. Prendendo ad es. quest'ultimo caso, si tratta di un'integrazione che interviene in quei casi in cui la clausola, pur non essendo contraria (direttamente o indirettamente) al diritto fondamentale, si presenta inadeguata in quanto non tiene in debita considerazione gli interessi presidiati dal diritto fondamentale stesso. Pertanto, in questi casi il diritto fondamentale crea una nuova regola integrativa che realizza tale interesse, la quale viene ad affiancarsi e, per certi aspetti, si rifà alla clausola inadeguata. Detto diversamente, viene creata una nuova regola plasmata su quella inadeguata, ma che, a differenza di questa, tiene nella giusta considerazione il suddetto interesse, contribuendo a realizzarlo.

Ciò mostra come le preoccupazioni circa il carattere indeterminato delle regole derivanti dall'applicazione immediata del diritto fondamentale nei rapporti orizzontali siano sostanzialmente infondate. Nel reciproco interagire con le altre fonti del contratto, nonché per le particolari modalità di tale intervento integrativo, si intravede un'opera creativa di nuovo contenuto contrattuale ben più razionale, coerente e controllabile rispetto a quella risultante dall'operatività della buona fede integrativa.

Quanto appena mostrato consente, infine, di smentire anche l'ultimo argomento utilizzato a sostegno dell'inammissibilità della teoria dell'efficacia immediata dei diritti fondamentali: l'affermata incompatibilità con il ruolo del diritto civile. Difatti, sin qui si è cercato di dimostrare come il riconoscimento dell'operatività immediata dei diritti fondamentali nei rapporti orizzontali lungi dal relegare le norme del diritto privato nel perimetro della superfluità. Diversamente, esse, relazionandosi con i diritti fondamentali nel momento applicativo, svolgono una funzione determinante, contribuendo alla costruzione della regola integrativa. In questo senso, pertanto, le norme civilistiche non sono destinate all'oblio, bensì a guadagnare un nuovo significato costitutivo e

¹¹⁹⁵ Diversamente, nella prospettiva della *Drittwirkung* mediata, J.A. AGUILA REAL, *o.u.c.*, p. 77, ritiene che «*el juez debería remitirse al Tribunal Constitucional no sólo – cómo ya hace – en los casos en los que la regulación le parezca inconstitucional sino también en los casos en que, no siendo posible un desarrollo judicial del Derecho conforme con la Constitución, la ausencia de (protección, es decir, de regulación) sea inconstitucional*».

di precisazione¹¹⁹⁶.

Lungo tutto il corso del presente studio si è cercato di porre in evidenza i vantaggi che l'autonomia negoziale trarrebbe dall'efficacia diretta e immediata dei diritti fondamentali rispetto ai rapporti orizzontali. In questa sede, ponendoci dalla prospettiva opposta del binomio, non resta che rimarcare il fatto che i diritti fondamentali non traggono semplice beneficio dall'applicazione immediata ai rapporti orizzontali, bensì vi rinvengono condizione necessaria e ineludibile ai fini della loro effettività. In altri termini, trattandosi di diritti sprovvisti, per loro natura, di garanzie primarie e secondarie, necessitano per realizzarsi di strutture operative. A tal fine, pertanto, non possono prescindere da quelle apprestate quotidianamente dai privati, specie in una fase dominata dalla crisi della legislazione. In conclusione, la protezione (anche) orizzontale dei diritti fondamentali costituisce il presupposto della loro piena effettività, la quale diversamente resterebbe fortemente pregiudicata dando il largo a lacune intollerabili nella loro garanzia¹¹⁹⁷.

8. I diritti fondamentali e i procedimenti di integrazione del contratto

Una volta affermata la natura astrattamente integrativa dei diritti fondamentali attraverso il riconoscimento della loro efficacia orizzontale diretta e immediata, non resta che verificarne la compatibilità rispetto ai procedimenti integrativi previsti nell'ordinamento italiano, sostanzialmente riconducibili ai tre modelli di cui agli artt. 1419, comma 1, 1339 (in combinato disposto con l'art. 1419, comma 2) e 1374 c.c.

A tal fine occorre partire dall'analisi delle possibili tipologie di rapporto che può instaurarsi tra diritti fondamentali (immediatamente precettivi) e autonomia contrattuale¹¹⁹⁸. In primo luogo, la clausola negoziale può porsi in contrasto con il diritto fondamentale. Può trattarsi di un conflitto risolvibile in via interpretativa, attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme, e in tal caso non vi sono dubbi che si tratti di un'ipotesi estranea al fenomeno integrativo. In altri casi, diversamente, la clausola può porsi rispetto al diritto fonda-

¹¹⁹⁶ Cfr. R. ALEXI, *o.u.c.*, p. 572.

¹¹⁹⁷ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 28. Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Introducción al derecho civil*, Barcelona, 1981, p. 181 ss.

¹¹⁹⁸ Cfr. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., pp. 183 e 192. L'A., dopo aver osservato che «le ripercussioni dei principi sul potere di autonomia privata abbracciano le sue tre sfaccettature: il suo essere fonte di regolazione e, dunque, di una possibile regolazione dei diritti fondamentali; il suo essere oggetto di regolazione, sottoposta ai principi fondamentali; il suo essere essa stessa esercizio di una libertà, che rivendica una possibile collocazione costituzionale», precisa che le ricadute sul contratto del dibattito sulla *Drittwirkung* lascia intravedere un rapporto tra diritti fondamentali e autonomia contrattuale «articolato in un triplice potenziale giudizio: di non conformità (i.e. di illiceità), di conformità (i.e. di interpretazione conforme), di lacunosità (i.e. di integrazione)».

mentale in termini di radicale non conformità, in quanto lesiva dello stesso. In quest'ultimo caso, la clausola negoziale dovrà essere considerata illecita e potrà discutersi circa la configurabilità di una lacuna di collisione e la possibilità che operi un'integrazione per sottrazione o per sostituzione. Infine, la clausola negoziale può presentarsi inadeguata (ossia defettibile) rispetto alla realizzazione di un interesse protetto dal diritto fondamentale. In quest'ultimo caso si presenterà un lacuna (assiologica) del regolamento contrattuale e occorrerà verificare la possibilità di un intervento integrativo secondo il procedimento di cui all'art. 1374 c.c.

9. *Segue*: Lacuna di collisione e integrazione per sottrazione e per sostituzione

Partendo dalla prima ipotesi, ossia la non conformità della clausola rispetto al diritto fondamentale, non sussistono particolari dubbi che al diritto fondamentale – in quanto norma posta a presidio non di valori qualsiasi, bensì di valori fondanti e irrinunciabili ai fini della pacifica convivenza della società – debba riconoscersi la natura di norma imperativa. Conseguentemente, la sua violazione conduce alla declaratoria di nullità della clausola lesiva, configurandosi un'ipotesi di illecito perfettamente integrante entrambe le fattispecie di cui al primo e al secondo comma dell'art. 1418 c.c.¹¹⁹⁹.

Il punto, peraltro, è comprendere se la contrarietà di una o più clausole rispetto a un diritto fondamentale conduca alla nullità dell'intero contratto o della sola parte di contenuto viziata, originando di tal modo una lacuna di collisione colmabile attraverso l'intervento integrativo ad opera del diritto violato. Si ricorderà come analizzando questioni analoghe rispetto alla fonte legale si fosse giunti alla conclusione che solo alle norme cogenti è possibile riconoscere natura integrativa¹²⁰⁰, in quanto quelle imperative in senso stretto, per loro natura (proibitiva) e per il fatto di affettare l'intero programma negoziale, portano alla nullità dell'intero contratto.

La questione merita di essere maggiormente precisata, aggiungendo che l'effetto della radicale nullità dell'intero contratto è strettamente legato alla circostanza che tali norme siano formulate attraverso lo schema della regola, mentre non può essere automaticamente esteso alle norme-principio, come appunto i diritti fondamentali. La differenza si rinviene nella particolare tecnica applicativa che caratterizza queste norme, le quali operano attraverso il bilan-

¹¹⁹⁹ Così E. NAVARRETTA, *o.u.c.*, p. 204 ss. L'A., peraltro, ponendosi nella prospettiva della *drittwirkung* mediata, esprime la propria preferenza per la comminatoria di nullità per violazione della clausola di ordine pubblico. Argomentando che questa «è la prospettiva più adeguata a dare ingresso alla peculiarità del giudizio fondato sui principi, che non deve limitarsi a considerare una sola norma ma deve misurarsi con il bilanciamento fra una pluralità di diritti».

¹²⁰⁰ Cap. V, § 2.

ciamento con altri diritti e principi fondamentali.

Ciò significa che la pretesa nullità dell'intero contratto a causa della violazione di un diritto fondamentale dovrà bilanciarsi (almeno) con l'altrettanto fondamentale diritto alla libertà di autodeterminazione attraverso l'esercizio della libertà negoziale. Il quale, lo si vedeva precedentemente, oltre che poter giustificare (nel rispetto di determinate condizioni) la limitazione di un diritto fondamentale, allo stesso tempo può legittimare la permanenza in vita del contratto, una volta espunta la clausola nulla. Un esito quest'ultimo che dipenderà da una valutazione fondata sul bilanciamento tra il valore incorporato in tale diritto e quello del diritto fondamentale violato, nonché relativa alla sussistenza o meno di una condizione di parità sostanziale tra le parti e alla capacità di tale lesione di affettare l'intero programma negoziale o solo una sua parte. A ciò si aggiunga che i diritti fondamentali non necessariamente si caratterizzano per un contenuto di tipo strettamente proibitivo, potendo in determinati casi giustificare la nascita di obblighi positivi¹²⁰¹.

Tali considerazioni implicano che la contrarietà di una clausola rispetto a un diritto fondamentale può originare una lacuna di collisione. Quest'ultima, sussistendone i presupposti, sicuramente potrà giustificare quell'intervento integrativo che precedentemente è stato definito «per sottrazione» (*ex art. 1419, comma 1, c.c.*), e che si concretizza nell'espunzione della clausola nulla e nella conservazione della restante parte del contenuto contrattuale. Il quale, peraltro, ne risulterà inevitabilmente modificato e alterato negli equilibri tra gli obblighi e i diritti delle parti.

Questione ben più complessa è comprendere se tale lacuna di collisione possa costituire valido presupposto anche per l'intervento integrativo per sostituzione (*ex art. 1419, comma 2, c.c. in combinato disposto con l'art. 1339 c.c.*). Il problema di fondo deriva dall'indeterminatezza del contenuto dei diritti fondamentali, il quale non consentirebbe di individuare una regola sostitutiva di quella nulla.

Tale assunto sarebbe corretto solo ove non si tenesse in debita considerazione il fatto che l'effetto integrativo prodotto da tale fonte non è mai isolato, bensì opera in stretto collegamento con le altre fonti di costruzione del regolamento contrattuale. In particolare, viene a instaurarsi uno strettissimo legame con la fonte autonoma. Difatti – esclusi i casi in cui questa si pone in netto contrasto con il diritto fondamentale e, pertanto, non resta che dichiarare la nullità dell'intero contratto o procedere all'integrazione per sottrazione – l'intervento del diritto fondamentale porta alla creazione giudiziale di una clausola integrativa che necessariamente si rapporta o con il contenuto della clausola nulla o con quello di altra clausola, dando origine a una regola che mima parzialmente (o totalmente) tali clausole adeguandole all'interesse che il diritto

¹²⁰¹ Si v., tra gli altri, R. ALEXY, *o.u.c.*, p. 463 ss.

fondamentale intende realizzare.

Così ad es. nel primo caso, tale intervento integrativo può giustificare la sostituzione della clausola nulla con una regola identica sebbene ridotta nel suo ammontare (c.d. riduzione giudiziale della clausola). Tipico caso risolvibile attraverso l'impiego di questa tecnica è quello della caparra confirmatoria eccessiva. Mentre, nel secondo, sempre facendo un altro esempio indicativo, il diritto d'uguaglianza può giustificare la sostituzione della clausola che tale diritto ha violato con altra plasmata sul contenuto della clausola negoziale posta dalla controparte in altri contratti (propriamente o impropriamente) relazionati. Ad es. nel caso della contrattazione in serie, ove la mancanza di trattative e la fisiologica debolezza dell'altro contraente rendono ingiustificata l'apposizione di una clausola che disciplini lo stesso interesse in maniera difforme (e peggiorativa) rispetto a quella applicata dal professionista in altri contratti di tal genere. A meno che non sussistano delle circostanze concrete (in particolare, un nuovo interesse) che in concreto giustifichino la regolamentazione difforme, tale clausola deve considerarsi lesiva del diritto d'uguaglianza del contraente debole. Pertanto, sarà dichiarata nulla e, per mezzo del diritto d'uguaglianza, sostituita da una clausola costruita giudizialmente sulla base del contenuto della clausola applicata dal professionista nelle sue altre relazioni negoziali per disciplinare analogo interesse.

In definitiva, può concludersi per la compatibilità dell'intervento integrativo ad opera dei diritti fondamentali sia rispetto al procedimento per sottrazione che a quello per sostituzione. La violazione di un diritto fondamentale da parte di una clausola dà origine a una lacuna di collisione, la quale può giustificare entrambi i tipi di intervento. La scelta tra l'uno e l'altro dipenderà, oltre che dalla natura del diritto fondamentale (e dall'interesse che intende realizzare in concreto), dall'esito del bilanciamento tra i vari diritti fondamentali che vengono in rilievo in quella determinata contrattazione.

10. Segue: Clausola defettibile e lacuna assiologica

Da quanto poc'anzi riscontrato, risulta già possibile rispondere in senso affermativo al quesito sull'integrabilità del contratto per mezzo dei diritti fondamentali. Ora non resta che completare il discorso e verificare se oltre all'integrazione per sottrazione e per sostituzione sia configurabile anche un'integrazione per addizione secondo il procedimento di cui all'art. 1374 c.c. A tal fine, occorre tornare per un istante alla struttura multi-livello che regola la validità e la formazione del contenuto del contratto.

Nell'ambito di un regolamento contrattuale ogni clausola regola uno o più interessi (pubblici o privati) e uno stesso interesse può essere regolato da più clausole contrattuali. Ogni interesse, se meritevole di tutela *ex art.* 1322, com-

ma 2, c.c., giustifica la clausola o le clausole che lo realizzano. Pertanto, nell'ambito del contesto contrattuale i principi e i diritti fondamentali svolgono la loro fondamentale funzione giustificatrice della regola non direttamente (come nel caso delle disposizioni legali), bensì per il tramite del giudizio di meritevolezza dell'interesse.

Peraltro, il fatto che una clausola sia valida – in quanto disciplina un interesse che, alla luce dei principi e dei diritti fondamentali dell'ordinamento, è lecito e meritevole di tutela – non significa che (a tal fine) sia anche adeguata. Ovverosia, la meritevolezza dell'interesse non implica necessariamente che la regola posta dalla clausola sia adeguata alla sua realizzazione o a quella di altri interessi necessariamente implicati nella realizzazione dello stesso. Adeguatezza (o, se si preferisce, giustizia) da valutare alla luce di quegli stessi principi e diritti fondamentali che gli hanno consentito l'acquisto della giuridicità *ex art. 1322, comma 2, c.c.* In queste ipotesi, potrebbe anche discorrersi di meritevolezza condizionata.

Nel caso in cui la suddetta valutazione propenda per l'inadeguatezza della clausola, quest'ultima sarà valida, efficace, ma defettibile. Lasciando da parte per un momento i principi, si distinguono almeno due ipotesi di defettibilità della clausola rispetto a un diritto fondamentale. La prima si rinviene in tutti quei casi in cui la regola è inadeguata rispetto allo stesso interesse che intende realizzare in via diretta. In queste ipotesi, nel momento in cui il diritto fondamentale qualifica il suddetto interesse in termini di meritevolezza, allo stesso tempo ne impone la realizzazione secondo specifiche modalità, tali da non frustrarne l'attuazione in concreto rispetto al valore enunciato in astratto dal diritto fondamentale. Detto diversamente, l'interesse giustifica la clausola contrattuale solo a determinate condizioni dettate dal diritto fondamentale.

In verità, un'analisi più approfondita rivela come in questi casi non venga in rilievo il fenomeno integrativo. Difatti, per porre rimedio alla deficienza della regola, adeguandola alle modalità di tutela imposte dal diritto fondamentale, sarà sufficiente l'impiego della tecnica dell'interpretazione conforme.

La seconda ipotesi, diversamente, si configura ogniqualvolta la clausola negoziale si presenta inadeguata non rispetto alle modalità con le quali disciplina l'interesse che intende realizzare in via diretta, bensì in quanto non tiene in debita considerazione uno o più interessi strettamente correlati a quest'ultimo. In altri termini, la particolare disciplina di un interesse, a seconda delle concrete circostanze che lo circondano, potrebbe chiamare direttamente (o indirettamente) in causa altri interessi che la clausola non realizza, ma che uno o più diritti fondamentali impongono di considerare. In questi casi, pertanto, da un lato, la clausola sarà pienamente adeguata rispetto all'interesse che intende realizzare, ossia pienamente giustificata ed efficiente rispetto alla realizzazione dello stesso, ma, dall'altro, si presenterà defettibile rispetto agli altri inte-

ressi che avrebbe dovuto tenere in considerazione.

Rispetto agli interessi da ultimo indicati, pertanto, si configurerà una lacuna assiologica, in quanto il regolamento contrattuale manca di quelle clausole necessarie alla realizzazione o considerazione di quegli interessi (e corrispondenti valori) la cui tutela è imposta da un diritto fondamentale.

Tali lacune giustificano un intervento integrativo di tipo additivo (*ex art. 1374 c.c.*), ossia volto all'arricchimento del regolamento con una nuova clausola che tali interessi realizzi. Un intervento attraverso il quale il giudice è chiamato alla costruzione di una clausola integrativa con un contenuto del tutto analogo a quello della clausola defettibile, salvo il suo necessario adeguamento affinché l'interesse evaso trovi adeguata considerazione e realizzazione.

Occorre precisare ulteriormente le modalità di funzionamento di questo peculiare intervento integrativo, se non altro, per sgombrare il campo dal possibile equivoco costituito dal ritenere che di tal modo la clausola inadeguata sia destinata all'inefficacia o alla inapplicazione. Il punto sta nel comprendere in quali circostanze il diverso interesse (protetto dall'imperativo morale del diritto fondamentale) venga in rilievo rispetto a quello disciplinato dalla clausola. A tal fine, escludendo che ciò si verifichi in ogni caso, occorrerà fare riferimento ai concreti ambiti materiali nei quali l'interesse viene a realizzarsi.

Detto altrimenti, con l'apposizione di una determinata clausola le parti non fanno altro che dettare una disciplina per una serie di contesti rilevanti nei quali l'interesse è chiamato a realizzarsi. Ossia, con la regola privata viene preso in considerazione un determinato ambito materiale, il quale costituisce una parte della realtà fattuale coincidente con complessi di azioni, organizzazioni e materie. Ora, è precisamente dalle circostanze prese in considerazione (o implicate) rispetto a tali ambiti negoziali che il diverso «interesse assiologico» può o meno venire in rilievo. Il che non significa che l'esigenza di proteggerlo emerga rispetto a tutti gli ambiti sopra citati, in quanto, se così fosse, molto più probabilmente ci si troverebbe dinanzi a una clausola non semplicemente inadeguata, bensì non conforme al diritto fondamentale. Nella normalità dei casi, diversamente, esso verrà in rilievo esclusivamente rispetto ad alcuni ambiti materiali o normativi, ovverosia rispetto a determinati gruppi di azioni o materie, mentre resterà totalmente estraneo agli altri. Pertanto, rispetto ai primi la clausola sarà defettibile, mentre con riferimento ai secondi si presenterà perfettamente adeguata.

Acclarato tale aspetto, può infine procedersi alla delineazione di questo particolare intervento integrativo. In questi casi il giudice, sulla base del diritto fondamentale che reclama la propria operatività immediata, sarà chiamato alla creazione di una nuova clausola che si affiancherà a quella inadeguata. La prima disciplinerà lo stesso interesse che la seconda intendeva realizzare, ma esclusivamente rispetto a quegli ambiti (o contesti) nei quali occorre altre-

si garantire effettività al diritto fondamentale, ponendo una regola che concili la realizzazione di tale interesse con quella dell'interesse assiologico. Mentre, negli altri contesti, ove tale diverso interesse non rileva, la clausola posta dalle parti continuerà a trovare piena operatività e secondo le modalità e le logiche volute dai contraenti.

11. Le integrazioni del contratto per mezzo del diritto e del principio di uguaglianza

Non resta che procedere alla verifica della ricostruzione proposta, analizzandone il funzionamento da una prospettiva operativa. Ciò consentirà di studiare le diverse modalità attraverso le quali il fenomeno prende forma e si concretizza a seconda dei vari contesti applicativi, in tal modo fornendo importanti indicazioni circa i risultati dell'operazione. Un'analisi di tal genere impone la preliminare selezione di uno specifico diritto fondamentale, rispetto al quale dovranno essere accertati e valutati gli effetti integrativi nell'ambito delle ipotesi negoziali più comuni.

A tal fine – premesso che il riconoscimento dell'efficacia integrativa dei diritti fondamentali, per quanto precedentemente evidenziato, dipende in sostanza dalle concrete modalità attraverso le quali lo specifico diritto viene a integrare con le altre fonti (autonoma ed eteronome) del regolamento contrattuale, e che pertanto tale qualità non sussiste a priori rispetto a tutti i diritti fondamentali¹²⁰², ma va verificata in concreto – molteplici ragioni fanno ricadere la scelta sul diritto di uguaglianza¹²⁰³. In primo luogo, per l'ampissima portata applicativa di cui gode tale diritto fondamentale, suscettibile di venire in rilievo rispetto alla generalità delle contrattazioni. In secondo luogo, il valore fondamentale che questo incorpora permette di stabilire un parallelo tra l'integrazione attraverso un diritto fondamentale (di uguaglianza) e quella per mezzo

¹²⁰² J. GARCÍA TORRES, A. JIMÉNEZ BLANCO, *o.u.c.*, p. 22 ss. riconosce efficacia immediata esclusivamente al diritto a non essere discriminato e alla libertà di espressione. A questi, L. ENNECCERUS, H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, in L. ENNECCERUS, T. KIPP, M. WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Tubinga, 1959, p. 98 ss., aggiunge la dignità umana, il libero sviluppo della personalità, la libertà di coscienza, la libertà di associazione e il segreto delle comunicazioni. Sul diritto all'onore M. BALAGUER, *El derecho fundamental al honor*, Madrid, 1992, p. 147 ss. Si v. inoltre A.E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1988, p. 67 ss.; L. PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 205 ss.; M. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, p. 268 ss.; J. JIMÉNEZ CAMPO, *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*, in *Rev. esp. der. const.*, 1987, p. 56 ss. Sul tema si v. J.A. AGUILA REAL, *o.u.c.*, p. 59 ss.

¹²⁰³ In tema v. le analisi di M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *o.u.c.*, p. 268 ss.; M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional*, cit., p. 161 ss.

di un principio fondamentale (di uguaglianza), così da consentire la comparazione tra i due diversi fenomeni e analizzarne le differenze. Infine e soprattutto, in ambito contrattuale il diritto di uguaglianza entra in relazione con il diritto generale di libertà d'azione, in tal modo riproponendo nel contesto negoziale quella tensione tra libertà ed eguaglianza che a ben vedere costituisce la questione prioritaria di tutti i problemi di giustizia¹²⁰⁴.

Sia il diritto che il principio di uguaglianza incorporano il valore fondamentale di giustizia secondo il quale «l'uguale deve essere trattato in modo uguale, il diseguale deve essere trattato in modo diseguale»¹²⁰⁵. Tale valore viene lesa se non esiste un motivo ragionevole, derivante dalla natura della cosa o altrimenti oggettivamente evidente, per la differenziazione disciplinare o per l'uguale trattamento. In particolare, esso impone *prima facie* un trattamento paritario, mentre deve esistere un ragione sufficiente e qualificata che giustifichi una differenziazione. Se tale ragione non sussiste, allora il trattamento paritario è obbligatorio. Parallelamente, se in concreto esiste una ragione sufficiente che giustifichi un trattamento differenziato, allora il trattamento diseguale è obbligatorio¹²⁰⁶. L'operatività del suddetto valore (o meglio, dei due corpi giuridici fondamentali che lo incorporano) può dar luogo a una serie di conseguenze giuridiche eterogenee, mutevoli a seconda dell'ambito disciplinare e del concreto contesto applicativo. Così, per quel che qui interessa, in ambito negoziale il diritto (o principio) di eguaglianza può assumere sia la connotazione proibitiva (un obbligo negativo di astensione dal trattamento diseguale), nel caso in cui dalla clausola derivino obblighi discriminatori in capo a una parte, sia quella impositiva (il diritto ad essere agevolato attraverso un fare positivo)¹²⁰⁷, nel caso in cui dal contratto non derivi, in modo discrimi-

¹²⁰⁴ Si v. ad es. J. RAWLS, *Una teoria di giustizia*, cit., p. 294 ss.

¹²⁰⁵ Si tratta della formula «classica» del principio di uguaglianza. PLATONE, *Le leggi* VI 757, in F. FERRARI e S. POLI (a cura di), Milano, 2005; ARISTOTELE, *Politica* III 9, in R. LAURENTI (a cura di), Roma-Bari, 2005, p. 86.

¹²⁰⁶ Questa, in estrema sintesi, è la ricostruzione fornita da R. ALEXY, *o.u.c.*, p. 432 ss.

¹²⁰⁷ L'imposizione di un fare positivo ai fini della realizzazione del diritto-principio non è carattere comune a tutti i Sistemi costituzionali. Difatti, come osserva correttamente J.A. AGUILA REAL, *o.u.c.*, p. 67, «*tal afirmación es una obviedad respecto de Constituciones que contienen una cláusula de estatalidad social como la nuestra (art. 1 CE) y que ordenan al Estado que remueva los obstáculos para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos sean reales (art. 9.2 CE). La opinión contraria sólo puede ser mantenida en un ámbito constitucional donde la Carta Magna sea concebida exclusivamente cómo un instrumento limitador de los poderes estatales, cómo sucede con un sector muy importante de la doctrina respecto a la Constitución norteamericana. Cómo es conocido, en el Derecho Constitucional norteamericano, sólo los poderes públicos pueden ser acusados de haber violado la constitución (salvo el caso especial de la decimotercera enmienda que prohíbe la esclavitud) y, por lo tanto, un particular que considere infringido un derecho fundamental por la actuación de otro particular carece de acción ex Constitutione y ha de probar que en la actuación del otro particular había State action, es decir, que de algún modo podía imputarse a un poder*

natorio, un diritto in favore di uno dei contraenti¹²⁰⁸.

Tale valore assume una connotazione differente anche a seconda del tipo di vettore giuridico, ossia dipendentemente dal fatto di trovare specificazione nel principio (di uguaglianza) o nel diritto (di uguaglianza). Nel primo caso assumerà un carattere ben più generale, giustificando e trovando ulteriore specificazione nel diritto di uguaglianza. Difatti, mentre il principio di uguaglianza esprime la generale esigenza che situazioni uguali siano trattate in modo uguale e quelle differenti in modo differente, il diritto corrispondente, riferendosi alla posizione dell'individuo, esprime la stessa necessità ma facendo riferimento esclusivamente al trattamento della situazione giuridica soggettiva della persona (in ambito contrattuale, i diritti e gli obblighi derivanti dalle clausole negoziali). Ciò implica che mentre il diritto di uguaglianza assume una connotazione spiccatamente personalistica, il relativo principio assume una configurazione maggiormente «impersonale» e, soprattutto, costituisce lo strumento per la realizzazione di alcuni interessi (e finalità) di carattere generale dell'ordinamento giuridico (come ad es. la certezza e la coerenza del diritto).

12. Segue: L'efficacia integrativa del principio di uguaglianza, avuto particolare riguardo ai c.d. «contratti normativi o regolamentari»

Per comprendere le logiche del principio di uguaglianza è sufficiente prestare attenzione al giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., il quale – fornendone un'interpretazione in linea con gli itinerari della prima costituzionalizzazione del diritto civile – può considerarsi indiretta applicazione, tra gli altri, proprio del suddetto principio. Difatti, il giudizio di meritevolezza può essere condotto non solo in positivo (ovverosia accertando l'interesse sotteso alla clausola), ma anche in negativo. In altre parole, la meritevolezza, in prima approssimazione, assume il significato di serietà, apprezzabilità, utilità del risultato¹²⁰⁹, mentre la regolamentazione differenziata (entro un contesto unitario e omogeneo) di uno stesso interesse è chiaro sintomo di una pattuizione «capricciosa», e, in quanto tale, non meritevole di tutela giuridica, salvo prova contraria¹²¹⁰. Conseguentemente, il giudizio di meritevolezza

público la actuación del demandado».

¹²⁰⁸ Cfr. R. ALEXI, *o.u.c.*, p. 460 ss., che in un diverso contesto discorre di «diritto negativo di status» e «diritto di status positivo».

¹²⁰⁹ Così G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, cit., p. 28 ss.

¹²¹⁰ Non è infrequente l'opinione secondo la quale il principio di uguaglianza statuirebbe un onere argomentativo per trattamenti diseguali. Si v. ad es. N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, Berlin, 1965, p. 252 ss.; A. PODLECH, *Gehalt und Funktionem des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlin, 1971, p. 85 ss.; C. STARCK, *Die Anwendung des Gleichheitssatzes*, in C. LINK (a cura di), *Gleichheit im modernen Verfassungsstaat*, Baden-Baden, 1982, p. 61; M.G. SINGER, *Generalisation in Ethics*, New York, 1961, p. 31; J. RAWLS, *Ju-*

impone la necessaria interpretazione conforme delle clausole che regolano uno stesso interesse. La ragione di ciò si rinviene nell'interesse generale dell'ordinamento (inerente alla giustizia, alla coerenza e alla certezza del diritto) a che situazioni giuridiche uniformi siano trattate in maniera omogenea, a meno che non sussista una ragione che giustifichi un trattamento difforme.

Come detto, si tratta soltanto di un'ipotesi applicativa del principio di uguaglianza, sviluppata secondo le logiche della prima costituzionalizzazione del diritto civile. Ciononostante, tale esempio costituisce un buon punto di partenza per studiare l'operatività del principio secondo la prospettiva che qui più interessa, ossia quella della sua efficacia orizzontale diretta e immediata. A tal fine, il contesto privilegiato entro il quale condurre l'indagine è quello del regolamento di interessi predisposto con un unico contratto o con più contratti collegati stipulati dagli stessi soggetti. Inoltre, seppur vero che si tratta di un fenomeno potenzialmente riferibile a qualsiasi tipo di contrattazione, il suo campo elettivo è quello dei «contratti normativi o regolamentari»¹²¹¹.

