

NICOLÒ LIPARI

## PAROLE INTRODUTTIVE

Enzo Roppo è certamente fra i civilisti italiani quello che, nella sua riflessione, ha con maggiore lucidità e consapevolezza critica, accompagnato quella che è stata definita la “crisi” del contratto. Lo ha fatto chiaramente distinguendo il terreno delle sedimentazioni culturali da quello delle prospettive evolutive, anche quando ciò gli determinava – come ha onestamente riconosciuto nell’introduzione a quel delizioso libretto che è “Il contratto del duemila”, ripensando al volume sul contratto del Trattato Iudica-Zatti licenziato poco più di un anno prima – una certa misura di “inappagamento”. Se il diritto è essenzialmente storia, ciascuno di noi finisce inevitabilmente per avere un occhio rivolto al passato (nello stesso uso corrente di paradigmi concettuali e di schemi classificatori) e un altro rivolto al futuro (nella consapevolezza di sopravvenienze che non è possibile costringere nella rigidità di quegli schemi). L’essenziale è non assumere gli indici del passato come caselle necessarie entro le quali ridurre i dati dell’esperienza o, reciprocamente, non lasciarsi condurre da novità del tutto eccentriche o marginali lungo tracciati privi di futuro.

Questo atteggiamento di responsabile equilibrio ha indirizzato Roppo anche quando ha posto mano ad un corposo “Trattato del contratto”, nel quale, rivolgendosi al mondo professionale, ha programmaticamente rifiutato ogni atteggiamento di tipo classificatorio affrontando i problemi nella loro evidenza concreta, nell’ottica della prassi, anche se non ha mancato di concludere la sua riflessione aprendo la prospettiva di quelle che ha chiamato “interferenze”, cioè connessioni punti di contatto intersezioni con territori che sono stati governati da logiche diverse rispetto a quella propria della teoria del contratto.

L’invito che Benedetti ci ha fatto, con l’affettuoso sentimento dell’allievo,

a riflettere sull'incerto futuro del contratto (e lascio tra parentesi l'uso distorto di questo lemma che viene oggi ossessivamente fatto dai nostri c.d. politici, quasi che fosse possibile nascondere nel richiamo ad un risalente accordo pattizio le mancate risposte a scelte che l'azione di governo quotidianamente impone) credo voglia indurre ciascuno di noi ad uscire finalmente allo scoperto, a decidere – nella consapevolezza di essere a metà del guado – se convenga continuare a galleggiare sulle certezze acquisite o se non sia necessario, una buona volta, mettersi a nuotare in avanti verso un traguardo ancora incerto, ma sicuramente molto diverso dai modelli concettuali che ci erano stati forniti nella stagione della nostra formazione universitaria.

A nessuno di coloro che interverranno è stato assegnato un tema specifico, di guisa che ciascuno è libero di spaziare, nell'oceano della tematica del contratto, sui versanti che più gli sono congeniali, con conseguente possibilità, per chi è chiamato a svolgere la funzione di moderatore, di chiosare altrettanto liberamente i singoli approcci valutativi.

Vorrei permettermi – se me lo consentite – una semplice considerazione introduttiva di quadro, che spero venga tenuta nella dovuta considerazione da quanti interverranno. Il nuovo paradigma contrattuale, che Enzo Roppo ha lucidamente intravisto dietro la crisi del vecchio, era pur sempre modellato nell'ottica della fattispecie (si discutesse della formazione del vincolo, della asimmetria di potere contrattuale o delle nullità speciali). Mi domando se una simile chiave interpretativa sia oggi ancora legittima o se non ci sia richiesto, in sede ricostruttiva, un radicale cambio di registro. Il diritto dei contratti oltre la fattispecie è ancora tutto da scrivere. Siamo consapevoli che, per definizione, la materia appartiene al caso concreto, ma non credo che sia più sufficiente limitarsi alle prassi interpretative nell'ottica del "Trattato del contratto". Si deve semmai acquisire coscienza, lungo la linea di una recente lucidissima analisi, che il principio di legalità non è un presupposto, ma un risultato. Il nostro compito si esprime oggi – nella consapevolezza che la giuridicità del contratto eccede la forma della fattispecie – nella ricerca di un difficile punto di equilibrio tra la regola di fonte sociale che si esprime nel regolamento contrattuale e la individuazione di effetti che siano, in termini generali, conciliabili con il quadro complessivo dell'ordinamento. Non a caso il tema dello squilibrio contrattuale assume oggi importanza nodale, proprio perché si pone al centro di questi due versanti.

Rodotà, sul finire degli anni Sessanta, ragionando sulle fonti di integrazione del contratto e sul ruolo delle clausole generali, consentiva alla "fonte

privata” di penetrare negli stessi effetti della fattispecie. Oggi una simile prospettiva può risultare insufficiente e il problema si risolverà – proprio nell’ottica di una legalità intesa come prassi secondo giustizia – approfondendo il profilo della non opponibilità del regolamento di interesse iniquo o gravemente sbilanciato a danno di una parte. Si tratta di un’opera molto delicata e difficile, anche perché deve contrastare le sedimentazioni di un sistema universitario tutto costruito secondo un diverso registro e le resistenze di una cultura diffusa (riflessa sull’atteggiamento prevalente nella classe degli avvocati) che ancora ripetitivamente ribadisce i paradigmi di un diritto inteso come scienza teoretica. Forse ciascuno di noi consentirebbe con l’affermazione secondo la quale, se il diritto è una scienza pratica, il suo oggetto non è un dato di fronte al quale il giurista deve piegarsi e ad esso sottoporsi, ma una pratica, un progetto in cui il soggetto conoscente è personalmente e inesorabilmente coinvolto. Più difficile risulta applicare una simile ottica al tema del contratto, i cui effetti sono sembrati a lungo restringersi alle parti contraenti. L’ottica del rimedio può forse oggi indurci ad impostare diversamente il problema. Quel che è certo è che è ormai giocoforza superare la stessa impostazione di Scognamiglio che, per mantenere la coerenza della funzione precettiva del negozio allo schema di fattispecie, ha dovuto, nel suo scritto su fatto giuridico e fattispecie complessa, riformulare la stessa nozione di fatto giuridico come rilevanza del fenomeno nella sua essenza reale, e quindi come atto di autoregolamento. A ben vedere, per riflettere oggi sul futuro del contratto, dobbiamo liberarci da molti dei condizionamenti che ci derivano dai nostri vecchi strumenti concettuali. L’operazione è in corso, ma improvvisamente scopriamo che il bisturi con il quale eravamo soliti operare non è più sufficiente.

