

SEZIONE I

GIURISPRUDENZA PER PRINCIPI
E AUTONOMIA PRIVATA

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.

AUTONOMIA E AUTOLEGISLAZIONE

di Pasquale Femia

Das Recht gibt uns die Gelegenheit, die Herrschsucht so zu sagen in ihrer Häuslichkeit zu belauschen. Es gibt kein anderes Gebiet geistiger Thätigkeit, das gerade so vorzugsweise ihr gehört, und auf dem sie solche unblutige Triumphe feiern könnte, wie auf diesem.

Il diritto ci dà l'occasione di spiare la sete di dominio per così dire nel suo ambiente naturale. Nell'attività spirituale non esiste alcun altro ambito come questo che le appartenga allo stesso modo e sul quale potrebbe festeggiare i suoi trionfi incruenti.

Rudolf VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, T. 2, B. 1, Leipzig, 1854, 137.

SOMMARIO: 1. Darsi norme e trascenderle. – 2. Autonomia e autore normativo. – 3. Autonomia e rivendicazione. L'illiceità dell'invalidazione. Normatività e relazione. – 4. Dittatura nella lingua del consenso. Autonomia e autocrazia. – 5. San Contratto. Autonomia e legislazione privata. – 6. Autonomia e liberazione.

1. *Darsi norme e trascenderle*

Immanuel Kant ha conferito all'autonomia un ruolo decisivo nella sua dottrina morale, identificandola nella posizione volontaria di leggi universali¹. Così elevata, questa parola è divenuta sempre più punto di incrocio di molteplici discorsi

¹ «Das Prinzip der Autonomie ist also: nicht anders zu wählen, als so, dass die Maximen seiner Wahl in demselben Willen zugleich als allgemeines Gesetz mit begriffen seyen»: I. KANT, *Grundlegung zur Methaphysik der Sitten* [1785] (Karl Rosenkranz, Hg.), Leipzig, 1838, 71. Una intelligente introduzione al problema kantiano dell'autonomia in L. FONNESU, *Il ritorno dell'autonomia. Kant e la filosofia classica tedesca*, in *Quad. fior.*, 43, 2014, 25 ss.; cfr. J.B. SCHNEEWIND, *The Invention of Autonomy. A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge, 1997, 483 ss. Da altra prospettiva, sulla dottrina kantiana del contratto, S. GOYARD-FABRE, *La signification du contrat dans la "Doctrine du droit" de Kant*, in *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1973, 189 ss.

morali, giuridici, politici². Ha assunto in tal modo nuovo vigore la storia di un termine transitato dalle questioni intorno ai rapporti tra città conquistate e potere centrale (tale il senso originario di autonomia), le guerre di religione (autonomia delle comunità religiose) e il potere normativo di corporazioni e ceti nobiliari³.

In ciascun sistema discorsivo “autonomia” è rielaborata, assume connotazioni specialistiche, è circondata da perorazioni e polemiche. Nel diritto privato svolge funzioni in gran parte identiche la formula “libertà contrattuale”, che tuttavia è a sua volta proprio in quanto autonomia connessa ai discorsi esterni al diritto⁴.

La congiunzione paradossale di libertà e legge conseguita da Kant⁵ collocava il soggetto nella non facile posizione di sovrano e suddito delle proprie passate deliberazioni⁶. Gli interpreti successivi ebbero non poche difficoltà nel chiarire il paradosso⁷. Le soluzioni più interessanti giunsero dalla riflessione estetica, ancora una volta su basi kantiane⁸.

² R. YOUNG, *Autonomy: Beyond Negative and Positive Liberty*, New York, 1986; M. OSHANA, *Personal Autonomy and Society*, in *The Journal of Social Philosophy*, 29, 1998, 81 ss.

³ Abbiamo cercato di delineare il percorso tortuoso dell'autonomia e il passaggio da “autonomia” ad “autonomia privata” in un lavoro più ampio, con ulteriori svolgimenti, dal titolo *Autonomia privata tra servitù e liberazione*, che speriamo di poter presto pubblicare.

⁴ Il percorso storico più recente dell'autonomia è analizzato in modo brillante da E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quad. fior.*, 43, 2014, 589 ss.; per la storia meno recente rinviamo alla meditata analisi di P. CAPPELLINI, *La dialettica della generalizzazione. Negotium e parte generale*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, a cura di F. MACARIO-M. MILETTI, Milano, 2006, 41 ss. Sulla tradizione del negozio giuridico un meditato riesame in P. POLLICE, *Appunti sulla parte generale del contratto*, Torino, 2014, 21 ss. e C. CASTRONOVO, *Il negozio giuridico dal patrimonio alla persona*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 87 ss.; nel contesto europeo cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 601 ss.; G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, *ivi*, 2007, 325 ss.; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, *ivi*, 2005, 44 ss.; G. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2002, 53 ss.

⁵ Cfr. T. PINKARD, *La filosofia tedesca 1760-1860. L'eredità dell'idealismo* [2002], trad. it. di M. Farina, Torino, 61 ss.; Ch. MENKE, *Autonomie und Befreiung*, in *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 58, 2010, 675 ss.