Preliminarmente va chiarito che in questi casi, considerata la finalità e il valore oggettivo sottesi al principio di uguaglianza, non verranno in alcun modo in rilievo le qualità delle parti. Pertanto, l'integrazione per mezzo del principio di uguaglianza non presenterà sostanziali differenze a seconda che il contratto sia affetto o meno da asimmetrie di potere contrattuale. Inoltre, lo si anticipava poc'anzi, il suddetto principio resta indifferente anche rispetto alla situazione giuridica soggettiva (o meglio, la posizione giuridica) che il contraente trae dal contratto, bensì rileverà esclusivamente la regola oggettiva, ovverosia la disciplina apprestata rispetto a un determinato interesse. In questo caso, il principio in parola impone che lo stesso interesse sia regolato in maniera conforme, salvo che non sussistano circostanze concrete che giustifichino una diversità di trattamento. In altre parole, a meno che non venga in rilievo un altro interesse che giustifichi (o imponga) una regolazione diversifi-

stice as Fairness, in *The Philosophical Review* 67, 1958, p. 166; R. ALEXU, *Theorie der juristischen Argumentation*, cit., p. 155 ss.

¹²¹¹ Quando si discorre di contratti c.d. normativi o regolamentari si fa riferimento a tutti quegli atti negoziali caratterizzati da una funzione normativa, ovverosia, all'eventualità che regole di fonte privata possano atteggiarsi a regole oggettive di disciplina. In questi casi, pertanto, si registra una stretta vicinanza al fenomeno legislativo, difatti: a) generalmente non vi è perfetta coincidenza tra gli autori del negozio e i destinatari dei relativi effetti; b) spesso la regola non risulta direttamente dal contratto, ma dalla combinazione del disposto da più contratti; c) la regola contrattuale non è destinata a valere per un solo caso, bensì a essere applicata a una serie di fattispecie non specificate. A. GENTILI, *Sull'interpretazione dei contratti normativi*, cit., p. 1164 ss., ricomprende in tale categoria i contratti collettivi di lavoro, i contratti collettivi sulle locazioni abitative, le intese fra imprenditori, gli atti costitutivi di società, associazioni e consorzi e i regolamenti condominiali. Cfr. G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, p. 55 ss.; F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 28 ss.; E. DEL PRATO, *I regolamenti privati*, Milano, 1988, p. 27 ss.

cata.

Pertanto, nel caso in cui due clausole di un contratto (o più contratti collegati) regolino senza giustificazione in maniera difforme lo stesso interesse, l'interprete dovrà in primo luogo verificare se tale antinomia possa essere risolta attraverso l'interpretazione sistematica. In caso contrario, diversamente, la violazione del principio di uguaglianza comporterà la nullità (o, se si preferisce, la immeritevolezza) di una delle due clausole.

In quest'ultimo caso sorge l'ulteriore problema relativo alla scelta tra quale delle due clausole difformi debba essere dichiarata nulla. A tal fine viene in soccorso il principio di conservazione del contratto (art. 1367 c.c.), il quale impone che tra più effetti possibili prevalga il migliore possibile in relazione al caso concreto¹²¹², ovvero sia all'interesse sotteso (o regolato). Pertanto, dovrà essere conservata la clausola che meglio realizza tale risultato, mentre quella difforme sarà affetta da nullità.

L'invalidità della clausola determina l'insorgere di una lacuna di collisione. Quest'ultima, considerato il concreto presupposto operativo (la mancata conformità di clausole che regolano lo stesso interesse) che richiede un'azione positiva da parte dell'ordinamento, non potrà giustificare un intervento integrativo per sottrazione (*ex art. 1419, comma 1, c.c.*), bensì esclusivamente l'integrazione per sostituzione (*ex art. 1419, comma 2, c.c. in combinato disposto con l'art. 1339 c.c.*). Tale intervento opererà attraverso la creazione giudiziale di una clausola integrativa tendenzialmente identica¹²¹³ a quella che, nel momento in cui meglio realizzava l'interesse, era stata conservata. La clausola integrativa gemella così creata, poi, andrà semplicemente a sostituire quella nulla.

Occorre, infine, prendere in considerazione la seconda esigenza implicata nel principio di uguaglianza, ovvero sia che casi differenti siano trattati in modo disuguale. Per risolvere il suddetto problema applicativo occorre introdurre una nuova questione, quella dei rapporti tra il principio di uguaglianza e i principi di ragionevolezza e proporzionalità. In questa sede, e richiamando quanto esposto precedentemente¹²¹⁴, sarà sufficiente precisare che mentre la ragione detta culturalmente i parametri applicativi di ogni regola astratta, la proporzione utilizza tecnicamente quei parametri per misurare in modo lineare e neutrale le distanze tra i rispettivi destinatari di ogni regola¹²¹⁵. Pertanto, la

¹²¹² Così M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione*, cit., p. 27.

¹²¹³ In verità, considerata la tendenziale impossibilità che in concreto due interessi si presentino totalmente identici rispetto al problema della loro disciplina, la clausola integrativa non sarà mai uguale a quella conservata, necessitando alcuni adattamenti avuto riguardo alle diverse circostanze rispetto alle quali l'interesse va realizzato.

¹²¹⁴ Cap. I, § 10.

¹²¹⁵ S. COGNETTI, *Il principio di proporzionalità*, cit., p. 202, il quale richiama il pensiero di R. ALEXI, *Ragionevolezza nel diritto costituzionale*, cit., p. 151 ss.

proporzionalità costituisce il criterio operativo attraverso il quale il principio di uguaglianza trova applicazione nei casi diseguali.

Ciò precisato, nel caso in cui interessi differenti siano trattati in modo identico, senza che sussista un'adeguata giustificazione, la clausola inadeguata dovrà essere sostituita da una clausola difforme creata giudizialmente per mezzo dell'applicazione del principio di proporzionalità. Quest'ultimo, nella maggior parte dei casi, porterà alla creazione di una clausola sostitutiva la cui conformazione sarà modellata facendo stretto riferimento a quella conservata, ma modificata per adeguarla alle esigenze di realizzazione implicate nel diverso interesse. Pertanto, potrà nascerne una clausola simile rispetto al contenuto, ma ridotta nell'aspetto quantitativo, o modificata rispetto ad alcuni elementi non essenziali dello stesso.

La soluzione è ancora più immediata nel caso in cui le parti abbiano ommesso di pattuire una clausola che, rispetto a un determinato ambito materiale, avrebbe dovuto realizzare un interesse disciplinato dalle stesse parti in un diverso ambito normativo, o verosimilmente facendo riferimento ad altro contesto fattuale. In altri termini, un interesse che quegli stessi contraenti hanno regolato con un'altra clausola dello stesso contratto o di altro contratto collegato. Sussistono pochi dubbi che in questa ipotesi la suddetta lacuna (questa volta congenita) potrà essere colmata *ex art. 1374 c.c.*, attraverso la creazione giudiziale di una clausola integrativa tendenzialmente uguale a quella esistente e posta a realizzazione di quello stesso interesse, seppur in altri ambiti normativi e fattuali. Diversità di contesto che in ogni caso imporrà un adeguamento del contenuto della clausola integrativa, ma mai tale da comportarne una trasformazione drastica.

Diversamente, nel caso in cui l'interesse, seppur non radicalmente differente, presenti varianti sostanziali rispetto a quello che ha trovato regolazione in altra clausola del contratto, il principio di uguaglianza, attraverso il parametro applicativo offerto dal principio di proporzionalità, potrà giustificare la creazione giudiziale di una regola integrativa creata su ispirazione della conformazione di quella esistente, ma sostanzialmente diversa, a ragione delle differenti esigenze di realizzazione imposte dall'interesse pretermesso dalle parti.

A mo' di conclusione, per quanto visto è possibile affermare che la bussola che guida l'intervento integrativo per mezzo del principio di uguaglianza è rappresentata dalla esigenza di uniformità dei regolamenti negoziali. Si tratta a ben vedere di un interesse generale dell'ordinamento, i cui indubbi benefici per l'intero Sistema, in particolare, per il mercato, sono stati precedentemente posti in evidenza. In ogni caso, per quel che concerne la tecnica normativa, si tratta di un intervento integrativo di tipo giudiziale realizzato attraverso l'applicazione del principio di uguaglianza, il quale, nelle ipotesi in cui sia necessario un trattamento diseguale, richiede inoltre l'impiego del principio di pro-

porzionalità.

13. *Segue*: L'integrazione dei contratti P2P e B2C per mezzo del diritto di uguaglianza

Ben diversa è la conformazione dell'intervento integrativo per mezzo del diritto di uguaglianza. In questo caso, difatti, il valore fondamentale incorporato non va riferito genericamente alla regola negoziale, bensì direttamente alla posizione giuridica che risulta dalla stessa in capo all'individuo parte del contratto. Il che comporta, da un lato, che in tal caso viene in rilievo l'uniformità o difformità delle situazioni giuridiche soggettive (diritti e obblighi) derivanti dal contratto, dall'altro, che la condizione personale del contraente (il suo potere contrattuale rispetto a quello della controparte) non è indifferente. Quest'ultima caratteristica è particolarmente interessante ai fini del presente discorso e, come si è già avuto modo di esplicitare, si deve alla circostanza che in questi casi la relazione negoziale si svolge tra soggetti titolari di diritti fondamentali.

Pertanto, quando si discorre di eterointegrazione per mezzo del diritto di uguaglianza occorre distinguere a seconda che sussista o meno un'asimmetria di potere contrattuale tra le parti. Partendo dalla seconda ipotesi, può ipotizzarsi un classico contratto tra pari (P2P), rispetto al quale non emergono particolari fattori che limitano la capacità dei contraenti di autodeterminarsi liberamente attraverso l'esercizio della libertà contrattuale. Pertanto, si tratterà di un negozio nel quale tutti i soggetti che vi partecipano godono in maniera tendenzialmente paritaria sia della libertà di concludere o meno l'accordo negoziale, sia del potere di influire effettivamente sulla formazione del contenuto del contratto, ovverosia sulla conformazione del regolamento di interessi.

Come si mostrava precedentemente, nell'ambito di un qualsiasi contratto vengono sempre in rilievo (almeno) uno o (più frequentemente) più diritti fondamentali. In particolare, verrà sempre in rilievo quel diritto ad autodeterminarsi (o al libero sviluppo della personalità) attraverso l'esercizio dell'autonomia negoziale, che costituisce specificazione del generale diritto di libertà di azione (di cui all'art. 2 cost.)¹²¹⁶. Attraverso l'esercizio di questa libertà fondamentale i contraenti possono legittimamente limitare altri diritti fondamentali entro i confini segnati dal loro nucleo essenziale, però alla condizione che ciò costituisca il risultato di un esercizio effettivo e pieno del diritto di libertà negoziale, e, pertanto, che non sussista alcuna asimmetria di potere contrattuale.

Ciò comporta che nei contratti P2P – fatta eccezione solo per l'esigenza di

¹²¹⁶ Difatti, il diritto al libero sviluppo della personalità ben può essere inteso nel senso riportato nel testo. Si v. le considerazioni sul tema di R. ALEXY, *o.u.c.*, p. 367 ss., avuto riguardo alla giurisprudenza della BverfG.

uniformità e coerenza interna del contenuto del contratto (o dei contratti collegati) espressa dal principio di eguaglianza – le parti saranno libere di disciplinare un interesse in maniera totalmente differente da come le stesse lo avevano regolato in altri contratti conclusi con diverse controparti. Pertanto, entrambi i contraenti saranno liberi di prevedere che da una determinata clausola derivino diritti e obblighi diversi e (anche radicalmente) disomogenei da quelli scaturenti da altra clausola che pur quello stesso interesse intende realizzare nell'ambito di un diverso contratto concluso da una (sola) delle parti con soggetti terzi alla vicenda negoziale. Questa, d'altronde, è la conseguenza pratica del libero esercizio dell'autonomia negoziale. Difatti, si tratta di un diritto di libertà il cui contenuto può variare sensibilmente, pur rispetto a uno stesso interesse, a seconda delle concrete circostanze negoziali, avuto particolare riguardo alle finalità che i contraenti intendono realizzare e ai limiti giuridici e fattuali che vi si frappongono. In altri termini, mentre nei contratti B2C, di fatto, solo una delle parti dispone del potere di determinare il contenuto negoziale, nei contratti P2P quest'ultimo costituirà il risultato, inevitabilmente variabile, del misurarsi di poteri negoziali paritari. Da tale confronto, pertanto, uscirà una composizione di interessi sempre diversa e imparagonabile con quella risultante dal rapporto instauratosi tra altri soggetti differenti.

Come anticipato, tale libertà fondamentale incontra un limite anche nei contratti P2P, rappresentato dalla intangibilità del nucleo essenziale di ogni diritto fondamentale. Ad es., per quel concerne il diritto di eguaglianza, ciò comporta che le parti potranno prevedere un trattamento differenziato della posizione giuridica di uno dei contraenti rispetto a quella prevista da altro contratto concluso dall'altra parte. Ma la diversità di trattamento rispetto a uno stesso interesse non sarà giustificabile (e pertanto risulterà illecita) nel caso in cui si fondi su una discriminazione rilevante *ex art. 3, comma 1, cost.* per l'ordinamento (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali). In questi casi, pertanto, dalla declaratoria di nullità della clausola discriminatoria sorgerà una lacuna di collisione, la quale giustificherà un intervento integrativo per mezzo del diritto di eguaglianza del tutto analogo a quello che si mostrerà a breve per il contratto B2C.

Venendo all'ipotesi di contratto caratterizzato da asimmetria di potere contrattuale, si potrebbe prendere ad esempio un classico contratto stipulato tra un professionista e un consumatore. Pertanto, un regolamento negoziale che il professionista predispone in maniera tendenzialmente uniforme per una serie indeterminata di rapporti contrattuali. In questo caso, come anticipato, l'esercizio del diritto di libertà non può giustificare la limitazione del diritto di eguaglianza. Pertanto, il professionista non potrà mai predisporre clausole contrattuali che, senza una giustificazione qualificata, prevedano in capo a un determinato soggetto una posizione giuridica (diritti e obblighi) più svantag-

giosa rispetto a quella derivante da analoghe clausole (ossia riferite allo stesso interesse) di cui il professionista suole far uso nella generalità dei suoi rapporti negoziali.

In questo caso, pertanto, tale difformità, se ingiustificata e irragionevole rispetto alle concrete circostanze del caso, porterà alla declaratoria di nullità della clausola svantaggiosa, al conseguente sorgere di una lacuna di collisione, la quale, infine, giustificherà un intervento integrativo per sostituzione del tutto analogo, quanto alle modalità, a quello analizzato precedentemente quando si discorreva di principio di uguaglianza. Stessa cosa è a dirsi per il caso in cui il regolamento negoziale sia affetto da una lacuna congenita. Anche in questa ipotesi, difatti, interverrà un'integrazione per addizione *ex art.* 1374 c.c. del tutto simile a quella vista precedentemente. In entrambe le ipotesi, peraltro, sussisterà un'importante differenza rispetto all'intervento operato per mezzo del principio di uguaglianza, costituita dal fatto che qui non viene in rilievo il diverso trattamento dell'interesse da parte della clausola, bensì degli obblighi e dei diritti che scaturiscono dalla stessa. Il che dipende dal fatto che in questi casi l'intervento non risponde a generiche finalità generali dell'ordinamento, bensì al rafforzamento della posizione giuridica dell'individuo.

Va precisato, peraltro, che quella del trattamento difforme dell'interesse, in questi casi, seppur non improbabile, costituisce ipotesi residuale. Difatti, nella normalità dei casi il professionista sfrutterà il proprio potere contrattuale per imporre un contenuto uniforme per la generalità dei suoi rapporti contrattuali. Viceversa, ben più frequente è l'ipotesi in cui i concreti ambiti materiali regolati in modo uniforme dalla clausola richiedano un trattamento differenziato. E, pertanto, la clausola si presenti adeguata rispetto ad alcuni ambiti fattuali, ma non rispetto ad altri, che pur ricadono entro la sua sfera disciplinare.

In questi casi, tale clausola sarà defettibile, ovverosia inadeguata al cospetto del diritto fondamentale. Dal confronto tra clausola e diritto di uguaglianza emerge la necessità che venga posta una nuova e differente regola che disciplini alcuni ambiti materiali in maniera diversificata. In altri termini, il diritto fondamentale in parola impone che dalla realizzazione in determinati ambiti disciplinari di quello stesso interesse derivino diritti e obblighi diversi da quelli previsti dalla clausola defettibile. Ciò comporta che la clausola posta dalle parti risulterà perfettamente adeguata rispetto ad alcuni contesti applicativi e inadeguata rispetto ad altri. In questi ultimi, pertanto, il diritto di eguaglianza evidenzia l'esistenza di un vuoto di disciplina (una lacuna assiologica) che non può essere colmato dalla clausola defettibile.

L'esistenza della suddetta lacuna assiologica giustificherà un intervento integrativo di tipo additivo (*ex art.* 1374 c.c.) per mezzo del diritto di uguaglianza. Il quale si concretizzerà nella creazione da parte del giudice, e per mezzo del criterio derivante dal principio di proporzionalità, di una clausola integra-

tiva modellata su quella defettibile, ma adeguata alle esigenze di differenziazione del diverso ambito normativo. Quest'ultima non sostituirà la clausola defettibile, bensì le si affiancherà regolando esclusivamente quegli ambiti fattuali rispetto ai quali quella era inadeguata.

CONCLUSIONES

I – La investigación se ha basado en un cierto descontento con el derecho privado europeo actual, en particular con su manifestación más significativa: el derecho del consumidor. El problema es que se trata de un objeto ajeno al contexto en el que vive y opera.

En primer lugar, es ajeno a la tradición jurídica del continente europeo, yendo en contra de la tendencia de su proceso evolutivo. El cual, por lo que atañe a su fase contemporánea, se origina a partir de un trauma específico, el de las leyes raciales. De hecho, la mayoría de las Escuelas jurídicas posteriores a esta experiencia no pudieron olvidar la enseñanza que ese drama trajo consigo. Es decir, lo que puede suceder cuando la ciencia jurídica (incluso la más sofisticada, como lo era la Escuela Histórica Alemana) pierde su autonomía y se pone al servicio de otro poder, convirtiéndose en un instrumento para la realización de su proyecto particular. El derecho europeo del consumidor, en el momento en que vuelve a proponer la misma concepción instrumental del derecho (aunque en este caso con respecto al poder económico, y no al poder político), no parece partícipe de esta enseñanza.

Asimismo, y sobre todo, el derecho de consumo europeo es ajeno a la sociedad (europea) a la que se supone que debe servir. La técnica de regulación que adopta no reconoce, e incluso ignora la diversidad y la variedad que caracterizan al caso particular y a la sociedad europea moderna. Este derecho es insensible a las cualidades concretas de las personas y de los bienes involucrados en los intercambios individuales. En otras palabras, es el pasado el que regresa, proponiendo una concepción fuertemente reduccionista del derecho. Un derecho concebido, querido y realizado en alto (esta vez, sin embargo, especialmente en el campo de la economía), e incapaz de cumplir su función de garantía. Un derecho, dicho de otro modo, que no puede servir a la sociedad porque no tiene la capacidad de reflejarla y expresar su complejidad.

Este cambio de paradigma se evidencia en la diferente función asumida por una de las figuras clave del ordenamiento jurídico, la heterointegración contractual. En efecto, nacida como instrumento de la política y en oposición al mercado, hoy en día, en el derecho del consumidor, se encuentra realizando una función de *enforcement* del funcionamiento de los intercambios. En particular, la investigación ha evidenciado que la integración contractual adquiere una importancia claramente reparadora en el ámbito del derecho comunitario. Es decir, cómo el legislador de la UE y el Tribunal de Justicia le atribuyen la función de guiar la conducta de los profesionales, disuadiéndolos de realizar prácticas comerciales que alteren el buen funcionamiento del mercado. En efecto, el análisis de la jurisprudencia comunitaria ha revelado cómo el Tribunal de Justicia resuelve la cuestión de la integrabilidad de un contrato B2C

que ha quedado huérfano de una o varias cláusulas abusivas adoptando un modelo decisorio claramente inspirado en objetivos de máxima disuasión para el profesional desleal. Así, según las sentencias del TJCE, el juez nacional no puede revisar el contenido de la cláusula, ya que de lo contrario no se disuadiría suficientemente al profesional de adoptar cláusulas abusivas. El efecto disuasorio también guía la solución en cuanto a una posible integración dispositiva, que sólo es permisible si su inoperatividad condujera a la invalidez de todo el contrato. La consecuencia directa es que en tal orientación jurisprudencial casi no se da importancia a la exigencia de tutela del profesional, ni del consumidor individual implicado, que ven su protección instrumentalizada (y, por lo tanto, condicionada) a la eficiencia del mercado.

Las características que la integración del contrato asume en el contexto europeo reflejan las transformaciones (principalmente funcionales) que están afectando a la autonomía negocial bajo la influencia del llamado nuevo derecho de los contratos. De hecho, el análisis ha devuelto una autonomía negocial funcionalizada e instrumental, condicionada por el enfoque del legislador y del juez comunitario sobre las libertades fundamentales. Comprimida cada vez que, y en la medida en que sea necesario remediar a las deficiencias del mercado, ampliada si contribuye a su buen funcionamiento. En otras palabras, la autonomía negocial se encuentra, en el contexto de este nuevo paradigma, asfixiada dentro de los meandros de un modelo contractual de tipo colaborativo. La autonomía se convierte en el medio para alcanzar el objetivo (el funcionamiento eficiente del mercado) al que debe tender la colaboración de las partes contratantes. Como tal, está funcionalizada con respecto a objetivos, principios e intereses externos al contrato individual, a los que, en consecuencia, también se orientan los límites de la misma, conformándola desde el interior.

Concretamente, en este derecho, la autonomía negocial es funcionalizada en dos niveles interconectados. Cada directiva comunitaria tiene objetivos y finalidades específicas en función del tipo de operaciones reguladas. Sin embargo, todas ellas tienen en común el hecho de producir un vínculo teleológico, orientando a los operadores hacia aquellos modelos de comportamiento que se consideran adecuados para asegurar la competitividad en sentido dinámico del mercado.

En consecuencia, la autonomía negocial se fragmenta, asume múltiples almas y manifestaciones diversificadas según el ámbito disciplinado. Se identifica una autonomía negocial del profesional distinta a la del consumidor, así como una diferenciación de la misma respecto al tipo de operaciones negociales en las que se realiza, en función de los distintos fines que el legislador pretende alcanzar en diferentes contextos. Propósitos diversificados, pero todos instrumentales para el funcionamiento del mercado.

Sin embargo, este fin común no garantiza la organicidad de la disciplina de la institución, especialmente cuando la regulación se centra en tipos individuales de contratos y en específicas técnicas de negociación u operaciones económicas, que, además, se seleccionan únicamente atendiendo al volumen de uso en la práctica y de su dimensión transfronteriza.

En otras palabras, la de derivación comunitaria es una autonomía negocial dispersa, difusa e incompleta, que se mueve en diferentes niveles y persigue muchos objetivos, a menudo desarticulados y contradictorios, quizás sólo genéricamente vinculados, pero sin ninguna unidad sistemática real.

De la instrumentalización con respecto a un propósito externo al intercambio individual se deriva un segundo elemento que caracteriza esta autonomía negocial, es decir, una cierta indiferencia con respecto a los intereses concretos que las partes pretenden alcanzar con el contrato. Estos últimos, debido al papel absorbente que desempeña el objetivo externo, adquieren importancia sólo instrumentalmente a la eficiencia del mercado. Por consiguiente, la disciplina contractual en cuestión no se ocupa de proteger los intereses de las partes contratantes, sino que selecciona las condiciones de debilidad dignas de protección y modela sus remedios en función de las necesidades del buen funcionamiento del mercado, teniendo especialmente en cuenta los fallos del mismo. En otras palabras, para este derecho las partes contratantes sólo son relevantes como agentes (despersonalizados) de la racionalidad del mercado, esto es, como vectores para fines distintos a los suyos. Por esta razón, la normativa de las cláusulas abusivas no tiene en cuenta cualquier asimetría contractual, sino sólo las que no tienen justificación económica, y adopta formas de protección excesivamente desequilibradas en la dimensión puramente procedimental, con los consiguientes peligros en términos de desigualdad de trato y de posible explotación de una parte (sólo formalmente débil) sobre la otra.

Además de eso, hay un punto más. El papel predominante que desempeñan las normas imperativas en el ámbito de este derecho contribuye a delinear un escenario en el que las normas que regulan el contrato ya no representan un modelo «recomendado» a las partes, capaz de contener los costos de transacción, pero del que pueden desviarse para regular mejor sus propios intereses concretos. Esta petrificación del derecho contractual, mediante la subordinación de la libertad contractual a los principios del mercado, provoca que a la fragmentación de la autonomía negocial, tal y como se ha descrito anteriormente, le siga, casi paradójicamente, la disminución de la variedad de sus explicaciones. Es decir, un derecho que corre el riesgo de permanecer inmóvil con respecto a la evolución de la experiencia.

II – El intérprete no tiene por qué permanecer vinculado a esta reconstrucción. La instrumentalidad de una institución jurídica nunca es un elemento

constitutivo de la misma. Un objeto se convierte en instrumento sólo si es tal para alguien, y lo es para alguien sólo si es pensado y concebido como un instrumento. Por esta razón, cuando la instrumentalización de un concepto conduce a resultados indeseables a nivel sistemático, la tarea del intérprete es remediarlo adoptando un concepto alternativo, más acorde con los valores fundacionales del ordenamiento.

Desde este punto de vista, en la sociedad posmoderna, ver el contrato desde una perspectiva deshilachada, en la que la autonomía negocial se configura de forma diferente según los objetivos perseguidos por el legislador y las partes, así como según el estatus de estas últimas, puede generar una barrera entre el contrato y los derechos fundamentales. Por este motivo, la autonomía contractual corre el riesgo de convertirse en un obstáculo para la más alta forma de protección de los valores fundamentales, en lugar de representar una garantía de su protección. A pesar de que la efectividad de los derechos humanos fundamentales no puede limitarse a las relaciones verticales solamente, es necesario que se reconozca y se garantice (también) su operatividad horizontal.

Asumiendo esta última perspectiva, la cuestión de fondo que caracteriza la autonomía negocial es la relación que se establece en un momento histórico determinado entre el individuo y un ordenamiento jurídico concreto. De esta manera, el principal problema que plantea el tema en cuestión es entender cómo, cuándo y en qué condiciones los particulares pueden juridificar una determinada operación económica, dando lugar a actividades productivas no sólo con efectos económicos y sociales, sino también con carácter jurídico.

Desde este punto de vista, el de la autonomía negocial es ciertamente un concepto relativo, ya que cambia según el contexto (no sólo) jurídico en el que se desarrolla y el tipo de interés que las partes pretenden alcanzar a través de la regulación contractual. Sin embargo, este concepto, a pesar de sus múltiples manifestaciones, sigue encontrando una reducción a la unidad, coincidente con su fundamento. En otras palabras, la justificación última de la juridicidad de la obligación contractual es inevitablemente unitaria.

La esencia y el fundamento de la autonomía negocial no está tanto en su incuestionable actitud como manifestación de libertad, sino en su ser una manifestación de poder, y más precisamente del poder de los particulares de crear, en competencia con otras fuentes, reglas objetivas de conducta (o, si se prefiere, normas jurídicas). Por lo tanto, si la autonomía negocial tiene un valor en sí misma, esto consiste en permitir que las partes contratantes propongan/avancen sus propios intereses y valores a nivel ordinamental.

El núcleo de la juridicidad, es decir, el fundamento de la fuerza vinculante de la norma, no se encuentra en la sanción, sino en el fenómeno de la observancia espontánea de la norma. Esto, *a fortiori*, se aplica también a la regla

negocial. Pero para que esto suceda – es decir, para que las partes cumplan voluntariamente con el contrato – la regla debe ser «justa». Es decir, que esta última sea el resultado de un razonable equilibrio y balance entre los intereses concretos de las partes y los intereses generales (incluido el de la eficiencia), que se evaluará a la luz de los principios y derechos fundamentales (y de los valores que éstos incorporan) del ordenamiento, de acuerdo con la jerarquía móvil que las circunstancias del caso sugieran. Una idea de justicia, además, ascendente. De hecho, la arquitectura de valores que el ordenamiento en su conjunto expresa y persigue constituye el parámetro necesario de verificación de la juridicidad, la cual opera a través del control de la licitud y del merecimiento de la operación. Sin embargo, esta estructura no es, ni puede considerarse inmutable, so pena de la cristalización y del endurecimiento de todo el derecho y de su consiguiente alejamiento (y desprendimiento) de la sociedad.

Esta idea de justicia requiere un modelo contractual que, a diferencia del colaborativo, no encubra los intereses (y los consiguientes valores incorporados) de las partes, ocultando su conflicto. Antes bien, es necesario un modelo que permita la emersión de los valores que las partes contratantes pretenden afirmar en la práctica a través de la demanda de realización de sus propios intereses. Esta es la condición para que éstos puedan aflorar del caso particular, contribuyendo a la transformación de la composición de los valores del ordenamiento jurídico y de sus equilibrios.

Esta exigencia implicaría la adopción de un modelo de tipo conflictivo. Un modelo en el que las partes no están llamadas a cooperar, sino que destaque el choque y la relevancia de los intereses concretos en conflicto y la «tregua provisional» que las partes pretenden firmar con la celebración del contrato. Sólo así pueden emerger, sin ningún tipo de encubrimiento, los valores que caracterizan el caso concreto y la forma espontánea en que se confrontan y se combinan. Esto, sin embargo, bajo dos condiciones, y aquí surge la diferencia con respecto al modelo conflictivo clásico construido sobre las necesidades del liberalismo económico.

El derecho no puede limitarse a una función de limitador externo de la autonomía negocial. Por la simple razón de que esta última debe ser considerada como verdadera y auténtica fuente del derecho. Es decir, como insertada de pleno derecho en el sistema de las fuentes, y, como tal, en constante relación con las otras fuentes del ordenamiento. En otras palabras, por su propia naturaleza, ella es al mismo tiempo auto y hetero regulación.

Lo anterior no significa otra cosa que afirmar que el contrato es un instrumento multifuncional y que, como tal, las partes sólo pueden utilizarlo a condición de que se realicen también los intereses generales del ordenamiento jurídico. De hecho, la no ilicitud del contrato no es suficiente para que éste adquiera fuerza jurídica. Además, el compromiso negocial debe ser serio, es de-

cir, no caprichoso, en otras palabras, merecedor de tutela. Para que esta condición se considere cumplida, el reglamento negocial no sólo debe tener en cuenta los intereses de las partes, sino también los intereses fundamentales e inalienables del ordenamiento jurídico, empezando por la protección y el cuidado de los derechos fundamentales. El contrato debe salvaguardar esos valores cambiantes que constituyen lo que mantiene la convivencia pacífica de la sociedad. Valores – respecto de los cuales ningún reglamento contractual puede permanecer ajeno – que no constituyen el fin hacia el que debe tender la autonomía negocial, sino más bien la condición previa para que la norma privada cruce la frontera de la sociabilidad y adquiera relevancia y fuerza jurídica, convirtiéndose en «*legge privata*».