Alcuni anni fa, riflettendo sulle categorie ordinanti del diritto civile, che hanno a lungo funzionato da valvole costrittive per i procedimenti ricostruttivi, mi sono posto il problema, peraltro lasciando ancora in ombra il problema della fattispecie, che invece ho espressamente affrontato nel libro su legge e giudizio. Fin da allora, tuttavia, mi ponevo alcuni interrogativi che ritengo qui necessario riproporre, nella speranza che possano essere affrontati e risolti in questa nuova ottica, che io considero ormai ineludibile. È ancora possibile una teoria generale del contratto o ci stiamo invece ormai indirizzando lungo la via di una teoria alternativa del contratto isolato, la cui disciplina si caratterizza in funzione del soggetto che lo pone in essere o del contenuto che lo connota? D’altra parte, se il contratto non è più strumento di equilibrio riferito alla qualità del prodotto o del servizio, ma finisce per

incidere sul valore della prestazione economica, divenendo bene esso stesso, possiamo continuare a ragionare del rapporto tra teoria del contratto e teoria dei beni nei modi che ci sono stati insegnati e che tuttora appaiono riflessi nella sistematica dei nostri manuali universitari? Possiamo ancora ritenere, dopo che la Corte costituzionale ha ormai pacificamente affermato che il principio di solidarietà connota necessariamente il contenuto di qualsiasi accordo contrattuale, che l'enunciato di cui all'art. 1372, c. 2, c.c., secondo il quale il contratto non produce effetti rispetto ai terzi debba essere interpretato nei termini legalistici in cui è stato interpretato fin qui?

Nel momento in cui prendiamo atto del fatto che la categoria del contratto è venuta progressivamente perdendo il suo punto di riferimento unitario, idoneo ad individuare la disciplina indipendentemente dai soggetti che lo stipulano e dal contenuto che lo caratterizza, dal luogo in cui è destinato ad operare, dalle modalità in cui è chiamato a determinare gli effetti e persino dagli interessi terzi dal medesimo implicati, nel momento cioè in cui prendiamo atto che lo strumento della fattispecie, che ha indirizzato per tanti anni le nostre operazioni interpretative, si è venuto frantumando nelle nostre mani, ci accompagna la sensazione di una improvvisa radicale contraddizione tra l'oggetto delle nostre analisi e gli strumenti che abbiamo a lungo ritenuti idonei ad intenderlo. Sensazione tanto più sgradevole in quanto constatiamo che la maggior parte degli operatori pratici del diritto continua ancora ad essere convinta dell'utilità delle vecchie operazioni ricostruttive. Con la conseguenza che quando la giurisprudenza (e segnatamente quella della Corte costituzionale) ha portato ad emersione il problema, l'effetto è stato quello di un dialogo fra sordi. Basti pensare al dibattito innescato dall'intervento della Corte sulla caparra confirmatoria manifestamente eccessiva. Da un lato si intuiva la prospettiva evolutiva, sia pure senza chiara coscienza di tutte le sue implicazioni; dall'altro si opponevano schemi concettuali definiti, quasi questi potessero rappresentare degli *a priori* rispetto a qualsiasi possibile risultato in chiave di giustizia.

Nella stagione del pancontrattualismo, in cui tutto si stempera nella logica dello scambio e persino l'azione di governo, che per sua natura suppone il costante riferimento alle sopravvenienze, sembra debba esser ingessata nella rigidità di un patto convenzionalmente definito "contratto", noi giuristi sembriamo aver perso ogni bussola di orientamento idoneo a caratterizzare la portata del concetto. Dopo averlo troppo a lungo annegato nel mare del negozio e dopo aver utilizzato il contratto proprio per superare la logica unitaria della negoziabilità, scopriamo oggi che il procedimento non può più

essere di tipo deduttivo (dall'atto al rapporto), ma esige semmai di essere capovolto, posto che le modalità di svolgimento del rapporto spesso sono in grado di incidere sugli effetti dell'atto. Stiamo assistendo ad un radicale capovolgimento del principio classico, che ci è derivato dalla tradizione francese, secondo la quale il contratto è giusto in quanto frutto della libertà delle parti.

Se il diritto non è fatto, ma si fa nell'attualità di un processo storico, noi dobbiamo essere capaci di coniugare una tale affermazione (rispetto alla quale tende ormai ad esserci una diffusa consapevolezza) con la teoria del contratto. Se ormai siamo convinti – rompendo le sedimentazioni di un becer legalismo – che come giuristi dobbiamo prendere atto di una continua attività edificatrice, influenzata dai modelli culturali, dai criteri di valore, dalle idee guida di un'intera collettività, allora il tema del contratto (e fondamentalmente quello della sua giustizia) assume una sua decisiva centralità. Se la legalità è – come dice Vogliotti – *eupraxia*, allora dobbiamo cominciare a capire come una simile prospettiva possa calarsi, rompendo le sedimentazioni della fattispecie, entro la teoria del contratto. E in questa chiave c'è da chiedersi se abbia senso la stessa endiadi unità-frammentazione, perché questa ovviamente suppone il riferimento ad un concetto classificatorio unitario, che invece l'esperienza ormai inesorabilmente contraddice. Se lo faremo – e certamente Roppo ci accompagnerà lungo i difficili tornanti di questo tragitto – non potremo sentirci “inappagati”, perché avremo semplicemente adempiuto al ruolo storico che ci è stato assegnato.

LUIGI BALESTRA

## LE PLURIME DIRETTRICI DEL DIRITTO DEI CONTRATTI IN EPOCA CONTEMPORANEA

### SOMMARIO:

1. Frammentazione e complessità in una prospettiva di coerenza. – 2. Su alcuni fenomeni erosivi dell'unità. – 3. Segue. – 4. Il «nuovo» diritto dei contratti.