⁶ Vale la pena di ricordare che la definizione di KANT aveva sollevato le contestazioni dell'autore della *Inettitudine della giurisprudenza come scienza* (nonché editore e commentatore di opere kantiane): J. VON KIRCHMANN, *Erläuterung zu Kant's Grundlegung zur Methaphysik der Sitten und zu Kant's Methaphysik der Sitten*, Berlin, 1875, 32 ss.: «Già l'espressione: la volontà dà a se stessa la legge è così innaturale, che soltanto la lunga consuetudine d'ascolto e di lettura non lo lascia più percepire» (35).

⁷ Equivale all'*Autonomie* kantiana la *Selbstständigkeit* di Fichte, che (con un percorso anche esso kantiano) dal significato tecnico originario di *substantialitas* (secondo la distinzione metafisica di sostanza e accidente) diviene indicativo della libertà: D. TAFANI, *Volontà libera e arbitrio nel Sistema di etica di Fichte e nell'Introduzione ai Lineamenti di filosofia del diritto di Hegel*, in *Leggere Fichte*, a cura di A. BERTINETTO, Napoli, 2009, 327 ss., 333 ss.; C. CESA, *Introduzione a Fichte*, Roma-Bari, 1998², 103.

⁸ Il passaggio dall'estetica al diritto, attraverso la filosofia pratica (grazie soprattutto alla *Cri-*

Friedrich Schlegel declinò la questione nel senso dell'autonomia dell'arte, della necessaria eguaglianza del sistema artistico rispetto alle altre sfere culturali:

«Il giudizio politico è il punto di vista più elevato: i punti di vista subordinati del giudizio morale, estetico e intellettuale sono *fra loro uguali*. La bellezza è, allo stesso modo, rispetto all'eticità una componente più originaria e più essenziale della disposizione umana. Tutte queste componenti devono stare fra loro nel rapporto di *eguaglianza di legge* (isonomia) e le belle arti hanno un diritto inalienabile all'*indipendenza legislativa* (autonomia)»⁹.

L'autonomia da *individuale* diviene *sistemica*: garantisce i discorsi, prima ancora che gli individui. Si scorge qui l'anticipazione di un dato che sarà ripreso molto tempo dopo nella riflessione teorica sulla società¹⁰. La prevalenza del politico potrebbe essere in tale contesto null'altro che uno schermo, dietro il quale si sprigiona la forza liberatoria dell'autonomia dell'arte¹¹. Non diversamente da quanto, nel bene e soprattutto nel male, ha fatto nel mondo sociale la libera contrattazione legittimata dal riconoscimento dell'autonomia, all'ombra del benevolo riconoscimento politico garantito dal legislatore borghese.

L'autonomia di un sistema, di una sfera discorsiva, deve riflettersi ed essere

tica del giudizio di Kant) non sorprende solo che si ponga lo sguardo su H. ARENDT, *Teoria del giudizio politico*, trad. it. di P.P. Portinaro, Genova, 1990, sulla quale P. RICOEUR, *Giudizio estetico e giudizio politico in Hannah Arendt*, in ID., *Il giusto*, 1, Torino, 2005, 149 ss., nonché Á. HELLER, *La bellezza della persona buona*, trad. di B. Biagiotti, Reggio Emilia, 2009. Più in particolare, infine, si consideri il percorso intellettuale di Christoph Menke, dai saggi estetici (*Tragödie im Sittlichen: Gerechtigkeit und Freiheit nach Hegel*, Frankfurt am Main, 1996; *Kraft. Ein Grundbegriff ästhetischer Anthropologie*, Frankfurt am Main, 2008) per giungere al rapporto tra potere e diritto (*Recht und Gewalt*, Berlin, 2012) e alla recentissima *Kritik der Rechte*, Frankfurt am Main, 2015.

⁹ F. SCHLEGEL, *Über das Studium der Griechischen Poesie* [1797], in E. BEHLER-J.J. ANSTETT-H. EICHNER (Hg.), *Kritische Friedrich Schlegel Ausgabe*, Erste Abteilung, *Kritische Neuausgabe*, 2, München, Paderborn, Wien, Zürich, Schöningh, 1967, 324. [«Die politische Beurteilung ist der höchste aller Gesichtspunkte: die untergeordneten Gesichtspunkte der moralischen, ästhetischen und intellektuellen Beurteilung sind *unter sich gleich*. Die Schönheit ist ein ebenso ursprünglicher und wesentlicher Bestandteil der menschlichen Bestimmung als die Sittlichkeit. Alle diese Bestandteile sollen unter sich im Verhältnisse der *Gesetzesgleichheit* (Isonomie) stehn, und die schöne Kunst hat ein unveräußerliches Recht auf *gesetzliche Selbständigkeit* (Autonomie)», corsivi originali.]. Cfr. F. SCHLEGEL, *Sullo Studio della Poesia greca*, trad. it. di G. Lacchin, Milano, 2008, 105. Si noti l'equivalenza di *Autonomie* e *Selbstständigkeit*.