La exigencia que subyace a la primera condición también dicta la segunda. Para que la autonomía cumpla la función anteriormente mencionada, debe evitarse la influencia de fuerzas o elementos externos en el equilibrio contractual. Por esta razón, las partes del contrato deben estar en condiciones de sustancial igualdad. Con lo que sigue en términos de eliminación de aquellas circunstancias (no sólo económicas) que generan una asimetría (no sólo informativa) en la posición de las partes del contrato. De esta forma, por lo tanto, puede hablarse de un modelo conflictivo, pero inspirado en el «igualitarismo liberal».

Se trata de una operación que no puede limitarse a una mera intervención negativa, sino que, por el contrario, requiere acciones positivas, dirigidas a eliminar aquellas causas que en la práctica generan un desequilibrio en la posición contractual de las partes. A tal fin, una vez más, es necesario poner en tela de juicio «la única fuerza de los que están en posición de debilidad»: los derechos fundamentales.

Estos últimos, por lo tanto, asumen un papel primordial en este paradigma al menos en dos momentos distintos, pero conectados. Su cuidado es una condición ineludible para que la autonomía negocial produzca efectos jurídicos y, al mismo tiempo, su operatividad en el marco del reglamento contractual permite un reequilibrio de las posiciones de las partes contratantes que no es meramente formal e instrumental, sino sustancial y concreto.

Por este motivo, dichas situaciones jurídicas fundamentales desempeñan un papel decisivo en la definición de los «límites» de la autonomía negocial, tanto en negativo, circunscribiendo el perímetro de juridicidad de la operación, como en positivo, modelando su estructura. Esto equivale a decir que los derechos fundamentales ejercen su acción sobre todos los cuatro niveles en los que se articula la autonomía negocial, a través de la operatividad (conjunta o desarticulada) de la conformación particular asumida por diferentes instrumentos: nulidad, integración del contrato, interpretación.

La autonomía negocial, si es puesta bajo tal «campana de cristal», sale for-

talecida y vigorizada. Un modelo contractual reinterpretado a la luz de las doctrinas de la *Drittwirkung* y del igualitarismo *liberal*, que no debilita la autonomía negocial, sino que, al injertarle los derechos fundamentales, le garantiza un potenciamiento axiológico.

III – La reconstrucción del concepto de autonomía negocial ha puesto de relieve la importancia central que los derechos fundamentales desempeñan dentro del paradigma contractual. Por lo tanto, es esencial examinar la acción de estos cuerpos jurídicos fundamentales en relación con el reglamento de intereses elaborado por las partes contratantes. Con este fin, el estudio se ha centrado sobre todo en lo que puede considerarse el principal canal de confluencia del sistema jurídico en el contrato: la integración contractual. Sin embargo, son muchos los problemas de su uso en relación con los derechos fundamentales, empezando por las dudas sobre la admisibilidad de una integración contractual por medio de ellos. Por este motivo, para verificar la hipótesis mencionada, se ha realizado una reconstrucción del fenómeno de la integración del contrato. De hecho, sólo así se ha podido entender si realmente se puede hablar de integración del contrato mediante derechos fundamentales, así como resolver las cuestiones que siguen lógicamente (los supuestos y las modalidades técnicas de la intervención, y la relación con las demás fuentes de construcción del reglamento contractual).

La heterointegración del contrato no constituye el límite de la autonomía negocial, sino uno de los factores que le ayudan a cumplir su función, por un lado, permitiendo a los particulares el ejercicio pleno y efectivo de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad a través del ejercicio de la autonomía negocial, y por otro, garantizando la justicia, la eficiencia y la adecuación de la regla contractual.

Por estas razones, hay que rechazar las reconstrucciones tradicionales del fenómeno, según las cuales la integración contractual sería o – desde una perspectiva voluntarista – el medio para remediar los defectos del contrato que impiden su buen funcionamiento – sin autorizar la modificación de las lógicas negociales expresadas por las partes – o el instrumento para adecuar el reglamento contractual a objetivos externos al intercambio individual, en particular los dictados por el principio de solidaridad (o por las directivas de política estatal) o por las exigencias del buen funcionamiento del mercado.

Estas reconstrucciones están influenciadas principalmente por el deseo de funcionalizar e instrumentalizar el instituto con respecto a ciertas ideologías y/u objetivos generales. De esta manera, se descuida considerar lo que caracteriza la integración contractual a través de la influencia mutua de la función, la estructura y los supuestos operativos del instituto.

El éxito de aquellas concepciones que ven la heterointegración del contrato

exclusivamente como el medio para modelar el reglamento negocial a la luz de los intereses generales, queda atestiguado por el amplio consenso alcanzado en torno a la doctrina de la buena fe integradora. Es decir, por la difusión en los ambientes académicos y en los tribunales de aquellas teorías que de diversas maneras reconocen a la buena fe *ex art. 1375 c.c.* eficacia integradora del contrato. La buena fe que, junto con las normas imperativas, constituye el instrumento privilegiado a través del cual conformar el reglamento con respecto a intereses y finalidades ajenas al intercambio individual.

El estudio funcional de la integración contractual ha llevado a horizontes muy diferentes. En primer lugar, no hay separación con respecto a la actividad hermenéutica. De hecho, la interpretación no aclara el significado del contrato, en cierto modo lo crea, aunque a lo largo de un camino acotado por límites factuales y jurídicos. En otras palabras, no hay ningún contrato antes de que la operación hermenéutica tenga lugar. Esto simplemente no existe, ya que carece de cualquier significado social o jurídico. Sólo existe un comportamiento extrínseco de las partes (normalmente una declaración), que, sin embargo, si no es interpretado, es decir, si no es objeto de una operación de atribución de sentido, no puede tener ninguna función ni ningún efecto vinculante, ni en el plano social ni, *a fortiori*, en el plano jurídico. Sólo interpretando dicha conducta a la luz del ordenamiento jurídico el contrato puede llegar a existir y adquirir validez y eficacia jurídica. En última instancia, la interpretación está dirigida a reconstruir el valor del contrato, y este último – al igual que el derecho – es uno con la interpretación resultante. Si éste es el alcance de la actividad hermenéutica realizada sobre el contrato, es por lo menos difícil concebir el fenómeno heterointegrador como algo ajeno (aunque conectado) a ella. Parecería más coherente incluirlo en el más amplio procedimiento hermenéutico destinado a reconstruir el valor del negocio. Es decir, como parte de un procedimiento circular unitario, que incluye la cualificación y la integración, orientado a la reconstrucción del reglamento de intereses.

Desde la unidad del procedimiento (hermenéutico) reconstructivo del reglamento de intereses se deriva también la concepción unitaria del contrato, inseparable en el componente de los efectos y en el del contenido. Esta actividad, de hecho, cuando reconstruye el contenido del contrato reconociéndole existencia jurídica, por una exigencia lógica básica, al mismo tiempo fija sus efectos, de acuerdo con el carácter unitario que caracteriza el fenómeno contractual. Desde esta perspectiva, el concepto de reglamento de intereses, en contraposición al de contenido, permite definir y resumir la realidad global del contrato, es decir, su esencia entendida como una síntesis de contenido y efectos. Pero esta unidad no deriva tanto del hecho de que el contrato se refiere a una operación económica que se presenta inevitablemente unitaria, sino más bien, incluso antes, del carácter unitario de la operación hermenéutica de-

stinada a su reconstrucción. Por lo tanto, el punto de conjunción entre contenido y efectos, que impide una consideración diferenciada, se encuentra en la actividad que se ejerce sobre estos objetos, es decir, la actividad hermenéutica. Esta última, si por un lado tiene como objeto la reconstrucción del concreto reglamento de intereses en que consiste el contrato, por otro lado, y al mismo tiempo, tiene una finalidad práctica, al estar dirigida a establecer sus efectos jurídicos.

IV – Una vez aclarada la naturaleza y el objeto de la integración del contrato, la investigación ha permitido identificar en el perfil de los supuestos operativos el verdadero problema del instituto, es decir, la cuestión resolutoria de las principales incógnitas que rodean la reconstrucción del fenómeno. De hecho, es el supuesto específico que justifica una intervención integradora, al mismo tiempo conformando su funcionamiento y orientando su función.

A tal fin, la clave de bóveda se halla en la reevaluación (y relativización) del concepto de laguna contractual. Esta última ha sido reconstruida en términos de una asimetría entre la representación ofrecida por las partes del reglamento negocial y la relativa a la realidad fáctica y ordinamental en la que el contrato se inserta y opera. Por esta razón el contrato es fisiológicamente incompleto, por la incapacidad de las partes de reflejar realidades complejas y sustancialmente esquivas (además, orientadas a una dimensión dinámica y cambiante), como el universo de variables que caracterizan los intereses privados a regular y la dificultad de tener en cuenta una perspectiva diferente de la propia (la ordinamental). Por este motivo, es necesaria la intervención del intérprete que, al identificar esta asimetría y remediarla mediante el procedimiento interpretativo-calificatorio-integrativo, une las dos dimensiones dando vida a una de las posibles realidades alternativas del contrato.

Por lo tanto, el concepto de laguna no es necesariamente un instrumento para defender concepciones y dogmas del pasado, incompatibles con una visión hermenéutica y neoconstitucional del derecho. Si se presta atención a los diversos tipos de lagunas, se verá cómo algunas de ellas encarnan verdaderamente el espíritu de las Escuelas antes mencionadas. La referencia no se dirige sólo a las lagunas axiológicas, que permiten a los valores fundamentales del ordenamiento jurídico penetrar en el contrato. Bastaría con observar las llamadas lagunas impropias (o secundarias), es decir, lagunas que, a diferencia de las lagunas propias (o primarias), aparecen sólo posteriormente a la creación de la disposición normativa, debido a la transformación de la realidad social que el derecho pretende regular. Estas lagunas, además de evidenciar la importancia que el caso concreto cubre en los procesos de juridificación, contribuyen a desvelar el proceso espontáneo a través del cual el «derecho viviente» nace y se transforma.

Se desprende, en sustancia, el imaginario de un contrato inevitablemente incompleto y/o inadecuado (injusto), pero que en todo caso siempre puede ser completado y llevado a la justicia por medio de la interpretación (entendida como una actividad que incluye también la integración), a través del recurso (dependiendo del tipo de laguna) a la ley, los usos, la equidad y, sobre todo, los principios y derechos fundamentales.

Esto permite delinear la función de la intervención integradora. Dado que se trata de insertar y (en consecuencia) adecuar el reglamento de intereses con respecto a un contexto determinado, cada intervención cambiará, en lo que respecta a las modalidades operativas y a los objetivos, de acuerdo con las necesidades expresadas por cada ámbito operativo. Esto significa que la función de cada intervención integradora depende estrictamente del supuesto operativo particular que, al justificar la intervención, la conforma en las modalidades aplicativas y la orienta funcionalmente. Sin embargo, ampliando el horizonte de la investigación, parece posible encontrar una meta-función común a las varias articulaciones del fenómeno.

En efecto, la razón de ser del derecho (es decir, la preservación de la coexistencia pacífica de una sociedad determinada) requiere que las normas de un sistema jurídico sean observadas no por temor, sino porque son percibidas como justas y razonables por el contexto social al que están destinadas a servir. Esta necesidad fundamental (de justicia), de la que procede todo el derecho, se concreta luego en la predisposición de estructuras jurídicas específicas. Entre ellas, precisamente, deben incluirse también los reglamentos contractuales individuales. La integración del contrato no responde a otra lógica que la de asegurar la satisfacción de esta necesidad fundamental en el ámbito negocial, conformando el contrato a la idea de justicia que está en la base de todo el Sistema. De este modo, en concreto, el fenómeno integrador asegura la observancia espontánea del reglamento negocial, haciéndolo parecer justo, razonable, adecuado y eficiente, en primer lugar, a los ojos de las propias partes contratantes y, en segundo lugar, a los ojos del resto de la Comunidad.

De esta forma, este fenómeno se diferencia en distintos procedimientos de integración (por adición, por sustracción y por sustitución) que se encuentran en las normas de los artículos 1374, 1419, párrafo 1, 1339 (en relación con el artículo 1419, párrafo 2) del Código Civil italiano, a través de los cuales insertar y adaptar el contrato con respecto a diferentes contextos, a los que las fuentes de integración hacen sólo una referencia genérica e indirecta.

Sin embargo, entre estas fuentes no se puede incluir la buena fe. De hecho, la teoría de la integración *ex fide bona* responde a la necesidad de remediar aquellos contratos injustos que, a la luz del orden de valores del ordenamiento, no regulan adecuadamente los intereses que afloran en el conjunto del proceso de negociación. Es plenamente aceptable una política del derecho que

pretenda subsanar estas particulares deficiencias del reglamento contractual (conocidas como lagunas axiológicas), pero no puede decirse lo mismo del instrumento técnico elegido a tal fin, es decir, la buena fe *ex art. 1375 c.c.* En realidad, se trata de una elección que debe ser incluida en el contexto cultural que la dio a luz, el de la llamada «primera constitucionalización del derecho privado». Por lo tanto, una fase de primer desprendimiento claro de la ideología liberal, del positivismo y del formalismo de los códigos, que, como tal, se quiso operar con cautela, es decir, englobando la revolución «principalista» y axiológica en el ámbito de aquellas instituciones privadas que, en la medida en que estén dotadas de un contenido fuertemente elástico, si no sustancialmente indeterminado, podrían situarse como el término medio entre la moral del Texto Constitucional y el formalismo del Código Civil. Por lo tanto, al hacerlo, se quiso encerrar el complejo cielo de principios y derechos fundamentales dentro del estrecho cuarto de las cláusulas generales. Una operación sin duda legítima, pero probablemente ya poco apropiada al contexto de la llamada «nueva constitucionalización del derecho privado», donde los principios y los derechos fundamentales están llamados a operar directamente – sin necesidad de ningún vehículo, excepto la actividad hermenéutica y reconstructiva del intérprete – en las relaciones horizontales.

La investigación, a través de la descomposición del fenómeno contractual en cuatro niveles (principios, intereses, cláusulas y ejecución), se ha dirigido a demostrar cómo la buena fe se sitúa en un nivel distinto de aquél en el que tiene lugar la integración del contrato. Dicho de otra manera, esta se refiere a diferentes problemas, los relacionados con la justificación y la legitimidad del ejercicio de las situaciones jurídicas derivadas por el contrato. Por lo tanto, el juicio de buena fe no va más allá de la evaluación y limitación de la discreción de las partes contratantes en el cumplimiento de un reglamento contractual ya plenamente definido en cuanto a su contenido. Es decir, su función es evitar que el ejercicio ilegítimo e injustificado de una situación jurídica contractual, en la medida en que no corresponda al interés para el que fue conferida por la cláusula negocial, perjudique a la otra parte. Así las cosas, una buena fe que no puede dar lugar a ningún tipo de obligación (ya sea integradora o «*specificativa*»), sino que se concreta en la negación de efectos a la reclamación abusiva de la parte contratante. Por esta razón, la llamada integración axiológica del contrato debe lograrse por otras vías, la de los principios y de los derechos fundamentales.

V – A los derechos fundamentales y a las nuevas concepciones de democracia y soberanía que los ven como protagonistas se les debe dar un papel protagonista en la legitimación del ordenamiento europeo. En efecto, los derechos fundamentales actúan como factores de integración política y social, ge-

nerando la percepción de los demás como iguales y un sentido común de pertenencia a la misma comunidad política. No derivan su legitimidad del consentimiento de las mayorías, sino de la garantía de todos. En la medida en que su función no es representar la voluntad común de un pueblo sino, por el contrario, garantizar la igualdad y la coexistencia pacífica entre sujetos e intereses diferentes y virtualmente en conflicto.

Los derechos fundamentales otorgan al individuo un espacio de garantía frente a cualquier poder (público o privado), impidiendo que el derecho se convierta en un mero instrumento de registro y preservación de las relaciones de fuerza existentes en los distintos ámbitos factuales (social, económico, etc.). En otras palabras, los derechos fundamentales constituyen el muro de contención para que el más fuerte, aprovechando su posición privilegiada, no obtenga una ventaja injustificada (y por lo tanto injusta) en detrimento del más débil. Esta es la razón por la que hay que reconocerle la función de reforzar (y garantizar) la posición del individuo en sus relaciones con los poderes hegemónicos, ayudando así a informar el ordenamiento según los cánones de la justicia.

La referencia a la posición individual de la persona los distingue claramente de los principios fundamentales. Estos últimos, de hecho, aunque protegen intereses y valores igualmente fundamentales (y a veces comunes, como el valor de la igualdad), no se refieren a la situación jurídica subjetiva de la persona, es decir, no atribuyen derechos subjetivos. Por el contrario, responden a la necesidad (fundamental) de orientar los diversos componentes del sistema jurídico hacia propósitos generales, es decir, referidos a los intereses y objetivos comunes de la comunidad, así como del propio ordenamiento.

Esta diferencia funcional tiene repercusiones en las modalidades de la intervención integradora. En efecto, la integración del contrato por los principios fundamentales determina la instrumentalización y la funcionalización del reglamento contractual a objetivos externos con respecto al intercambio individual, con efectos no muy alejados del fenómeno de la buena fe integradora. Por el contrario, los derechos fundamentales – refiriéndose a la posición de cada una de las partes contratantes – dan lugar a una intervención integradora que, al reforzar la posición de la parte contratante afectada por la debilidad, contribuye a la manifestación plena y efectiva de la autonomía negocial. Por este motivo, la integración por medio de los derechos fundamentales contribuye a la consecución del objetivo de la justicia de cada reglamento contractual a través de su fortalecimiento axiológico. Esto significa básicamente que, al compensar la debilidad de las partes contratantes, se crean las condiciones para que éstas creen un contrato que refleje de manera genuina y efectiva su proyecto material y de valores. Es decir, una manifestación de la autonomía negocial efectiva y respetuosa de su valor más intrínseco. De hecho, no hay

que olvidar que la libertad, de la que la autonomía negocial es expresión, se basa en el supuesto de la igualdad sustancial. No hay libertad, y por lo tanto autonomía, donde no hay equilibrio de fuerzas entre los que han de disfrutar de esta libertad.

Esta idea de justicia, intrínseca a los derechos fundamentales, también se irradia en todo el Sistema gracias a las características de su forma de aplicación. En particular, se trata de la apertura que caracteriza a la técnica del balance, que a su vez conduce a una apertura similar de todo el sistema. En definitiva, los derechos fundamentales abren el sistema jurídico a la moralidad. Por consiguiente, la irradiación de los derechos fundamentales como derecho viviente en todas las esferas del sistema jurídico incluye la irradiación de la idea de justicia en todos los ámbitos del derecho.

Esto permite trazar los términos de la relación que se establece entre los derechos y los principios fundamentales dentro del reglamento contractual. Nuestra Carta Constitucional traza una autonomía negocial íntimamente relacionada con los objetivos generales del ordenamiento jurídico (artículos 41 y 42 de la Constitución). Esto impide la configuración del contrato como un instrumento al servicio únicamente de los intereses privados. También está fisiológicamente orientado a la realización de los intereses generales (del ordenamiento y de la colectividad). Precisamente a esta función responden los principios (así como las demás normas imperativas). Por lo tanto, estos últimos pueden justificar legítimamente el sacrificio de los intereses privados en favor de la realización de objetivos generales. Sin embargo, al hacerlo, los principios se ven limitados por los derechos fundamentales. En particular, los principios (aunque fundamentales) al adaptar el reglamento contractual a las finalidades del ordenamiento no pueden llegar a comprimir los derechos fundamentales de las partes contratantes de manera injustificada, indiscriminada y desproporcionada. Ni, en cualquier caso, pueden llegar a perjudicarlos en su núcleo esencial.

Esta es la condición para que los derechos fundamentales puedan cumplir su función de garantía y, al mismo tiempo, para que la autonomía negocial no pierda su connotación esencial, convirtiéndose en un mero instrumento al servicio del poder público o privado (el mercado).

VI – La realización de este imaginario pasa inevitablemente por la verificación de la integrabilidad del contrato por medio de los derechos fundamentales. En el ordenamiento jurídico italiano, la cuestión puede resolverse verificando, por una parte, la eficacia integradora de los derechos fundamentales, es decir, su eficacia horizontal directa e inmediata, y, por otra parte, la compatibilidad de la intervención sobre el contrato así realizada con respecto a los procedimientos integradores indicados por los artículos 1374, 1419, párrafo 1,

1339 (en relación con el artículo 1419, párrafo 2) del Código Civil.

No hay dudas particulares sobre la eficacia directa, al menos si se reconoce que las normas constitucionales tienen una naturaleza preceptiva (y no meramente programática). En cambio, la cuestión de su eficacia inmediata es controvertida. Por esta razón, el estudio se ha centrado principalmente en este aspecto, analizando los argumentos tradicionalmente utilizados en apoyo de la tesis negativa (preocupaciones inherentes a su indeterminación y al sacrificio de la autonomía negocial que resultaría, así como a la función que tradicionalmente se le reconoce dentro del ordenamiento, es decir, el hecho de estar dirigidos exclusivamente a la relación Estado/individuo).

La investigación ha permitido comprobar la falta de fundamento de estos argumentos. En efecto, sostener que los derechos fundamentales siguen vinculados a la función que históricamente se les ha reconocido (garantizar al individuo contra la injerencia arbitraria del Estado) significa ignorar las transformaciones que han afectado a su perfil funcional, que se ha ido adaptando a la aparición de otras amenazas a la esfera jurídica de los individuos. Así, de la misma manera, la actual crisis del sistema de fuentes, en particular de la ley, y el progresivo imponerse de los poderes privados (sobre todo los económicos), así como la consecución por parte de los fenómenos de negociación masiva de una extensión y de una fuerza preceptiva tal que los ponga en competencia con el legislador nacional, empuja hacia un nuevo replanteamiento de la función de los derechos fundamentales. Esta se identifica ahora con la protección del individuo, especialmente del contratante débil, frente al poder privado (el contratante fuerte). Por consiguiente, en la actualidad los derechos fundamentales deben considerarse principalmente dirigidos a las relaciones privadas, empezando por las que se caracterizan por la asimetría del poder negocial. De esta manera, en definitiva, se colocan en una línea evolutiva constante, caracterizada por el objetivo de evitar que la juridicidad se convierta en una mera ratificación de las relaciones de fuerza.

El carácter injustificado de las preocupaciones relativas a la indeterminación de su contenido ha sido demostrado junto con la verificación de la compatibilidad de la intervención así realizada con los procedimientos integradores previstos por el Código Civil italiano. El estudio de la naturaleza y de la estructura del fenómeno integrador ha puesto de relieve que el procedimiento de integración del contrato no constituye algo muy distinto de la actividad de reconstrucción del reglamento de intereses resultante del funcionamiento de diferentes fuentes (autónomas y heterónomas). En el ámbito de la actividad unitaria dirigida a este fin, las fuentes no permanecen aisladas, sino que necesariamente entran en relación, contaminándose e influyéndose mutuamente con el fin de adaptar el contrato a los contextos factuales, ordinamentales, sociales, negociales, etc. Asimismo, los derechos fundamentales no integran el

contrato a través de acciones aisladas. Ellos, como fuentes integradoras, deben coordinarse con las otras fuentes de construcción del reglamento negocial, empezando por la autónoma. A este respecto, la cláusula negocial puede entrar en conflicto con los derechos fundamentales. En este caso, como se trata de una violación de una norma imperativa, la cláusula deberá ser declarada nula. Luego, si dicha nulidad debe extenderse a todo el contrato o limitarse únicamente a la cláusula defectuosa, dependerá de una evaluación basada en el balance entre el valor incorporado en el derecho a la libertad de autodeterminación mediante el ejercicio de la actividad negocial y el del derecho fundamental lesionado, así como de la existencia o no de una condición de igualdad sustancial entre las partes y de la posibilidad de que dicha lesión afecte a todo el programa negocial o sólo a una parte del mismo. Esto implica que la contrariedad de una cláusula con un derecho fundamental puede dar lugar a una laguna de colisión. Esta última puede justificar sin duda una intervención integradora por sustracción (*ex art. 1419, párrafo 1, c.c.*), que tomará la forma de la expulsión de la cláusula nula y la conservación de la parte restante del contenido del contrato. Por el contrario, la indeterminación del contenido de los derechos fundamentales debería excluir teóricamente la configuración de una intervención por sustitución (*ex art. 1339 c.c. en relación con el art. 1419, párrafo 2, c.c.*). Esta suposición sólo sería correcta si no se tuviera debidamente en cuenta el hecho de que el efecto integrador producido por esta fuente nunca es aislado, sino que opera en estrecha conexión con las otras fuentes de construcción del reglamento contractual. En particular, se establece un vínculo muy estrecho con la fuente autónoma. En efecto, la intervención integradora del derecho fundamental conduce a la creación judicial de una cláusula que se relaciona necesariamente con la cláusula nula o con otra cláusula relacionada, dando lugar a una norma que imita parcial (o totalmente) el contenido de tales cláusulas, pero adaptándolo al interés que el derecho fundamental pretende alcanzar. Así, por ejemplo, en el primer caso, esa intervención puede justificar la sustitución de la cláusula nula por una norma idéntica, aunque reducida en su cantidad (la llamada reducción judicial de la cláusula). Mientras que, en el segundo caso, el derecho de igualdad puede justificar la sustitución de la cláusula que viola el mismo por otra conformada sobre el contenido de una cláusula negocial aplicada por la otra parte en otros contratos relacionados para disciplinar el mismo interés.

Además, el estudio reveló la configuración de una integración axiológica fundamental por adición, es decir, la compatibilidad de esta particular intervención integradora con el procedimiento establecido en el artículo 1374 del Código Civil italiano. En particular, el hecho de que una cláusula negocial sea válida, ya que regula un interés merecedor de protección, no significa que también sea adecuada para este fin. Es decir, la «*meritevolezza*» del interés no

significa necesariamente que la norma establecida por la cláusula sea también adecuada para su realización o para la de otros intereses implicados de forma inevitable en la realización del mismo.

Si resulta inadecuada, la cláusula será válida y eficaz, pero derrotable. En otras palabras, las partes, al poner una determinada cláusula no hacen más que disciplinar una serie de contextos relevantes en los que el interés está llamado a realizarse. Es decir, con la regla privada se toma en cuenta un determinado ámbito material, que constituye una parte de la realidad factual coincidente con complejos de acciones y asuntos. Por lo tanto, la disciplina concreta de un interés, dependiendo de las circunstancias concretas que lo rodean, podría poner en tela de juicio, directamente o indirectamente, uno o más intereses que la cláusula no realiza, pero que un derecho fundamental exige que sean considerados. Este último no se pondrá de relieve en relación con todos los ámbitos disciplinados por la cláusula – de hecho, en este caso la norma privada debería considerarse contraria al derecho fundamental, y no simplemente inadecuada – sino sólo con respecto a ciertos grupos de acciones y asuntos, permaneciendo totalmente ajeno a los demás. De este modo, en lo que respecta a los primeros, la cláusula será derrotable, mientras que en lo que respecta a los segundos, será perfectamente adecuada. La derrotabilidad de la cláusula respecto del derecho fundamental produce una laguna axiológica, ya que el reglamento contractual carece de las cláusulas necesarias para la realización o la consideración de los intereses cuya protección es impuesta por el propio derecho fundamental. Esta laguna justifica una intervención integradora de tipo aditivo (*ex* artículo 1374 c.c.), es decir, dirigida a enriquecer el reglamento con una nueva cláusula que permita realizar esos intereses. Una intervención a través de la cual el juez está llamado a construir una cláusula integradora con un contenido enteramente análogo al de la cláusula derrotable, a reserva de su necesaria adaptación para que el interés evadido sea tenido en cuenta adecuadamente y realizado en los ámbitos materiales en los que se pone de relieve.

Esta nueva cláusula acompañará a la inadecuada. En particular, mientras que la primera regulará el mismo interés que la segunda pretendía realizar, pero sólo con respecto a aquellos ámbitos en los que también es necesario garantizar la efectividad del derecho fundamental – mediante el establecimiento de una regla que concilie la realización de este interés con la del interés axiológico – la cláusula derrotable seguirá siendo plenamente operativa en los demás contextos en los que el otro interés no es relevante.

VII – Lo que caracteriza la integración axiológica del contrato por medio de los derechos fundamentales es la protección de la parte más débil del contrato frente a los poderes económicos (o, más en general, los contratistas fuertes), sin que esto dé lugar a ninguna limitación de la autonomía negocial. Por

el contrario, el instituto en cuestión constituye un instrumento para el pleno y libre ejercicio del poder negocial, interviniendo con particular vigor en aquellos casos en que la relación entre las partes contratantes no esté equilibrada debido a la debilidad de una y/o la particular fuerza de la otra. En efecto, el impacto de la eficacia de los derechos fundamentales cambia profundamente no sólo con respecto a las relaciones verticales, sino también según las características de la relación horizontal.

En particular, la relación Estado/individuo es un vínculo entre el titular de un derecho fundamental (el individuo) y una entidad que no puede disfrutar de esa titularidad. A la inversa, en las relaciones entre individuos se comparan dos (o más) personas que son titulares de derechos fundamentales, es decir, se trata de una relación entre titulares de derechos fundamentales.

La autonomía negocial no constituye un valor en sí mismo, sino que adquiere tal importancia cuando se convierte en una expresión efectiva de la libertad fundamental del individuo de desarrollar su propia personalidad autodeterminándose negocialmente, es decir, de proponer sus propios intereses y valores a nivel ordinamental. Por lo tanto, en el ámbito de la contratación, puesto que se trata del ejercicio de la autonomía subjetiva de la persona, siempre estarán en tela de juicio los derechos de libertad, de autodeterminación y de libre desarrollo de la personalidad. Se trata de derechos fundamentales que pertenecen a ambas partes contratantes y cuya efectividad implica el reconocimiento de la libertad de limitar su esfera jurídica de mutuo acuerdo. Esto significa que, de conformidad con la dinámica (de balance) típica de los derechos fundamentales, el ejercicio de estos derechos puede conducir a la limitación de otros derechos fundamentales de las partes. Por otra parte, la misma lógica intrínseca a estos cuerpos jurídicos, en el momento en que autoriza el sacrificio de un derecho fundamental, al mismo tiempo lo limita.

En primer lugar, los derechos fundamentales son preceptos de optimización de valores, es decir, orientados funcionalmente a la más amplia realización posible del valor que encarnan. Sin embargo, al hacerlo, encuentran el límite constituido por reivindicaciones similares hechas por otros derechos (y principios) fundamentales. Por consiguiente, la medida de la realización del derecho (y del valor) dependerá de la comparación (y el balance) con otros derechos fundamentales que se planteen en un caso determinado. Además de la correcta consideración de que dicho balance dependerá del diferente peso del valor incorporado, en este momento es importante señalar que, en todo caso, esto implica que la medida normal de su realización es gradual o parcial, mientras que nunca llevará a la supresión total de otro derecho fundamental. Por lo tanto, el ejercicio de la libertad del individuo de autodeterminarse negocialmente nunca puede llegar al extremo de violar otro derecho fundamental en su núcleo esencial.