### 1. Frammentazione e complessità in una prospettiva di coerenza

Un discorso sul contratto nell'ambito di una relazione di apertura a un seminario sconta irrimediabilmente la particolare angolatura prospettica prescelta da chi quel discorso sia chiamato a intessere. Se a ciò si aggiunge il contesto di riferimento – un incontro organizzato in onore di un Maestro del Diritto civile che al tema del contratto ha dedicato buona parte dei suoi illuminanti e incisivi studi – il lettore non potrà non aver chiara l'avvertenza anche del «condizionamento» scaturente dall'occasione. Tra i meriti che devono essere ascritti a Enzo Roppo vi è quello di aver saputo cogliere – come solo sa fare chi, per doti innate e solidità di formazione, è dotato di spiccata capacità intuitiva – lo sganciamento del diritto contrattuale (ma non solo, basti pensare agli studi in tema di diritto di famiglia, caratterizzati da un'originalità precorritrice dei tempi) dai tradizionali assiomi, identificando senza soluzione di continuità le tessere di un mosaico in costante evoluzione, connotato da ripetuti disfacimenti e rifacimenti secondo traiettorie non facilmente governabili.

In uno scenario di questo genere, l'interprete è chiamato a confrontarsi con sollecitazioni provenienti da plurime direzioni; deve, nel far ciò, mostrare l'accortezza di chi, conscio che le intersezioni possono variamente combinarsi e, quel che più conta, generare approdi differenti, sa muoversi

ponendo a mente, quale criterio orientatore, la coerenza dell'ordinamento nel suo complesso, riguardato anche nella dimensione delle regole destinate a governare il caso su cui il giudice è chiamato a decidere. Una coerenza a tutto tondo, sistematica, concettuale, linguistica<sup>1</sup>, da non identificare con concetti che, pur condividendo con essa legami più o meno intensi, rischiano di adescarla in un reticolato dalle maglie troppo strette, di conchiuderla in un procedimento volto a verificare la configurabilità di un'armonia in termini di perfetta coincidenza. Coerenza vuole esprimere piuttosto la capacità delle plurime componenti del sistema giuridico, così come identificate nel contesto dell'attività coltivata dai diversi saperi giuridici, di stare insieme, di sapersi l'una con l'altra adattare, senza che – in una dimensione evidentemente euristica – possa aversi la sensazione di essere al cospetto di distonie. Ogni valutazione in termini di coerenza va trasferita da un piano orizzontale, quello dell'ordinamento visto come risultante di un complesso di disposizioni poste dai detentori del potere di legiferare [piano in relazione al quale, tenuto anche conto dei denunciati fenomeni di caos (si veda *infra*, § 3), appare difficile porsi alla ricerca di un'immanente coerenza], a un piano verticale, riguardante la relazione tra l'ordinamento, da riguardarsi attraverso il filtro delle fonti così come emerse nel sistema della complessità, e la regola elaborata al fine di governare il caso concreto.

La coerenza, intesa in linea generale come assenza di contraddittorietà tra i valori fondanti, colti anche nella loro dimensione/evoluzione storica, e le soluzioni applicative destinate a fornire protezioni a interessi determinati, esprime nel particolare campo di indagine di cui ci occupiamo l'esigenza

---

<sup>1</sup> Per il riferimento alla coerenza sia degli enunciati legislativi sia delle concrete regole della decisione con riguardo al sistema giuridico, v. L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 5, al cui pensiero si rifà L. NIVARRA, *Dalla «crisi» all'«eclissi», ovvero da un paradigma all'altro*, in *Europa dir. priv.*, 2017, p. 804, nota 9, nonché p. 819 s., ponendo in luce come nel progetto mengoniano campeggi il sistema inteso «come flusso di procedimenti argomentativi finalizzati a garantire l'integrabilità della soluzione proposta con riguardo al caso concreto in un più ampio quadro di coerenze concettuali, di talché la soluzione (rinvenuta e non semplicemente dedotta) giusta (*gerecht*) sarà anche la soluzione vera, nel senso di esatta (*richtig*)». La coerenza tra norma e decisione è richiamata da N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 18. Un invito a non abdicare, pur nella consapevolezza del pluralismo e del polimorfismo che caratterizzano il sistema giuridico, «alla tensione alla razionalizzazione del bruto dato normativo e alla coerenza logica» si trova in S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, 2012, p. 19. La coerenza linguistica, ma non solo, costituisce l'oggetto del ricco saggio, nel contesto di un'iniziativa promossa da Pietro Sirena volta a suscitare la riflessione sull'opportunità di una ricodificazione, di M. MARTINO, *Coerenza linguistica e codificazione: il ruolo selettivo e correttivo delle tassonomie*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 79 ss.

che, nel procedere a qualsivoglia attività che intenda fornire, in termini ricostruttivi, uno spaccato del sistema del diritto dei contratti, ci si avvalga di ogni sollecitazione e/o novità (legislativa, giurisprudenziale<sup>2</sup>, culturale, legata al costume sociale ovvero al mercato degli «affari»)<sup>3</sup> secondo la sopradescritta logica di non contraddizione. Ricorrendo allegoricamente all'immagine della coerenza di Camus quale fonte di felicità, l'armonia del sistema potrebbe essere rinvenuta nel «sincero accordo» tra le «idee» emergenti dall'ordinamento, valorizzato attraverso le vaste trame di cui è composto, e l'agire che da esse scaturisce, così dando luogo alla soddisfazione dell'esigenza di giustizia<sup>4</sup>.

Il futuro incerto del contratto tra unità e frammentazione, titolo attribuito con felice intuizione al seminario, sottende e condensa la problematicità del compito di chi intenda dedicarsi alla (ri)costruzione della(e) categoria(e) contrattuale(i). Innanzitutto vi deve essere la consapevolezza che detta attività va svolta incessantemente, essendo impensabile – rilievo valido ormai per ogni segmento dell'ordinamento – in un *milieu* socio-economico fortemente disomogeneo, nonché caratterizzato da mutamenti repentini e difficilmente pronosticabili, adagiarsi sui risultati raggiunti, i quali vanno incontro, di necessità, a un costante aggiornamento e rivisitazione. Il progressivo e inarrestabile aumento del grado di complessità dell'esperienza<sup>5</sup> dà

---

<sup>2</sup> Sull'apporto della giurisprudenza nella codificazione, per certi versi passato sotto silenzio nelle ricerche sulla costruzione dei modelli nazionali nell'Europa continentale, si sofferma G. ALPA, *La dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita: riflessioni in prospettiva storica nella recente letteratura*, in *Contr. impr.*, 2016, p. 646 ss.