¹⁰ G. TEUBNER e H. WILLKE, *Kontext und Autonomie. Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 5 (1984), 4 ss.; G. TEUBNER, *Contracting Worlds. The many Autonomies of Private Law*, in *Social and Legal Studies*, 9 (2000), 399 ss.; ID., *Die anonyme Matrix*, in *Der Staat*, 45 (2006), 161 ss.

¹¹ Per gli sviluppi della questione nel Novecento rinviamo a L. ANCESCHI, *Autonomia ed eteronomia dell'arte. Sviluppo e teoria di un problema estetico*, Firenze, 1936; ID., *Dell'autonomia dell'arte* [1960], in ID., *Progetto di una sistematica dell'arte*³, Milano, 1968, 9 ss.

riconosciuta in ciascuna delle sue azioni. Ma come può un'azione sistemica essere autonoma? Come potrebbe un evento essere bello, se fosse null'altro che piatta, singolare, ripetizione di una decisione universale entro un universo operativamente chiuso di discorsi¹²?

Una risposta geniale provenne da Friedrich Schiller. L'autonomia dell'oggetto estetico consiste nella congiunzione di regola e libertà, nell'essere prodotto di una regola e tuttavia mostrarsi soggetto alla regola¹³. Questa compresenza paradossale (l'autonomia è paradossale) di creazione e soggezione, valida solo per sé, solo nel momento della sua costituzione come opera, percepibile solo nell'istante del suo manifestarsi, è interpretabile quale evento: l'accadere dell'autosuperamento della norma mediante se stessa¹⁴.

La bellezza che mai si lascia racchiudere in una forma, nella soggezione alla regola, eppure mai si dà se non attraverso la forma. Come chiunque abbia pratica esecutiva musicale sa benissimo, la qualità estetica si raggiunge nel momento nel quale la lunga disciplina (la soggezione alle regole, la loro ripetuta e noiosa applicazione) sprigiona una libertà e autocreatività del gesto artistico: impossibile da compiere senza le regole eppure mai contenuto entro di esse. Tutto ciò che è difficile e frutto di studio appare naturale, immediata manifestazione di una creazione autonoma¹⁵.

¹² Per i concetti di «chiusura operativa» e «apertura cognitiva» rinviamo a N. LUHMANN, *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*, in *Cardozo Law Review*, 13, 1992, 1419 ss.; G. TEUBNER, *L'ouvert s'appuie sur le fermé: Offene Fragen zur Offenheit geschlossener Systeme*, in *Sozialforschung*, 31, 1991, 287 ss.; A. SCHÜTZ, *Thinking the Law With and Against Luhmann, Legendre, Agamben*, in *Law & Critique*, 11, 2000, 107 ss.

¹³ F. SCHILLER, *Kallias oder über die Schönheit* [1793], in ID., *Sämtliche Werke*³, Band 5, München, 1962, 414; ID., *Lettere sull'educazione estetica dell'uomo. Callia o della bellezza*, trad. it. di A. Negri, Roma, 2005, 275 s.

¹⁴ Il modello di questa analisi è il mirabile saggio sulla giustizia di G. TEUBNER, *Selbstsubversive Gerechtigkeit. Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?*, in *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 29, 2008, 9 ss., ove si pone lucidamente in rilievo una difficoltà interna alla teoria sistemica di Luhmann. Sul trattamento della distinzione immanenza/trascendenza in quest'ultimo cfr. N. LUHMANN, *Notes on the Project 'Poetry and Social Theory'*, in *Theory, Culture & Society*, 18, 2001, 18: «The immanence/transcendence distinction codes the horizon-bound nature of all meaning. Actual meaning unfolds in horizons, which paradoxically function as a limit, or boundary, as unattainable and impassable (which contradicts the concept of a limit). Whereas the meaning experienced in actuality is constantly changing, the scope for possibilities maintained by horizons is stable but cannot be actualized. That which is actual and thus evident and certain is therefore unstable, whereas the stable can neither be actualized nor can it be certain».

¹⁵ Diversi ragguagli in S. RÖHR, *Freedom and Autonomy in Schiller*, in *Journal of the History of Ideas*, 64, 2003, 119 ss. L'interpretazione più consapevole in L. PAREYSON, *Etica ed estetica in Schiller*, Torino, 1969, 25 ss. Cfr., di recente, C. ROSSI, *Libertà come libertà nel fenomeno. La rivisitazione estetica del concetto kantiano di libertà nei Kallias-Briefe*, in *Schiller lettore di Kant*, a cura di A.L. SIANI-G. TOMASI, Pisa, 2013, 217 ss.

Nell'opera d'arte questo rapporto tra la regola e il suo superamento è acuito dall'essere la regola prodotta internamente all'opera (dall'opera) stessa:

«Non è che conformità allo scopo e alla regola siano incompatibili; ogni prodotto della bellezza deve anzi sottoporsi a regole; ma nel modo che esso annunci la coazione alla *marcata* incidenza di uno scopo e di una regola e assuma presso di sé l'eteronomia per oggetto. Al prodotto della bellezza è lecito essere conforme alla regola, e lo deve persino, ma deve apparire *libero da regole*»¹⁶.