El segundo límite es aún más interesante dada la orientación de este estudio. La igualdad jurídica del sistema se basa en el reconocimiento mutuo de los derechos fundamentales. Esto implica que las partes contratantes sólo podrán limitar sus derechos fundamentales entre sí (dentro de los límites indicados anteriormente y, en todo caso, teniendo en cuenta el diferente peso de los valores incorporados) si existe una efectiva igualdad entre ellos. De hecho, únicamente en ese caso la limitación del propio derecho fundamental, en cuanto manifestación de una libertad efectiva, puede ser considerada como el ejercicio del derecho a la libre determinación de la persona. De lo contrario – es decir, en presencia de un desequilibrio del poder de negociación o de circunstancias que en la práctica afectan a la libertad de un individuo de autodeterminarse por contrato, sea en relación con el *abschlussfreiheit* sea con el *gestaltungsfreiheit* – el ejercicio de la libertad contractual no puede justificar la limitación de los derechos fundamentales. Esta consideración adquirirá aún mayor importancia en aquellos ámbitos contractuales en los que las necesidades fundamentales del individuo adquieren mayor relevancia, como el derecho laboral, los contratos de asociación y de empresa, los contratos de alquiler, los contratos turísticos y, con un alcance mucho más general, los contratos de consumo.

VIII – Sólo falta verificar las repercusiones prácticas de la reconstrucción propuesta. El estudio de las lógicas y de las dinámicas de la intervención integradora realizada por medio de los derechos fundamentales ha permitido identificar su campo de acción privilegiado en las relaciones negociales caracterizadas por la asimetría (no sólo informativa) del poder contractual. En estos ámbitos, esta intervención, lejos de constituir una limitación de la autonomía negocial, representa en realidad el instrumento a través del cual garantizar tanto su ejercicio pleno y efectivo como el potenciamiento axiológico del reglamento de intereses. Por lo tanto, precisamente en estos contextos, este fenómeno asegura la protección de la parte contratante más débil, compensando su *deficit* de poder negocial, además de garantizar la adecuación del reglamento contractual a la estructura de valores fundamentales involucrados en la contratación.

Esto da lugar a una protección no paternalista del contratante débil, no vinculada a las cualidades abstractas de las partes contratantes, sino a las circunstancias concretas de la negociación que muestran la existencia de una posición de debilidad de una parte con respecto a la otra. Por esta razón, se trata de una protección sustancial, generalizada, elástica y flexible, no vinculada a ningún tipo de estatus, estándar, umbral o parámetro rígido.

Por lo tanto, la integración axiológica del contrato por medio de los derechos fundamentales permite proporcionar una protección generalizada a todas

aquellas situaciones de debilidad contractual que no han sido cubiertas por la disposición legislativa y – dado el valor supremo de los valores incorporados en estos cuerpos jurídicos fundamentales – de fortalecer las formas de tutela existentes. Yendo de la mano de los recursos previstos por el legislador con respecto a determinados sujetos o situaciones jurídicas subjetivas.

De este modo, el fenómeno integrador axiológico adapta el contrato al contexto de valores fundamentales del ordenamiento jurídico, impidiendo el abuso de una parte contratante sobre la otra, así como esas formas de elusión de la normativa, de disparidad sustancial de trato y de aprovechamiento que van siempre de la mano de una disciplina rígida. Esta última, de hecho, si por un lado cumple perfectamente con el objetivo de la seguridad jurídica, por el otro protege a un contratante suponiendo que sea débil, sin proporcionar ningún medio que permita comprobar si esa posición de minoría existe efectivamente en concreto.

Al mismo tiempo, este instrumento garantiza una protección no paternalista. En otras palabras, apunta al ejercicio pleno y efectivo de la libertad de autodeterminación de la parte más débil a través de la actividad negocial. Por lo tanto, no le impone desde arriba ninguna regulación que se considere más adecuada a sus intereses. Simplemente crea las condiciones para que la parte más débil pueda alcanzar lo que es su verdadero proyecto negocial, evitando que las circunstancias que restringen su libertad de autodeterminación a través de la actividad negocial influyan sobre su sustancia y su forma. De este modo, la integración axiológica no sólo permite remediar todas las asimetrías que pueden afectar a la relación contractual, sino que también representa el instrumento mediante el cual se hace permeable el reglamento de intereses a los valores que el contratista pretende afirmar en concreto.

En última instancia, se trata de una técnica jurídica que no se basa en una visión remedial del derecho, ya que, al informar el reglamento a la justicia, aspira a la observancia espontánea del contrato por las partes contratantes. En otras palabras, a través de la inclusión en el contrato de los valores esenciales incorporados en los derechos fundamentales se pretende proporcionar una protección sustancial, y no meramente procedural. Una protección que tenga en cuenta no sólo los intereses económicos y que permita destacar también las finalidades, los objetivos y los llamados motivos de la operación negocial.

IX – La integración del contrato por medio de los derechos fundamentales opera en todos los casos en que la relación contractual está desequilibrada. Entre ellas, las relaciones B2C son particularmente importantes por dos razones.

En primer lugar, por la difusión y centralidad que las relaciones contractuales entre consumidor y profesional han asumido en la actual sociedad de

consumo. Es decir, una sociedad en la que el consumo ha adquirido una importancia central, convirtiéndose en el propósito mismo de la existencia.

En segundo lugar, el acto de consumo no es otra cosa que aquella actividad económica que, sin estar orientada a la producción de riqueza, es llevada a cabo por el consumidor para desarrollar su personalidad, ejerciendo aquellas libertades y derechos relacionados con sus necesidades materiales y no materiales. Por lo tanto, al consumir el sujeto no satisface sólo una baja necesidad material. A menudo, a través de esta actividad económica ejerce sus derechos y libertades fundamentales. Esto se traduce en el establecimiento de una serie de relaciones negociales cargadas de esos valores que caracterizan el contexto sociocultural al que pertenece.

Por esta razón, en un ámbito como el del derecho europeo, en el que la protección del contratante más débil en las relaciones de consumo es cada vez más importante, y tras el proceso de despatrimonialización del derecho civil, esta relación entre los derechos fundamentales y el contrato de consumo permite experimentar una nueva forma de legitimación del ordenamiento jurídico. Desde abajo, espontánea y en continua evolución en cada operación diaria de consumo.

En vista de los efectos benéficos de la teoría propuesta respecto de la protección del consumidor, se plantea la cuestión de si sigue teniendo sentido un régimen normativo especial para las relaciones B2C. La respuesta negativa es sostenible a partir de la consideración de que la protección del consumidor mediante la integración axiológica del contrato tiene un alcance operacional mucho más amplio (incluyendo cualquier relación contractual asimétrica), proporciona una protección más efectiva y adecuada (ya que está modelada sobre las circunstancias concretas que determinan el *deficit* de poder contractual de una de las partes), previene esas formas de abuso y aprovechamiento que caracterizan a los regímenes rígidos de protección.

Sin embargo, la solución positiva es preferible. En efecto, la integración del contrato por medio de los derechos fundamentales – así como la eficacia horizontal directa e inmediata de dichos derechos – no proporciona una tutela con respecto a todas las exigencias de protección del consumidor. Por el contrario, exclusivamente respecto de aquellas situaciones jurídicas garantizadas por un derecho fundamental.

Además, no es necesariamente cierto que una normativa legislativa proporcione una protección inadecuada para el contratista efectivamente débil. En concreto, no es así en todos los casos en que se cumpla una particular condición, es decir, que este régimen normativo especial no presente las características de la rigidez y del cierre. Es decir, que no pretenda constituir la regulación única y exhaustiva de una clase de fenómenos jurídicos. Por el contrario, cuando representa un núcleo esencial de disciplina, susceptible de ser imple-

mentado mediante el uso de otros instrumentos, como la integración axiológica, éste garantizaría al contratante más débil el conocimiento del catálogo mínimo de sus derechos, cargas y obligaciones y, al mismo tiempo, evitaría convertirse en un «estatuto del aprovechamiento».

De este modo, la integración axiológica del contrato completaría, implementaría y corregiría el régimen especial de disciplina para la protección del consumidor. Garantizando niveles de protección más elevados en los casos en que la normativa legislativa sea inadecuada; extendiendo la protección a situaciones jurídicas no reguladas (también con respecto a los sujetos que, aunque no entran en la definición de consumidor, son débiles con respecto a la contratación individual, y, además, en una perspectiva no limitada únicamente a las asimetrías de información); adaptando los instrumentos de tutela con respecto a las causas concretas que determinan la debilidad de la parte (y poniendo a punto una regla negocial que no esté desequilibrada a favor de la misma, sino que logre un justo equilibrio de los intereses en juego); neutralizando el derecho previsto por la normativa especial cuando lo ejerza una parte contratante que no presente en concreto la debilidad contractual que aquella diversamente suponía en abstracto.

Sin embargo, para que esto sea posible, al menos en lo que respecta a la normativa derivada en materia de consumo, es necesario que el Tribunal de Justicia cambie su orientación, permitiendo la apertura del derecho comunitario a los horizontes de la jurisprudencialidad.

X – En conclusión, mediante la integración del contrato por medio de los derechos fundamentales el ambiente negocial es irradiado por el sentido de justicia que esas situaciones jurídicas incorporan.

Este fenómeno, por lo tanto, da lugar a un nuevo tipo de constitucionalización del derecho civil, logrado mediante la inclusión directa e inmediata de los derechos fundamentales en el contrato. Una nueva constitucionalización que opera de hecho con respecto a cada reglamento contractual, lo cual, en consecuencia, constituirá el momento individual y puntual de legitimación de todo el Sistema. De esta manera, la fórmula «el ordenamiento del caso concreto» termina adquiriendo un nuevo sentido.

Además, poniendo remedio a todas las circunstancias que impiden a la parte ejercer plena y eficazmente su libertad fundamental de autodeterminación mediante la negociación, la integración axiológica permite que el acto de consumo, en cuanto obra incesante y espontánea de realización de la estructura de valores existente, cumpla una función de integración social, contribuyendo a esa legitimación de abajo arriba del espacio jurídico que hoy parece ser una condición indispensable para la supervivencia pacífica de la sociedad pluralista europea. Por lo tanto, esto parece ser la verdadera justificación de la nece-

sidad de proteger fuertemente al consumidor en sus relaciones con el profesional.

El resultado es un «retorno al derecho» de la disciplina contractual en general y del derecho del consumidor en particular. Un derecho que antes aún de preocuparse por la realización de las finalidades generales (mercantilistas o sociales) y del cuidado de los bienes públicos, garantiza a toda persona la libertad y el derecho a realizarse a través de la actividad negocial. De esta manera, se les permite aspirar, a través de su actividad contractual, a la transformación del tejido de valores del ordenamiento. Asimismo, empieza a perfilarse un Sistema justo, libre y centrado en la persona, a la que se le garantiza la efectividad del derecho al desarrollo de la propia personalidad y, al mismo tiempo, a competir por la transformación de la estructura de valores del ordenamiento dentro de una perspectiva efectivamente democrática.

ABBREVIAZIONI DELLE RIVISTE CITATE

American phil. quart.	American Philosophical Quarterly
American soc. rev.	American sociological review
An. der. civ.	Anuario de Derecho Civil
Ann. Fac. giur. Univ. Perugia	Annali della Facoltà di giurisprudenza di Perugia
Ann. Univ. Macerata	Annali dell'Università di Macerata
Annuario bibl. fil. dir.	Annuario bibliografico di filosofia del diritto
Arch. bürg. Recht	Archiv für bürgerliches Recht
Arch. civ. Prax.	Archiv für die civilistische Praxis
Arch. giur.	Archivio giuridico
Associations	Associations Journal for Legal and Social Theory
BAIG	Bollettino associazione italiana germanistica
Banca borsa tit. cred.	Banca, borsa e titolo di credito
BMJ	Boletín del Ministerio de Justicia
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
Cambridge L. J.	Cambridge Law Journal
Columbia J. of EuL.	Columbia Journal of European Law
Comm. Market L. Rev.	Common Market Law Review
Contr. impr.	Contratto e impresa
Contr. impr./Eur.	Contratto e impresa/ Europa
Contratti	I Contratti
Corr. giur.	Il Corriere giuridico
Cuad. der. com.	Cuadernos de Derecho y Comercio
Dem. dir.	Democrazia e diritto
Diánoia	Revista de filosofia Diánoia
Dig. disc. priv., Sez. civ.	Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile
Dir. econ.	Il Diritto dell'economia
Dir. giur.	Diritto e giurisprudenza
Dir. pubbl.	Diritto pubblico
Dir. pubbl. comp. eur.	Diritto pubblico comparato ed europeo
Dir. soc.	Diritto e società
Diritto civ. contemp.	Diritto civile contemporaneo
Dissensi	Dissensi. Rivista italiana di Scienze Sociali
Doxa	Doxa. Cuadernos de filosofia del derecho
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto
Enc. giur. Treccani	Enciclopedia giuridica Treccani
ERCL	European Review of Contract Law
Eur. bus. L. rev.	European Business Law Review

Eur. dir. priv.	Europa e diritto privato
Eur. L. J.	European Law Journal
Eur. L. rev.	European Law Review
Eur. rev. P. L.	European Review of Private Law
Eur. Univ. inst. work. pap.	European University Institute Working Papers
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Fen. soc.	Fenomenologia e società
Filangieri	Il Filangieri
Foro it.	Il Foro Italiano
Foro pad.	Il Foro padano
Giur. compl. Cass. civ.	Giurisprudenza completa della Corte suprema di Cassazione (Sez. civ.)
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giur. sist. dir. civ. e comm.	Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale
Giust. civ.	Giustizia civile
GRUR int.	GRUR international Journal of European and International IP Law
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
Isonomía	Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho
J. Const. Th. Phil. Law	Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law
Journ. of Legal Studies	Journal of Legal Studies
JuristenZ	Juristen Zeitung
JuS	Juristische Schulung
Jus civ.	Jus Civile
KritV	Kritische Vierteljahresschrift
Law cont. probl.	Law and Contemporary Problems
Law phil.	Law and Philosophy
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH
Mass. Giur. lav.	Massimario della Giurisprudenza del lavoro
Mat. st. cult. giur.	Materiali per una storia della cultura giuridica
Metodo	Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy
Mon. cred.	Moneta e credito
Neue jur. Wochenschr.	Neue juristische Wochenschrift
Noviss. dig. it.	Novissimo Digesto italiano
Nuova giur. civ. comm.	La Nuova giurisprudenza civile commentata
Nuova riv. dir. comm.	Nuova rivista di diritto commerciale
Nuove leggi civ. comm.	Le Nuove leggi civili commentate
Nuovo dig. it.	Nuovo Digesto italiano
Obbl. contr.	Obbligazioni e Contratti
Osserv. dir. civ. e comm.	Osservatorio del diritto civile e commerciale
Pers. merc.	Persona e Mercato
Pol. dir.	Politica del diritto

Politico	Il Politico
Quad. fiorentini	Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico
Quad. giur. Banca d'Italia	Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale della Banca d'Italia
Quest. giust.	Questione giustizia
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Racc.	Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale
Rass. dir. civ.	Rassegna di diritto civile
Rass. for.	Rassegna forense
Rel. lab.	Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica
Rep. Foro it.	Repertorio generale annuale – Foro italiano
Rep. Giust. civ.	Repertorio della Giustizia civile
Resp. civ.	La Responsabilità Civile
Resp. civ. prev.	Responsabilità civile e previdenza
Rev. Aranzadi der. patr.	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
Rev. crít. ciên. soc.	Revista crítica de ciências sociais
Rev. crít. der. inm.	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
Rev. der. not.	Revista de Derecho Notarial
Rev. der. priv.	Revista de Derecho Privado
Rev. esp. der. const.	Revista Española de Derecho Constitucional
Rev. fac. der. univ. Madrid	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid
Rev. phil.	Reveu philosophie
Rev. trim. droit eur.	Revue trimestrielle de droit européen
Riv. crit. dir. priv.	Rivista critica del diritto privato
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. comm.	Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni
Riv. dir. cost.	Rivista di diritto costituzionale
Riv. dir. int.	Rivista di diritto internazionale
Riv. dir. int. priv. proc.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
Riv. dir. nav.	Rivista del diritto della navigazione
Riv. dir. priv.	Rivista di diritto privato
Riv. dir. proc.	Rivista di diritto processuale
Riv. dir. pubbl.	Rivista di diritto pubblico
Riv. fil.	Rivista di filosofia
Riv. giur. lav.	Rivista giuridica del lavoro
Riv. int. fil. dir.	Rivista internazionale di filosofia del diritto
Riv. it. dir. lav.	Rivista italiana di diritto del lavoro
Riv. it. dir. pubbl. com.	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
Riv. it. sc. giur.	Rivista italiana di scienze giuridiche
Riv. it. sc. soc.	Rivista internazionale di scienze sociali
Riv. st. dir. it.	Rivista di storia del diritto italiano
Riv. trim.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile

Sem. jur.	La Semaine juridique
Soc. phil. pol.	Social Philosophy and Policy
Stanford L. rev.	Stanford Law Review
Sydney L. rev.	Sydney Law Review
Temi ven.	Temi veneta
Univ. Chicago L. Rev.	University of Chicago Law Review
Univ. Toronto L. J.	University of Toronto Law Journal
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung

BIBLIOGRAFIA CITATA

- AARNIO, A., *Argumentation theory and beyond. Some remarks on the rationality of legal justification*, in *Rechtstheorie*, 1983, p. 385 ss.;
- AARNIO, A., *On Truth and Acceptability of Interpretative Propositions in Legal Dogmatics*, in *Rechtstheorie*, 1981, p. 33 ss.;
- AARNIO, A., *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokio, 1986;
- ABBAMONTE, G., *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata*, in *Studi sulla costituzione*, II, Milano, 1958, p. 191 ss.;
- ADAMS, M., *Ökonomische Begründung des AGB-Gesetzes – Verträge bei asymmetrischer Information*, in *Betriebs-Berater*, 1989, p. 787 ss.;
- ADDIS, F., *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 1019 ss.;
- ADLER, M.D. e E.A. POSNER, E.A., *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*, Cambridge MA, 2006;
- ADORNO, F.P., *Naturalità del mercato e ragione governamentale tra mercantilismo e fisiocrazia*, in G. BORRELLI (a cura di), *Prudenza civile, bene comune, guerra giusta*, Napoli, 1999, p. 191 ss.;
- ADORNO, T.W., HORKHEIMER, M., *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, 1947, trad. it., *Dialettica dell'illuminismo*, Torino, 1966;
- AGUILA REAL, J.A., *Autonomía Privada y Derechos fundamentales*, in *An. der. civ.*, 2003, p. 57 ss.;
- AGUILA REAL, J.A., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991;
- AKERLOF, G., *The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *84 Quarterly Journal of Economics*, 1970, p. 488 ss.;
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, Barcelona, 1996, I;
- ALBANESE, A., *Non tutto ciò che è «virtuale» è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 513 ss.;
- ALBANESE, A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003;
- ALBATH, L., e GIESLER, M., *Das Herkunftslandprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie. Eine Kodifizierung der Rechtsprechung?*, in *EuZW*, 2006, p. 38 ss.;
- ALBERT, E.M., *The classification of values. A method and illustration*, in *American anthropologist*, 1956, p. 221 ss.;
- ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN, E., *Analisis lógico y derecho*, Madrid, 1991;
- ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, 1974;
- ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN, E., *Lagunas del derecho y análisis de los casos*, Buenos Aires, 1971;
- ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN, E., *Norma jurídica*, in E. GARZÓN VALDÉS, F.J. LAPORTA (coord.), *El derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid, 1996, p. 146 ss.
- ALCHOURRÓN, C.E., BULYGIN, E., *Normative Systems*, Wien-New York, 1971;
- ALCHOURRÓN, C.E., *On Law and Logic*, in *Ratio Juris*, 1996, p. 341 ss.;
- ALCHOURRÓN, C.E., *Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals*, in J.-J. CH. MEYER e R.J. WIERINGA (a cura di), *Deontic Logic in Computer Science. Normative System Specification*, New York, 1993;
- ALCHOURRÓN, C.E., *Sobre derecho y lógica*, in *Isonomía*, 2000, p. 24 ss.

ALESSI, R., *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, 2013, in www.juscivile.it;

ALESSI, R., *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 961 ss.;

ALESSI, R., *Luci ed ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, in R. ALESSI (a cura di), *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, Palermo, 1999, p. 38 ss.

ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997;

ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1992;

ALEXY, R., *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997;

ALEXY, R., *Individuelle Rechte und kollektive Güter*, in ID., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt a.M., 1995, p. 233 ss.;

ALEXY, R., *On Necessary Relations Between Law and Morality*, in *Ratio Juris*, 1989, p. 167 ss.;

ALEXY, R., *On the Structure of legal Principles*, in *Ratio Juris*, 2000, p. 294 ss.;

ALEXY, R., *Ragionevolezza nel diritto costituzionale*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 151 ss.

ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, 1986, trad. it., *Teoria dei diritti fondamentali*, 1994, Bologna, 2012;

ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., 1986;

ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, trad. it., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998;

ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, 1978;

ALEXY, R., *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, in *Rechtstheorie*, 1979, p. 79 ss.;

ALLARA, M., *Il testamento*, Padova, 1936;

ALLARA, M., *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1949;

ALLARA, M., *La teoria generale del contratto*, Torino, 1955;

ALLEN, C.K., *Law in the making*, Oxford, 1961;

ALLORIO, E., *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 247 ss.;

ALPA, G., CATRICALÀ, A., (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016;

ALPA, G., *Il controllo amministrativo delle clausole abusive*, in *Contratti*, 1995, p. 469 ss.;

ALPA, G., *Il metodo nel diritto civile*, in *Contr. impr.*, 2000, 1, 357 ss.

ALPA, G., *L'interpretazione del contratto. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, Milano, 1983;

ALPA, G., *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive e diritto europeo*, Torino, 2002, p. 218 ss.;

ALPA, G., *Le «autonomie contrattuali» tra mercato e persona*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 210 ss.;

ALPA, G., *Le clausole abusive nei contratti dei consumatori*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 635 ss.;

ALPA, G., *Problemi e prospettive del diritto privato europeo*, in G. ALPA e R. DANOVÌ (a cura di), *Diritto privato europeo, fonti ed effetti*, in *Rass. for., Quaderni*, n. 13, Milano, 2004, p. 9 ss.;

ALTER, K.J., *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford, 2001;

AMORÓS GUARDIOLA, M., *Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro*, in *An. der. civ.*, 1983, p. 1129 ss.;

ANDREOLI, M., *Revisione della dottrina sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 363 ss.;

- ANGELONE, M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012;
- ANSCOMBE, G.E.M., *Modern moral philosophy*, in *Ethics, Religion and politics. Collected philosophical papers*, III, Minneapolis, 1981, p. 32 ss.;
- ANTONINI, A., *Prestazione di servizi turistici e diritti del cliente danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 391 ss.;
- ANTONIOLLI, L., FIORENTINI, F., *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, Monaco, 2011;
- ARCE FLOREZ-VALDÉS, J., *Derecho civil constitucional*, Madrid, 1986;
- ARISTOTELE, *Politica* III 9, in R. LAURENTI (a cura di), Roma-Bari, 2005;
- ARIZA, A., *Interpretación de los contratos*, Buenos Aires, 2005;
- ARNAUD, A.J., *Legal Pluralism and the Building of Europe*, in H. PETERSEN, H. ZAHLE (a cura di), *Legal Pluricentricity: Consequences of Pluralism in the Law*, Adershot, 1995, p. 149 ss.;
- ASCARELLI, T., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 1962;
- ASCARELLI, T., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952;
- ASQUINI, A., *Integrazione del contratto con le clausole d'uso*, in *Scritti giuridici in onore di A. Scialoja*, III, Bologna, 1953, p. 375 ss.;
- ASQUINI, A., *Le clausole d'uso dell'art. 1340 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, p. 444 ss.;
- ASQUINI, A., *Usi legali e usi negoziali*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, p. 73 ss.;
- ATIENZA, M. e MANERO, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcellona, 1996;
- ATIENZA, M. y MANERO, J.R., «*Rules and Principles Revisited*», in *Associations* 4, 2000, p. 152 ss.;
- ATIENZA, M., *El derecho cómo argumentación*, Barcelona, 2006;
- ATIENZA, M., RUIZ MANERO, J., *Ilícitos atípicos: Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, 2000;
- ATIYAH, P.S., *Contract and Fair Exchange*, in ID., *Essay on Contract*, Oxford, 1988, p. 329 ss.;
- ATIYAH, P.S., *The rise and the fall of freedom of contract*, Oxford, 1979;
- ATRIA, F., *On Law and Legal Reasoning*, Oxford, 2001;
- AUGENHOFER, S., *Ein «Flickenteppich» oder doch der «grosse Wurf»? Überlegungen zur neuen RL über unlautere Geschäftspraktiken*, in *ZfRV*, 2005, p. 207 ss.;
- AUSTIN, J., *The Providence of Jurisprudence Determined*, Cambridge, 1995;
- AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832, trad. it., *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1995;
- AZZARITI, G., *Efficacia delle norme costituzionali*, in ID., *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, p. 101 ss.;
- AZZARITI, G., *I diritti dell'homo dignus*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a S. Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 4 ss.;
- AZZARITI, G., in AA.VV., *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999, p. 11 ss.;
- AZZARRI, F., *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Osserv. dir. civ. e comm.*, 2017, p. 37 ss.;
- BALAGUER, M., *El derecho fundamental al honor*, Madrid, 1992;
- BALDINELLI, L., *L'integrazione del contratto*, in F. ALCARO, L. BALDINELLI e M. PALAZZO (a cura di), *Effetti del contratto*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato diritto civile CNN*, Napoli, 2011, p. 255 ss.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, *Limitaciones de la autonomía privada*, in AA.VV., *Libro Homenaje a J. Vallet de*

Goytisoló, II, Madrid, 1988, p. 2 ss.;

BALLARÍN IRIBARREN, J., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La "Drittwirkung" en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, in *Rev. esp. der. const.*, 1982, p. 289 ss.;

BALLARINI, A., *Trasvalutazione dei valori e ontologia giuridica in Nietzsche*, in AA.VV., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino, 2010, 153 ss.;

BALLESTREROS, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, 1989;

BALLUGERA GÓMEZ, C., *Integración de cláusulas abusivas sobre elementos esenciales en beneficio del deudor y no del banco: La STJUE de 30 de abril de 2014*, in *La Ley*, 2014, p. 12 ss.;

BALLUGERA GÓMEZ, C., *Integración de cláusulas declaradas nulas por abusividad: visión general*, in *La Ley*, 2014, p. 12 ss.;

BALOSSINI, C.E., *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano, 1958;

BANDELLONI, G., *Fonti di integrazione del contratto e inderogabilità del contratto collettivo: dialogo tra civilisti e giuslavoristi*, in *Politica del diritto*, 2019, p. 145 ss.;

BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948;

BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1964;

BARASSI, L., *Le obbligazioni con speciale riguardo ai contratti*, Milano, 1934;

BARBA, A., *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, Milano, 1998, p. 11 ss.;

BARBERO, D., *Le norme complete. Una nuova distinzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 526 ss.;

BARBERO, D., *Rilevanza della volontà nel negozio*, in *Studi in onore di B. Scorza*, Roma, 1940, p. 36 ss.;

BARBERO, D., *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1962;

BARCELLONA, M., *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 616 ss.;

BARCELLONA, M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006;

BARCELLONA, M., *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996;

BARCELLONA, M., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 33 ss.;

BARCELLONA, M., *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 329 ss.;

BARCELLONA, M., *Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo-mondiale*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, p. 65 ss.;

BARCELLONA, M., *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 652 ss.;

BARCELLONA, M., *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 524 ss.;

BARCELLONA, M., *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa*, in AA.VV. (a cura di), *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, Milano, 2017, p. 244 ss.;

BARCELLONA, P., *Contributo alla discussione sul negozio giuridico*, in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali: il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978, p. 230 ss.;

BARCELLONA, P., *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973;

BARCELLONA, P., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996;

BARCELLONA, P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969;

BARCELLONA, P., *L'individualismo proprietario*, Torino, 1988;

BARCELLONA, P., voce *Libertà contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 493ss.;

BARCHESI, L., *Il contenuto del contratto tra atto e rapporto*, Torino, 2005;

BARRY, B., *Derechos humanos, individualismo y escepticismo*, in *Doxa*, 1992, p. 219 ss.;

BAUDRILLARD, J., *La société de consommation. Ses mythes, ses structures*, Paris, 1970;

BAUMAN, Z., *Consuming Life*, 2007, trad. it., *Consumo, dunque sono*, Roma-Bari, 2008;

BAYINDIR, M.I., *Die ergänzende Vertragsauslegung im Spiegel der Rechtsprechung*, Frankfurt a.M., 2016;

BAYÓN, J.C., *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?*, in *Doxa*, 2001, p. 35 ss.;

BAYÓN, J.C., *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, 1991;

BEATER, A., *Generalklauseln un Fallgruppen*, in *Arch. civ. Prax.*, 1994, p. 82 ss.

BECHMANN, A., *Der Kauf nach gemeinem recht*, Leipzig, 1876;

BECKER, G., MURPHY, K., *Social economics: market behaviour in a social environment*, Harvard, 2001;

BECKER, G., *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago, 1976;

BEKKER, E.I., *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1886;

BELLANTUONO, G., *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000;

BELLOCCI, N., *Sul nuovo orientamento della Corte Costituzionale in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, in *Giur. it.*, 1986, p. 30 ss.;

BELVISI, F., *Società multiculturale e costituzione*, in G. BONGIOVANNI (a cura di), *La filosofia del diritto costituzionale e i problemi del liberalismo contemporaneo*, Bologna, 1998, p. 79 ss.;

BENACCHIO, G., *Diritto privato della comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 1998;

BENATTI, F., voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 222;

BENATTI, F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963;

BENATTI, F., *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim.*, 1960, p. 1342 ss.;

BENEDETTI, A.M., voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, p. 377 ss.;

BENEDETTI, G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim.*, 1998, p. 20 ss.;

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario al Código Civil*, Navarra, 2001, p. 1506 ss.;

BERGEL, G.L., *Métodologie juridique*, Paris, 2001;

BERLIN, I., *The Crooked Timber of Humanity*, London, 1991;

BERLIN, I., *The Hedgehog and the Fox* (1953), trad. it., *Il riccio e la volpe*, Milano, 2000;

BERLIN, I., WILLIAMS, B., *Pluralism and Liberalism: A Reply*, in *Political Studies*. XLII, 1996, p. 649 ss.;

BESSONE, M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969;

BESSONE, M., *Dogma della volontà, principio di buona fede, e integrazione del contratto*, in *Giur. it.*, 1978, p. 97 ss.;

BESSONE, M., ROPPO, V., *Equità interpretativa ed autonomia del contratto*, in *Giur. it.*, 1974, IV, c. 250.

BETTI, E., *A proposito di una revisione del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, p. 21 ss.;

BETTI, E., *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920;

BETTI, E., voce *Interesse (Teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 839 ss.

BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1949;

BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971;

BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943;

BETTI, E., *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1955;

BETTI, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953;

BIANCA, C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Ro-

ma, 1979, p. 324 ss.;

BIANCA, C.M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1995;

BIANCA, C.M., *Istituzioni di diritto civile*, Milano, 2016;

BIANCA, C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 205 ss.;

BIAVATI, P., *Europa e processo*, Torino, 2003;

BIERLING, E.R., *Juristische Prinzipienlehre*, Freiburg, 1894;

BIERLING, E.R., *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Gotha, 1883, p. 68;

BIGLIAZZI GERI, L., *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967;

BIGLIAZZI GERI, L., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 169 ss.;

BIN, R., *Diritti e argomenti: Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992;

BIN, R., *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in AA.VV., *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, p. 365 ss.;

BIN, R., *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*. Atti del XXI Convegno annuale. Roma, 27-28 ottobre 2006, Napoli, 2010, p. 220 ss.;

BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Diritto costituzionale*, Napoli, 1986;

BLECKMANN, A., *Allgemeine Grundrechtslehren*, Köln-Berlin, 1979;

BLECKMANN, A., *Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte*, in *DVBl*, 1988, p. 938 ss.;

BLOCK, F., *Towards a New Understanding of Economic Modernity*, in C. JOERGES, B. STRATH, P. WAGNER (a cura di), *The economy as a polity. The political construction of modern capitalism – an interdisciplinary perspective*, London, 2004, p. 1 ss.;

BLOCKMANS, W., *Les origines des États modernes en Europe, XIIIe-XVIIIe siècles: état de la question et perspectives*, in Id. e J.-P. GENET, *Visions sur le développement des États européens. Théories et historiographies de l'État moderne*, Roma, 1993, p. 1 ss.;

BOBBIO, N., *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977;

BOBBIO, N., *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in *Riv. fil.*, 1967, p. 235 ss.;

BOBBIO, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965;

BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979;

BOBBIO, N., *L'analogia nella logica del diritto*, in P. DI LUCIA (a cura di), Milano, 2006, p. 135 ss.;

BOBBIO, N., *L'eredità della grande Rivoluzione*, in Id., *L'età dei diritti*, Torino, 1992, p. 138 ss.;

BOBBIO, N., *L'età dei diritti*, Torino, 1990;

BOBBIO, N., *La natura delle cose nella dottrina italiana*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1964, p. 503 ss.;

BOBBIO, N., voce *Lacune del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1963, p. 419 ss.;

BOBBIO, N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, 1950, ora in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1950, p. 287 ss.;

BOBBIO, N., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955;

BOBBIO, N., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958;

BOBBIO, N., *Teoria della scienza giuridica*, Torino, 1950;

BOBBIO, N., voce *Metodo*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968, III, p. 602 ss.;

BOGNETTI, G., voce *Diritti dell'uomo*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., V, Torino, 1989, p. 388 ss.;

BÖHM, F., *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlin, 1933, *passim*.

BÖHM, F., *Die Ordnung der Wirtschaft*, Berlin, 1937, p. 8 ss.;

BOLOGNA, I., *Considerazioni sulla nullità parziale dei negozi giuridici*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, p. 110 ss.;

BONAZZI, T., DUNNE, M. (a cura di), *Cittadinanza e diritti nelle società multiculturali*, Bologna, 1994;

BONET RAMÓN, F., *La equidad en los ordenamientos jurídicos privados*, in *Rev. fac. der. univ. Madrid*, 1960, p. 287 ss.;

BONFIGLIO, G., *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 861 ss.;

BONGIOVANNI, V., *Integrazione del contratto e clausole implicite*, Milano, 2018;

BOUDON, R., *Le juste et le vrai. Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, 1995, trad. it., *Il vero e il giusto*, Bologna, 1997;

BOURDIEU, P., *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champs juridique*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, p. 1 ss.;

BRANCA, G., *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 1958;

BRECCIA, U., *Che cosa è «giusto» nella prospettiva del diritto privato? Un'introduzione*, in E. RIPEPE (a cura di), *Interrogativi sul diritto «giusto»*, Pisa, 2001, p. 93 ss.;

BRECCIA, U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968;

BRECCIA, U., *L'abuso del diritto*, in G. FURGIUELE (a cura di), III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 5 ss.;

BRECCIA, U., *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 161 ss.;

BREWER J. e TRENTMANN F., *Consuming Cultures. Global Perspectives*, New York, 2006;

BROWN, L.N., JACOBS, F.G., *The Court of Justice of the European Communities*, London, 1983;

BROWNSWORD, R., *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, in H.W. MICKLITZ, L. NIGLIA, S. WEATHERILL (a cura di), *The Foundations of European Private Law*, Oxford-Portland, 2011, p. 192 ss.;

BROWNSWORD, R., HOWELLS, G., WILHELMSSON, T., (a cura di), *Welfarism in Contract Law*, London, 1995, p. 3 ss.;

BROWNSWORD, R., *The Philosophy of Welfarism*, in R. BROWNSWORD, G. HOWELLS e T. WILHELMSSON (ed.), *Welfarism in Contract Law*, Aldershot, 1994, p. 36 ss.;

BRÜGGEMEIER, G., *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, Frankfurt a.M., 1979, p. 322 ss.;

BRUGI, B., *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano, 1923, p. 37;

BRUGI, B., *L'equità e il diritto positivo*, in *Riv. int. jil. dir.*, 1923, p. 451 ss.;

BRUHA, T., *Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Deregulierung durch «Neue Strategie»*, in *ZaöRV (46)*, 1986, p. 1 ss.;

BUCKLEY, F.H., *The fall and rise of freedom of contract*, Durham, 1999;

BÜLOW, O., *Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, Freiburg i.B.-Leipzig-Tübingen, 1899, p. 114 ss.;

BULYGIN, E., *«En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria»*, in F. ATRIA, *Lagunas en el derecho*, Madrid-Barcelona, 2005, p. 73 ss.;

BUSNELLI, F.D., NAVARRETTA, E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in G. FURGIUELE (a cura di), III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 171 ss.;

BUSNELLI, F.D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 537 ss.;

BUSNELLI, F.D., *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in

Nuove leggi civ. comm., 1997, p. 43 ss.

BYDLINSKI, F., *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, Wien-New York, 1967, *passim*;

CABALLERO LOZANO, J.M., *Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia*, in *Actualidad Civil*, 1996, p. 293 ss.;

CAFAGGI, F. e IAMICELI, P., *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of the EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *Eur. rev. P. L.*, 2017, p. 583 ss.;

CAFAGGI, F., MIUR WATT, H., *The Regulatory Function of European Private Law*, Cheltenham, 2009;

CAFAGGI, F., *Pubblicità commerciale*, in *Digesto comm.*, Torino, 1994, p. 433 ss.;

CAFAGGI, F., *Rethinking private regulation in the European regulatory space*, in ID. (ed.), *Reframing self-regulation in European private law*, Milano, 2006, p. 5 ss.;

CAFFARENA LAPORTA, J., *El requisito de la identidad de pago en las obligaciones genéricas*, in *An. der. civ.*, 1985, p. 916 ss.;

CAIANI, L., *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954;

CALAMANDREI, P., *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità*, in *Arch. giur.*, 1921, p. 160 ss., ora in ID., *Studi sul processo civile*, 1957, p. 243 ss.;

CALDERAI, V., *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008;

CALDERAI, V., voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, Milano, 2014, p. 447 ss.;

CAMACHO PEREIRA, C., TEJEDOR MUÑOZ, L., *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario: integración de la publicidad en el contrato*, Madrid, 2012;

CAMARDI, C., *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e drittwirkung: idee a confronto. Atti del Convegno (Pisa, 24-25 febbraio 2017)*, Torino, 2017, p. 3;

CAMARDI, C., *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 718 ss.;

CAMARDI, C., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 831 ss.;

CAMERER, C., LOEWENSTEIN, G., RABIN, M., *Advances in Behavioral Economics*, Princeton, 2004;

CAMMARATA, A.E., *Il concetto del diritto e la «pluralità» degli ordinamenti giuridici*, in ID., *Formalismo e sapere giuridico. Studi*, Milano, 1963, p. 214 ss.;

CAMMARATA, A.E., *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in *Ann. Univ. Macerata*, 1929, p. 276 ss.;

CAMPBELL, C., *I shop therefore I know that I am: the metaphysical basis of modern consumerism*, in K.M. EKSTRÖM, H. BREMBECK (a cura di), *Exclusive Consumption*, New York, 2004, p. 27 ss.;

CANARIS, C.W., *Grundrecht und Privatrecht*, in *Arch. civ. Prax.*, 1984, 3, p. 201 ss.;

CANARIS, C.W., *Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, in *JuS*, 1989, p. 162 ss.;

CANARIS, C.W., *L'incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco*, in AA.VV. (a cura di), *A l'Europe du troisième millénaire. Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi: à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, Torino, 2004, p. 23 ss.;

CANARIS, C.W., *Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermassverbot mi Recht der Geschäftsfähigkeit*

und mi Schadersatzrecht, in *JuristenZ*, 1987, p. 994 ss.;

CANARIS, C.W., *Wandlungen des Schuldvertragsrechts, Tendenzen zu einer Materialisierung*, in *Arch. civ. Prax.*, 2000, p. 344 ss.;

CANAVESIO, A., *Il nuovo decreto legislativo 9 novembre 2012, n. 192, sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr. impr./Eur.*, 2013, p. 985 ss.;

CANDIAN, A., *Questioni in tema di formazione dei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, p. 854 ss.;

CANNIZZARO, E., *Esercizio di competenze e sovranità nell'esperienza giuridica dell'integrazione europea*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 74 ss.;

CANO MATA, A., *La interpretación de los contratos civiles*, in *An. der. civ.*, 1971, p. 204 ss.;

CANO TELLO, A., *El Derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada*, in *Rev. crit. der. inm.*, 1979, p. 787 ss.;

CAPOBIANCO, E., *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003;

CAPOBIANCO, E., *Il contratto dal testo alla regola*, Milano, 2006;

CAPOBIANCO, E., *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi*, in F. VOLPE (diretto da), *Correzione e integrazione del contratto*, Torino, 2016, p. 5 ss.;

CAPOBIANCO, E., *L'integrazione*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, in G. VETTORI (a cura di), II, *Il regolamento*, Milano, 2006, p. 391 ss.;

CAPOBIANCO, E., *La determinazione del regolamento*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, II, in G. VETTORI (a cura di), *Il regolamento*, Milano, 2006, p. 393 ss.

CAPODANNO, M., *L'interpretazione del contratto*, Padova, 2006;

CAPOGRASSI, G., *Dubbi sulla costituzione*, in *Opere*, Milano, 1959, p. 107 ss.;

CAPOGRASSI, G., *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1939, oggi in *Opere*, II, Milano, 1959;

CAPOTORTI, F., *Sull'interpretazione uniforme dei Trattati europei*, in *Riv. dir. int.*, 1960, p. 3 ss.;

CAPPELLETTI, M., *Il giudizio d'equità e l'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 144 ss.;

CAPPELLETTI, M., *Processo e ideologie*, Bologna, 1969;

CAPRIGLIONE, F., *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, in *Quad. giur. Banca d'Italia*, n. 15, 1987, p. 21 ss.;

CAPUTO, E., *Sui criteri di determinazione del carattere imperativo di una norma*, in *Giust. civ.*, 1978, p. 901 ss.;

CARBONE, P., *Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Contr. impr./Europa*, 1996, p. 379 ss.;

CARICATO, C., *La vendita dei beni di consumo. La conformità al contratto di vendita stabilito all'art. 129, 4° comma, del D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 2 ss.;

CARIOTA FERRARA, L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949;

CARLEO, R., *Sussidiarietà verticale e orizzontale*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, Torino, 2014, I, p. 6 ss.;

CARNELUTTI, F., *Ancora sulla formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, p. 339 ss.;

CARNELUTTI, F., *Formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, p. 308 ss.;

CARNELUTTI, F., *L'interpretazione del contratto e il ricorso in Cassazione*, in *Id.*, *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, p. 399 ss.;

CARNELUTTI, F., *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936;

CARNELUTTI, F., *Tentativo contrattuale*, in *Foro it.*, 1948, I, c. 239;

CARNELUTTI, F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940;

CARRESI, F., *Gli effetti del contratto*, in *Riv. trim.*, 1958, p. 488 ss.;

CARRESI, F., *Il contenuto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, p. 365 ss.;

CARRESI, F., *Il contratto*, Milano, 1987;

CARRINO, A., *Sovranità e Costituzione nella crisi dello Stato moderno. Figure e momenti della scienza del diritto pubblico europeo*, Torino, 1998;

CARROZZA, A., *La conversione legale del contratto privato come strumento di intervento pubblico in agricoltura*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, p. 200 ss.;

CARTABIA, M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995;

CARUSI, F., voce *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 702 ss.;

CASELLA, M., *Il contratto e l'interpretazione. Contributo a una ricerca di diritto positivo*, Milano, 1961;

CASELLA, M., *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974;

CASELLA, M., *Premesse critiche a uno studio sulla interpretazione dei contratti*, in *Jus*, 1957, p. 20 ss.;

CASSESE, S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma, 2003;

CASTRONOVO, C., *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 48 ss.;

CASTRONOVO, C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015;

CASTRONOVO, C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21 ss.;

CASTRONOVO, C., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Milano, 1990, p. 1 ss.;

CASTRONOVO, C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 1 ss.;

CASTRONOVO, C., *Profili della disciplina delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 39 ss.;

CATAUDELLA, A., *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 625 ss.;

CATAUDELLA, A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966;

CATAUDELLA, A., voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 926 ss.;

CATERINA, R., (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto*, Milano, 2008;

CATERINA, R., *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 780 ss.;

CATTANEO, G., *Buona fede e abuso del diritto*, in *Riv. trim.*, 1971, p. 613 ss.;

CATTANEO, M.A., *La cooperazione del creditore all'adempimento*, Milano, 1964;

CATTANEO, M.A., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958;

CAVANNA, A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, II, Milano, 2005;

CERRONI, U., *La libertà dei moderni*, Bari, 1973, p. 83 ss.;

CESARINI SFORZA, W., *Avventura del diritto soggettivo*, in *Id.*, *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milano, 1956;

CESARINI SFORZA, W., voce *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 659 ss.;

CESARINI SFORZA, W., *Il diritto dei privati*, Milano, 1963;

CESSARI, A., *L'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano, 1963;

CEVA, E., *Giustizia procedurale e pluralismo dei valori*, in M. RICCIARDI, C. DEL BÒ (a cura di), *Pluralismo e libertà fondamentali*, Milano, 2004, p. 208 ss.;

CEVA, E., *Le molte facce del pluralismo. Un approccio procedurale*, in *Politico*, 2004, p. 57 ss.;

CEVA, E., *Verso una definizione di Pluralismo*, in *Dissensi*, 2003, p. 185 ss.;

CHEREDNYCHENKO, O.O., *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial*

Transactions, München, 2007;

CHEREDNYCHENKO, O.O., *Fundamental Rights, Policy Issues and the Draft Common Frame of Reference for European Private Law*, in *Eur. rev. P. L.*, 2010, p. 63 ss.;

CHEVALIER, J., LOSCHAK, I., *Science administrative. Théorie générale de l'institution administrative*, II, Paris, 1978;

CHINÈ, G., *Il diritto comunitario dei contratti*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 2000, p. 607 ss.;

CHLOSTA, J., *Der Wesensgehalt der Eigentumsgewährleistung*, Berlin, 1975;

CIAN, G., *Diritto civile come diritto privato comune. Ruolo e prospettive della civilistica italiana alla fine del XX secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, p. 13 ss.

CIAN, G., *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 208 ss.

CIANCI, G., *Comunicazione pubblicitaria e contratti del consumatore*, Milano, 2013;

CICALA, F.B., *Il rapporto giuridico*, Milano, 1959;

CLAVERÍA GOSALBEZ, V.L.H., *Interpretación, calificación e integración*, in *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*, Madrid, 2003, p. 1653 ss.;

CLAVERO SALVADOR, B., *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988;

COGNETTI, S., *Il principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011;

COHEN, D., *The Relationship of Contractual Remedies to Political and Social Status: a Preliminary Inquiry*, in *32 Univ. Toronto L. J.*, 1982, p. 3 ss.;

COLAGROSSO, E., *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948;

COLLINS, H., *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659 ss.;

COLLINS, H., *The Law of contract*, London, 1993;

COLOMBI CIACCHI, A., *La libertà contrattuale in senso sostanziale come diritto fondamentale dell'Unione europea*, in *Obbl. contr.*, 2010, p. 137 ss.;

CONTE, A.G., «*Décision, complétude, clôture*», in *Logique et analyse*, 1966, p. 1 ss.;

CONTE, A.G., «*Rassegna di nuove ricerche sopra lacune e antinomie (1964-1966)*», in *Annuario bibl. fil. dir.*, II, Milano, 1968, p. 343 ss.;

CONTE, A.G., *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962;

CONTE, A.G., «*Incalificación e indiferencia*», in *Diánoia*, 1963, p. 237 ss.;

CONTE, A.G., voce *Completezza*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., III, Torino, 1988, p. 138 ss.;

COOTER, R., MATTEI, U., MONATERI, P.G., PARDOLESI, R., ULEN, T., *Il mercato delle regole*, Bologna, 1999;

COSENTINO, F., *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 121 ss.;

COSTA, P., voce *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, II, Milano, 2008, p. 366 ss.;

COSTANZO, A., *L'ingranaggio normativo*, Padova, 2005;

COTTA, S., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomologia giuridica*, Milano, 1991;

COTTINO, G., *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955;

COTTINO, G., *Dalle Sezioni Unite alle Sezioni semplici: precisazioni (e dubbi) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato ad esigerlo*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1152 ss.;

COUTURIER, G., *L'ordre public de protection: heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in AA.VV., *Mé-*

langes J. Flour, Paris, 1979, p. 95 ss.;

COVIELLO, N., *Dell'equità nei contratti. Dagli Studi Napoletani del 15 e 31 dicembre 1895*, Napoli, 1896;

CRISAFULLI, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952;

CRISAFULLI, V., *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Cosattini*, Trieste, 1948, p. 21 ss.;

CRISCUOLI, G., *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 709 ss.;

CRISCUOLI, G., *Clausola illecita, scindibilità oggettiva del regolamento negoziale, essenzialità oggettiva della parte nulla, mancanza unilaterale di volontà ed automatica inserzione sostitutiva di norme imperative nel contratto secondo la disciplina della nullità parziale*, in *Giur. it.*, 1966, p. 1163 ss.;

CRISCUOLI, G., *Il contratto. Itinerari normativi e riscontri giurisprudenziali*, Padova, 1996, p. 335 ss.;

CRISCUOLI, G., *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, p. 237 ss.;

CRISCUOLO, F., *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 1 ss.;

CRISCUOLO, F., *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003;

CRISTOFARO, G., *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 5 ss.;

CUFFARO, V., *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del D.Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 745 ss.;

D'ADDA, A., *Giurisprudenza comunitaria e «massimo effetto utile per il consumatore»: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, p. 16 ss.;

D'ADDA, A., *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *Diritto civ. contemp.*, 2014, Anno I, Numero I;

D'ADDA, A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008;

D'AGOSTINO, F. (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Torino, 1996;

D'AMICO, G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2015, p. 1 ss.;

D'AMICO, G., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in ID., S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 27 ss.;

D'AMICO, G., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 625 ss.;

D'AMICO, G., *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 220 ss.;

D'AMICO, G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 37 ss.;

D'ANGELO, A., *Discrezionalità del giudice e valori di riferimento nella risoluzione di controversie contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 350 ss.;

D'ANGELO, A., MONATERI, P.G., e SOMMA, A., *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005;

D'ANTONIO, A., *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974;

D'ATENA, A., *Dimensione e problemi sulla sussidiarietà*, in G. DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e Democrazia, esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2008, p. 30 ss.;

- D'EUFEMIA, G., *L'autonomia privata e suoi limiti nel diritto corporativo*, Milano, 1942;
- DALLARI, G., *Il nuovo contrattualismo nella filosofia sociale e giuridica*, Milano, 1911;
- DALMARTELLO, A., *I contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1958;
- DAMELE, G., *Retorica e persuasione nelle teorie dell'argomentazione giuridica*, Genova, 2008;
- DANIELE, L., *Novità in tema di efficacia delle direttive comunitarie non attuate*, in *Foro it.*, 1992, IV, c. 173;
- DANZ, E., *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleiche ein Beitrag zur Rechts-und Tatfrage*, Jena, 1911;
- DAVID, R., *Les contrats en droit anglais*, Paris, 1985;
- DAVIS, F.J., FOSTER, H., *The judicial process and social change*, in AA.VV., *Society and the Law*, Glencoe, 1962, p. 95 ss.;
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El Negicio Juridico*, Madrid, 1985, p. 11 ss.;
- DE CUPIS, A., *Precisazioni sulla funzione dell'equità nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 633 ss.;
- DE FELICE, D., *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008;
- DE GIOVANNI, B., *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958;
- DE LO MOZOS, J.L., *El principio de la buena fe, sus aplicaciones prácticas en el derecho español*, Barcelona, 1965;
- DE LUCA TAMAJO, R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976;
- DE MARCO, E., *La sovranità dello Stato tra pluralismo e integrazione sovranazionale*, in *Studi in onore di M. Mazzioni di Celso*, Padova, 1995, p. 358 ss.;
- DE MARINI, C.M., *Il giudizio di equità nel processo civile: premesse teoriche*, Padova, 1959;
- DE MARTINI, A., *Inserzione automatica dei prezzi di calmiera nei contratti*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, p. 791 ss.;
- DE MARTINI, A., *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano, 1950, p. 425 ss.
- DE MATOS, A.M., *Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l'Union Européenne*, Aix-en-Provence, 2001;
- DE MEZA, D., IRLENBUSCH, B., REYNIERS, D., *Financial Capability: A Behavioural Economics Perspective*, in *Consumer Research* 69, London, 2008;
- DE NITTO, A., *A proposito di certezza*, in A. BIXIO, G. CRIFÒ (a cura di), *Il giurista e il diritto. Studi per Federico Spantigati*, Milano, 2010, p. 235 ss.;
- DE NOVA, F., *Direttiva 91-13 CEE. Normativa comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Contratti*, 1993, p. 355 ss.;
- DE NOVA, G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 ss.;
- DE NOVA, G., *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 5 ss.;
- DE NOVA, G., *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 480 ss.;
- DE POLI, M., *Liberio mercato e controllo legale nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 757 ss.;
- DE STEFANI, A. e MOROSO, L., *La logica del sistema corporativo*, in *Riv. int. sc. soc.*, 1933, p. 409 ss.;
- DEL PRATO, E., *I regolamenti privati*, Milano, 1988, p. 27 ss.
- DEL ROSSO, F., *Saggio di diritto privato romano attuale*, I, Pisa, 1844;
- DELLACASA, M., *Judicial review of «core terms» in consumer contracts: defining the limits*, in *ERCL*, 2015, p. 152 ss.;
- DELLE MONACHE, S., *Commercializzazione del diritto civile (e viceversa)*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 498 ss.;

DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, Paris, 1931;

DENOZZA, F., *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988;

DENOZZA, F., *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. GITTI, M. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l'impresa, I, Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, 2012, p. 15 ss.;

DENOZZA, F., *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in M. RISPOLI FARINA, A. SCIARRONE ALIBRANDI e E. TONELLI (a cura di), *Regole e mercato*, Torino, 2017;

DERLEDER, P., *Privatautonomie Wirtschaftstheorie und Ethik des rechtsgeschäftlichen Handlns*, in *Festschrift Wassermann*, 1985, p. 643 ss.;

DETH, V.J.W., SCARBROUGH, E., *The impact of values*, Oxford, 1995;

DEVLIN, P., *The Enforcement of Morals*, London, 1965;

DI BONA, L., *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000;

DI BONA, L., *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto. Modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Napoli, 2008;

DI GIOVANNI, F., *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998;

DI MAJO, A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 542 ss.;

DI MAJO, A., *Contratto e negozio. Linee di una vicenda*, in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978, p. 109 ss.;

DI MAJO, A., *Delle obbligazioni in generale*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 298 ss.;

DI MAJO, A., *Giustizia e materializzazione nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fatti-specie e (regole di) procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 800 ss.;

DI MAJO, A., *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, p. 192 ss.;

DI MAJO, A., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 356 ss.;

DI MAJO, A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967;

DI MAJO, A., *L'obbligazione «protettiva»*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 3 ss.;

DI MAJO, A., *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, p. 353 ss.;

DI MAJO, A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2013;

DI MAJO, A., *Le obbligazioni nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 119 ss.;

DI MAJO, A., *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009;

DI MAJO, A., *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 6 ss.;

DI MAJO, A., *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 715 ss.;

DI MARZIO, F., *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 688 ss.;

DI MARZIO, F., *La nullità del contratto*, Padova, 2008;

DI MARZIO, F., *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 721 ss.;

DI MAURO, N., *In tema di integrazione legale del contratto ex art. 1339 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1992, p. 247 ss.;

DI PACE, P., *Il negozio per relationem*, Torino, 1940;

- DI RAIMO, R., *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003;
- DÍAZ LEMA, J.M., *¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?*, in AA.VV., *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, 1988, p. 1153 ss.;
- DÍEZ GARCÍA, H., *Interpretación e integración del contrato*, in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), N.I. MORALEJO IMBERNÓN y M.S. QUICIOS MOLINO (coord.), *Tratado de contratos*, Valencia, 2011, p. 902 ss.;
- DÍEZ GARCÍA, H., *La integración del contrato. Diferencias con la labor interpretativa*, in R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.) e N. MORALEJO IMBERNÓN, S. QUICIOS MOLINA (curato da), *Tratado de Contratos*, Valencia, 2013, p. 1019 ss.;
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 2012;
- DÍEZ PICAZO, L., *Comentario al art. 1258 c.c.*, in M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. ALBALADEJO GARCÍA e J. ALMAGRO NOSETE (a cura di), *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, p. 438 ss.;
- DÍEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, 1987;
- DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1993;
- DÍEZ PICAZO, L., *La autonomía privada y el Derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, in *An. der. civ.*, 1956, p. 1160 ss.;
- DÍEZ PICAZO, L., ROCA TRIAS, E., MORALES, A.M., *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002;
- DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho civil*, II, Madrid, 1995;
- DISTASO, N., *I contratti in generale*, III, Torino, 1966;
- DÖBERT, R., NUNNER-WINKLER, G., *Value change and morality*, in G. LINDT (a cura di), *Moral development and social environment*, Chicago, 1985, 125 ss.;
- DOGLIANI, M., *Interpretazione della Costituzione*, Milano, 1982;
- DOLMETTA, A., voce *Exceptio doli generalis*, in *Enc. dir.*, XIII, Roma, 1997, p. 1 ss.;
- DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1745;
- DOMÍNGUEZ ROMERO, J., *Cláusulas exentas, transparencia e integración judicial: a propósito de la STJUE 30.4.2014, Árpád Kásler, y la revisión británica sobre «exempt terms»*, in *Rev. Aranzadi der. patr.*, 2014, p. 317 ss.
- DONATI, B., *Sul principio d'equità*, in *Ann. Fac. giur. Univ. Perugia*, 1913, p. 19 ss.;
- DONISI, C., *Verso la depatrimonializzazione del diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 644 ss.;
- DOSSETTI, M., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 1969, p. 1573 ss.;
- DOSSETTI, M., voce *Clausola d'uso*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 363 ss.;
- DOUGLAS, M., *In the Active Voice*, London, 1982;
- DOUZINAS, C., *Postmodern Jurisprudence. The Law of the Text in the Texts of Law*, London, 1991;
- DREIER, R., *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, Tübingen, 1975;
- DUGUIT, L., *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Paris, 1920;
- DÜRIG, G., *Grundrechte in Zivilrechtsprechung*, in T. MAUNZ (a cura di), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München, 1956, p. 157 ss.;
- DURKHEIM, É., *Introduction à la morale*, in *Rev. phil.*, 1920, p. 79 ss.;
- DURKHEIM, É., *L'éducation morale*, Paris, 1925, trad. it., *L'educazione morale*, Roma, 1974;
- DURKHEIM, É., *La divisione del lavoro sociale*, 1893, trad. it., Milano, 1962;
- DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, London, 1985;
- DWORKIN, R., *I diritti presi sul serio*, 1977, Bologna, 1992;

DWORKIN, R., *Law's Empire*, London, 1986;

DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, London, 1978;

DWORKIN, R., *The model of rules*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 1967, p. 41 ss.;

DWORKIN, R., *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Milano, 2002;

EHRENFELS, C.V., *System der Wertheorie*, Leipzig, 1897;

ENGISCH, K., *Einführung in das juristische Denken*, 1970, trad. it., *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1971;

ENNECCERUS, L., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen, 1959;

ENNECCERUS, L., NIPPERDEY H.C., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, in L. ENNECCERUS, T. KIPP, M. WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Tubinga, 1959, p. 98 ss.;

ENNECCERUS, L., NIPPERDEY, H.C., *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Marburg, 1931;

ESPOSITO, C., voce *Norma giuridica*, in *Nuovo dig. it.*, VIII, Torino, 1939, p. 1051 ss.;

ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956;

ESSER, J., *Schuldrecht. Allgemeiner und besonderer Teil*, Karlsruhe, 1960, p. 828 ss.;

ESSER, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, trad. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983;

ESSER, J., *Wandlungen von Billigkeit und Billigkeit Rechtsprechung im modernen Privatrecht*, in M. SIEBECK, *Summum Ius Summa Iniuria*, Tübingen, 1963, p. 22 ss.;

EUCKEN, W., *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, in *Ordo*, 1949, p. 52 ss.;

EUCKEN, W., *Staatliche Strukturwandlungen und die Krise des Kapitalismus*, in *Weltwirtschaftliches Archiv* 36, 1932, p. 297 ss.;

FACCHI, A., *I diritti nell'Europa multiculturale*, Roma-Bari, 2001, *passim*;

FADDA, C. e BENZA, P.E., *Note a Windscheid. Diritto delle pandette*, I, Torino, 1902;

FALCONE, M., *Il rafforzamento della legittimazione democratica dell'Unione: Il principio di sussidiarietà*, in *Sud in Europa*, 2010, in www.sudineuropa.net;

FALZEA, A., voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, p. 201 ss.;

FALZEA, A., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 432 ss.;

FALZEA, A., *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939;

FALZEA, A., *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Milano, 2008;

FALZEA, A., *L'atto negoziale nel sistema dei comportamenti giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 40 ss.;

FALZEA, A., *La Costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 268 ss.;

FALZEA, A., *Relazione introduttiva*, in *Accademia Nazionale dei Lincei, Atti dei convegni lincei (1996), Convegno sul tema: I principi generali del diritto*, Roma, 1992, p. 25 ss.;

FANELLI, G., *La conclusione del contratto di assicurazione e le condizioni generali di polizza*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, p. 108 ss.;

FARALLI, C., *La filosofia del diritto contemporanea*, Roma-Bari, 2005;

FARINA, M., *Integración del contrato «incompleto» en el ordenamiento italiano*, in *Rev. der. priv.*, 2015, p. 114 ss.;

FARJAT, G., *L'orde public économique*, Paris, 1963;

FASTRICH, L., *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, München, 1992;

FEDELE, A., *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943;

FEDERICO, A., *L'integrazione del contratto e la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle clausole*

abusive, in M. TRIMARCHI, A. FEDERICO, M. ASTONE, C. CIRAULO, A. LA SPINA, F. RENDE, E. FAZIO, S. CARABETTA (a cura di), *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione. Convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisi*, Milano, 2017, p. 299 ss.;