<sup>3</sup> Roppo nell'introduzione al prezioso volume sul contratto (*Il contratto*, in *Tratt. Iudicazatti*, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2011) «giustifica» la seconda edizione con novità, prodottesi nel decennio trascorso, non del tutto banali: un profluvio di interventi legislativi, rilevanti prese di posizione della giurisprudenza, nonché vistosi contenuti culturali, come il dibattito su *contract governance*, contatto asimmetrico e terzo contratto, l'avanzata del diritto contrattuale europeo.

<sup>4</sup> Cfr. A. GAMBARO, *Categorie del diritto privato e linguaggio delle carte dei diritti fondamentali*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1268, il quale evoca la lealtà quale criterio idoneo a garantire la tenuta dell'assetto istituzionale: «ciò comporta che nel caso di testi che compongono il blocco di costituzionalità che una società si è data, il faticoso processo di trasposizione degli enunciati legislativi in norme richieda un particolare tipo di lealtà da parte degli altri formanti posto che è dal loro operare che dipende principalmente l'esito felice, o infelice, dell'assetto istituzionale che sul fondamento del blocco costituzionale adottato dai legislatori viene costruito dai suoi interpreti».

<sup>5</sup> La teoria della complessità, elaborata nel campo delle scienze matematiche, si è progressivamente affermata in altri settori di studio – basti pensare alle scienze cognitive e sociali – pro-

inoltre immediatamente conto del diaframma – foriero di non poche incertezze – esistente tra l’anelito verso la riconduzione all’unità, alla base di qualunque opera di sistematizzazione, e la crescente diversificazione che rende sempre meno agevole procedere a quelle intersezioni necessarie al fine di giungere all’identificazione di un possibile denominatore comune. Si spiega pertanto perché nella dottrina più accreditata l’immagine della categoria contrattuale appaia sempre più sfocata, bisognosa di elementi integrativi, con valenza aggettivante, idonei a consentirne con maggiore nitore l’identificazione<sup>6</sup>.

Una volta che si acquisisca piena coscienza della diversità – e, al contempo, della reciproca inferenza – del diritto come regola legittimamente posta e del diritto come discorso su quella regola (le categorie, gli istituti, le argomentazioni)<sup>7</sup>, non ci si può non avvedere del fatto che la complessità delle relazioni sociali, che aspirano a conquistare una rilevanza giuridica, determini, su entrambi i piani appena menzionati, una tensione alla diversificazione e alla specializzazione; e al contempo, per la imprescindibile funzione ordinante che è immanente al concetto stesso di diritto, una tendenza alla semplificazione – concettuale e, sovente, con meno successo, normativa – volta ad operare selezioni secondo un criterio di efficienza. In ciò, peraltro, si innesta il non facile rapporto tra diritto e tecnica – quest’ultima efficacemente descritta come quella forma di volontà di potenza che mira allo scopo, trascendentale e non trascendente, di incrementare all’infinito la capaci-

---

ponendosi, ineluttabilmente, alla riflessione del giurista chiamato a interrogarsi sul ruolo dello *ius positum* in una società complessa: A. FALZEA, voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Giuffrè, 2007, p. 207 ss.; osserva V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 147 ss., che la complessità, immanente alla condizione storica dell’uomo, è stata eletta, dopo esser stata messa da parte dalla modernità, a categoria madre dalla postmodernità; cfr. anche L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 6; per ulteriori riflessioni mi permetto di rinviare a L. BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1127 ss.

<sup>6</sup> Cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, 2013, p. 150 s., il quale, dando atto che la categoria contrattuale ha progressivamente perso la sua valenza unitaria, afferma che «il riferimento al contratto assume una persistente ambiguità, da un lato necessitando di un’aggettivazione o di una specificazione per intenderne l’ambito applicativo, dall’altro imponendo una verifica delle modalità con le quali istituti originariamente destinati ad un’applicazione indifferenziata (dagli elementi di struttura ai rimedi) vanno invece di volta in volta dimensionati o differenziati»; cfr. L. BALESTRA, *A proposito delle categorie del diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 25 ss.

<sup>7</sup> Cfr. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2013.

tà di realizzare scopi<sup>8</sup> – innanzi al quale ogni già nota alternativa tra monismi e dualismi giuridici (in cui, quindi, è in discussione l'esistenza di una rilevanza *giuridica* della *societas* prima dello *ius positum*) si carica delle peculiarità, a tratti drammatiche, dell'epoca postmoderna.

La capacità ordinatrice del diritto positivo – di uno *ius positum* su cui importanti dottrine si soffermano criticamente – è in epoca contemporanea solo tendenziale. Da un lato, va sottolineata la crescente proliferazione dal basso delle regole da parte di «comunità», quale può essere quella economica, dotate di potere e di forte coesione in ragione delle finalità perseguite; cosicché si è denunciato il venir meno del classico principio dell'esclusività del diritto statale<sup>9</sup>. Dall'altro, se è innegabile che l'epoca postmoderna si stia caratterizzando per la piena percezione dell'immanente complessità della condizione umana, si è ben rilevato come detta complessità non sia stata tenuta a mente nelle scelte che hanno caratterizzato il codice civile. Il diritto contrattuale di matrice codicistica, nel far perno sul livello massimo di generalità e astrazione, ha eretto un sistema uniforme, di fatto ignorando la complessità derivante dall'articolazione degli «*status*»; nondimeno esso ha nelle corde una capacità di adattamento alla complessità, che è possibile cogliere nella «tessitura ampia delle sue regole», nonché nell'impiego delle clausole generali, cosicché esso si mostra «potenzialmente disponibile alle modulazioni creative di natura dotta e giudiziale»<sup>10</sup>. Di qui il fondamentale ruolo dell'interprete: la complessità diventa una chiave di lettura imprescindibile per la valutazione delle molteplici e diversificate situazioni di interessi che l'individuo può incarnare e verso la cui realizzazione tendere; prima an-

---

<sup>8</sup> In tal senso Severino, nel dialogo con Irti (N. IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, 2001); su questo dialogo è intervenuto criticamente L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 1 ss.