La bellezza è null'altro che l'apparizione, l'evento della libertà; una libertà che non è l'azione libera, ma ciò che accade durante l'esserci stesso dell'azione: libertà nell'evento, autonomia nell'evento¹⁷. Per questa autonomia, intesa come divenire del suo superamento, Schiller riprese anche, ma in modo originale, un neologismo kantiano: «eautonomia», una sorta di auto-autonomia¹⁸. Non basta

¹⁶ SCHILLER, *Kallias oder über die Schönheit* [1793], cit., 400 s.: «Nicht zwar, als ob Zweckmäßigkeit und ^[400/401] Regelmäßigkeit an sich mit der Schönheit unverträglich wären; jedes schöne Produkt muß sich vielmehr Regeln unterwerfen: sondern darum, weil der *bemerkte* Einfluß eines Zwecks und einer Regel sich als Zwang ankündigt und Heteronomie für das Objekt bei sich führt. Das schöne Produkt darf und muß sogar regelmäßig sein, aber es muß *regelfrei erscheinen*» (corsivi originali). Cfr. ID., *Callia*, cit., 260.

¹⁷ SCHILLER, *Kallias*, cit., 399: «nicht Freiheit in der Tat, sondern bloß *Freiheit in der Erscheinung, Autonomie in der Erscheinung*» (corsivi originali) [«non libertà nell'azione, ma soltanto libertà nell'apparire, autonomia nell'apparire»: nel testo abbiamo preferito utilizzare "evento" per evitare le ambiguità di "apparenza" (*Erscheinung*) nel senso deteriore di finzione (*Schein*)]; e poco oltre: «Schönheit also ist nichts anders als Freiheit in der Erscheinung» («la bellezza è null'altro che l'apparire della libertà»). Cfr. ID., *Callia*, cit., 257 s., ove si sceglie di tradurre *Erscheinung* con *fenomeno* (scelta più corretta e vicina alle intenzioni dell'autore, ma che abbiamo tralasciato per mettere meglio in evidenza il potenziale normativo-autotrascendente della sua formulazione). Il punto è approfondito da R. JÖRG, *Schein und Erscheinung: Kant-Revision und Semiotik des Schönen in Schillers Kallias-Briefen*, in G. BOLLENBECK-L. EHRLICH (Hg.), *Friedrich Schiller: der unterschätzte Theoretiker*, Köln-Weimar, 2007, 159 ss. Chiarisce A. ARDOVINO, *Il sensibile e il razionale. Schiller e la mediazione estetica*, Palermo, 2001, 16, che la bellezza schilleriana è «ciò che è capace di custodire l'autodeterminazione del soggetto *nel* suo rapportarsi all'oggetto, cioè di rendere intuibile l'originaria autodeterminazione del soggetto stesso: l'estetico è ancora una volta *analogon rationis*, e precisamente "analogico" rispetto alla ragione pratica» (corsivo originale). Sulla teoria schilleriana del bello cfr. D. HENRICH, *Der Begriff der Schönheit in Schillers Ästhetik*, in *Zeitschrift für Philosophische Forschung*, 11 (1957), 527 ss.; J.M. ELLIS, *Schiller's Kalliasbriefe and the Study of his Aesthetic Theory*, The Hague-Paris, 1969; F. HEUER, *Zu Schillers Plan einer transzendentalphilosophischen Analytik des Schönen*, in *Philosophisches Jahrbuch*, 80 (1973), 90 ss.; K. HEUBNER, *Die Kallias-Briefe von Friedrich Schiller – eine Analyse des Kunstschönen. Eine Darstellung der Kunsttheorie Friedrich Schillers mit semiotischen Mitteln*, in *Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik*, 7 (1977), 173 ss.; R. SAVIANE, *Il sentimentale è il sublime. Appunti sull'estetica di Schiller*, in ID., *Goethezeit. Studi di letteratura tedesca classico-romantica*, Napoli, 1987, 129 ss.

¹⁸ SCHILLER, *Kallias*, cit., 415: «Die Form muß im eigentlichsten Sinne zugleich selbstbestimmend und selbstbestimmt sein; nicht bloße Autonomie, sondern Heautonomie muß da sein»;

la formale riconducibilità dell'agire all'applicazione di una regola che ci si è dati da sé, occorre che questa autonomia sia giusta, nel senso di conforme, adeguata all'oggetto che la produce: «il puro accordo dell'intima essenza con la forma»¹⁹.

