

Giurisprudenza per principi e autonomia privata

a cura di

Salvatore Mazzamuto e Luca Nivarra

*Atti del Convegno dell'Unione dei Privatisti
Roma 30 ottobre 2015 - Università degli Studi Roma Tre*



G. Giappichelli Editore – Torino

RELAZIONE INTRODUTTIVA

di *Luca Nivarra*

1. La connessione che il titolo del Convegno istituisce tra "principi" e "autonomia contrattuale" individua, in modo sintetico ed efficace, la questione sulla quale dovrebbe concentrarsi, sia pure da una pluralità di prospettive, la riflessione odierna. Naturalmente, il vero demiurgo del titolo, ciò che ne anima il senso profondo, è la "giurisprudenza", da intendersi secondo l'uso nostrano del termine, come sinonimo dell'insieme delle pronunce delle corti nazionali e, ormai, anche della Corte di Giustizia. La scomposizione del titolo del Convegno è propedeutica ad una riformulazione più fluida del tema che, in definitiva, è quello della incidenza sempre maggiore della regola di fonte giudiziale sulla regola di fonte contrattuale: una incidenza che si manifesta, e si concretizza, attraverso un ricorso sempre più diffuso, ai "principi" (nozione all'interno della quale, almeno negli intendimenti dei promotori del Convegno, devono ritenersi incluse anche le "clausole generali"), ovvero ad enunciati normativi per definizione caratterizzati da una notevole angustia descrittiva e da una speculare indeterminazione prescrittiva (per usare la vecchia nomenclatura di Hare, un frastico leggero e un neustico pesante). È bene precisare che la "pesantezza" del neustico non discende da una proprietà, apprezzabile sul piano linguistico, della componente prescrittiva dell'enunciato, secondo la tassonomia bobbiana che distingue e ordina i vari gradi della prescrittività in ragione della loro forza, quanto, piuttosto, dall'effetto, apprezzabile sul terreno politico-istituzionale, di devoluzione ai giudici di un segmento della funzione nomotetica, ovvero di costruzione della regola del caso di specie.

In via di prima approssimazione, dunque, il trinomio "giurisprudenza", "principi", "autonomia contrattuale" riassume, e descrive, ellitticamente, un processo di riscrittura dei rapporti tra ordinamento giuridico e libertà negoziale, al quale si accompagna (rappresentandone, per la verità, lo specifico modo di essere) la revisione, tanto profonda quanto, specie in alcuni passaggi, caotica, di alcuni importanti protocolli dogmatici (basti pensare all'ormai sistematica ibridazione di regole di validità e regole di responsabilità). Anche a rischio di risultare enfatico, mi sembra di poter dire che, per le forme in cui si manifesta, questo capito-

lo della relazione tra autorità e libertà rappresenti un inedito nella vicenda delle istituzioni giuridiche della modernità, almeno per quel che attiene al diritto civile e, certamente, per quello che riguarda il caso italiano. Vorrei provare a corroborare questa mia affermazione attraverso un rapido scrutinio dei modi attraverso i quali, storicamente, quella relazione si è incarnata.

All'epoca dello stato liberale, era la legge a fissare i limiti o, per meglio dire, le condizioni in presenza delle quali l'atto di autonomia privata, ovvero la concreta, puntuale manifestazione della libertà contrattuale, poteva dispiegare i suoi effetti. Si tratta di enunciati costitutivi della giuridicità del fenomeno regolato o, quantomeno, della sua rilevanza per il diritto positivo. Indicare a quali condizioni il contratto può dirsi perfezionato equivale a dire cosa sia un contratto per l'ordinamento; ad un livello appena inferiore si collocano quelle disposizioni che prescrivono la ricorrenza di taluni requisiti o il possesso, in capo a questi ultimi, di talune proprietà (la forma, la forma scritta, la causa, la causa lecita, l'oggetto, l'oggetto possibile e lecito). Il livello ulteriore è occupato dalle vere e proprie regole del gioco, ossia da quelle norme che presiedono alla formazione di un contratto immune, il più possibile, da anomalie cognitive (endogene o esogene) le quali pregiudicano il raggiungimento di un assetto negoziale efficiente, sto parlando, come ovvio, dei vizi della volontà ai quali va aggiunta la rescissione in quanto rimedio che interviene, rimuovendolo, su un assetto di interessi la cui irrazionalità economica non solo è conclamata ma è anche asseverata da fattori esterni (stato di necessità, stato di bisogno) la cui ricorrenza consente di escludere che lo squilibrio delle prestazioni sia riconducibile alla volontà delle parti.