<sup>9</sup> Cfr. P. GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1135 ss.; ID., *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, a cura di M. LOBUONO, Cacucci, 2009, p. 41; ID., *L'Europa del diritto*, Laterza, 2007, p. 219 ss. Cfr., altresì, V. SCALISI, *Ritorno al diritto (dialogo con Paolo Grossi)*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 115 ss., spec. p. 125 ss.

<sup>10</sup> U. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 380. Una riflessione particolarmente incisiva sul ruolo del giudice al cospetto delle clausole generali in F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giust. civ.*, 2014, in part. p. 367 ss.; ne condivide l'impostazione P. GROSSI, *Dalle "clausole" ai "principi" a proposito dell'interpretazione come invenzione*, in *Giust. civ.*, 2017, p. 15.

cora, diviene essenziale ai fini della comprensione delle profonde articolazioni e stratificazioni che la stessa soggettività può rivestire, da cogliersi in relazione agli specifici interessi da realizzare<sup>11</sup>.

La dottrina del resto incontra difficoltà nel rinvenire al cospetto delle numerosissime direttive comunitarie che, soprattutto negli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso, hanno interessato il contratto, un preciso e unitario segnale ideologico, denunciandosi la asistematicità e la tendenza a puntellare profili del mercato, attraverso l'introduzione di contenuti analitici e il ricorso a un linguaggio burocratico<sup>12</sup>.

L'epoca contemporanea, e di ciò occorre aver piena consapevolezza unitamente all'avvertenza circa la necessità di operare scelte coerenti, si sta dunque connotando per un percorso inverso a quello che ha caratterizzato il varo dei codici, attraverso l'abbandono della *mistica* (assorbente) *dell'uno* per una riemersione della *molteplicità*, dalla dottrina intesa come incoercibile pluralità<sup>13</sup>.

Si tratta a questo punto, in una fase in cui il dibattito risulta fortemente incentrato sulla post-modernità e sui suoi assiomi<sup>14</sup>, di interrogarsi – ma su questi temi avrà certamente modo di dipanarsi il dibattito negli anni a venire – se la degenerazione della complessità in incertezza, la «rivolta» verso il

---

<sup>11</sup> Afferma M. BARCELLONA, *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa negoziale*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 941, che in un quadro di complessità ciò che presiede all'organizzazione è pur sempre l'interpretazione, in guisa che non vi è una frattura tra sistema e interprete: «Il lavoro dell'interprete si è, infatti, accresciuto quantitativamente, richiede di essere qualitativamente più sofisticato, ma il suo rapporto con il sistema non è mutato: esso necessita solo, anche se non è affatto poco, di nuovi strumenti concettuali che si situino all'altezza della complessità contemporanea».

<sup>12</sup> Cfr. V. ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Europa dir. priv.*, 2004, ora in *Il contratto del duemila*, 3<sup>a</sup> ed., Giappichelli, 2011, p. 42 ss. Cfr., altresì, S. PATTI, *Metodo e tendenze del diritto civile in europa*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 651, ove si sottolinea che «nelle direttive domina un approccio funzionale, non quello sistematico dei codici»; G. ALPA-G. CONTE-L. ROSSI CARLEO, *La costruzione del diritto dei consumatori*, in *Tratt. dir. priv. dell'Unione europea*, direttiva da G. Ajani e G.A. Benacchio, *I diritti dei consumatori*, a cura di G. ALPA, t. 1, Giappichelli, 2009, p. 52, ove il rilievo che solamente con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam del 1997 a una tecnica di intervento frammentario del legislatore europeo si sono affiancate tecniche di coordinamento «in formule più ampie».

<sup>13</sup> V. SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, cit., p. 147.

<sup>14</sup> Si vedano gli acuti saggi di N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Giuffrè, 2019, su cui con altrettanta acutezza U. BRECCIA, *Chiaroscuri della scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Nicolò Lipari, Diritto civile e ragione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 131 ss.

potere creativo del giudice<sup>15-16</sup> e la conseguente imprevedibilità delle decisioni, il fallimento dei progetti tesi a elaborare un diritto contrattuale europeo<sup>17</sup>, la rivalutazione degli impianti normativi tradizionali – come è avvenuto per la recente riforma francese del *code civil* – stiano conducendo verso l'esaurimento del post-modernismo<sup>18</sup>, con un recupero dell'esigenza di certezza<sup>19</sup>, fatta di visioni più nitide e confini meno opachi. Il tutto con la chia-

---

<sup>15</sup> Il dibattito sulla funzione c.d. creativa della giurisprudenza è ormai – in parallelo su quello della certezza del diritto (v. *infra*) da tempo in atto con diversità di accenti e di posizioni. Paolo Grossi al riguardo ammonisce, affermando che non si tratta di creazione, bensì di invenzione, vale a dire di un'attività di ricerca: oggi «il diritto va cercato e trovato, intendendo questi verbi sottolineare un'operazione intellettuale più attinente al *leggere, conoscere, decifrare* che al *volere*, tanto più se a quest'ultima azione si assegna un contenuto meramente potestativo»: P. GROSSI, *Il giudice. Un interprete?*, cit., pp. 1144-1145; P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 843. Sul tema, tra i molteplici scritti presenti in letteratura, si vedano Lipari, negli scritti citati in questa sede, S. PATTI-P. RESCIGNO, *La genesi della sentenza*, Il Mulino, 2017; C. CASTRONOVO, *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 981 ss.; M. TARUFFO, *La decisione giudiziaria e la sua giustificazione: un problema per le neuroscienze?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, in part. pp. 1248-1249, il quale, sulla base degli apporti delle neuroscienze, evidenzia come il ragionamento e la decisione, i quali si atteggiano secondo modalità diverse da quelle che tradizionalmente hanno caratterizzato la razionalità, riguardino un incessante e onnicomprensivo processo di creazione; del medesimo A., tra gli altri scritti, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, ivi, 2001, p. 11 ss.

<sup>16</sup> Un'analisi penetrante delle diverse modalità di approccio della giurisprudenza a cominciare dal caso Meroni, per terminare alle sentenze S. Martino, in L. NIVARRA, *Dalla «crisi» all'«eclissi», ovvero da un paradigma all'altro*, cit., p. 821 ss. nonché p. 838 ss.