L'ammirazione per questa risposta è però vincolata alle condizioni di partecipazione dell'osservatore-partecipante all'esperienza estetica. Condotti a cadere bruscamente dalle sublimi altezze della filosofia del bello alla prosaica codificazione normativa del fenomeno, si resta perplessi. Si cerca l'*accadere* dell'autonomia, quel *quid* ineffabile che si manifesterebbe nella creazione privata di regole e giustificerebbe in chi riesca a vederlo un atteggiamento di rispetto, l'immediata legittimazione dell'agire privato, in quanto agire non meramente autonomo (in base alla forma del suo procedimento di creazione normativa), ma «eautonomo» (in base al rapporto sostanziale tra l'oggetto e la creazione)²⁰. Tutto

[«nel senso che le è più proprio la forma deve essere al tempo stesso autodeterminante e autodeterminata; deve essere non mera autonomia, ma eautonomia»]. Il termine risale alla *Prima Introduzione* alla *Critica del giudizio* di Kant ove designa una qualità del giudizio riflettente che non dà la legge alla natura o alla libertà, ma a se stesso. «Die Urteilskraft hat also auch ein Prinzip a priori für die Möglichkeit der Natur, aber nur in subjektiver Rücksicht, in sich, wodurch sie nicht der Natur (als Autonomie) sondern ihr selbst (als Heautonomie) für die Reflexion über jene ein Gesetz vorschreibt»: I. KANT, *Kritik der Urteilskraft, Einleitung* [1799] (K. Vorländer, Hg.), Leipzig, Meiner, 1922, 22. L'eautonomia kantiana è quindi una sorta di «auto-autonomia», un'autonomia che si riflette per intero entro il soggetto legislatore, senza posizione di norme valide all'esterno: A. PRADLER, *Das monadische Kunstwerk: Adornos Monadenkonzeption und ihr ideengeschichtlicher Hintergrund*, Würzburg, 2003, 127; l'analisi più approfondita è J. FLOYD, *Heautonomy: Kant on Reflective Judgement and Systematicity*, in H. PARRET (Hg.), *Kants Ästhetik – Kants Aesthetics – L'esthétique de Kant*, Berlin-New York, 1998, 192 ss. Osserva acutamente L. AMOROSO, *Schiller interprete di Kant*, in A.L. SIANI-G. TOMASI (a cura di), *Schiller lettore di Kant*, cit., 13, che l'eautonomia è «nozione kantiana» utilizzata da Schiller «in un significato non kantiano»: «Se per Kant essa è per così dire “meno” dell'autonomia, perché indica la legislazione solo soggettiva, priva di un “dominio” oggettivo, della capacità di giudizio, per Schiller, al contrario, essa è “più” dell'autonomia, e lo è precisamente come la bellezza (aderente) è più della perfezione, perché implica un peculiare elemento di libertà che all'altra manca». Malgrado il titolo promettente, si concentra su altro B. ROMANO, *Giudizio giuridico e giudizio estetico. Da Kant verso Schiller*, Torino, 2014, 148 ss. Cfr., inoltre, G. PRAUSS, *Kants Theorie der ästhetischen Einstellung*, in *Dialectica*, 35 (1981), 265 ss.; L. SCARAVELLI, *Osservazioni sulla “Critica del Giudizio”* [1955], in ID., *Opere*, II, *Scritti kantiani*, Firenze, 1968, 409; R. VITI CAVALIERE, *Giudizio*, Napoli, 2009, 117; G. CARCHIA, *La legittimazione dell'arte. Studi sull'intelligibile estetico*, Napoli, 1982, 164 s.; K.W. ZEIDLER, *Die Heautonomie der Vernunft* [1994], in ID., *Grundlegungen. Zur Theorie der Vernunft und Letztbegründung*, Wien, 2016, 249 ss.

¹⁹ SCHILLER, *Kallias*, *ibidem*; ID., *Callia*, cit., 276 (abbiamo riportato nel testo questa traduzione).

²⁰ PAREYSON, *Etica ed estetica in Schiller*, cit., 79: «La legge della natura nel suo operare tecnico è l'autonomia ma l'autonomia della natura si esprime nella struttura propria e individuale dell'oggetto, sì che la forma dell'oggetto naturale è nello stesso tempo autodeterminata e autodeterminante, e cioè il carattere della bellezza è, oltre l'autonomia, anche l'eautonomia. Il fondamento oggettivo della bellezza è l'autonomia nella tecnica della natura e l'eautonomia nella strut-

ciò, ridotto a metaregola sull'osservazione/giustificazione dell'applicazione di regole (ovvero: la regola di un immaginario manuale su "come riconoscere la presenza di autonomia in una interazione tra privati"), si traduce nuovamente nel paradosso iniziale di «una regola che dalla cosa è al tempo stesso osservata e data»²¹.