Questo modello traduce fedelmente la perfetta sintesi di giuspositivismo e giusnaturalismo che è alla base delle codificazioni moderne e di cui la relazione tra potere statale e potere privato rappresenta il banco di prova più significativo. Il carattere mimetico della disciplina cui viene assoggettata l'autonomia contrattuale emerge a tutti e tre i livelli di regolazione prima richiamati: condizioni minime di accesso all'efficacia di legge tra le parti, regole del gioco ispirate ad un'idea, anch'essa minima, di giustizia puramente procedurale e, infine, reazione allo squilibrio economico tra le prestazioni limitata alle sole ipotesi di *laesio* doppiamente abnorme, sia sotto il profilo quantitativo sia sotto il profilo qualitativo, ovvero delle cause generatrici dello squilibrio medesimo.

Il modello mimetico può essere accostato alla concezione lockeana del rapporto tra stato di natura e società civile. La fase successiva, viceversa, ha un'impronta più marcatamente hobbesiana. La relazione stato-autonomia privata si arricchisce, infatti, di una vistosa componente decisionistica che si traduce in un atteggiamento correttivo delle deliberazioni dell'autonomia privata allorché queste ultime appaiano difformi dalla *ratio* schiettamente politica che ispira la misura ortopedica. Il richiamo ad Hobbes è, naturalmente, una forzatura. Però

coglie, sia pure per eccesso, un dato reale da ravvisarsi nell'esigenza di coinvolgere il diritto privato in una più ampia strategia di regolazione politica del conflitto sociale, tipica della stagione postprotoliberal.

Infine, assistiamo ad un'evoluzione del rapporto tra autorità pubblica e autonomia privata in cui i limiti posti dalla prima alla seconda perseguono l'obiettivo di accorciare le distanze che separano il *Sein* dal *Sollen*, il modo in cui il mercato funziona dal modo in cui il mercato dovrebbe funzionare. La disciplina del contratto, oggi, è un segmento della più generale *policy* proconcorrenziale che ispira l'azione del nuovo sovrano, ossia l'UE e la sua Commissione. L'idea di fondo è che la singola transazione può essere il cavallo di troia di strategie aziendali intese a scollegare il profitto da un efficientamento dell'offerta (come nel caso delle clausole abusive o anche in quello della vendita dei beni di consumo), ovvero lo strumento attraverso il quale avvalersi della propria posizione di forza sul mercato per lucrare un profitto opportunistico ancora una volta sconnesso da una specifica *performance* imprenditoriale (caso classico quello dell'abuso di dipendenza economica).

A ciascuna di queste tre stagioni corrispondono tre distinti modi di essere del "limite". Nel primo caso, il "limite" non è, in realtà, un vero "limite": si tratta, come ho già anticipato, di una regola costitutiva nel senso che essa trasforma il modo normale di funzionare dell'autonomia privata in un processo idoneo a generare atti (le "fattispecie") impegnative non solo e non tanto per le parti quanto, piuttosto, e in primo luogo, per l'ordinamento giuridico (gli "effetti"), nel senso che quest'ultimo è tenuto a mobilitare la risorsa di cui dispone in esclusiva (la forza) per garantire l'attuazione della promessa. L'indice più chiaro dell'assenza di un vero limite è offerto, qui, dalla circostanza che non vi è contrapposizione tra *Sein* e *Sollen*, dal momento che, a ben vedere, il primo – attraverso la mediazione del diritto – viene trasformato nel secondo.

Nel secondo caso, il "limite" è davvero tale. Quando l'atto di autonomia privato contraddice la legge, la reazione di quest'ultima può non esaurirsi nella comminatoria di nullità (la quale, a ben vedere, rappresenta il lato negativo della costitutività tipica della norma di ricezione del precetto negoziale), ma spingersi sino al punto di sostituire a quella negoziata dalle parti la regola positiva eteronoma. È evidente che, nell'ipotesi in esame, si registra una reale divaricazione tra il *Sein* e il *Sollen* e questo, in pari tempo, dà ragione della veracità del "limite" che, viceversa, in epoca protoliberal, come abbiamo visto, è soltanto apparente.