<sup>17</sup> Ne dà conto, tra gli altri, P. SIRENA, *La scelta dei principles of european contract law (PECL), come legge applicabile al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, pp. 615-616, ove si afferma che l'uniformità del diritto non è detto sia scelta da privilegiare. Sul diritto civile europeo, sul ruolo della Corte di giustizia, sulla crisi attuale nata dalla frattura originaria di due falde (diritto dell'unione europea, tutto incentrato sulla libera concorrenza, e diritto colto alla base dei progetti di codificazione europea), riflette ampiamente C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2012, p. 227 ss.

<sup>18</sup> In questo senso A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, in part. p. 10 ss.

<sup>19</sup> Il tema della certezza del diritto è tra i più dibattuti anche in epoca contemporanea in ragione dei fenomeni che hanno connotato l'epoca c.d. post-moderna: cfr., tra gli altri e con diversità di approccio, N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 155 ss. in part. p. 177, per il quale nelle società pluraliste il valore della certezza può essere solo perseguito, in termini necessariamente elastici; P. GROSSI, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, in part. p. 933, ove si osserva che la cosiddetta incertezza, se vista dal piano legalistico assume una connotazione negativa, vede capovolgere la valutazione se la si intende in termini di prezzo da pagare per il ripristino di una dimensione giuridica che possa dirsi effettiva-

ra consapevolezza che, in ogni caso, la disciplina contrattuale è fortemente incisa dalle fonti del diritto dell'Unione europea, in guisa che non si può più guardare al diritto contrattuale dei singoli Paesi come a un sistema chiuso, in cui trovano spazio unicamente le regole interne<sup>20</sup>.

## 2. Su alcuni fenomeni erosivi dell'unità

Il diritto dei contratti, al pari di tutto il diritto privato, evolutosi con repentine accelerazioni a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, è ancor oggi in sensibile trasformazione per effetto di una serie di fenomeni, distinti tra loro, i quali, per la portata da ciascuno rivestita, sono stati in grado di determinare un'incrinatura delle regole e dei principi accolti nel codice civile. Un ruolo rilevante ha assunto la Carta costituzionale la quale, come è ben

---

mente diritto; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 11 ss.; v. anche ID., *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, in *Jus civile*, 2018, p. 381; nonché in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 563; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Editoriale Scientifica, 2006, il quale esordendo, in modo del tutto condivisibile, afferma che certezza «è anche un veicolo di tranquillità, e di speranza, per chi crede nel diritto per far valere le proprie pretese, per esercitare il suo ruolo nella società, per concludere affari duraturi, per difendersi dai pubblici poteri, per controllare l'operato dell'amministrazione, per partecipare al governo della cosa pubblica»; C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, 2017; G. TERRANOVA, *Elogio dell'approssimazione*, Pacini Editore, 2015, in part. p. 335 ss., ove, muovendo dalle differenti concezioni avvicendatesi nel tempo, si afferma che la certezza può essere perseguita solo in termini di *approssimazione*, quale dimensione fondamentale di tutte le attività conoscitive; così facendo si garantisce un diritto aderente alla realtà. Ritene che il diritto possa fare a meno della certezza, ma non della giustizia, G. DORIA, *La "dissolvenza del codice civile e il ruolo tra giustizia giuridica e incertezza applicativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 50 ss. in part. 68 ss., per il quale occorre andare oltre il paradigma codificatorio; cfr. G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 813, il quale, sulla scia di Paolo Grossi, afferma che «occorre prendere atto della storicità del valore della certezza e affrontare i problemi di un diritto nuovo e diverso», di un diritto sempre più rivolto al dialogo tra scienza giuridica e prassi giudiziaria nella prospettiva di applicazione dei principi e dell'utilizzo di nuove tecniche dell'argomentazione. Su questi temi v. anche G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 364 ss., il quale individua nella nomofilachia l'antidoto contro l'incertezza, una nomofilachia però non verticale, ma orizzontale, circolare e cetuale. Idea, quella della nomofilachia come reazione alla deriva verso l'incertezza, ribadita in ID., *Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale*, in *Jus civile*, 2018, p. 383 ss.; sulla cui proposta v. C. SALVI, *Diritto postmoderno regressione premoderna?*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 870 s.

<sup>20</sup> G. ALPA, I "principi generali del diritto civile" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in *Giust. civ.*, 2014, p. 326 ss.

noto, ha di fatto reso evanescente l'idea originaria di un sistema delle relazioni privatistiche «ingabbiato» nell'alveo del codice, determinando un'apertura all'esterno, governata dal metodo assiologico, verso le concrete e complesse istanze generatesi via via a livello sociale<sup>21</sup>. Un percorso nondimeno privo di assoluto nitore, con declinazioni che hanno oscillato secondo opzioni metodologiche diametralmente opposte.

Il contratto e, in particolare, il ruolo dal medesimo rivestito, ha dunque costituito oggetto di rilettura, rischiarata dalla nuova e prorompente luce del testo costituzionale<sup>22</sup> che, declinando tra i parametri di riferimento quelli, per certi versi antagonisti, della persona – a tal modo contribuendo a collocare su un piano di «comunicabilità» interessi aventi natura personale e/o sociale e interessi aventi natura patrimoniale – e del mercato, di fatto ha inciso sulla sopradescritta evoluzione. Un mercato, del resto, basato sulla libertà di concorrenza è in grado di esprimere interessi assai diversificati, che non poche volte si collocano su un piano di contrapposizione, di modo che esso rifugge l'idea di una categoria contrattuale costruita su basi unitarie.

Basti pensare alla solidarietà costituzionale<sup>23</sup> la quale, dapprima attra-

---

<sup>21</sup> Su questo processo cfr. N. LIPARI, *Costituzione e diritto civile*, in *Riv. trim. e proc. civ.*, 2018, p. 1255 ss.; ID., *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, *ivi*, 2003, p. 865 ss.; E. NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 643 ss. Può ricordarsi quanto in modo lungimirante osservava, a testimonianza dell'incipiente processo di costituzionalizzazione del diritto privato, R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, Giuffrè, 1964, p. 909: «alcuni dei principi costituzionali, se anche dettati per la finalità di regolare la posizione dei cittadini nei confronti dello Stato, come il principio secondo il quale sono riconosciuti e garantiti i diritti inviolabili dell'uomo al quale correlativamente si chiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, o come il principio di eguaglianza, hanno tale forza espansiva da incidere direttamente nell'ambito dei rapporti privati e da assumere la funzione, se gli operatori del diritto ne intenderanno la portata, di direttive fondamentali per la elaborazione e l'attuazione degli istituti civilistici».