Il punto oscuro non è la contemporaneità di legislazione e applicazione (questo è semplicemente il paradosso costitutivo dell'autonomia), ma il rapporto di adeguatezza alla cosa, ciò che fa dell'autonomia eautonomia²². Porre una norma da se stessi (autolegislazione, autoregolazione: autonomia *secondo il senso comune*), potremmo dire, è condizione necessaria ma non sufficiente dell'eautonomia²³, a conseguire la quale (meglio ad esperire la quale, a porsi in condizione di osservarne l'accadere – perché a nessuno è concesso il suo stabile possesso, come dato formale) occorre una complessa fenomenologia normativa, ancora da chiarire e ammesso che ci sia.

tura dell'oggetto: la natura produce la propria legge nella produzione dei propri oggetti, e l'oggetto naturale si determina da sé nella propria individualissima struttura e costituzione. L'autonomia nella tecnica e l'eautonomia nella struttura sono la stessa spontaneità della produzione naturale». Cfr., inoltre, K. MENGES, *Schönheit als Freiheit in der Erscheinung. Zur Semiotischen Transformation des Autonomiegedankens in den Ästhetischen Schriften Schillers*, in W. WITKOWSKI (Hg.), *Friedrich Schiller. Kunst, Humanität und Politik in der späten Aufklärung*, Tübingen, 1982, 181 ss.

²¹ SCHILLER, *Kallias*, cit., 415: «eine Regel, die von dem Dinge selbst zugleich befolgt und gegeben ist» (corsivo originale). In Schiller, come è stato osservato sia pure non in riferimento a quest'opera, «alla kantiana datità della sensazione si aggiunge qui la genesi non intenzionale dell'autocoscienza: la sua naturale necessità»: F. DESIDERI, *Il velo dell'autocoscienza. Kant, Schiller, Novalis*, in «*Atque*», 16, 1997-1998, 32.

²² Come esemplifica mirabilmente, parlando con semplicità della bellezza di un vestito, PAREYSON, *Etica ed estetica in Schiller*, cit., 81: «Bello, invece, il vestito che ha una sua autonomia, ed è rispettato nella sua libertà, quando è portato non solo per coprire il corpo, ma quando tra esso e il corpo si stabilisce un rapporto di reciproco rispetto, per cui ciascuno di essi non lede la libertà dell'altro». Nell'eautonomia di Schiller si è voluta cogliere la transizione dalla filosofia trascendentale alla metafisica: W. STRUBE, *Schillers Kallias-Briefe, oder über die Objektivität der Schönheit*, in *Literaturwissenschaftliches Jahrbuch der Görres Gesellschaft*, 18, 1977, 115 ss. (123 ss.), una sorta di passaggio «da Kant a Goethe» (130). Il saggio, sovente molto critico, insiste su questo «salto metafisico»: «Anders als z.B. in Kants Kritik der teleologischen Urteilskraft besteht die Heautonomie nicht darin, daß die Urteilskraft sich selbst in Ansehung der organischen Natur ein Gesetz (das Gesetz der Spezifikation der Natur) vorschreibt, sondern darin, daß bestimmte Naturgegenstände sich selbst ein Gesetz geben und es befolgen» (123). Di là da quale sia l'interpretazione preferibile del contenuto oggettivo delle tesi schilleriane, non crediamo che il salto metafisico sia inevitabile: la «entelechia» della libertà può essere ricondotta alla normatività interna riflessiva.

²³ Cfr., comunque riferito al diverso concetto kantiano, H.E. ALLISON, *Kant's Theory of Taste. A Reading of the Critique of Aesthetic Judgement*, Cambridge, 2001, 41: «To claim that judgment is "heautonomous" in its reflection is just to say that it is both *source* and *referent* of its own normativity» (corsivi originali).

La necessità di una lettura normativa – e, come vedremo, ripartita in momenti successivi – non è un tentativo di piatta razionalizzazione²⁴, ma una proposta ricostruttiva meramente giuridica dell'autonomia quale evento, affinché si colga – finalmente nell'intimo momento della sua genesi – «l'emergenza del linguaggio del potere dal linguaggio della conoscenza»²⁵.

Resta il mistero di una norma data nell'atto del suo autotranscendersi, resta il fatto che la norma frutto di autonomia sia conquistata soltanto quando sia scomparsa la coscienza del dovere di rispettarla, sostituita dal gesto performativo del suo oltrepassamento.

Un istante prima che il gioco delle opposizioni, dei vincoli posti dalle teorie, chiuda l'entelechia normativa apparsa in queste posizioni idealistiche, un istante prima che il fallimento dello slancio innovatore inneschi regressioni politiche impressionanti²⁶, bisogna cogliere in tali grandiose manifestazioni il messaggio di un intelletto non disposto a chiudere la contraddizione fuori dalle sue porte²⁷; affinché il mistero (ancora una volta schlegeliano) del caos quale ordine sublime²⁸ non si riduca ad uno sterile fuoco d'artificio accademico o resti pri-

²⁴ La quale contrasterebbe con il senso stesso dell'operazione schilleriana, che organizza tensioni non allo scopo primario di ridurle kantianamente sotto una qualche legalità, ma per portare ad evidenza una complessa organizzazione di impulsi contrastanti: cfr. P. SZONDI, *L'ingenuo è il sentimentale. Dialettica concettuale del saggio schilleriano* [1972], in ID., *Poetica dell'idealismo tedesco*, trad. it. di R. Buzzo Margari, Torino, 1974, 45 ss.