Il terzo caso è quello più ambiguo e più difficile da decifrare. Si può sostenere, tuttavia, che, sia pure con le dovute precisazioni, esso abbia molte più cose in comune con il primo che non con il secondo degli scenari sin qui evocati. Intanto, è fuor di dubbio che ora il "limite", qualunque forma esso assuma – e su questo tornerò entro breve –, non è il vettore di un ordine "altro" rispetto a

quello che si incarna nell'atto di autonomia privata. Infatti, il legislatore odierno, a differenza del suo immediato predecessore, non affida alla norma cogente il compito di trasferire in seno al contratto istanze di ordine politico in quanto tali del tutto estranee alle valutazioni dei privati: al contrario, egli si propone come obiettivo di correggere un'applicazione imperfetta e fallace del mercato, il cui funzionamento ottimale è precluso da uno squilibrio di potere che, in concreto, ha inciso negativamente sull'assetto di interessi raggiunto dalle parti (anzi, per essere più precisi: lo squilibrio di potere è elemento integrante dell'assetto di interessi). Sotto questo profilo, il "limite" tipico della fase attuale individua una reazione dell'autorità ad un perturbamento dell'ordine delle transazioni private analoga a quella che caratterizza il "limite" istituito dal legislatore liberale attraverso la previsione del vizio della volontà come causa di annullabilità del contratto: e, difatti, in un caso e nell'altro, a ben vedere, *Sein* e *Sollen* sono assai più vicini di quanto non lo siano allorché il precetto legale si sostituisce a quello negoziale. Vi è, tuttavia, una differenza fondamentale dalla quale discendono alcune conseguenze molto importanti che rappresentano, poi, il nucleo dei problemi con cui oggi l'interprete è chiamato a misurarsi. La differenza in questione origina dal fatto che mentre il perturbamento indotto dal vizio della volontà presenta i caratteri della contingenza e dell'occasionalità, il perturbamento indotto dallo squilibrio di potere è strutturale e la sua rimozione (o, per meglio dire, la sua neutralizzazione) non può essere affidata alla sola iniziativa del singolo.

Da qui la prima delle conseguenze alle quali facevo cenno in precedenza, ossia il ricorso alla nullità come rimedio rescissorio azionabile dal solo interessato (dove la sua "relatività") ma, al pari di tutte le nullità che si rispettano, affidato anche all'ufficio del giudice (art. 7 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231; artt. 6 e 9 l. 18 giugno 1998, n. 192, art. 36 c. cons.). Del resto, al netto della legittimazione di parte amputata, l'idea che una transazione individuale possa essere nulla perché contraria all'ordine economico non è certo una novità: e nulle, come è noto, sono anche le intese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire o restringere la concorrenza. Le "nullità economiche" di ultima generazione, però, differiscono sia da quelle civilistiche classiche sia da quelle *antitrust*. Dalle prime perché l'ordine pubblico economico, nella sua declinazione liberale, individua un ordine dato, e non certo costruito, la difformità dal quale del singolo atto di autonomia privata dovrebbe presentarsi, agli occhi del giudice, come autoevidente; mentre nella sua declinazione interventista, esso si specifica in una serie di norme puntuali che rendono sostanzialmente superfluo il ricorso alla clausola generale.

Dalle seconde, perché l'accertamento dell'effetto restrittivo della concorrenza è, al contrario, operazione estremamente complessa la quale, non a caso, prevede una competenza tecnica parallela a quella del giudice ordinario (mi riferi-

sco, come ovvio, all'AGCM). Infatti, per un verso, lo squilibrio di potere non soltanto non è, nell'ottica delle disposizioni richiamate, di evidenza immediata ma esso, in ogni caso, è apprezzabile soltanto attraverso gli indicatori grossolanamente tipizzati dal legislatore (lo squilibrio tra diritti e obblighi delle parti in quanto discendente dalla vessatorietà della clausola predisposta *ab uno latere*, l'abuso di dipendenza economica, le condizioni gravemente inique); per altro verso, e di ciò offre una conferma inequivoca proprio l'art. 9 l. 192/1998, la scala sulla quale si svolge l'accertamento del giudice è quella del singolo affare e non quella del mercato rilevante. Ora, a mio avviso, questa circostanza è decisiva e può aiutare a intendere le ragioni profonde del fenomeno che stiamo esaminando.

A tal fine è necessario avere ben presente le modalità assai diverse che presiedono ad un giudizio di illiceità economica di un atto, ivi incluso un atto negoziale, a seconda che si tratti di ricavare gli elementi necessari alla formulazione di quel giudizio dalle conseguenze che l'atto produce su uno spazio che lo trascende, ovvero rimanendo entro i confini segnati dallo stesso.

Nel primo caso entrano in gioco numerose variabili che vanno dal bene o servizio di riferimento, alla conformazione del mercato per rapporto al modo in cui, al suo interno, sono distribuite le quote tra le singole imprese, al maggiore o minore grado di integrazione di queste ultime, alla presenza o meno di barriere all'ingresso, ecc.: tutti fattori che dovranno essere ponderati al fine di stabilire se una certa pratica limita la concorrenza e, dunque, è illecita.