FEDERICO, A., *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in A. BELLAVISTA e A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 329 ss.;

FEDERICO, A., *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008;

FEMIA, P., (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati. Un Percorso nella dottrina tedesca*, Napoli, 2018;

FEMIA, P., *Pluralismo delle fonti e costituzionalizzazione della sfera privata*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del I Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Capri 7-9 aprile 2005, Napoli, 2006, p. 189 ss.;

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional*, in AA.VV., *Derecho del Trabajo y Constitución*, Madrid, 1992, p. 161 ss.;

FERNANDO MAGARZO, M.R., *Comentario al artículo 8*, in E. LLAMAS POMBO (coord.), *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid, 2005;

FERRAJOLI, L. e MANERO, J.R., *Due modelli di costituzionalismo. Un dialogo sul diritto e sui diritti*, Napoli, 2012;

FERRAJOLI, L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 2016, p. 13 ss.;

FERRAJOLI, L., *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2771 ss.;

FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 28 ss.;

FERRAJOLI, L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989;

FERRAJOLI, L., *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013;

FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007;

FERRARA, F., *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922;

FERRARA, F., *Diritto civile italiano*, Roma, 1921;

FERRARA, F., *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921;

FERRARI, F., *La rilevanza degli usi nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 239 ss.;

FERRARI, V., *Funzioni del diritto*, Roma-Bari, 1993;

FERRARINI, G., *La responsabilità da prospetto: informazione societaria e tutela degli investitori*, Milano, 1986;

FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe. Principio general de derecho*, Madrid, 1984;

FERRI, G., *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, p. 412 ss.;

FERRI, G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966;

FERRI, G.B., *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 187 ss.;

FERRI, G.B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1989;

FERRI, G.B., *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei principi Unidroit*, in *Contr. impr./Eur.*, 1996, p. 828 ss.;

- FERRI, G.B., *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale per relationem*, in *Id.*, *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1994, p. 211 ss.;
- FERRI, G.B., voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1055 ss.;
- FERRI, G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 1 ss.;
- FERRI, G.B., *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, *Id.*, *Saggi di diritto civile*, Rimini, p. 365 ss.;
- FERRI, L., *L'autonomia privata*, Milano, 1959;
- FERRICELLI, E., *Inserzione imperativa di norme dispositive nel nuovo diritto dei contratti*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 741 ss.;
- FICI, A., *Il contratto «incompleto»*, Torino, 2005;
- FIN, C., *Illegittimità del protesto e risarcimento del danno non patrimoniale per violazione del dovere di protezione nei confronti del correntista*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 752 ss.;
- FINESSI, A., *La nuova disciplina del contratto di multiproprietà*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 3 ss.;
- FINKIELKRAUT, A., *L'humanité perdue. Essai sur le Xxe siècle*, 1996, trad. it., *L'umanità perduta. Saggio sul XX secolo*, Roma, 1997;
- FIORAVANTI, M., *Quale futuro per la costituzione?*, in *Quad. fiorentini*, XXI, 1992, p. 623 ss.;
- FISHKIN, J. e LASLETT, P., *Debating deliberative Democracy*, Oxford, 2003;
- FLUME, F.W., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1965;
- FLUME, F.W., *Das Rechtsgeschäft*, in *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Berlin-Heidelberg-New York, 1965, p. 1 ss.;
- FLUME, F.W., *El negocio jurídico*, trad. esp., Madrid, 1998;
- FLUME, F.W., *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in *Festschrift Deutscher Juristentag*, 1960, p. 135 ss.;
- FONT GALÁN, J.I., *La integración publicitaria del contrato. Un instrumento de derecho privado contra la publicidad engañosa*, in *Cuad. der. com.*, 1988, p. 7 ss.;
- FORMIGGINI, A., *Gli usi commerciali e il codice civile*, Bologna, 1949;
- FORNASARI, R., *L'intervento giudiziale sul contratto*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 836 ss.;
- FORSTHOFF, E., *Das Umbildung des Verfassungsgesetzes*, in *Festschrift für Carl Schmitt*, 1959, p. 35 ss.;
- FORSTHOFF, E., *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart, 1961, p. 34 ss.;
- FOUCAULT, M., *L'archéologie du savoir*, 1969, trad. it., *L'archeologia del sapere*, Milano, 1971;
- FOUCAULT, M., *Microfisica del potere. Interventi politici*, Torino, 1977;
- FRAGALI, M., *Clausole, frammenti di clausole, rapporti fra clausole e negozio*, in *Giust. civ.*, 1959, p. 322 ss.;
- FRANCHI, M., *Art. 253 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, 2004, p. 1194 ss.;
- FRANCO VICTORIA, D., *Integración de los contratos*, in *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestrosa*, Bogotá, 2007, p. 94 ss.;
- FRANZONI, M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 83 ss.;
- FRANZONI, M., *Degli effetti del contratto*, II, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Commentario al codice civile*, Milano, 1999, p. 20 ss.;
- FROSINI, V., voce *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 82 ss.;

FUNAJOLI, G.B., *Il codice del popolo italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, p. 30 ss.;

FUNAJOLI, G.B., *Invalidità della volontà negoziale e conservazione del negozio giuridico*, in *Nuova Riv. dir. comm.*, 1947-1948, p. 215 ss.;

FUREDI, F., *Consuming Democracy. Activism, elitism and political apathy*, 2001, in www.geser.net;

GABRIELLI, E., *L'oggetto del contratto*, in *Comm. Cod. civ.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2001, p. 40 ss.;

GABRIELLI, G., *Norme imperative ed integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 499 ss.;

GADAMER, H.G., *Verità e metodo*, 1960, Milano, 1983;

GALGANO, F., *Degli effetti del contratto*, in F. GALGANO e G. VISINTINI, *Effetti del contratto. Rappresentanza. Contratto per persona da nominare*, in *Comm. c.c.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, p. 52 ss.;

GALGANO, F., *La clausola di gradimento, i patti parasociali e la categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 895 ss.;

GALGANO, F., *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993;

GALGANO, F., *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr./Eur.*, 2005, p. 509 ss.;

GALGANO, F., voce *Negozio giuridico (dottrine gen.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 932 ss.;

GALGANO, F., *Sull'equità delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 419 ss.;

GALGANO, F., *Teorie e ideologie del negozio giuridico*, in C. SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978, p. 76 ss.;

GALLO, F., *I principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato e l'interpretazione della legge alla luce della Carta costituzionale*, in AA.Vv., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano, 1998, p. 441 ss.;

GALOPPINI, A., *Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale*, in *Riv. trim.*, 1965, p. 1399 ss.;

GAMBARO, A., *Alcuni problemi in tema di diritto e giustizia nella tradizione giuridica occidentale*, in J. DERRIDA e G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Roma-Bari, 1998, p. 63 ss.;

GAMBARO, A., *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 11 ss.;

GARCÍA ALGUACIL, M.J., *Quebra en la doctrina del TJUE: ¿prohibición de integración o moderación obligatoria de las cláusulas declaradas abusivas?*, in AA.Vv., *Vivienda, préstamo y ejecución*, Madrid, 2016, p. 835 ss.

GARCÍA AMIGO, M., *Consideraciones a la buena fe contractual*, in AA.Vv., *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, Almería, 2000, p. 611 ss.;

GARCIA AMIGO, M., *La integración del negocio jurídico*, in *Rev. der. not.*, 1980, p. 118 ss.;

GARCÍA TORRES, J., JIMÉNEZ BLANCO, A., *Derecho fundamentales y relaciones entre particulares: La «Drittwirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986;

GARCÍA VICENTE, J.R., *Comentario a los artículos 59 a 79*, in R. BERCOVITZ (dir.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usurarios y otras leyes complementarias*, Pamplona, 2009, p. 784 ss.;

GARZÓN VALDÉS, E., *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, in *Doxa*, 1988, p. 161 ss.;

GAZZOLO, T., *«Valore» e «limite» in Carl Schmitt. Per una lettura della Tirannia dei valori*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2010, p. 417 ss.;

GAZZONI, F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970;

GAZZONI, F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 2019, p. XIV,

GAZZONI, F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000;

GEACH, P., *Good and evil*, in *Analysis*, XVII, 1956, p. 33 ss.;

GEERTZ, C., *Antropologia interpretativa*, Bologna, 1988;

GEIGER, W., *Die Grundrechte in der Privatrechtsordnung*, Stuttgart, 1960;

GENOVESE, A., voce *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 802 ss.;

GENOVESE, A., *Le condizioni generali del contratto*, Padova, 1954;

GENOVESE, A., *Usi negoziali e interpretativi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXII, Roma, 1994, p. 1 ss.;

GENOVESE, A., *Usi nella disciplina dei contratti commerciali*, in *Riv. trim.*, 1950, p. 368 ss.;

GENTILI, A., *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 354 ss.;

GENTILI, A., *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, p. 403 ss.;

GENTILI, A., *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1489 ss.;

GENTILI, A., *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 194 ss.;

GENTILI, A., *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 23 ss.;

GENTILI, A., *I principi di diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in G. ALPA, E.N. BUCCICO (a cura di), *Il codice civile europeo, Materiali dei Seminari 1999-2000*, Milano, 2001, p. 249 ss.;

GENTILI, A., *Il diritto come discorso*, in G. IUDICA E P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2013;

GENTILI, A., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 290 ss.;

GENTILI, A., *L'abuso del diritto come argomento*, in V. VELLUZZI (a cura di), *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Pisa, 2012, p. 149;

GENTILI, A., *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Torino, 2015, p. 354 ss.;

GENTILI, A., *Sull'interpretazione dei contratti normativi*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 1164 ss.;

GÉNY, F., *Des droits sur les lettres missives*, Paris, 1911;

GERRATANA, A., *Il ruolo del lettore nell'estetica della ricezione e nelle teorie postmoderne*, in *BAIG*, 2011, p. 25 ss.;

GHERRA, E., *L'assunzione obbligatoria degli invalidi civili*, in *Mass. Giur. lav.*, 1966, p. 430 ss.;

GHESTIN, J. e BILLAU, M., *Les effets du contrat*, Paris, 1992, p. 32 ss.;

GIAMPICCOLO, G., *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959;

GIANNINI, M.S., voce *Autonomia pubblica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, p. 356 ss.;

GIERKE, O., *Deutsches Privatrecht*, Leipzig, 1895;

GIL RODRÍGUEZ, J., *Manual de derecho civil*, Madrid, 1998, p. 624 ss.;

GILMORE, G., *The death of contract*, Columbus, 1974;

GIORDANO, A., *I contratti per adesione*, Milano, 1951, p. 166 ss.;

GIORDANO, A., *Il fondamento e l'efficacia delle clausole d'uso e l'art. 1341 c.c.*, in *Scritti in onore di A. Scialoja*, Bologna, 1953, III, p. 265 ss.;

GIORGI, G., *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Torino, 1930, p. 18 ss.;

GIORGIANNI, M., *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim.*, 1961, p. 391 ss.;

GIORGIANNI, M., *L'inadempimento*, Milano, 1959;

GIORGIANNI, M., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963;

GIORGIANNI, M., voce *Buon padre di famiglia*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1958, p. 596 ss.;

GIORGIANNI, M., voce *Obbligazioni (teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 111 ss.;

GIORGIANNI, M., voce *Volontà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 1043 ss.;

GIROLAMI, M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, p. 323 ss.;

GITTI, G., *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994;

GITTI, G., *Le clausole d'uso come fonti del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 121 ss.;

GIUGNI, G., *La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro*, in *Il contratto collettivo di lavoro. Atti del terzo congresso nazionale di diritto del lavoro*, Milano, 1968, p. 11 ss.;

GIULIANI, A., *L'integrazione del contratto*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, Torino, 1991, p. 119 ss.;

GIUSTOLISI, C., *Il diritto alle informazioni precontrattuali*, in L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività, enforcement*, Torino, 2015, p. 105 ss.;

GÖLDNER, D.C., *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung. Verfassungskonkretisierung als Methoden und Kompetenzproblem*, Berlin, 1969;

GOLDSCHMIDT, W.R., *Values and the field of comparative sociology*, in *American soc. rev.*, 1953, p. 287 ss.;

GOÑI SEIN, J.L., *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, 1988;

GORDLEY, J., *Good faith in contract law in the medieval ius commune*, in R. ZIMMERMANN, S. WHITTAKER (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 1179 ss.;

GORETTI, C., *Il valore delle massime d'equità*, in AA.Vv., *Scritti in onore di Carnelutti*, I, Padova, 1950, p. 307 ss.;

GORGONI, M., *Credito al consumo e leasing traslativo al consumo*, in *Riv. trim.*, 1992, p. 1121 ss.

GORLA, G., *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, p. 108 ss.;

GORLA, G., *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941;

GORLA, G., *Unificazione legislativa e unificazione giurisprudenziale. L'esperienza del diritto comune*, in *Foro it.*, 1977, IV, p. 92 ss.;

GRANADOS ARISTIZÁBAL, J.I., *Las declaraciones publicitarias y la integración de las obligaciones que de ellas emanan al contenido del contrato con el consumidor. Una aplicación del principio de buena fe que resulta exigible a la totalidad de las relaciones contractuales*, in *Revista E-Mercatoria*, 2013, p. 1 ss.;

GRANELLI, C., *Diritto dei consumatori e tutele nella recente novella del codice del consumo*, in *Contratti*, 2015, p. 59 ss.;

GRASSETTI, C., FRANCESCHELLI, R., LEFEBVRE D'OVIDIO, A., DE MARINO, F., NICOLÒ, R., *Discussione intorno al principio di conservazione dei contratti nei riguardi delle clausole di irresponsabilità*, in *Riv. dir. nav.*, 1939, p. 344 ss.;

GRASSETTI, C., *L'interpretazione del negozio giuridico. Con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1983;

GRASSETTI, C., *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, Milano, 1936;

GRASSETTI, C., voce *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 184 ss.;

GRAZIADEI, M., *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in AA.Vv., *Il diritto soggettivo*, 2, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2001, p. 3 ss.

GRAZIANI, A., *In tema di formazione dei contratti*, in *Id.*, *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953, p. 335 ss.;

GRECO, P., *Lezioni di diritto commerciale*, Roma, 1958;

GRECO, T., *La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie*, in *Metodo*, 2014, p. 135 ss.;

GRISI, G., *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999;

GRISI, G., *Lo «ius poenitendi» tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 569 ss.;

GRONDONA, M., *Auto-integrazione ed etero-integrazione del contratto: che cosa resta della distinzione?*, in F. VOLPE (a cura di), *Correzione e integrazione del contratto*, Torino, 2016, p. 252 ss.;

GRONDONA, M., *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011;

GRONDONA, M., *Fiducia nel diritto, fiducia nel giudice, teoria democratica (uno sguardo su Hayek: The political Order of a Free People)*, in C.A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESE (a cura di), *Ius Dicere in a Global World*, Roma, 2018, p. 296 ss.;

GRONDONA, M., *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema ancora aperto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 608 ss.;

GROSSER, D., *Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, in ID. (Hrsg.), *Der Staat in der Wirtschaft der Bundesrepublik Deutschland*, Opladen, 1985, p. 25 ss.;

GROSSI, P., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998;

GROSSI, P., *Dalle «clausole» ai «principi». A proposito dell'interpretazione come intenzione*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 5 ss.;

GROSSI, P., *Il punto e la linea. Storia del diritto e diritto positivo nell'attuale crisi delle fonti*, in *Riv. st. dir. it.*, 2011, p. 69 ss.;

GROSSI, P., *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 71 ss.;

GROSSI, P., *Prima lezione del diritto*, Roma-Bari, 2013;

GROSSI, P., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015;

GROSSI, P., *Tra fatto e diritto*, in *Quad. fiorentini*, n. 38, 2009, II, p. 1911 ss.;

GROSSI, P., *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in G. Alpa (a cura di), *Paolo Grossi*, Roma-Bari, 2011, p. 27 ss.;

GRUNDMANN, S., ATAMER, Y.M., *European Contract Law and Banking Contracts after Financial Crisis: Challenges for Contracting and Market Transactions*, in S. GRUNDMANN, Y.M. ATAMER (a cura di), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law. Failure and Challenges of Contracting*, Amsterdam, 2011, p. 1 ss.;

GRUNDMANN, S., *Europäisches Schuldvertragsrecht. Das Europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung)*, Berlin-New York, 1999;

GRUNDMANN, S., *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 278 ss.;

GRUNDMANN, S., *La struttura del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 385 ss.;

GRUPPO DI STUDIO SULLA GIUSTIZIA SOCIALE NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO, *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 99 ss.;

GUARINO, G., *Contributo allo studio delle fonti del diritto*, in *Dir. giur.*, 1946, p. 21 ss.;

GUARNIERI, A., voce *Clausole generali*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 1988, p. 403 ss.;

GUARRACINO, F., *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contr. impr./Eur.*, 1997, p. 647 ss.;

GUASTINI, R., «*Completezza e analogia*», in G. TARELLO (a cura di), *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, 1976;

GUASTINI, R., «Soluzioni dubbie», in *Mat. st. cult. giur.*, 1983;

GUASTINI, R., *Analisi del linguaggio e teoria formale del diritto*, I, II e III, in *Mat. st. cult. giur.*, 1978/1980;

GUASTINI, R., *Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione*, in *J. Const. Th. Phil. Law*, 2010, p. 57 ss.;

GUASTINI, R., voce *Lacune del diritto*, in *Dig. disc. Priv.*, Sez. civ., X, Torino, 1993, p. 269 ss.;

GUASTINI, R., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2009;

GUASTINI, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 1998, I, 1, p. 231 ss.;

GUIZZI, G., *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, p. 67 ss.;

GULLÓN BALLESTEROS, A., *El negocio jurídico. Curso de Derecho Civil*, Madrid, 1969, p. 151 ss.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Interpretación e integración del contrato*, Valencia, 2010;

GUTMAN, A. e THOMPSON, D., *Democracy and disagreement*, Cambridge, 1996;

HÄBERLE, P., *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1991, p. 261 ss.;

HÄBERLE, P., *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, 1996, Roma, 2001;

HABERMAS, J., *Die Einbeziehung des Anderen*, 1996, trad. it., *L'inclusione dell'altro*, Milano, 1998;

HABERMAS, J., *Die Moderne. Ein unvollendetes Projekt*, in *Kleine politische Schriften*, Frankfurt a.M., 1981, p. 444 ss.;

HABERMAS, J., *Erkenntnis und Interesse*, in *Tecnick und Wissenschaft als Ideologie*, Frankfurt a.M., 1968, 158 ss.;

HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung*, 1991, trad. it., *Fatti e norme*, Roma-Bari, 2013;

HABERMAS, J., *Nachwort*, in ID., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M., 1994, p. 665 ss.;

HABERMAS, J., *Recht und Moral*, in ID., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M., 1993, p. 568 ss.;

HABERMAS, J., *Vorstudien und Ergänzungen zu einer Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a.M., 1984;

HABERMAS, J., *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*, 1976, trad. it., *Per la ricostruzione del materialismo storico*, Milano, 1979;

HAGER, J., *Grundrechte im Privatrecht*, in *Juristenzeitung*, 1994, p. 383 ss.;

HÄGERTRÖM, A., *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Stockholm, 1953;

HARDING, C., *The Identity of European Law: Mapping Out the European Legal Space*, in *Eur. L. J.*, 2000, p. 128 ss.;

HARE, R.M., *Wrongness and Harm*, in ID., *Essays on the Moral Concept*, London, 1972, p. 98 ss.;

HART, H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983, trad. it., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in ID., *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964;

HART, H.L.A., *Problems of the Philosophy of Law*, in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983;

HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 1961, trad. it., *Il concetto di diritto*, Torino, 2002;

HASELBACH, D., *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft*, Baden-Baden, 1991;

HAYDER, R., *Neue Wege der europäischen Rechtsangleichung. Die Auswirkungen der Einheitlichen Europäischen Akte von 1986*, in *RabelsZ* (53), 1989, p. 622 ss.;

HAYEK, F.A., *Gesetzgebung und Freiheit*, II, *Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit*, München, 1981;

- HAYEK, F.A., *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, Milano, 2000;
- HAYEK, F.A., *The Counter-Revolution of Science*, New York, 1964;
- HAYEK, F.A., *The Results of Human Action but not of Human Design*, in Id., *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, London, 1967, p. 96 ss.;
- HAYEK, F.A., *Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, Kiel, 1968;
- HECK, PH., *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, in *Arch. civ. Prax.*, 1914, p. 56 ss.;
- HECK, PH., *Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1933, p. 19 ss.;
- HECK, PH., *Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?*, in *JuristenZ.*, 1909, p. 24 ss.;
- HEDEMANN, J.W., *Das bürgerliche Recht und die neue Zeit*, Berlin, 1919;
- HEDEMANN, J.W., *Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, Berlin, 1920;
- HEISS, H., *Europäisches Vertragsrecht in statu nascendi?*, in *ZfRV* (36), 1995, p. 54 ss.;
- HEN, C., *La motivation des actes des institutions communautaires*, in *Cah. dr. eur.*, 1977, p. 49 ss.;
- HENCKEL, Z.B., *Die ergänzende Vertragsauslegung*, in *Arch. civ. Prax.*, 1960, p. 110 ss.;
- HERING, C.J., *Die Billigkeit im philosophischen Rechtsdenken*, Tübingen, 1938;
- HESPANHA, A.M., *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, 1999, trad. it., *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999;
- HESSELINK, M.W., *Democratic Contract Law*, in *ERCL*, 2014, p. 81 ss.;
- HESSELINK, M.W., *Non-Mandatory Rules in European Contract Law*, in *ERCL*, 2005, p. 44 ss.;
- HESSELINK, M.W., *The politics of a European Civil Code*, in *Eur. L. J.*, 2004, p. 676 ss.;
- HESSELINK, M.W., *Towards a Sharp Distinction between B2B and B2C? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive*, in *Eur. rev. P. L.*, 2010, p. 57 ss.;
- HINESTROSA, F., *Contenuto de effetti del negozio giuridico*, in AA.Vv., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, p. 435 ss.;
- HINESTROSA, F., *Interpretación de la conducta concluyente*, in C.A. SOTO COAGUILA (director), *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*, II, Lima, 2007, p. 798;
- HIRSCHMAN, A.O., *Against parsimony*, in *Economics and philosophy*, 1985, trad. it., *Contro la parsimonia: tre modi facili di complicare alcune categorie del discorso economico*, in *Come applicare l'economia*, Bologna, 1988;
- HOHFELD, W.N., *Concetti giuridici fondamentali*, Torino, 1969;
- HUBER, *Leistungsstörungen*, Tübingen, 1999;
- HUECK, G., *Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht*, München-Berlin, 1958;
- HUGHES, C., *Rules, Policy and Decision Making*, in *Yale L. J.*, 1968, p. 419 ss.;
- HUME, D., *A treatise of human nature*, trad. it., *Trattato sulla natura umana*, Milano, 2005;
- HUNTER, J.F.M., «Forms of Life» in Wittgenstein's Philosophical Investigations, in *American phil. quart.*, 1968, p. 233 ss.;
- INGLEHART, R., *Culture shift in advanced industrial society*, 1990, trad. it., *Valori e cultura politica nella società industriale avanzata*, Torino, 1993;
- INGLEHART, R., *The silent revolution. Changing values and political styles among Western publics*, 1977, trad. it., *La rivoluzione silenziosa*, Milano, 1983;
- IRTI, N., *Il negozio giuridico come categoria storiografica*, in Id., *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, p. 48 ss.;
- IRTI, N., *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1976;

- IRTI, N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1979;
- IRTI, N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998;
- IRTI, N., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004;
- IRTI, N., *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim.*, 1999, p. 1139 ss.;
- ISER, W., *Das Imaginäre: kein isolierbares Phänomen*, in D. HENRICHM, W. ISER, *Funktionen des Fiktiven, Poetik und Hermeneutik*, X, München, 1983;
- ISER, W., *Der Akt des Lesens*, München, 1976;
- ISER, W., *Die Appelstruktur der Texte. Unbestimmtheit als Bedingung literarischer Prosa*, in R. WARNING, *Rezeptionsästhetik – Theorie und Praxis*, München, 1970;
- ITZCOVICH, G., *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, p. 34 ss.;
- IULIANI, A., *Contratti del consumatore - "L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo e commento"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 424 ss.;
- JÄCKEL, H., *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung*, Berlin, 1967;
- JAMIESON, N.J., *Status to contract. Refuted or Refined*, in *39 Cambridge L. J.*, 1980, p. 333 ss.;
- JANNARELLI, A., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Il diritto privato europeo*, Torino, 1997, p. 507 ss.
- JAUSS, H.R., *Pour une esthétique de la réception*, 1978, trad. it., *Storia della letteratura come provocazione*, Torino, 1999;
- JAYME, E., *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 829 ss.;
- JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Friburgo, 1892;
- JESSEN, J., *Wettbewerb als grundsätzliche historisch-politische Frage*, in G. SCHMÖLDERS (Hrsg.), *Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese*, Berlin, 1942, p. 1 ss.;
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones*, in *Rev. esp. der. const.*, 1987, p. 56 ss.;
- JOERGES, C., *Cosa resta della Costituzione economica europea?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 36 ss.;
- JOERGES, C., *Markt ohne Staat? Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die Renaissance der Regulatorischen Politik*, Florence: European University Law n. 91/15;
- JOLLS, C., SUNSTEIN, C.R., THALER, R.H., *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanford L. Rev.*, 1998, p. 1471 ss.;
- JONATHAN COHEN, L., *An Essay on Belief and Acceptance*, Oxford, 1995;
- JORI, M., *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, 1987;
- JOSSERAD, L., *Cours de droit civil positif français*, Paris, 1939;
- KANT, I., *Metafisica dei costumi. Introduzione alla dottrina del diritto*, Torino, 1916;
- KAUFMANN, A., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano, 2003;
- KELSEN, H., *Allgemeine Staatslehre*, Bad Homburg, 1868;
- KELSEN, H., *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes*, in H. KURZ (a cura di), *Volkssouveränität und Staats-souveränität*, Darmstadt, 1970, p. 175 ss.;
- KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, 1911;

- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934, trad. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952;
- KENNEDY, D., *Riflessioni su coerenza, valori sociali e tradizione nazionale nel diritto privato europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 221 ss.;
- KERAMEUS, K.D., *Procedural Implications of Civil Law Unification*, in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDUIS, E. DU PERRON e C. JOUSTRA (a cura di), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 1998, p. 121 ss.;
- KINDLER, P., *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in *Contr. impr./Eur.*, 1998, p. 666 ss.;
- KLUCKHOHN, C., *Towards a comparison of value-emphases in different cultures*, in L.D. WHITE (a cura di), *The state of the social sciences*, Chicago, 1956, p. 116 ss.;
- KLUCKHOHN, C., *Values and value-orientations in the theory of action: an exploration in definition and classification*, in T. PARSONS, E. SHILS (a cura di), *Toward a general theory of action*, Cambridge, 1951, p. 395 ss.
- KOCH, H.J., RÜSSMANN, H., *Juristische Begründungslehre*, München, 1982, p. 191 ss.
- KRIELE, M., *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin, 1976;
- KRÜGER, H., *Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung*, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1949, p. 163 ss.;
- KÜBLER, F., «*Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik – Versuch einer wissenschaftshistorischen Bestandsaufnahme*», in D. SIMON (a cura di), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt a.M., 1994, p. 364 ss.;
- KUHN, T., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 2009;
- KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minorities Rights*, 1995, trad. it., *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999;
- LA PORTE, T.R., *Organized Social Complexity*, New Jersey, 1975;
- LA ROSA, E., *Le rinnovate logiche di conservazione del contratto nell'evoluzione del sistema*, in *Contr. impr.*, 2014, p. 942 ss.;
- LA TORRE, M., *Disavventure del diritto soggettivo: una vicenda teorica*, Milano, 1996;
- LA TORRE, M., *La «lotta contro il diritto soggettivo». Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milano, 1988;
- LA TORRE, M.E., *Il contratto di viaggio «tutto compreso»*, in *Giust. civ.*, 1996, p. 31 ss.;
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de obligaciones*, I, *Elementos de Derecho Civil*, II, Barcelona, 1994;
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, 1977;
- LAGEZZA, P., *Inadempimenti e onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, in *Foro it.*, 2002, I, p. 769 ss.;
- LARENZ, K., *Derecho justo. fundamentos de ética jurídica*, Madrid, 1993;
- LARENZ, K., *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts: zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung*, Leipzig, 1930;
- LARENZ, K., *Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht*, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1963, p. 737 ss.;
- LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, München-Berlin, 1964;
- LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1975;
- LARENZ, K., *Richtsbildung als methodisches Problem*, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1965, p. 1 ss.;
- LARENZ, K., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966;

- LARENZ, K., WOLF, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1997;
- LARMORE, C., *Pluralism and Reasonable Disagreement*, in *Soc. phil. pol.*, 1994;
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Curso de Derecho Patrimonial*, Madrid, 2014;
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Sobre la integración del contrato: la buona fe en la contratación*, in *Rev. der. priv.*, 1980, p. 66 ss.;
- LASARTE, ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Madrid, 2013;
- LAWSON, N., *Dare More Democracy*, London, 2000;
- LEGENDRE, P., *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, 1974, trad. it., *Gli scongiurati. Saggio sull'ordine dogmatico*, Venezia, 1976;
- LEGENDRE, P., *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Paris, 1992;
- LEGENDRE, P., *Trésor historique de l'État en France. L'administration classique?*, Paris, 1992;
- LEHMANN, H., *Allgemeiner Teil des B.G.B.*, Berlin-Leipzig, 1933;
- LEHMANN, H., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin, 1954;
- LEISNER, W., *Grundrechte und Privatrecht*, München, 1960;
- LENER, R., *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996;
- LEONHARD, F., *Allgemeiner Schuldrecht des BGB*, München, 1929;
- LEONHARD, F., *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, in *Arch. civ. Prax.*, 1922, p. 14 ss.;
- LEVI, G., *L'abuso del diritto*, Milano, 1993;
- LEVI, G., *Le pouvoir au village. Histoire d'un exorciste dans le Piémont du XVIIe siècle*, Paris, 1989;
- LEVI, G., *The Origins of the Modern State and the Microhistorical Perspective*, in J. SCHLURNBOHRN (a cura di), *Mikrogeschichte – Makrogeschichte: komplementär oder inkommensurabel?*, Göttingen, 1998;
- LIAÑO, M.P., *Comento al art. 1258 c.c.*, in M.P. LIAÑO (diretto da) e K.J. ALBIEZ DOHRAMANN, A. LOPE FRIAS (curato da), *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, Granada, 2000, p. 2147 ss.;
- LIBERTINI, M., *La tutela d'urgenza contro l'uso di clausole vessatorie*, in *Contr. impr./Eur.*, 1997, p. 25 ss.;
- LIPAHRT, A., *Le democrazie contemporanee*, Bologna, 2001;
- LIOTTA, G., *Interpretazione del contratto e comportamento complessivo delle parti*, in *Riv. trim.*, 1977, p. 969 ss.;
- LIPARI, N., (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998;
- LIPARI, N., *Autonomia privata e testamento*, Roma, 1970;
- LIPARI, N., *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 635 ss.;
- LIPARI, N., *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim.*, 2000, p. 14 ss.;
- LIPARI, N., *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Jus civ.*, 2016, p. 304 ss.
- LIPARI, N., *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964;
- LIPARI, N., *Intorno ai «principi generali del diritto»*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 28 ss.;
- LIPARI, N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013;
- LIPARI, N., *Le fonti del diritto*, Milano, 2008;
- LIPARI, N., *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto*, in *Riv. trim.*, 2006, p. 711 ss.;
- LISERRE, A., *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano, 1978;
- LITOWITZ, D.E., *Postmodern philosophy and law*, Kansas City, 1997;
- LIVI, M.A., *L'integrazione del contratto*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato Europeo*, III,