²⁵ P. DE MAN, *Kant and Schiller*, in ID., *Aesthetic Ideology*, Minneapolis-London, 1996, 129 ss. (133). Anche se in un quadro culturale diverso, osserva opportunamente L. CEPPEA, *La triplice hegeliana*, in *Belfagor*, 39, 1984, 455, che «ragione e storia vengono a coincidere anche di fatto, mentre il moralismo trascendentale dell'illuminismo – che in Lessing, Kant e Fichte si limitava ad orientare strategicamente il senso d'un progresso possibile – cede ora il posto ad una teleologia mondana della redenzione, a un finalismo escatologico assolutamente immanente».

²⁶ È il percorso ideologico di Friedrich Schlegel, che chiuderà la sua vita perduto in vaneggiamenti regressivi che congiungevano un radicale assolutismo politico e un mitizzato medioevo cristiano. Una valutazione lucida ed equilibrata in G. BAIONI, *Classicismo e rivoluzione. Goethe e la Rivoluzione francese*², Napoli, 1982, 278 ss. Cfr., inoltre, G. MORETTI, *Simbolicità dell'arte. Considerazioni sul pensiero dell'ultimo Schlegel*, in ID., *La segnatura romantica. Filosofia e sentimento da Novalis a Heidegger*, Cernusco, 1992, 77 ss.

²⁷ Sul valore della contraddizione in Friedrich Schlegel cfr. A. LAVAGETTO, *Funzione programmatica e funzione immanente della letteratura moderna: alcune considerazioni sullo Studium-Aufsatz di Friedrich Schlegel*, in *Annali della Facoltà di Lingue e Letterature straniere di Ca' Foscari*, 23, 1984, 75 ss. (77 s.). Più in generale cfr. F. CUNIBERTO, *Friedrich Schlegel e l'assoluto letterario. Modernità ed ermetismo nel primo romanticismo*, Torino, 1991.

²⁸ F. SCHLEGEL, *Rede über die Mythologie* [1800], in BEHLER-ANSTETT-EICHNER (Hg.), *Kritische Friedrich Schlegel Ausgabe*, Erste Abteilung, *Kritische Neuausgabe*, 2, cit., 312: «Aber die höchste Schönheit, ja die höchste Ordnung ist denn doch nur die des Chaos, nämlich eines solchen, welches nur auf die Berührung der Liebe wartet, um sich zu einer harmonischen Welt zu entfalten, eines solchen wie es auch die alte Mythologie und Poesie war». Ricordiamo la bella traduzione in G. BAIONI, *Teoria della società e teoria della letteratura nell'età goethiana*, in F.

gioniero del lessico mistico/metafisico, l'unico del quale disponiamo, pur sentendoci a disagio.

Un mistero che non bisogna contemplare, ma de- e ricostruire lungo la via normativo-riflessiva²⁹.

2. Autonomia e autore normativo

As a germ, autonomy emerges when explicit and unlimited interrogation explodes on the scene—an interrogation that has bearing not on “facts” but on the social imaginary significations and their possible grounding.

Cornelius CASTORIADIS, *Power, Politics, Autonomy*, in ID., *Philosophy, Politics, Autonomy* (D.A. Curtis, ed.), New York-Oxford, 1991, 163³⁰.

Cosa c'è nell'apparire di una norma già posta (quindi apparire in senso stretto, distinto dall'atto di creazione) che vada oltre la ripetizione? Come si manifesta una norma in un modo diverso dalla luce banale di un atto di applicazione?³¹ E

SCHLEGEL, *Sullo studio della poesia greca*, trad. it. di A. Lavagetto, Napoli, 1988, 36: «La somma bellezza, anzi il supremo ordine è soltanto quello del caos e di un caos siffatto che aspetta solo di essere sfiorato dall'amore per trasformarsi in un mondo di armonia, così come era quello dell'antica mitologia e poesia». Cfr. D. MATHY, *Poesie und Chaos. Zur anarchistischen Komponente der frühromantischen Ästhetik*, Frankfurt am Main, 1984; M. COMETA, *Pensare l'infinito. Palingenesi, religione, rivoluzione e scienza in F. Schlegel*, in *Pensiero religioso e forme letterarie nell'età classicistico-romantica*, a cura di D. MAZZA, Pavia, 1996, 33 ss.

²⁹ Il richiamo è all'adorniano *Chaos in Ordnung zu bringen* e alla discussione in TEUBNER, *Selbstsubversive Gerechtigkeit*, cit., 31.

³⁰ Ed. orig. *Pouvoir, politique, autonomie*, in *Revue de Metaphysique et de Morale*, 93, 1988, 81 ss.