Nel secondo caso, tutto, alquanto claustrofobicamente, ruota attorno all'asse squilibrio di potere – indicatore tipizzato (grossolanamente, è bene rammentarlo) di quest'ultimo, sicché il giudizio di illiceità finirà per concentrarsi su quel segmento del contratto in cui lo squilibrio ha preso corpo. Ed è in questo passaggio che si annida il cortocircuito tra *a*) povertà delle informazioni disponibili, *b*) complessità di una valutazione che investe un profilo – il *surplus* di potere negoziale – non sempre serializzato, ovvero presentato dal legislatore come predicato strutturale della posizione di uno dei contraenti (il professionista, il debitore) e, infine, *c*) impegnatività del rimedio attivabile, cioè la nullità.

La sequenza che ho appena delineato restituisce, in una versione più nitida, l'immagine di cui mi ero avvalso inizialmente, quella del frastico leggero e del neustico pesante. L'orizzonte cognitivo del giudice è molto angusto ma il compito che gli è stato affidato è insolitamente complesso e delicato dovendo egli decidere della sorte di una transazione individuale sulla base di indicatori tipizzati alla buona i quali, nella sostanza, riproducono strutture deontiche (concetti giuridici indeterminati come "squilibrio tra diritti e obblighi" o "condizioni inique", oppure vere e proprie clausole generali come "buona fede" o "correttezza") che programmaticamente trainano il decisore oltre i confini dell'interpretazione per attingere il piano, ben più impegnativo, del completamento della re-

gola da applicare al caso di specie. È così, in definitiva, che funziona l'odierna dialettica autorità-libertà dove, assai più che in passato, lo spazio corrispondente all'autorità è caratterizzato da una divisione di compiti tra legislatore e giudice proprio a causa dell'investitura qualitativa che il secondo riceve dal primo; ed è così che si spiega, almeno a mio avviso, quella ibridazione di regole di validità e regole di responsabilità su cui la nostra letteratura più recente tanto si è arrovellata negli ultimi anni.

Ci sarebbe ora da chiedersi quale sia la causa di questo fenomeno in virtù del quale – attraverso la doppia, connessa mediazione del “principio” (inteso nell'accezione ampia proposta più sopra) e della nullità – il giudice acquisisce poteri di correzione della regola pattizia che non soltanto sono cosa assai diversa da quelli integrativi, esperibili *in executivis*, che eravamo abituati a conoscere (così come sono cosa assai diversa dalle ortopedie legali tipiche della stagione interventista), ma presentano un tratto di inedita strutturalità, nel senso che la devoluzione a favore del giudice di questi poteri si iscrive all'interno di un orizzonte regolatorio il quale contempla come normale la circostanza che spetti al giudice stesso di modificare il contratto al fine di neutralizzare le distorsioni indotte dallo squilibrio di potere. Verosimilmente, il carattere strutturale del potenziamento del ruolo del giudice è un riflesso del carattere strutturale della anomalia da correggere: volendo, però, andare oltre questa prima osservazione di per sé abbastanza ovvia, nel senso di puramente descrittiva, si potrebbe aggiungere che l'innesto sull'autonomia privata, e sulla sua disciplina, di un *telos* caparbiamente e molercolarmente filoconcorrenziale attiva un meccanismo pressoché irresistibile di attrazione della funzione giudiziale nei processi di governo delle transazioni individuali in ciascuna delle quali il legislatore comunitario ravvisa, in pari tempo e in modo del tutto speculare, ora una occasione di sviluppo del mercato, ora il rischio che l'originario squilibrio di potere cristallizzi, opportunismo dietro opportunismo, una illegittima rendita di posizione. È chiaro che, se le cose stanno in questi termini, ci troviamo in presenza di uno smottamento degli equilibri istituzionali classici il cui punto di emergenza è rappresentato dalla piena integrazione del giudice nel ciclo regolatorio, essendo egli chiamato a svolgere, insieme con altri attori (P.A., Autorità, ecc.) compiti di amministrazione dell'autonomia privata, certo inediti rispetto ai paradigmi ricevuti ma del tutto coerenti con la *totale Mobilmachung* da tempo decretata dall'UE a sostegno del suo titanico progetto di società al servizio della concorrenza.