L'attività e il contratto, Padova, 2003, p. 380 ss.;

LLAMAS POMBO, E., *La compraventa*, Madrid, 2014;

LO SCHIAVO, G., *Droit européen de la consommation. Arrêt Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Caldeón Camino*, in *Rev. trim. droit eur.*, 2012, p. 564 ss.;

LODOLINI, P.R., *La direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo: prime osservazioni*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1275 ss.;

LOMBARDI VALLAURI, L., *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981;

LOMBARDI VALLAURI, L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967;

LONARDO, L., *Meritevolezza della causa e ordine pubblico*, Napoli, 1978;

LONGO, M., *Di alcuni problemi dell'autonomia contrattuale in materia di diritto del lavoro e di certe gravissime decisioni della Cassazione*, in *Dir. econ.*, 1958, p. 313 ss.;

LÓPEZ AGUILAR, J.F., *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Madrid, 1990;

LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certeza del diritto*, Roma, 1942;

LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *Comento al art. 1258 c.c.*, in *Código civil comentado*, Navarra, 2011, p. 614 ss.;

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *De la interpretación de los contratos*, in *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, p. 13 ss.;

LORENZ, D., *Schutz der Privatautonomie. «Bürgschaftsbeschluss»*, in *Neue jur. Wochenschr.*, 1994, p. 36 ss.;

LORENZETTI, R.L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Santa Fe, 2006;

LOUGHLIN, M., «Rights, Democracy, and Law», in T. CAMPBELL, K. EWING, A. TOMKINS (a cura di), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford, 1992, p. 42 ss.;

LOZZI, C., *Della interpretazione della leggi e dei contratti per via dell'equità. Art. 3 delle disposizioni preliminari al codice civile*, in *Temi ven.*, XXVIII, 1878, p. 445 ss.;

LÜDERITZ, A., *Auslegung von Rechtsgeschäften. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879;

LUHMANN, N., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a.M., 1981;

LUHMANN, N., *Grundrechte als Institution*, Berlin, 1965;

LUHMANN, N., *Macht*, 1975, trad. it., *Potere e complessità sociale*, Milano, 1979;

LUNDSTEDT, A.V., *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, in ID., *Die falschen Vorstellungen von objektivem Recht und subjektiven Rechten*, Berlin-Grunewald, 1932, p. 94 ss.;

LUZZATI, C., *Principi e principi. Le genericità nel diritto*, Torino, 2012;

LYOTARD, J.F., *La condition postmoderne*, trad. it., *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, 1981;

MACARIO, F., *Commento all'art. 1374 c.c.*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario al codice civile*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1350-1386*, II, Milano, 2011, p. 709 ss.;

MACARIO, F., *I diritti oltre la legge. Principi e regole nel nuovo diritto dei contratti*, in *Dem. dir.*, 1997, p. 193 ss.;

MAFFEO, A., *L'obbligo di motivazione degli atti delle istituzioni dell'Unione Europea letto attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Federalismi.it*, n. 3/2018;

MAGGIORE, G., *L'equità e il suo valore nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1923, p. 257 ss.;

MAINE, H.S., *Ancient Law*, London, 1861;

MAITLAND, F.W., *Equity*, Cambridge, 1949;

MAJELLO, U., *Custodia e deposito*, Napoli, 1958;

MAK, C., *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationship in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan der Rijn, 2008;

MALINVAUD, P., *Droit des Obligations*, Paris, 2001;

MANCINI, G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957;

MANCINI, L., *Società multiculturale e diritto. Dinamiche sociali e riconoscimento giuridico*, Bologna, 2000;

MANCINI, T., *Determinazione autoritativa del contenuto del contratto ed autonomia negoziale*, in AA.VV., *Scritti in memoria di A. Torrente*, II, Milano, 1968, p. 651 ss.;

MANERO, J.R., «*Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*», in C. ALARCÓN CABRERA, R. LUIS VIGO (coord.), *Interpretación y argumentación: problemas y perspectivas actuales*, Barcelona, 2011, p. 415 ss.;

MANIGK, A., *Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte*, Breslau, 1901;

MANNUCCI, C., *La società di massa: analisi di moderne teorie sociopolitiche*, Ivrea, 1967;

MANTZAVINOS, C., *Individuals, Institutions, and Markets*, Cambridge, 2001;

MARIONI, F., *L'equità e la sua funzione nei giudizi*, in *Filangieri*, 1914, p. 483 ss.;

MARSILI, M., *Le condizioni generali di contratto*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1951, p. 132 ss.;

MARTIN, R., *On the Justification of Rights*, in G. FLØISTAD (a cura di), *Contemporary Philosophy. A New Survey*, The Hague, 1982, p. 153 ss.;

MASSA PINTO, I., *Il principio di sussidiarietà: profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003;

MATTHIAS, B., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Berlin, 1910;

MATTIONI, V.M., *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 571 ss.;

MAUGERI, M.R., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003;

MAUGERI, M.R., *Contratti caratterizzati da squilibri di potere: costruzione di un modello unitario di rimedi invalidativi o pluralità di modelli?*, in *Studi in onore di Giovanni Nicosia*, Milano, 2007, p. 255 ss.;

MAUGERI, M.R., *The Rules Applicable when Standard Contract Terms are Avoided and Contracts with Inequality of Bargaining Power: Construction of a Unitary Model of Invalidity or a Plurality of Models?*, in H. COLLINS (edited by), *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, Kluwer Law International, UK, 2008, p. 177 ss.;

MAZZAMUTO, S., *Diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contr. impr./Eur.*, 2005, p. 531 ss.;

MAZZAMUTO, S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015;

MAZZAMUTO, S., *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 613 ss.;

MAZZAMUTO, S., *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 605 ss.;

MAZZONI, C.M., *Atti emulativi, utilità sociale e abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, p. 601 ss.;

MCILWAIN, C.H., *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it., Bologna, 1990;

MEDICUS, L., *Rechtsfolgen für den Vertrag bei Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, in L. HEINRICHS (Heurausgeben), *Zen Jahre AGBG*, 1987, p. 94 ss.;

MENGGONI, L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, p. 14 ss.;

MENGGONI, L., *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in *Iustitia*, 1974, p. 337 ss.;

MENGGONI, L., *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim.*, 2002, p. 92 ss.;

MENGGONI, L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996;

MENGGONI, L., *I principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *Accademia Nazionale dei Lincei, Atti*

dei convegni lincei (1996), *Convegno sul tema: I principi generali del diritto*, Roma, 1992, p. 325 ss.;

MENGGONI, L., *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Jus*, 1988, p. 476 ss.;

MENGGONI, L., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 512 ss.;

MENGGONI, L., *La questione del diritto giusto nella società postliberale*, in *Fen. soc.*, 1988, p. 11 ss.;

MENGGONI, L., *Note sul rapporto tra fonti del diritto comunitario e fonti del diritto interno degli Stati membri*, in *Riv. trim.*, 1997, p. 523 ss.;

MENGGONI, L., *Nuova giurisprudenza delle Sezioni Unite sulla questione del computo dell'aumento per lavoro straordinario dovuto agli operai retribuiti a cottimo o con altre forme di incentivo*, in *Dir. econ.*, 1959, p. 91 ss.;

MENGGONI, L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 198 ss.;

MENGGONI, L., *Presentazione a R. ALEXY, Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, 1998;

MENGGONI, L., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in L. MENGGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 24 ss.;

MENGGONI, L., voce *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1088 ss.;

MENGGONI, L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.;

MESSINA, G., *Interpretazione dei contratti*, 1906, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, V, Milano, 1948, p. 156 ss.;

MESSINA, G., *La simulazione assoluta*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, p. 401 ss.;

MESSINA, G., *Negozi fiduciari*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1948, p. 54 ss.;

MESSINA, M., *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003;

MESSINEO, F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1952;

MESSINEO, F., *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger*, Milano, 1962, p. 163 ss.;

MESSINEO, F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1957;

MESSINEO, F., voce *Contratto*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 936;

MESSINETTI, D., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1998, p. 1 s.;

MESSINETTI, D., voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 371 ss.;

MESTMÄCKER, E.J., *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union. Beiträge zu Recht, Theorie und Politik der europäischen Integration*, Baden-Baden, 2003;

MEZZASOMA, L., *Causa y merecimiento de protección en la tutela del contratante débil*, in *Rev. crit. der. priv.*, 2019, p. 325 ss.;

MEZZASOMA, L., *Consumatore e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 311 ss.;

MICELI, V., *Filosofia del diritto*, Milano, 1914;

MICELI, V., *Sul principio d'equità*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di V. Scialoja*, Milano, 1905, p. 88 ss.;

MICHELMAN, F., *Justification and the Justifiability of Law*, in *Nomos*, 1986, p. 91 ss.;

MICKLITZ, H.W., (ed.), *The Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014;

MICKLITZ, H.W., *From Social Justice to Access Justice*, in *Eur. Univ. inst. work. pap.*, 2008, n. 38;

MICKLITZ, H.W., *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. trim.*, 2016, p. 882 ss.;

MICKLITZ, H.W., *Prospettive di un diritto privato europeo: ius commune praeter legem?*, in *Contr. impr./Eur.*, 1999, p. 35 ss.;

MILANI, F., *L'interpretazione evolutiva*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1950, p. 316 ss.;

MILL, J.S., *Austin on Jurisprudence*, in *Id.*, *Dissertation and Discussion Political, Philosophical, and Hi-*

historical, London, 1867, p. 230 ss.;

MINDA, G., *Postmodern Legal Movements*, New York, 1995;

MINERVINI, E., *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 563 ss.;

MINERVINI, E., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999;

MIRABELLI, G., *Dei contratti in generale*, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, p. 103 ss.;

MIRABELLI, G., *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962;

MODUGNO, F., voce *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. dir.*, XXIV, Roma, 1991, p. 10 ss.;

MONATERI, P.G., *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 489 ss.;

MONATERI, P.G., *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 409 ss.;

MONTICELLI, S., *Dall'inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (note a margine dell'art. 1469-quinquies, commi 1 e 3 c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 568 ss.;

MOORE, G.E., *Principia ethica*, Cambridge, 1903;

MORALES MORENO, A.M., *Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el art. 8 de la LGDCU)*, in *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, VIII, Colegios Notariales de España, 1992, p. 667 ss.;

MORELLO, U., *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 1996, p. 294 ss.;

MORENO TRAPIELLA, R., *Las consecuencias de la declaración de la abusividad de la cláusula de interés moratorio: comentario de la STJUE de 21 de enero de 2015*, in *La Ley*, 2015;

MORIN, E., *Introduzione al pensiero complesso. Gli strumenti per affrontare la sfida della complessità*, Milano, 1993;

MORTATI, C., voce *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 162 ss.;

MOSCA, G., *Elementi di scienza politica*, in Id., *Scritti politici*, Torino, 1982, p. 608 ss.;

MOSCHELLA, R., *Il negozio contrario a norme imperative*, in G. VISENTINI, F. VASSALLI (a cura di), *Legislazione economica (1978-1979)*, Milano, 1981, p. 279 ss.;

MOSSA, L., *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Milano, 1942;

MUCK SCHLICHTING, J., SPELTEN, W., *Die Dienstleistungsrichtlinie*, in *EuZW*, 2005, p. 239 ss.;

MÜLLER ERZBACH, R., *L'abuso del diritto secondo la dottrina teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, p. 89 ss.;

MÜLLER ARMACK, A., *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus. Ökonomische, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung*, Berlin, 1932;

MÜLLER ARMACK, A., *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, München, 1990;

MÜLLER GRAFF, P., *Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht*, in Id. (a cura di), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden, 1987, p. 27 ss.;

MÜLLER, FR., *Juristische Methodik*, Berlin, 1976;

MUSSLER, W., *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel. Von Rom nach Maastricht*, Baden-Baden, 1998;

NANNA, C.M., *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010;

NANNI, L., *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988;

NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos en las relaciones entre particulares: la buena fe*,

Madrid, 2000;

NATOLI, U., *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943;

NATOLI, U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio: appunti delle lezioni*, Milano, 1961;

NATOLI, U., *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in Id., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 164 ss.;

NATOLI, U., *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955;

NATOLI, U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim.*, 1958, p. 18 ss.;

NAVARRETTA, E., *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996;

NAVARRETTA, E., (a cura di), *Effettività e Drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, Torino, 2017;

NAVARRETTA, E., *Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 520 ss.;

NAVARRETTA, E., *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 411 ss.;

NAVARRETTA, E., *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017;

NAVARRETTA, E., *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262 ss.;

NAVARRETTA, E., *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti privati: Il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 880 ss.;

NAVARRO, P., RODRÍGUEZ, J., «*Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas*», in *Isonomía*, 2000, p. 76 ss.;

NEBBIA, P., *La politica comunitaria di tutela dei consumatori nell'ottica del mercato interno*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 739 ss.;

NEPPI, V., *Contributo alla determinazione del concetto di equità*, in *Filangieri*, 1905, p. 809 ss.;

NERVI, A., *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 95 ss.;

NEUMANN, U., *Theorie der juristischen Argumentation*, in W. BRUGGER, U. NEUMANN, S. KIRSTE (a cura di), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, 2008, p. 233 ss.;

NICOLÒ, R., *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Napoli, 1978;

NICOLÒ, R., *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1951, p. 5 ss.;

NICOLÒ, R., voce *Adempimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 558 ss.;

NICOLÒ, R., voce *Codice civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 245 ss.;

NICOLÒ, R., voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 907 ss.;

NIEDER, A., *Sozialisierung der Rechtspflege*, Berlin, 1919;

NIETZSCHE, F., *Frammenti postumi*, in *Opere complete di Friedrich Nietzsche*, Milano, 1968 ss.;

NIPPERDEY, H.C., *Die Würde des Menschen*, in K.A. BETTERMANN, H.C. NIPPERDEY (eds.), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin, 1954, p. 748 ss.;

NIPPERDEY, H.C., *Diritti fondamentali e diritto privato*, 1962, trad. it., in P. FEMIA (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, Napoli, 2018, p. 63 ss.;

NIPPERDEY, H.C., *Freie Entfaltung der Persönlichkeit*, in K.A. BETTERMANN e H.C. NIPPERDEY (a cura di), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin, 1954, p. 748 ss.;

NIPPERDEY, H.C., *Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung*, in *Recht der Arbeit*, 1950, p. 121 ss.;

NIPPERDEY, H.C., *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld, 1961;

NIVARRA, L., *Diritto e capitalismo*, Napoli, 2010;

NIVARRA, L., *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, Torino, 2015;

NOGLER, L., *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Padova, 1997;

NUZZO, M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975;

OERTMANN, P., *Rechtsordnung und Verkehrssitte, insbesondere nach bürgerlichem Recht: Zugleich ein Beitrag zu den Lehren von der Auslegung der Rechtsgeschäfte und von der Revision*, Leipzig, 1914;

OLIVETTI, G., *L'industria e il fascismo*, in G.L. POMBA (a cura di), *La civiltà fascista*, Torino, 1928, p. 331 ss.;

OPPO, G., *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 25 ss.;

OPPO, G., *L'esperienza privistica*, in *Accademia Nazionale dei Lincei, Atti dei convegni lincei (1996), Convegno sul tema: I principi generali del diritto*, Roma, 1992, p. 227 ss.;

OPPO, G., *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 539 ss.;

OPPO, G., *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943;

ORDOQUI, G., *Integración del contrato y constitución*, in *Teoría general del contrato. Homenaje al profesor Doctor Ricardo Lorenzetti*, Buenos Aires, 2012, p. 1087 ss.

ORESTANO, A., *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, p. 493 ss.;

ORESTANO, R., *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in ID., *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e Storia*, Bologna, 1978, p. 115 ss.;

OSILIA, E., *L'equità nel diritto privato*, Roma, 1923;

OSSOWSKA, M., *Social determinants of moral ideas*, London, 1971;

OSTI, G., *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim.*, 1954, p. 594 ss.;

OSTI, G., *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 469 ss.;

OSTI, G., voce *Contratto*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, p. 528 ss.;

OTTE, G., *Zwanzig Jahre Topik-Diskussion: Ertrag und Aufgaben*, in *Rechtstheorie*, 1970, p. 183 ss.;

PAGLIANTINI, S., *Appunti a margine di Cass. 9735/2013: l'art. 1374 e la lacuna sopravvenuta*, in G. D'AMICO e S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 220 ss.;

PAGLIANTINI, S., *Contratto B2C e concorso di tutele: variazione su diritto primo e diritti secondi a margine di Van Hove e Matei*, in *Contratti*, 2015, p. 762 ss.;

PAGLIANTINI, S., *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore «costituzionalizzato»: la «dottrina» della Corte di Giustizia da Árpád Kásler a Dziubak*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 1258 ss.;

PAGLIANTINI, S., *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 417 ss.;

PAGLIANTINI, S., *Interpretazione (ed integrazione) dei contratti asimmetrici (atto secondo)*, in *Contratti*, 2016, p. 1147 ss.;

PAGLIANTINI, S., *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: «il mondo di ieri» o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contratti*, 2014, p. 854 ss.;

PAGLIANTINI, S., *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Contratti*, 2013, p. 406 ss.;

PAGLIANTINI, S., *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?) - Il commento*, in *Contratti*, 2014, p. 796 ss.;

PAGLIANTINI, S., *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in ID., *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, p. 166 ss.;

PAGLIANTINI, S., *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 561 ss.;

PAISANT, G., *L'élargissement, par la CJUE, du pouvoir d'office et le refus de la révision d'une clause déclarée abusive*, in *Sem. jur.*, 2012, p. 1640 ss.;

PAJNO, S., *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 467 ss.;

PALADIN, L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996;

PALAZZO, A., *Considerazione sull'unità concettuale del negozio giuridico*, in *Circ. giur.*, 1960, p. 40 ss.;

PALERMO, G., *L'autonomia negoziale*, Bologna, 2012;

PANZA, G., *Buon Costume e buona fede*, Napoli, 1973;

PARDOLESI, R., *Regole di «default» e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 451 ss.;

PARESCHE, E., voce *Interpretazione (fil. dir. e teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 152 ss.;

PASETTI, G., *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970;

PASQUINO, T., *Servizi telematici e criteri di responsabilità*, Milano, 2003;

PASSAGNOLI, G., *Nullità speciali*, Milano, 1995;

PATTI, F.P., *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2014, p. 737 ss.;

PATTI, G. e PATTI, S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da D. Busnelli, Milano, 1993, p. 360 ss.;

PATTI, S., *Il contratto tra «autonomie de la volonté» e moderno «zwingendes Vertragsrecht»*, in *Riv. trim.*, 2015, p. 372;

PATTI, S., *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013;

PATTI, S., voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., I, Torino, 1987, p. 1 ss.;

PAVONE LA ROSA, A., voce *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 519 ss.;

PAZ, O., *La llamada doble*, Barcelona, 1993;

PAZOS CASTRO, R., *El control de las cláusulas abusivas y la autonomía de la voluntad del consumidor ante el juez. Comentario a la STJUE de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y De Man Garabito*, in *BMJ*, 2014, p. 1 ss.;

PAZOS CASTRO, R., *El control judicial de las cláusulas abusivas existentes en los procesos de ejecución hipotecaria: comentario a las TJUE de 21 de enero de 2015. Asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13, C-487/13, Unicaja Banco y Caixabank*, in *La Ley Unión Europea*, 2015, p. 55 ss.;

PECZENIK, A., *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989;

PECZENIK, A., *The Passion for Reason*, in L.J. WITGENS (a cura di), *The Law in Philosophical Perspective*, Dordrecht, 1997, p. 173 ss.;

PENNASILICO, M., *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Torino, 2015;

PENNASILICO, M., *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011;

PERA, G., *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1970;

PERELMAN, C., OLBRECHTS-TYTECA, L., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1966;

PERELMAN, C., *Traité de l'argumentation*, Paris, 1958;

PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madrid, 1984;

PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1988;

PÉREZ TREMP, P., *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Madrid, 1985;

PERFETTI, U., *Il diritto privato europeo: aspetti problematici*, in *Contr. impr./Eur.*, 2004, p. 1215 ss.;

PERFETTI, U., *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005;

PERGOLES, F., *I negozi giuridici come fonti normative*, in *Foro it.*, 1937, col. 250;

PERLINGIERI, P., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 317 ss.;

PERLINGIERI, P., *Appunti di «Teoria dell'interpretazione»*, Camerino, 1970;

PERLINGIERI, P., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss.;

PERLINGIERI, P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992;

PERLINGIERI, P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987;

PERLINGIERI, P., *Il «diritto privato europeo» tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 357 ss.;

PERLINGIERI, P., *Il diritto agrario tra pubblico e privato*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 698 ss.;

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991;

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale. Secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006;

PERLINGIERI, P., *Il nuovo diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003;

PERLINGIERI, P., *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss.;

PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1971;

PERLINGIERI, P., *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933 ss.;

PERLINGIERI, P., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006;

PERLINGIERI, P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972;

PERLINGIERI, P., *La tutela del «contraente debole» nelle negoziazioni immobiliari. Traccia di un possibile convegno*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 319 ss.;

PERLINGIERI, P., *Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 1 ss.;

PERLINGIERI, P., *Norme costituzionali e rapporti civilistici*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.;

PERLINGIERI, P., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 418 ss.;

PERLINGIERI, P., *Produzione scientifica e realtà pratica*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, p. 475 ss.;

PERLINGIERI, P., *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994;

PERLINGIERI, P., *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, in *Id.*, *Il nuovo diritto dei con-*

tratti fra persona e mercato, Napoli, 2003, p. 443 ss.;

PERLINGIERI, P., *Sui contratti iniqui*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 481 ss.;

PERNICE, I., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *Eur. L. rev.*, 2002, p. 511 ss.;

PESCATORE, P., *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali*, Lussemburgo, 1986;

PETER, H., *Sozialpolitik und freier Wettbewerb*, in G. SCHMÖLDERS (Hrsg.), *Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese*, Berlin, 1942, p. 199 ss.;

PFEIFFER, T., *Verbot geltungserhaltender Reduktion und ergänzende Vertragsauslegung nach der EU-Klauselrichtlinie*, in *LMK*, 2012, p. 339 ss.;

PICARDI, L., *La causa e il tipo*, in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 302 ss.;

PIEKENBROCK, A., *Die Bedeutung des Herkunftslandprinzips im europäischen Wettbewerbsrecht*, in *GRUR int.*, 2005, p. 1003 ss.;

PIERER VON ESCH, H., *Teilnichtige Rechtsgeschäfte. Das Verhältnis von Parteiville und Rechtssatz im Bereich des § 139 BGB*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1968;

PIETROBON, V., *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969;

PIETROBON, V., *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963;

PINO, G., «*La lotta per i diritti fondamentali*» in *Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in I. TRUJILLO, F. VIOLA (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Bologna, 2007, p. 109 ss.;

PINO, G., *I diritti fondamentali nel prisma dell'interpretazione giuridica*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a S. Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 24 ss.;

PINTORE, A., *La teoria dei concetti giuridici*, Napoli, 1990;

PIRAINO, F., *Il diritto europeo e la giustizia contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 233 ss.;

PIRAINO, F., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 94 ss.;

PIRAINO, F., *L'integrazione del contratto e il precetto della buona fede*, in F. VOLPE (diretto da), *Correzione e integrazione del contratto*, Torino, 2016, p. 175 ss.;

PIRAINO, F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015;

PIRANDELLO, L., *L'umorismo*, in M. LO VECCHIO MUSTI (a cura di), *Saggi*, Milano, 1952;

PIZZORUSSO, A., *Delle fonti del diritto*, Bologna-Roma, 1977;

PLAIA, A., *L'invalidità satisfattiva dell'atto di autonomia privata e dell'atto amministrativo*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 1015 ss.;

PLAIA, A., *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 69 ss.;

PLATONE, *Le leggi VI 757*, in F. FERRARI e S. POLI (a cura di), Milano, 2005;

PODLECH, A., *Gehalt und Funktionem des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlin, 1971;

POLIDORI, S., *Disciplina della nullità ed interessi protetti*, Napoli, 2001;

POPPER, K., *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, London, 1989;

POPPER, K., *La società aperta e i suoi nemici*, 1945, trad. it., Roma, 1973;

POSNER, R.A., *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto, 1986;

POSNER, R.A., *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, in *Stanford L. rev.*, 1998, p. 1551 ss.;

PRAKKEN, H., *Logical Tools for Modelling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*,

Dordrecht-Boston-London, 1997;

PRECHAL, S., SHELKOPYAS, N., *National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijdel to Eco Swiss*, in *Eur. bus. L. rev.*, 2004, p. 591 ss.;

PREMOLI DE MARCHI, P., *Norms without Values. Philosophical Reflections on Carl Schmitt's Tyranny of Values*, in *Phenomenology and Mind*, 2013, p. 138 ss.;

PREUSS, U.K., *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Frankfurt a.M., 1979;

PREUSS, U.K., *The Concept of Rights and the Welfare State*, in G. TEUBNER (a cura di), *Dilemmas of Law in Welfare State*, Berlin, 1986, p. 158 ss.;

PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990;

PRIETO SANCHIS, L., *La teoría del derecho de Principia iuris*, in *Jueces para la democracia*, n. 64, 2009, p. 58 ss.;

PSARO, M., *L'integrazione del contratto*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza, I Contratti un generale*, V, Torino, 2000, p. 220 ss.;

PUCHTA, G.F., *Institutionem*, Leipzig, 1841;

PUCHTA, G.F., *Vorlesung über das heutige römische Recht*, Leipzig, 1847;

PUGLIATTI, S., *Crisi della scienza giuridica*, in ID., *Diritto civile. Metodo-teoria-pratica*, Milano, 1951, p. 697 ss.;

PUGLIATTI, S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935;

PUGLIATTI, S., *Istituzioni di diritto civile*, III, Milano, 1953;

PUGLIATTI, S., *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, p. 82 ss.;

PUGLIATTI, S., *La proprietà e le proprietà. Con riguardo particolare alla proprietà terriera*, in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 145 ss.;

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

PUGLIATTI, S., *La volontà elemento essenziale del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, p. 240 ss.;

PUGLIATTI, S., *Nuovi aspetti del problema della causa nei negozi giuridici e precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in ID., *Diritto civile. Metodo-Teoria-Pratica. Saggi*, Milano, 1951, p. 81 ss.;

PUGLIATTI, S., voce *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 367 ss.;

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de derecho civil. Doctrina general del contrato*, Barcelona, 1954;

PUIG BRUTAU, J., *Introducción al derecho civil*, Barcelona, 1981;

QUADRA SALCEDO, T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981;

QUADRI, R., *Inefficacia delle clausole vessatorie: problemi di qualificazione e relativi riflessi*, in *Dir. giur.*, 1999, p. 81 ss.;

QUESADA SANCHEZ, A.J., *El infravalorado artículo 1258 del Código Civil y su innegable utilidad*, in www.derecho.com, 2002;

QUIGLEY, C., *European Community Contract Law*, London, 1997;

RADBRUCH, G., *Grundzuge der Rechtsphilosophie*, 1914, in ID. e VON A. KAUFMANN, *Gesamtausgabe*, Heidelberg, 1993, p. 46 ss.;

RAISER, L., *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht*, in *Juristenzeitung*, 1961, p. 465 ss.;

RAISER, L., *Funzione del contratto e libertà contrattuale*, in C.M. MAZZONI (a cura di), *Il compito del diritto*

to privato, Milano, 1990, p. 103 ss.;

RAISER, L., *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, Milano, 1989;

RAISER, L., *La costituzione e il diritto privato*, in *Id.*, *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, Milano, 1990, p. 174 ss.;

RAISER, L., *Scienza giuridica e pratica giuridica*, in *Foro it.*, 1965, n. 2;

RAISER, L., *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, in AA.VV., *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, 1860-1960*, I, p. 101 ss.;

RAMM, T., *Die Freiheit der Willensbildung. Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsstruktur der Vereinigung*, Stuttgart, 1960;

RAMONET, I., *La tyrannie de la communication*, 1999, trad. it., *La tirannia della comunicazione*, Trieste, 1999;

RANIERI, F., voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 311 ss.;

RATTI, G.B., *Dos modelos de relevancia normativa*, in J.J.MORESO, M.C. REDONDO (coord.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid-Barcelona, 2007, p. 153 ss.;

RAVÀ, T., *La bilateralità del diritto civile*, in AA.VV., *Studi in memoria di T. Ascarelli*, Milano, 1969, p. 1771 ss.;

RAVAZZONI, A., voce *Diligenza*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1989, p. 2 ss.;

RAWLS, J., *A Theory of Justice*, 1972, trad. it., *Una teoria della giustizia*, Milano, 2008;

RAWLS, J., *Justice as Fairness*, in *The Philosophical Review* 67, 1958, p. 166 ss.;

RAWLS, J., *Liberalismo Politico*, 1993, trad. ita, Milano, 1999;

RAZ, J., *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law of Politics*, Oxford, 1994;

RAZ, J., *Legal Principles and the Limits of Law*, in *Yale J. L.*, 1972, p. 838 ss.;

RAZ, J., *Practical Reason and Norms*, London, 1975;

RAZ, J., *The Concept of a Legal System*, London, 1973;

REDENTI, E., *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, *Dei contratti in generale*, Padova, 1933;

REDONDO, M.C., *Reglas genuinas y positivismo jurídico*, in F. COMANDUCCI, R. GUASTINI (coord.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1998, p. 256 ss.;

REDONDO, M.C., *Teorías del derecho e indeterminación normativa*, in *Doxa*, 1997, p. 177 ss.;

REHBINDER, M., *Status, contratto e società opulente*, in *23 Stanford L. rev.*, 1971, p. 957 ss.;

REICH, N., *Protection of Consumers' Economic Interests by EC Contract Law. Some Follow-up Remarks*, in *28 Sydney L. rev.* 37, 2006, p. 39 ss.;

REIMERS, W., *Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht*, Hamburg, 1958;

RENDE, F., *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012;

RESCIGNO, G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 5 ss.;

RESCIGNO, P., *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1978, p. 116 ss.;

RESCIGNO, P., *Fortuito, causa non imputabile e diligenza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1951, p. 388 ss.;

RESCIGNO, P., *Gramsci e l'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, p. 184 ss.;