<sup>22</sup> Si sofferma sul processo avviato dalla nuova civilistica negli anni Sessanta N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 163 ss. [in particolare alla nota 22 si menzionano le proluzioni di tre civilisti (Rodotà, Lipari e Perlingieri) giunti da poco alla cattedra, significative di un rinnovamento che, seppur con l'adozione di prospettive differenti, non intendeva inizialmente rompere con il passato].

<sup>23</sup> Per una riflessione di ampio respiro sulla solidarietà S. RODOTÀ, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, ed. spec., Laterza, 2017, il quale in part. a p. 42 osserva «la solidarietà appartiene a quei principi o a quelle clausole generali, flessibili, che la tecnica giuridica ha apprestato perché il sistema giuridico possa disporre di finestre aperte sulla società, per tenerne il passo senza che sia necessario un ininterrotto, faticoso, quasi sempre tardivo aggiornamento attraverso nuove norme»; nonché F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e «l'attesa della povera gente»*, oggi, in

verso il grimaldello della buona fede, e più di recente in via di diretta applicazione, ha fatto irruzione nel sistema contrattuale<sup>24</sup>, suscitando un ampio

---

*Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 413 ss. Si vedano anche P. GROSSI, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 765, ove si afferma che il principio di solidarietà «innerva tutta la Repubblica e non solo lo Stato»; L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 8.

<sup>24</sup> Già quasi trent'anni fa un autorevole Maestro ammoniva che riportare i doveri di correttezza di cui si parla nel codice civile alla solidarietà costituzionale «si traduce in una ingiustificata confusione di piani» (P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, 3ª ed., Laterza, 1993, p. 140). Fortemente e giustamente critico nei confronti dell'utilizzo della solidarietà quale meccanismo di riequilibrio del contratto si mostra A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, cit., p. 7 ss., il quale, sulla scorta dell'insegnamento di Mengoni, pone in luce come la solidarietà abbia una dimensione collettiva, laddove la buona fede riguarda rapporti paritetici (v. tuttavia anche la nota precedente, in part. S. RODOTÀ, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, cit., p. 45). Parimenti critici, nel contesto di una riflessione che ha affrontato la tematica sotto plurime angolature, G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria eccessiva*, in *I contratti*, 2014, p. 932 ss., ove si parla dell'elaborazione di un principio «eversivo» del diritto contrattuale; ID., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., p. 253; più di recente ID., *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 30 ss.; E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1268 ss., ove si osserva come l'idea della buona fede bisognosa della stampella costituzionale celi un preciso obiettivo: utilizzare la Carta costituzionale per trasformare la buona fede in regola di validità; C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., p. 28, la quale parla di superficiale *Drittwirkung*; v. anche N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, cit., pp. 381-382; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 47 ss.; G. DE NOVA, *Lo stato di informazione circa le future sentenze giudiziarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, pp. 1230-1231; L. BALESTRA, *Introduzione al diritto dei contratti*, Il Mulino, 2015, pp. 128-129.

Sostiene l'intrinseca giuridicità del principio di solidarietà, criticando chi si lascia ancora irretire dalle mitologie giuridiche della modernità, P. GROSSI, *Dalle "clause" ai "principi" a proposito dell'interpretazione come invenzione*, cit., p. 12, il quale dà conto di come Egli, all'epoca membro del Collegio che redasse le due «memorabili» ordinanze in tema di caparra confirmatoria, le condivise pienamente; cfr. N. LIPARI, *Costituzione e diritto civile*, cit., pp. 1270-1271: «Si tratta di due decisioni particolarmente coraggiose in cui la prospettiva di quadro del sistema fa premio sulla forza condizionante delle vecchie categorie concettuali»; cfr. anche G. VETTORI, *La giurisprudenza fonte del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 884. Di accanita reazione della dottrina nei confronti della giurisprudenza che in modo coraggioso vede nella buona fede l'espressione della solidarietà costituzionale, parla F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e «l'attesa della povera gente»*, oggi, cit., p. 417, ove viene citato il pensiero di A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 354 ss., il quale, a proposito della nota vicenda sul recesso contrattuale, reputa che siffatto atteggiamento della giurisprudenza si risolva nell'abrogazione del diritto degli scambi; ugualmente critico, tra gli altri, C. CASTRONOVO, *Il codice civile italiano: significato storico e ideale*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 1179 ss.; ID., *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, *ivi*, 2017, p. 770 ss., ove ampie critiche, a cominciare dalla posizione di Lipari; nonché

e colto dibattito concernente l'applicazione diretta dei principi costituzionali<sup>25-26</sup>.

S. MAZZAMUTO, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso*, in *Europa dir. priv.*, 2018, p. 855, il quale parla di giurisprudenza sfacciata.