2. Siamo in presenza, dunque, di un vero e proprio passaggio d'epoca, di un mutamento sistemico che pone il civilista di fronte ad un protagonismo delle corti che non può essere considerato il frutto di un incidente di percorso, di un'anomalia transitoria discendendo esso, viceversa, dalla fisionomia impressa al sistema giuridico, e al suo modo di funzionare, dalla “nuova ragione del mon-

do". Da questo punto di vista, debbo dire molto francamente, le reazioni suscitate nella nostra dottrina da alcuni arresti davvero "esemplari" (a scanso di equivoci chiarirò subito in che senso debba intendersi esemplari) delle nostre corti superiori mi sono sembrate abbastanza fuori quadro. Queste pronunzie – mi riferisco a Cass. s.u. 13 settembre 2005, n. 18128 in materia di riduzione officiosa della penale, a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106 in materia di recesso *ad nutum* e Corte cost., ord. 2 aprile 2014, n. 77 e 24 ottobre 2013, n. 248 in materia di caparra confirmatoria – sono state oggetto, per lo più, di valutazioni piuttosto severe da parte di chi ha avuto modo di occuparsene e, in linea di massima, si tratta di censure ampiamente giustificate sotto il profilo strettamente tecnico. Tuttavia, mi sembra sia mancata la percezione della portata del fenomeno di cui esse sono la (più o meno) maldestra espressione. Ciò che le accomuna, infatti, al di là di una articolazione del ragionamento assai approssimativa (se non schiettamente affabulatoria, come nel caso di Cass. 20106/2009) è una piena sintonia con lo spirito del tempo e una messa in opera del binomio "principio"-nullità che, come si è visto in precedenza, rappresenta il tratto distintivo della relazione "autorità"- "libertà" di terza generazione. Si tratta, a voler essere precisi, di cripto-nullità (o, come nel caso delle due ordinanze della Consulta, di una nullità immanente al sistema, rivelabile attraverso il filtro dell'art. 3, co. 2, Cost.), ma non per questo diverse, nella sostanza, da una nullità conclamata. Basti considerare che, almeno *quod effectum*, il risultato finale, al di là delle declamazioni di principio, è del tutto coincidente, nella misura in cui, trattandosi di ortopedie che investono la clausola in quanto tale (sia pure attraverso l'ovvia mediazione delle condotte attuative di quest'ultima che dell'ortopedia rappresentano l'impreteribile presupposto processuale), esse pongono capo ad un'espunzione della medesima dal contratto sulla base del richiamo a "principi" come quello di equità nel caso della riduzione officiosa della penale o come quello di buona fede nel caso del recesso *ad nutum* (a loro volta incardinati in un orizzonte di senso dominato dal richiamo, esplicito o sottinteso, allo squilibrio di potere contrattuale)¹. Come è agevole costatare, si tratta di uno schema pienamente conforme a quello delineato in precedenza: di talché ben può dirsi che, al netto delle gravi incertezze dogmatiche denunciate dalla nostra dottrina e che, per la verità, potrebbero, viceversa, essere interpretate come le prime prove di un nuovo stile argomentativo, la nostra giurisprudenza appare allineata ad una tendenza generale ormai consolidata (si veda, a mo' di riscontro Corte giust. 30 aprile 2014, C-26/13, *Arpad Kasler*).

¹ Nel caso di Cass. s.u. 13 settembre 2005, n. 18128, l'equivalenza è addirittura dichiarata là dove il giudice simula l'ipotesi che la penale non fosse stata oggetto di espressa previsione da parte del legislatore, di talché, ove introdotta dalle parti, se ne sarebbe dovuta verificare officiosamente la meritevolezza ai sensi dell'art. 1322, co. 2, c.c.: uno scenario che, va da sé, incorpora la possibilità di una riduzione del suo ammontare mediata, questa volta, da una inevitabile declaratoria di nullità.

Vorrei chiudere con una rapida osservazione a proposito della "giustizia contrattuale" di cui pure molto si è discusso, e si continua a discutere, in Italia. Indipendentemente dal modo in cui le cose vengono nominate (equità, buona fede, trasparenza, ecc.) a me sembra abbastanza evidente che il dispositivo funzionale alla correzione dello squilibrio persegue un obiettivo molto diverso e molto più pragmatico, che è quello di bonificare le transazioni individuali dal rischio di opportunismi potenzialmente anticompetitivi: ne discende che la "giustizia" prenderà qui la forma di un effetto collaterale dell'applicazione di quel dispositivo, ovvero si atteggerà a strumento attuativo di quel disegno, sicché di essa, del suo nome, potrà farsi un uso puramente descrittivo. Nell'un caso e nell'altro, una sorte ben strana per quello che dovrebbe essere un valore ultimo, un fine, dell'ordinamento giuridico e della sua *Rangordnung*: ma anche questo, verosimilmente, è un segno dei tempi e della loro assai prosaica inclinazione.