³¹ Forse bisognerebbe aggiungere anche questa domanda: è davvero possibile che una norma sia qualcos'altro di un'invariante ripetibile all'infinito, fino alla sua abrogazione? Rispondiamo in modo affermativo: purché si accetti della norma un'accezione ampia, come di qualsivoglia struttura lessicale (stabile semioticamente, instabile semanticamente) con funzione direttiva (tale il caso dei principi). Naturalmente quest'area è altrimenti definibile come area del giuridico, distinta da quella del normativo (tale il caso dei valori): P. FEMIA, *Segni di valore*, in *civilistica.com*, 3, 2014, 1 ss., 14 ss., in dialogo con P. PERLINGIERI, *I valori e il sistema ordinamentale aperto*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, 1 ss. Ciò comunque non muterebbe il discorso svolto nel testo. Dovremmo dire che nel diritto oggettivo (area del giuridico) sono fondati diritti soggettivi a partire non soltanto da norme (regole chiuse in se stesse, ripetibili all'infinito) ma anche da strutture linguistiche direttive (le si chiami come si vuole: principi, valori, clausole generali, agglomerazioni sistematiche di pratiche giudiziali, ecc., il dato innegabile è che la realtà del diritto le conosce e ne fa uso), talune delle quali (quelle manifestazioni di autonomia, che produce principi non meno che regole) dotate della misteriosa capacità di autotrascendimento.

soprattutto: cosa c'è di diverso, quando in tali apparizioni normative si riconosca una norma (già) creata da chi sia chiamato a rispettarla?

Il destinatario di una norma può, con uno sforzo riflessivo, osservare se stesso agire in quanto suo destinatario³², il legislatore no. L'essere destinatario di una norma è uno stato che dipende dalla vigenza della norma; l'essere legislatore è un'azione che si consuma tutta intera nell'atto della posizione della norma³³.

La coincidenza di creatore e destinatario della norma non provoca, in astratto, sconvolgimenti categoriali. I due momenti, legislativo e applicativo, restano pur sempre distinti, almeno sul piano logico. L'elemento caratterizzante – vale a dire il fatto che la coincidenza tra legislatore ed esecutore non sia occasionale, ma necessaria³⁴ – incide unicamente nella intensità delle operazioni riflessive. Il parlamento o una multinazionale hanno a disposizione i medesimi procedimenti epistemici: misurare la convenienza delle leggi o clausole contrattuali adottate,

³² Almeno nel limite che distingue il riconoscimento dell'essere obbligati da una norma, da una parte, e l'accettazione della norma dal punto di vista del consenso, dall'altra: A. CATANIA, *L'accettazione nel pensiero di Hart*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1971, 261 ss.; S.J. SHAPIRO, *What is the Internal Point of View?*, in *Fordham Law Review*, 75, 2006, 1157 ss.

³³ Tutto ciò è solo apparentemente in contrasto con la nomodinamica kelseniana: potrebbe sembrare che, essendo ogni atto esecuzione di una norma superiore e creazione di una inferiore, anche in tal caso il legislatore sia destinatario di una norma; pertanto, rispetto alla norma superiore, il legislatore potrebbe sviluppare la medesima attitudine (punto di vista interno e atto riflessivo di autosservazione durante la legislazione). Il modello nomodinamico è, per definizione, indifferente ai contenuti: il fatto che il comando della norma superiore alla inferiore possa essere obbedito in più modi (tanti quante sono le interpretazioni della norma superiore e della inferiore) è insignificante dal punto di vista della dottrina pura. Ciò non toglie che il passaggio dalla norma superiore a quella inferiore implichi una scelta: M.G. LOSANO, *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1968, 528 s.; con qualche divergenza v. anche F. VIOLA, *H. Kelsen e l'interpretazione delle norme*, in F. VIOLA-V. VILLA-M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974, 74 ss.

L'atto normativo seleziona una categoria di azioni distaccandola da un insieme più ampio di azioni astrattamente possibili – la creazione normativa è inseparabile dalla scelta. Se non vi fosse nulla da scegliere, non vi sarebbe nulla da decidere né da comandare. Entro quell'ambito, vi è, per chi decide, libertà di scelta; ed entro quell'ambito, l'unico propriamente legislativo, è impossibile osservarsi nell'atto della decisione.

Tale tipo di scelta – attraverso l'interpretazione della norma – si presenta anche negli atti di applicazione, che, in quanto decisioni (vale a dire scelte, complesse strategie retorico-pragmatiche per portare ad effetto la propria scelta), sono norme e non consentono l'assunzione dell'atteggiamento riflessivo durante la posizione dell'atto normativo. Questa realtà non deve essere esasperata (come accade a taluni teorici che con troppa enfasi vedono confusione dappertutto); essa esiste, ma esiste anche il suo contrario, ovvero norme che vincolano in modo pragmaticamente inequivocabile e rispetto alle quali non vi è altra scelta che obbedire o trasgredire.

³⁴ Occorre che il soggetto legislatore sia destinatario diretto di un diritto o di un obbligo fondato nella norma che egli ha prodotto; non basterebbe invece il dato, tipico di ogni autorità, del dovere di occuparsi dell'applicazione delle proprie norme. Il potere del datore di lavoro di adottare unilateralmente un regolamento disciplinare per i dipendenti è atto di volontà, ma non è un atto di autonomia. È atto di legislazione privata: *infra*, § 4.