<sup>25</sup>Tra la posizioni di IRTI (*Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016; v. anche ID., *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 21, ove si afferma che le ragioni della profonda crisi devono essere rinvenute nello spostamento dei criteri di decisione giudiziale, dalla legge ordinaria alle norme costituzionali) e di PERLINGIERI (*Il diritto civile nella legalità costituzionale*, ESI, 2006; *Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. Femia, ESI, 2006, p. 10 s.; v., tra gli altri, anche M. PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 840 ss.; F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 1031 ss.; G. VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 956;), si colloca chi, dichiarando di non assumere alcuna pregiudiziale nei confronti dell'una o dell'altra posizione, reputa che il problema della *Drittwirkung* non possa risolversi in astratto, ma verificando la concreta e diretta applicabilità dei precetti costituzionali in base al loro contenuto, sicché alcune norme (ad es. gli artt. 2, 41 e 42 Cost.), proprio in base al loro contenuto, non possono avere per destinatario se non il legislatore (C. CAMARDI, *Cerchezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., in part. pp. 21-22); v. G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, in part. p. 262 ss., per il quale le norme costituzionali possono assurgere a fonte di integrazione del contratto purché ricorrano alcune condizioni necessarie. V. anche G. DE NOVA, *Lo stato di informazione circa le future sentenze giudiziarie*, cit., p. 1233: «Solo decidendo in base a norme si può dare adeguata motivazione, si può porre la base per una cultura del precedente. La complessità delle fonti può comportare un maggiore sforzo di identificazione della norma: ma non per questo si deve cambiare metodo, e volgersi all'invocazione dei valori»; nonché il noto contributo di C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., in part. p. 94, per il quale se, da un lato, non può escludersi «l'applicabilità diretta della norma costituzionale, non però nella chiave di una *Drittwirkung* indiscriminata, ma quando il suo contenuto lo consenta, d'altra parte contribuisce all'eclissi evitabile del diritto civile e del diritto comune in genere invocarla dove invece quest'ultimo è in grado da sé di svolgere la propria funzione ordinante»; sul pensiero di Castronovo una critica sferzante in GROSSI, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, cit., p. 764. Sul lavoro di Castronovo discutono, con diversità di accenti, Mazzamuto, Di Majo, Terranova, Gentili, G. Benedetti, Nivarra, in *Europa dir. priv.*, 2016, p. 1133 ss.

<sup>26</sup>La «dottrina», certamente colta, dei giudici (E. SCODITTI, *Contratto, giudice e Costituzione*, in *Jus civile*, 2018, p. 420 ss.) sostiene l'applicabilità diretta dei principi costituzionali alla luce di una ricostruzione dotata di indubbio fascino. Fa perno sul negozio quale fatto sociale, che precede il diritto il quale si limita a disciplinarlo; di modo che il giudizio di conformità al diritto non si esaurisce nel controllo del contratto nell'ottica della fattispecie legale, onde si apre lo spazio di un controllo giudiziario in virtù del bilanciamento dei principi costituzionali alla luce del caso concreto. I principi costituzionali non soffrirebbero della limitazione dell'inerenza alla materia, perché sarebbe il caso concreto a postularne l'applicabilità. Né il giudice soffrirebbe di solitudine, perché questa operazione, non riguardando la fattispecie legale, sarebbe governata dalla vincolatività del precedente giudiziario.

Obiezioni: potrebbe anche convenirsi sul fatto che il diritto, nel caso del contratto, si limiti

Occorre dunque sapersi confrontare, beninteso facendo buon uso di un pur necessario spirito critico, con un sistema contrattuale che, dominato sino a un passato non troppo lontano, senza particolari esitazioni, dall'antagonismo<sup>27</sup>, dall'idea che ciascun contraente – nel rispetto delle regole che presidiano alla formazione e di quelle che pongono limiti contenutistici – sia pienamente legittimato a ricavare la massima utilità con il minor sacrificio possibile, sta andando incontro a una metamorfosi in cui la posta più alta in gioco è verosimilmente da identificarsi nel ruolo e nella funzione dell'autonomia contrattuale.

---

a disciplinare un fatto sociale ad esso preesistente; ciò non toglie che l'attrazione nella dimensione giuridica, avuto riguardo al profilo dell'efficacia – secondo il pensiero di Falzea – ovvero della rilevanza – alla luce del pensiero di Renato Scognamiglio – non spiega come si possa sostenere che, seppur attratto in detta dimensione, occorra continuare a guardare il contratto altresì come a un fatto (originario) del sociale in una prospettiva pregiuridica [l'alternativa per Irti (*Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, cit., p. 378) è secca: «la 'naturalità' argina la potestà normativa dello Stato; l'"artificialità" la presuppone e la promuove»]. Prospettiva che consentirebbe un controllo costituzionale con diretta applicazione, secondo la logica del bilanciamento, dei principi costituzionali destinato a svolgersi, non già su una fattispecie legale, ma sulla regolazione di interessi di origine sociale. Un contratto valido ed efficace, eventualmente ridotto o integrato in base ai controlli cui è sottoposto come fattispecie, ma soggetto a paralisi per effetto dell'azionamento di un rimedio in sede di esecuzione volto a far valere lo squilibrio del programma di interessi alla luce dell'applicazione diretta dei principi costituzionali, postula: 1) che l'originaria dimensione sociale non venga assorbita, ma conservi appieno la sua rilevanza (al cospetto dell'ordinamento giuridico); 2) l'assoggettamento del contratto a una duplice forma di controllo, come fatto sociale e come atto negoziale; 3) che il controllo si eserciti dapprima al contratto come fattispecie e poi, all'esito, sul contratto come fenomeno di interessi di origine sociale, quindi secondo quella che rischia di apparire un'inversione logica; 4) che gli interessi di origine sociale, su cui si dovrebbe appuntare un pervasivo controllo alla luce dei principi costituzionali, rischino di risultare i veri sconfitti, posto che su di essi è destinato ad illuminarsi, in una fase precedente, anche il faro del controllo in termini di causa in concreto. In definitiva una Babele di controlli difficilmente giustificabile alla luce dell'intima funzione del contratto di consentire di coltivare interessi con l'aspettativa dei singoli di poter soddisfare, così, i propri bisogni e con la pari aspettativa, anche di ordine generale, di un sistema di relazioni contrattuali sicuro al cospetto di una circolazione della ricchezza imponente.

<sup>27</sup> Rileva in modo *tranchant* N. IRTI, *Per una concezione normativa dell'autonomia privata*, cit., p. 563: «il concetto di solidarietà (quale che sia lo sfondo, laico o religioso), implica sempre due profili: l'esistenza di un "tutto", di un aggregato sociale, e la reciproca dipendenza dei suoi membri. Profili, estranei al negoziato contrattuale, che è il luogo del conflitto, dell'abile avvedutezza, del calcolo economico». Si è al riguardo osservato che, a differenza del fatto giuridico – il quale attraverso la sua irruzione nella realtà storica provoca un conflitto di interessi che la legge risolve mediante la posizione di una norma di composizione del conflitto medesimo –, il contratto assume rilievo non già perché provoca un tal conflitto, ma perché ne risolve uno preesistente: U. MAJELLO, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, p. 329 ss.