RESCIGNO, P., *I contratti in generale*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO e coordinato da A. ZOPPINI, III, *Obbligazioni*, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 2 ss.;

RESCIGNO, P., *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952;

RESCIGNO, P., Introduzione a J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1972, trad.

it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983;

RESCIGNO, P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998;

RESCIGNO, P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 205 ss.;

RESCIGNO, P., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1988;

RESCIGNO, P., *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, c. 224;

RESCIGNO, P., *Relazione conclusiva*, in *Accademia Nazionale dei Lincei, Atti dei convegni lincei (1996), Convegno sul tema: I principi generali del diritto*, Roma, 1992, p. 341 ss.;

RESTIVO, C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007;

REYES LÓPEZ, M.J., *Manual de Derecho Privado de Consumo*, Madrid, 2009;

RIBEIRO SOUSA, A., *Modernismo e pós-modernismo. O ponto da situação*, in *Rev. crít. ciên. soc.*, 1988, p. 23 ss.;

RICCOBONO, S., voce *Aequitas*, in *Nuovo dig. it.*, I. Torino, 1937, p. 215 ss.;

RICHMOND, C., *Preserving the Identify Crisis: Autonomy, System and Sovereignty in European Law*, in *Law phil.*, 1997, p. 377 ss.;

RICHTER, R., FURUBOTN, E., *Neue Institutionenökonomik. Eine Einführung und Kritische Würdigung*, Tübingen, 1999;

RIDOLA, P., *Sussidiarietà e Democrazia*, in G. DE MARTIN (a cura di), *Sussidiarietà e Democrazia, esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2008, p. 27 ss.;

RITTER, G., *Il volto demoniaco del potere*, Bologna, 1958;

RIZZI, A., *Interpretazione del contratto e dello statuto societario*, Milano, 2002;

RIZZO, F., Art. 1374 c.c., in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, I, Napoli, 2010, p. 791 ss.;

RIZZO, V., *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983;

RIZZO, V., *Contratto e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 349 ss.;

RIZZO, V., *Fonti del diritto, «interpretazione» ed «applicazione» della legge. Interpretazione ed applicazione del contratto*, Camerino, 1991, p. 329 ss.;

RIZZO, V., *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985;

RIZZO, V., *La trasparenza nei contratti del consumatore*, Napoli, 1997;

ROCA GUILLAMÓN, J., *Comento al art. 1258 c.c.*, in M. ALBALADEJO e S. DÍAZ ALABART (diretto da), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, 1993, p. 425 ss.;

ROCCO, A., *Che cosa è il nazionalismo e che cosa vogliono i nazionalisti*, in A. ROCCO, *Scritti e discorsi politici*, Milano, 1938, p. 84 ss.;

ROCCO, A., *Il congresso nazionalista di Roma (1919)*, in A. ROCCO, *Scritti e discorsi politici*, Milano, 1938, p. 478.;

RÓDENAS, Á., «Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial», in *Doxa*, 1998, p. 99 ss.;

RÖDL, F., *Contractual Freedom, Contractual Justice, and Contract Law (Theory)*, in *76 Law cont. Probl.*, 2013, p. 59 ss.;

RODOTÀ, S., *Ideologie e tecniche nella riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 83 ss.;

RODOTÀ, S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012;

RODOTÀ, S., *Il principio di buona fede e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1965, p. 149 ss.;

RODOTÀ, S., *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964;

RODOTÀ, S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709 ss.;

RODOTÀ, S., *Il terribile diritto*, Bologna, 1971;

RODOTÀ, S., *Le clausole generali*, in G. ALPA, M. BESSONE (diretto da), *I contratti in generale*, Torino, 1991, p. 406 ss.;

RODOTÀ, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969;

RODOTÀ, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004;

RODOTÀ, S., *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim.*, 1960, p. 1252 ss.;

RODOTÀ, S., *Presentazione*, in S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Bologna, 1977;

RODOTÀ, S., *Quale equità?*, in AA.VV., *L'equità*, Milano, 1975, p. 49 ss.;

RODOTÀ, S., *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992;

RODOTÀ, S., voce *Diligenza*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 542 ss.;

RODRÍGUEZ CÁRCAMO, J.M., *El TJUE confirma que los jueces españoles deben aplicar la limitación de los intereses de demora de los préstamos hipotecarios*, in *La Ley*, 2015;

RODRÍGUEZ PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986;

RODRÍGUEZ, J., *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, 2002, p. 76 ss.;

RODRÍGUEZ, J.M., *Notas sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto a las cláusulas abusivas*, in *La Ley*, 2016;

ROKEACH, M., *The nature of human values*, New York, 1973;

ROMAGNOLI, E., *Notazioni in tema di autonomia funzionale (Premesse ad uno studio sul prezzo d'uso e sul prezzo di scambio dei terreni agrari)*, Napoli, 1965;

ROMANO, S., *Autonomia privata*, Milano, 1957;

ROMANO, S., *Autonomia*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947;

ROMANO, S., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961;

ROMANO, S., *Ordinamento sistematico del diritto privato*, Napoli, 1964;

ROMANO, S., *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, p. 171 ss.;

ROMANO, S., voce *Abuso del diritto (diritto attuale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 168 ss.;

ROMANO, S., voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 677 ss.;

ROMANO, S., voce *Equità*, in *Enc. dir.*, Milano, 1966, p. 95 ss.;

RÖPKE, W., *German Commercial Policy*, London, 1934;

ROPPO, E., *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 707 ss.;

ROPPO, V., *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 2017;

ROPPO, V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 786 ss.;

ROPPO, V., *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una riflessione della teoria del contratto?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 599 ss.;

ROPPO, V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2005;

ROPPO, V., *Il contratto*, in G. IUDICA E P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011;

ROPPO, V., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Riv. dir.*

civ., 1994, p. 277 ss.;

ROPPA, V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 680 ss.;

ROSCHER, F., *Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, Dargestellt am beispiel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Berlin, 1974;

ROSS, A., *On Law and Justice*, 1958, trad. it., *Diritto e giustizia*, Torino, 1990;

ROSS, A., *Tū-tū*, in *Harvard Law Review*, 1956-1957, p. 822 ss.;

ROSSI CARLEO, L., *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 358 ss.;

ROSSI CARLEO, L., *Il diritto dei consumi in Italia*, in ID. (a cura di), *Diritto dei consumi. Soggetti, atto, attività, enforcement*, Torino, 2015, p. 12 ss.;

ROTELLI, E., SCHIERA, P., *Lo Stato moderno*, III, Bologna, 1971;

ROTH, G.H., *Commento al § 242 BGB*, in *Müchener Kommentar zum BGB, Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, München, 1994, p. 122 ss.;

ROTONDI, M., *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1936;

ROTONDI, M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, p. 105 ss.;

ROTT, P., *Case note on Banco Español de credito v. Joaquín Calderón Camino*, in *ERCL*, 2012, p. 476 ss.;

ROTT, P., *German Law on Family Suretyships: An Overrated System*, in A. COLOMBI CIACCHI (a cura di), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Baden-Baden, 2007, p. 51 ss.;

ROTTOLA, A., *L'effettività dell'ordinamento comunitario e del suo sistema giurisdizionale*, Bari, 2008;

ROUSSEAU, J.J., *Del contratto sociale*, 1762, trad. it., in P. ROSSI (a cura di), *Opere*, Firenze, 1972;

RUBINO, D., *La compravendita*, Milano, 1952;

RUBINO, D., *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Mon. cred.*, 1948, p. 530 ss.;

RUBINO, D., *Valutazione degli interessi nell'interpretazione della legge*, in AA.VV., *Scritti in onore di Carnelutti*, I, Padova, 1950, p. 246 ss.;

RUGGERI, A., *Ragionevolezza e valori attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2001, p. 567 ss.;

RUGGERI, L., *La prassi mercantile nella contrattazione internazionale*, Napoli, 1994;

RUIZ MIGUEL, A., *Filosofia y derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, 1983;

RUSSO, E., *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000;

RUSSO, E., *La legge e le fonti del diritto*, in E. RUSSO (a cura di), *Interpretazione della legge civile e «ragione giuridica». Atti delle giornate di studio (Roma 21-23 marzo 2002)*, Padova, 2003, p. 126 ss.;

RUSSO, E., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 575 ss.;

RÜSTOW, A., *Interessenpolitik oder Staatspolitik*, in *Der Deutsche Volkswirt*, 1932, p. 6 ss.;

SACCO, R., «*Diligenza del buon padre di famiglia*» e fatto imputabile al debitore, in *Foro pad.*, 1951, p. 923 ss.;

SACCO, R., voce *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, 1987, p. 517 ss.;

SACCO, R., DE NOVA, G., *Il contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2012;

SACCO, R., voce *Giustizia contrattuale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2012, p. 534 ss.;

SACCO, R., *I principi generali nei sistemi giuridici europei*, in *Accademia Nazionale dei Lincei, Atti dei*

convegni lincei (1996), Convegno sul tema: I principi generali del diritto, Roma, 1992, p. 163 ss.;

SACCO, R., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* Vassalli, Torino, 1975, p. 510 ss.;

SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1992;

SACCO, R., *L'integrazione*, in *Obbligazioni e contratti*, II, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 10, Milano, 2018, p. 547 ss.;

SACCO, R., *L'abuso della libertà contrattuale*, in G. FURGIUELE (a cura di), III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 217 ss.;

SACCO, R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949;

SACCO, R., *La dottrina, fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, p. 457 ss.;

SACCO, R., *La presunzione di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, p. 5 ss.;

SALEILLES, R., *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901;

SALVI, C., *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano, 1978;

SALVI, C., *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 442 ss.;

SÁNCHEZ LORENZO, S.A., *Derecho contractual comparado*, Pamplona, 2009;

SANTAGATA, R., *La nuova disciplina sui contratti del turismo organizzato nel codice del turismo «dimidiatato»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1118 ss.;

SANTORO PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966;

SANTORO PASSARELLI, F., *L'autonomia dei privati nel diritto dell'economia*, in *Dir. econ.*, 1956, p. 1215 ss.;

SANTORO PASSARELLI, F., *Validità del contratto con clausola-oro*, in *Foro it.*, 1949, I, c. 39;

SANTORO PASSARELLI, F., *Variazioni sul contratto*, in *Riv. trim.*, 1970, p. 1 ss.;

SANTOS, B.S., *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, London, 1995;

SARACINI, E., *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971;

SARAT, A., KEARNS, T.R., *Law in Everyday Life*, Ann Arbor, 1993;

SARTOR, G., «Defeasibility in Legal Reasoning», in Z. BANKOWSKI (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht-Boston-London, 1995, p. 144 ss.;

SARTORI, G., *Pluralismo, multiculturalismo e estranei*, Milano, 2000;

SATTA, S., *Commento al codice di procedura civile. Libro I*, Milano, 1959;

SATTA, S., *Il diritto questo sconosciuto*, in ID., *Il mistero del processo*, Milano, 1994, p. 114 ss.;

SATTA, S., *Metodo nel diritto*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, III, Padova, 1970, p. 140 ss.;

SAUTER, W., *The Economic Constitution of the European Union*, in *Columbia J. of EuL.*, 1998, p. 27 ss.;

SCACCIA, G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel diritto costituzionale*, Milano, 2000;

SCAGLIONE, F., *L'abuso del diritto nel contratto*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 237 ss.;

SCALISI, V., *Autonomia privata e regole di validità. Le nullità conformative*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo Di Majo*, Napoli, 2012, p. 649 ss.;

SCALISI, V., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005;

SCALISI, V., *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 251 ss.;

SCALISI, V., *Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo: quadro di sintesi*, in V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. invalidità e inefficacia nella trascrizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p.

449 ss.;

SCALISI, V., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in Id., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 127 ss.;

SCANNICCHIO, N., *Diritto civile, diritto europeo, diritto comparato e unificazione del diritto delle obbligazioni. Uno sguardo dal Ponto*, in *Quaderni di diritto privato europeo*, Bari, 1998, p. 63 ss.;

SCANNICCHIO, N., *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1996, p. 60 ss.;

SCARPELLI, U., «*Il permesso, il dovere, e la completezza degli ordinamenti normativi*», in *Riv. trim.*, 1963, p. 1634 ss.;

SCARPELLI, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965;

SCARPELLI, U., *Etica senza verità*, Bologna, 1982;

SCAVONE, F., *Le clausole abusive e gli effetti della declaratoria di nullità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: il caso Kasler c. OTP Jelzalogbank Zrt*, in *Contr. impr./Eur.*, 2014, p. 875 ss.;

SCHAUER, F., «*On the Supposed Defeasibility of Legal Rules*», in M.D.A. FREEMAN (ed.), *Current Legal Problems*, vol. 51. *Legal Theory at the End of the Millennium*, Oxford-New York, 1998, p. 236 ss.;

SCHAUER, F., *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Roma, 2016;

SCHAUER, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, 1991;

SCHELER, M., *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik. Neur Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus*, 1913, trad. it., *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori*, Milano, 2013;

SCHININÀ, M., *I principi immodificabili dell'ordinamento nel sistema delle fonti di diritto privato*, in N. LIPARI (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Napoli, 2006, p. 9 ss.;

SCHLESINGER, P., *Complessità del procedimento di formazione del consenso e unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim.*, 1964, p. 1349 ss.;

SCHLESINGER, P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, c. 230;

SCHLESINGER, P., *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 561 ss.;

SCHLESINGER, P., *Mercato, diritto privato, valori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 325 ss.;

SCHMITT, C., *Der Begriff des Politischen*, 1932, trad. it., *Le categorie del «politico»*, Bologna, 1972;

SCHMITT, C., *Die Tyrannei der Werte*, Struttgart, 1967, trad. it., *La Tirannia dei valori*, Milano, 2008;

SCHMITT, C., *Grundrechte und Grundpflichten*, 1932, in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, 1973, p. 190 ss.;

SCHÖNFELD, W., *Der Kampf wider das subjektive Recht*, in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1937, p. 107 ss.;

SCHREIER, F., *Die Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte*, Leipzig-Wien, 1927;

SCHULZ, F., *Der Irrtum in Beweggrund bei der testamentarischen Verfügung*, in *Gedächtnisschrift für Sechel*, 1927, p. 74 ss.;

SCHUMPETER, J.A., *Capitalismo, socialismo e democrazia*, 1954, trad. it., Milano, 1955;

SCHWABE, J., *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: Zur Einwirkung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*, München, 1971;

SCHWARTZ, A., *Relational contracts in the Courts; an Analysis and judicial strategies*, in *Journ. of Legal*

Studies, 1992, p. 271 ss.;

SCHWARZ, G., *Rechtssubjekt und Rechtszweck. Eine Revisione der Lehre von den Personen*, in *Arch. Bürg. Recht*, 32, 1908, p. 34 ss.;

SCIALOJA, A., *Natura ed efficacia dei cosiddetti usi cantonieri*, in *Foro it.*, 1950, I, p. 364 ss.;

SCIALOJA, V., *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Id.*, *Studi giuridici*, III, Roma, 1932, p. 1 ss.;

SCIANCELEPORE, G., *Autonomia negoziale e clausole d'uso*, Napoli, 1998;

SCIOLLA, L., voce *Valori*, in *Enc. Treccani delle scienze sociali*, VIII, Roma, 1998, p. 750 ss.;

SCODITTI, E., *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035 ss.

SCOGNAMIGLIO, C., «*Statuti*» *dell'autonomia privata e regole ermeneutiche nella prospettiva storica e nella contrapposizione tra parte generale e disciplina di settore*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 1017 ss.;

SCOGNAMIGLIO, C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992;

SCOGNAMIGLIO, C., *L'integrazione del contratto*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato dei contratti*, in G. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, Torino, 1999, p. 1019 ss.;

SCOGNAMIGLIO, R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950;

SCOGNAMIGLIO, R., *Dei contratti in generale*, in *Id.*, *Commentario al codice civile*, Bologna, 1970;

SCOGNAMIGLIO, R., *Negozio giuridico. I) Profili generali*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 6 ss.;

SEN, A. e WILLIAMS, B., *Utilitarianism and Beyond*, trad. it., *Utilitarismo e oltre. Giustizia, benessere, diritti nell'era del mercato globale*, Milano, 2002;

SERENI, A.P., *L'«equity» negli Stati Uniti*, in *Id.*, *Studi di diritto comparato*, I, Milano, 1956, p. 67 ss.;

SERRANO FERNÁNDEZ, M., *Las reglas de interpretación de los contratos en el proceso de construcción del derecho privado*, Valencia, 2012;

SERRANO FERNANDEZ, M., *Estudio de Derecho comparado sobre la interpretación de los contratos. ¿Hacia una unificación de la hermenéutica contractual?*, Valencia, 2005;

SERVAN SCHREIBER, J.J., *Le défi mondial*, Paris, 1980;

SIBER, H., *Auslegung und Anfechtung der Verfügungen von Todes wegen*, in VON O. SCHREIBER (Hrsg.), *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, III, Berlin-Leipzig, 1929, p. 353 ss.;

SIMON, H.A., *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985;

SIMONCELLI, V., *Istituzioni di diritto privato*, Roma, 1929;

SINGER, M.G., *Generalisation in Ethics*, New York, 1961;

SIRENA, P. e ADAR, Y., *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Osserv. dir. civ. e comm.*, 2014, p. 3 ss.;

SIRENA, P., *L'europeizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *Osserv. dir. civ. e comm.*, 2014, p. 12 ss.;

SIRENA, P., *L'integrazione di diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 794 ss.;

SIRGIOVANNI, B., *Commento all'art. 88*, in G. VETTORI (a cura di), *Commentario al codice del consumo*, Padova, 2007, p. 710 ss.;

SLATER, D., *Consumer Culture and Modernity*, Cambridge, 1997;

SMITH, A., *La ricchezza delle nazioni*, 1776, Roma, 2005;

SMORTO, G., *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 325 ss.;

SMURAGLIA, C., *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1957;

- SOLARI, G., *Socialismo e diritto privato*, Milano, 1980;
- SOMMA, A., *Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo: cronaca di un conflitto insanabile*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 263 ss.;
- SOMMA, A., *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 80 ss.;
- SOMMA, A., *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Milano, 2007;
- SOMMA, A., *Liberali in camicia nera*, in A. MAZZACANE, A. SOMMA e M. STOLLEIS (a cura di), *Il corporativismo nelle dittature sudeuropee*, Frankfurt a.M., 2005, p. 63 ss.;
- SOMMA, A., *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Torino, 2005;
- SORRENTINO, F., *Profili costituzionali nell'integrazione comunitaria*, Torino, 1994;
- SPENA, A., *Commento all'art. 117*, in M. PORZIO, F. BELLI, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO (a cura di), *Commentario al Testo unico bancario*, Milano, 2010, p. 971 ss.;
- SPOTA, A., *Contratos*, II, Buenos Aires, 1981, p. 73 ss.;
- SPOTO, G., *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012;
- SPOTO, G., *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 249 ss.;
- STAMMLER, R., *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1897;
- STARCK, C., *Die Anwendung des Gleichheitssatzes*, in C. LINK (a cura di), *Gleichheit im modernen Verfassungsstaat*, Baden-Baden, 1982, p. 61 ss.;
- STAUDENMAYER, D., *Weitere Schritte im Europäischen Vertragsrecht*, in *EuZW*, 2005, p. 103 ss.;
- STELLA RICHTER, G., *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim.*, 1967, p. 412 ss.;
- STOCKER, M., *Plural and Conflicting Values*, Oxford, 1990;
- STOLFI, G., *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giur. it.*, 1948, p. 41 ss.;
- STOLFI, G., *Il principio di buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, p. 163 ss.;
- STOLFI, G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947;
- STOLFI, N., *La rivoluzione francese e la guerra mondiale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1922, p. 388 ss.;
- STOLL, H., *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *Arch. civ. Prax.*, 1932, p. 257 ss.;
- STRAUB, B., *Zur Tyrannei der Werte*, Stuttgart, 2010;
- STREIT, M.E., MUSSLER, W., *The Economic Constitution of the European Community. From «Rome» to «Maastricht»*, in *Eur. L. J.* 1, 1995, p. 5 ss.;
- STUYCK, J., *European Consumer Law after the Treaty of Amsterdam: Consumer Policy in or beyond the Internal Market?*, 37 *Comm. Market L. Rev.*, 2000, p. 367 ss.;
- TAMBURRINO, G., *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954;
- TARDIA, I., *Interessi non patrimoniali e patti sanzionatori*, Napoli, 2006;
- TAYLOR, C., *Sources of the Self. The Making of Modern Identity*, Cambridge, 1989, trad. it., *Radici dell'io. La costruzione dell'identità moderna*, Milano, 1993;
- TEDESCHI, G., *Volontà privata autonoma*, in *Riv. int. fil dir.*, 1929, p. 815 ss.;
- TERRÉ, F., SIMLER, P., LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1999;
- TEUBNER, G., *Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken*, in *KritV*, 2000, p. 388 ss.;
- TEUBNER, G., *Sub Par. 242*, in *BGB – Alternativkommentar*, Neuwied, 1980, p. 44 ss.;
- THALER, R.H., SUSTEIN, C.R., *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, New Ha-

ven, 2008;

THON, A., *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, Padova, 1951;

THON, A., *Rechtsnorm und subjective Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, 1878;

TOFFLER, A., *Future Shock*, New York, 1971, trad. it., *Lo choc del futuro*, Milano, 1988;

TOFFLER, A., *Powershift: Knowledge, Wealth and Violence at the Edge of 21st Century*, New York, 1990;

TOFFLER, A., *The Third Wave*, New York, 1980, trad. it., *La terza ondata*, Milano, 1987;

TORRENTE, A., *Sugli usi di vendita dei filati di cotone*, in *Foro pad.*, 1950, I, c. 451;

TRABUCCHI, A., *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, p. 495 ss.;

TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1966;

TRENTIN, R., *Gli atteggiamenti sociali. Teoria e ricerca*, Torino, 1991;

TRIMARCHI, M., *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, in AA.Vv. (a cura di), *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione. Convegno in onore del Prof. Vincenzo Scalisi (Messina 27-28 maggio 2016)*, Milano, 2017, p. 34 ss.;

TRIMARCHI, M., *Usi*, in S. MARTUCCELLI e V. PESCATORE (a cura di), *Diritto civile*, Milano, 2011, p. 1811 ss.;

TRIPICCIONE, L., *L'equità nel diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1925, p. 39 ss.;

TROCKER, N., *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 361 ss.;

TULLIO, L., *Dal sovrano alla sovranità. Stato e Costituzione nell'integrazione europea*, in O. BEAUD, *La potenza dello Stato*, Napoli, 2002, p. 483 ss.;

TULLY, J., *Strange Multiplicity. Constitutionalism in a Age of Diversity*, Cambridge, 1995;

TURNER, B.S., *Theories of Modernity and Postmodernity*, London, 1991;

UDA, G.M., *Integrazione del contratto, solidarietà sociale e correttezza delle prestazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, p. 301 ss.;

UNGER, R., *The Critical Legal Studies Movement*, in *Harvard L. Rev.* 96, 1986, p. 561 ss.;

VALDÉS DAL RÉ, F., *Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador*, in *Rel. lab.*, 1990, p. 289 ss.;

VALENTINO, D., *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999;

VALENTINO, D., *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996;

VALLE, L., *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004;

VALLE, L., *La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale*, in *Contr. impr./Eur.*, 2014, p. 101 ss.;

VANNI, I., *Lezioni di filosofia del diritto*, Bologna, 1920;

VARELA DÍAZ, S., *La idea de deber constitucional*, in *Rev. esp. der. const.*, 1982, p. 71 ss.;

VASSALLI, F., *Sommario delle lezioni sulla teoria del negozio giuridico*, Roma, 1934;

VATTIER FUENZALIDA, C., *La interpretación integradora del contrato en el Código Civil*, in *An. der. civ.*, Madrid, 1987, p. 495 ss.;

VEGAS LÓPEZ, J., *La equidad según Ferrajoli y la equidad según Aristóteles: una comparación crítica*, in *Doxa*, 2013, p. 229 ss.;

VELLUZZI, V., *Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti*, in *Ordines*, 2018, p. 20 ss.;

VELLUZZI, V., *L'abuso del diritto dalla prospettiva della filosofia giuridica*, in G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016, p. 169 ss.;

VENEZIAN, G., *La causa nei contratti*, Roma, 1892;

VENUTI, M.C., *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004;

VERGA, A., *Errore e responsabilità nei contratti*, Padova, 1941;

VETTORI, G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.;

VETTORI, G., *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 693 ss.;

VETTORI, G., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999;

VIARENGO, I., *Diritto comunitario e valori fondamentali tra sindacato di costituzionalità e controllo di validità della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 367 ss.;

VIEHWEG, T., *Topik und Jurisprudenz*, 1953, trad. it., *Topica e Giurisprudenza*, Milano, 1962;

VILLA, G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993;

VILLA, G., *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in G. GITTI, G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 129 ss.;

VILLANACI, G., *La buona fede oggettiva*, Napoli, 2013;

VILLANI, A., *Le chiavi del postmoderno: un dialogo a distanza*, Napoli, 1988;

VIOLA, F., *Il futuro del diritto. Lectio magistralis di conmiato – 26 novembre 2012*, in www.acedemia.edu;

VIOLA, F., *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, in *Ragion pratica*, 2010, p. 4 ss.;

VIOLA, F., *La comunità interpretativa nel diritto e nella teologia*, in *Hermeneutica*, 1988, p. 21 ss.;

VIOLA, F., voce *Diritti umani*, in *Enciclopedia filosofica*, III, Milano, 2006, p. 2931 ss.;

VISINTINI, G., *Inadempimento e mora del debitore*, Milano, 1987;

VISINTINI, G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996;

VISMARA, F., *Interpretazione pregiudiziale comunitaria e processo tributario*, Milano, 2008;

VITALE, E., *Taylor; Habermas, Sen: Multiculturalismo, stato di diritto e disegualianza*, in *Teoria politica*, 1995, p. 65 ss.;

VITI, V., *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013;

VITUCCI, P., *Contenuto minimo e conclusione del contratto*, in *Foro pad.*, 1968, p. 481 ss.;

VITUCCI, P., *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968;

VOLPE, F., *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004;

VON HIPPEL, E., *Die Kontrolle der Vertrasfreiheit nach anglo-amerikanischen Recht*, Frankfurt a.M., 1963;

VON HIPPEL, E., *Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte*, Berlin, 1965;

VON JHERING, R., *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1888;

VON RÜMELIN, M., *Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiet des Privatrechts*, in *Arch. civ. Prax.*, 1924, p. 151 ss.;

VON SAVIGNY, F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840, trad. it., *Sistema del diritto romano attuale*, Milano, 2010;

VON WRIGHT, G.H., *Wittgenstein on Certainty*, in G.H. VON WRIGHT (a cura di), *Problems in the Theory of Knowledge*, The Hague, 1972, p. 58 ss.;

WAGNER, G., *Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht. Was bleibt von der Privatautonomie?*, in U. BLAUROCK, G. HAGER (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, Baden-Baden, 2010, p. 13 ss.;

WAGNER, G., *Zwingendes Privatrecht*, in H. EIDENMÜLLER et al. (Hrsg.), *Revision des Verbraucher. Acquis*, Tübingen, 2011;

WALZER, M., *Thin and Thick. Moral Argument at Home and Abroad*, New York, 1994;

WEATHERILL, S., *EU Consumer Law and Policy*, Cheltenham-Northampton, 2005;

WEATHERILL, S., *The Constitutional Competence of the EU to Deliver Social Justice*, in *ERCL* 136, 2006, p. 154 ss.;

WEBER, M., *Law in economy and society*, 1925, Cambridge Mass., 1966;

WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, trad. it., *Economia e società*, in M. WEBER, *Teorie delle categorie sociologiche*, Milano, 1968, p. 18 ss.;

WEBER, R., *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen*, in *Arch. civ. Prax.*, 1992, p. 516 ss.;

WEILER, J.H.H., *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999;

WENDENBURG, A., *Verbraucherrecht: Prüfung missbräuchlicher Klauseln im Mahnverfahren und geltungserhaltende Reduktion*, in *EuZW*, 2012, p. 754 ss.;

WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1986;

WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit; unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1967, trad. it., *Storia del diritto privato moderno con particolare riferimento alla Germania*, Milano, 1967;

WIELSCH, D., *The Function of Fundamental Rights in EU Private Law. Perspectives for the Common European Sales Law*, in *ERCL*, 2014, p. 365 ss.;

WINDSCHEID, B., *Il diritto delle Pandette*, trad. it., Torino, 1902;

WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a.M., 1906;

WITTGENSTEIN, L., *Philosophische Untersuchungen*, in L. WITTGENSTEIN, *Schriften*, I, Frankfurt a.M., 1969;

WITTGENSTEIN, L., *Über die Gewißheit*, 1970, trad. it., *Della certezza*, Torino, 1978;

WOLF, K.L.M. e NEUNER, J., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2012;

WOLF, K.L.M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1982;

YOUNG, I.M., *Justice and the Politics of Difference*, 1990, trad. it., *Le politiche della differenza*, Milano, 1996;

ZACCARIA, A., *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 367 ss.;

ZACCARIA, G., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990;

ZACCARIA, G., *L'ermeneutica e la teoria del diritto*, in ID., *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, p. 105 ss.;

ZACCARIA, G., *La giurisprudenza come fonte di diritto*, in ID., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, p. 1 ss.;

ZAGREBELSKY, G., *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quad. fiorentini*, 2012, p. 865 ss.;

ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite*, Torino, 1992;

ZARRO, M., *L'evoluzione del dibattito sulla Drittwirkung tra Italia e Germania*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1013 ss.;

ZENO ZENCOVICH, V. e PAGLIETTI, M.C., *Il diritto processuale dei consumatori. L'influenza del diritto dei consumi sul diritto processuale. Postilla a Calais-Auloy, 20 anni dopo*, in AA.VV., *Obligations, Procès et droit savant. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Beauchard*, Poitiers, 2013, p. 150 ss.;

ZENO ZENCOVICH, V., *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra «contratti commerciali» e «contratti dei consumatori»)*, in *Giur. it.*, 1993, p. 57 ss.;

- ZENO ZENCOVICH, V., *Il diritto privato europeo*, in E. AUTORINO (a cura di), *L'insegnamento dei sistemi giuridici comparati, Quaderno n. 13 del Dipartimento di diritto dei rapporti civili ed economici nei sistemi giuridici contemporanei*, Salerno, 1998, p. 25 ss.;
- ZICCARDI, F., *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim.*, 1969, p. 108 ss.;
- ZICCARDI, P., *Diritto internazionale odierno, nozione e contenuto*, Milano, 1964;
- ZITELMANN, E., *Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines B.G.B.*, Berlin, 1889;
- ZITELMANN, E., *Internationales Privatrecht*, II, Leipzig, 1912;
- ZITELMANN, E., *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879;
- ZOPPINI, A., *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da N. LIPARI e P. RESCIGNO, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 73 ss.;
- ZOPPINI, A., *Il diritto privato e le «libertà fondamentali». Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 732 ss.;
- ZWEIGERT, Z., KÖTZ HEIN, H., *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 2011.